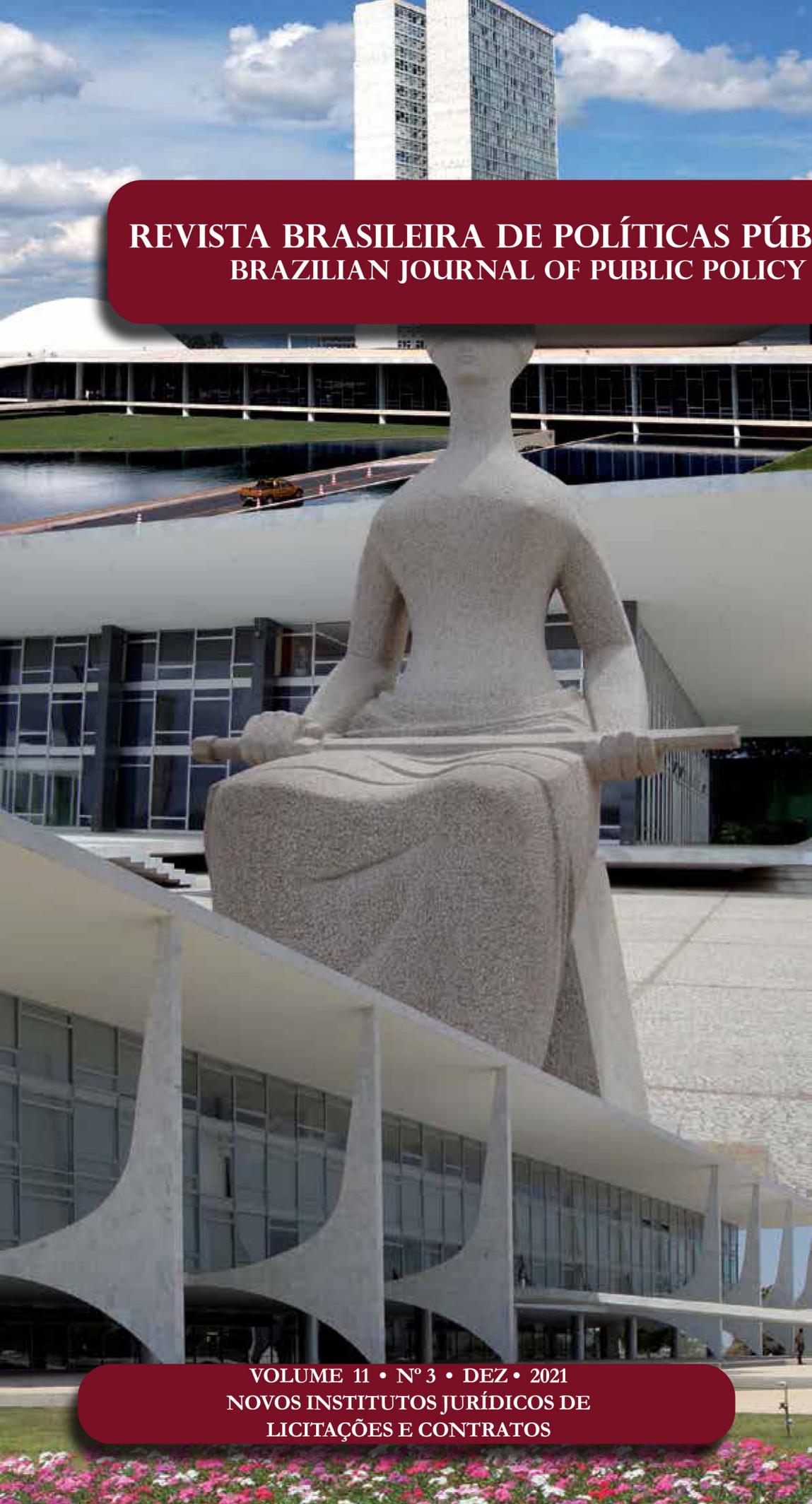


The logo for CEUB (Centro Universitário de Brasília) is displayed in a stylized white font on a dark red background.

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

The cover features a photograph of a modern, white building with a large, seated stone statue in the foreground. The statue is holding a scroll. The building has a distinctive architectural style with a curved facade and large windows. The sky is blue with some clouds. The entire cover is framed by a dark red border with a subtle floral pattern on the right side.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

VOLUME 11 • Nº 3 • DEZ • 2021
NOVOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE
LICITAÇÕES E CONTRATOS

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Editores responsáveis por essa edição:

Marcelo Dias Varella

Patrícia Perrone Campos Mello

Ardyllis Alves Soares

Jéffson Menezes de Sousa

Editores Convidados:

Paulo Afonso Cavichioli Carmona

Sandro Lúcio Dezan

ISSN 2236-1677

Revista Brasileira de Políticas Públicas Brazilian Journal of Public Policy	Brasília	v. 11	n. 3	p. 1-688	Dez	2021
--	----------	-------	------	----------	-----	------

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Brazilian Journal of Public Policy

Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB

Centro Universitário de Brasília

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

Presidente do Conselho Editorial do UniCEUB

Elizabeth Regina Lopes Manzur

Diretor do ICPD

João Herculino de Souza Lopes Filho

Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado e Editor

Marcelo Dias Varella

Linha editorial

“A Revista Brasileira de Políticas Públicas é um periódico acadêmico da área jurídica que tem como finalidade constituir instrumento de veiculação de trabalhos científicos e doutrinários que abordem questões jurídicas da contemporaneidade e, ainda, aspectos da interação entre Direito e Políticas Públicas. Direciona, portanto, seu objeto de interesse a questões referentes a governabilidade, integração, participação cidadã, desenvolvimento e outros temas envolvendo o Estado, a Sociedade e o Direito.

Sendo assim, a proposta de linha editorial a ser seguida pela Revista Brasileira de Políticas Públicas é apresentada a partir de duas áreas fundamentais, que se subdividem:

I) Democracia, Políticas de Estado e de Governo e seus aspectos jurídicos: tendências do Direito Constitucional e do Direito Administrativo; teoria das políticas públicas; sistema de governo; sistema eleitoral e cidadania; sistema de partidos e reforma constitucional

II) Políticas Públicas de desenvolvimento econômico e social e suas interfaces com o Direito: políticas de desenvolvimento econômico e produção local/regional, desenvolvimento sustentável e meio-ambiente, desenvolvimento humano e planejamento da ação governamental”.

CONSELHO EDITORIAL

Marie-Pierre Lafranchi, Université d'Aix-en-Provence, Faculté de droit et de science politique, Provence-Alpes-Côte d'Azur, França

Frederico Augusto Barbosa, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

Gilberto Bercovici, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Departamento de Direito Econômico-Financeiro, São Paulo/SP, Brasil

João Maurício Adeodato, Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Departamento de Teoria Geral do Direito e do Direito Privado, Recife/PE, Brasil

José Adercio Leite Sampaio, Escola Superior Dom Helder Câmara, Escola de Direito, Belo Horizonte/MG, Brasil

José Heder Benatti, Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Belém/PA, Brasil

EDITOR

Marcelo D. Varella, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

EDITORES ADJUNTOS

Patrícia Perrone Campos Mello, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

Ardyllis Alves Soares, Centro Universitário de Brasília, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília/DF, Brasil

Jéffson Menezes de Sousa, doutorando pelo Centro Universitário de Brasília, Brasília/DF, Brasil

EQUIPE TÉCNICA

Yuri Valente do Nascimento, Centro Universitário de Brasília, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília/DF, Brasil

Aline Assunção Santos, Centro Universitário de Brasília, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília/DF, Brasil

Com o apoio da FAP/DF. Processo: 00193.00000304/2018-58, Edital 09/2017.

Layout capa

Departamento de Comunicação / ACC UniCEUB

Diagramação

S2 Books

Disponível em:

<http://www.rbpp.uniceub.br>

Circulação

Acesso aberto e gratuito

Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Citação parcial permitida com referência à fonte.

Revista Brasileira de Políticas Públicas / Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB.
– vol. 11, n. 3 (dez. 2021) - . Brasília : UniCEUB, 2011

Quadrimestral.

ISSN 2236-1677

Disponível também on-line: www.rbpp.uniceub.br

1. Direito. 2. Políticas Públicas. I. Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB

CDU 34+338.26

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Sumário

DOSSIÊ TEMÁTICO: NOVOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE LICITAÇÕES E CONTRATOS	17
I. LICITAÇÕES E CONTRATOS PÚBLICOS: PARTE GERAL.....	18
INTEGRATED CONTRACT IN LAW 14.133/2021: NEW LAW, SAME PROBLEMS? A STUDY OF COMPARATIVE LAW	20
Paulo Afonso Cavichioli Carmona, Bruno Ribeiro Marques e Odilon Cavallari	
1 Introduction	21
2 The process of the change of the previous law allowing the use of design-build in recent brazilian procurement.....	23
3 Design-build public procurement: are the problems seen in Brazil different from other countries?.....	33
4 Central studies comparing contract enforcement regimes in the academic field: the studies of problems regarding D.B.B and D.B Method	38
5 Conclusion	41
References.....	42
REAJUSTAMENTO DE PREÇOS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS BRASILEIRA: O “PRINCÍPIO” DA ANUALIDADE.....	48
Ricardo Silveira Ribeiro e Bráulio Gomes Mendes Diniz	
1 Introdução	49
2 O “Princípio” da Anualidade e o reajustamento de preços dos contratos regidos pela NLLCA: reflexo da legislação do Plano Real	50
3 O reajustamento em sentido estrito e a repactuação: a predominância dos custos e os critérios para aplicação do Princípio da Anualidade	53
4 Considerações finais	57
Referências.....	58
A NOVA LEI DE LICITAÇÕES, AS ENCOMENDAS TECNOLÓGICAS E O DIÁLOGO COMPETITIVO	61
André Dias Fernandes e Débora de Oliveira Coutinho	
1 Introdução	62
2 Encomendas tecnológicas	63
3 O contrato administrativo de encomenda tecnológica	69
4 Encomendas tecnológicas e diálogo competitivo	71
5 Considerações finais	75
Referências	76

LICITAÇÕES, CONTRATOS E O IMPULSO À APRENDIZAGEM PROFISSIONAL: UM ESTUDO SOBRE A CONTRATAÇÃO DE APRENDIZES NO ESTADO DO AMAZONAS, BRASIL80
Emerson Victor Hugo Costa de Sá, Natasha Yasmine Castelo Branco Donadon e Mauro Augusto Ponce de Leão Braga

1 Introdução	81
2 Principais avanços da nova lei de licitações: uma questão de princípios	82
3 Políticas afirmativas e a exigência do atendimento à reserva de vagas para aprendizes.....	85
4 Impacto da mudança normativa em relação à aprendizagem profissional: uma visão SOBRE AS contratações de aprendizes no estado do Amazonas	89
5 Considerações finais	92
Referências.....	93

LICITAÇÕES, CONTRATOS E MODELO BRASILEIRO DE PROCESSO: NOTAS SOBRE A VIABILIDADE DA UTILIZAÇÃO DE FERRAMENTAS PROCESSUAIS PARA CONFERIR MAIOR EFICIÊNCIA ÀS AQUISIÇÕES PÚBLICAS97
Claudio Madureira e Carlos André Luís Araujo

1 Introdução	98
2 Notas sobre a doutrina da processualidade do direito administrativo	100
3 Processo e procedimento administrativo na Lei n.º 14.133/2021.....	102
4 Processo, procedimento e flexibilização do formalismo processual nos processos de licitação e contratação pública.....	103
4.1 A doutrina do formalismo-valorativo como pano de fundo para a flexibilização procedimental almejada.....	104
4.2 A adstrição do Modelo Brasileiro de Processo à doutrina do formalismo-valorativo e a viabilidade da extensão da sua aplicação aos processos que encartam licitações e contratações públicas.....	106
4.3 Algumas ferramentas jurídicas que sobressaem do Modelo Brasileiro de Processo.....	107
5 À guisa de conclusão: licitações, contratos e controle administrativo	110
Referências.....	113

RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS: REFORÇO DOS MEIOS ALTERNATIVOS..... 118
Clarissa Sampaio Silva e Danielle Maia Cruz

1 Introdução	119
2 Litigiosidade e Poder Público: novas perspectivas.....	120
3 Contratação pública e meios alternativos de resolução de conflitos: a regulação trazida pela Lei 14.333/2021.....	123
3.1 Delimitação material dos conflitos	124
4 Os meios alternativos de resolução de controvérsias na Lei 14.333/2021	126
5 Considerações especiais sobre a arbitragem.....	126
5.1 Considerações especiais sobre o comitê de disputas	130
6 Considerações finais	133

Referências.....	134
A ADESÃO DO BRASIL AO ACORDO SOBRE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS DA OMC: ENTRE TABUS E DIFICULDADES REAIS	137
Eduardo Ferreira Jordão e Luiz Filippe Esteves Cunha	
1 Introdução	138
2 Razões “não mercantilistas” para adesão ao GPA	140
2.1 Aumento da eficiência da despesa pública e fortalecimento da concorrência no mercado interno.....	141
2.2 Combate à corrupção	142
2.3 Autovinculação e incentivo a investimentos estrangeiros	144
2.4 Insuficiência da legislação interna para a promoção desses objetivos	145
3 Flexibilidade quanto à abrangência e à aplicação das normas do GPA	146
3.1 Flexibilidade quanto à abrangência.....	147
3.2 Flexibilidade quanto à incidência de normas específicas	149
4 (In)compatibilidade da legislação doméstica	151
4.1 Precisamos de novas regras?.....	151
4.2. Novo órgão de controle?.....	153
4.3 Novo procedimento ou procedimento excepcional?.....	155
5 Considerações finais	157
Referências	157
II. ACCOUNTABILITY E CONTROLE.....	160
A LEI N.º 14.133/2021 E OS NOVOS LIMITES DO CONTROLE EXTERNO: A NECESSÁRIA DEFERÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS EM PROL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	162
Ricardo Schneider Rodrigues	
1 Introdução	163
2 As disfunções do controle externo: as críticas aos excessos da fiscalização exercida pelos Tribunais de Contas	164
3 A deferência do controle externo e a busca por um ambiente propício à implementação das mudanças previstas na nova Lei de Licitações	168
4 A nova Lei de Licitações e a deferência nos Tribunais de Contas: análise das normas voltadas ao aperfeiçoamento do controle externo das licitações e contratos	170
4.1 As linhas de defesa das licitações e contratações públicas e a reformulação do papel dos controladores.....	171
4.2 A deferência como diretriz decorrente da NLL.....	173
4.3 O reconhecimento do poder geral de cautela e seus novos limites.....	174
4.4 A sistemática de invalidades em sede de licitações e contratos.....	175
4.5 A nova sistemática do controle da ordem cronológica de pagamentos.....	176
5 Considerações finais	177

Referências.....	178
O CONTROLE DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E A NOVA LEI DE LICITAÇÕES: O QUE HÁ DE NOVO?	183
Leandro Sarai, Flávio Garcia Cabral e Cristiane Rodrigues Iwakura	
1 Introdução.....	184
2 As três linhas de defesa na lei de licitações.....	185
3 Diretrizes para o controle.....	190
4 O procedimento de controle.....	192
5 Vinculação às orientações dos órgãos de controle?.....	194
6 O papel educativo dos tribunais de contas.....	195
7 O que há de novo e positivo sobre o controle?.....	197
7.1 Não é uma questão de mera legalidade.....	197
7.2 Não se trata, apenas, de apontar falhas.....	199
7.3 Papel simbólico da nova lei.....	199
7.4 Nacionalização do controle.....	200
8 Considerações finais.....	201
Referências.....	201
PROGRAMA DE COMPLIANCE COMO EXIGÊNCIA EM LICITAÇÕES: ANÁLISES EM PROL DA QUALIFICAÇÃO DO PROCESSO LICITATÓRIO NO CONTEXTO DA LEI 14.133/2021	206
Cristian Ricardo Wittmann e Anayara Fantinel Pedroso	
1 Introdução.....	207
2 A aplicação do programa de compliance anticorrupção como forma de prevenção de riscos e consolidação da probidade corporativa.....	209
3 A lei n.º 14.133/2021 E a possibilidade de exigência de um programa de compliance anticorrupção no processo licitatório.....	212
4 Momento da exigibilidade da adoção de política de compliance anticorrupção para contratar com a administração pública.....	217
5 Considerações finais.....	221
Referências.....	222
A NOVA REALIDADE BRASILEIRA DE NECESSIDADE DE PROGRAMAS DE INTEGRIDADE DAS PESSOAS JURÍDICAS LICITANTES EM PROCESSOS LICITATÓRIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	227
Fernando Silva Moreira dos Santos e Luiz Fernando de Oriani e Paulillo	
1 Introdução.....	228
2 Novo contexto normativo.....	229
2.1 Lei da Empresa Limpa.....	230
2.2 Nova Lei de Licitações.....	233
2.3 Contratações estaduais e do Distrito Federal.....	234

3 Noções sobre os programas de integridade	235
3.1 O programa de integridade para A CGU	238
4 Considerações finais	239
Referências.....	240
III. EFICIÊNCIA.....	242
EFFICIENCY CONTRACTS IN THE NEW BRAZILIAN PROCUREMENT LAW: CONCEPTUAL FRAMEWORK AND INTERNATIONAL EXPERIENCE	244
Floriano de Azevedo Marques Neto, Hendrick Pinheiro e Tamara Cukiert	
1 Introduction	245
2 Definition of performance contracts	246
3 The French experience	250
3.1 Energy Savings Contracts	250
3.2 Drug Development Contracts.....	251
4 The American experience	252
4.1 Energy savings contracts.....	253
4.2 Performance contracts for the provision of social services	254
5 Conclusion	255
References.....	256
A GESTÃO DE RISCOS COMO INSTRUMENTO PARA A APLICAÇÃO EFETIVA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA.....	260
Rafael Rabelo Nunes, Marcela Teixeira Batista Sidrim Perini e Inácio Emiliano Melo Mourão Pinto	
1 Introdução	261
2 O Princípio da Legalidade e a cultura de controle no Brasil	263
3 O ambiente de controle e a consequência na atuação do gestor público em seus atos diários – o “apagão das canetas”	266
4 A eficiência e a sua relevância como princípio constitucional em contraponto às visões mais estreitas do Princípio da Legalidade	268
5 A gestão de riscos, a legalidade e a eficiência	272
5.1. Os princípios da gestão de riscos e a administração pública.....	273
5.2 A estrutura da gestão de riscos e a Administração Pública	274
5.3 O processo da gestão de riscos e a Administração Pública	275
5.4 Reflexões sobre a legalidade e a eficiência.....	276
6 Considerações finais	277
Agradecimentos	278
Referências.....	278

IV. CONTRATAÇÃO PÚBLICA NO DIREITO ESTRANGEIRO282

LA ADQUISICIÓN DE VACUNAS CONTRA LA COVID-19 POR COLOMBIA: ENTRE LA CONFIDENCIALIDAD Y LA FALTA DE TRANSPARENCIA.....284

Gressy Karen y Rojas Cardona e David Mendieta

1 Introducción.....	285
2 Contexto de la problemática: reseña en medios de indisponibilidad de documentos del proceso de negociación de la adquisición de las vacunas para la COVID-19	287
4 Fundamento normativo del principio de transparencia.	296
5 ¿Se puede sacrificar la transparencia en aras de la confidencialidad?	299
6 ¿Lucro o salud?: tensión entre libre mercado y derechos fundamentales	301
7 Conclusión	304
Referencias.....	306

LA DISCRIMINACIÓN EX POST DE LOS OFERENTES DE UNA LICITACIÓN PÚBLICA COMO INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA Y DE LIBRE COMPETÊNCIA 312

Jaime Arancibia Mattar

1 Introducción.....	313
2 El principio de igualdad ex post de los oferentes de una licitación administrativa.....	314
3 Infracción de la libre competencia por privilegio ilegal ex post del adjudicatario	317
4 Conclusiones	323
Referencias.....	325

LA DISCRIMINACIÓN EX POST DE LOS OFERENTES DE UNA LICITACIÓN PÚBLICA COMO INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA Y DE LIBRE COMPETÊNCIA332

Udochukwu Uneke Alo, Obiamaka Adaeze Nwobu e Alex Adegboye

1 Introduction	333
2 Literature review	335
2.1 Conceptual Framework	335
2.1.1 Sustainable Public Procurement.....	336
2.2 Theoretical Framework	337
2.2.1 Technology Acceptance Model (TAM).....	337
2.3 Empirical Review.....	337
3 Research Method	338
4 Presentation and Discussion of results	339
4.1 Correlation Presentations.....	343
4.2 Regression Analysis.....	343
5 Conclusion and Recommendations.....	344
References.....	345

OUTROS TEMAS	348
I. POLÍTICAS PÚBLICAS E INSTITUCIONALIDADE	349
¿EXISTE EL DERECHO HUMANO A LA IDENTIDAD CULTURAL DE LOS MIGRANTES EN EL DERECHO INTERNACIONAL?	351
Glorimar Alejandra Leon Silva e Juan Jorge Faundes	
1 Introducción.....	352
2 Derecho a la identidad cultural de los migrantes en el ámbito universal.	354
2.1 Identidad cultural de los migrantes con base en el principio de igualdad y no discriminación.	357
2.2 Identidad cultural de los migrantes y su catalogación como minorías.....	361
3 Derecho a la Identidad Cultural de los migrantes en el ámbito regional.	367
3.1 Identidad cultural de los migrantes con base en el principio de igualdad y no discriminación.	368
3.2 Identidad cultural de los migrantes y su catalogación como minorías.....	371
4 Conclusiones.....	374
Referencias.....	376
EL ACCESO A LA JUSTICIA Y EL DEBIDO PROCESO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA CORTE SUPREMA: DOS NOCIONES DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CHILENO	384
Pedro Harris Moya	
1 Introducción.....	384
2 Las divergencias jurisdiccionales sobre el acceso judicial en materia administrativa	387
3 El agotamiento previo de la vía administrativa	388
4 La resolución impugnada	390
5 Las divergencias jurisdiccionales sobre el proceso judicial en materia administrativa.....	392
6 La única instancia.....	393
7 La suspensión del acto.....	396
8 Conclusiones.....	397
Referencias.....	398
“MINISTROCRACIA” E DECISÕES INDIVIDUAIS CONTRADITÓRIAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	402
Ulisses Levy Silvério dos Reis e Emilio Peluso Neder Meyer	
1 Introdução	403
2 As regras que permitem a cultura das decisões individuais e os números decorrentes.....	405
3 O STF e a guerra de decisões individuais cruzadas sob a presidência do ministro Dias Toffoli (2018-2020)	409
3.1 Decisões individuais do Presidente que revogam liminares dos Relatores	410
3.2 Decisões individuais dos ministros: relatores revogando liminares do Presidente	413
4 Tentativa de superar o cenário instável por meio do estímulo à colegialidade.....	416

5 Considerações finais	421
Referências.....	422
Agradecimentos	425

A POLÍTICA DE INOVAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES REGIONAIS NO BRASIL 427

Caroline Viriato Memória e Uinie Caminha

1 Introdução	428
2 As políticas de ciência, tecnologia e inovação no Brasil	430
3 A relação entre o desenvolvimento econômico e as políticas públicas de incentivo à inovação	431
4 Considerações sobre a Lei do Bem.....	434
5 Metodologia	437
6 Análise, discussão e resultados.....	438
7 Considerações finais	442
Referências.....	442

CONFLITOS DE COMPETÊNCIA E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO FEDERALISMO BRASILEIRO .447

Jorge Leal Hanai, Luis Antônio Abrantes e Luiz Ismael Pereira

1 Introdução	448
2 Descentralização fiscal.....	452
3 Os medicamentos e insumos para os tratamentos farmacológicos e terapêuticos são de alto custo para quem mesmo?.....	453
4 Conflito de competência	454
5 Percurso metodológico	455
6 Resultados e discussão	458
7 Considerações finais	466
Referências.....	467
Agradecimentos	472

O MINISTÉRIO PÚBLICO NO ENFRENTAMENTO DOS REFLEXOS DA CRISE DA COVID-19: UMA ANÁLISE ACERCA DA SUA ATUAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL NO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE..... 474

Raquel Maria da Costa Silveira, Ana Mônica Medeiros Ferreira, Flávio Luiz Carneiro Cavalcanti e Haroldo Helinski Holanda

1 Introdução	475
2 A institucionalização da defesa do interesse público: o papel do Ministério Público no Brasil ...	476
3 Características da atuação do Ministério Público: autonomia e atribuições entre limites e possibilidades na crise sanitária	479
4 O Ministério Público do Rio Grande do Norte em tempos de pandemia	483
5 Considerações finais	493

Referências.....	494
A CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA POLÍTICA FALIMENTAR.....	498
Nuno de Oliveira Fernandes	
1 Introdução.....	499
2 A Constituição.....	500
3 A política falimentar.....	503
4 Metodologia de análise.....	506
5 Resultados.....	508
5.1 Codificação.....	508
5.2 Categorização.....	514
5.3 Benchmark.....	515
5.3.1 Resultados Doing Business.....	518
5.3.2 Resultados Human Development Index.....	521
6 Considerações finais.....	522
Referências.....	524
II. POLÍTICAS PÚBLICAS, GRUPOS VULNERÁVEIS E LITÍGIOS ESTRUTURAIS.....	528
LAS LIMITACIONES A LOS DERECHOS DE LOS GRUPOS VULNERABLES Y LOS SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN DURANTE LA PANDEMIA.....	530
Mary Luz Tobón Tobón	
1 Introducción.....	531
2 El Covid-19 y las limitaciones a las libertades.....	534
3 Las limitaciones al derecho a la igualdad de los grupos más vulnerables y los sujetos de especial protección durante la pandemia.....	536
3.1 Personas mayores de edad.....	539
3.2 Personas con discapacidad.....	540
3.3 Comunidades indígenas.....	541
3.4 Niños, niñas y adolescentes.....	543
3.5 Discriminación por género, identidad y orientación sexual.....	544
4 Conclusiones.....	544
Bibliografía.....	545
LITÍGIOS ESTRUTURAIS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19: CONTRIBUIÇÕES DO ICCAL.....	550
Ana Carolina Lopes Olsen e Bianca M. Schneider van der Broocke	
1 Introdução.....	551
2 Panorama teórico: litígios estruturais como ferramenta do constitucionalismo transformador no ICCAL.....	553

2.1 Constitucionalismo Transformador e litígios estruturais na perspectiva dos “direitos de desestabilização”	553
2.2 A transnacionalização do projeto do constitucionalismo transformador e a proposta do Ius Constitutionale Commune latino-americano.....	557
3 A proteção dos povos indígenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.....	561
3.1 Litígios Estruturais e o Papel Transformador da Corte IDH	561
3.2 Perspectivas de diálogo judicial na proteção dos povos indígenas	564
4 A ADPF 709 e o (possível) papel transformador do STF para a proteção dos povos indígenas em face da pandemia de Covid-19	568
5 Considerações finais	574
Referências.....	575

EPISTEMICÍDIO DAS NARRATIVAS NEGRAS E LITÍGIO ESTRUTURAL: INSTRUMENTOS EXTRAJUDICIAIS PARA DISSOLUÇÃO DO PROBLEMA NO SISTEMA EDUCACIONAL

Vitor Fonsêca e Caroline da Silva Soares

1 Introdução	583
2 Epistemicídio: definição e consequências	583
3 O apagamento de narrativas contra hegemônicas e a Lei n.º 10.639/2003	585
4 O epistemicídio nas escolas como um litígio estrutural	587
5 As estratégias estruturantes no combate ao epistemicídio nas escolas	589
5.1 Audiências públicas	591
5.2 Procedimento administrativo.....	592
5.3 Recomendação estrutural.....	592
5.4 Compromisso (ou termo) de ajustamento de conduta.....	593
5.5 Notas sobre a atuação judicial	593
6 Considerações finais	594
Referências.....	595

TRAJETÓRIAS E DIRETRIZES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NACIONAIS PARA A POPULAÇÃO INFANTO-JUVENIL EM SITUAÇÃO DE RUA.....

Wânia Cláudia Gomes Di Lorenzo Lima, Cynthia Xavier de Carvalho e Maria Creusa de A. Borges

1 Introdução	599
2 políticas para crianças e adolescentes em situação de rua.....	600
2.1 Dimensão da pessoa	606
2.2 Dimensão econômica	609
2.3 Dimensão educacional.....	612
2.4 Dimensão integridade física.....	614
2.5 Dimensão sociofamiliar.....	617
3 Considerações finais	618

Referências.....	619
------------------	-----

EMPRENDIMIENTO COMO FUENTE DE INGRESOS PARA LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO EN EL MARCO DE LA LEY 1448 DE COLOMBIA. REFLEXIONES DE LA IMPLEMENTACIÓN EN EL VALLE DEL CAUCA 625

Saulo Bravo García e Luz Marina Restrepo García

1 Introducción.....	626
2 Generalidades de políticas públicas	627
2.1 Conceptos y enfoques	627
2.1.1 Explicación de la Ley 1448 de 2.011.....	629
2.1.2 Emprendimiento.....	635
2.1.2.1 Conceptos	635
2.1.2.2 Tipos de emprendimiento	636
2.1.2.3 Tendencias de supervivencia de emprendimiento	637
3 Metodología	637
3.1 Hipótesis	637
3.1.1 Hipótesis 1	637
3.1.2 Hipótesis 2.....	638
4 Resultados y discusión.....	638
4.1 Estructura de herramienta utilizada.....	638
4.2 Matriz estado del arte de unidades productivas.....	640
4.3 Apéndice	640
4.3.1 Aplicación de la herramienta de diagnóstico.....	640
4.3.2 Estado del arte de las unidades productivas	641
4.3.3 Comprobación de hipótesis	641
4.3.4 Discusiones.....	642
5 Conclusiones	642
Referencias.....	643

III. POLÍTICAS PÚBLICAS E AÇÃO RESTAURATIVA..... 648

JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO AÇÃO COMUNICATIVA: EQUILÍBRIO ENTRE SISTEMA E MUNDO DA VIDA 650

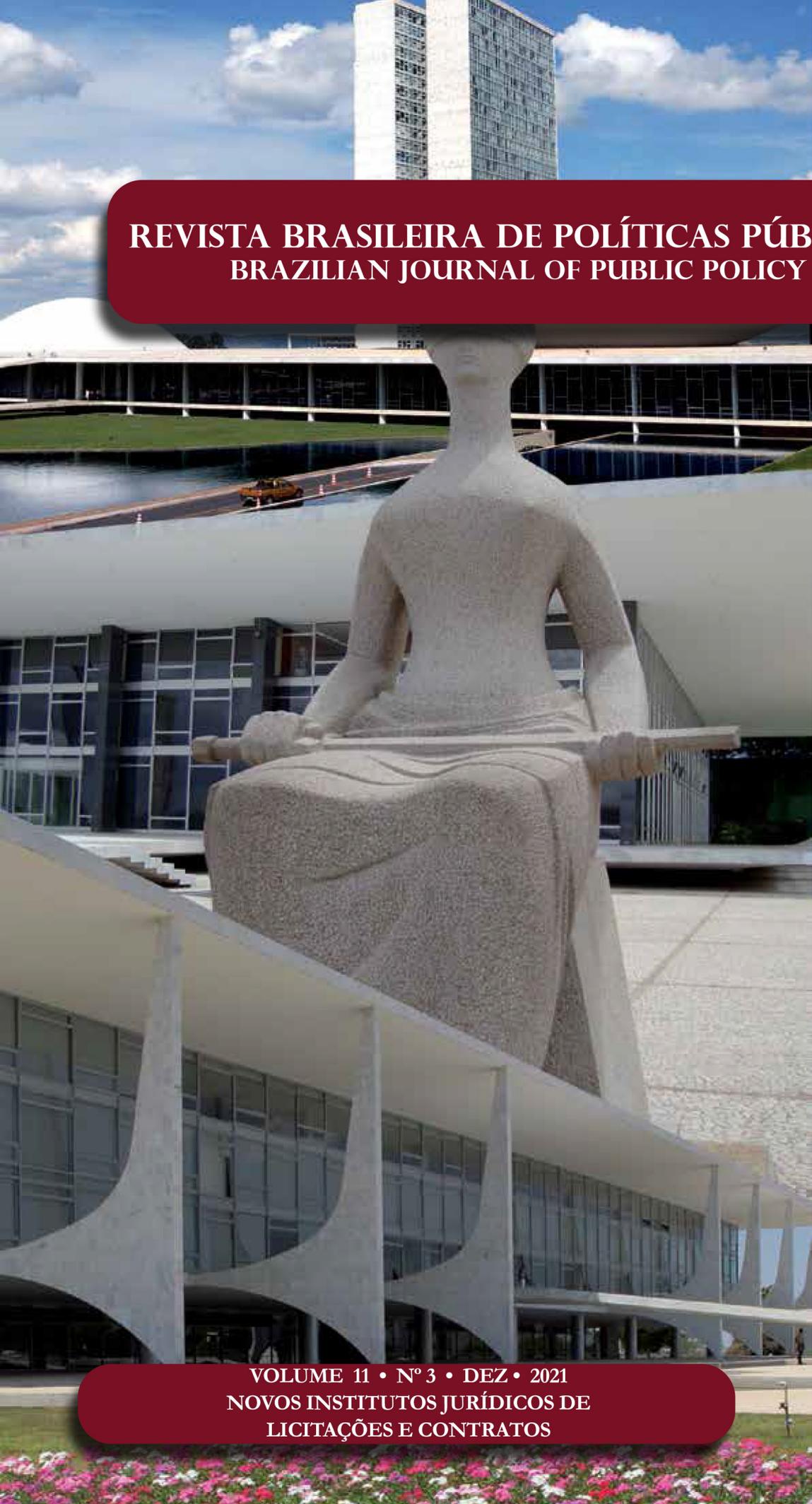
Daniela Carvalho Almeida da Costa e Luciana Leonardo Ribeiro Silva de Araújo

1 Introdução	651
2 Sistema e mundo da vida	652
3 Crise do sistema criminal.....	654
4 A ação comunicativa em busca do consenso racional.....	657
5 Justiça restaurativa e situação ideal de fala	659

6 Considerações finais	663
Referências.....	664
JUSTIÇA RESTAURATIVA: ACORDOS E COOPERAÇÃO.....	668
Samyle Regina Matos Oliveira e Selma Pereira de Santana	
1 Introdução	669
2 A construção das bases normativas da Justiça Restaurativa no Brasil	669
2.1 As contribuições da Resolução da ONU para o desenvolvimento e implementação de medidas de Mediação e Justiça Restaurativa	670
2.2 O papel das resoluções do CNJ e do CNMP para a implementação da Justiça Restaurativa	671
2.2.1 A Resolução n.º 125/2010 do CNJ e a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário	671
2.2.2. A Resolução n.º 118/2014 do CNMP e a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição	672
2.2.3 A Resolução n.º 225/2016 do CNJ e a Política Nacional da Justiça Restaurativa	676
3 Os acordos restaurativos e a Cooperação Judiciária Nacional.....	678
3.1 O acordo restaurativo como negócio jurídico	678
3.2 O acordo restaurativo no âmbito da Cooperação Judiciária Nacional.....	680
4 Considerações finais	681
Referências	682
NORMAS EDITORIAIS.....	685
Envio dos trabalhos:.....	687

**DOSSIÊ TEMÁTICO: NOVOS
INSTITUTOS JURÍDICOS DE
LICITAÇÕES E CONTRATOS**

**I. LICITAÇÕES E CONTRATOS PÚBLICOS:
PARTE GERAL**



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Integrated contract in Law

14.133/2021: new law, same problems? a study of comparative law

Contratação integrada na Lei

14.133/2021: nova lei, mesmos problemas? um estudo de direito comparado

Paulo Afonso Cavichioli Carmona

Bruno Ribeiro Marques

Odilon Cavallari

VOLUME 11 • Nº 3 • DEZ • 2021
NOVOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE
LICITAÇÕES E CONTRATOS

Integrated contract in Law 14.133/2021: new law, same problems? a study of comparative law*

Contratação integrada na Lei 14.133/2021: nova lei, mesmos problemas? um estudo de direito comparado

Paulo Afonso Cavichioli Carmona**

Bruno Ribeiro Marques***

Odilon Cavallari****

* Recebido em 30/09/2021
Aprovado em 08/02/2022

** Doctor and Master in Urban Law from the Pontifical Catholic University of São Paulo (PUC/SP). Professor of Administrative Law and Urban Planning of the Doctorate, Lato Sensu Master's and Postgraduate University Center of Brasília (UniCeub). Professor of Administrative Law and Urban Planning of the Higher School Foundation of the Public Prosecution of the Federal District and Territories (FESMPDFTI). Judge of the Court of Justice of the Federal District and Territories (IJDFTI). E-mail: paccarmona@hotmail.com

*** Doctoral student in Law at the University Center of Brasília (UniCeub). Master in Organizational Studies from the Federal University of Paraná (UFPR). Specialist in Public Administration from Getúlio Vargas Foundation (FGV). Specialist in Controllershship and Finance from the Pontifical Catholic University of Paraná (PUC-PR). Specialist in Civil Procedure from the Pontifical Catholic University of Minas Gerais (PUC/MG). Specialist in Law and External Control from Getúlio Vargas Foundation of Rio de Janeiro (FGV/RJ). Bachelor in Civil Engineering from the State University of Campinas (Unicamp). Bachelor of Laws from the Cuiabá Institute of Education and Culture (ICEC). Professor at Invest Institute. External Public Auditor of the Court of Accounts of the State of Mato Grosso (TCE/MT). Attorney. E-mail: bruno.marques@institutoinvest.edu.ne

**** Doctoral student in Law at the University Center of Brasília (UniCeub). Master in Constitutional Law from the Brasília Institute of Public Law (IDP). Lato Sensu Postgraduate Degree in Financial Management from Getúlio Vargas Foundation (FGV). Bachelor of Laws from UniCeub. Bachelor in Business Administration from the University of Brasília (UnB). Guest professor at IDP and UnB in Lato Sensu Postgraduate Courses. Federal Auditor for External Control of the Federal Court of Accounts (TCU). Federal Auditor of External Control and Advisor to the Minister of the Federal Court of Accounts (TCU). Attorney. E-mail: odiloncavallari@gmail.com

Abstract

This article aims to analyze whether the integrated contracting forecasted in Law 14.133/2021 will increase the efficiency of public contracts. In integrated contracting, the basic and executive projects are prepared by the same company contracted for the execution of engineering works and services. Consequently, Public Administration must only provide a draft. The hypothesis is that the expansion of possibilities for the use of integrated contracting, forecasted in Law 14.133/2021, poses risks of reducing the efficiency of Public Administration. The hypothesis evaluated is based on bibliographic research and analysis of national and foreign legislation and based on the dialectical-inductive method (demonstrating positive and negative aspects of the modification of previous laws) comparing Brazilian and international cases in real scenarios (inductive method). Firstly, it is demonstrated when Design-Build procurements were first allowed in Brazil and how and why their uses have been amplified. Additionally, the international scenario is analyzed to determine whether the restrictions imposed by most countries were also provided for in the Brazilian legislation on integrated contracting. Subsequently, a comparative examination of various models of public procurement will be conducted to demonstrate that the choice of the contractual execution regime involves difficulties that only good and detailed planning can help to overcome. The conclusion confirms the hypothesis and defends that measures should be adopted in the planning phase with special attention to those related to the selection requirements of design and drafts, as most developed countries have already done.

Keywords: project; integrated contracting; Law n. 14.133/2021; design-build; comparative law.

Resumo

Este artigo tem como objetivo analisar se a contratação integrada prevista na Lei 14.133/2021 aumentará a eficiência dos contratos públicos. Na contratação integrada, os projetos básico e executivo são elaborados pela mesma empresa contratada para a execução das obras e serviços de engenharia. Consequentemente, a Administração Pública deve elaborar apenas um anteprojeto. A hipótese é que a ampliação das possibilidades de utilização da contratação integrada, prevista na Lei 14.133/2021, apresenta riscos de redução da eficiência da Administração Pública. A hipótese é baseada em pesquisa bibliográfica, na análise da legislação nacional e estrangeira e no método dialético-indutivo (demonstrando aspectos positivos e negativos da modificação de leis anteriores) comparando casos brasileiros e internacionais em cenários reais (método indutivo). Primeiramente, é demonstrado quando a contratação integrada foi permitida pela primeira vez no Brasil e como e por que seus usos foram ampliados. Adicionalmente, o cenário internacional é analisado para determinar se as restrições impostas pela maioria dos países foram também previstas na legislação brasileira sobre contratação integrada. Posteriormente, será realizado um exame comparativo de vários modelos de contratação pública para demonstrar que a escolha do regime de execução contratual envolve dificuldades que só um bom e detalhado planejamento pode ajudar a superar. A conclusão confirma a hipótese e defende que medidas devem ser adotadas na fase de planejamento com atenção especial àquelas relacionadas aos requisitos de seleção de anteprojetos e projetos, a exemplo do que fizeram a maioria dos países desenvolvidos.

Palavras-chave: projeto; contratação integrada; Lei n. 14.133/2021; design-build; direito comparado.

1 Introduction

Modern structures tend to be so complex that their projects require specialized companies with expertise in several fields to avoid further problems during the unleashing of the enterprise.

However, considering roman structures, or even structures made by the time of ancient cathedrals, might put the idea of rigorous projects as a necessary condition for good buildings into perspective. Neither Romans nor catholic architects had foundation studies or computer landscape analysis that are extensively used recently. Nowadays, it might seem incomprehensible considering the amount of data necessary to conceive complex structures like airplanes or submarines.

These two points seem to result in an inherent paradox. How could Roman structures stand for so long without complex projects using severe calculus and just using their previous construction practices learned through centuries in the work field? That is precisely why good knowledge in engineering, without any method in the area, may not guarantee further well-done achievements. That is why companies tend to mix senior engineers with trainees in complex structures works. So, traditionally, companies share the idea that it is essential to combine experience with knowledge to avoid unforeseen problems.

This same paradox can also be applied to public procurement procedures. Thus, the question remains: should the Public Administration use the expertise of construction companies in the Project-Construction bids, or should it segregate the tasks? In other words: should Public Administration first select the best project for the work to specify the object it intends to build, and only after this stage might it contract a specific company to execute it, or instead should it delegate both assignments and jobs to the same company?

This issue has been the subject of several discussions in academia and among specialists. For some authors, the project tends to be an essential part of any public work. Those who share this point of view argue that before any public enterprise, firstly, should the Public Administration contract the best possible project with the most detailed data to avoid delays. Only after that shall it begin the preparatory tasks.

This method of acquiring public works is called traditional design-bid-build (D.B.B.). In this case, the Public Administration contracts only the project with its essential specifications that an award – fixed price – shall be delivered to the best proposal of a project combining both cost and practical solutions offered to Public Administration; only after this step shall Public Administration contract the work (enterprise) itself.

However, there are other ways for the Public Administration to contract public works, called design-build (D.B.) or turnkey. Both were initially conceived for more complex assignments. Additionally, both are based on the idea that the experience of previous builders can allow the Public Administration to save time and prevent further errors in the field of work. For this reason, in these two models, the company in charge of the general project must also conceive its execution.

The difference between design-build and turnkey is that this latter model, also called Engineering, Procurement and Construction (E.P.C.) or Lump sum, tends to be more comprehensive as a model of acquisition that the contractor is not only responsible for preparing and developing the primary and executive projects, but also for carrying out engineering works and services, along with all other necessary measures for the work to be delivered in its full conditions to be used, such as the supply of materials and pieces of equipment as well as their assembly and start-up.^{1 2}

Apart from the previous forecast, this study will show, through a dialectic inductive methodology (showing positive and negative aspects of the published modifications in recent Brazilian laws along with comparative studies with similar disposals in several other legislative systems) that countries with a high degree of maturity in public procurements have opted to adopt the design-build model only when they decide to leave the responsibility for preparing the basic and executive projects to the contractor.

On the other hand, Brazil has adopted, in the law n. 12.462/2011, the turnkey model without any exigence in the previous planning stage or even detailed drafts requirements adopted in most developed countries in symmetry to the understandings of the Federal Court of Accounts on the theme, then resulting in various risks to the public sector (hypothesis raised) regarding scarce public resources.³

In the case of Brazil, the frequent precariousness of the planning phase of most public works contracts has been identified as the main reason for unjustified contractual amendments, especially those concerning the preparation of projects, whose deficiencies⁴ have been responsible for so many misfortunes during the progress of the works.

Integrated contracting was first forecasted (R.D.C. law n. 12.462/2011) in Brazilian legislation as an instrument to increase the efficiency of public procurements because of the main idea that the Brazilian Public Administration might not have been prepared for developing high-quality projects, then why should not the contractor assign the task of designing the project and therefore assuming additional risk on its own, such as the design-build model forecasted in U.S. legislation?²

However, since the enactment of Law 12.462/2011 (which introduced the Differentiated Contracting Regime – R.D.C. – and consequently regulated the use of integrated contracting for Public Administration

¹ A lump sum is a single payment of money, as opposed to a series of payments made over time (such as an annuity)

² SNIDER, W. J.; SEIDLE, N. T.; BAYSTON, D. M. *Investment basics and beyond*. 3. ed. London: Paperback, 1998. p. 240-246 Available at: <https://www.gettextbooks.com/isbn/9780899820606/>. Access in: 29 set. 2021.

³ BRAZIL. Federal Court of Accounts. Plenary. Judgment case n. 2.246/2012. Audit Report. Works of the Baixada Fluminense Thermal Power Plant. Failure to provide full information requested by the supervisory team. No proper limitation in contract of situations eligible for additives. Considerations on the budget of the works. Setting the deadline for submission of missing documents. Follow-up processes notice to evaluate possible additives. Extraction of a copy of the files to subsidy the instruction of TC 006.810/2011-0. Minister Rapporteur: Ana Arraes. Judged in 08.22.2012. *Brazilian Union Official Diary*, nov. 2012. Available at: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2246%2520ANOACORDAO%253A2012%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Access in: 20 set. 2021.

⁴ BAETA, A. P. *As vantagens dos concursos para a contratação de projetos*. Available at: https://concursosdeprojeto.org/2014/12/10/as_vantagens_dos_concursos_para_a_contratacao_de_projetos/. Access in: 25 set. 2021.

under certain specific circumstances), empirical studies (demonstrated in item two and three of this article) have shown that the contractual execution regimes (Design-Build methods) have not produced the results expected.

Apart from these findings, the recent Brazilian Law n. 14.133/2021 substantially expanded the possibilities of using integrated contracting and therefore has removed several restrictions and conditions imposed by the R.D.C. previous legislation.

Thus, there are justified concerns on the effectiveness and efficiency in Brazilian public procurement with integrated contracting in the ways prescribed by Law 14.133/2021 as the problems repeatedly identified in this contractual performance regime have not yet been resolved. Therefore, the results produced by the new legislation might increase frustrations with a probable waste of scarce public resources (which is the central theses of this article).

For this reason, this article aims to analyze whether the integrated contracting provided in Law 14.133/2021 will increase the efficiency of public contracts.

The hypothesis and central thesis are that the expansion of possibilities for integrated contracting, forecasted in Law 14.133/2021, poses risks of reducing the efficiency of Public Administration.

The hypothesis test is based on bibliographic research and analysis of national and foreign legislation and is based on the dialectical-inductive method comparing Brazilian and international cases in real scenarios.

Thus, at first, a critical analysis of the Brazilian legislative evolution regarding integrated contracting will be presented, as well as the empirical work carried out both by the doctrine and by public bodies, with particular attention to the decisions of the Federal Court of Accounts to whom it has been given constitutional attributions for controlling Public Administration biddings and contracts.

Next, the international scenario on the subject will be examined when the analysis of foreign legislation will be compared to the Brazilian one.

Subsequently, a comparative examination of various models of public procurement will be carried out to demonstrate that the choice of the contractual execution regime involves difficulties that only good planning can help to overcome.

The conclusion is that the significant expansion of the possibilities of using the integrated contracting by Law 14.133/2021 poses severe risks of reducing the efficiency of public contracts and defends that measures should be adopted in the planning phase with particular attention to those related to the design of selection requirements, as most developed countries have already done.

2 The process of the change of the previous law allowing the use of design-build in recent brazilian procurement

Integrated contracting was not initially provided for the General Bidding Law, Law 8.666/1993, which establishes general rules on bidding and administrative contracts related to works services, including advertising, purchases, disposals, and leases within the scope of the Powers of the Union, the States, the Federal District, and the Municipalities, as well as their foundations, government corporations (autarchies), and state-owned companies.

The National Congress, at the time of approval of this Law, was concerned about the corruption scandals that resulted in the impeachment of the President of the Republic. For this reason, it decided to create stricter and more formal rules for hiring by the Public Administration. Therefore, art. 10 of Law 8.666/1993, when listing the regimes for the indirect contractual execution of works and services, did not

mention integrated contracting, but only the following: lump sum contract; contract for unit price; assignment; and full-time employment.

Although Law 8.666/1993 expressly states, in the sole paragraph of its art. 1, that its legislative disposals were applying to all state-owned companies, the Federal Court of Accounts, in 1998, came to understand that, concerning state-owned companies that exploit economic activity, Law 8.666/1993 should be applied only to their secondary activities.⁵

Consequently, according to the specific Law forecasted in art. 173, § 1, of the Federal Constitution, a specific law would regulate the specific case of public-private companies' hirings and was also supposed to regulate the specific case of mixed capital companies' acquisitions but it still had not yet been published.

According to this law, public companies and private-public companies would not need to comply with the rigorous demands of Law 8.666/1993 regarding their core activity, but only to the major principles of bids. This is because state-owned companies operate in a competitive regime so they cannot have privileges or disadvantages, except those related to the social ends that previously had determined their specific reasons for their singular creation.

Although this was controversial, this understanding was overcome with the approval of Law 13.303/2016, edited in compliance with art. 173, § 1 of the Federal Constitution, which provides the legal status of state-owned companies, including their public procurement. Moreover, in a judgment concluded in 2021, as the T.C.U. had already done, Federal Supreme Court also understood that Law 8.666/1993 did not reach the core activity of state-owned companies.⁶

In 1997, the National Congress approved Law 9.478/1997, which deals, among other matters, with breaking the monopoly of oil exploration by Petrobrás. The art. 67 of the Law provided that contracts entered into by Petrobras, for the acquisition of goods and services would be preceded by a simplified bidding procedure, which would be defined in a decree of the President of the Republic.

It was, therefore, based on art. 67 of Law 9.478/1997 that the Presidency of the Republic edited Federal Decree 2.745/1998 which approved the Regulation of the Simplified Bidding Procedure of Petróleo Bra-

⁵ sep. 1998. Subsequently, the TCU reiterated this understanding, in a consultation process, which has a normative character: BRAZIL. Federal Court of Accounts. Plenary. Judgment case n. 1.390/2004. Consultation formulated by the Minister of State regarding the legality of the exemption from bidding by a mixed capital company that explores economic activity when contracting goods and services related to its core activity. Fulfillment of admissibility requirements. Knowledge. Jurisprudence consolidated in this Court in the sense of the possibility of public companies, mixed capital companies, and their subsidiaries that explore economic activity to waive the use of bidding for the contracting of goods and services that constitute their core activity, until the law referred to in art. 173, § 1, of the Federal Constitution, only in cases where the bidding document constitutes an insurmountable obstacle to its business activity. Forward a copy of this resolution to the consultant. Substitute Minister Rapporteur Marcos Bemquerer Costa. Judged in 09.15.2004. *Brazilian Union Official Diary*, sep. .2004. Available at: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1390%2520ANOACORDAO%253A2004%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Access in: 20 set. 2021.

⁶ BRAZIL. Federal Supreme Court. Full Court. Extraordinary Appeal 441.280. SUMMARY Extraordinary resource. Maritime transport contract entered into by Petrobras. Decision refuting the intended nullity of the contracting party selection procedure. Procedure not preceded by bidding. Reform claim. Condemnation of the company in damages. Compensation that does not find constitutional support. Mixed capital company that operates in the market for commercial exploitation of goods and services. Submission, at the time of the facts, to the dictates of Decree No. 2.745/98. Contract regularly concluded. Partial knowledge of the resource. No provision. 1. The contested decision was based on the peaceful jurisprudence of the Federal Supreme Court that, at the time of the facts, the defendant was not subject to the predictions of the Bidding Law. 2. This legal regime, moreover, would make it unfeasible for its active participation in the competitive market segment in which it operated, including internationally. 3. The agreement was, therefore, regularly concluded, in the light of the legislation then applicable. The annulment claim was correctly refuted. The claim for damages, cumulatively deducted, does not convey constitutional matters, making its knowledge unfeasible. 4. Extraordinary appeal which is partially known and which, as to that part, is dismissed. Minister Rapporteur Dias Toffoli. Judged in virtual session from 02.26.2021 to 03.05.2021. *Electronic Journal of Justice*, may 2021. Available at: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20441280%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Access in: 20 set. 2021.

sileiro S.A. – Petrobrás –, and it was this Petrobrás regulation that inserted the integrated contract into the Brazilian legal system, whose item 1.9 provided as follows:

Whenever economically recommendable, PETROBRÁS may use integrated contracting, comprising basic design and detailing works and services and assembly, testing, pre-operation, and all other necessary and sufficient operations for the final delivery of the object, with the specified strength and security procedures required in the specific case.

In several decisions, the Federal Court of Accounts considered Federal Decree 2.745/1998 unconstitutional, as it understood that the specific Law referred to in art. 173, § 1, of the Federal Constitution was Law in the formal and material sense so that it could not be replaced by a decree issued by the President of the Republic. For this reason, the T.C.U. reiterated its understanding that, although state-owned companies were not required to comply with Law 8.666/1993 concerning their core activities, they should apply the principles and leading ideas of Law 8.666/1993 to contracts related to their secondary activities as well.⁷

Several writs of mandamus were prosecuted against these T.C.U.'s decisions in the Federal Supreme Court, which, like a preliminary injunction, suspended the findings of the Federal Court of Accounts until the merits of the lawsuits mentioned above were judged.⁸

However, after the approval of Law 13.303/2016, edited in compliance with art. 173, § 1, of the Federal Constitution, which provides the legal basis for status of state-owned companies, including their specific legal bidding public procurements provisions, the Federal Supreme Court came to understand that the writs above of mandamus lost their purpose, since Law 13.303/2016 repealed art. 67 of Law 9.478/1997, which was the basis for the validity of Decree 2.745/1998.⁹ So, after the removal of art 67 from juridical world, the debate lost their object in the Supreme Court due to the new legal provision provided approved.

After Federal Decree 2745/1998, which approved the Regulation of the Simplified Bidding Procedure of *Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras* – the possibility of integrated contracting procedures was expanded by providing the contractual execution regimes referred in art. 8 of Law 12.462/2011, which instituted the Differentiated Regime for Public Contracting (R.D.C.).

Initially, this method of public acquisition was only applied for the necessary contracts to carry out the 2016's Olympic and Paralympic Games (item I) of the Confederations Cup of the International Federation of Football Association - Fifa 2013 and the FIFA World Cup 2014 (item II) – as well as for infrastructure

⁷ Leading case: BRAZIL. Federal Court of Accounts. Plenary. Judgment case n. 663/2002. Audit Report carried out in the area of bids and contracts. Considerations about art. 67 of Law n. 9.478/97 and Decree n. 2.745/98, which approved the Regulation of the Simplified Bidding Procedure for Petrobras. Unconstitutionality of norms. Communication to Petrobras. Existence of other irregularities. determinations. Conducting hearings. Shipment of copies. Minister Rapporteur Ubiratan Aguiar. Judged in 06.19.2002. *Brazilian Union Official Diary*, aug. 2002. Available at: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A663%2520ANOACORDAO%253A2002%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Access in: 20 set. 2021.

⁸ Leading case: BRAZIL. Federal Supreme Court. Writ of Mandamus 25.888. Minister Rapporteur Gilmar Mendes. Precautionary monocratic decision of 03.22.2006. *Journal of Justice*, may 2021.

⁹ Leading case: BRAZIL. Federal Supreme Court. (First Class). Regimental Appeal in Writ of Mandamus 27.796. Summary: Constitutional and administrative. internal interlocutory injury in the writ of safety. petrobras. simplified bidding procedure. no application. determination of the federal court of accounts. edition of law 13.303/2016 (state-own law). revocation of art. 67 of law 9.478/1997. validity grounds of decree 2.745/1998, which approved petrobras' simplified bidding procedure. supervenient loss of purpose. interlocutory appeal which is denied. 1. Law 13.303/2016 (State-owned Companies Law) revoked art. 67 of Law 9.478/1997, basis of validity of Decree 2.745/1998, which approved the Regulation of the Simplified Bidding Procedure of Petrobras. 2. As in the present writ of mandamus, what, in the end, the petitioner intends is the annulment of the judgment of the Federal Court of Accounts, at the point at which it prohibited the use of the aforementioned Simplified Bidding Procedure, it is evident, therefore, that the supervening loss of the object of this petition. 3. Appeal dismissed. Minister Rapporteur Alexandre de Moraes. Judged on 03.29.2019. *Electronic Journal of Justice*, may 2019. Available at: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22MS%2027796%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Access in: 20 set. 2021. In the same vein: BRAZIL. Federal Supreme Court. Writ of Mandamus 29.326. Minister Rapporteur Ricardo Lewandowski. Monocratic decision of merit 06.28.2019. *Electronic Journal of Justice*, jan. 2019. Available at: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340525988&text=.pdf>. Access in: 20 set. 2021.

works and contracting services for airports in capitals of States of the Brazilian Federation that were located more than 350 km away from the cities in which the events mentioned had occurred (item III).

However, successive laws have been approved in the following years after the R.D.C. creation, inserting other authoritative possibilities for its uses in the previously mentioned article.

Therefore, eight new items had contemplated other hypotheses of uses of the integrated contracting procedures on bids and contracts necessary for the following accomplishments such as the actions required for the Growth Acceleration Program (P.A.C.) (item IV); engineering works and services within the scope of the Unified Health System – SUS – (item V); engineering works and services for the construction, expansion and renovation and administration of penal establishments and socio-educational service units (item VI); actions in the scope of public security (article VII); engineering works and services related to improvements in urban mobility or expansion of logistics infrastructure (item VIII); as well as those regarding contracts referred in art. 47-A (item IX), along with actions in bodies and entities dedicated to science, technology, and innovation (item X); and its use was also applied to engineering works and services within the scope of public education and research, science and technology systems (§ 3).

Despite the broadening of the possibilities for using integrated contracting, art. 9 of the R.D.C. Law (Law 12.462/2011) established that the public manager could only choose this contractual execution regime if this choice was technically and economically justified and indeed provided at least one of the following conditions mentioned criteria: I - technological innovation or technique; II - the possibility of execution with different methodologies; or III – in the case of performance within restricted domain technologies overseen in the current market.

Similar conditions were included in Law 13.303/2016 (Statute of State-owned Companies), whose item VI of art. 43 authorizes integrated contracting procurement only in cases of engineering works or services that had to be intellectual and technologically predominantly or innovative methods regarding the bidding object or at least ought to have been performed with different methodologies or technologies within restricted domain overseen in the current market.

On 04.01.2021, Law 14.133/2021 came into force, which, according to item II of its art. 193, will repeal, after two years from the date of its publication, Law 8.666/1993, Law 10.520/2002 (Specific Bidding Law), and Law 12.462/2011 (R.D.C. Law).

This means that, during these two years, the public administrator had been able to choose between conducting public contracts by the rules of Law 14.133/2021 or following the rules of the laws mentioned above, which, after this period, would be revoked. However, the public administrator cannot combine these laws to use a part of one and another part of another.

Law 14.133/2021 establishes general rules for bidding and contracting for direct, autonomous, and foundational Public Administrations of the Union, States, Federal District, and Municipalities, but does not apply to public companies and mixed capital companies or their subsidiaries, which continue to be governed by Law 13.303/2016 as they remain submitted to rules of current market and then require specific legislation to their own singular cases.

Although Law 14.133/2021 repeats several rules as mentioned earlier, it also contains numerous novelties. Regarding integrated contracting, the new Law not only repeats some regulations from the R.D.C. Law but also introduces several innovations.

The art. 46 of the new Law included integrated contracting as part of the list of regimes for the indirect contractual execution of works and services, which also have the following commands: contract for a unit price; lump sum contract; integral contract; contracting by task; semi-integrated contracting; and provision and provision of associated service.

In item XXXII of art. 6, Law 14.133/2021 came to define integrated contracting procedures as the con-

tracting regime for engineering works and services in which the contracted parties shall be responsible for preparing and developing the primary and executive projects, along with performing engineering works, and services, supplying goods and provide extraordinary services and carry out assembly, testing, pre-operation, and other necessary facilities and sufficient operations conditions for the final delivery of the object.

It can be inferred from the predictions of Law 14.133/2021 that there was significant expansion within the possibilities for using integrated contracting procurements which, nowadays, is forecasted without the previous requirements predicted in the last Law – R.D.C.– which was much more rigorous. In summary, it is possible to highlight at least four necessary conditions to use this bidding procedure extracted from Law 14.133/2021 concerning integrated contracting.

As clearly demonstrated, there was also a substantial expansion of the possibilities of using this contracting regime: first, in the recent Law, there is no express obligation for the public administrator to justify, technically and economically, his choice of integrated contracting; second, there is no longer a need to attend the conditions imposed by the R.D.C.; third, the use of integrated contracting procurements was expanded to states, federal district and municipalities; four: the use of integrated contracting does not depend any longer on the contracting value amount, as a consequence of the Republic President's veto for the provision that previously fixed at least a minimum value for its use in further public procurement procedures.¹⁰

However, although it does not appear in item XXXII of art. 6 of Law 14.133/2021, the public administrator continues to have the duty to justify, technically and economically, his choice of integrated contracting, to respect the principles of motivation and economy provided in art. 5 of the previous Law mentioned (14.133/2021) (integrated hermeneutics).

Moreover, this requirement had still been applied not only to this specific execution regime for public works but also had remained applicable for any cases forecasted in art. 46 of the recently approved Law, which, in addition to integrating contracting procurements, were still applied in each public procurement procedure that uses either of these criteria to select a further general provider: lump sum contract; integral contract; contracting by task; semi-integrated contracting; and provision and provision of associated service.

Hence, any formality is no longer required. As Marçal Justen Filho correctly observes, several issues must be considered to decide the most appropriate contractual execution regime for each case, such as costs and values and that might require special attention over eventual arising prices to be charged by the contracted company as well as the domain of knowledge of the Administration Public on the object to be tendered. It is also necessary to consider the assessment of technical competence for the preparation of the primary and executive projects, the risks regarding the result sought, and the intensity and form of control of the contractual execution in each specific case.¹¹

Therefore, the choice of the contractual execution regime is not an act that exempts the public administrator from presenting the necessary justifications. For this reason, in the words of Jessé Torres Pereira Junior and Marinês Restelatto Dotti, integrated contracting should only be chosen when its superiority over other contractual performance regimes is demonstrated by public managers whose non-observance might result in a penalty of violation of the principle of efficiency.¹²

The Federal Court of Accounts also understands that the option for the integrated contracting regime based on item II of art. 9 of Law 12.462/2011 must also be sustained on objective studies that justify its technical and economic uses and has to consider the expectation of advantages in terms of competitiveness,

¹⁰ Veto in the Message nº 118/2021. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Msg/VEP/VEP-118.htm. Access in: 28 set. 2021.

¹¹ JUSTEN FILHO, M. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas*: lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brazil, 2021. p. 586-588.

¹² PEREIRA JUNIOR, J. T.; DOTTI, M. R. *Regime de contratação integrada: vinculante ou discricionário?* Revista do Tribunal de Contas da União, Brasília, n. 142, p. 60, maio/dez. 2018

duration, price, and quality concerning other execution regimes, especially the global price contract and, among other aspects, whenever applicable, the international practice for the same type of work, with no generic justifications relevant to any other possibilities available.¹³

Although this understanding of the T.C.U. was expressed during the period of the validity of R.D.C., its central ideas remain applicable to Law 14.133/2021, given the identity of matters at this point, as integrated contracting continues to be one of the various contractual execution regimes provided for in the legislation, either the previous one or Law 14.133/2021. For this reason, the public administrator, when choosing one of these regimes, must demonstrate the technical and economic reasons that justify his choice.

Besides, there is still a risk of encouraging laziness and self-indulgence in public contracting. Compared to other execution regimes, integrated hiring shifts efforts related to the preparation of primary and executive projects to the acquired company, leaving only the draft under the responsibility of the administration.

Thus, the minor effort by the Public Administration at this stage cannot serve as the sole decision criteria for the manager to select it, as the public manager must previously demonstrate that, in the circumstances overseen in each case, the integrated contractor shall be the best option to serve the public interests, both from technical and economic perspective combined altogether.

On the other hand, as previously demonstrated, Law 14.133/2021 does not require compliance with the conditions imposed by the R.D.C., as well as it expanded the use of integrated contracting to states, federal districts, and municipalities and did not set a minimum value for integrated contracting. Thus, it can be assumed that the legislator believed that the flexibility and expansion of integrated contracting would increase the efficiency of public contracts. Interestingly, the legislator also had this same belief when he decided to approve the R.D.C., whose § 1 of art. 1 of Law 12,462/2011 established efficiency as one of its objectives.

However, empirical studies have shown that, in practice, the result of using integrated contracting has not met the expectations it is supposed to. In an audit carried out at the National Department of Transport Infrastructure (DNIT) to evaluate the use of integrated contracting, T.C.U. found out that 79% of the projects inspected had irregularities in the preliminary project, highlighting the insufficiency or inadequacy of its elements for duty characterizing the object of contracting and that 64% of the audited projects had irregularities in the bidding procedure, such as the lack of assumptions for the use of integrated contracting or the technique and price regime.¹⁴

The Union of Architecture and Engineering (SINAENCO) and the Council of Architecture and Urbanism of Brazil (CAU/BR) reached the same conclusion. They analyzed 251 bids conducted by DNIT, using the R.D.C. previous regime, among the years 2012 and 2014. The research concluded that 36% of the cases studied were carried out under the integrated contracting rule. As a result, the remaining 64% cases were processed by the other contractual execution regimes provided in the R.D.C. method, requiring complex projects before contracting the work itself in separated bidding procedures.¹⁵

¹³ BRAZIL. Federal Court of Accounts Plenary. Judgment case n. 1.388/2016. Audit. Dredging works in the Porto of Rio Grande/RS have not yet started. Examination of the bidding notice. Identification of failures that were corrected by the audited unit. Unjustified adoption of the integrated contracting regime. Weakness in the analysis of the bidding basis budget. Determinations. Recommendations. Minister Rapporteur Ana Arraes. Judged in 06.01.2016. *Brazilian Union Official Diary*, sep. 2016. Available at: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1388%2520ANOACORDAO%253A2016%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/D'TRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Access in: 20 set. 2021.

¹⁴ BRAZIL. Federal Court of Accounts (Plenary). Judgment case n. 306/2017. Request by the National Congress. Evaluation of the results of the introduction, in Public Administration, of the integrated procurement figure, under the differentiated procurement regime (RDC). Study carried out from DNIT's bidding. Considerations about the relevant limitations that impacted the results of this work. Request fully answered. Archiving. Minister Rapporteur Bruno Dantas. Judged in 02.22.2017. *Brazilian Union official Diary*, dez. 2017. Available at: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A306%2520ANOACORDAO%253A2017%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/D'TRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520 Access in: 20 set. 2021.

¹⁵ CONSELHO DE ARQUITETURA E URBANISMO NO BRASIL. *Dossiê atualizado sobre a ineficiência da contratação integrada no*

This study concluded that approximately 34.3% of the bids did not result in contracts for assorted reasons such as cancellation, suspension, and deserted processes, among many others. From this percentage, 40.5%, corresponds to bids that adopted the integrated contracting regime, while the other rules accounted for 31.1%. In addition, it was found that the average period between the date of publication of the notices and the date of signature of the contracts in the bids that adopted the integrated contracting was 252 days, against 199 days for the other regimes.

The Chamber of Deputies also conducted a study on the integrated contract. Therefore, it analyzed 179 bids conducted by Dnit, in Brasília, from 08.29.2012 to 04.29.2015. The study concluded that integrated contracting does not make contracting more agile because, although the internal procedures of the Public Administration consume less time, the acquired company uses much more time to prepare the basic and executive projects. Thus, in the end, the total time used before the start of the engineering work is more significant than that used in other contractual execution regimes.¹⁶

In addition, the study also concluded that the difference in prices offered between the company that won the bid and the fifth place is much greater than in the other bids. The study concludes that this price difference reveals that the preliminary project prepared by the Public Administration has not been sufficient to clarify to the companies about the characteristics of the engineering work to be contracted. Therefore, each company offers its price based on its understanding of the draft. In the end, the study argues that integrated contracting should no longer be used in Brazil.¹⁷

The Office of the Comptroller General, in turn, also analyzed the integrated contracting used by the DNIT between 2012 and 2014 and concluded that, in this contractual execution regime, there are a smaller number of companies participating in the bidding, that is, less disputed than in other regimes.

Regarding financial savings, the C.G.U. study found that the final cost of the work in integrated contracts is, on average, 6.9% and 7.5% higher than the global price and unit price regimes, respectively. And, regarding the efficiency of contracting, the study concluded that, due to failures in the planning phase, integrated hiring did not provide beneficial results for the population in a shorter time than other contractual execution regimes.¹⁸

Regarding the significant expansion of the possibility of using the contracting integrated by States, Federal Districts, and Municipalities, the low level of governance of these subnational entities should be a reason for great concern regarding the success of this initiative. This same concern was expressed by the Federal Court of Accounts, which, in an audit carried out to prepare a broad diagnosis of paralyzed works in the country financed by federal funds, found that subnational entities have profound deficiencies in the conduct of public works, which is why the court had recommended to the Ministry of Economy that, together with other ministries, that managers who deal with resources for public works should take steps so as to promote initiatives to develop the institutional capacity of subnational entities to better deal with this debt of knowledge.¹⁹

Brazil. 2014. Available at: <http://www.caubr.gov.br/dossie-comprova-ineficacia-da-contratacao-integrada-no-dnit>. Access in: 20 set. 2021.

¹⁶ BRAZIL. Chamber of Deputies. *Technical Note 1/2015*. Budget consulting and financial inspection. Available at: http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2015/nt21_2015. Access in: 20 set. 2021.

¹⁷ BRAZIL. Chamber of Deputies. *Technical Note 1/2015*. Budget consulting and financial inspection. Available at: http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2015/nt21_2015. Access in: 20 set. 2021.

¹⁸ BRAZIL. Ministry of Transparency, Inspection, and Office of the Comptroller General. *Audit Report O.S. n. 201505075*. Available at: <http://auditoria.cgu.gov.br/public/relatorio/consultar.jsf?rel=9107>. Access in: 20 set. 2021.

¹⁹ BRAZIL. Federal Court of Accounts (Plenary). Judgment case n. 1.079/2019. Diagnosis of stop works. Identification of main causes and opportunities for improvement. Recommendations. Monitoring. Minister Rapporteur Vital do Rêgo. Judged on May 15, 2019. *Brazilian Union official Diary*, may 2019. Available at: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1079%2520ANOACORDAO%253A2019%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Access in: 20 set. 2021.

If, on the one hand, Law 14.133/2021 expanded the possibilities for using integrated contracting, on the other hand, it had better specify the elements that ought to be included in the draft compared to the previous redaction of R.D.C. So, according to item I of § 2 of art. 9 of R.D.C. redaction, it required the engineering draft to include the technical documents to enable the characterization of the work or service, including, at least:

- a) the demonstration and justification of the needs program, the global vision of the investments, and the definitions regarding the desired level of service.
- b) the conditions of solidity, safety, durability, and delivery period, subject to the predictions of the caput and § 1 of art. 6 of this Law.
- c) the aesthetics of the architectural project; and
- d) the adequacy parameters to the public interest, the economy in use, ease of execution, environmental impacts, and accessibility.

Law 14.133/2021, in item XXIV of art. 6, in turn, began to require the following elements, whose innovations are contained in the letter's "f" to "j":

- a) demonstration and justification of the needs program, demand assessment of the target audience, technical-economic-social motivation of the enterprise, global vision of investments, and definitions related to the desired level of service.
- b) conditions of solidity, safety, and durability.
- c) delivery time.
- d) aesthetics of the architectural design, geometric layout, or design of the influence area, whenever applicable.
- e) parameters of adequacy to the public interest, economy of use, ease of execution, environmental impact, and accessibility.
- f) proposal for the design of the work or engineering service.
- g) previous projects or preliminary studies that supported the proposed design.
- h) topographic and cadastral survey.
- i) survey opinions.
- j) descriptive memorial of the building elements, construction components, and construction materials to establish minimum standards for contracting.

At this point, Law 14.133/2021 brought an important innovation by expressly requiring a more significant number of elements that must be included in the draft of regarding integrated contracting, so the draft plays a crucial role in the current regime, as it is the central piece to serve as a parameter for the realization of the basic project and the executive project, both under the responsibility of the contracted company.

As Hamilton Bonatto observes, integrated contracting is an execution regime in which goals are measured by the results achieved. Thus, that is it is up to the contractor to choose how it will seek to achieve the result expected by the Public Administration, differently, therefore, from what currently happens with other contractual performance regimes, whose obligations are in terms of means, in other words, it is up to the contracted company to execute the contract under time, and within specifications that Public Administration had previously designed in its the primary and executive projects.²⁰

Thus, as integrated contracting is an obligation of result granting greater freedom to the enterprise, the draft assumes decisive relevance for the success or failure of the contract, as it is the leading technical piece that outlines the possibilities and limits of the company contracted for the execution of the agreement, as

²⁰ BONATTO, H. O conteúdo do anteprojeto de engenharia no regime de contratação integrada. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 7, p. 314, 2016.

well as providing the guidelines to be observed in the preparation of the primary and executive projects.

The issue is susceptible to the Brazilian reality, marked by the recognized fragility of its projects, as the Federal Court of Accounts had repeatedly found, in the sense that the flaws in the planning phase of the bidding, those related to the preparation of the draft and the essential and executive projects, have been one of the leading causes of stoppage of public works.²¹

Precisely as a result of these weaknesses, the Federal Court of Accounts, attempting to contribute to the improvements of the planning phase and, in particular, for the preparation and evaluation of projects, recommended to the Ministry of Economy that, altogether with the other ministries which manage resources for public works, that attitudes should be made considering improvements of tasks, that sought to promote the holding of project competitions, or other contracting procedures in which the technical qualification of the object might be better viewed as a criterion of choice measuring precisely the quality of the products delivered later.²²

The recommendation by the Federal Court of Accounts was motivated by doctrinal work in which André Pachioni Baeta argues that the competition is the best way to select a project because, among other reasons, it reduces the degree of uncertainty about the later stages of contracting, considering that the parameters on which the work will be carried that had been previously established and then avoiding further misfortunes.

That way, there will be no increase in costs. The author also emphasizes that engineers and architects select the project with high knowledge on the subject, demonstrating the competition's advantage over the other options.²³

Law 14.133/2021, in § 3 of art. 22, brings another requirement: the invitation to bid must include a risk allocation matrix between the contracting and the contracted parts in integrated contracting procedures. In the same direction, § 4 requires the valuation of risks arising from facts supervening causalities.

Consequently, the eventual causalities associated with the choice of the basic design solution adopted by the contractor must be allocated in its risk matrix to assume its further and total responsibility.

Although there has been some innovation in Law 14.133/2021, the use of risk matrix is not essentially new, as seen in § 5 of its art. 9 of R.D.C., which shows that previous legislation had already forecasted the possibility of drawing up a risk allocation matrix between the Public Administration and the contractor, which, in these cases, could give rise to the forecasted risk rate compatible with the object of the bidding and the contingencies attributed to the contractor, according to the methodology predefined by the contracting entity and therefore anticipating any eventuality that might occur.

²¹ BRAZIL. Federal Court of Accounts. Plenary. Judgment case n. 1.328/2020. Monitoring of judgment 1.079/2019-tcu-plenary. Plan for the launch of the general register of works for 1/1/2021. Positive initiatives for the information and centralization of information on works execution. Absence of predictions to mitigate risks of deficiencies of projects as a cause of reaction. Efforts to improve the management of federal resources managed through voluntary transfers. Need to include homogeneous information about the stop of works in the large register to be implemented. No functionality provision to follow the schedule of the work and its changes in the information systems. Recommendations implemented, in implementation and not implemented. Forecast of future monitoring after the recent registration starts. Science. Minister Rapporteur Vital do Rêgo. Judged in 05/27/2020. *Federal Diary of Brazilian Union*, may 2020. Available at: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1328%2520ANOACORDAO%253A2020%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/D'TRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Access in: 20 set 2021.

²² BRAZIL. Federal Court of Accounts. Plenary. Judgment case n. 1.079/2019. Diagnosis of stop works. Identification of main causes and opportunities for improvement. Recommendations. Monitoring. Minister Rapporteur Vital do Rêgo. Judged on May 15, 2019. *Brazilian Union official Diary*, may 2019. Available at: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1079%2520ANOACORDAO%253A2019%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/D'TRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Access in: 20 set. 2021.

²³ BAETA, A. P. *As vantagens dos concursos para a contratação de projetos*. Available at: https://concursosdeprojeto.org/2014/12/10/as_vantagens_dos_concursos_para_a_contratacao_de_projetos/. Access in: 25 set. 2021. Updated version by the same author of the original version cited by TCU and published in the Revista Infrastructure Urbana of December 2014.

Just like the Federal Court of Accounts had already demanded in bids based on the integrated contracting system, a risk matrix must be prepared as an instrument that defines the objective division of responsibilities arising from events supervening the contracting stage.

So, this step is crucial for the characterization of the object and therefore segregates both enterprises and Public Administration contractual duties, as well as it remains an essential piece of info for better sizing bids further offered by bidders, which, as shown, is a mandatory element for the preliminary engineering project to be conceived.²⁴

Therefore, although integrated contracting has some advantages, the preparation of the draft and the entire planning phase must be very well conducted by the Public Administration so to minimize risks and create conditions so that the result, in the end, shall meet the expectations and interests of the public sector.

When it comes to contracts involving infrastructure, the importance of planning and, in particular, of the draft stage is even more evident, as failures in the planning stage can create a favorable environment for errors in contractual execution that will reverberate for many years because of the intergenerational character of this type of contract.

Dal Pozzo understands that infrastructure works last much longer than the average life span, authorizing us to speak of the intergenerational principle.²⁵ For this same reason, Dal Pozzo mentions the doctrine of prospective. This author believes it is necessary to glimpse the future before making decisions, especially regarding long-term public rare resource issues.²⁶

Law 14.133/2021 further emphasized the essentiality of planning by raising it, in its art. 5, to the category of principle, which imposes on the public administrator the duty to carry out the planning to the greatest extent as possible, equally does Robert Alexy teaches, to whom the regulations must be understood as optimization warrants, that is, they determine that something is done in the extent possible, considering the factual and legal circumstances imposed.²⁷

Another characteristic of integrated contracting is the reduction in the cost of inspection of the work, as it will not be necessary to identify in detail the number of services to be performed, considering that contracting ought to be measured by different results, which is why inspection can pay greater attention to the quality of execution of the contract and compliance with the contracted schedule.

However, as already warned by the Federal Court of Accounts, despite the cost of inspection of the work being lower in integrated contracting, it is necessary to consider the costs of local administration and management for each case. Although they are under the contractor's responsibility, it will be through the will and approval of Public Administration that the contractor shall include them in its proposal to be accepted by public authorities.

Moreover, these costs tend to be higher considering that in integrated contracting, the builder will incur expenses related to the management of the work required to interface between designers, executors of the

²⁴ BRAZIL. Federal Court of Accounts. Plenary. Judgment case n. 1,510/2013. 2014 World Cup. Audit survey. Works at Afonso Pena International Airport in São José dos Pinhais/PR. Metropolitan region of Curitiba. Infraero's First bidding under the integrated contracting regime (RDC). Deficiencies in the motivation to use the new regime, as well as in the balancing of the technical and price notes. Need to comply with the rule of art. 20 of Law 12,462/2011 in integrated contracting. Imperative considering possible adjustments in the prices obtained to the reality of the workplace, including about the BDI. Omissions in the engineering draft. Absence of risk matrix in the call instrument. Notification. Communications. Archiving. Minister Rapporteur Valmir Campele. Judged in 06.19.2013. *Federal Diary of Brazilian Union*, jun. 2013. Available at: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1510%2520ANOACORDAO%253A2013%2520COLEGIADO%253A%2522Ple n%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Access in: 20 set. 2021.

²⁵ DAL POZZO, A. N. *O direito administrativo da infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2020. p. 164.

²⁶ DAL POZZO, A.N. *O direito administrativo da infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2020. p. 169-170.

²⁷ ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Translation: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

civil results, equipment suppliers, and anyone responsible for electromechanical assembly.²⁸

Therefore, what can be seen is that integrated contracting, in theory, can provide a reduction in some costs specifically, but, in practice, it may not result in a reduction in total transaction costs if there is not good planning.

Ronald Coase, writing about transaction costs, warned that it is necessary to consider that the costs are not limited to the price of the good or service to be contracted, as there are costs that precede the contracting stage, such as the preparation of the contract and fees to be incurred during the contracting and even after its termination, such as the inspection of the contract execution and the final supervision regarding the delivery of the contracted object, which is why the contracting parts must evaluate which model of hiring might be more convenient for each case, to decide which tasks Public Administration will carry out on its own and which it might leave under the responsibility of the contractor on its own.²⁹

In this regard, it is vital to consider Williamson's warning, in the sense that two main characteristics of human nature impact transaction costs: first, they are limited rationality, which prevents it from predicting the future and, given the asymmetry of information, and even identifying present uncertainties circumstances that should be considered when drafting the contract; second, the tendency of some contractors to take opportunistic attitudes that, in this case, would take place as a result of the first characteristic, that is: the contractor may adopt eventual opportunistic perspective in the case the contractor fails to prepare and highly specify the contract or when it fails to sufficiently measure its specific issues.³⁰

Thus, the decision of the Public Administration for integrated contracting must be supported by previous studies that demonstrate that this contractual execution regime is the most suitable, given the circumstances of the specific case. And such studies cannot be limited to generic and abstract allegations under penalty of offense to the predictions of art. 20 of Decree-Law 4.657/1942 (Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law), according to which a decision must not be made on abstract legal values without considering the practical consequences of the decision made and whose motivation must demonstrate the needs and adequacy of the imposed measure, including possible alternative solutions to each specific case.

What can be seen, therefore, from the new rules of Law 14,133/ 2021, is that, although the number of elements that had been included in the draft has increased, which, in theory, might have improved the planning phase, the mentioned Law has substantially expanded the possibilities of using integrated contracting public procurement (procedures), which, given the historical debts of knowledge in planning stages, is a reason for justified concern about the results that will come from the expanded use of this contracting regime.

3 Design-build public procurement: are the problems seen in Brazil different from other countries?

To provide a broader perspective of Design-Bid-Build, not only the analyses of the Brazilian legislation

²⁸ BRAZIL. Federal Court of Accounts. Plenary. Judgment case n. 1.850/2015. Monitoring of agreement 2.547/2014-tcu-plenary. Fiscobras/2014. Thematic supervision. Subsystems of the rio são francisco integration project (pissf). Branch of the agreste. Differentiated contracting regime. Integrated contracting based on an executive project. Overestimate of quantitative. Determinations fulfilled. New recommendation. Archiving. Minister Rapporteur Benjamin Zymler. Judged in 07.29.2015. *Federal Diary of Brazilian Union*, aug. 2015. Available at: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1850%2520ANOACORDAO%253A2015%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Access in: 20 set. 2021.

²⁹ COASE, R. H. The nature of the firm. *Economica*, London, v. 4, n. 16, p. 392, nov. 1937.

³⁰ WILLIAMSON, O. E. The economics of organization: the transaction cost approach. *The American Journal of Sociology*, [S. l.], v. 87, n. 3, p. 533, 1981. Available at: https://www.researchgate.net/publication/235356934_The_Economics_of_Organization_The_Transaction_Cost_Approach. Access in: 21 oct. 2021.

are required, but also a comparative study must be done. However, a rigorous criterion must be made to compare similar countries.

So, only well-developed economies and highly developed democracies shall be selected in this part. These criteria were made because Brazil is considered one of the highest economies in the world with more than 20 years of democracy, therefore providing a broader opportunity for anyone who wishes to contract to the Public Administration to qualify for it in a procedure made with an elevated level of transparency, requirements that these countries provide.

Several countries did not adopt the turnkey model but the design-build model when they transferred the responsibility for preparing basic and executive projects to the contractor.

The most notorious Law that forecasted the use of Design-Build public procurement is the U.S. Code of Federal Regulation 48, which is applied for every public acquisition in the United States that might use federal resources. Apart from its limited use imposed only for works requiring federal funds, most states use the same regulation with minor adjustments due to its peculiarities. Still, the overall scenario and the main idea remain primarily untouched.³¹

Firstly, item 36.605 of the Code imposes the obligation that several architect-engineer services must estimate the cost of projects and further constructions to be made before any public work. Additionally, the cost of architect-engineer services shall be prepared and furnished to the contracting officer before commencing negotiations for each proposed contract or contract modification expected to exceed the simplified acquisition threshold. The estimate shall be prepared based on a detailed analysis of the required work as previously thought.

In other words, estimated costs made by engineers for the project and public works are compulsory. Any public acquirement of enterprise procedures that might start without this previous and detailed estimation of drawings and Public Administration expenses shall be explicitly considered outlawed.

Moreover, item 36.608 explicitly imposes the responsibility for architects and engineers for eventual errors; also, article 36.702 determinates the reward for architect or engineers' projects to be adequate to standard form 252.

Projects are only allowed to be awarded by the fixed price that shall not exceed the current price seen for similar objects in the current market. So, there must be previous research in the market for the average cost of engineer and architect service in every public procurement procedure before starting the bidding schedule and whose price might increase proportionally, as does the complexity of the enterprise.

Item 36.102 defines designs as the construction requirements, including functional relations and technical systems to be used, such as environmental, structural, and electrical, fire equipment's drawings, and any other information considered indispensable for the excellent development of further works.

Additionally, item 36.210 determinates that:

The contracting officer should make appropriate arrangements for prospective offerors to inspect the worksite and to have the opportunity to examine data available by the Government, which may provide detailed information concerning the performance of the work.³²

Item 36.102 allows both Design-bid-build procedures and design-build ones. Both are allowed in the U.S. However, item 36.102 defines design-bid-build as a traditional method for acquiring construction with two separate contracts: one for the fixed-priced awarded to the best project delivered to Public Administration and another related to the development of the whole enterprise.

Item 36.209 explicitly prohibits those companies or their affiliates that already had done the project to

³¹ Available at: www.achives.gov/federal-register/cfr/subjects.html. Access in: 20 ago. 2021.

³² Available at: www.achives.gov/federal-register/cfr/subjects.html. Access in: 20 ago. 2021.

participate in the execution of the work apart from the D.B. model of acquisition. The idea is to avoid the presence in bidding procedures from those who had already done the project and, therefore, might have several additional pieces of info, making further bidding unfair for others.

Nonetheless, apart from the permission of design-build in U.S. Federal procurement, the Law explicitly specifies that two separate phases are compulsory whenever Public Administration opts for this method of public works of constructions and services. In Design-Bid-Build's first step, companies are submitted to a rigorous pre-qualification process. They must demonstrate their ability to conduct the object they intend to gain, and only then will they be allowed to participate in the whole procurement procedure.

Regarding D.B., item 36.301 requires three or more offers, several projects' requirements, and design work, along with expertise and capability proved by further contractors.

Although both procurements are allowed, both require the previous estimation of costs. The main difference remains in the level of the project that in the case of the design-bid-build method, it tends to be much higher and specified, and that is why the lowest price can be applied as the average method for selecting further contractors' offers.

In contrast, the design-build project and costs might not be so superbly detailed, which, in turn, imposes the obligation for Public Administration to be much more rigorous in the pre-qualification process for companies' certificates. Therefore, the public sector might contract only with companies that share experiences in the field. So, the less detailed project in D.B. procurement is balanced by the rigid pre-qualification procedures imposed after the bidding schedule stage.

Not only has the U.S. allowed the use of design-build procurement methods, but also France has also regulated the same institute. The procedure is well determined in the Code of public command (*code de la commande publique*)³³.

In the case of the French procurement code, the practice is regulated in article L2171-2 section 01, which determines that apart from the traditional design-bid-build (the usual method), the concept-making techniques are also allowed whenever the public sector wishes to acquire things. This last methodology allows the same enterprise to conceive both project and execution.³⁴

Apart from its permission, this specific Code segregates an internet sector (sector 2) to select the best projects: competitions (called: *concurs in French legislation*). In this terms, article n. R2431-27 of the French Code explicitly determinates the main characteristics that a project must contain: the viable solutions, a topography map, any technical specifications, and a range of viable solutions that might best fit Public Administration interests.

Parallel to this legal provision, the article R241-37 determinates the public sector to previously have all the studies that might become necessary in the work field for further general construction eventualities (*bâtiments*).

Article L125-1 also explicitly determinates the competitions' mode as the best and unique form permitted to Public Administration to acquire additional projects whose valuation method shall combine the solutions chosen for the public demand with price and whose project choice must be made by a jury composed mainly by members with notorious experience in the subject in the field.³⁵ The process of selecting the best projects is described in section 02: (*Déroulement du concours*).

According to Article R2162-16, several obligations have been imposed not to require further specifica-

³³ Available at: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000037701019/>. Access en 20 set. 2021.

³⁴ In the original: *Le marché de conception-réalisation est un marché de travaux permettant à l'acheteur de confier à un opérateur économique une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux.*

³⁵ In the original: Article L125-1 : 2° Le concours, grâce auquel l'acheteur choisit, après mise en concurrence et avis d'un jury, un plan ou un projet.

tions that might limit the competition (*concurrency*) within the whole procedure. Besides, article R 2162-10 determines a jury with sufficient knowledge to better judge the proposals for the projects to be offered.

In addition, French Article n. D.2171-10 explicitly details all previous studies that any project must have³⁶ among them: all possible constructions methods, the economy provided in each possible solution, the materials, and quantities that shall be used, among many other security contingencies such as fire protection types of equipment and safety exists for unexpected eventualities.

Furthermore, just like the American procurement process, the French Code has specified several previous execution studies to the bidding stage, such as the analyses of several methods to attend to public demands.

For instance, article D2171-12 allows the public authority (*l'équipe de center d'oeuvre*) to check the development of works frequently. These specific legal Predictions will enable the Public Administration to verify whether the enterprise's progress is being realized as conceived in terms previously stipulated so that eventual deviation might be instantly corrected.

The level of contingencies of the project seems to be quite frequent in most developed countries. For instance, the Switzerland Code of procurement (*marché publics*), law number. 72.056.1, in article 22, determines significant exigencies of the contest as an obligatory way for Public Administration to acquire the project, which must include a range of types of procedures applicable along with technologies that might best fit public interest as well as several exigencies for preparations works before starting the enterprise itself.³⁷

Interestingly, until now, the Swiss Code did not forecast the D.B. model (*conception-réalisation*) apart from what French and American bidding procedures have already done.³⁸³⁹

As the most developed economy⁴⁰ in Europe, Germany is another country that has already regulated public procurement procedures. The Predictions are described in the Ordinance on the Award of Public Contracts (*Vergabeverordnung*).⁴¹

In paragraph 3 (6), the German legal Predictions also allows D.B. procurement as it determines that: for estimating the contract value of works, the estimated total value of all supplies and services provided by the

³⁶ In the original: Article D2171-10 Les études de projet ont pour objet de : 1° Préciser par des plans, coupes et élévations, les formes des différents éléments de la construction, la nature et les caractéristiques des matériaux et les conditions de leur mise en œuvre. 2° Déterminer l'implantation et l'encombrement de tous les éléments de structure et de tous les équipements techniques ; Code de la commande publique - Dernière modification le 17 septembre 2021 - Document généré le 17 septembre 2021 Copyright (C) 2007-2021 Légifrance.

³⁷ Available at: www.bkb.admin.ch. Access in: 10 set. 2021.

³⁸ In the Original: Swiss Code Law n. 172.056.1: 1 L'adjudicateur qui organise un concours d'études ou un concours portant sur les études et la réalisation ou qui attribue des mandats d'étude parallèles définit la procédure au cas par cas, dans le respect des principes énoncés dans la présente loi. Il peut se référer aux règles édictées en la matière par les associations professionnelles. Le Conseil fédéral fixe: a. les genres de concours et les modalités des mandats d'étude parallèles; b. les types de procédures applicables; c. les exigences relatives aux travaux préparatoires; d. les modalités de l'examen technique des projets préalable à leur évaluation par le jury; e. les modalités spécifiques des concours et des procédures de mandats d'études parallèles lancés en vue d'acquiescer des prestations dans le domaine des technologies de l'information et de la communication; f. la composition du jury et les exigences relatives à l'indépendance de ses membres; g. les tâches du jury; h. les conditions auxquelles le jury peut attribuer des mentions; i. les conditions auxquelles le jury peut classer des projets qui ne respectent pas les dispositions du programme du concours; j. la forme que peuvent prendre les prix et les droits que les lauréats peuvent faire valoir selon le genre de concours; k. les indemnités auxquelles les auteurs d'un projet primé ont droit lorsque l'adjudicateur ne suit pas la recommandation du jury.

³⁹ 1) L'adjudicateur qui organise un concours d'études ou un concours portant sur les études et la réalisation ou qui attribue des mandats d'étude parallèles définit la procédure au cas par cas, dans le respect des principes énoncés dans la présente loi. Il peut se référer aux règles édictées en la matière par les associations professionnelles. Le Conseil fédéral fixe: a. les genres de concours et les modalités des mandats d'étude parallèles; b. les types de procédures applicables; c. les exigences relatives aux travaux préparatoires; d. les modalités de l'examen technique des projets préalable à leur évaluation par le jury; e. les modalités spécifiques des concours et des procédures de mandats d'études parallèles lancés en vue d'acquiescer des prestations dans le domaine des technologies de l'information et de la communication; f. la composition du jury et les exigences relatives à l'indépendance de ses membres; g. les tâches du jury; h. les conditions auxquelles le jury peut attribuer des mentions; i. les conditions auxquelles le jury peut classer des projets qui ne respectent pas les dispositions du programme du concours; j. la forme que peuvent prendre les prix et les droits que les lauréats peuvent faire valoir selon le genre de concours; k. les indemnités auxquelles les auteurs d'un projet primé ont droit lorsque l'adjudicateur ne suit pas la recommandation du jury.

⁴⁰ DEVELOPED Countries List. *World Population Review*, [S.L.] Available at: <https://www.worldpopulationreview.com>. Access in: 24 Jan. 2022.

⁴¹ Available at: https://www.gesetze-im-internet.de/vgv_2016/-. Access in: 15 set. 2021.

entity contracting procedure must be known, which requires executing works along with the contract value of the results expected. However, the option of the contracting entity to award contracts for the design and execution of pieces can be either separately or jointly. So, it is optional and up to Public Administration to choose each method (D.B. or D.B.D.) to achieve its specific goals.

Apart from the German Code permission for the D.B. method, the Code segregates an entire chapter – chapter 6 – to award the best public engineer and architectural prizes projects. The German Code provides special attention to the qualifications of engineers and architects in charge, as seen in § 75 (items 1 and 2) of the Procurement Ordinance (*Vergabeverordnung – VgV*).

Item 1 from this paragraph says that the professional qualifications of architect, interior architect, landscape architect, or urban planner are always required. Only those entitled under the applicable Land law governing public procurement to bear the corresponding professional title or carry out the related activities in the Federal Republic of Germany might be deemed eligible for the task as seen:

Wird als Berufsqualifikation der Beruf des Architekten, Innenarchitekten, Landschaftsarchitekten oder Stadtplaners gefordert, so ist zuzulassen, wer nach dem für die öffentliche Auftragsvergabe geltenden Landesrecht berechtigt ist, die entsprechende Berufsbezeichnung zu tragen oder in der Bundesrepublik Deutschland entsprechend tätig zu werden.^{42,43}

Similarly, item 02 describes those professional qualifications of “consulting engineer” or “engineer” that are compulsory and previously required; so only those entitled under the applicable Land law governing public procurement to bear the corresponding professional title or carry out the related activities in the Federal Republic of Germany shall be considered eligible and capable to provide services to Public Administration.

In the same direction, Canada Public Services and Procurement Code also preview the use of Design-Build in item 9.10.15 in its Public Services and Procurement legal Predictions. According to PSPC (Public Services and Procurement Canada), the D-B-D methodology is considered the most frequent and common delivered process for construction projects. Moreover, letter g of the exact legal Predictions describes a pre-qualification process as an obligatory stage whenever using D.B. procedures in similarity to U.S. Legal System.⁴⁴ Parallel to those countries, but not less important, after several modifications in the Italian Code (*Nuovo Codice di Contratti Pubblici*) - decreto legislativo 18 April 2016, 50 – D.B. methods were finally prohibited. Still, the effectiveness of contracts started before the recent Law modifications must remain valid until the end of their works signed (modulation of effects because of the safeguard constitutional right of perfect judiciary act).⁴⁵

From this whole perspective from several countries, some conclusions can be retrieved: a) few countries rejected D.B. constructions methods, such as Italy that explicitly had abandoned it and Switzerland that so far has not yet regulated the prediction; and b) most countries like Germany, US, Canada, and France consider the design-bid-Build as the traditional method for public acquisition apart from the permissions of Design-Build method in several other predictions.

As demonstrated before, much more effort from the legislator has been used to explicitly specify the necessary data from projects. Some countries, such as French, have even dedicated an entire sector in their Code to provide it. In other words, most developed countries tend to be extremely cautious regarding

⁴² Available at: https://www.gesetze-im-internet.de/vgv_2016~/. Access in: 15 set. 2021.

⁴³ Free translation: If the profession of architect, interior designer, landscape architect or urban planner is required as a professional qualification, anyone who is entitled under the state law applicable to public procurement to bear the corresponding professional title or to work accordingly in the Federal Republic of Germany is to be admitted.

⁴⁴ Available at: <https://buyandsell.gc.ca/policy-and-guidelines/supply-manual/section/9/10/15>. Access in: 12 set. 2021.

⁴⁵ Available at: <https://www.codicecontrattipubblici.com/>. Access in: 14 ago. 2016~/. Access in: 15 set. 2021.

^{Free} translation: if the profession of architect, interior designer, landscape architect or urban planner is required as a professional qualification, anyone who is entitled under the state law applicable to public procurement to bear the corresponding professional title or to work accordingly in the Federal Republic of Germany is to be admitted.

^{Available} at: <https://buyandsell.gc.ca/policy-and-guidelines/supply-manual/section/9/10/15>. Access in: 12 set. 2021.

projects as a fundamental piece of public enterprises whose eventual errors may cost delays and waste of money that could have been saved with a more detailed previous project and better planning primary phase.

The following table shall resume all the results found so far to provide the reader with a concise, comprehensive view of the findings and comparisons of each method in each country.

Table 01			
Country	Traditional or preferable Procurement Model	Prevision for Design-Build	Most detailed procedure
United States	Design-Bid-Build	Yes	Design-Bid-Build
France	<i>Conception- réalisation</i> (Design-Bid-Build)	Yes	Design-Bid-Build
Canada	<i>Conception- réalisation</i> (Design-Bid-Build)	Yes	Design-Bid-Build
German	Design-Bid-Build	Yes	Design-Bid-Build
Italy	Design-Bid-Build	No more	Design-Bid-Build
Switzerland	Design-Bid-Build	No	Design-Bid-Build

4 Central studies comparing contract enforcement regimes in the academic field: the studies of problems regarding D.B.B and D.B Method

As shown in items 2 and 3, both the Brazilian and foreign experiences illustrate the importance of good planning for the success of public procurement. In this item, several studies will be presented that reinforce this thesis since they found that choosing the contractual execution regime involves difficulties that good planning can help a lot to overcome.

To provide a broader perspective to the study of the design-build, not only a jurisprudence and a comparative study from laws from several studies are required, but it remains essential to verify the research made by most prestigious universities regarding the theme created especially within academia so to compare whether the problems seen in Brazil ought to be equal to those seen in other countries.

In topic two of this paper, several empirical studies regarding problems related to the design-build method in Brazil have been demonstrated, prepared by the Federal Court of Accounts (T.C.U.), Union of Architecture and Engineering (SINAENCO), and the Council of Architecture and Urbanism of Brazil (CAU/BR), Chamber of Deputies, and Office of the Comptroller General. However, it remains unclear if these findings are like those forecasted in several international academic studies, which is the theme of this specific topic. So, critical studies have been selected to provide a broader perspective of further problems regarding design-build bidding methodology.

The problem of the construction method is quite interesting because it can combine quantitative with qualitative analyses. There are several studies in the field of project errors. For instance, as the project is considered a significant problem for unjustified contract additions, Dosumo using quantitative research in 51 cases in 985 consulting and 275 contracting firms, figured out using Shapiro-Wilk's test the most frequent errors in construction projects for several procurement procedures in Nigeria in 2018. The idea of using 51 cases was propositional so to provide statistical inference and empirical evidence⁴⁶.

⁴⁶ DOSUMO, O. S. Perceived effects of prevalence errors in contract documents in construction projects. *Construction Projects and Buildings*, [S.l.], v. 18, n. 1, p. 1-5, mar. 2018. Available at: https://www.researchgate.net/publication/324085237_Perceived_Effects_of_Prevalent_Errors_in_Contract_Documents_on_Construction_Projects. Access in: 30 set. 2019.

Firstly, he discovered that project errors in documents are more frequent and statistically significant in the Public Sector. Instead, when considering bill or quantitative estimations, there was no substantial statistical difference from mistakes made in either the Public or Private Sector. However, errors in drawings, quantities, and costs were prevalent in institutional buildings (public works).⁴⁷

He also points out that 68% of all public procurement researchers have found at least one problem in one or more projects. On the other hand, in the broader perspective, considering all kinds of errors, the public sector demonstrated a statistically significant tendency of committing fewer errors in comparison to private enterprises. His study showed that in sub developed countries, the compliance with the project had been put aside in either the Private and Public Sectors, which demands more rigorous legislation and better ways to standardize the construction methods to avoid further unnecessary contract adjustments.⁴⁸

Regarding a specific pre-qualification approach for public projects using design-build, Kartam and Al-Reshaid, in 2005, in Kuwait, made research in projects for parking lots that shall accommodate 2.300 cars in Kuwait through the unusual method of D.B. Their study's success corroborates why the U.S. has been using this model for so long. When the project cannot be highly specified, rigorous pre-qualification procedures must be required so that only companies with previous expertise in the field shall participate in the different bidding schedules.⁴⁹

The reasons for so many project errors are systemic; for instance, Remo Huppert researched why so many errors occurred in developing countries, emphasizing francophone countries. He discovered that a trilogy must be highly controlled for any successful public procurement procedure regarding project control: well-defined objectives, finance to finish the schedule previewed, and representation of society that imposes pressure on governments to complete the enterprise within the schedule stipulated.⁵⁰

In the same specific field of this study, Noel Carpenter and Dennis Bausman made a comparative study between two methods of construction in schools: Construction Manager at Risk and Design-Build using research within two years of studies (2012-2014) in several schools in the U.S. The sample collected was 137 projects from Georgia, South Carolina, and North Carolina, corresponding to 829 analyzed projects⁵¹.

The findings valued project delivery method costs, time, quality, and claims performances. The analysis indicated that the performance of the Design-Bid-Build (D.B.B.) method was significantly superior across all cost metrics. In contrast, the Construction Manager at Risk (CM at Risk) method produced higher product and service quality levels.

In another study in Hong Kong in 2006, Larsen [et. al] tried to determine the most critical factors that might affect delays, cost overrun, and quality in public constructions so, questionnaire research with 26 elements was provided. Using Wilcoxon's test, they determined that the most influential factor that mediates public works were lack of project funding, errors or omissions in consultant material, mistakes in quality of the materials applied in the field, along with errors and omissions in drawings, schedules, and budget.⁵²

⁴⁷ DOSUMO, O. S. Perceived effects of prevalence errors in contract documents in construction projects. *Construction Projects and Buildings*, [S.l.], v. 18, n. 1, p. 21, mar. 2018. Available at: https://www.researchgate.net/publication/324085237_Perceived_Effects_of_Prevalent_Errors_in_Contract_Documents_on_Construction_Projects. Access in: 30 set. 2019.

⁴⁸ DOSUMO, O. S. Perceived effects of prevalence errors in contract documents in construction projects. *Construction Projects and Buildings*, [S.l.], v. 18, n. 1, p. 21, mar. 2018. Available at: https://www.researchgate.net/publication/324085237_Perceived_Effects_of_Prevalent_Errors_in_Contract_Documents_on_Construction_Projects. Access in: 30 set. 2019.

⁴⁹ AL-RESHAID, K.; KARTAM, N. Design-build pre-qualification in tendering approach for public projects. *International Journal of Project Management*, [S.l.], v. 23, n. 4, p. 310, 2005. Available at: www.sicencedirect.com.

⁵⁰ HUPPERT, R. La gestion des Projets publics dans les pays en voie de développement. *Tier-Monde*, [S.l.], v. 22, n. 87, p. 613-616, 1981. Available at: https://www.persee.fr/doc/tiers_0040-7356_1981_num_22_87_4050. Access in: 30 set. 2021.

⁵¹ CARPENTER, N.; BAUSMAN, D. Project delivery performance for public school construction? Design-Build versus CM at Risk. *Journal of Construction Engineering and Management*, California, v. 142, n. 10, p. 2016. Available at: <https://ascelibrary.org/doi/10.1061/%28ASCE%29CO.1943-7862.0001155>. Access in: 30 set. 2021.

⁵² LARSEN, J. K. et. al. Factors affecting schedule delay cost overrun and quality level in public constructions projects. *Journal of Management in Engineering*, Hong Kong, v. 32, n.1, p. 5, jan. 2016.

Moreover, it has been argued that hiring procedures related to infrastructure projects have become a challenge not only for Brazil but also for many countries, as Bent Flyvbjerg's 2009 studies have demonstrated.

As seen in his empirical study from the examination of 258 transport infrastructure projects in 25 countries, he has concluded that there were severe flaws in the planning phase, particularly concerning the preparation of projects, which were made with low quality and prepared by a team without the necessary technical qualification for the task purposed and which has generated underestimates of costs and overestimates of expected results, thus distorting the analysis concerning the cost-benefit *ratio* of the enterprise.⁵³

So, it remains inconclusive whether a process shall best fit further public interest as it might depend on the specific objective proposed. Naturally, as D.B.B. projects tend to be more specified in terms of costs, it takes some advantages regarding other construction methods. However, when quality or adaptations in projects come into analyses, there is still much divergence on either one methodology or the other might best attend further Public Administration interests.⁵⁴

All these studies emphasize the central problem of having good planning for public works. But which method should best fit public interests? Jane Park and Young Hoon Kwak tested both methods (D.B.B.) and D.B. to answer this question. Their findings, in 2016 in several U.S. Countries' works, demonstrated that it remains statistically inconclusive to affirm that the use of D.B. or D.B.D. best attends Public Administration's interest. In some cases, BDD has shown better results, but in several others, it seemed to depend more on the expertise and quality of planning previous stage.⁵⁵

In the Brazilian case, the need for good planning is even more evident because, as stated above, integrated contracting is much more like the turnkey model than the design-build model. It was like that in the previous legislation, and the same idea remains in recent Law 14.133/2021, that, in art. 6th, item XXXII established that the contractor is to be responsible not only for preparing and developing the primary and executive projects but also by carrying out engineering works and services, providing goods and unique services demanded, and by carrying out assembly, testing, pre-operation, and other operations necessary and sufficient for the final delivery of the object.

In Brazil, Forni and Carmona understand that the use of integrated contracting cannot be considered peaceful but, on the contrary, requires studies that demonstrate its benefits for public contracting. For the authors, the example of the United States demonstrates that a good planning phase can produce excellent results.⁵⁶

In other words, compared to design-build, integrated contracting methods like turnkey assigns the contracted with much more tasks that increase the risk of errors during contract execution if the Public Administration as public sectors has not well carried out the contracting planning schedule phase.

For Aurora Hernández Rodríguez, the turnkey method can present some advantages, such as:

- a) el abaratamiento de los costes y la rapidez en la ejecución de la obra, pues al ser el contratista quien elabora a su vez el proyecto tiene mejor acceso a los problemas que puedan surgir durante la construcción del mismo;

⁵³ FLYVBJERG, B. Survival of the most unfit: why the worst infrastructure is built and what we can do about it. *Oxford Review of Economic Policy*, Oxford, v. 25, n. 3, p. 365, 2009.

⁵⁴ CARPENTER, N.; BAUSMAN, D. Project delivery performance for public school construction? Design-Build versus CM at Risk. *Journal of Construction Engineering and Management*, California, v. 142, n. 10, p. 2016. Available at: <https://ascelibrary.org/doi/10.1061/%28ASCE%29CO.1943-7862.0001155>. Access in: 30 set. 2021.

⁵⁵ PARK, J.; KWAK, Y.H. Design-Bid-Build (D.B.B.) vs. Design-Build (D.B.) in the U.S. public transportation projects: the choice and consequences. *International Public of Project Management*, [S.I.], v. 35, n. 3, p. 16, 2016. Available at: <http://www.elsevier.com/locate/ijproman>. Access in: 30 set. 2021.

⁵⁶ FORNI, J.; CARMONA, P. C. Contratação integrada: o (des)alinhamento do regime a boas práticas internacionais. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 82, p. 246-247, out./dez. 2020.

- b) la simplificación de las relaciones jurídicas y, consecuentemente, una mayor facilidad para determinar la responsabilidad en caso de incumplimiento; y
- c) finalmente, una mayor seguridad y certeza respecto a la determinación del precio, que generalmente será un precio a tanto alzado.⁵⁷⁵⁸

However, Rodríguez mentions the severe criticism that this model has received, such as a) impide al cliente llevar a cabo cualquier modificación del proyecto; y b) el contratista repercute siempre los considerables riesgos que asume en el precio, por tanto, no resulta más barato para el cliente.⁵⁹⁶⁰

Therefore, the challenges related to infrastructure contracting are, with slight variations, the same in several countries' studies (U.S., Kuwait, Hong Kong, Nigeria, Francophone Countries, and Latin America, including Brazil) concerning integrated contracting.

However, the main difference remains in the measures that these countries have taken to mitigate the risks. While in Brazil, Law 14.133/2021 substantially expanded the use of integrated contracting, many other nations chose to adopt an opposite strategy, in the sense of restricting its use of D.B. and increasingly improved pre-qualification procedures within the planning phase, including efforts to guarantee better elaboration of the draft to be disposed to the competitors.

5 Conclusion

The evolution of Brazilian legislation reveals an increasing incentive for integrated contracting procurement biddings to increase efficiency in public contracting. Law 14.133/2021, following this trend, substantially expanded the possibilities for using this contractual execution regime. However, empirical studies show that integrated contracting in Brazil has not shown the expected results. And the leading cause of this failure has been poor planning and the absence of clear pre-qualification and rigorous stage procedures.

On the other hand, international experience demonstrates that the choice of the contractual performance regime is still a very controversial issue. It depends on each concrete case and mainly on the expectations posed by the Public Administration.

So, several variables should be considered whenever the public sector decides whether to transfer the responsibility to the contractor for the preparation of primary and executive projects combining costs with complexity and well done draft planning phase.

However, several countries have been extremely cautious in using design-build, so they have paid particular attention to the previous planning phase as a strategy for risk reduction, such as Canada and United States.

In Brazil, however, this practice has not been equally adopted, as the preliminary project was not prepared with the necessary quality to guarantee a satisfactory result in the case of integrated contracting. A way that might reduce some risk of wasting scarce public resources would be a viable and recommendable

⁵⁷ RODRÍGUEZ, A. H. Los contratos internacionales de construcción Llave em mano. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, [S.I.], v. 6, n. 1, p. 235, mar. 2014.

⁵⁸ Free translation: a) the reduction of costs and the speed in the execution of the work, since being the contractor who in turn prepares the project has better access to the problems that may arise during its construction; b) the simplification of legal relations and, consequently, a greater facility to determine responsibility in case of non-compliance; and c) finally, greater security and certainty regarding the determination of the price, which will generally be a lump sum price.

⁵⁹ RODRÍGUEZ, A. H. Los contratos internacionales de construcción Llave em mano. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, [S.I.], v. 6, n. 1, p. 235, mar. 2014.

⁶⁰ Free translation: a) prevents the client from carrying out any modification of the project; and b) the contractor always passes on the considerable risks that he assumes in the price, therefore, it is not cheaper for the cliente.

option of adopting more rigorous procedures like open public competitions so to provide general administration with better drafts with transparency using a high level of knowledge from the jury as the critical criteria for selecting the projects as well as to allow greater competitiveness among interested parts with greater rigor in judging proposals.

Regarding the case of Law 14.133/2021, it can be inferred that the current legal predictions have highly expanded the possibilities for using integrated contracting. However, it has also relaxed several requirements regarding detailed drafts and planning phases, putting a gap between Brazilian forecasted legal predictions and those from most developed countries.

There are well-founded reasons to believe that this choice from the Brazilian parliament might not produce an increase in efficiency in public works contracting as previously foreseen, but, on the contrary, the flexibility allowed in the recent national legislation has the potential to increase the risk of failure, incentivizing delay and additions to public contracts with the dispense of several scarce public resources, therefore, confirming the hypothesis raised in the introduction.

References

- ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Translation: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AL-RESHAID, K.; KARTAM, N. Design-build pre-qualification in tendering approach for public projects. *International Journal of Project Management*, [S.l.], v. 23, n. 4, p. 309-320, 2005. Available at: www.sicencedirect.com.
- BAETA, A. P. *As vantagens dos concursos para a contratação de projetos*. Available at: https://concursosdeprojeto.org/2014/12/10/as_vantagens_dos_concursos_para_a_contratacao_de_projetos/. Access in: 25 set. 2021.
- BONATTO, H. O conteúdo do anteprojeto de engenharia no regime de contratação integrada. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 7, p. 285-314, 2016.
- BRAZIL. Chamber of Deputies. *Technical Note 1/2015*. Budget consulting and financial inspection. Available at: http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2015/nt21_2015. Access in: 20 set. 2021.
- BRAZIL. Federal Court of Accounts. Plenary. Judgment case n. 1.079/2019. Diagnosis of stop works. Identification of main causes and opportunities for improvement. Recommendations. Monitoring. Minister Rapporteur Vital do Rêgo. Judged on May 15, 2019. *Brazilian Union official Diary*, may 2019. Available at: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1079%2520ANOACORDAO%253A2019%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Access in: 20 set. 2021.
- BRAZIL. Federal Court of Accounts Plenary. Judgment case n. 1.388/2016. Audit. Dredging works in the Porto of Rio Grande/RS have not yet started. Examination of the bidding notice. Identification of failures that were corrected by the audited unit. Unjustified adoption of the integrated contracting regime. Weakness in the analysis of the bidding basis budget. Determinations. Recommendations. Minister Rapporteur Ana Arraes. Judged in 06.01.2016. *Brazilian Union Official Diary*, sep. 2016. Available at: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1388%2520ANOACORDAO%253A2016%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Access in: 20 set. 2021.
- BRAZIL. Federal Court of Accounts. Plenary. Judgment case n. 306/2017. Request by the National Congress. Evaluation of the results of the introduction, in Public Administration, of the integrated procurement figure, under the differentiated procurement regime (RDC). Study carried out from DNIT's bidding.

Considerations about the relevant limitations that impacted the results of this work. Request fully answered. Archiving. Minister Rapporteur Bruno Dantas. Judged in 02.22.2017. *Brazilian Union official Diary*, dez. 2017. Available at: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A306%2520ANOACORDAO%253A2017%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520 Access in: 20 set. 2021.

BRAZIL. Federal Court of Accounts. Plenary. Judgment case n. 1.328/2020. Monitoring of judgment 1.079/2019-tcu-plenary. Plan for the launch of the general register of works for 1/1/2021. Positive initiatives for the information and centralization of information on works execution. [...] Minister Rapporteur Vital do Rêgo. Judged in 05/27/2020. *Federal Diary of Brazilian Union*, may 2020. Available at: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1328%2520ANOACORDAO%253A2020%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Access in: 20 set 2021.

BRAZIL. Federal Court of Accounts. Plenary. Judgment case n. 1,510/2013. 2014 World Cup. Audit survey. Works at Afonso Pena International Airport in São José dos Pinhais/PR. Metropolitan region of Curitiba. Infraero's First bidding under the integrated contracting regime (RDC). Deficiencies in the motivation to use the new regime, as well as in the balancing of the technical and price notes. Need to comply with the rule of art. 20 of Law 12,462/2011 in integrated contracting. Imperative considering possible adjustments in the prices obtained to the reality of the workplace, including about the BDI. Omissions in the engineering draft. Absence of risk matrix in the call instrument. Notification. Communications. Archiving. Minister Rapporteur Valmir Campelo. Judged in 06.19.2013. *Federal Diary of Brazilian Union*, jun. 2013. Available at: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1510%2520ANOACORDAO%253A2013%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Access in: 20 set. 2021.

BRAZIL. Federal Court of Accounts. Plenary. Judgment case n. 1.079/2019. Diagnosis of stop works. Identification of main causes and opportunities for improvement. Recommendations. Monitoring. Minister Rapporteur Vital do Rêgo. Judged on May 15, 2019. *Brazilian Union official Diary*, may 2019. Available at: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1079%2520ANOACORDAO%253A2019%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Access in: 20 set. 2021.

BRAZIL. Federal Court of Accounts. Plenary. Judgment case n. 1.850/2015. Monitoring of agreement 2.547/2014-tcu-plenary. Fiscobras/2014. Thematic supervision. Subsystems of the rio são francisco integration project (pifs). Branch of the agreste. Differentiated contracting regime. Integrated contracting based on an executive project. Overestimate of quantitative. Determinations fulfilled. New recommendation. Archiving. Minister Rapporteur Benjamin Zymler. Judged in 07.29.2015. *Federal Diary of Brazilian Union*, aug. 2015. Available at: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1850%2520ANOACORDAO%253A2015%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Access in: 20 set. 2021.

BRAZIL. Federal Court of Accounts. Plenary. Judgment case n. 121/1998. Complaint. Irregularities at PETROBRÁS. Request for review of the judgment that determined the adequacy of the company's General Contracting Manual to Law 8,666/93 and imposed a fine on those responsible for non-compliance with the Court's decision. Waiver of bidding for transportation of products. Knowledge. Partial provision. Insubstantiation of the contested judgment. Amendment to the wording of the decision that also determined the aforementioned adequacy. Minister Rapporteur Iram Saraiva. Judged in 26.08.1998. *Brazilian Union Official Diary*, sep. 1998. Available at: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/

NUMACORDAO%253A121%2520ANOACORDAO%253A1998%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Access in: 20 set. 2021.

BRAZIL. Federal Court of Accounts. Plenary. Judgment case n. 2.246/2012. Audit Report. Works of the Baixada Fluminense Thermal Power Plant. Failure to provide full information requested by the supervisory team. No proper limitation in contract of situations eligible for additives. Considerations on the budget of the works. Setting the deadline for submission of missing documents. Follow-up processes notice to evaluate possible additives. Extraction of a copy of the files to subsidy the instruction of TC 006.810/2011-0. Minister Rapporteur: Ana Arraes. Judged in 08.22.2012. *Brazilian Union Official Diary*, nov. 2012. Available at: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2246%2520ANOACORDAO%253A2012%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Access in: 20 set. 2021.

BRAZIL. Federal Court of Accounts. Plenary. Judgment case n. 663/2002. Audit Report carried out in the area of bids and contracts. Considerations about art. 67 of Law n. 9.478/97 and Decree n. 2.745/98, which approved the Regulation of the Simplified Bidding Procedure for Petrobras. Unconstitutionality of norms. Communication to Petrobras. Existence of other irregularities. determinations. Conducting hearings. Shipment of copies. Minister Rapporteur Ubiratan Aguiar. Judged in 06.19.2002. *Brazilian Union Official Diary*, aug. 2002. Available at: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A663%2520ANOACORDAO%253A2002%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Access in: 20 set. 2021.

BRAZIL. Federal Supreme Court (First Class). Regimental Appeal in Writ of Mandamus 27.796. Summary: Constitutional and administrative. internal interlocutory injury in the writ of safety. petrobras. simplified bidding procedure. no application. determination of the federal court of accnts. edition of law 13.303/2016 (state-own law). revocation of art. 67 of law 9.478/1997. validity grounds of decree 2.745/1998, which approved petrobras' simplified bidding procedure. supervenient loss of purpose. interlocutory appeal which is denied. 1. Law 13.303/2016 (State-owned Companies Law) revoked art. 67 of Law 9.478/1997, basis of validity of Decree 2.745/1998, which approved the Regulation of the Simplified Bidding Procedure of Petrobras. 2. As in the present writ of mandamus, what, in the end, the petitioner intends is the annulment of the judgment of the Federal Court of Accounts, at the point at which it prohibited the use of the aforementioned Simplified Bidding Procedure, it is evident, therefore, that the supervening loss of the object of this petition. 3. Appeal dismissed. Minister Rapporteur Alexandre de Moraes. Judged on 03.29.2019. *Electronic Journal of Justice*, may 2019. Available at: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22MS%2027796%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Access in: 20 set. 2021.

BRAZIL. Federal Supreme Court. Full Court. Extraordinary Appeal 441.280. SUMMARY Extraordinary resource. Maritime transport contract entered into by Petrobras. Decision refuting the intended nullity of the contracting party selection procedure. Procedure not preceded by bidding. Reform claim. Condemnation of the company in damages. Compensation that does not find constitutional support. Mixed capital company that operates in the market for commercial exploitation of goods and services. Submission, at the time of the facts, to the dictates of Decree No. 2.745/98. Contract regularly concluded. Partial knowledge of the resource. No provision. 1. The contested decision was based on the peaceful jurisprudence of the Federal Supreme Court that, at the time of the facts, the defendant was not subject to the predictions of the Bidding Law. 2. This legal regime, moreover, would make it unfeasible for its active participation in the competitive market segment in which it operated, including internationally. 3. The agreement was, therefore, regularly concluded, in the light of the legislation then applicable. The annulment claim was correctly

refuted. The claim for damages, cumulatively deducted, does not convey constitutional matters, making its knowledge unfeasible. 4. Extraordinary appeal which is partially known and which, as to that part, is dismissed. Minister Rapporteur Dias Toffoli. Judged in virtual session from 02.26.2021 to 03.05.2021. *Electronic Journal of Justice*, may 2021. Available at: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20441280%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Access in: 20 set. 2021.

BRAZIL. Federal Supreme Court. Writ of Mandamus 25.888. Minister Rapporteur Gilmar Mendes. Precautionary monocratic decision of 03.22.2006. *Journal of Justice*, may 2021.

BRAZIL. Federal Supreme Court. Writ of Mandamus 29.326. Minister Rapporteur Ricardo Lewandowski. Monocratic decision of merit 06.28.2019. *Electronic Journal of Justice*, jan. 2019. Available at: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340525988&ext=.pdf>. Access in: 20 set. 2021.

BRAZIL. Ministry of Transparency, Inspection, and Office of the Comptroller General. *Audit Report O.S. n. 201505075*. Available at: <http://auditoria.cgu.gov.br/public/relatorio/consultar.jsf?rel=9107>. Access in: 20 set. 2021.

CARPENTER, N.; BAUSMAN, D. Project delivery performance for public school construction? Design-Build versus CM at Risk. *Journal of Construction Engineering and Management*, California, v. 142, n. 10, p. 2016. Available at: <https://ascelibrary.org/doi/10.1061/%28ASCE%29CO.1943-7862.0001155>. Access in: 30 set. 2021.

COASE, R. H. The nature of the firm. *Economica*, London, v. 4, n. 16, p. 386-405, nov. 1937.

CONSELHO DE ARQUITETURA E URBANISMO NO BRASIL. *Dossiê atualizado sobre a ineficiência da contratação integrada no Brasil*. 2014. Available at: <http://www.caubr.gov.br/dossie-comprova-ineficacia-da-contratacao-integrada-no-dnit>. Access in: 20 set. 2021.

DAL POZZO, A. N. *O direito administrativo da infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2020.

DEVELOPED Countries List. *Word Population Review*, [S.l.] Available at: Access in: 24 Jan. 2022.

DOSUMO, O. S. Perceived effects of prevalence errors in contract documents in construction projects. *Construction Projects and Buildings*, [S.l.], v. 18, n. 1, p. 1- 26, mar. 2018. Available at: https://www.researchgate.net/publication/324085237_Perceived_Effects_of_Prevalent_Errors_in_Contract_Documents_on_Construction_Projects. Access in: 30 set. 2019

FLYVBJERG, B. Survival of the most unfit: why the worst infrastructure is built and what we can do about it. *Oxford Review of Economic Policy*, Oxford, v. 25, n. 3, p. 344-367, 2009.

FORNI, J.; CARMONA, P. C. Contratação integrada: o (des)alinhamento do regime a boas práticas internacionais. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 82, p. 221-250, out./dez. 2020.

HUPPERT, R. La gestion des Projets publics dans les pays en voi de development. *Tier-Monde*, [S.l.], v. 22, n. 87, p. 613-627, 1981. Available at: https://www.persee.fr/doc/tiers_0040-7356_1981_num_22_87_4050. Access in: 30 set. 2021

JUSTEN FILHO, M. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters Brazil, 2021.

LARSEN, J. K. *et. al.* Factors affecting schedule delay cost overrun and quality level in public constructions projects. *Journal of Management in Engineering*, Hong Kong, v. 32, n.1, p.1-10, jan. 2016.

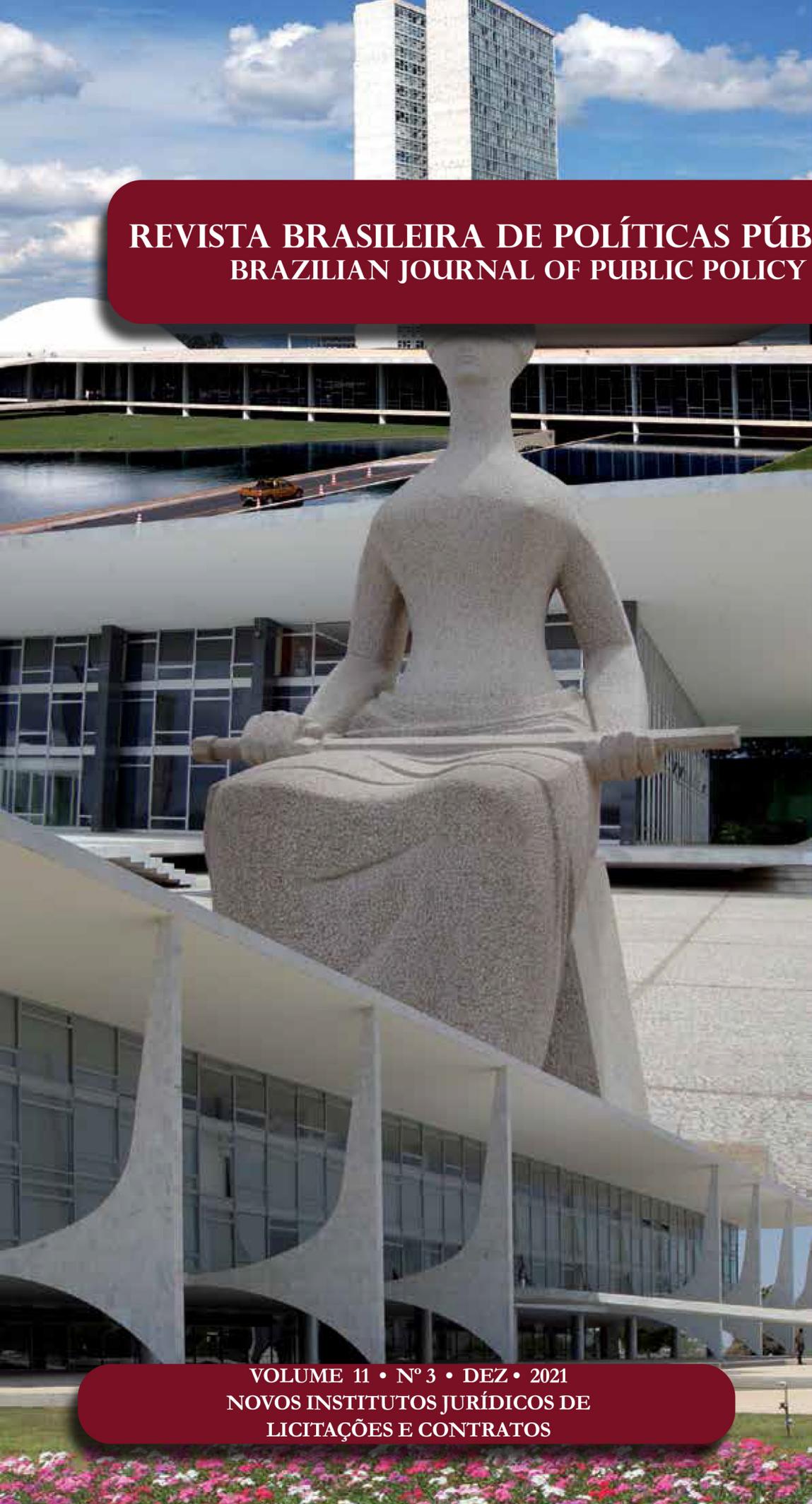
PARK, J.; KWAK, Y.H. Design-Bid-Build (D.B.B.) vs. Design-Build (D.B.) in the U.S. public transportation projects: the choice and consequences. *International Public of Project Management*, [S.l.], v. 35, n. 3, p 1-16, 2016. Available at: <http://www.elsevier.com/locate/ijproman>. Access in: 30 set. 2021.

PEREIRA JUNIOR, J. T.; DOTTI, M. R. Regime de contratação integrada: vinculante ou discricionário? *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, n. 142, p. 48-64, maio/dez. 2018.

RODRÍGUEZ, A. H. Los contratos internacionales de construcción Llave em mano. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, [S.I.], v. 6, n. 1, p. 161-235, mar. 2014.

SNIDER, W. J.; SEIDLE, N. T.; BAYSTON, D. M. *Investment basics and beyond*. 3. ed. London: Paperback, 1998. Available at: <https://www.gettextbooks.com/isbn/9780899820606/>. Access in: 29 set. 2021.

WILLIAMSON, O. E. The economics of organization: the transaction cost approach. *The American Journal of Sociology*, [S. I.], v. 87, n. 3, p. 548-577, 1981. Available at: https://www.researchgate.net/publication/235356934_The_Economics_of_Organization_The_Transaction_Cost_Approach. Access in: 21 oct. 2021.

The cover features a photograph of a modern, multi-story building with a distinctive architectural style, including a large white statue in the foreground. The statue is seated and appears to be holding a book or tablet. The building has a mix of white and dark grey panels. The sky is blue with some clouds. The overall scene is bright and clear.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Reajustamento de preços
na Nova Lei de Licitações e
Contratos Administrativos
brasileira: o "Princípio" da
Anualidade**

**Price adjustment in the New
Brazilian Public Procurement
Law: the "principle" of annual
adjustment**

Ricardo Silveira Ribeiro

Bráulio Gomes Mendes Diniz

VOLUME 11 • Nº 3 • DEZ • 2021
NOVOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE
LICITAÇÕES E CONTRATOS

Reajustamento de preços na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos brasileira: o “Princípio” da Anualidade*

Price adjustment in the New Brazilian Public Procurement Law: the “principle” of annual adjustment

Ricardo Silveira Ribeiro**

Bráulio Gomes Mendes Diniz***

Resumo

Este artigo avalia as formas de reajustamento de preços contratuais previstas na Lei n. 14.133, de 2021, que estabelece novo regime geral de licitações e contratos administrativos no Brasil. Ao dividir os contratos conforme a natureza do objeto e os custos que o compõem, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLCA) tratou como reajustamento de preços em sentido amplo dois institutos distintos: o reajustamento de preços em sentido estrito e a repactuação. Neste trabalho, utilizando-se do método dedutivo e, por meio de uma pesquisa bibliográfica, documental e exploratória, apresentam-se as razões jurídicas e econômicas para essa distinção, o que auxiliará a aplicação dos institutos, especialmente o denominado Princípio da Anualidade do Reajuste de Preços da Contratação, expressamente citado na norma. Como resultado, verifica-se a existência de poucas inovações em relação ao que já vem sendo praticado em âmbito federal, porém a nacionalização das regras permitirá uma aplicação mais uniforme do critério da anualidade, conferindo maior informação e segurança jurídica aos contratos administrativos no que toca à atualização de preços.

Palavras-chave: Licitação; Contrato Administrativo; Reequilíbrio Econômico-Financeiro; Reajuste; Repactuação; Terceirização.

Abstract

This article assesses the ways of adjustment of contract prices established in the Act n. 14.133, of 2021, which states a new general regime of public procurement law in Brazil. By dividing the contracts according the nature of its object and its costs, the New Public Procurements Law (NPPC) designed as adjustment in broad sense two different institutions: the adjustment in strict sense and the wage increase based adjustment. In this work, by a deductive method and a bibliographic, documental and exploratory research, it seeks to show the legal and economic reasons to this distinction, which will help on the application of the institutions, in particular the named principle of the annual adjustment of the contract prices, expressly cited in the law. As a

* Recebido em 30/09/2021
Aprovado em 14/01/2022

** Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. E-mail: ricardosribeiro1976@gmail.com.

*** Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. E-mail: brauliogmd@gmail.com.

result, it's checked the lackless of innovations in relation to which that have already being used on federal level, however the nationalization of the rules will allow a more uniform application of the annual adjustment criteria, leaving more information and law security to the government contracts on price adjustments matter.

Keywords: Public procurement; Government contract; Price adjustment; Wage increase adjustment; Outsourcing.

1 Introdução

Em 1º de abril de 2021 entrou em vigor um novo regime de licitações e contratos administrativos no Brasil. Num primeiro momento, durante os dois primeiros anos, ele coexistirá com os microssistemas até então existentes: o regime geral da Lei n. 8.666/93, o da modalidade pregão (Lei n. 10.520/2002) e o regime diferenciado de contratações públicas (RDC), instituído pela Lei n. 12.462/2011¹. Passado esse momento inicial, a nova norma — Lei n. 14.133/2021, doravante denominada nova lei de licitações e contratos administrativos (NLLCA) — consolidará a disciplina do procedimento e das regras contratuais aplicáveis às compras públicas, numa espécie de compilação² das normas então existentes.

No que tange ao escopo do presente estudo, pode-se desde já afirmar que a NLLCA inovou em relação às normas até então existentes ao trazer um regramento analítico sobre as formas de reajustamento dos valores dos contratos administrativos. A Lei n. 8.666/93 veiculava regras mais gerais e tratava do tema de acordo com a realidade econômica da época, cuja marca era a instabilidade de preços em decorrência da constante perda de valor da moeda, da inflação inercial e de outros problemas que, com o advento do Plano Real, tornaram-se secundários, mais previsíveis ou mais regulamentados. As normas subsequentes sobre contratos públicos não cuidaram do tema, cabendo, então, à NLLCA dar um tratamento mais contemporâneo e detalhado à matéria, já consideradas as mudanças econômicas desde a consolidação do Plano Real.

O problema a ser enfrentado neste trabalho refere-se à compreensão das novas regras de reajustamento de preços dos contratos administrativos, previstas na NLLCA. Um entendimento mais preciso sobre as formas de atualização do valor do contrato confere às partes maior previsibilidade e certeza, afastando riscos futuros acerca do deferimento ou não de eventual pedido de reajustamento. Essa mitigação de riscos tende a reduzir custos de transação e, assim, o valor do próprio contrato³.

Num cenário mais bem informado sobre as regras que impactarão os custos do contrato no decurso do tempo, não será necessário precificar, antecipadamente, esse risco. Logo, as partes podem estimar, de forma mais realista, seus preços em relação à licitação. O risco de inexecução futura do contrato pela defasagem do preço diante das mudanças econômicas futuras estará devidamente mitigado pelas claras, prévias e bem compreendidas regras previstas no contrato.

¹ Uma abordagem da legislação de contratações públicas como microssistemas é feita em MOREIRA, Egon Bockman; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública: a Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 34-44.

² Para Irene Patrícia Nohara, o diploma normativo “compila” as três leis antes citadas (NOHARA, Irene Patrícia. *Diálogo competitivo: possibilidade de avanço ou mais uma modalidade a cair em desuso?* In: CARVALHO, Matheus; BELÉM, Bruno; CHARLES, Ronny (coord.). *Temas controversos da nova Lei de Licitações e Contratos*. São Paulo: JusPodivm, 2021. p. 9).

³ A perspectiva das licitações e contratos públicos sob a óptica dos custos de transação não é rara. A precificação de riscos no âmbito das contratações públicas pode ser encontrada em MOREIRA, Egon Bockman; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública: a Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 144. As incertezas e assimetrias de informação existentes num procedimento de licitação e contratação públicas são objeto de análise específica em PADILHA, Angélica; ARAÚJO, Everton Coimbra; SOUZA, José Paulo. *Influência das incertezas nas contratações públicas por intermédio do pregão eletrônico*. *Revista Brasileira de Planejamento e Desenvolvimento*, v. 7, n. 1, p. 67-84, jan./abr. 2018 e NÓBREGA, Marcos. *Marcos teóricos em licitações no Brasil: olhar para além do sistema jurídico*. *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 11, n. 40, jan./mar. 2013.

Dessa forma, as regras de reajustamento de preços na NLLCA estão diretamente ligadas aos tipos de custo envolvidos na contratação, distinguindo-se, notadamente, os custos de mão de obra daqueles relacionados a outros produtos ou insumos. Uma vez que os custos de mão de obra variam de acordo com instrumentos de negociação coletiva entre empregados e empregadores, utilizam-se esses fatos como geradores do direito à denominada repactuação do contrato. Quanto aos demais custos, a NLLCA propugna a adoção de índices como regra. Em ambos os casos, aplica-se o denominado Princípio da Anualidade, justamente o instituto que garante as premissas de estabilização da moeda, propugnado pelo Plano Real ainda na década de 1990.

Utiliza-se, no estudo, um método dedutivo, com adoção de uma técnica exploratória, documental e bibliográfica, em que se busca uma relação entre as regras do Plano Real, voltadas para a estabilização dos preços na economia brasileira, e seu reflexo na disciplina do reajustamento de preços dos contratos administrativos trazida pela NLLCA, o que servirá para compreender e interpretar essas novas regras. Identifica-se como principal reflexo dessa correlação o que a nova lei denominou de “Princípio da Anualidade”, dispositivo que, como será visto, comportar-se-á ora como simples regra em relação à interpretação e aplicação da nova norma; ora como princípio aglutinador de diversos dispositivos legais esparsos e, aparentemente, sem relação.

2 O “Princípio” da Anualidade e o reajustamento de preços dos contratos regidos pela NLLCA: reflexo da legislação do Plano Real

Sem a necessidade de discorrer mais longamente sobre as diferenças entre regras e princípios no ordenamento jurídico⁴, adota-se a ideia de que tais normas apresentam-se como híbridos, de modo que há regras que funcionam como verdadeiros princípios e vice-versa, a depender do modo como se apresentam na argumentação jurídica⁵. Em razão disso, o presente trabalho, quando se referir à denominada anualidade, utilizará de forma indistinta a expressão princípio ou regra, destacando-se, no seu título e no presente tópico, a palavra “princípio” em aspas para evidenciar essa natureza híbrida sustentada.

Essa advertência é necessária porque a NLLCA tratou, expressamente, do “Princípio da Anualidade” quando cuidou da repactuação (art. 135, §4º). Contudo, da forma como utilizada no texto (enunciado normativo), colhe-se da expressão mais uma norma com características de regra do que de princípio⁶. Trata-se simplesmente de estabelecer um limite temporal a toda e qualquer forma ordinária de reajustamento dos valores pactuados. É uma regra porque se trata de simples técnica de contagem do tempo, durante o qual as partes terão de suportar as variações usuais dos preços de mercado que impactam o custo do contrato.

Para fins de incidência da regra da anualidade, consideram-se formas ordinárias de reajustamento aquelas cláusulas de atualização já previstas no contrato, o que engloba os institutos do reajustamento em sentido estrito e da repactuação, ambos previstos no art. 6º NLCCA, respectivamente nos incisos LVIII e LIX⁷.

⁴ Uma abordagem mais específica sobre os diversos aspectos envolvidos pode ser encontrada em FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Kar-am (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

⁵ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 89.

⁶ A distinção preliminar entre “norma” e “enunciado normativo”, antes de propriamente diferenciar princípios e regras, pode ser encontrada em ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 53. A diferença entre “texto de norma” e “norma”, assim como os conceitos peculiares de “programa normativo” e “âmbito normativo” é objeto de análise em MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 192-269. Por fim, os diferentes usos semânticos da separação entre e forma e conteúdo do texto jurídico, inclusive com referências a Alexy e Müller é objeto de estudo em NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 1-11.

⁷ Vale o registro de que a Nova Lei não é propriamente técnica no uso de expressões como “reajustamento”, “reajuste”, “reequilíbrio econômico-financeiro” e afins, não sendo possível retirar um padrão dogmático no curso do seu texto. A despeito disso, o

Ao se observar a redação dos dois incisos, ambos tratam de cláusulas que devem estar presentes, de alguma forma, no edital ou no contrato, portanto, cláusulas necessárias.

Ambos os institutos supracitados distinguem-se do que se poderia chamar, neste artigo, de reequilíbrio econômico-financeiro, ocasionado por eventos extracontratuais, relacionados à Teoria da Imprevisão e à cláusula rebus sic stantibus, estudados em espécies como caso fortuito, força maior e fato do príncipe⁸. Na NLCCA, esse instituto está intrinsecamente ligado à disciplina da denominada matriz de riscos, prevista no art. 6º, XVII, como cláusula contratual que busca antever eventos supervenientes, mas que não afasta um futuro pedido de reequilíbrio, conforme estipulam diversos outros dispositivos da norma, como os arts. 22, §2º, I; 103 e 124, II, “d”. Esse último reproduz o dispositivo da Lei n. 8.666/93 que abarcava, justamente, a já citada Teoria da Imprevisão, o fato do príncipe e outros motivos ensejadores do pedido de reequilíbrio.

Até aqui, portanto, chega-se à conclusão de que a NLLCA, afora esses eventos extracontratuais potencialmente motivadores do ora denominado reequilíbrio econômico-financeiro, estipula como formas de modificação dos preços contratuais o que se poderia chamar, como gênero, de “reajustamento em sentido amplo”; sendo suas espécies as seguintes: i) reajustamento em sentido estrito; e ii) repactuação⁹. No art. 25, §8º, isso fica mais evidente: “[n]as licitações de serviço contínuos, observado o interregno mínimo de 1 (um) ano, o critério de reajustamento será por” uma das duas modalidades antes citadas. Logo, ambas seriam “critérios de reajustamento em sentido amplo”.

Embora o dispositivo acima trate, especificamente, dos serviços contínuos, as formas de reajustamento em sentido amplo aplicam-se a todo e qualquer contrato de longa duração da administração, assim considerados aqueles que ultrapassem o prazo de um ano. A questão do Princípio da Anualidade reside justamente nesse interregno temporal¹⁰. Resta saber, porém, de onde a nova legislação brasileira de contratos públicos retirou esse critério e, para isso, é preciso compreender a legislação que estruturou o Plano Real como política econômica no Brasil, no início da década de 1990.

O Plano Real buscou combater a denominada inflação inercial, evento por meio do qual, em linhas gerais e de forma bastante simplificada, o aumento de preços não decorria, propriamente, de um aumento de custos, mas da simples acumulação de aumentos sucessivos e artificiais provocando, com isso, a perda do valor da moeda. Os agentes econômicos, simplesmente, repassavam para os preços contratados, de forma constante, expectativas inflacionárias, riscos, dentre outros fatores que contribuíam para essa instabilidade¹¹,

presente trabalho tentará manter, tanto quanto possível, as expressões que foram utilizadas nas definições que constam do art. 6º, tornando secundário o uso das mesmas expressões quando claramente utilizadas de forma esparsa e desconexa com as definições iniciais.

⁸ As variadas formas de revisão dos contratos são abordadas em FRANCO. Vera Helena de Mello Franco. *Teoria geral do contrato: confronto com o direito europeu futuro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 93-107. Em sede administrativa, o tema é objeto de estudo em MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 225; GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 752; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 293; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 211; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 607; e GIACOMUZZI, José Guilherme. *Estado e contrato: supremacia do interesse público “versus” igualdade; um estudo comparado sobre a exorbitância do contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 270.

⁹ Reitera-se que o uso das expressões na Nova Lei não é uniforme. Enquanto o “reajustamento em sentido estrito” e a “repactuação” são expressamente definidos no art. 6º, portanto adotados, neste artigo, como *nomen juris* oficiais dos institutos ora estudados, a utilização das expressões “reajustamento em sentido amplo” e “reequilíbrio econômico-financeiro” não está expressamente definida, sendo decorrência lógica do texto, na tentativa de harmonizar as novas expressões legislativas à doutrina sedimentada sobre o tema.

¹⁰ Na verdade, por precaução e expressa disposição da NLLCA, mesmo em contratos de curta duração, deve ser prevista a cláusula de reajustamento em sentido estrito, conforme redação do § 7º do art. 25: “§ 7º Independentemente do prazo de duração do contrato, será obrigatória a previsão no edital de índice de reajustamento de preço, com data-base vinculada à data do orçamento estimado e com a possibilidade de ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos.”

¹¹ ARIDA, Pérsio; RESENDE, André Lara. *Inertial inflation and monetary reform in Brazil*. Rio de Janeiro: PUC, 1985. (Textos para discussão, n. 85). p. 8 e seguintes; e RESENDE, André Lara. Moeda Indexada: uma proposta para eliminar a inflação inercial. *Revista*

o que gerou índices trilionários de inflação no período¹² até a entrada em vigor do Plano Real.

Para conter tal efeito, era necessário habituar os agentes econômicos a precificar bens e serviços em valores estáveis, o que, inicialmente, se introduziu por meio da Unidade Real de Valor – URV e que culminou com a edição da Lei n. 10.192/2001, em que se encontra a base normativa que resultou no princípio e nas técnicas da anualidade atualmente inscritas na NLLCA¹³. Vale registrar que a legislação do Plano Real não vedou os reajustes, mas, apenas, estabeleceu critérios mais rigorosos para sua fixação.

Na verdade, a ideia de se estabelecer o período de um ano como marco para se reajustarem os contratos surgiu antes mesmo da efetiva implantação do Plano Real¹⁴. O projeto inicial era adotar o denominado nominalismo, técnica econômica por meio da qual se vedaria qualquer reajuste contratualmente estipulado e se deixaria a cargo próprio mercado deliberar sobre o momento e o montante da renegociação ocasional de preços. Certo receio de que o Judiciário não aceitasse tal radicalização resultou na previsão legal de vedação temporária, estabelecendo-se o marco de um ano¹⁵.

Embora tais princípios, regras ou técnicas não estivessem presentes da Lei n. 8.666/93, tampouco da legislação subsequente sobre contratação pública, eles acabaram influenciando a regulamentação federal de licitações e contratos. Exemplo disso refere-se ao Decreto n. 2.271/97, que, a despeito de não falar em reajuste, tratava da repactuação, “observado o interregno mínimo de um ano” (art. 5º), já considerando, portanto, a realidade de desindexação dos salários, como será visto mais adiante.

Em nível infralegal, a Instrução Normativa n. 02/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPDG), substituída, posteriormente, pela Instrução Normativa n. 05/2017, do então denominado Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MPGD), delineou, exaustivamente, o tema, inclusive separando o reajuste em sentido estrito da repactuação, tal qual faz a NLLCA. Também, no âmbito da Advocacia-Geral da União (AGU), as Orientações Normativas de n.º 22, 23 e 24, todas de 2009, separam o reequilíbrio econômico-financeiro das duas formas de reajuste em sentido amplo, quais sejam: a repactuação e o reajuste em sentido estrito¹⁶.

Ocorre, por força da NLLCA, a nacionalização de critérios federais de reajustamento, centrados no denominado Princípio da Anualidade e inspirados na legislação do Plano Real, notadamente na Lei n. 10.192/2001. Verifica-se também uma aproximação mais direta entre as regras específicas de contratos públicos e as regras mais gerais de política monetária, atuando em conjunto para a estabilização do valor da moeda — i.e., o combate à inflação inercial — tomando como centro normativo o denominado Princípio da Anualidade¹⁷.

Além disso, a disciplina do reajustamento dos contratos na Lei n. 8.666/93 seguia regras, nomenclatura e institutos próprios do ambiente normativo da época, daí a previsão, por exemplo, de uma “atualização

de *Economia Política*, v. 5, n. 2, 1985.

¹² A inflação acumulada entre janeiro de 1980 e dezembro de 1994 chegou a 13.342.346.717.617,70% (13 trilhões e 342 bilhões por cento), de acordo dado apresentado em LEITÃO, Miriam. *Saga brasileira: a longa luta de um povo por sua moeda*. Rio de Janeiro: Record, 2013.

¹³ Um histórico mais detalhado pode ser conferido em RIBEIRO, Ricardo Silveira. *Terceirizações na administração pública e equilíbrio econômico dos contratos administrativos: repactuação, reajuste e revisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 55-58.

¹⁴ PRADO, Maria Clara. *A real história do Real*. Rio de Janeiro: Record, 2005. p. 188.

¹⁵ ARIDA, Pérsio. Real. In: PRADO, M. C. R. M. do. *A real história do Real: uma radiografia da moeda que mudou o Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 2005. p. 506-509.

¹⁶ Perceba-se que nomenclatura adotada pela AGU em muito se assemelha àquela utilizada na nova legislação, contudo esta não foi tão sistemática em separar, de um lado, em categoria própria, o reequilíbrio econômico-financeiro, e de outro, como gênero, o reajuste em sentido amplo, e como espécies, o reajuste em sentido estrito e a repactuação. A NLLCA entendeu suficiente definir o que chamou de reajustamento em sentido estrito e repactuação, deixando para o intérprete fixar os sentidos do reequilíbrio econômico-financeiro e do reajustamento em sentido amplo.

¹⁷ A expressão mais adequada para o tipo de argumentação adotada seria realmente “princípio” da anualidade, considerada especialmente suas dimensões fundamentadora, interpretativa, supletiva, integrativa e limitativa que destaca BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 283-284.

monetária das obrigações de pagamento” que incidiria da “data final de cada período de aferição até a do respectivo pagamento” (art. 7º, §7º). A partir do Plano Real, com o Princípio da Anualidade, a obstar alterações ordinárias de preços em períodos inferiores a um ano, tais atualizações não mais deveriam existir, cabendo às partes aguardar o interregno de um ano para pleitear eventual reajuste nos valores praticados, quando, então, a denominada atualização passou a se confundir com o próprio instituto do reajuste e seus critérios, dentre eles o da anualidade¹⁸.

Assim, realizada uma interpretação sistemática das novas regras trazidas pela NLLCA que regulamentam o denominado Princípio da Anualidade, a centralidade normativa desse último emana, na verdade, de outro dispositivo legal editado em outra realidade econômica¹⁹, quais sejam, os arts. 2º (contratos privados) e 3º (contratos públicos/administrativos) da Lei n. 10.192/2001, que, em linha gerais, admite a estipulação de correção monetária ou reajuste por índices de preços gerais²⁰, setoriais ou que reflitam os custos de produção, desde que se trate de “contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano” (caput), chegando a considerar “nula de pleno direito” qualquer estipulação com periodicidade inferior a um ano (§1º).

Portanto, verifica-se uma correlação direta entre o Princípio da Anualidade consagrado na NLLCA e a política econômica erigida com o Plano Real, de onde se pode concluir que tal princípio constitui um dos instrumentos de garantia daquela política de combate à inflação inercial. Não é ocasional que a legislação de contratos seja utilizada para a realização de outras políticas públicas, como o desenvolvimento nacional sustentável²¹ e o caso do Princípio da Anualidade revela esse desiderato de evitar que os contratos públicos anulem as regras voltadas para a estabilização da moeda.

Pressupondo o caráter interdisciplinar do Direito Econômico, visto este como um estudo da intervenção do Estado na economia e admitindo que pode atuar, inclusive, na esfera contratual para garantir a eficácia de um planejamento econômico²², afirma-se, seguramente, que o Princípio da Anualidade do reajustamento dos contratos administrativos, previsto na NLLCA, é um dos instrumentos de execução da política econômica de estabilidade da moeda, especificamente de combate à inflação inercial.

De modo mais específico, no presente caso, o princípio consiste numa garantia de que os contratos públicos seguirão regras compatíveis com a política monetária instaurada no Brasil na década de 1990 bem como com a legislação que lhe é correlata, as quais buscaram afastar da realidade econômica brasileira a indexação desmedida de preços e, com isso, o fenômeno da inflação inercial. Importante compreender, na prática, como tais institutos — ou as regras da anualidade — funcionarão em cada tipo de contrato.

3 O reajustamento em sentido estrito e a repactuação: a predominância dos custos e os critérios para aplicação do Princípio da Anualidade

Conforme esclarecido anteriormente, a NLLCA adotou duas espécies de reajustamento ordinário dos valores contratuais, que podem ser agregadas no que se denomina “reajustamento em sentido amplo”: o

¹⁸ RIBEIRO, Ricardo Silveira. *Terceirizações na administração pública e equilíbrio econômico dos contratos administrativos*: repactuação, reajuste e revisão. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 62-71.

¹⁹ De acordo com Eros Grau, o intérprete realiza exame não somente da norma, mas do quadro de realidade que se lhe apresenta de modo que procede “à interpretação dos textos normativos no quadro da realidade, tal e qual a realidade é no momento da interpretação dos textos e dos fatos” (GRAU, Eros. *Por que tenho medo de juízes*: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 33).

²⁰ Importante anotar que a NLLCA não previu a adoção de índices gerais quando tratou do reajustamento em sentido estrito, cuidando apenas de índices específicos e setoriais. Tal omissão demandará construção doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade ou não de sua adoção, o que não é objeto específico deste trabalho.

²¹ FERREIRA, Felipe Furtado; POTTUMATI, Eduardo Carlos. A licitação pública como instrumento de desenvolvimento sustentável. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 1, p. 201-213.

²² MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito econômico*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2018. p. 14-17, 609-610.

reajustamento em sentido estrito (art. 6º, LVIII) e a repactuação (art. 6º, LIX). Da leitura dos dispositivos, conclui-se, por especificidade, que o segundo deve ser utilizado “para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra”. A todos os demais casos, aplica-se o instituto do reajustamento em sentido estrito.

As definições do que sejam serviços contínuos, não contínuos ou, dentre os primeiros, aqueles com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, constam do art. 6º da NLLCA, mais especificamente nos incisos XV a XVII. A despeito das definições legais, a distinção não é inédita na doutrina administrativa ou civilista contratual, portanto é necessário resgatar os critérios que, tradicionalmente, se adotam para melhor compreender tais modalidades.

Quanto à natureza contínua ou não, trata-se de uma classificação que envolve, precipuamente, a definição da necessidade administrativa, uma vez que será a própria Administração contratante quem determinará se a prestação demanda certa duração, configura um débito permanente ou consiste no que, em Direito Civil, se reconhece por obrigações “que se cumprem por meio de atos reiterados”²³. Ao lado desses, tem-se os denominados contratos de escopo, atualmente definidos na legislação, mas já conhecidos pela doutrina como aqueles que “impõem à parte o dever de realizar uma conduta específica e definida. Uma vez cumprida a prestação, o contrato se exaure [...]”²⁴.

Num primeiro momento, para fins de fixação das regras de reajustamento do contrato administrativo, a relevância jurídica da classificação do serviço como de natureza contínua ou não tem o efeito somente de afastar uma das espécies previstas: a repactuação, que se aplica apenas a serviços de natureza contínua. No entanto, serviços dessa natureza também podem estar sujeitos a reajustamento em sentido estrito e daí exsurge a importância de compreender os custos envolvidos em determinados contratos, uma vez que a repactuação será a regra para tanto para casos “com dedicação exclusiva de mão de obra” como para casos “com predominância de mão de obra”.

Na primeira hipótese, trata-se de um critério legal, de mera subsunção interpretativa à definição que consta do art. 6º, XVI, da NLLCA. Já na segunda hipótese, de predominância, há um critério econômico, que demanda uma análise dos custos envolvidos na contratação, logo uma avaliação casuística. O importante é fixar o entendimento de que a legislação cuidou de forma distinta do reajustamento de contratos de prestação de serviço conforme eles envolvam dedicação de mão de obra exclusiva ou predominância de mão de obra, de um lado, daqueles cujos custos mais relevantes não envolvem mão de obra.

Para entender essa diferença, é preciso compreender quais custos compõem determinado contrato e sua relevância econômica. Em linhas gerais, os custos de um contrato podem ser classificados em (i) custos de mão de obra e (ii) custos com insumos diversos. Os primeiros (custos de mão de obra) podem, então, ser qualificados como: (i.a) remuneração, geralmente estabelecida em acordos e convenções coletivas de trabalho; (i.b) benefícios ou “insumos de mão de obra”, justamente as parcelas referentes a transporte, alimentação, dentre outros; e (i.c) encargos sociais, referentes aos custos com “tributos incidentes sobre a remuneração e os encargos trabalhistas”²⁵.

Assim, se o serviço (i) é de natureza continuada e (ii.a) envolve dedicação exclusiva de mão de obra ou (ii.b) uma predominância dos custos com mão de obra, deve ser utilizada a repactuação. Em todos os outros casos, utiliza-se a regra do reajustamento em sentido estrito, por meio de índices gerais ou setoriais. Assim como se falou acima sobre os impactos da legislação do Plano Real na forma de reajustamento dos contratos administrativos, essa distinção, mais uma vez, é decorrência de uma das medidas adotadas, chamada de desindexação dos salários, ou seja, a vedação de reajustes automáticos de salários por meio de sua indexação

²³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 4. p. 178.

²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 195.

²⁵ RIBEIRO, Ricardo Silveira *Terceirizações na administração pública e equilíbrio econômico dos contratos administrativos: repactuação, reajuste e revisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 105-111.

a índices. Em vez disso, os valores passariam a ocorrer “na respectiva data-base anual, por intermédio da livre negociação coletiva” (art. 10 da Lei n. 10.192/2001).

Se os custos com mão de obra, a partir do Plano Real, passaram a não mais ser alterados por meros índices, não seria possível atualizar os preços dos contratos administrativos em que tais custos fossem relevantes por meio de simples aplicação de índices, ou seja, por meio de reajustamento em sentido estrito, na nomenclatura da NLLCA. Dessa forma, a repactuação envolve procedimento de análise de custos de mercado, dentre eles os de mão de obra, para, a partir daí, se apurar seu impacto no valor do contrato. Eis a razão pela qual a norma, nas diversas oportunidades em que cuida do tema, fala, de um lado, em reajustamento em sentido estrito, por meio de índices específicos ou setoriais; e, de outro, em repactuação, por meio da análise da variação dos custos de mercado ou contratuais (cf. art. 6º, LVIII e LIX; art. 25, §8º e art. 92, §4º).

Quando a legislação determina que se utilize um índice para determinado contrato e, ao mesmo tempo, que seu preço fique “congelado” por um ano para que, somente depois disso, seja revisto, ela está, na verdade, buscando avaliar o impacto da inflação do período naquele específico contrato, considerada, neste artigo, a inflação como um aumento não ocasional ou irrelevante, mas significativo e persistente²⁶. Como não era mais possível proceder dessa forma para os custos de mão de obra, em face da desindexação dos salários, estabeleceu-se a repactuação, que passaria a refletir as regras dos instrumentos coletivos de trabalho²⁷, mas, ainda assim, com respeito a certa anualidade.

Dessa forma, pelo Princípio da Anualidade, esse procedimento de repactuação não pode ocorrer a todo momento ou em período aleatoriamente escolhido, fazendo emergir a dúvida sobre os marcos temporais a partir de onde contar tais períodos de um ano. Em razão disso, a NLLCA, mais uma vez em compatibilidade com a legislação do Plano Real, trouxe tais marcos. Segundo a Lei n. 10.192/2001, que não faz distinção entre reajustamento em sentido estrito e repactuação, a periodicidade deve ser contada “a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.” (art. 3º, §1º)²⁸.

A redação que impunha dois marcos distintos já era insuficiente à época e, posteriormente, mesmo com a regulamentação federal anterior à NLLCA, exigia-se certo esforço hermenêutico para se fixar um dos dois marcos temporais²⁹. As Orientações Normativas da AGU n.º 24 e 25, ambas de 2009, resolviam, parcialmente, o problema ao informar que, nos reajustes, considerava-se a data limite de apresentação das propostas, e na repactuação, a data do orçamento a que ela se refere, no caso, os instrumentos coletivos para custos de mão de obra e a data limite de apresentação da proposta para custos de mercado.

A NLLCA, embora detalhista quanto à contagem dos prazos a respeito da repactuação (art. 135), por não reproduzir o texto das Orientações Normativas supracitadas, traz novo ambiente de dúvidas quanto ao marco inicial do reajustamento em sentido estrito. No art. 25, §7º, a nova norma estabeleceu que, “[i]ndependentemente do prazo de duração do contrato” — i.e., mesmo em contratos com prazo inferior a um ano — “será obrigatória a previsão no edital de índice de reajustamento de preço, com data-base vinculada à data do orçamento estimado” (art. 25, §7º).

Embora tenha deixado claro que a cláusula do reajustamento em sentido estrito é obrigatória, mesmo em contratos previstos para durar menos de um ano, a redação deixou dúvidas quanto à data-base a ser utilizada no primeiro reajustamento. Ao falar em “data do orçamento estimado”, a NLLCA está praticamente abandonando o tradicional marco inicial “data limite para elaboração da proposta”, o que poderá impactar no direito ao reajustamento futuro, pela ausência de transcurso do interregno de um ano, ou no quantum a ser apurado em eventual aplicação do índice.

²⁶ LOPES, João; ROSSETTI, José. *Economia monetária*. São Paulo: Atlas, 1998. p. 305-306.

²⁷ Uma análise mais completa sobre os instrumentos normativos é feita em DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010. p. 1284.

²⁸ Na verdade, esses dois marcos já contavam do art. 40, XI, da Lei n. 8.666/93.

²⁹ RIBEIRO, Ricardo Silveira. *Terceirizações na administração pública e equilíbrio econômico dos contratos administrativos: repactuação, reajuste e revisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 77-89.

A correta interpretação da norma não se faz suficiente quando esta é avaliada “em tiras”, na lição de Eros Grau³⁰. Logo, a fixação da “data do orçamento estimado” deve ser considerada à luz das demais escolhas legislativas da NLLCA. Sobre essa questão, são relevantes as regras que disciplinam a pesquisa de preços que subsidia o “orçamento estimado”, ainda na fase interna do procedimento. É nessa disciplina legal sobre a pesquisa que está prevista a atualização dos preços originais da licitação, os quais devem ser coletados há menos de um ano ou seis meses do certame, a depender do parâmetro adotado. Nesse interregno de um ano entre a fixação pretérita do preço coletado e sua utilização atual como referência numa nova licitação, a NLLCA estabelece a regra de que os preços devem observar “o índice de atualização de preços correspondente” (art. 23, §1º, II).

Assim, ao fixar como marco inicial para o reajustamento de preços não mais a data limite para apresentação da proposta, mas sim a data do orçamento estimado, a NLLCA exige que a licitação seja lançada com orçamento atualizado e que seja previamente informado no edital a referida data-base, a fim de que os licitantes possam aferir, antecipadamente, a partir de quando os custos do contrato poderão ser atualizados. Sem isso, perdem-se os benefícios de previsibilidade e certeza citados na introdução deste trabalho e que seriam aptos a reduzir assimetrias de informação e custos de transação.

Portanto, tem-se como novidade na NLLCA o abandono da data limite de apresentação da proposta como marco inicial da contagem da anualidade para o primeiro reajustamento em sentido estrito. Dessa forma, a NLLCA exige da Administração que, obrigatoriamente, indique no edital a data-base do seu orçamento estimado, sem o que o marco inicial para cálculo do reajustamento em sentido estrito permanecerá incerto e possivelmente discricionário, trazendo insegurança jurídica e precificação do risco de os licitantes não terem seus reajustes concedidos no tempo programado.

No que tange à repactuação, como se disse, a NLLCA foi exaustiva em falar, detalhadamente, não somente dos marcos iniciais, conforme o componente de custo adotado, mas também dos marcos a partir de quando seriam deferidas as outras repactuações, conforme art. 135, I, II e §1º. Dúvidas ocasionais podem ocorrer para aferir o que se entende por “data da última repactuação” quando se tratar das subsequentes à primeira, no entanto, a partir da leitura dos demais dispositivos atinentes ao tema, permite-se saber que poderá existir, por exemplo, uma repactuação para cada categoria envolvida nos serviços e que tenha data-base diferenciada (art. 135, §4º). Nesse caso, devem-se considerar como “data da última repactuação”, na verdade, os efeitos de cada repactuação a ser concedida, a fim de se prezar pelo Princípio da Anualidade do reajuste de que trata o dispositivo legal retrocitado.

No que toca ao reajustamento em sentido estrito, cumpre, apenas, destacar que, passado o primeiro ciclo de um ano, os demais devem atender à mesma data-base, repetindo-se o cálculo em ciclos de 12 (doze) meses a partir daquele marco inicial denominado data-base do orçamento da Administração. Dessa forma, não é possível a escolha aleatória ou mudança dos períodos dos ciclos de apuração, sob pena de se deixar a critério de uma ou outra parte a seleção do ciclo que melhor lhe aproveita, mais uma vez afastando a segurança jurídica que o instituto do reajustamento busca incrementar aos contratos administrativos.

Nesse sentido, quanto ao reajustamento de preços em sentido estrito, permanecem válidas as conclusões do Acórdão n. 474/2005 do Plenário do Tribunal de Contas da União, que estabeleceu as balizas para aplicação do instituto do reajuste, ainda que tenha sido proferido à luz das normas jurídicas anteriores à NLLCA. Referido julgado possui certa relevância sobre o tema porque proferido como resposta a consulta, logo, por força do art. 1º, §3º, da Lei n. 8.443/92, figura no sistema jurídico com caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, revelando-se um dos pilares para a compreensão da matéria proposta neste trabalho.

Por fim, tanto o reajustamento em sentido estrito como a repactuação, por se referirem a simples aplicação de cláusulas contratuais, não demandam qualquer formalização de alteração contratual, registrando-

³⁰ GRAU, Eros. *Por que tenho medo de juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 86.

-se por simples apostila. Já era esse o sentido da Lei n. 8.666/93, no seu art. 65, §8º, e assim se mantém o requisito no que tange à forma na NLLCA, art. 136, I.

4 Considerações finais

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos contemplou, dentre os modos de atualização dos valores contratuais, além da tradicional cláusula de revisão por motivos extracontratuais decorrentes da Teoria da Imprevisão (reequilíbrio econômico-financeiro), duas outras modalidades de reajustamento a serem necessariamente previstas no contrato.

Definidas expressamente na Nova Lei como reajustamento em sentido estrito e repactuação, essas formas — que podem ser aglutinadas no gênero “reajustamento em sentido amplo” — configuram verdadeira cláusula de atualização de preços de acordo com a variação de custos de mercado, o que se mostra fundamental em contratos de longa duração, assim entendidos aqueles que ultrapassem o prazo de um ano, a exemplo dos denominados serviços continuados. De todo modo, ainda que em contratos curtos, de serviços não continuados, a nova legislação determina que seja previsto o critério de reajustamento, dado o risco de que a contratação se estenda por período superior a um ano.

O marco temporal de um ano fixado, conforme visto, foi denominado na Nova Lei como Princípio da Anualidade e está relacionado às medidas econômicas adotadas no Brasil na década de 1990 voltadas para o combate à denominada inflação inercial. Avaliada a legislação que estruturou o Plano Real, encontra-se direta relação, por exemplo, entre as disposições normativas relacionadas à desindexação dos salários e o instituto da repactuação, espécie de reajustamento de preços que a nova legislação determinou como obrigatória para contratos de serviço continuado com dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra.

A incidência do Princípio da Anualidade ocorre não somente na fixação dos marcos temporais para a concessão do primeiro reajustamento, mas também para a dos seguintes, ou seja, em todos os interregnos de um ano que ocorrerem no curso do contrato. Quanto ao primeiro reajustamento, foi possível perceber uma diferença de critérios a depender do instituto utilizado no contrato: para o reajustamento em sentido estrito, a Nova Lei não foi tão clara nem coerente com a legislação do Plano Real, estabelecendo como marco inicial, de forma inovadora, a data do orçamento da Administração, em vez da tradicional data limite de apresentação das propostas; quanto à repactuação, houve tratamento analítico fixando-se a data de apresentação da proposta para custos decorrentes do mercado e a data do instrumento coletivo de trabalho para os custos decorrentes de mão de obra.

Por fim, consideradas ambas as formas de reajustamento mera aplicação de cláusulas já previstas no próprio contrato que estabelecem sua forma de atualização de preços, a Nova Lei permitiu sua formalização por simples apostila, dada a ausência de qualquer alteração significativa nas condições contratuais, antes se tratando de mero cumprimento da avença. Com isso, os critérios adotados, por um lado, mantêm-se alinhados à diretriz de evitar a inflação inercial e, por outro, afasta os riscos e receios dos licitantes quanto à estagnação dos valores dos contratos administrativos em relação aos preços de mercado, viabilizando que o próprio ajuste contemple, de forma segura, seus critérios de atualização.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARIDA, Pérsio; RESENDE, André Lara. *Inertial inflation and monetary reform in Brazil*. Rio de Janeiro: PUC, 1985. (Textos para discussão, n. 85).
- ARIDA, Pérsio. Real. In: PRADO, M. C. R. M. do. *A real história do Real: uma radiografia da moeda que mudou o Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- FERREIRA, Felipe Furtado; POTTUMATI, Eduardo Carlos. A licitação pública como instrumento de desenvolvimento sustentável. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 1, p. 201-213, 2014.
- FRANCO, Vera Helena de Mello Franco. *Teoria geral do contrato: confronto com o direito europeu futuro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GIACOMUZZI, José Guilherme. *Estado e contrato: supremacia do interesse público “versus” igualdade: um estudo comparado sobre a exorbitância do contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- GRAU, Eros. *Por que tenho medo de juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.
- LEITÃO, Miriam. *Saga brasileira: a longa luta de um povo por sua moeda*. Rio de Janeiro: Record, 2013.
- LOPES, João; ROSSETTI, José. *Economia monetária*. São Paulo: Atlas, 1998.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MOREIRA, Egon Bockman; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública: a Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito econômico*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2018.
- MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NEVES, Marcelo. *Entre Hídra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

NÓBREGA, Marcos. Marcos teóricos em licitações no Brasil: olhar para além do sistema jurídico. *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 11, n. 40, jan./mar. 2013.

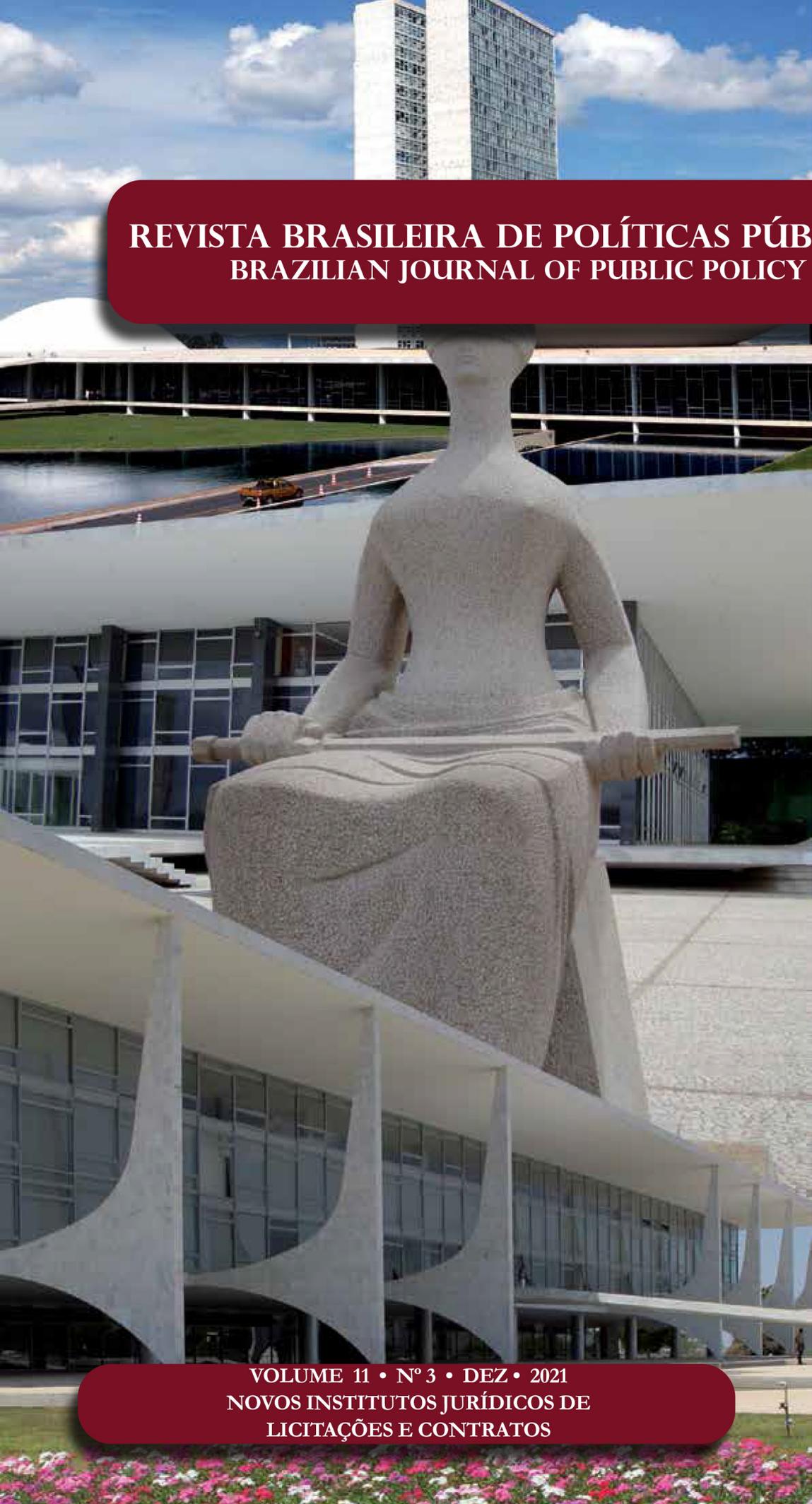
NOHARA, Irene Patrícia. Diálogo competitivo: possibilidade de avanço ou mais uma modalidade a cair em desuso? In: CARVALHO, Matheus; BELÉM, Bruno; CHARLES, Ronny (coord.). *Temas controversos da nova Lei de Licitações e Contratos*. São Paulo: JusPodivm, 2021.

PADILHA, Angélica; ARAÚJO, Everton Coimbra; SOUZA, José Paulo. Influência das incertezas nas contratações públicas por intermédio do pregão eletrônico. *Revista Brasileira de Planejamento e Desenvolvimento*, v. 7, n. 1, p. 67-84, jan./abr. 2018.

PRADO, Maria Clara. *A real história do Real*. Rio de Janeiro: Record, 2005.

RESENDE, André Lara. Moeda Indexada: uma proposta para eliminar a inflação inercial. *Revista de Economia Política*, v. 5, n. 2, 1985.

RIBEIRO, Ricardo Silveira. *Terceirizações na administração pública e equilíbrio econômico dos contratos administrativos: repactuação, reajuste e revisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**A nova Lei de Licitações, as
encomendas tecnológicas e o
diálogo competitivo**

**The new Bidding Law, pre-
commercial procurements and
competitive dialogue**

André Dias Fernandes

Débora de Oliveira Coutinho

**VOLUME 11 • Nº 3 • DEZ • 2021
NOVOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE
LICITAÇÕES E CONTRATOS**

A nova Lei de Licitações, as encomendas tecnológicas e o diálogo competitivo*

The new Bidding Law, pre-commercial procurements and competitive dialogue

André Dias Fernandes**

Débora de Oliveira Coutinho***

Resumo

O objetivo deste artigo é analisar como as normas da Lei n.º 14.133/2021 podem ser aplicadas, em conjunto com a Lei de Inovação e o Decreto n.º 9.283/2018, para dar vida às encomendas tecnológicas, modalidade contratual necessária ao desenvolvimento nacional e à redução das desigualdades regionais, mas ainda pouco conhecida e aplicada na prática no Brasil. As encomendas tecnológicas são compras públicas direcionadas a demandas especiais em razão de desafios específicos, seja pela inviabilidade econômica, seja pela indisponibilidade/inexistência no mercado de produtos, serviços ou sistemas adequados para aquele fim, de interesse de órgãos e entidades da Administração Pública. Tendo o risco tecnológico como elemento essencial, são direcionadas para a busca de soluções de inovação mediante pesquisa e desenvolvimento (P&D), conforme previsão do art. 27 do Decreto n.º 9.283/18. Apesar da importância das encomendas tecnológicas e da necessidade de contrato administrativo para formalizá-las, a nova lei de licitações foi lacônica quanto ao tema. Discute-se, especialmente, se o diálogo competitivo, uma das grandes inovações da Lei n.º 14.133/2021, pode ser empregado para contratação de encomendas tecnológicas. Conclui-se que, embora seja tecnicamente possível, na maioria das vezes não será recomendável. Prognostica-se que, em regra, a contratação direta nos termos do art. 20 da Lei de Inovação tende a ser mais conveniente e vantajosa para a Administração Pública e para o próprio interesse público. A metodologia empregada é teórica, bibliográfica, descritiva e exploratória, de natureza qualitativa, com prevalência do método dedutivo.

Palavras-chave: Contrato administrativo; Licitação; Inovação tecnológica; Risco tecnológico; Encomenda tecnológica; Diálogo competitivo.

Abstract

The purpose of this article is to scrutinize how the rules of Law No. 14,133/2021 can be applied altogether with the Innovation Law and the Decree No. 9,283/2018 to bring forth Pre-Commercial Procurements, a sort of contract essential to national development and to the reduction of regional inequalities, but yet unbeknownst to many and scarcely applied in Brazil. Pre-Commercial Procurements are public purchases aimed at special

* Recebido em 30/09/2021
Aprovado em 28/01/2022

** Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). MBA em Poder Judiciário pela FGV Direito Rio. Professor Permanente do Mestrado em Direito (PPGD – UNI7) e Professor Titular do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). Juiz Federal em Fortaleza/CE.
E-mail: andredias@uni7.edu.br

*** Mestranda em Direito Privado pelo Centro Universitário 7 de Setembro. Pós-Graduada em Direito Constitucional Aplicado pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus. Tutora EAD da Universidade de Fortaleza. Professora do curso de Direito do Centro Universitário Christus.
E-mail: deboraoc@gmail.com

demands arising from specific challenges, whether due to economic unfeasibility or to unavailability/non-existence in the market of products, services or systems suitable for that purpose, of interest to Public Administration bodies and entities. With technological risk as an essential element, they are targeted at the search for innovative solutions through research and development (R&D), as stipulated in art. 27 of Decree No. 9,283/18. Despite the importance of Pre-Commercial Procurements and the need for an administrative contract to shape them, the new bidding law was laconic on the subject. It is discussed, in particular, whether competitive dialogue, one of the great innovations of Law No. 14,133/2021, can be used for Pre-Commercial Procurements. It is concluded that although it is technically possible, in most cases it will not be recommended. It is predicted that, as a rule, direct contracting pursuant to art. 20 of the Innovation Law tends to be more convenient and advantageous to the Public Administration and to the public interest itself. The methodology is theoretical, bibliographical, descriptive, exploratory and qualitative, with prevailing use of the deductive method.

Keywords: Administrative agreement; Bidding; Technologic innovation; Technological risk; Pre-commercial procurement; Competitive dialogue.

1 Introdução

A Lei n.º 8.666/93, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, está em seus dois últimos anos de vigência, em razão de a Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021, ter entrado em vigência. Conforme disposto no seu art. 191, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com essa Lei ou de acordo com a Lei n.º 8.666/93, sendo vedada a aplicação combinada das duas Leis.

Tomando como marco legal a nova Lei de Licitações, esta destaca que os contratos administrativos deverão conter alguns elementos essenciais, conforme previsão do art. 92, que dispõe que são necessárias, em todo contrato, cláusulas que estabeleçam o seu objeto, o preço e as condições de pagamento, os prazos de início da execução, a conclusão, a entrega e o recebimento definitivo por parte da Administração, a matriz de risco, e os direitos e responsabilidades das partes, inclusive penalidades cabíveis.

Conquanto a Lei n.º 14.133/2021 não discipline os contratos de encomenda tecnológica, a Lei de Inovação Tecnológica (Lei n.º 10.973/2004) os prevê, como uma das formas de estímulo à inovação (art. 19, § 2º-A, V, incluído pela Lei n.º 13.243/2016). Consistem em compras públicas direcionadas a demandas especiais com o intuito de solucionar problemas como a inviabilidade econômica ou indisponibilidade/inexistência no mercado de produtos, serviços ou sistemas adequados para algum fim específico, de interesse de órgãos ou entidades da Administração Pública.

O objetivo das encomendas tecnológicas (ETECs) é encontrar a solução para um problema específico por meio de desenvolvimento tecnológico. Trata-se de uma compra pública em que o investimento é voltado para a pesquisa e o desenvolvimento em si, e não necessariamente para o produto final, que pode ou não ser alcançado.

Tem, portanto, como característica intrínseca o risco tecnológico, que é definido pelo art. 2º, III, do Decreto n.º 9.283/2018, que regulamenta a Lei de Inovação, como a “possibilidade de insucesso no desenvolvimento de solução, decorrente de processo em que o resultado é incerto em função do conhecimento técnico-científico insuficiente à época em que se decide pela realização da ação”.

No que respeita especificamente aos contratos de encomenda tecnológica, a Lei n.º 14.133/2021 limitou-se a prever a dispensabilidade de licitação (art. 75, V), prescrevendo sejam “observados os princípios gerais de contratação” constantes da Lei de Inovação. Por outro lado, a Lei n.º 14.133/2021 elegeu como um dos objetivos do processo licitatório “incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável”

(art. 11, IV). Ademais, autorizou o emprego do diálogo competitivo para contratação que envolva inovação tecnológica ou técnica (art. 32, I, *a*). Para além disso, tornou dispensável a licitação para contratação que tenha por objeto transferência de tecnologia ou licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida, nas contratações realizadas por instituição científica, tecnológica e de inovação (ICTI) pública ou por agência de fomento, desde que demonstrada vantagem para a Administração (art. 75, IV, *d*), bem como em outras hipóteses (art. 75, XV e XVI). A leitura desses dispositivos suscita, dentre outras, a questão de saber se o diálogo competitivo (uma das grandes inovações da Lei n.º 14.133/2021) pode ser empregado ou não para contratação de encomendas tecnológicas.

Diante desse cenário, cumpre investigar como as normas da Lei n.º 14.133/2021 podem ser aplicadas, em conjunto com a Lei de Inovação e o Decreto n.º 9.283/2018, para dar vida a essa modalidade contratual tão necessária ao desenvolvimento nacional e à redução das desigualdades regionais, mas ainda muito pouco conhecida e aplicada na prática no Brasil.

Para transmitir uma ideia do ingente potencial transformador dos contratos de encomenda tecnológica, basta lembrar que as vacinas contra Covid-19 ora em uso (Pfizer/Biontech, AstraZeneca/Fiocruz etc.) são fruto de encomendas tecnológicas feitas por vários países, incluindo o Brasil.

A despeito dessa evidente relevância pragmática, a literatura jurídica pátria acerca das encomendas tecnológicas ainda é bastante rarefeita.

A metodologia deste trabalho utilizará o método dedutivo, por meio de uma abordagem de natureza qualitativa, descritiva, teórica, realizada por meio de pesquisa bibliográfica, com coleta de dados em livros, em artigos jurídicos, na legislação brasileira, norte-americana e da União Europeia, bem como em instrumentos contratuais de encomenda tecnológica recentemente firmados no Brasil, que serão objeto de análise.

2 Encomendas tecnológicas

Nos países mais desenvolvidos, as encomendas tecnológicas são utilizadas como ferramentas para suprir diversas demandas públicas de alta complexidade, urgente necessidade ou grande impacto social. Nos EUA, são realizadas desde há muito, estando atualmente disciplinadas na parte 35 do *Federal Acquisition Regulation (FAR)*.¹

Inspirada na experiência de sucesso dos EUA e do Japão, a União Europeia, desde o Comunicado da Comissão Europeia de 2007 (799 final), passou a atribuir maior relevância às encomendas tecnológicas e a fomentá-las, até mesmo para não ficar defasada diante desses seus grandes parceiros comerciais.² As encomendas tecnológicas continuam cobrando relevo na União Europeia, sendo atualmente um dos pilares das suas políticas estratégicas de crescimento e competitividade.³

¹ UNITED STATES OF AMERICA. *Federal Acquisition Regulation*. Disponível em: https://www.acquisition.gov/far/part-35#FAR_35_000 Acesso em: 30 dez. 2021.

² A seção 3 do Comunicado é intitulada “*Europe can do better: Strategic R&D procurement to stay in the lead*”. Consoante enfatizado no Comunicado, àquela altura, os EUA investiam quatro vezes mais em licitações envolvendo P&D do que a União Europeia, excluídas as licitações para propósitos militares e aeroespaciais: “The difference in R&D procurement expenditure between the US and Europe is mainly due to disparities in defence/space budgets. However, US expenditure of this type is still 4 times higher in non-defence/space public sectors such as health, energy, education, transport and environment. This represents a gap of \$3.4Bn in absolute terms. Experts point to untapped innovation opportunities in these non-defence sectors where Europe could take the lead”. COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. *Pre-commercial procurement: driving innovation to ensure sustainable high quality public services in Europe*. COM(2007) 799 final. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2007. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0799:FIN:EN:PDF> Acesso em: 30 dez. 2021.

³ “Delivering more efficient and higher quality public services, and supporting research and innovation from the demand side are nowadays among the cornerstones of the EU public policy and a priority of the Europe 2020 Strategy for growth and competitiveness: at this regard, a new and powerful instrument at disposal of the contracting authorities appears to be the pre-commercial procurement, by which the public sector can acquire R&D services as well as innovative prototypes suitable for commercialisation, and at the same time stimulate private companies in carrying out industrial research and experimental development on sectors of

No Brasil, apesar de ainda pouco utilizadas, possivelmente por falta de interesse em investimento nesse tipo de demanda especializada e por ausência de conhecimento dessa ferramenta jurídica, as encomendas tecnológicas poderiam ser empregadas, por exemplo, para o desenvolvimento de novas vacinas para a dengue e o zika vírus, além de tecnologias voltadas aos problemas endêmicos da seca e da fome.⁴

A Lei de Inovação (Lei n.º 10.973/2004) apresenta essa nova forma de tratar a política pública de pesquisa e inovação em seu art. 20, alterado pela Lei n.º 13.243/2016 (Marco Legal da Ciência, Tecnologia e Inovação), a qual acrescentou as Instituições Científicas, Tecnológicas e de Inovação (ICTs) ao rol de entidades hábeis a firmar contratos de encomenda tecnológica.

Assim, presentemente, a Administração Pública pode celebrar tais contratos com Instituições Científicas, Tecnológicas e de Inovação públicas ou privadas, entidades de direito privado sem fins lucrativos ou empresas, isoladas ou em consórcio, voltadas para atividades de pesquisa e de reconhecida capacitação tecnológica no setor, com vistas à realização de atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação que envolvam risco tecnológico, conforme previsão do art. 27 do Decreto 9.283/2018.⁵

A Lei de Inovação elenca como instrumentos de estímulo à inovação nas empresas, dentre outros, a “encomenda tecnológica” (art. 19, § 2º-A, V, incluído pela Lei n.º 13.243/2016) e o “uso do poder de compra do Estado” (art. 19, § 2º-A, VIII, incluído pela Lei n.º 13.243/2016). Embora autonomizados em incisos diferentes, é indisputável que, ao celebrar um contrato de encomenda tecnológica, o Estado está também usando do seu elevado poder de compra para estimular a inovação nas empresas.⁶

O gigantesco poder de compra do Estado serve para minorar dois riscos relevantes: o risco tecnológico (imaneente às encomendas tecnológicas) e o risco mercadológico (elemento acidental, não inerente ao conceito de encomendas tecnológicas). O risco tecnológico concerne à probabilidade de não ser alcançada a solução tecnológica visada. Já o risco mercadológico respeita à probabilidade de a solução tecnológica obtida não encontrar mercado ou demanda suficiente capaz de compensar o investimento feito para sua pesquisa e desenvolvimento. Diante das constantes e imprevisíveis mudanças tecnológicas e comportamentais típicas da sociedade hipermoderna⁷, a garantia de compra pelo Estado representa um forte incentivo à busca pela inovação, o que ameniza o risco de prejuízo econômico decorrente de eventual baixa receptividade pelo mercado da solução tecnológica desenvolvida.⁸

public relevance.” CLERMONT, Fabrizio; FIONDA, Francesco. A modern approach for procuring research and innovation: the pre-commercial public procurement. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* (EPPPL), v. 11, n. 2, p. 88-96, 2016. p. 88.

⁴ RAUEN, André Tortato. *Encomendas tecnológicas no Brasil: novas possibilidades legais*. Nota Técnica - 2018 - março - Número 41 - Diset. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/180302_NT_41_diset_encomendas_tecnologicas.pdf Acesso em: 22 jul. 2021.

⁵ “Art. 27. Os órgãos e as entidades da administração pública poderão contratar diretamente ICT pública ou privada, entidades de direito privado sem fins lucrativos ou empresas, isoladamente ou em consórcio, voltadas para atividades de pesquisa e de reconhecida capacitação tecnológica no setor, com vistas à realização de atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação que envolvam risco tecnológico, para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto, serviço ou processo inovador, nos termos do art. 20 da Lei n.º 10.973, de 2004, e do inciso XXXI do art. 24 da Lei n.º 8.666, de 1993. [...]”

⁶ Esse papel indutor do Estado-consumidor também pode ser identificado no que concerne às licitações sustentáveis: “Até mesmo quando atua como consumidor, o Estado pode empregar *nudges* para fomentar a adoção de condutas socioambientalmente sustentáveis, como sucede com as licitações sustentáveis, mediante as quais o Estado-consumidor usa do seu elevado poder de compra para modelar, de maneira sutil, não coercitiva, não intrusiva, o comportamento do mercado, instando-o, sem outorgar incentivos econômicos diretos nem ameaçar com sanções, a adotar, voluntariamente, padrões e programas de sustentabilidade ambiental.” FERNANDES, André Dias; NASCIMENTO, Letícia Queiroz; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Green nudges: os incentivos verdes conferidos pelo Estado como meio de induzir comportamentos sustentáveis. *Revista Jurídica*, v. 1, n. 63, p. 490-516, mar. 2021. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/5256/371373195> Acesso em: 27 set. 2021. Similamente, enfatizando o “incentivo que o Estado dá enquanto consumidor, pagando preço alto por um produto de maior qualidade e que cuja produção promova desenvolvimento socioambiental responsável”: FERREIRA, Felipe Furtado; POTTUMATI, Eduardo Carlos. A licitação pública como instrumento de desenvolvimento na perspectiva do paternalismo libertário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 1, p. 201-213, 2014. p. 211.

⁷ LIPOVETSKY, Gilles. *Les temps hypermodernes*. Paris: Grasset, 2004.

⁸ De maneira semelhante: “Mesmo com as inúmeras ferramentas gerenciais atuais, as empresas tendem a possuir mais acurácia em prever (não necessariamente mitigar) os riscos tecnológicos do que os riscos mercadológicos. Riscos tecnológicos em geral são

Importante ressaltar que as encomendas tecnológicas são incertas, custosas e complexas, não devendo ser aplicadas em qualquer situação. Precisam, portanto, estar devidamente justificadas. Suas características mais relevantes são: a presença de risco tecnológico e o seu compartilhamento entre a Administração (contratante) e o contratado; a possibilidade de contratação de mais de uma empresa para a encomenda toda ou para determinadas etapas, podendo haver subcontratação para algumas atividades; a seleção de fornecedores ocorre por negociação e tem como critério principal a maior probabilidade de sucesso, e não o menor preço ou custo, como sói acontecer nas licitações comuns; o diálogo entre contratante e potenciais fornecedores/contratados é fundamental para estimular a inovação⁹; a titularidade e o exercício dos direitos de propriedade intelectual resultantes da encomenda, em caso de êxito, devem ser definidos em instrumento contratual negociado entre as partes contratantes, não sendo necessariamente transferidos à Administração Pública (art. 30 do Decreto 9.283/2018), o que eleva o poder de barganha da Administração;¹⁰ em caso de inviabilidade técnica ou econômica, ainda que sem a consecução do objetivo final, o projeto pode ser encerrado, e as contratadas devidamente remuneradas pelos serviços prestados, sem aplicação de penalidades por inexecução parcial do contrato nos termos da lei de licitações, como normalmente ocorreria nos contratos comuns (que não envolvem risco tecnológico).¹¹

A fim de compartilhar o risco tecnológico e contornar a dificuldade de estimar os custos de atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação a partir de pesquisa de mercado, o art. 29, § 1º, do Decreto 9.283/2018 prevê cinco modalidades de remuneração:

I – preço fixo;

mais associados às capacidades internas da empresa e de parceiros em superar desafios técnicos. *Já os riscos mercadológicos em geral envolvem muitos fatores exógenos como mudanças na regulação, variação de preço dos fornecedores, preferências dos consumidores etc.* É exatamente nesse ponto que as encomendas tecnológicas se mostram muito eficientes para viabilizar a transformação de invenções em inovações, principalmente as mais ousadas e arriscadas. Com a garantia de compra do Estado em caso de sucesso no atingimento dos requisitos da encomenda, a empresa (ou consórcio de instituições) consegue fazer uma análise focada nas suas competências internas e assim se lançar com 100% de dedicação sobre questão técnica demandada. Combinado com outros instrumentos como subvenções e financiamentos para compartilhamento dos riscos tecnológicos, o instrumento é capaz de ajudar a alcançar praticamente todo espectro da competência humana em solucionar problemas complexos. Essa lógica é facilmente percebida quando observamos que até 1962, 100% dos circuitos integrados (microchips) vendidos nos EUA foram adquiridos via compras governamentais. Presentes em todos os eletrônicos modernos, de celulares a computadores, passando por aviões e automóveis, as aplicações e o acesso a essa tecnologia eram muito limitados e caros no final dos anos 1950 e início dos anos 1960. Os maciços investimentos governamentais via encomendas tecnológicas foram fundamentais para sustentar o aperfeiçoamento da tecnologia até ela atingir uma escala que a viabilizasse do ponto de vista comercial privado.” MENDONÇA, Hudson. *A revolução silenciosa das encomendas tecnológicas. MIT Technology Review*, 2020. Disponível em: <https://mittechreview.com.br/a-revolucao-silenciosa-das-encomendas-tecnologicas/> Acesso em: 27 set. 2021.

⁹ “É da capacidade de contratante e contratada se comunicarem com qualidade acerca dos desafios na condução da pesquisa — e, em sendo o caso, optarem por reformular os caminhos adotados — que pode surgir um ambiente realmente catalisador da inovação tecnológica. Pouco resolve a previsão abstrata de diálogo prévio com possíveis contratados, critérios flexíveis para a escolha do parceiro e possibilidades de adendo contratual se a estrutura principal que viabiliza essas atividades e monitora a execução da encomenda for ausente ou ineficaz em seu modo de funcionamento.” MAIA, Gabriel; SPANÓ, Eduardo. *Por que utilizar encomendas tecnológicas? Oportunidades em relação a outros instrumentos para a contratação de inovações. In: SANTOS, Fabio G. dos; BABINSKI, Daniel B. O. (org). Caderno nº 2 - Decreto Federal de Inovação: novas oportunidades.* São Paulo: IEA USP, 2020. p. 40-45. Disponível em: http://oic.nap.usp.br/wp-content/uploads/2020/06/Cadernos-de-inovac%CC%A7a%CC%83o_2_decreto-federal.pdf Acesso em: 22 jul. 2021.

¹⁰ Este é um ponto relevante no âmbito da União Europeia: “One of the biggest challenges of PCP is the allocation of intellectual property rights (IPR) and the way procurers share with suppliers at market price the benefits and risks related to the IPRs resulting from the R&D. [...] The European Commission has stressed the importance of having clear provisions in the tender documentation and in the call for tenders to deal with property rights: the distribution of rights and obligations between public procurers and R&D providers, including the allocation of IPRs, shall be published in the PCP call for tender documents and the PCP call for tender shall be carried out in a competitive and transparent way in line with the Treaty principles which leads to a price according to market conditions.” DRAGOS, Dacian C.; RACOLTA, Bianca. *Comparing legal instruments for R&D&I: state aid and public procurement. European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)*, v. 12, n. 4, p. 408-421, 2017. p. 412-413.

¹¹ RAUEN, André Tortato. *Encomendas tecnológicas no Brasil: novas possibilidades legais.* Nota Técnica - 2018 - março - Número 41 - Diset. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/180302_NT_41_diset_encomendas_tecnologicas.pdf Acesso em: 22 jul. 2021.

- II – preço fixo mais remuneração variável de incentivo;
- III – reembolso de custos sem remuneração adicional;
- IV – reembolso de custos mais remuneração variável de incentivo; ou
- V – reembolso de custos mais remuneração fixa de incentivo.

A modalidade remuneratória mais adequada é definida de acordo com alguns critérios, como o grau de risco tecnológico, o nível de imprevisibilidade dos custos, o grau de complexidade, o interesse em estimular o atingimento de metas, a natureza da entidade contratada (se possui fins lucrativos ou não), os potenciais ganhos, o interesse social e imediato da pesquisa etc. A remuneração por preço fixo é aplicada quando o risco tecnológico é baixo e os custos são previsíveis. Já a remuneração com reembolso de custos é indicada para os casos em que os custos do projeto não sejam conhecidos no momento da realização da encomenda em virtude do risco tecnológico.

Cumprido destacar que há macroetapas prévias para a celebração das encomendas tecnológicas, quais sejam: estudos preliminares, em que se verificam a necessidade da negociação, o mercado, os resultados pretendidos; o mapa de riscos; a manifestação de interesse com edital de chamamento público para potenciais fornecedores com análise de potenciais custos, viabilidade da encomenda, prazos de execução, dentre outros; a formalização do termo de referência com a descrição precisa dos critérios; a etapa de negociação com possíveis interessados, verificação de requisitos e instrução do processo de escolha; realização do termo de ratificação da dispensa e publicação na imprensa oficial; e a assinatura do contrato com definições técnicas, metas, termos de propriedade intelectual e demais obrigações e direitos.¹²

Nos últimos dois anos, com o desenrolar da pandemia de Covid-19, as encomendas tecnológicas foram instrumentos utilizados por diversos países, inclusive pelo Brasil, para o desenvolvimento de vacinas. Em setembro de 2020, foi firmado termo de contrato n.º 01/2020 entre a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), o Instituto de Tecnologia em Imunobiológicos (Bio-Manguinhos) e a AstraZeneca UK Limited, no intuito de desenvolver, em escala industrial, a produção dos insumos e produzir a “vacina acabada” suficientes para 100,4 milhões de doses.¹³

Antes de haver previsão legal de encomenda tecnológica por contratação direta no Brasil, em 2009, a Embraer foi contratada pela Força Aérea Brasileira (FAB) para desenvolver uma aeronave com fins e características específicos (avião KC-390). Como não havia a previsão legal de encomendas tecnológicas por contratação direta, o contrato foi firmado por inexigibilidade de licitação.

Tal modalidade foi inadequada ao objetivo do contrato, pois não havia nenhuma aeronave de produção nacional com as características solicitadas, e o alto risco tecnológico envolvido poderia levar ao insucesso da solução inovadora desejada e acarretar penalidades aplicáveis em caso de inexigibilidade de licitação pela inexecução total ou parcial do contrato, nos tradicionais moldes da Lei 8.666/93. O contrato foi firmado por preço fixo e o risco de fracasso foi totalmente assumido pela Embraer. Felizmente, devido à reconhecida capacidade técnica da Embraer, ao diálogo e à sintonia entre as partes contratantes, a solução inovadora foi alcançada, configurando um caso de sucesso de encomenda tecnológica brasileira.¹⁴

É de salientar que muitas famosas tecnologias são resultado de encomendas tecnológicas realizadas pelas Forças Armadas, como o sistema de navegação GPS; a própria Internet, que surgiu a partir de encomenda da Agência de Projetos de Pesquisa Avançada do Departamento de Defesa dos EUA (DARPA) de uma rede

¹² RAUEN, André Tortato; BARBOSA, Caio Márcio Melo. *Encomendas tecnológicas no Brasil: guia geral de boas práticas*. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/190116_encomendas_tecnologicas.pdf Acesso em: 22 jul. 2021.

¹³ FIOCRUZ. *Termo de contrato de encomenda tecnológica n.º 01/2020*. 2020. Disponível em: https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/contrato_vacina_astrazaneca_fiocruz.pdf Acesso em: 30 set. 2021.

¹⁴ RAUEN, André Tortato (org.). *Políticas de inovação pelo lado da demanda no Brasil*. Brasília: Ipea, 2017. p. 36-37.

de comunicações capaz de sobreviver a ataques nucleares, que resultou na criação da ARPANET, que desenvolveu os protocolos de internet TCP/IP, base da Internet atual; o sistema Siri da empresa Apple, também desenvolvido por encomenda tecnológica pela DARPA; o veículo automotivo Jeep; a aeronave KC-390, que já foi modernizada e é vendida para outros países; vários *spin-offs* decorrentes de encomendas feitas pela NASA a empresas norte-americanas para viabilizar o Programa Apollo etc.

Desse breve exemplário, depreende-se que as Forças Armadas têm desempenhado um relevante papel de inovação tecnológica, pois os produtos finais, em muitos casos, são adaptados para o mercado e vendidos com muito sucesso ao público em geral.

Outrossim, merece ser colacionado o primeiro contrato de encomenda tecnológica firmado pelo STF (Contrato n.º 73/2019), tendo por objeto a

A solução de modernização do peticionamento e recebimento de recursos especiais e extraordinários, bem como do peticionamento/recebimento dos agravos interpostos contra a decisão de inadmissibilidade dos referidos recursos, denominada Solução de Jurisdição Extraordinária. (cláusula primeira).¹⁵

Consoante se extrai do parágrafo único da cláusula primeira, a solução tem por objetivo que os recursos ao STF e STJ

Cheguem com dados extraídos diretamente dos sistemas judiciais utilizados pelos órgãos de origem, de modo a eliminar a necessidade de inserção de dados por servidores do STF para corrigir dados dos autos recursais, bem como reduzir o custo operacional do juízo de admissibilidade com o uso de inteligência artificial.¹⁶

Esse contrato de encomenda tecnológica não visa a substituir o programa VICTOR, mas a complementar suas funcionalidades. Foi celebrado por contratação direta, mediante dispensa de licitação, nos termos do art. 24, XXXI, da Lei 8.666/93, do art. 20 da Lei de Inovação e do art. 27 do Decreto 9.283/2018, com a Fundação CERTI (uma entidade privada sem fins lucrativos), e foi saudado como “o maior projeto de inovação tecnológica do Poder Judiciário”.¹⁷ O critério decisivo para a escolha da Fundação CERTI em detrimento da outra proponente (UFMG) foi a probabilidade de alcance do resultado pretendido, referida no art. 27, § 8º, II, do Decreto 9.283/2018.¹⁸

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Contrato n.º 73/2019*. Disponível em: https://hubtec.abdi.com.br/wp-content/uploads/Contrato-de-Encomenda-Tecnologica_STF.pdf Acesso em: 29 set. 2021.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Contrato n.º 73/2019*. Disponível em: https://hubtec.abdi.com.br/wp-content/uploads/Contrato-de-Encomenda-Tecnologica_STF.pdf Acesso em: 29 set. 2021.

¹⁷ “O projeto será feito por contratação direta, com base no artigo 24, inciso XXXI, da Lei 8.666/1993. Esse dispositivo trata do que a legislação chama de encomenda tecnológica e é um dos instrumentos normativos existentes que buscam incentivar a Administração Pública a buscar soluções de melhoria na prestação de serviços públicos por meio do uso de ferramentas tecnológicas inovadoras. A declaração de dispensa foi publicada no Diário Oficial da União desta quinta-feira (12) e tem previsão de custo de R\$ 3,482 milhões para 12 meses de execução do projeto. Após consultar 24 Instituições de Ciência e Tecnologia (ICTs), apenas a Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e a Fundação Centros de Referência em Tecnologias Inovadoras (CERTI) apresentaram proposta para a execução do projeto. Ambas as instituições apresentaram propostas de elevado nível técnico, mas a proposta da CERTI foi selecionada pela Administração do STF (que considerou como principal critério a probabilidade de alcance do resultado pretendido, nos termos do artigo 27, parágrafo 8º, inciso II, do Decreto 9.283/2018). O diretor-geral do STF, Eduardo Toledo, classifica o Módulo de Jurisdição Extraordinária como ‘o maior projeto de inovação tecnológica do Poder Judiciário’, reforçando o papel do Tribunal na adoção de boas práticas que, além de contribuírem para a eficiência e a celeridade da Justiça, sirvam de inspiração para que gestores de outros órgãos públicos adotem soluções inovadoras para a melhoria da prestação dos serviços públicos em geral.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF vai contratar seu primeiro sistema com fundamento na legislação de incentivo à inovação tecnológica*. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423418&ori=1> Acesso em: 29 set. 2021.

¹⁸ “Experiências anteriores” é outro critério previsto no art. 27, § 8º, II, do Decreto 9.283/2018 que foi considerado no caso pelo STF, consoante se infere do Plano de Contratação: “A vantagem na contratação de uma ICT ou entidade de direito privado sem fins lucrativos está na minimização do risco da contratação, principalmente em razão do baixo nível atual de maturidade desse tipo de contratação. Partir para a contratação direta de empresas (principalmente no formato de consórcio) seria mais arriscado para a Administração Pública do que a contratação de uma ICT ou entidade sem fins lucrativos, pois estas são conhecidas como promovedoras do chamado ecossistema de inovação. [...] No que diz respeito às ICTs, o Supremo Tribunal Federal já teve experiência por meio do Projeto VICTOR, realizado em parceria com a Universidade de Brasília. Pelo mapa de ICTs existentes no país (Rede de Centros de Inovação em Tecnologias Digitais de Informação e Comunicação), observa-se que todas são instituições de ensino ou similares. Dessa experiência foi possível

Nos termos da cláusula dez, o valor fixo do contrato é de R\$ 3.482.688,00 (três milhões quatrocentos e oitenta e dois mil seiscientos e oitenta e oito reais), com possibilidade de uma remuneração variável de R\$ 522.403,20 (quinhentos e vinte e dois mil quatrocentos e três reais e vinte centavos), totalizando R\$ 4.005.091,20 (quatro milhões cinco mil e noventa e um reais e vinte centavos). Essa remuneração variável de incentivo “será utilizada para remunerar a perspectiva negocial, relacionada à inovação de negócio. Em outras palavras, se os objetivos de negócio forem atingidos, haverá incentivo bonificando a contratada.” (cláusula 10, § 2º).

O valor contratado é bastante inferior ao montante que se espera economizar anualmente caso a solução tecnológica seja alcançada, além dos benefícios não pecuniários (redução de prazos, alocação mais eficiente de recursos humanos, satisfação do usuário do serviço público etc.), a evidenciar o elevado papel estratégico das contratações tecnológicas.¹⁹

Indo além, quando analisadas as possibilidades de encomendas tecnológicas, é possível verificar que as empresas e universidades contratadas, independentemente de atingirem o resultado ou não, podem ser bastante beneficiadas pelo processo de pesquisa e inovação incentivado, já que outros projetos comerciais e de conhecimento podem ser desenvolvidos a partir daí.

Outro ponto que merece destaque refere-se ao fato de que não apenas o Poder Público Federal pode realizar encomendas tecnológicas, mas também estados e municípios, desde que em consonância com a Lei de Inovação. Portanto, nada obsta a que haja legislação e regulamentação estadual e local sobre o tema, contanto que em sintonia com a Lei de Inovação.

O estado de São Paulo, por exemplo, dispõe especificamente sobre encomendas tecnológicas no Decreto n.º 62.817/2017, cuja base é a Lei Complementar estadual n.º 1.049/2008.²⁰

Além disso, as empresas estatais (empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, de qualquer ente federativo) também podem realizar encomendas tecnológicas por contratação direta, mediante dispensa de licitação, nos termos do art. 29, XIV, da Lei das Estatais (Lei 13.303/2016).

Percebe-se, portanto, que as encomendas tecnológicas são um importante instrumento de inovação, pesquisa e tecnologia, do ponto de vista social e empresarial, contudo ainda subutilizadas nas contratações públicas.

Impende destacar que isso ocorre não somente pelo caráter diferencial e excepcional das ETECs, mas também pelo próprio desconhecimento pelo Poder Público sobre a sua existência, suas possibilidades, seus procedimentos, sua forma de execução e de fiscalização.

compreender que o uso de ICTs é limitado do ponto de vista de obrigações contratuais e de capacidade para conduzir um projeto como o do Módulo de Jurisdição Extraordinária, cujo desafio é muito maior do que o que tivemos com o Projeto VICTOR. *O MJE não é um projeto de pesquisa e desenvolvimento (como o Projeto VICTOR), mas a contratação de uma solução tecnológica que, apesar de envolver risco, exige que o seu desenvolvimento esteja a cargo de entidades já suficientemente testadas na condução de grandes projetos de inovação.* Restam, portanto, as entidades de direito privado sem fins lucrativos, que seriam uma espécie de desafio intermediário para o Supremo Tribunal Federal, estando entre o já experimentado uso de uma ICT e o risco de contratação de uma empresa privada.” (Grifos do original). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Plano de contratação com fundamento no art. 20 da Lei 10.973/2004 encomenda tecnológica*. Disponível em: https://hubtec.abdi.com.br/wp-content/uploads/Plano-de-Contratacao_STF_SEI_007609_2019.pdf Acesso em: 29 set. 2021.

¹⁹ “[...] A alternativa MJe é a com maior potencial de impacto positivo e redução de custos ao poder judiciário. Com informações melhores será possível desmobilizar, somente no STF cerca de 50 servidores (R\$ 10 milhões de reais por ano aproximadamente) para que exerçam atividades de maior valor em processos relacionados à vocação constitucional do STF. Os benefícios extrapolam muito apenas esse valor, mas ele por si, já pode significar o retorno de investimento do projeto em apenas um ano.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Plano de contratação com fundamento no art. 20 da Lei 10.973/2004 encomenda tecnológica*. Disponível em: https://hubtec.abdi.com.br/wp-content/uploads/Plano-de-Contratacao_STF_SEI_007609_2019.pdf Acesso em: 29 set. 2021.

²⁰ No Ceará, a Lei Complementar estadual n.º 50/2004, regulamentada pelo Decreto n.º 29.742/2009, trata de inovação tecnológica, mas sem versar especificamente sobre encomendas tecnológicas.

3 O contrato administrativo de encomenda tecnológica

A Lei de Inovação (Lei n.º 10.973/2004) faz breves menções à licitação, havendo previsão expressa de que as encomendas tecnológicas podem ser contratadas por dispensa de licitação, dispondo, no § 4º do art. 20, que o fornecimento, em escala ou não, do produto ou processo inovador resultante das atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação encomendadas na forma do *caput* poderá ser contratado mediante dispensa de licitação, inclusive com o próprio desenvolvedor da encomenda.

Não há outras disposições específicas sobre contratos administrativos. O Decreto Federal n.º 9.283/2018 supre essa lacuna, discorrendo, em seção própria, sobre encomendas tecnológicas e suas especificidades.

No decreto, para além de definições, como já exposto anteriormente, existem menções específicas sobre os contratos administrativos, como o disposto no art. 27, § 7º, em que houve tratamento sobre parâmetros mínimos para utilização e desempenho da solução, do produto, do serviço ou do processo objeto da encomenda.

No parágrafo seguinte, prescreve-se que a Administração Pública negociará a celebração do contrato de encomenda com um ou mais interessados, com o intuito de obter as condições mais vantajosas de contratação.

Regramento importante foi o previsto no § 9º do art. 27, em que o Decreto n.º 9.283/2018 preconizou que a celebração do contrato ficará condicionada à aprovação prévia de projeto específico com etapas de execução estabelecidos em cronograma físico-financeiro, com observância de objetivos a serem atingidos e requisitos que permitam a aplicação de métodos e meios viáveis para a verificação do andamento do projeto em cada etapa.

Com efeito, na encomenda tecnológica, o pagamento das etapas de execução será realizado independentemente de a encomenda ter sido entregue com sucesso ou não, pois o que se remunera é o trabalho para atingir o fim almejado, podendo, porém, ser estabelecida remuneração adicional pela solução do problema motivador da encomenda.

No mais, de acordo com o art. 28 do Decreto n.º 9.283/2018, o cronograma físico-financeiro é maleável, pois encerrada a vigência do contrato, sem alcance integral do resultado ambicionado, a entidade contratante, a seu critério, poderá, por meio de auditoria técnica e financeira, prorrogar o prazo de duração ou elaborar o relatório final, situação em que será considerado encerrado.

Essa prorrogação de vigência prevista no art. 28 do Decreto n.º 9.283/2018 não poderá, todavia, exceder o prazo de dez anos, uma vez que os contratos de encomenda tecnológica terão duração máxima de 10 (dez) anos, conforme o art. 108 da Lei n.º 14.133/2021: “Art. 108. A Administração poderá celebrar contratos com prazo de até 10 (dez) anos nas hipóteses previstas nas alíneas “f” e “g” do inciso IV e nos incisos V, VI, XII e XVI do *caput* do art. 75 desta Lei.” Ficou, assim, mantido o prazo previsto no art. 57, *caput*, V, da Lei 8.666/93, que também já dispunha que os contratos de ETEC podem ter prazo de vigência de até dez anos.²¹ Portanto, o art. 28 do Decreto n.º 9.283/2018 deve ser interpretado em harmonia com tais dispositivos legais.

Além disso, o art. 28 do Decreto n.º 9.283/2018 autoriza a descontinuidade do projeto contratado quando verificada a inviabilidade técnica ou econômica do seu desenvolvimento, por meio de rescisão contratual,

²¹ Já as diretivas da União Europeia não fixam limite de prazo: “It is important to remember, in relation to the duration of these contracts, that the Directive has no maximum duration for the development of the research services. The Member States should take into account that the establishment of limits for this phase in the transposition process might imply an obstacle for innovation, in such a way that they should not apply the same temporal limits that are in force (in some States) in relation to the (ordinary) service contracts.” BLAY, Miguel Angel Bernal. The strategic use of public procurement in support of innovation. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* (EPPPL), v. 9, n. 1, p. 3-11, 2014. p. 10.

mediante ato unilateral da Administração ou por acordo entre as partes. Nesse caso, o pagamento ao contratado cobrirá todas as despesas já incorridas na execução efetiva do contrato, nos moldes do cronograma físico-financeiro estipulado, independentemente da modalidade de pagamento.²²

Quadra observar que somente com a alteração da redação do § 3º do art. 20 da Lei de Inovação, produzida pela Lei n.º 13.243/2016 é que o pagamento ficou claramente desvinculado do alcance do *resultado almejado* (efetiva solução de problema técnico específico ou obtenção de produto, serviço ou processo inovador) e vinculado ao *trabalho executado* no projeto, ou seja, somente a partir da Lei n.º 13.243/2016 é que ficou legalmente assentado, de maneira inequívoca, que a obrigação é *de meio*, e não *de resultado*.²³ Diante dessas especificidades, o próprio TCU já reconheceu que “o controle deve ter visão de que, em uma ETEC, o esforço é tão importante quanto o resultado. Mesmo que a solução desejada não seja encontrada, o contratado será pago em função do esforço na obtenção da solução”.²⁴

Sobreleva encarecer, todavia, que a Lei de Inovação é bastante sintética no trato das encomendas tecnológicas, dedicando-lhe, apenas, o art. 20 e o inciso V do § 2º-A do art. 19. O Decreto n.º 9.283/2018 procura suprir as lacunas legais, expondo-se, contudo, a eventuais arguições de exorbitância do poder regulamentar, o que poderia gerar insegurança jurídica. O ideal é que haja um tratamento legal condizente com a relevância estratégica das encomendas tecnológicas.

É de ressaltar, porém, que a nova Lei de Licitações também pouco aprofundou sobre tema tão relevante à Administração Pública e ao interesse público como a contratação de inovação e encomendas tecnológicas, ainda que a sua importância tenha sido reconhecida na própria lei ao erigir a inovação e o desenvolvimento nacional em objetivos do processo licitatório.

De qualquer sorte, a legislação específica sobre encomendas tecnológicas deve dialogar com a nova Lei de Licitações. Referindo-se embora à Lei 8.666/93, é perfeitamente aplicável à Lei n.º 14.133/2021 a seguinte diretriz assentada pelo TCU:

Aplicam-se às ETECs as normas gerais de contratação pública presentes na Lei 8.666/93, exceto quando há disposição contrária em legislação específica reguladora do instrumento (Lei 10.973/2004, regulamentada pelo Decreto 9.283/2018), ou em caso de incompatibilidade entre as normas gerais e as especificidades da lógica do processo de inovação viabilizado pelas ETECs, especialmente levando-se em conta o risco tecnológico inerente e a falha do mercado.²⁵

Indo além da própria lei de licitações, a Lei de Inovação já havia estabelecido como princípios a promoção ao desenvolvimento econômico e social e a redução das desigualdades regionais, no seu art. 1º, parágrafo único, I e III. No seio social, os contratos firmados durante a pandemia de Covid-19 e os resultados positivos obtidos com milhões de vidas salvas pelas vacinas mostraram como as encomendas tecnológicas

²² “Art. 28 [...] § 2º O projeto contratado poderá ser descontinuado sempre que verificada a inviabilidade técnica ou econômica no seu desenvolvimento, por meio da rescisão do contrato: I - por ato unilateral da administração pública; ou II - por acordo entre as partes, de modo amigável. § 3º A inviabilidade técnica ou econômica referida no § 2º deverá ser comprovada por meio de avaliação técnica e financeira. § 4º Na hipótese de descontinuidade do projeto contratado prevista no § 2º, o pagamento ao contratado cobrirá as despesas já incorridas na execução efetiva do projeto, consoante o cronograma físico-financeiro aprovado, mesmo que o contrato tenha sido celebrado sob a modalidade de preço fixo ou de preço fixo mais remuneração variável de incentivo.”

²³ Coteje-se a redação original com a redação atual: “Art. 20. [...] § 3º O pagamento decorrente da contratação prevista no caput deste artigo será efetuado *proporcionalmente ao resultado obtido* nas atividades de pesquisa e desenvolvimento pactuadas. (Redação original) § 3º O pagamento decorrente da contratação prevista no caput será *efetuado proporcionalmente aos trabalhos executados no projeto*, consoante o cronograma físico-financeiro aprovado, com a possibilidade de adoção de remunerações adicionais associadas ao alcance de metas de desempenho no projeto. (Redação pela Lei n.º 13.243/2016)”

²⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Proposta de Atuação do Controle em Contratações de Encomendas Tecnológicas (ETEC)*. 2021. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/59/23/A3/CD/DCE19710FC66CE87E18818A8/ETEC%20-%20Proposta%20de%20Atuacao%20do%20Controle.pdf> Acesso em: 29 set. 2021.

²⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Proposta de Atuação do Controle em Contratações de Encomendas Tecnológicas (ETEC)*. 2021. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/59/23/A3/CD/DCE19710FC66CE87E18818A8/ETEC%20-%20Proposta%20de%20Atuacao%20do%20Controle.pdf> Acesso em: 29 set. 2021.

podem causar impacto na sociedade, no Estado e na economia nacional, inclusive com o crescimento de empresas privadas beneficiadas com as novas tecnologias e soluções.

Apesar de entrar em vigência quase um ano após o início da pandemia e já depois de vários contratos de encomendas tecnológicas das vacinas terem sido firmados tanto pelo Brasil como por diversos países do mundo, a exemplo dos Estados Unidos, que se têm mantido sempre um passo à frente nesse tema, as encomendas tecnológicas não têm atraído a merecida atenção governamental.

Sob um olhar mais crítico, há quem entenda que não há interesse governamental e político em promover a inovação tecnológica no Brasil, especialmente por meio da encomenda tecnológica, afinal ambas são instrumentos de políticas de estímulo à demanda, constituídas por uma abordagem teórica que busca refletir e até sugerir mudanças sobre a atuação do Estado na promoção da inovação.²⁶

4 Encomendas tecnológicas e diálogo competitivo

As encomendas tecnológicas e o diálogo competitivo, nova modalidade licitatória introduzida pela Lei n.º 14.133/2021, têm em comum a busca de soluções consensuais, dialógicas, negociadas, de maneira que a Administração Pública, em lugar de simplesmente exigir soluções, senta-se à mesa com integrantes do segundo e/ou do terceiro setor da sociedade para construir soluções de maneira colaborativa, horizontal e transparente, inserindo-se no paradigma contemporâneo de uma Administração Pública mais democrática e eficiente.²⁷

Cumpra perquirir, neste passo, se essa nova modalidade licitatória (diálogo competitivo) pode ser empregada para a celebração de contratos de encomenda tecnológica.

O art. 75, V, da Lei n.º 14.133/2021,²⁸ reproduzindo norma de idêntico teor constante da Lei n.º 8.666/93 (art. 24, XXXI)²⁹, determina ser *dispensável* a licitação para contratos de encomenda tecnológica (referida no art. 20 da Lei n.º 10.973/2004). Curando-se de hipótese de licitação meramente dispensável (que pode, ou não, ser dispensada), e não de licitação dispensada ou inexigível (que não podem ser realizadas), deduz-se

²⁶ FOSS, Maria Carolina; BONACELLI, Maria Beatriz Machado. Compras públicas como instrumento de política de estímulo à demanda por inovação: primeiras considerações sobre o sistema paulista de inovação. *Blucher Engineering Proceedings*, v. 3, n. 4, dez. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5151/engpro-1enci-018> Acesso em: 22 jul. 2021.

²⁷ “A complexidade, a pluralidade e a acelerada mutação que caracterizam a sociedade ‘líquida’ pós-moderna têm demandado um novo modelo de Administração Pública, mais maleável, transparente, horizontalizado, democrático e aberto ao diálogo. [...] Numerosas são as vantagens da solução dialogada: maior eficiência, maior transparência quanto aos critérios decisórios, maior *accountability*, cumprimento mais garantido do pactuado em comparação com o que é imposto. Ademais, o debate dialógico favorece a compreensão global dos vários pontos de vista, contribuindo, por conseguinte, para a descoberta da melhor escolha possível à luz do próprio interesse público. Ou seja, favorece a descoberta de qual será efetivamente o interesse público naquela situação concreta. Para além disso, a decisão administrativa consensual reduz sobremaneira o risco de judicialização do tema e, conseqüentemente, dos custos processuais, poupando tempo e dinheiro de ambas as partes.” FERNANDES, André Dias; CAVALCANTE, Denise Lucena. Administração fiscal dialógica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v277.2018.77676> Acesso em: 27 set. 2021. Essa tendência ao diálogo público-privado em matéria de licitações já se evidenciava antes mesmo da introdução do diálogo competitivo, consoante se infere do Enunciado 29 da I Jornada de Direito Administrativo realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF): “A Administração Pública pode promover comunicações formais com potenciais interessados durante a fase de planejamento das contratações públicas para a obtenção de informações técnicas e comerciais relevantes à definição do objeto e elaboração do projeto básico ou termo de referência, sendo que este diálogo público-privado deve ser registrado no processo administrativo e não impede o particular colaborador de participar em eventual licitação pública, ou mesmo de celebrar o respectivo contrato, tampouco lhe confere a autoria do projeto básico ou termo de referência.”

²⁸ “Art. 75. É dispensável a licitação: [...] V – para contratação com vistas ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 3º-A, 4º, 5º e 20 da Lei n.º 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação constantes da referida Lei”.

²⁹ “Art. 24. É dispensável a licitação: [...] XXXI – nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei n.º 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes.” (Incluído pela Lei n.º 12.349, de 2010)

que não há impedimento, na Lei n.º 14.133/2021, à realização de licitação para contratação de encomendas tecnológicas.³⁰ O fato de o art. 20 da Lei n.º 10.973/2004 permitir expressamente (sem impor: “poderão contratar diretamente”) a contratação direta de encomenda tecnológica, por si só, também não é óbice à realização de licitação, caso a Administração Pública a considere conveniente e oportuna.³¹ Para além disso, nos termos do art. 37, XXI, da CF/88, a regra é a existência de licitação, “ressalvados os casos especificados na legislação”.³²

Dentre as modalidades de licitação, aquela que mais se amolda às peculiaridades das encomendas tecnológicas é o diálogo competitivo. Com efeito, o art. 32, I, *a*, da Lei n.º 14.133/2021 franqueou o manejo do diálogo competitivo para contratação que envolva inovação tecnológica ou técnica,³³ gênero no qual se inclui a espécie “encomenda tecnológica”.

Todavia, André Tortato Rauen manifesta-se contrariamente à aplicação do diálogo competitivo às encomendas tecnológicas, asseverando que o diálogo competitivo é mais adequado para hipóteses em que a solução tecnológica está prestes a ser desenvolvida, podendo ser entregue em curto prazo, ao passo que a encomenda tecnológica deve ser reservada para situações em que a solução tecnológica demande longo período de pesquisa e desenvolvimento (P&D). Afirma, ainda, que “os diálogos competitivos são instrumentos típicos de PPI [*Public Procurement of Innovation*]; enquanto as Etecs, de PCP [*Pre-Commercial Procurement*]”.³⁴

Por sua vez, Marina Fontão Zago afirma que as consultas a potenciais interessados, a definição da solução a ser encomendada e a negociação do contrato qual prevista no art. 27, § 8º, do Decreto 9.283/18 constituem um verdadeiro diálogo competitivo entre a Administração e potenciais fornecedores.³⁵

³⁰ “Contratação direta (possibilidade prevista no art. 37, XXI, da CF): a) licitação dispensável: existe possibilidade de competição, mas a lei faculta a dispensa; competência discricionária da Administração; hipóteses previstas no art. 24 da Lei n.º 8.666; o elenco é taxativo; b) licitação dispensada: determinada por lei; casos que escapam à discricionariedade administrativa; hipóteses do art. 17, I e II; elenco taxativo; c) licitação inexigível: não há possibilidade de competição; só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a competência é vinculada; elenco exemplificativo.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Na mesma linha: NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 372; BITTENCOURT, Sidney. *Contratando sem licitação: contratação direta por dispensa ou inexigibilidade*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2020. p. 69-73. Essa classificação tripartite, além de majoritária na doutrina, também é aceita pelo TCU (Acórdão n. 2837/2008). A Lei n.º 14.133/2021 mantém essas três espécies, com pequenas alterações nas respectivas hipóteses de cabimento.

³¹ “Art. 20. Os órgãos e entidades da administração pública, em matéria de interesse público, *poderão contratar diretamente* ICT, entidades de direito privado sem fins lucrativos ou empresas, isoladamente ou em consórcios, voltadas para atividades de pesquisa e de reconhecida capacitação tecnológica no setor, visando à realização de atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação que envolvam risco tecnológico, para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto, serviço ou processo inovador.” (Redação pela Lei n.º 13.243, de 2016)

³² “Art. 37. [...] 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.”

³³ “Art. 32. A modalidade diálogo competitivo é restrita a contratações em que a Administração: I – vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições: a) inovação tecnológica ou técnica;”

³⁴ Em nota técnica acerca do Projeto de Lei que gerou a Lei n.º 14.133/2021, afirma: “*Diferente da Etec [encomenda tecnológica], o DC [diálogo competitivo] não financia a P&D [Pesquisa e Desenvolvimento]. O que se quer do diálogo a que se refere o art. 32, caput, inciso I, é a proposição de solução pronta para uso, em escala comercial.* Nesta situação, o diálogo serve para criar inovações incrementais a partir de adaptações em soluções já existentes no mercado ou muito próximas de estarem. Ou seja, este instrumento é adequado a inovações incrementais que não dependam de P&D formal de longo prazo com risco tecnológico. A lógica aqui é a de permitir que os fornecedores proponham inovações capazes de serem entregues num curto espaço de tempo. O objeto de contratação do diálogo competitivo que aqui nos interessa – em particular aquele previsto no art. 32, caput, inciso I, do PL – é, então, uma solução já em escala comercial pronta e aprovada para uso, e não o esforço necessário que pode ou não ser adquirido em larga escala como numa Etec. Os diálogos competitivos são instrumentos típicos de PPI; enquanto as Etecs, de PCP. Uma outra maneira de observar essas diferenças entre Etec e DC é considerar que as inovações possuem fontes distintas de informação e conhecimento. Ou seja, nem sempre as inovações provêm de desenvolvimentos científicos e tecnológicos. De fato, a maior parte das inovações não provêm dessa fonte, mas da observação da demanda, do comportamento dos fornecedores, dos concorrentes etc.” RAUEN, André Tortato. *Compras públicas de inovações segundo o texto final do PL n.º 4.253/2020*. Nota Técnica n. 80 Diset - Diretoria de Estudos e Políticas Setoriais de Inovação e Infraestrutura. 2021. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.38116/ntdiset80> Acesso em: 22 jul. 2021.

³⁵ “Outro exemplo de fuga da lei 8.666/93 para a negociação entre a Administração e seus potenciais fornecedores são as encomen-

O diálogo competitivo é assim definido na Lei n.º 14.133/2021:

Art. 6º. [...] XLII – diálogo competitivo: 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.

Seu procedimento é detalhado no art. 32 da Lei n.º 14.133/2021.³⁶ Trata-se de modalidade licitatória nitidamente inspirada no art. 30 da Diretiva 2014/24/EU da União Europeia. Em Portugal, é chamado de “diálogo concorrencial”. Divide-se em duas etapas: a fase de diálogo e a fase competitiva.

O procedimento é bastante similar ao plasmado na Diretiva 2014/24/EU, mas há uma diferença relevante: considerando a possibilidade de que o vencedor na fase competitiva não seja o participante que propôs a solução inovadora aceita pela Administração na fase de diálogo, o art. 30, item 8, da Diretiva 2014/24/EU prevê uma bonificação a fim de compensar o trabalho na construção da solução inovadora e, assim, evitar desestímulo à participação (“8. As autoridades adjudicantes podem prever prêmios ou pagamentos aos participantes no diálogo”).³⁷

das tecnológicas, regulamentadas pelo art. 27, Decreto 9.283/18. Aqui, novamente, estamos diante de dispensa de licitação para a contratação de inovação (art. 24, XXXI, lei 8.666/93), a partir da qual o ente público pode fazer consultas a potenciais interessados, definir a solução a ser encomendada e negociar “a celebração do contrato de encomenda tecnológica, com um ou mais potenciais interessados” (art. 27, § 8º). O que é isso, se não um verdadeiro diálogo competitivo entre potenciais fornecedores e a Administração? Essas experiências, contudo, eram pontuais, restritas a situações bastante excepcionais. Logo, é válido dizer que o diálogo competitivo é, sim, uma grande (talvez a grande) novidade da lei 14.133/21.” ZAGO, Marina Fontão. Diálogo competitivo: para o quê e para quem? *Migalhas*, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/346368/dialogo-competitivo-para-o-que-e-para-quem> Acesso em: 29 set. 2021.

³⁶ “Art. 32. [...] § 1º Na modalidade diálogo competitivo, serão observadas as seguintes disposições:

^I – a Administração apresentará, por ocasião da divulgação do edital em sítio eletrônico oficial, suas necessidades e as exigências já definidas e estabelecerá prazo mínimo de 25 (vinte e cinco) dias úteis para manifestação de interesse na participação da licitação;

^{II} – os critérios empregados para pré-seleção dos licitantes deverão ser previstos em edital, e serão admitidos todos os interessados que preencherem os requisitos objetivos estabelecidos;

^{III} – a divulgação de informações de modo discriminatório que possa implicar vantagem para algum licitante será vedada;

^{IV} – a Administração não poderá revelar a outros licitantes as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento;

^V – a fase de diálogo poderá ser mantida até que a Administração, em decisão fundamentada, identifique a solução ou as soluções que atendam às suas necessidades;

^{VI} – as reuniões com os licitantes pré-selecionados serão registradas em ata e gravadas mediante utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo;

^{VII} – o edital poderá prever a realização de fases sucessivas, caso em que cada fase poderá restringir as soluções ou as propostas a serem discutidas;

^{VIII} – a Administração deverá, ao declarar que o diálogo foi concluído, juntar aos autos do processo licitatório os registros e as gravações da fase de diálogo, iniciar a fase competitiva com a divulgação de edital contendo a especificação da solução que atenda às suas necessidades e os critérios objetivos a serem utilizados para seleção da proposta mais vantajosa e abrir prazo, não inferior a 60 (sessenta) dias úteis, para todos os licitantes pré-selecionados na forma do inciso II deste parágrafo apresentarem suas propostas, que deverão conter os elementos necessários para a realização do projeto;

^{IX} – a Administração poderá solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas, desde que não impliquem discriminação nem distorçam a concorrência entre as propostas;

^X – a Administração definirá a proposta vencedora de acordo com critérios divulgados no início da fase competitiva, assegurada a contratação mais vantajosa como resultado;

^{XI} – o diálogo competitivo será conduzido por comissão de contratação composta de pelo menos 3 (três) servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração, admitida a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão;

^{XII} – (VETADO).

³⁷ Os profissionais contratados para os fins do inciso XI do § 1º deste artigo assinarão termo de confidencialidade e abster-se-ão de atividades que possam configurar conflito de interesses.”

³⁷ “É possível que o vencedor do procedimento, aquele a quem o contrato for adjudicado, não seja o autor da solução adotada pela Administração. É de se imaginar que essa situação é bastante desestimulante para os concorrentes. Imaginar que irão trabalhar para construir uma solução e não se beneficiarem do seu labor é um fator desestimulante para o operador econômico. Pensando nisso, a diretiva abre a possibilidade de minimizar o risco do autor da solução, admitindo que a autoridade administrativa preveja prêmio ou pagamento para aqueles que participarem do diálogo.” OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O diálogo competitivo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 28-29.

A inexistência de previsão semelhante na Lei n.º 14.133/2021 pode desencorajar a participação de potenciais interessados e, eventualmente, reduzir ou comprometer a efetividade do diálogo competitivo brasileiro.³⁸ Empresas e instituições de menor porte ou que tenham menos condições de assumir riscos tendem a ser desfavorecidas, ensejando assimetria concorrencial.³⁹ Ora, muitas inovações tecnológicas disruptivas são geradas justamente por empresas emergentes (*startups*), cuja participação no diálogo competitivo propenderia a ser desincentivada. Este é um fator que deve ser considerado pela Administração caso pretenda lançar mão do diálogo competitivo para celebrar contrato de encomenda tecnológica em vez de proceder à contratação direta autorizada pelo art. 20 da Lei de Inovação.

Por sua vez, o Decreto 9.283/2018, ao regulamentar tal dispositivo legal, buscou ampliar, tanto quanto possível, o leque de interessados em participar da contratação direta da encomenda tecnológica, facilitando a adesão de micro e pequenas empresas ao dispensar “que conste expressamente do ato constitutivo da contratada a realização de pesquisa entre os seus objetivos institucionais” e “que a contratada se dedique, exclusivamente, às atividades de pesquisa.” (art. 27, § 1º, I e II).⁴⁰

No que respeita às afirmações de Rauen acima referidas, não se vislumbra incompatibilidade formal entre diálogos competitivos e encomendas tecnológicas. Na própria União Europeia, tem-se admitido o uso de diálogo competitivo para contratações de pesquisa e desenvolvimento de maior duração, em busca de soluções inovadoras não incrementais, que ainda não estejam prestes a serem entregues, de modo que o diálogo competitivo não é circunscrito, exclusivamente, às *Public Procurements of Innovation* (PPIs), sendo empregado também nas *Pre-Commercial Procurements* (PCPs). Força é convir, porém, que o procedimento do diálogo competitivo europeu (*competitive dialogue*) foi concebido originalmente para *Public Procurements of Innovation* (PPIs), envolvendo pesquisas inovadoras incrementais, para entrega de soluções em períodos relativamente mais curtos do que nas PCPs, não sendo, portanto, o diálogo competitivo a opção mais recomendada para a maioria das contratações de encomendas tecnológicas, embora seja uma opção técnica e juridicamente possível.⁴¹

³⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello é categórico: “A solução da lei é exótica e, ao que parece, sentenciará o insucesso dessa modalidade licitatória. Por quê? Presume-se que os licitantes pré-selecionados empreenderão esforço e capital para edificar uma solução capaz de tutelar o interesse público delimitado no edital. Esse labor é olímpicamente ignorado pela lei, que não prevê qualquer espécie de contrapartida ao licitante que concebeu a ‘solução’ vencedora, a exemplo do previsto no Procedimento de Manifestação de Interesse/PMI (art. 81, § 1º).” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 551-552.

³⁹ “A própria natureza do procedimento também pressupõe que os particulares realizem estudos complexos sem qualquer garantia de sua contratação, o que pode limitar a concorrência apenas aos agentes econômicos que tenham especial capacidade de risco e econômica.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. O diálogo competitivo na nova lei de licitações e contratos da Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, v. 280, n. 3, p. 41-66, 2021. DOI: 10.12660/rda.v280.2021.85147. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/85147> Acesso em: 29 dez. 2021.

⁴⁰ “A segunda novidade que aumenta a oportunidade do uso da encomenda tecnológica são as previsões e definições sobre a contratada e sua seleção. O Decreto define que entidades voltadas para atividades de pesquisa são aquelas que tenham ‘experiência na realização de atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação’, não sendo necessário que o ato constitutivo da contratada preveja a realização de pesquisa entre seus objetivos institucionais, tampouco que ela se dedique exclusivamente a tais atividades (Art. 27, §1º). Tal disposição aumenta o rol de entidades que podem participar da encomenda, e está alinhado à atuação de micro e pequenas empresas e fornecedores de base tecnológica, que têm como propósito produzir e oferecer produtos, serviços e processos inovadores, e se valem de atividades de PD&I como meio para oferecê-los”. ROMITELLI, Gabriel; FOSS, Maria Carolina. Oportunidades para as encomendas tecnológicas: análise de novos arranjos jurídicos a partir do Decreto Federal de Inovação. In: SANTOS, Fabio G. dos; BABINSKI, Daniel B. O. (org.). *Caderno nº 2 - Decreto Federal de Inovação: novas oportunidades*. São Paulo: IEA USP, 2020. p. 46-52. p. 47.

⁴¹ “Under the 2014 Public Sector Directive competitive dialogue may be used when the contract includes innovative solutions. Arguably, competitive dialogue may be used for the purchase of R&D services, but the procedure has not been expressly designed for this type of project. At the end of the dialogue, the unique features of the best solution will be inevitably communicated to the other candidates, when they are invited to submit their final tenders on the basis of this solution. In this case, the participant who proposed that solution is not even sure that he will be the winning bidder. Compared with the competitive dialogue, PCP has been specifically designed to gradually reduce technological uncertainties and maintain competition throughout the process (by parallel development trajectories).” APOSTOL, Ramona. *Trials and tribulations in the implementation of pre-commercial procurement in Europe*. The Hague: TMC Asser Press, 2017.

É perfeitamente possível que, após uma contratação direta de encomenda tecnológica, seja realizado um diálogo competitivo visando a alcançar outras soluções inovadoras incrementais derivantes da solução inovadora obtida por meio da encomenda tecnológica.⁴²

5 Considerações finais

Ao definir como um dos objetivos do processo licitatório “incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável” (art. 11, IV), bem como consagrar outras normas de fomento à inovação científica e tecnológica, a Lei n.º 14.133/2021 alinha-se ao Objetivo de Desenvolvimento Sustentável n.º 9 da Agenda 2030 da ONU (ODS 9: “Build resilient infrastructure, promote inclusive and sustainable industrialization, and foster innovation”).

As encomendas tecnológicas são, doutrinária e legalmente, reconhecidas como instrumentos de estímulo à inovação nas empresas. Seu potencial transformador da realidade e seu papel estratégico em relação ao desenvolvimento nacional sustentável, à redução de desigualdades regionais, à correção de falhas de mercado e à otimização de políticas públicas são incomensuráveis.

Todavia, esse extraordinário potencial das encomendas tecnológicas contrasta com uma inegável subutilização, atribuível a razões várias, tais como o desconhecimento do instituto, o medo do novo e o apego ao paradigma antigo (Thomas Kuhn), o temor de sanções dos órgãos de controle (TCU, TCEs etc.), uma sensação de insegurança jurídica derivante de uma regulamentação legal e infralegal ainda rarefeita, o risco de não obtenção da solução esperada decorrente do próprio risco tecnológico, e o risco mercadológico.

Em lugar de disciplinar o contrato de encomenda tecnológica, a Lei n.º 14.133/2021 optou por manter a possibilidade de contratação direta prevista no art. 20 da Lei de Inovação. No entanto, a inscrição do diálogo competitivo no rol de modalidades licitatórias previstas na Lei n.º 14.133/2021 suscita a questão de saber se tal espécie pode ser utilizada para contratação de encomendas tecnológicas, diante da previsão do art. 32, I, *a*, da Lei n.º 14.133/2021.

À sombra da análise da legislação brasileira e da legislação europeia que lhe serviu de inspiração (designadamente, a Diretiva 2014/24/EU), não se vislumbra impossibilidade jurídica ou estrutural no manejo de diálogo competitivo para contratações de encomenda tecnológica. A despeito da compatibilidade entre os dois institutos, prognostica-se que, na maioria dos casos, a contratação direta, nos termos do art. 20 da Lei de Inovação, tende a ser mais conveniente e vantajosa para a Administração Pública e para o próprio interesse público, não somente pela maior liberdade decisória, mas, outrossim, dentre outros motivos, em virtude de eventual limitação na oferta de propostas em razão da ausência de bonificação pelo trabalho despendido na construção da solução inovadora, que, mesmo sendo vencedora na fase de diálogo, pode ser entregue por outra empresa na fase competitiva.

Sugere-se, pois, *de lege ferenda*, que a legislação pátria seja aprimorada com a inserção de dispositivo análogo ao art. 30, item 8, da Diretiva 2014/24/EU (“8. *Contracting authorities may specify prizes or payments to the participants in the dialogue*”), prevendo uma bonificação hábil a compensar o labor empreendido na criação da solução inovadora e assim evitar desestímulo à participação no diálogo competitivo. *De lege lata*, na ausência

⁴² “Pre-commercial procurement (PCP) refers to the procurement of (expected) research results and is a matter of direct public R&D investments, but not actual product development. Moreover, it does not involve the purchase of a large number of units of a (non-existing) product, and no buyer of such a product is therefore involved in the procurement (as in PPI). It is not PPI since a product must be commercialized to constitute an innovation. This type of procurement may also be labelled ‘contract’ research, and may include the development of a product prototype. This type of public R&D funding is very problem-oriented and targeted, as opposed to general public R&D funding or tax deductions that firms can make for their R&D expenditures. Of course, the procured research results may be developed into a product innovation when the PCP process (or phase) has been completed. In addition, a PCP may be the same as the R&D phase in a PPI.” EDQUIST, Charles *et al.* *Public procurement for innovation*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2015. p. 9-10.

de previsão legal expressa, é recomendável que o próprio edital do diálogo competitivo contenha alguma disposição criativa capaz de prevenir ou, quando menos, minorar o desequilíbrio concorrencial derivante da baixa adesão ao procedimento dialógico.

Referências

APOSTOL, Ramona. *Trials and tribulations in the implementation of pre-commercial procurement in Europe*. The Hague: TMC Asser Press, 2017.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O diálogo competitivo na nova lei de licitações e contratos da Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, v. 280, n. 3, p. 41-66, 2021. DOI: 10.12660/rda.v280.2021.85147. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/85147> Acesso em: 29 dez. 2021.

BITTENCOURT, Sidney. *Contratando sem licitação: contratação direta por dispensa ou inexigibilidade*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

BLAY, Miguel Angel Bernal. The strategic use of public procurement in support of innovation. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* (EPPPL), v. 9, n. 1, p. 3-11, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Contrato nº 73/2019*. Disponível em: https://hubtec.abdi.com.br/wp-content/uploads/Contrato-de-Encomenda-Tecnologica_STF.pdf Acesso em: 29 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Plano de contratação com fundamento no art. 20 da Lei 10.973/2004 encomenda tecnológica*. Disponível em: https://hubtec.abdi.com.br/wp-content/uploads/Plano-de-Contratacao_STF_SEI_007609_2019.pdf Acesso em: 29 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF vai contratar seu primeiro sistema com fundamento na legislação de incentivo à inovação tecnológica*. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423418&ori=1> Acesso em: 29 set. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Proposta de Atuação do Controle em Contratações de Encomendas Tecnológicas (ETEC)*. 2021. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/59/23/A3/CD/DCE19710FC-66CE87E18818A8/ETEC%20-%20Proposta%20de%20Atuacao%20do%20Controle.pdf> Acesso em: 29 set. 2021.

CLERMONT, Fabrizio; FIONDA, Francesco. A modern approach for procuring research and innovation: the pre-commercial public procurement. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* (EPPPL), v. 11, n. 2, p. 88-96, 2016.

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. *Pre-commercial procurement: driving innovation to ensure sustainable high quality public services in Europe*. COM(2007) 799 final. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2007. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0799:FIN:EN:PDF> Acesso em: 30 dez. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DRAGOS, Dacian C.; RACOLTA, Bianca. Comparing legal instruments for R&D&I: state aid and public procurement. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* (EPPPL), v. 12, n. 4, p. 408-421, 2017.

EDQUIST, Charles *et al.* *Public procurement for innovation*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2015.

FERNANDES, André Dias; CAVALCANTE, Denise Lucena. Administração fiscal dialógica. *Revista de*

Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v277.2018.77676> Acesso em: 27 set. 2021.

FERNANDES, André Dias; NASCIMENTO, Letícia Queiroz; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Green nudges: os incentivos verdes conferidos pelo Estado como meio de induzir comportamentos sustentáveis. *Revista Jurídica*, v. 1, n. 63, p. 490-516, mar. 2021. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/5256/371373195> Acesso em: 27 set. 2021.

FERREIRA, Felipe Furtado; POTTUMATI, Eduardo Carlos. A licitação pública como instrumento de desenvolvimento na perspectiva do paternalismo libertário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 1, p. 201-213, 2014.

FIOCRUZ. *Termo de contrato de encomenda tecnológica nº 01/2020*. 2020. Disponível em: https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/contrato_vacina_astrazaneca_fiocruz.pdf Acesso em: 30 set. 2021.

FOSS, Maria Carolina; BONACELLI, Maria Beatriz Machado. Compras públicas como instrumento de política de estímulo à demanda por inovação: primeiras considerações sobre o sistema paulista de inovação. *Blucher Engineering Proceedings*, v. 3, n. 4, dez. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5151/engpro-1enei-018> Acesso em: 22 jul. 2021.

LIPOVETSKY, Gilles. *Les temps hypermodernes*. Paris: Grasset, 2004.

MAIA, Gabriel; SPANÓ, Eduardo. Por que utilizar encomendas tecnológicas? Oportunidades em relação a outros instrumentos para a contratação de inovações. In: SANTOS, Fabio G. dos; BABINSKI, Daniel B. O. (org.). *Caderno nº 2 - Decreto Federal de Inovação: novas oportunidades*. São Paulo: IEA USP, 2020. p. 40-45. Disponível em: http://oic.nap.usp.br/wp-content/uploads/2020/06/Cadernos-de-inovac%CC%A7a%CC%83o_2_decreto-federal.pdf Acesso em: 22 jul. 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

MENDONÇA, Hudson. A revolução silenciosa das encomendas tecnológicas. *MIT Technology Review*, 2020. Disponível em: <https://mittechreview.com.br/a-revolucao-silenciosa-das-encomendas-tecnologicas/> Acesso em: 27 set. 2021.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O diálogo competitivo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

RAUEN, André Tortato (org.). *Políticas de inovação pelo lado da demanda no Brasil*. Brasília: Ipea, 2017.

RAUEN, André Tortato. *Compras públicas de inovações segundo o texto final do PL nº 4.253/2020*. Nota Técnica n. 80 Diset - Diretoria de Estudos e Políticas Setoriais de Inovação e Infraestrutura. 2021. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.38116/ntdiset80> Acesso em: 22 jul. 2021.

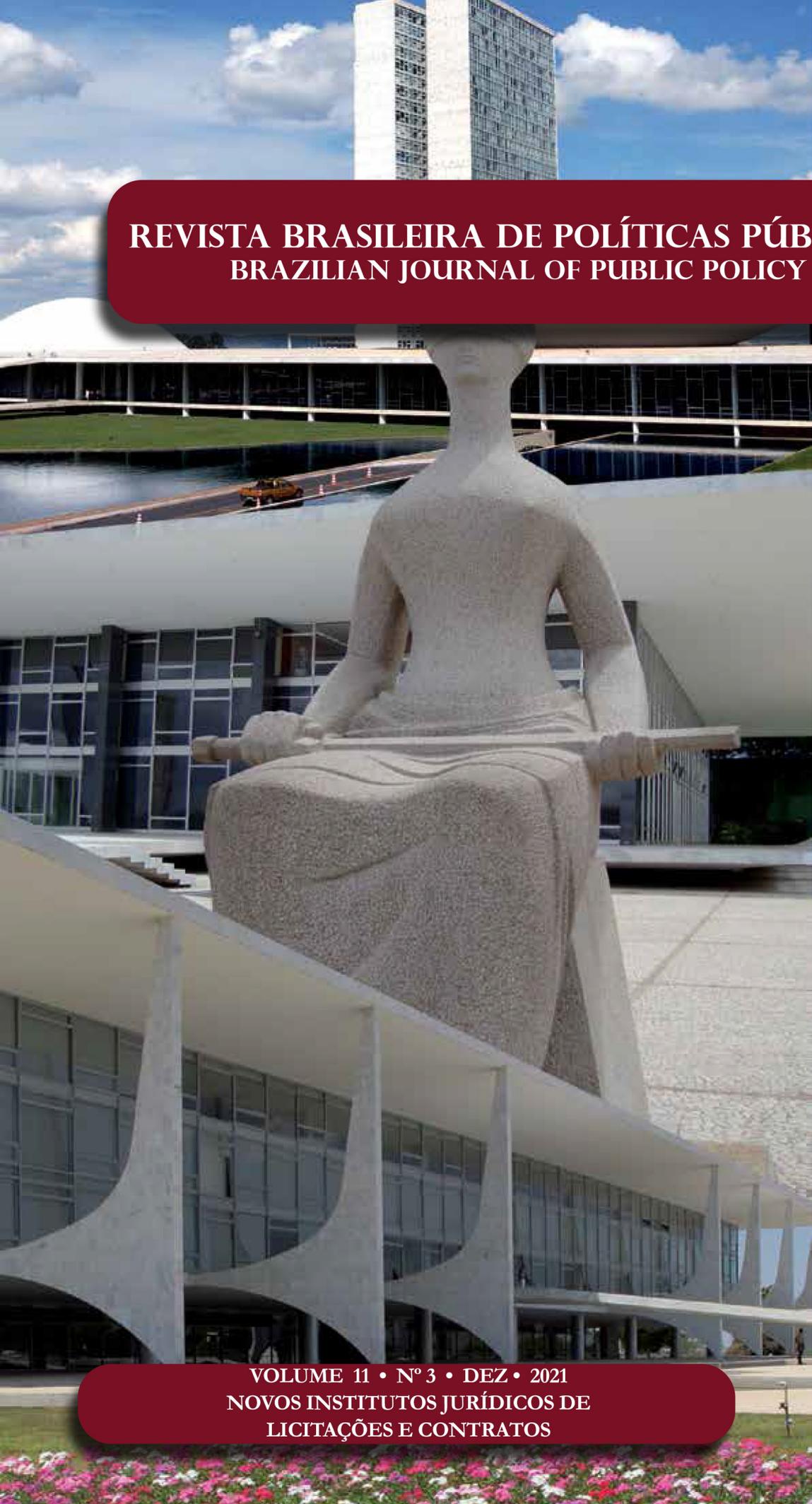
RAUEN, André Tortato. *Encomendas tecnológicas no Brasil: novas possibilidades legais*. Nota Técnica - 2018 - março - Número 41 - Diset. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/180302_NT_41_diset_encomendas_tecnologicas.pdf Acesso em: 22 jul. 2021.

RAUEN, André Tortato; BARBOSA, Caio Márcio Melo. *Encomendas tecnológicas no Brasil: guia geral de boas práticas*. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/190116_encomendas_tecnologicas.pdf Acesso em: 22 jul. 2021.

ROMITELLI, Gabriel; FOSS, Maria Carolina. Oportunidades para as encomendas tecnológicas: análise de novos arranjos jurídicos a partir do Decreto Federal de Inovação. In: SANTOS, Fabio G. dos; BABINSKI, Daniel B. O. (org.). *Caderno nº 2 - Decreto Federal de Inovação: novas oportunidades*. São Paulo: IEA USP, 2020. p. 46-52.

UNITED STATES OF AMERICA. *Federal Acquisition Regulation*. Disponível em: https://www.acquisition.gov/far/part-35#FAR_35_000 Acesso em: 30 dez. 2021.

ZAGO, Marina Fontão. Diálogo competitivo: para o quê e para quem? *Migalhas*, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/346368/dialogo-competitivo-para-o-que-e-para-quem> Acesso em: 29 set. 2021.



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Licitações, contratos e o impulso
à aprendizagem profissional:
um estudo sobre a contratação
de aprendizes no estado do
Amazonas, Brasil

Bids, contracts, and promotion
of professional learning: a study
on the hiring of apprentices in the
state of Amazonas, Brazil

Emerson Victor Hugo Costa de Sá

Natasha Yasmine Castelo Branco
Donadon

Mauro Augusto Ponce de Leão
Braga

VOLUME 11 • Nº 3 • DEZ • 2021
NOVOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE
LICITAÇÕES E CONTRATOS

Licitações, contratos e o impulso à aprendizagem profissional: um estudo sobre a contratação de aprendizes no estado do Amazonas, Brasil*

Bids, contracts, and promotion of professional learning: a study on the hiring of apprentices in the state of Amazonas, Brazil

Emerson Victor Hugo Costa de Sá**

Natasha Yasmine Castelo Branco Donadon***

Mauro Augusto Ponce de Leão Braga****

Resumo

Uma das alterações promovidas pela nova lei de licitações e contratos administrativos (Lei n. 14.133/2021) consiste na exigência de cumprimento das cotas de aprendizes por parte dos contratados pelo poder público, na fase de licitação e durante o contrato. O presente estudo analisa o impacto transformador da nova lei de licitações e contratos administrativos em relação à aprendizagem profissional. O recorte da pesquisa compreende a realidade do estado do Amazonas, com relação às empresas contratadas pelo poder público estadual e sediadas nos municípios da referida unidade federativa. A pesquisa apresentada é exploratória, qualitativa e utiliza o método indutivo e os procedimentos bibliográfico e documental. Abordam-se, inicialmente, os principais avanços da nova legislação, com base em uma leitura principiológica de ordem constitucional e legal. Em seguida, discute-se a reserva de vagas para aprendizes como política de ação afirmativa, pois se trata de instrumento de discriminação positiva com vistas à garantia do acesso ao direito fundamental à profissionalização e ao não trabalho antes da idade adequada. Por fim, verifica-se o impacto da mudança normativa em relação à aprendizagem, a partir da comparação com o quadro da contratação de aprendizes no estado do Amazonas no momento da pesquisa.

Palavras-chave: licitação; contrato administrativo; aprendizagem profissional; administração pública; princípios administrativos.

Abstract

One of the changes promoted by the new law on bidding and administrative contracts (Law No 14.133/2021) consists of the requirement that public contractors comply with quotas for apprentices, during the bidding phase and during the contract. This study analyzes the transformative impact of the new administrative procurement and contracts law in relation to professional learning. The research cut understands the reality of the state of

* Recebido em 30/09/2021
Aprovado em 14/01/2022

** Doutorando em Direitos Humanos na Universidade Federal do Pará (UFPA). Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Especialista em Direito do Estado, pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Professor de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho em Graduação e Pós-Graduação. Auditor Fiscal do Trabalho.
E-mail: emersonvictor.sa@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0367-3505>

*** Doutoranda em Direitos Humanos na Universidade Federal do Pará (UFPA). Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Professora de Direito Administrativo e Constitucional em Graduação e Pós-Graduação. Advogada.
E-mail: natasha.donadon@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5557-4699>

**** Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas Cândido Mendes. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Escola de Direito da Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Juiz do Trabalho Titular da 5ª Vara do Trabalho de Manaus.
E-mail: mauro.braga@trt11.jus.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2337-7911>

Amazonas, in relation to companies contracted by the state government and based in the municipalities of that federative unit. The research presented is exploratory, qualitative and uses the inductive method and bibliographic and documentary procedures. Initially, the main advances of the new legislation are discussed, based on a principled reading of the constitutional and legal order. Then, the reservation of vacancies for apprentices is discussed as an affirmative action policy, as it is an instrument of positive discrimination to guarantee access to the fundamental right to professionalization and not to work before the appropriate age. Finally, the impact of the normative change in relation to learning is verified, based on a comparison with the framework for hiring apprentices in the state of Amazonas at the time of the research.

Keywords: bidding; administrative contract; professional learning; public administration; administrative principles.

1 Introdução

O presente estudo aborda as licitações e contratos administrativos como instrumentos de impulso à admissão de aprendizes, com base na análise do impacto transformador das alterações normativas sobre a matéria. O recorte compreende o quadro da aprendizagem profissional no estado do Amazonas, com relação às empresas contratadas pelo poder público estadual e sediadas nos municípios da referida unidade federativa.

Inicia-se o texto com a abordagem dos principais avanços da nova lei de licitações, a partir de uma leitura principiológica que converge para uma série de alterações, dentre as normas que orientam e justificam o enfoque realizado neste artigo. Nesse ponto, são expostos os princípios de ordem constitucional e as respectivas conformações legais que orientam a atuação administrativa no sentido do resguardo ao interesse público em condições de isonomia e transparência. Com efeito, regras e princípios possuem força normativa e sustentam a atuação dos poderes da República, variando, apenas, quanto à especificidade. Logo, as alterações normativas promovidas pela nova legislação compelem os agentes públicos e a iniciativa privada à conformação e justificam-se em razão da base principiológica presente no texto constitucional e infraconstitucional.

Em um segundo momento, explora-se a exigência do atendimento à reserva de vagas para aprendizes como uma espécie de política de ação afirmativa. Não obstante os debates nessa seara sejam preponderantemente associados às cotas para ingresso em universidades públicas, entende-se que a base argumentativa desenvolvida em tais estudos ampara a compreensão da aprendizagem profissional como instrumento de discriminação positiva, na medida em que estabelece diferenciação com base no critério etário para o fim de garantir o acesso ao direito fundamental à profissionalização e ao não trabalho antes da idade adequada.

Por fim, realiza-se um levantamento a respeito do impacto da mudança normativa em relação à aprendizagem, com base na visão das contratações de aprendizes no estado do Amazonas. Promove-se a comparação do quadro observado no momento da pesquisa com o panorama possível, caso a nova lei de licitações e contratos administrativos estivesse em pleno vigor. Trata-se de um exercício de projeção do contexto de avanço que pode ser alcançado com base na exigência de cumprimento das cotas de aprendizes por parte de todos os contratados pelo poder público, seja na fase de licitação, seja durante a execução do contrato.

A pesquisa utiliza o método de abordagem indutivo e apresenta-se como exploratória quanto aos objetivos, de natureza qualitativa e com base nos procedimentos bibliográfico e documental. Não há estudos publicados na literatura indexada com a abordagem proposta. Logo, destacam-se a originalidade e a atualidade das discussões promovidas.

2 Principais avanços da nova lei de licitações: uma questão de princípios

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 14.133/2021) foi publicada em 1º de abril de 2021 e, após o decurso do período de dois anos de transição (artigo 193, inciso II), revogará a Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei n. 8.666/1993), a Lei do Pregão (Lei n. 10.520/2002) e o Regime Diferenciado de Contratações – RDC (Lei n. 12.462/2011). Essa norma consolida temas e posicionamentos manifestados por meio de decisões dos tribunais acerca da transparência, segurança jurídica e eficiência das contratações públicas, a exemplo da possibilidade do uso da modalidade pregão para os serviços comuns de engenharia, bem como seu descabimento para a contratação de obras. As normas gerais sobre licitação e contratação alcançam a Administração Pública direta, autárquica e fundacional da União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios e seus respectivos órgãos, incluindo os poderes Legislativo, Judiciário e Tribunal de Contas.

Com efeito, o excesso de formalismo da legislação anterior revelou que seu maior objetivo, a redução da corrupção, não seria alcançado, não obstante a notável restrição à discricionariedade do administrador e a ampliação dos mecanismos de controle. Em vez de gerarem economia, as exigências oneravam o Estado, em razão da prática de preços superiores aos de mercado. Além disso, havia morosidade em decorrência das contendas administrativas e judiciais entre os licitantes nas fases de habilitação e julgamento¹.

Resta oportuno estabelecer uma breve diferença entre regras e princípios. Robert Alexy, em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, dispõe que regras e princípios são espécies do gênero norma jurídica. O autor aponta que a generalidade constitui o critério mais utilizado para propor essa distinção, em que os princípios possuem generalidade e abstração superior às regras e são, portanto, *mandamentos de otimização*, ordenando que algo seja concretizado na maior medida possível, podendo ser cumpridos em diferentes graus. Já as regras são normas que devem ser cumpridas ou não, não comportando a dita ponderação. Se a regra é válida, há de ser cumprida exatamente como seu conteúdo exige². O presente estudo veicula conteúdos normativos estampados em regras e princípios, os quais possuem distintos graus de generalidade e abstração, mas guardam em comum o potencial de surtirem efeitos nas relações jurídicas travadas pelo poder público no âmbito de licitações e contratos. Logo, são normas que convergem para a evolução da postura administrativa no tocante à gestão dos processos licitatórios e das respectivas execuções contratuais.

Nesse sentido, entende-se relevante o destaque à base principiológica, conferido pela Lei n. 14.133/2021, que possui um rol mais extenso em relação à legislação anterior³. Preliminarmente, mencionam-se os princípios gerais que norteiam a Administração Pública, que possuem base constitucional. Na legislação anterior e na atual, destacam-se os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Atualmente, também são acompanhados pelos princípios do interesse público, probidade administrativa, igualdade, planejamento, transparência, eficácia, segregação de funções, motivação, vinculação ao edital, julgamento objetivo, segurança jurídica, razoabilidade, competitividade, proporcionalidade, celeridade, economicidade e desenvolvimento nacional sustentável. Esse conjunto de postulados consiste em decorrência lógica dos princípios gerais elencados no artigo 37 da Constituição da República de 1988, contextualizados sumariamente a seguir.

¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Nova lei de licitações e contratos administrativos: comparada e comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 12.

² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 109-117.

³ BRASIL. *Lei n. 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, 1993. 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 n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Inicialmente, em consideração ao Princípio da Eficiência, a busca por contratações mais eficientes e com melhores resultados se apresentou de modo setorial, em algumas leis esparsas. Quanto a esse aspecto, cita-se a instituição da modalidade de pregão (Lei n. 10.520/2002); a criação do Sistema de Registro de Preços (Decreto n. 3.931/2001); o tratamento diferenciado conferido a microempresas e empresas de pequeno porte (Lei Complementar n. 123/1996); e a previsão do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei n. 12.462/2011). Essa legislação está em consonância com a busca por celeridade, na medida em que promovem o uso da tecnologia e a redução de formalidades, o que pode ser observado na inversão das fases de habilitação e julgamento (pregão); na implementação de procedimentos eletrônicos; na promoção da sustentabilidade ambiental; e na maior transparência, mediante a divulgação dos atos na rede mundial de computadores. São avanços que colaboram com o acompanhamento exercido pela sociedade civil e pelos órgãos de controle interno e externo. Esse conjunto de diretrizes converge, portanto, para a expansão de políticas de governança e integridade nas contratações públicas.

O Princípio da Legalidade é um preceito básico para a atuação da Administração Pública como um todo. Significa que os agentes públicos deverão pautar a atuação em conformidade com a legislação aplicável. Esse princípio mostra-se como uma garantia contra abusos de conduta e desvios de finalidade que geram a anulação do ato, além de responsabilização dos agentes envolvidos no vício. Desse modo, a autoridade competente deve observar as regras aplicáveis aos procedimentos inerentes às licitações e contratações públicas (formalização, hipóteses de dispensa ou inexigibilidade, modalidade e tipo de licitação e demais regramentos aplicáveis).

Por sua vez, o Princípio da Impessoalidade apresenta dupla acepção⁴. De um lado, tem relação com a finalidade da atuação administrativa, que deve atender à satisfação do interesse público, jamais podendo servir aos interesses dos agentes públicos ou terceiros. Combate, portanto, a existência de perseguições, favorecimentos e discriminações indevidas. A segunda acepção refere-se ao impedimento de o agente público promover-se às custas dos feitos da Administração Pública. Logo, trata-se da proibição da promoção pessoal pelos serviços, obras e compras públicas. Admite-se, porém, a publicidade dos atos, programas, obras e serviços de caráter educativo, informativo ou que se prestem à orientação social.

Quanto ao Princípio da Moralidade, há intrínseca relação com a impessoalidade e a legalidade. Exige-se do agente público a atenção à ética, boa-fé, honestidade e probidade, o qual não pode se valer de atos que desviem desses parâmetros. O ato imoral deve ser anulado e extirpado do ordenamento jurídico⁵. Assim, o Princípio da Moralidade serve como garantia contra arbitrariedades, notadamente quando houver contaminação por qualquer viés pessoal ou particular, com vistas a privar ou favorecer determinados indivíduos. Segundo Thamay⁶, a conduta moralmente reprovável nas licitações públicas acarreta a nulidade do ato ou do procedimento como um todo. A conduta imoral afasta a aparência de obediência à lei. Por outro lado, a probidade administrativa decorre do atendimento ao Princípio da Moralidade, na medida em que representa condutas probas, de boa-fé e honestas a serem praticadas por agentes públicos, licitantes e contratados.

Com relação ao Princípio da Publicidade e da Transparência, em regra, todas as fases do procedimento licitatório devem contar com ampla divulgação. Precisam ser observados sobretudo nas etapas iniciais, como na publicação do edital, para que haja o maior nível de competitividade possível entre os interessados na contratação, pois se eleva a possibilidade de escolha da proposta mais vantajosa. Ademais, os princípios em comento viabilizam o controle exercido pela sociedade civil. O mecanismo do sigilo dos orçamentos (artigo 24 da Lei 14.133/2021)⁷ não agride tais diretrizes. Pelo contrário, é utilizado em benefício da identificação

⁴ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 236.

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 35. ed. Barueri: Atlas, 2021.

⁶ THAMAY, Rennan. *Nova lei de licitações e contratos administrativos comentada e referenciada*. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 16.

⁷ BRASIL. *Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF, 2021. Art. 24. Desde que justificado, o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas, e, nesse caso: I - o sigilo não prevalecerá para

da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, e evita o chamado *efeito âncora*⁸. Além disso, o sigilo não se aplica aos órgãos de controle, e o orçamento será tornado público logo após o julgamento das propostas. A mitigação da publicidade e da transparência também é admitida no recebimento das propostas, pois o conteúdo se mantém sigiloso até a data prevista para a respectiva abertura.

No que concerne ao Princípio da Eficiência, há identificação com os princípios da eficácia, economicidade e planejamento. Busca-se substituir a administração burocrática pela gerencial. Essa compreensão sugere a aplicação de institutos da iniciativa privada com vistas a favorecer a qualidade dos resultados, por meio da desburocratização. A eficácia e economicidade orientam que os gestores públicos priorizem a melhor solução possível com o menor custo para os cofres públicos. O planejamento complementa essa visão, pois permite o alcance melhor e mais eficiente da gestão pública, e evita atos que possam depreciar o erário. O princípio do planejamento é importante para a racionalização das contratações públicas⁹. Assim, há previsão normativa no sentido da autorização para que os órgãos competentes de cada ente federado, na forma dos respectivos regulamentos, elaborem plano de contratação anual, com o objetivo de garantir o alinhamento com o respectivo planejamento estratégico e de subsidiar a elaboração das leis orçamentárias (artigo 12, inciso VII, da Lei n. 14.133/2021). Enfim, o plano anual de contratações deve ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial (artigo 12, § 1º). De igual modo, exige-se o estudo técnico preliminar, que, em caso de viabilidade da contratação, fundamenta a elaboração do anteprojeto, do termo de referência ou do projeto básico (art. 6º, inciso XX).

A seu turno, o Princípio do Interesse Público¹⁰ indica que o interesse da coletividade se sobrepõe aos individuais e justifica privilégios especiais no regime jurídico administrativo. Como forma de equilíbrio do sistema de privilégios, a indisponibilidade posiciona os agentes públicos como instrumentos de realização do interesse da coletividade, pois devem obedecer ao regime jurídico aplicável, para evitar que a finalidade de sua atuação seja desviada. Esse é um dos postulados que incidem sobre o dever do poder público quanto à exigência de cumprimento das cotas de aprendizagem e pessoas com deficiência por parte dos postulantes e contratados, o que será discutido, com profundidade, nas seções seguintes.

Enfim, o Princípio da Igualdade, ou da Isonomia, obriga a Administração Pública a proporcionar tratamento igualitário e não discriminatório aos licitantes. Com efeito, as restrições injustificadas à participação de interessados no procedimento licitatório podem reduzir a competição necessária ao alcance da proposta mais vantajosa. Por essa razão, não é possível o estabelecimento de preferências ou distinções em razão da naturalidade, sede ou domicílio dos licitantes (artigo 9º, inciso I, “b” e “c”, da nova Lei de Licitações). Salienta-se, porém, que o Princípio da Isonomia pode demandar tratamento desigual àqueles que não se encontram na mesma situação fático-jurídica. É o caso do tratamento diferenciado destinado às cooperativas e às microempresas e empresas de pequeno porte, que possui amparo constitucional (artigo 146, inciso III, “c” e “d”, e artigo 179).

Especificamente quanto ao objeto central deste estudo, há base na literatura e na legislação, sobretudo de ordem principiológica, para o reforço às políticas afirmativas. É o que se observa na exigência do atendi-

os órgãos de controle interno e externo; [...] Parágrafo único. Na hipótese de licitação em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, o preço estimado ou o máximo aceitável constará do edital da licitação.

⁸ THAMAY, Rennan. *Nova lei de licitações e contratos administrativos comentada e referenciada*. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 17.

⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Nova lei de licitações e contratos administrativos: comparada e comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 31.

¹⁰ Destaca-se que são possíveis duas abordagens a respeito de interesse público, ambas diretamente associadas ao objeto central do dever de o poder público contratante zelar pelo dever de seus contratados realizarem a admissão de aprendizes nas quantidades mínimas previstas na Lei 10.097/2000: “uma abordagem estrita, em que o interesse público é apenas um desenvolvimento jurídico, relacionado à realização de direitos e liberdades básicas; e uma abordagem abrangente, na qual se acresce a esse desenvolvimento jurídico a perspectiva do desenvolvimento humano, aproximando o Direito à Economia do Desenvolvimento, especialmente a partir da fundação conceitual elementar da chamada Abordagem das Capacitações.”. HAEBERLIN, Martín; COMIM, Flávio. Todos e cada um de nós: o interesse público como critério de desenvolvimento humano. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 63, 2020.

mento à reserva de vagas para aprendizes e para pessoas com deficiência e reabilitadas da Previdência Social, bem como as reservas de cargos previstas em outros diplomas e as normas específicas que sejam aplicáveis a tais contextos, o que deve ser objeto do contrato (artigo 92, inciso XVII), bem como ser demonstrado à Administração ao longo de toda a execução do contrato (artigo 116). Nesse sentido, o descumprimento de tais obrigações constitui motivo suficiente para extinção do contrato, assegurados o contraditório e a ampla defesa (artigo 137, inciso IX).

Na medida em que a Administração Pública passa a atuar de modo incisivo na exigência do cumprimento de deveres de reserva de vagas para aprendizagem profissional e pessoas com deficiência, é possível identificar a incidência dos diferentes princípios administrativos. Visualiza-se, em especial, o resguardo da igualdade e isonomia, pois o instituto pretende compensar a dificuldade de acesso ao mercado de trabalho à população mais jovem, ainda sem experiência, razão pela qual se trata de critério justificado de diferenciação admitida. Também se percebe a aplicação do Princípio da Eficiência, associado à eficácia, economicidade e planejamento, na medida em que inclui mais atores no processo de fiscalização do atendimento à legislação trabalhista, para além dos auditores do trabalho, os quais, ainda, preservam o poder de polícia estatal, mas agora com o reforço de todos os órgãos e poderes que licitam e contratam. Enfim, há forte presença do Princípio da Legalidade, pois compete ao poder público zelar pelo fiel cumprimento da lei em todos os âmbitos, notadamente em matéria de direitos sociais de tamanha relevância.

Enfim, o conhecimento a respeito dessas inovações deve ser demandado pelos agentes e órgãos da Administração Pública, bem como precisa ser estimulado pelos tribunais de contas, por meio de eventos de capacitação promovidos pelas respectivas escolas (artigo 173). São ações coerentes com o objetivo de veicular informação qualificada sobre alterações relevantes, como é o caso do atendimento à reserva de vagas de aprendizagem profissional, cerne desta pesquisa. Por essa razão, trata-se, a seguir, da base teórica que sustenta o dever de a Administração zelar pela efetivação da referida espécie de política de ação afirmativa.

3 Políticas afirmativas e a exigência do atendimento à reserva de vagas para aprendizes

A discussão referente às ações afirmativas, como mecanismo destinado à reparação ou reversão de um quadro histórico de exclusão e restrição ao acesso a direitos, tem sido, preponderantemente, voltada à questão do ingresso na educação superior, especialmente em virtude da repercussão da Arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF n. 186/DF, que teve esse objeto. Em geral, tais estudos referem-se à defesa de princípios de justiça social, à reparação histórica de efeitos discriminatórios e tendem a questões direcionadas à promoção da diversidade cultural¹¹.

De fato, Piovesan aponta que o “direito à igualdade racial há de ser um imperativo ético-político-social, capaz de enfrentar o legado discriminatório que tem negado à metade da população brasileira o pleno exercício de seus direitos e de liberdades fundamentais”¹². Nesse sentido, ao ressaltar que as ações afirmativas são orientadas pelo valor da igualdade material, substantiva, a autora contesta os opositores à implementação de políticas de ações afirmativas, os quais argumentam “[...] que seriam elas atentatórias ao princípio da igualdade formal, reduzido à fórmula ‘todos são iguais perante a lei’, na medida em que instituiriam medidas discriminatórias”¹³. Logo, o instituto volta-se à reparação de situações de desigualdades injustificadas, não à manutenção da igualdade formal, pura e simples, quando esta serve, apenas, para reproduzir contextos de diferenciação indevidos.

¹¹ GUARNIERI, Fernanda Vieira; MELO-SILVA, Lucy Leal. Ações afirmativas na educação superior: rumos da discussão nos últimos cinco anos. *Psicologia & Sociedade*, [s.l.], v. 19, n. 2, p. 75, 2007.

¹² PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, v. 35, n. 124, p. 53, 2005.

¹³ PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 16, n. 3, p. 893, 2008.

O presente estudo parte dessas linhas gerais para abordar uma peculiar espécie de política de ação afirmativa, consistente na aprendizagem profissional. Trata-se de um instituto jurídico que decorre do direito fundamental à profissionalização do adolescente e do jovem, e corresponde a uma estratégia de erradicação do trabalho infantil. Com efeito, há previsão constitucional da aprendizagem a partir dos 14 anos de idade (artigo 7º, inciso XXXIII). Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) trata do direito à profissionalização e à proteção no trabalho, prevê que as exigências pedagógicas referentes ao desenvolvimento pessoal e social prevalecem sobre o aspecto produtivo, e exige o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (artigos 6º, 68 e 69).

Por sua vez, a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (artigos 428 a 433) estabelece os parâmetros relacionados ao contrato de aprendizagem. Inicialmente, tem-se a obrigação de contratação do percentual de 5% a 15% do quadro de empregados do estabelecimento, excluídas da base de cálculo as funções que não demandam formação profissional, tais como os cargos de nível técnico ou superior, gerência e chefia. Esse dever alcança os empregadores em geral, mas é opcional para microempresas e empresas de pequeno porte. Os dispositivos referem-se, ainda, à necessidade de intermediação de entidades qualificadoras, especializadas no processo de formação para o mercado de trabalho. Constam, também, normas relativas ao registro dos aprendizes, que pode ser feito pelo estabelecimento ou pelas entidades qualificadas em formação profissional. De igual modo, há normas sobre a jornada máxima de seis horas e, excepcionalmente, de oito horas, caso o jovem possua ensino fundamental e combine teoria e prática. Quanto à duração do contrato por prazo determinado, tem-se o limite de até dois anos, o que não se aplica às pessoas com deficiência. Por fim, a idade do aprendiz pode variar de 14 a 24 anos de idade, mas esse limite etário não alcança os aprendizes com deficiência.

Em nível infralegal, a contratação de aprendizes segue, sobretudo, as regras contidas no Decreto n. 9.579/2018 e na Instrução Normativa n. 146/2018, sobre a formação técnico-profissional metódica e as atividades teóricas e práticas, organizadas em tarefas de complexidade progressiva, componentes dos programas de aprendizagem, e sobre a fiscalização no âmbito de tais relações trabalhistas.

Com efeito, a compreensão da aprendizagem como parte do processo educativo do adolescente e do jovem objetiva a melhoria da qualificação profissional dos ingressantes no mercado formal e impacta as condições de vida dos núcleos familiares e das comunidades. A prática destina-se à aplicação dos ensinamentos da escola e da fase teórica do programa. O investimento na formação de tais indivíduos viabiliza o exercício da responsabilidade social. Ademais, contribui, diretamente, para a redução da pobreza e da desigualdade, e serve de instrumento para moldar e dinamizar o corpo funcional. Segundo Mühlemann e Wolter¹⁴, a formação teórico-prática compreende conhecimentos e competências amplas, nos âmbitos pessoal, social e profissional; e o treinamento na empresa consiste em uma boa estratégia de recrutamento, pois viabiliza a retenção dos aprendizes com melhor desempenho. Por outro lado, o contrato de aprendizagem contribui para a retenção na escola ou a volta aos estudos¹⁵.

A aprendizagem profissional reúne dois dos eixos basilares da política nacional para a juventude: educação e trabalho¹⁶. Além disso, consiste em uma oportunidade de inserção de trabalhadores com deficiência no mundo do trabalho e assume relevância estratégica na chamada sociedade do conhecimento¹⁷. No contexto

¹⁴ MÜHLEMANN, Samuel; WOLTER, Stefan. Return on investment of apprenticeship systems for enterprises: evidence from cost-benefit analyses. *IZA Journal of Labor Policy*, [s.l.], n. 3, 2014. Disponível em: <http://www.izajolp.com/content/3/1/25>. Acesso em: 11 mar. 2020.

¹⁵ GONÇALVES, Ana Lucia de Alencastro. Aprendizagem profissional: trabalho e desenvolvimento social e econômico. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 28, n. 81, p. 191-200, 2014.

¹⁶ CLEMENTINO, Josbertini Virginio. Aprendizagem profissional: a lei que promove o trabalho descente para juventude e desenvolvimento econômico e social no Brasil. *Boletim Mercado de Trabalho*, Brasília, v. 55, p. 45-50, 2013.

¹⁷ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. As formas de aprendizagem no Brasil: questões emergentes. In: JOSVIAK, Mariane; BERGAMASCHIBLEY, Regina; TRAUZYNSKI, Silvia Cristina (org.). *Aprendizagem profissional e direitos humanos o direito fundamental dos jovens à profissionalização*. São Paulo: LTr, 2017. p. 15-29.

da pandemia, e além dele, demandam-se ações de proteção e garantia de permanência dos contratos, para impedir que a primeira experiência laboral seja marcada por efeitos danosos¹⁸.

Veloso¹⁹ sustenta que a discussão de ações desenvolvidas precisa ser desenvolvida localmente, considerando as peculiaridades de cada região, com envolvimento das respectivas gestões públicas no planejamento e fomento da aprendizagem orientada pela emancipação da compulsoriedade e da precarização, e pela ampliação do alcance e da efetividade em termos de empregabilidade. Não obstante se concorde com essa posição, rejeita-se a afirmação de que a alternativa para a falta de inspetores do trabalho deva ser compensada com a divisão de responsabilidade quanto ao exercício do poder de polícia com agentes municipais ou estaduais, pois essa proposta é inconstitucional. Isso porque a partilha do poder de polícia administrativa, em matéria trabalhista, contraria o que preceitua o artigo 21, inciso XXIV, do texto constitucional, que atribui à União a competência para organizar, manter e executar a inspeção do trabalho. Logo, a atuação conjunta e o compartilhamento de informações não se confundem com a necessidade de uma inspeção do trabalho autônoma e nacionalmente organizada. Na verdade, deve-se buscar e exigir a reposição dos cargos vagos, que chegam a um terço do quadro, mediante a realização de concurso público.

O preenchimento do quadro de auditores fiscais do trabalho pode beneficiar o monitoramento e avaliação da eficácia dos programas de aprendizagem, sobretudo mediante a interação com outros órgãos e instituições públicas, que, de acordo com a nova norma, exigirão a comprovação da reserva de vagas. Portanto, as autoridades locais e regionais podem e devem impulsionar as contratações, mas o caráter imperativo e nacional das normas trabalhistas exige a reunião das atribuições de inspeção em órgão autônomo, livre de controle político, nos moldes da Convenção n. 81 da Organização Internacional do Trabalho – OIT.

Conforme detalha o Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil – FNPETI²⁰, com base nos dados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, quanto à Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD 2019, há 1,8 milhões de crianças e adolescentes de 5 a 17 anos de idade em trabalho infantil no Brasil em 2019. Conforme os dados mais recentes, observa-se o seguinte perfil da vítima do trabalho infantil: 14 a 17 anos (79,5%); negra (65,6%); menino (65,8%); da zona urbana (60,5%); sem remuneração ou trabalha para o próprio consumo (47,2%); empregado em estabelecimentos de serviços (44,0%) ou da agricultura (27,7%); na ocupação de balconista (6,1%), trabalho elementar na agricultura (4,9%), escriturário (4,9%), cuidador de crianças (3,8%) ou trabalho qualificado na agricultura (3,5%). É significativa a parcela que exerce alguma das piores formas de trabalho infantil (38,4%). Apesar de as meninas representarem cerca de um terço do total de vítimas, elas chegam a ser quase a totalidade em algumas atividades, a exemplo do trabalho infantil doméstico, atividade proibida para pessoas com idade inferior a dezoito anos e que consta dentre as piores formas (artigo 1º, parágrafo único, da Lei Complementar 150/2015, Convenção n. 182 da OIT e Decreto 6.481/2008).

Com efeito, a faixa etária em que há maior concentração do trabalho infantil proibido (14 a 17 anos) coincide com a do público adolescente abrangido pela aprendizagem com prioridade absoluta (artigo 53 do Decreto 9.579/2018), e com a concentração de 40% dos adolescentes e jovens na faixa de 14 a 24 anos de idade em situação de desemprego²¹. Logo, a política de estímulo à aprendizagem encontra-se alinhada ao

¹⁸ SÁ, Emerson Victor Hugo Costa de; SILVA, Anderson Lincoln Vital da; MESQUITA, Valena Jacob Chaves. Preservação dos contratos de aprendizagem profissional em tempos de pandemia de Covid-19. *Prim@ Fucie*, João Pessoa, v. 20, n. 43, 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/53789>. Acesso em: 22 jun. 2021.

¹⁹ VELOSO, José Rodrigo Paprotzki. Aprendizagem profissional e o poder público municipal: proposta de maior eficácia à política pública. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 206-227, 2019.

²⁰ FÓRUM NACIONAL DE PREVENÇÃO E ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL. *FNPETI lança estudo com dados inéditos sobre trabalho infantil*. 2021. Disponível em: <https://fnpeti.org.br/noticias/2021/06/21/fnpeti-lanca-estudo-com-dados-ineditos-sobre-trabalho-infantil/>. Acesso em: 21 jun. 2021.

²¹ CAVALLINI, Marta; SILVEIRA, Daniel. Desemprego é o maior em 7 anos em 13 capitais do país, diz IBGE. *G1: Economia*, 22 fev. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/02/22/desemprego-cai-em-6-das-27-unidades-da-federacao-no-4o-tri.gh.html>. Acesso em: 12 mar. 2020.

objetivo constitucional de erradicação do trabalho infantil, da pobreza e da marginalização, e a reserva de vagas observa o caráter de redução das desigualdades sociais e regionais, e vincula-se ao fim social da livre iniciativa, do trabalho e da propriedade, e à busca do pleno emprego (artigo 1º, inciso IV, artigo 3º, inciso IV, e artigo 170, inciso VIII, da Constituição de 1988). Portanto, os contratos de aprendizagem são meios de efetivar o direito fundamental à profissionalização do adolescente e do jovem, e auxiliam na meta de erradicação da exploração do trabalho infantil e estímulo ao ingresso protegido no mercado laboral.

A interpretação e a aplicação do ordenamento jurídico devem considerar a finalidade de viabilizar o ingresso e permanência do adolescente e jovem no emprego, em caráter de formação com tarefas de complexidade progressiva. Isso porque o contrato de aprendizagem profissional contempla a contextualização, o desenvolvimento conceitual e a exposição da finalidade e das principais características do mercado de trabalho, como instrumento viabilizador do acesso dos adolescentes e jovens à cidadania e ao trabalho digno.

Desse modo, são importantes as normas e diretrizes garantidoras do acesso à profissionalização, com vistas à eficácia das alternativas e estratégias de implementação do contrato de aprendizagem, a partir do estímulo estatal. Essa participação ativa do poder público pode ocorrer tanto no exercício do poder de polícia administrativa em matéria laboral, de natureza preventiva ou repressiva, como no contexto das licitações e contratos, durante o desempenho de tarefas de *compliance*, realizadas desde antes da contratação até o fim da execução. O panorama normativo mais sólido potencializa o sucesso dessa importante política pública e permite ao Estado contribuir de modo mais substancial com o melhor interesse do adolescente e do jovem no tocante ao acesso às oportunidades de profissionalização com vistas ao primeiro emprego. Esse quadro pode induzir o desenvolvimento econômico e social, bem como a fruição dos direitos fundamentais. Afinal, como destaca Faro²², o controle de políticas públicas ocorre de três modos, sempre com vistas ao dever estatal de concretizar direitos fundamentais: 1) pelos cidadãos, como beneficiários ou interessados; 2) pela própria Administração Pública, no exercício do autocontrole ou do controle interno; e 3) pelos outros setores do Estado, desvinculados da Administração, o que abrange os controles político, financeiro, jurisdicional e pelo Ministério Público e demais órgãos de fiscalização. Essas formas de controle são possíveis quanto à reserva de vagas para aprendizes.

A análise da efetividade da política pública da aprendizagem profissional demanda a verificação estatística dos principais indicadores. Assim, a exposição e a discussão dos quantitativos de contratações no país contemplam o recorte temporal de 2016 a 2020, por serem dados atuais e disponíveis. Com efeito, em 2018 foram contratados 444.189 aprendizes em todo o país, quantidade 15% superior à de 2017²³, mas houve redução nos anos de 2019 e 2020. Do quantitativo total de 861.315 vagas, referente à cota de aprendizagem no percentual mínimo, em meados de dezembro de 2020, o país registrou 45% de cumprimento. Porém, há espaço para o incremento desse quantitativo, que pode atingir, aproximadamente, 3 milhões de vagas, em caso de cumprimento do percentual máximo de 15%²⁴.

O recorte da taxa de desocupação entre os jovens demonstra que, no primeiro trimestre de 2018, o desemprego no Brasil alcançou o então recorde histórico de 13,7%, atingindo 14,1 milhões de pessoas, conforme o IBGE²⁵. São 5,7 milhões de jovens entre 14 e 24 anos, e 1,2 milhão de adolescentes entre 14 e

²² FARO, Julio Pinheiro. Políticas públicas, deveres fundamentais e concretização de direitos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 250-269, 2013.

²³ FÓRUM NACIONAL DE PREVENÇÃO E ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL. *Mais de 440 mil aprendizes foram contratados em todo o país no ano passado*. 2019. Disponível em: <https://fnpeti.org.br/noticias/2019/03/27/mais-de-440-mil-aprendizes-foram-contratados-em-todo-o-pais-no-ano-passado/>. Acesso em: 14 jun. 2020.

²⁴ OLIVEIRA, Guilherme. *Aprendizagem profissional é subutilizada no Brasil, afirmam especialistas*. Brasília: Senado Federal, 19 mar. 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/aprendizagem-e-subutilizada-no-brasil-afirmam-especialistas>. Acesso em: 4 jul. 2020.

²⁵ BENEDICTO, Marcelo. Desemprego volta a crescer no primeiro trimestre de 2018. *Agência IBGE Notícias*, 27 abr. 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20995-desemprego-volta-a-crescer-no-primeiro-trimestre-de-2018>. Acesso em: 20 mar. 2020.

17 anos, faixa em que predominam as ocorrências de trabalho infantil. Ademais, 40% dos desempregados possuem idade compatível com a aprendizagem. Todavia, a média de desemprego dos jovens entre 14 e 24 anos de idade representa o triplo da verificada na faixa de 25 a 59 anos de idade. Em 2016, estavam desempregados 27,2% naquela faixa etária, contra 9,1% nesta, segundo o Boletim Mercado de Trabalho divulgado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA²⁶.

Se o trabalho corresponde à principal forma de inserção social e concretização da dignidade, justiça social e cidadania, as alterações normativas em questão estão coerentes com esse propósito, na medida em que se orientam pela garantia de acesso à população adolescente e jovem ingressante no mercado laboral. A partir das reflexões de Ferreira e Pottumati²⁷, é possível afirmar que a alteração promovida pela nova norma reafirma a função social da licitação pública e do contrato administrativo. Isso porque, além de se buscar a proposta mais vantajosa, com amparo na isonomia e na persecução do desenvolvimento nacional sustentável, o fomento estatal à concretização de direitos fundamentais permite o estímulo a determinados comportamentos empresariais e de mercado, sem que o Estado se utilize da autoridade na imposição de sanções.

Logo, é importante compreender o alcance da nova lei de licitações e contratos administrativos quanto ao estímulo à contratação de aprendizes pela iniciativa privada. Para tanto, realiza-se a análise do potencial de contratação de aprendizes em determinada unidade federativa, considerando-se, apenas, as empresas que possuam contratos vigentes com a administração pública estadual. A partir dessa amostra, é possível compreender o impacto transformador da alteração promovida pela norma em exame.

4 Impacto da mudança normativa em relação à aprendizagem profissional: uma visão SOBRE AS contratações de aprendizes no estado do Amazonas

Com base na lista de empresas contratadas pelo estado do Amazonas, podem-se compreender os possíveis impactos do atendimento a esse dever legal, em termos de quantidade de aprendizes contratados, bem como da repercussão social decorrente dessa mudança de postura. É importante considerar que o recorte da pesquisa abrange, apenas, as empresas com sede em municípios do estado do Amazonas, pois a fiscalização dessa obrigação legal ocorre por unidade federativa, e os dados acessados acompanham essa limitação. Entretanto, o presente estudo serve de parâmetro para a comparação com a realidade de outras regiões, ou, ainda, uma análise futura mais ampla, de ordem nacional.

Inicialmente, observa-se que a taxa de desocupação, no primeiro trimestre de 2021, revela que o desemprego no Brasil alcançou o recorde histórico de 14,7%, atingindo 14,8 milhões de pessoas, conforme o IBGE (2021). Além disso, são 6,0 milhões de desalentados e a taxa de subutilização de mão de obra corresponde a 29,7%. A taxa de desocupação é de 46,3% dentre as pessoas de 14 a 17 anos de idade (mais que o triplo da taxa geral), faixa em que predominam as ocorrências de trabalho infantil. Por sua vez, é de 31,0% quanto aos jovens com idade de 18 a 24 anos (mais que o dobro da taxa geral). Esses patamares são bem superiores às faixas de 25 a 29 anos (14,7%), 40 a 59 anos (9,7%) e 60 anos ou mais (5,7%). Na medida em que a aprendizagem profissional se destina ao público com idade de 14 a 24 anos, nota-se o grande potencial dessa modalidade contratual para a redução do desemprego.

²⁶ CAVALLINI, Marta; SILVEIRA, Daniel. Desemprego é o maior em 7 anos em 13 capitais do país, diz IBGE. *G1: Economia*, 22 fev. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/02/22/desemprego-cai-em-6-das-27-unidades-da-federacao-no-4o-tri.ghtml>. Acesso em: 12 mar. 2020.

²⁷ FERREIRA, Felipe Furtado; POTTUMATI, Eduardo Carlos. A licitação pública como instrumento de desenvolvimento na perspectiva do paternalismo libertário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 1, p. 201-213, 2014.

Quanto à cota mínima de 5,0% de aprendizes nos estabelecimentos obrigados a contratar, analisa-se o percentual de preenchimento por unidade federativa, conforme dados do eSocial de abril de 2021, consolidados pela Subsecretaria de Inspeção do Trabalho (figura 1). Em relação ao potencial de contratação em âmbito nacional (886.916), 46,5% são de contratos ativos. Há potencial para mais do que dobrar a quantidade atual de aprendizes contratados no Brasil. Quanto às unidades federativas, os maiores índices de cumprimento são do Amazonas (71,8%), Roraima (65,2%), Sergipe (63,9%), Rio Grande do Sul (61,8%) e Amapá (59,7%). Dentre os menores índices, constam Mato Grosso (43,6%), Pernambuco (42,4%), Minas Gerais (42,0%), São Paulo (37,5%) e Maranhão (31,4%). O presente levantamento considera, exatamente, o estado que lidera as estatísticas de contratação. Se é possível observar espaço para o crescimento nas admissões no Amazonas, o impacto pode ser mais significativo nas demais unidades federativas.

Figura 1 – percentual de preenchimento da cota de aprendizes por unidade federativa, em comparação com o patamar nacional (2021)



Fonte: elaborada com base nos dados do eSocial, de abril de 2021 e da Subsecretaria de Inspeção do Trabalho.

Observa-se, então, que a política pública da aprendizagem profissional tem muito potencial de desenvolvimento. O déficit de 53,5% indica que cabem, ao menos, 474.565 novos contratos, o que permite afirmar que essas vagas podem viabilizar a redução do quantitativo de crianças e adolescentes em situação de trabalho infantil no Brasil, notadamente os 79,5% com idade de 14 a 17 anos, bem como a redução da concentração do desemprego entre adolescentes e jovens de 14 a 24 anos de idade. Com respaldo na nova lei de licitações e contratos administrativos, o poder público pode e deve auxiliar nesse processo de efetivação do direito à profissionalização e ao trabalho digno de adolescentes e jovens.

A aprendizagem profissional consiste em uma importante estratégia de acesso de pessoas com deficiência ao mercado laboral. Trata-se, inclusive, de exceção quanto ao limite etário e de duração do contrato. Assim, a idade máxima de 24 anos não se aplica às pessoas com deficiência, e se permite a estipulação de contrato e programa de aprendizagem com duração maior que dois anos (artigo 428, §§ 3º e 5º, da CLT). No entanto, a análise do percentual de aprendizes com deficiência com contrato ativo expõe um movimento de redução constante, partindo de 1,2% em 2016, mantendo-se em 1,0% em 2017 e 2018, e chegando a 0,9% em 2019. Esse comportamento não se compatibiliza com um dos principais argumentos utilizados pelos devedores de vagas efetivas para pessoas com deficiência: a falta de formação profissional compatível com as exigências de contratação. Considerando-se que o devedor da cota de pessoas com deficiência, normalmente, precisa contratar aprendizes, nota-se a falta de utilização adequada dos contratos de aprendizagem para suprir esse alegado déficit de qualificação.

Os dados do eSocial, de agosto de 2021, indicam o potencial de contratação de 11.188 aprendizes no estado do Amazonas. Observa-se, no entanto, o nível de cumprimento de 70,6%. Com efeito, as empresas

contratadas pela administração estadual respondem por 11,7% do total de vagas pendentes de contratação, o que significa 385 aprendizes a menos no mercado de trabalho. Desse modo, se os 125 empregadores considerados na pesquisa atendessem à obrigação legal de admissão de aprendizes, o percentual de cumprimento da cota de aprendizes chegaria à marca de 74,0%.

Com relação ao município em que as empresas estão sediadas, 96,8% são da capital, Manaus, que também concentra 98,7% das vagas não preenchidas (tabela 1). Os demais municípios respondem por, apenas, cinco vagas não atendidas, o que representa 20% do total de aprendizes necessários em tais estabelecimentos. Destaca-se que a única empresa com sede em Iranduba possui a totalidade das dezenove vagas preenchidas. Quanto à soma de aprendizes que deveriam ser admitidos pelas empresas contratadas pelo poder público estadual que se encontram sediadas na capital do estado, o nível de cumprimento é da ordem de 67,0%, percentual inferior ao quadro do estado como um todo (70,6%).

Tabela 1 – cota de aprendizagem pendente em agosto de 2021, dentre as empresas contratadas pelo estado do Amazonas, conforme o agrupamento por município de sede do estabelecimento

Município	Quantidade de empresas	Aprendizes			Cumprimento (%)
		Necessários	Contratados	Pendentes	
Coari	1	2	1	1	50,0
Humaitá	1	2	0	2	0,0
Iranduba	1	19	19	0	100,0
Manaus	121	869	582	380	67,0
Manicoré	1	2	0	2	0,0
Total	125	894	602	385	67,3

Fonte: elaborada com base nos dados do eSocial, de agosto de 2021, e da Subsecretaria de Inspeção do Trabalho, em associação com as informações constantes no Portal da Transparência do Amazonas, 10 ago. 2021.

Quanto ao agrupamento por Classificação Nacional de Atividades Econômicas –CNAE, a análise da cota de aprendizagem, pendente em agosto de 2021, dentre as empresas contratadas pelo estado do Amazonas, revela os setores que concentram a maior parte da pendência na reserva de vagas de aprendizagem profissional (tabela 2). Ressalta-se que mais da metade das vagas pendentes de admissão abrangem as empresas contratadas para serviços de limpeza em prédios e em domicílios (22,6%); vigilância e segurança privada (14,3%); fornecimento de alimentos preparados (7,3%); remoção de pacientes, exceto os serviços móveis de atendimento a urgências (4,2%); e outras atividades de limpeza (3,9%). A exigência de demonstração do atendimento ao dever de reserva de vagas que compreendesse, apenas, esse grupo de empresas representaria 201 novos aprendizes contratados.

Tabela 2 – cota de aprendizagem pendente em agosto de 2021, dentre as empresas contratadas pelo estado do Amazonas, conforme o agrupamento por Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE)

Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE		Cota de aprendizagem profissional pendente	
Código	Descrição	N	%
8121400	Limpeza em prédios e em domicílios	87	22,6
8011101	Atividades de vigilância e segurança privada	55	14,3
5620101	Fornecimento de alimentos preparados preponderantemente para empresas	28	7,3

Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE		Cota de aprendizagem profissional pendente	
Código	Descrição	N	%
8622400	Serviços de remoção de pacientes, exceto os serviços móveis de atendimento a urgências	16	4,2
8129000	Atividades de limpeza não especificadas anteriormente	15	3,9
4120400	Construção de edifícios	14	3,6
8660700	Atividades de apoio à gestão de saúde	13	3,4
9601703	Toalheiros	13	3,4
3514000	Distribuição de Energia Elétrica	11	2,9
7820500	Locação de mão de obra temporária	9	2,3
7830200	Fornecimento e gestão de recursos humanos para terceiros	9	2,3
5240101	Operação dos aeroportos e campos de aterrissagem	8	2,1
6311900	Tratamento de dados, provedores de serviços de aplicação e serviços de hospedagem na internet	7	1,8
4645101	Comércio atacadista de instrumentos e materiais para uso médico, cirúrgico, hospitalar e de laboratórios	6	1,6
4929901	Transporte rodoviário coletivo de passageiros, sob regime de fretamento, municipal	6	1,6
7711000	Locação de automóveis sem condutor	6	1,6
4399103	Obras de alvenaria	5	1,3
5112901	Serviço de táxi aéreo e locação de aeronaves com tripulação	5	1,3
5310501	Atividades do Correio Nacional	5	1,3
8122200	Imunização e controle de pragas urbanas	5	1,3
-	Outros	62	16,1
Total		385	100,0

Fonte: elaborada com base nos dados do eSocial, de agosto de 2021, e da Subsecretaria de Inspeção do Trabalho, em associação com as informações constantes no Portal da Transparência do Amazonas, 10 ago. 2021.

Os desafios para a consolidação da aprendizagem profissional como política pública compreendem, sobretudo, a consciência dos empregadores acerca da função social do cumprimento da cota de aprendizagem, para além da normatividade posta. O investimento na garantia do direito fundamental à profissionalização de adolescentes, com idade a partir de 14 anos, compatibiliza-se com o direito fundamental ao não trabalho. Trata-se, portanto, de uma alternativa válida para que adolescentes e jovens busquem qualificação e acúmulo de experiência no mercado de trabalho.

5 Considerações finais

A solidificação da aprendizagem profissional demanda o estímulo à conscientização da iniciativa privada e do poder público quanto à responsabilidade e ao compromisso com a oferta de profissionalização e de trabalho protegido com foco no desempenho da função social do labor. Os processos licitatórios e as

contratações públicas, com base nas diretrizes da nova regulamentação, serão instrumentos de apoio à efetividade desses direitos fundamentais titularizados por adolescentes e jovens em geral, na faixa etária de 14 a 24 anos, e por pessoas com deficiência, independentemente da idade.

Os dados expostos demonstram o potencial de crescimento da aprendizagem profissional, sobretudo a partir da participação ativa do poder público nesse processo. Com efeito, essa política pública demanda o empenho e a interação entre a iniciativa privada e os órgãos públicos das diferentes esferas, no sentido de ampliação das contratações e da destinação qualificada das vagas para a redução do quadro de desigualdade estrutural que marca a sociedade brasileira. Isso porque permite o enfrentamento ao trabalho infantil, mais significativo na faixa de 14 a 17 anos de idade e ao desemprego, mais acentuado quanto às pessoas com idade de 14 a 24 anos. A análise restrita às empresas sediadas no estado do Amazonas, com contrato ativo com o poder público estadual, apresenta um quadro que demonstra que a nova lei de licitações e contratos administrativos pode contribuir para o avanço da política pública de profissionalização e o acesso qualificado ao mercado de trabalho.

Para além da obrigatoriedade, atualmente restrita à modalidade alternativa de contratação²⁸, a função social do contrato e do trabalho seria mais eficaz se houvesse ampliação da destinação de vagas a adolescentes em condições de vulnerabilidade, para contemplar toda e qualquer modalidade de contratação. Esse avanço na superação da desigualdade socioeconômica pode iniciar com a elaboração de instrumentos normativos que aprimorem o instituto da aprendizagem profissional, a partir da instituição de benefícios fiscais para estimular a contratação de adolescentes e jovens em tais condições. Outra medida válida seria a aplicação dessa exigência à contratação de aprendizes pela administração pública direta, indireta, autárquica e fundacional, e por todos os poderes da República. Portanto, embora se reconheçam os importantes avanços da nova legislação, ainda há muito espaço para a expansão e a melhoria do instituto da aprendizagem profissional.

Referências

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BENEDICTO, Marcelo. Desemprego volta a crescer no primeiro trimestre de 2018. *Agência IBGE Notícias*, 27 abr. 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20995-desemprego-volta-a-crescer-no-primeiro-trimestre-de-2018>. Acesso em: 20 mar. 2020.
- BRASIL. *Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, 2021.
- BRASIL. *Lei n. 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, 1993.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 35. ed. Barueri: Atlas, 2021.
- CAVALLINI, Marta; SILVEIRA, Daniel. Desemprego é o maior em 7 anos em 13 capitais do país, diz IBGE. *G1: Economia*, 22 fev. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/02/22/desemprego-cai-em-6-das-27-unidades-da-federacao-no-4o-tri.shtml>. Acesso em: 12 mar. 2020.
- CLEMENTINO, Josbertini Virgínio. Aprendizagem profissional: a lei que promove o trabalho descente

²⁸ É o caso do empregador que não possui estrutura suficiente para a oferta da formação prática aos aprendizes, ou das atividades que não comportam a manutenção de todos os aprendizes. Assim, permite-se a assinatura de termo de cooperação para que a parte prática seja desenvolvida em órgão públicos ou entidades sem fins lucrativos, garantindo-se a contabilização da cota de aprendizagem para o contratante (artigo 66, § 5º, do Decreto 9.579/2018).

para juventude e desenvolvimento econômico e social no Brasil. *Boletim Mercado de Trabalho*, Brasília, v. 55, p. 45-50, 2013.

FARO, Julio Pinheiro. Políticas públicas, deveres fundamentais e concretização de direitos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 250-269, 2013.

FERREIRA, Felipe Furtado; POT'TUMATI, Eduardo Carlos. A licitação pública como instrumento de desenvolvimento na perspectiva do paternalismo libertário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 1, p. 201-213, 2014.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. As formas de aprendizagem no Brasil: questões emergentes. In: JOSVIK, Mariane; BERGAMASCHIBLEY, Regina; TRAUZYNSKI, Silvia Cristina (org.). *Aprendizagem profissional e direitos humanos o direito fundamental dos jovens à profissionalização*. São Paulo: LTr, 2017. p. 15-29.

FÓRUM NACIONAL DE PREVENÇÃO E ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL. *FNPE-TI lança estudo com dados inéditos sobre trabalho infantil*. 2021. Disponível em: <https://fnpeti.org.br/noticias/2021/06/21/fnpeti-lanca-estudo-com-dados-ineditos-sobre-trabalho-infantil/>. Acesso em: 21 jun. 2021.

FÓRUM NACIONAL DE PREVENÇÃO E ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL. *Mais de 440 mil aprendizes foram contratados em todo o país no ano passado*. 2019. Disponível em: <https://fnpeti.org.br/noticias/2019/03/27/mais-de-440-mil-aprendizes-foram-contratados-em-todo-o-pais-no-ano-passado/>. Acesso em: 14 jun. 2020.

GONÇALVES, Ana Lucia de Alencastro. Aprendizagem profissional: trabalho e desenvolvimento social e econômico. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 28, n. 81, p. 191-200, 2014.

GUARNIERI, Fernanda Vieira; MELO-SILVA, Lucy Leal. Ações afirmativas na educação superior: rumos da discussão nos últimos cinco anos. *Psicologia & Sociedade*, v. 19, n. 2, p. 70-78, 2007.

HAEBERLIN, Martín; COMIM, Flávio. Todos e cada um de nós: o interesse público como critério de desenvolvimento humano. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 43-67, 2020.

MÜHLEMANN, Samuel; WOLTER, Stefan. Return on investment of apprenticeship systems for enterprises: evidence from costbenefit analyses. *IZA Journal of Labor Policy*, n. 3, 2014. Disponível em: <http://www.izajolp.com/content/3/1/25>. Acesso em: 11 mar. 2020.

OLIVEIRA, Guilherme. *Aprendizagem profissional é subutilizada no Brasil, afirmam especialistas*. Brasília: Senado Federal, 19 mar. 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/aprendizagem-e-subutilizada-no-brasil-afirmam-especialistas>. Acesso em: 4 jul. 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Nova lei de licitações e contratos administrativos: comparada e comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, v. 35, n. 124, p. 43-55, 2005.

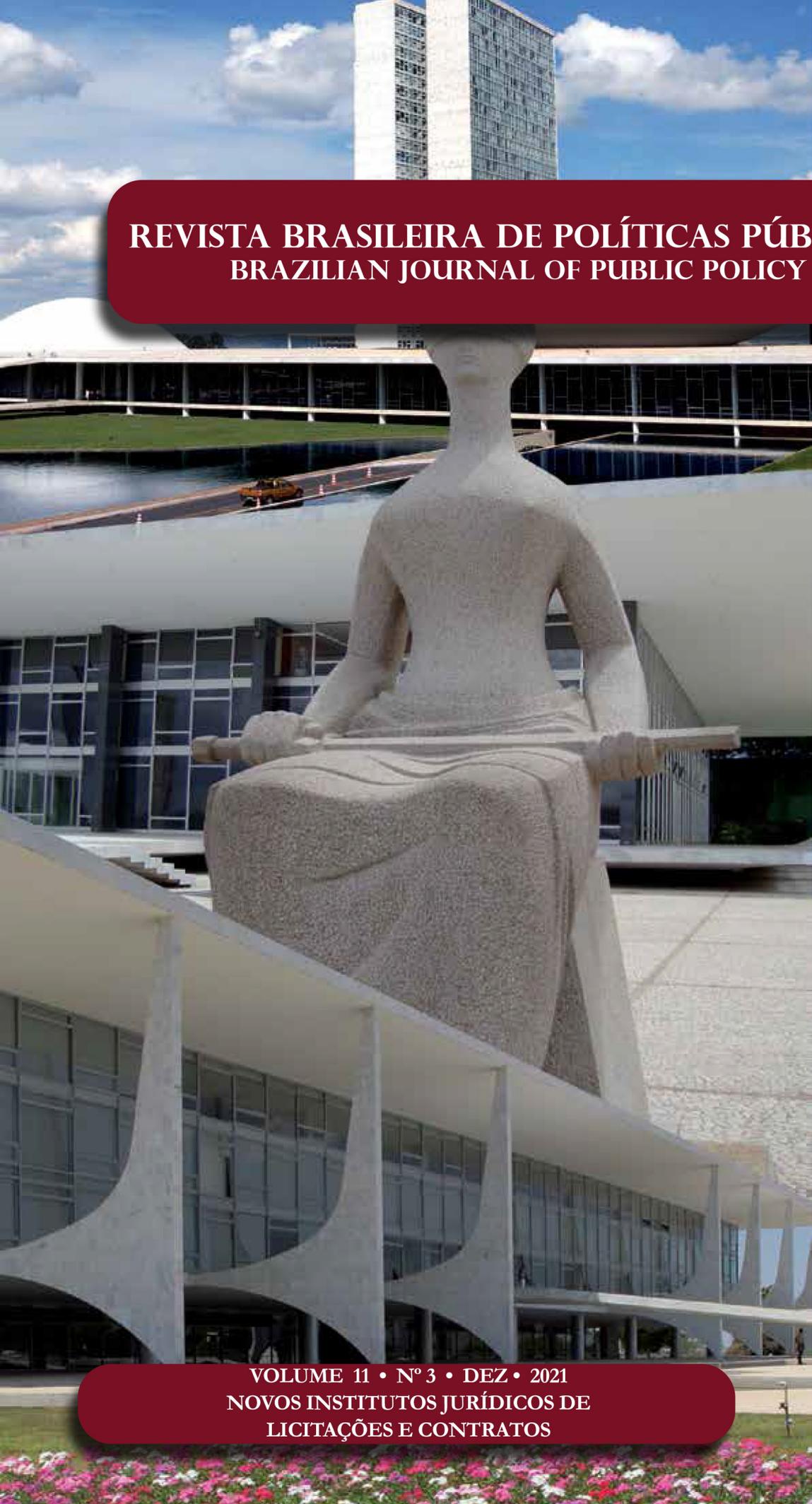
PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 16, n. 3, p. 887-896, 2008.

SÁ, Emerson Victor Hugo Costa de; SILVA, Anderson Lincoln Vital da; MESQUITA, Valena Jacob Chaves. Preservação dos contratos de aprendizagem profissional em tempos de pandemia de Covid-19. *Prim@Facie*, João Pessoa, v. 20, n. 43, 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/53789>. Acesso em: 22 jun. 2021.

THAMAY, Rennan. *Nova lei de licitações e contratos administrativos comentada e referenciada*. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

VELOSO, José Rodrigo Paprotzki. Aprendizagem profissional e o poder público municipal: proposta de maior eficácia à política pública. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 206-227, 2019.

SÁ, Emerson Victor Hugo Costa de; DONADON, Natasha Yasmine Castelo Branco; BRAGA, Mauro Augusto Ponce de Leão. Licitações, contratos e o impulso à aprendizagem profissional: um estudo sobre a contratação de aprendizes no estado do Amazonas, Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 3, p. 79-95, 2021.

The cover image shows a large, modern, white building with a prominent, abstract, seated female figure sculpture in the foreground. The building has a curved facade and large windows. In the background, a tall, rectangular tower rises against a blue sky with scattered white clouds. The foreground is filled with a bed of pink and white flowers.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Licitações, contratos e Modelo Brasileiro de Processo: notas sobre a viabilidade da utilização de ferramentas processuais para conferir maior eficiência às aquisições públicas

Bidding, contracts and Brazilian Process Model: notes on the feasibility of utilising procedural tools to provide greater efficiency to public procurement

Claudio Madureira

Carlos André Luís Araujo

VOLUME 11 • Nº 3 • DEZ • 2021
NOVOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE
LICITAÇÕES E CONTRATOS

Licitações, contratos e Modelo Brasileiro de Processo: notas sobre a viabilidade da utilização de ferramentas processuais para conferir maior eficiência às aquisições públicas*

Bidding, contracts and Brazilian Process Model: notes on the feasibility of utilising procedural tools to provide greater efficiency to public procurement

Claudio Madureira**

Carlos André Luís Araujo***

Resumo

Este artigo tem por objetivo demonstrar que o rigor procedimental a que em geral se atribui a ineficiência das licitações/contratações públicas pode ser flexibilizado, de modo a produzir eficiência, mediante utilização de soluções típicas do Direito Processual. Analisamos os textos normativos disponíveis e fizemos cuidadosa revisão da literatura jurídica (fontes). Posteriormente, conjugamos a doutrina da processualidade no Direito Administrativo à compreensão (inerente a ela e à doutrina do formalismo-valorativo) de que o processo se diferencia do procedimento por se qualificar como procedimento em contraditório (método), demonstrando que as licitações/contratações públicas se apresentam, com base na Lei n.º 14.133/2021, como autênticos processos administrativos, e que essa especificidade do seu regime normativo abre campo para a utilização de ferramentas próprias do Modelo Brasileiro de Processo para superar a referida rigidez procedimental (resultados). A pesquisa não comporta limitações de ordem prática (porque todas as fontes consultadas estavam disponíveis) ou teórica (porque dialoga com publicações anteriores) relevantes. Além disso, ela tem implicações sociais importantes. Afinal, se é verdade que o rigor procedimental incidente nesse contexto pode comprometer a eficiência das aquisições públicas, também é certo que a atividade administrativa realizada nas licitações e contratos da Administração não pode prescindir de um mínimo rigor procedimental, sem o qual seria inviável o exercício da atividade de controle administrativo que possibilita a prevenção de atos de corrupção e da malversação de recursos públicos. Disso resulta o valor e a originalidade da sua contribuição para o desenvolvimento da Ciência, inclusive para efeito de fomentar pesquisas futuras sobre a utilização de ferramentas processuais que promovam eficiência às aquisições públicas.

Palavras-chave: Licitações; Contratos; Eficiência; Ferramentas processuais.

* Recebido em 16/09/2021
Aprovado em 14/01/2022

Este trabalho se associa ao Grupo de Pesquisa Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo (integrante da PROCNET, Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo Contemporâneo), ao Laboratório de Processo e Constituição do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (LAPROCON-PPGDI-UFES) e à linha de pesquisa Sistemas de Justiça, Constitucionalidade e Tutelas de Direitos Individuais e Coletivos, do mesmo Programa de Pós-Graduação, com área de concentração em Justiça, Processo e Constituição, que assume como objetivo geral a estruturação do processo como meio adequado de garantia dos direitos fundamentais erigidos em estatura constitucional e traz entre os seus objetivos específicos a pesquisa dos fundamentos de hermenêutica jurídica voltados aos conceitos de teoria da norma por meio do crítica e do estudo dos diversos conceitos de justiça.

** Doutor em Direito pela PUC/SP, Mestre em Direito Processual pela UFES, Professor Adjunto do Departamento de Direito da UFES, com atuação nos Cursos de Graduação e Mestrado, Procurador do Estado do Espírito Santo e Advogado.
Email: professorclaudiomadureira@gmail.com

*** Mestrando em Direito Processual pela UFES, Procurador do Município de Ibirajuba/ES e Advogado.
Email: araujo.carlosandrelois@gmail.com

Abstract

This article aims to demonstrate that the procedural rigour to which in general the inefficiency of public biddings/contracts is attributed can be made more flexible, in order to produce efficiency, through the use of typical solutions of Procedural Law. We analysed the available normative texts and carefully reviewed the legal literature (sources). After that, we combine the doctrine of the processualism in Administrative Law with the understanding (inherent to it and to the doctrine of formalism-valuative) that the process differs from the procedure because it is developed in contradictory terms (work method), demonstrating that public biddings/contracting are presented, under the aegis of Law No. 14,133/2021, as authentic processes administrative, and that this specificity of its normative regime opens the field for the use of tools specific to the Brazilian Process Model to seek to overcome this procedural rigidity (results). The research does not include relevant practical (because all sources consulted were available) or theoretical (because it dialogues with previous publications) limitations. In addition, it has important social implications. After all, if it is true that the procedural rigidity incident in this context can compromise the efficiency of public biddings, it is also certain that administrative activity carried out in bids and contracts of the Administration cannot do without a minimum of procedural rigids, without which it would be unfeasible to exercise the administrative control activity that allows the prevention of acts of corruption and the misappropriation of public resources. Hence its contribution to foster future research on the use of procedural tools that promote efficiency of public biddings.

Keywords: Bidding; Contracts; Efficiency; Process tools.

1 Introdução

Temos uma nova lei de licitações e contratos, aprovada pelo Congresso Nacional em dezembro de 2020 e sancionada pela Presidência da República em abril de 2021: a Lei n.º 14.133. A *novatio legis* revoga a Lei n.º 8.666/1993, a Lei do Pregão (Lei n.º 10.520/2002) e parte da Lei do Regime Diferenciado de Contratações (Lei n.º 12.462/2001)¹, além de introduzir modificações no Código de Processo Civil de 2015, no Código Penal, na Lei Geral de Concessões (Lei n.º 8.987/1995) e na Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei n.º 11.079/2004). A sua edição resulta, destarte, de iniciativa do Parlamento por procurar consolidar a disciplina normativa do tema em um único diploma legal, aplicável tanto à União Federal quanto aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, porque editado, considerando-se o disposto no inciso XXVIII do artigo 22 da Constituição da República², como norma geral em matéria de licitações e contratos.

Também a Lei n.º 8.666/1993 foi editada, a seu tempo, como lei geral voltada à centralização da disciplina jurídica das licitações e contratações públicas. Porém, com o decorrer dos anos o seu texto passou a ser aplicado concomitantemente com outros diplomas legais, com destaque para a incidência da Lei Geral

¹ Esses diplomas normativos (Lei n.º 8.666/1993, Lei n.º 10.520/2002 e parte da Lei n.º 12.462/2011) apenas permanecem incidentes, nos dois anos seguintes, por força de regra de transição instituída pelo legislador no artigo 191, do que resulta, ainda, a previsão, no inciso II do seu artigo 193, de eles estarão revogados “após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial” da Nova Lei Geral de Licitações e Contratos. Deve estar claro, contudo, que o legislador não estabeleceu período de *vacatio legis* para a vigência da Lei n.º 14.133/2021, mas apenas admitiu, como regra de transição, que “até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração” opte “por licitar ou contratar diretamente de acordo com” o seu texto “ou de acordo com as leis citadas no referido inciso” (Lei n.º 8.666/1993, Lei n.º 10.520/2002 e parte da Lei n.º 12.462/2011), com as ressalvas de que “a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta” e de que é “vedada a aplicação combinada” da *novatio legis* com os referidos atos legislativos.

² CRFB. “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III” (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998).

de Concessões, da Lei do Pregão, da Lei do Regime Diferenciado de Contratações, da Lei das Parcerias Público-Privadas e da Lei das Estatais (Lei n.º 13.303/2016), que foram aprovadas para resolver problemas específicos surgidos no ambiente administrativo, mas indiciam, quando analisadas conjuntamente, o envelhecimento de soluções concebidas pelo legislador há quase três décadas. Na prática, a despeito da sua gradativa atualização por leis esparsas, o regime normativo revogado enfrentava questionamentos por parte de governantes, de gestores/servidores/empregados públicos que atuam na realização de licitações e na formalização/execução de contratos administrativos (contratantes) e de fornecedores do poder público (licitantes/contratados).

É nota comum no imaginário de contratantes e licitantes/contratados a crítica à rigidez do regime normativo pretérito, à consideração de que ele engessava a atividade administrativa, a ponto de criar embaraços à concepção de soluções criativas tendentes a otimizar procedimentos e reduzir custos. Porém, mesmo concordando quanto a esse aspecto, contratantes e licitantes/contratados em geral apontam razões distintas para a origem do problema. Incomodam os contratantes as dificuldades que resultam do enrijecimento procedimental imposto pela legislação revogada à realização das licitações e à formalização/execução dos contratos, enquanto licitantes/contratados se ressentem da positividade em favor da Administração de prerrogativas processuais (também chamadas cláusulas exorbitantes) que do seu ponto de vista afetariam a segurança jurídica nas relações entre o poder público e seus fornecedores, tornando as prestações licitadas/contratadas artificialmente onerosas.

A despeito dos problemas que gera, o rigor formal adotado nas licitações e contratações públicas (que supõe a centralização das decisões adotadas na própria Administração, a suscitar, inclusive, o estabelecimento das cláusulas exorbitantes que a beneficiam) *faz parte do jogo*. Afinal, recobrando a conhecida lição de Cirne Lima, administrar, na esfera pública, “é a atividade do que não é proprietário, do que não tem a disposição da coisa ou do negócio administrado”³. Por isso a atividade administrativa, inclusive aquela desempenhada no contexto da realização de licitações e da formalização/execução de contratações públicas, é submetida a rígido controle, realizado, quer no âmbito interno da Administração, onde é exercitado diretamente pelas controladorias e pela Advocacia Pública e de forma difusa pelos demais agentes estatais, quer como atividade de controle externo, contexto em que é desempenhado pelo Ministério Público, pelos Tribunais de Contas e pela própria sociedade, quando impugna a validade de atos praticados em sede administrativa e judicial. Assim, não vemos sentido em propor, pelo menos em um trabalho jurídico, que a resolução do problema passa pelo afastamento/desconsideração da rigidez conferida pelo legislador ao procedimento empregado nas licitações e contratações públicas.

Disso decorre a nossa opção por enfrentá-lo sob perspectiva distinta, aderente ao método aplicado às pesquisas realizadas no âmbito da Ciência do Direito, que toma como objeto de análise as regras e princípios que compõem o ordenamento, e que por isso não admite a formulação de hipóteses teóricas tendentes à subversão dos seus conteúdos⁴. Feito esse corte metodológico, dedicamo-nos a investigar se o problema po-

³ LIMA, Rui Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 22.

⁴ O objeto de análise da Ciência do Direito são as normas (regras e princípios) que compõem o ordenamento. Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 79-119. Podendo ser estendido, ainda, ao modo como essas regras e princípios são aplicados. Sobre o assunto, REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 64-65; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática na comunicação normativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 114; DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica: norma jurídica e aplicação do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 198-199; MADUREIRA, Claudio. A ciência jurídica e sua função social. *Derecho y Cambio Social*, v. 42, p. 01-12, 2015. Disponível em: http://www.derechoycambiosocial.com/revista042/A_CIENCIA_JURIDICA_E_SUA_FUN%C3%87AO_SOCIAL.pdf Acesso em: 01 set. 2021. Nesse sentido, eventual crítica ao texto normativo aprovado pelo Parlamento (por exemplo para efeito de afirmar que o legislador foi tímido quanto a certo ponto da norma construída, ou que não concebeu a melhor solução normativa para a resolução dos problemas enfrentados) soaria como desrespeito, ou abandono, por parte do pesquisador, ao seu objeto de análise. Esse tipo de crítica seria adequado, por exemplo, em trabalhos construídos no âmbito da Ciência Política, que têm por objeto de análise é a atividade desenvolvida pelo Parlamento. Todavia, a admissibilidade da sua inserção em trabalhos jurídicos corresponderia a aceitar, *mutatis mutandi*, que pesquisadores do campo da Biologia pudessem se valer da sua Ciência para criticar a natureza (por exemplo, para dizer que a grama

deria ser solucionado (ou, quando menos, ter os seus efeitos minimizados) mediante reformulação do modo como os processos de licitação e de contratação pública são conduzidos pela Administração. Em específico, desejamos induzir a compreensão de que o rigor procedimental que os caracteriza pode ser flexibilizado nos casos concretos, de modo a produzir eficiência, mediante utilização de ferramentas próprias do Modelo Brasileiro de Processo.

2 Notas sobre a doutrina da processualidade do direito administrativo

Em rigor, não há muita novidade nessa proposta teórica, há muito sustentada, no plano da Ciência, por autores da envergadura de José Cretella Júnior⁵, de Adilson Dallari e Sérgio Ferraz⁶, de Marçal Justen Filho⁷, de Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁸ e, sobretudo, de Odete Medauar⁹, que discorreram, cada qual a seu modo, sobre a processualidade do Direito Administrativo.

Essa doutrina jurídica ancora-se na compreensão segundo a qual o processo administrativo é o modo natural de atuação da Administração Pública¹⁰. Na perspectiva teórica por ela adotada, a atividade administrativa (como a atividade jurisdicional) tem caráter processual¹¹.

Essa construção teórica busca inspiração no magistério de Elio Fazzalari, processualista italiano que qualifica o *processo* como *procedimento em contraditório*¹².

A propósito, Odete Medauar leciona que Fazzalari¹³ descreve o processo como estrutura em que se desenvolvem numerosas atividades de direito público, entre elas as atividades desempenhadas pela Administração Pública (atividades administrativas), insertas, no plano da Ciência, no campo de interesses do Direito Administrativo¹⁴. Por isso, para Medauar¹⁵, o Direito Administrativo não se limita a disciplinar os atos finais que resultam do exercício da atividade administrativa (decisões/atos administrativos), porque também disciplina a realização de uma série de atividades preparatórias, organizadas em sequência (procedimento), e que servem de estrutura (ou instrumento¹⁶) para a construção das interpretações jurídicas¹⁷ que possibilitam a

deveria ser azul, e não verde), ou que as pesquisas desenvolvidas no campo da Medicina poderiam apontar como conclusão científica válida a afirmação de que há um equívoco na formação do corpo humano (de modo a propor, ainda exemplificativamente, que o homem deveria ter dois corações).

⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do processo administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

⁶ DALLARI, Adilson; FERRAZ, Sérgio. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁹ MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

¹⁰ Afinal, na lição de Cintra, Grinover e Dinamarco, o processo é instrumento para o legítimo exercício do poder e, por isso, está presente em todas as atividades estatais CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 302.

¹¹ MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 88.

¹² FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

¹³ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1975.

¹⁴ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 286.

¹⁵ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 286.

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

¹⁷ Administrar, no âmbito estatal, significa aplicar o Direito ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 173; MARTINS, Ricardo Marcondes. Arbitragem e administração pública: contribuição para o sepultamento do tema. *Interesse Público*, v. 12, n. 64, p. 85-104, nov./dez. 2010. p. 200. Todavia, o Direito de nosso tempo é flexível; seja porque os textos normativos que o compõem comportam conceitos jurídicos indeterminados, a suscitar, inclusive, a distinção teórica entre regras e princípios; seja porque admite a interferência da jurisdição constitucional, que autoriza o afastamento da aplicação de leis consideradas inconstitucionais, e também da aplicação de leis constitucionais cuja incidência casuística viole a Constituição (duplo juízo de constitucionalidade), que tem incidência muito acentuada no regime brasileiro, que admite, ao lado do controle direto (ou concentrado) da constitucionalidade das leis, também o controle indireto (ou difuso), exercido porque todo e qualquer integrante do Poder Judiciário (processos judiciais) e (num plano mais geral) pelos demais

sua realização (desses atos finais) e que em geral se encerram (essas atividades preparatórias que compõem o procedimento) com o seu surgimento (desses atos finais) na esfera administrativa.

Porém, a doutrina da processualidade do Direito Administrativo não se restringe a relacionar o Direito Administrativo ao *procedimento* que antecede à formação dos atos administrativos. Em sintonia com o pensamento de Fazzalari, seus adeptos *diferenciam o processo administrativo* (compreendido como procedimento em contraditório) *do procedimento que o estrutura* (compreendido como simples encadeamento de atos). Diversamente do que acontece quando essas atividades preparatórias são tomadas como simples elos de um procedimento, no processo administrativo os sujeitos processuais (Administração, administrados, etc.) têm a oportunidade de participar (contraditório formal¹⁸) e influenciar¹⁹ (contraditório material²⁰) a produção dos atos finais praticados pela Administração. Quando assume esses contornos, a produção dos atos administrativos ultrapassa o caráter introspectivo que caracteriza a atividade estatal dissociada da incidência

intérpretes no contexto de sua atuação no âmbito do processo (quando formulam pretensões, quando resistem a pretensões formuladas por seus adversários, quando interpõem recursos, etc.) ou fora dele (quando formam suas respectivas opiniões sobre como o Direito deve ser aplicado), inclusive daqueles (intérpretes) que atuam na esfera administrativa. O que com isso queremos dizer é que, se é verdade que a atividade administrativa guarda estrita vinculação com o Direito, também é certo que o seu exercício também pressupõe, dado o caráter flexível assumido pelo Direito, a interpretação dos seus enunciados prescritivos. MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 118-122; MADUREIRA, Claudio. *Advocacia pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 301-303.

¹⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1. p. 78-79.

¹⁹ Como expusemos em nota anterior, administrar, no âmbito estatal, significa aplicar o Direito. Ao ensejo, recobramos a lição de Humberto Ávila, para quem “a Administração não possui autonomia da vontade”, devendo, portanto, “executar a finalidade instituída pelas normas jurídicas constantes na lei dando-lhes ótima aplicação concreta”. Em suas próprias palavras, “a administração não exerce atividade desvinculada, mas apenas exerce, nos fundamentos e limites instituídos pelo Direito, uma função”. ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 173. Nesse mesmo sentido se posiciona, em doutrina, Ricardo Marcondes Martins, quando acentua que o regime privado, porque “baseado na liberdade individual e na autonomia da vontade, na assegurada possibilidade de busca de interesses egoísticos”, incompatibiliza-se “com a natureza do Estado, que, por definição, é um ente instrumental”, isto é, “existe para o cumprimento de uma função, vale dizer, para a busca do bem comum, para a concretização do interesse público” MARTINS, Ricardo Marcondes. Arbitragem e administração pública: contribuição para o sepultamento do tema. *Interesse Público*, v. 12, n. 64, p. 85-104, nov./dez. 2010. p. 200. Isso atrai para a atividade administrativa a incidência do dever de motivação adequada das decisões jurídicas, de que tratam os incisos IX e X do artigo 93 da Constituição da República, que impõem aos julgadores que demonstrem, por meio de motivação adequada, a conformidade das suas decisões com os textos normativos aplicados (vinculando-se, portanto, à ideia de legalidade), e possibilitam, ainda, que se confira a necessária transparência (ou publicidade) às razões de decidir (sem a qual não poderiam ser exercidos os direitos fundamentais dos jurisdicionados ao contraditório e à ampla defesa). Muito embora esses dispositivos não se apliquem diretamente à Administração Pública, a circunstância de os atos que ela pratica resultarem de tomadas de posição em sua gênese jurídicas, faz com que, na prática, também se possa impor às autoridades administrativas o dever de motivação adequada das suas decisões. Em primeiro lugar porque a motivação adequada é pressuposto necessário a que se estabeleça o necessário controle da juridicidade sobre os atos administrativos imposto à Administração e aos seus agentes pelo princípio administrativo da legalidade, positivado no *caput* do artigo 37 da Constituição Brasileira. Em segundo lugar porque a sua veiculação está intrinsecamente ligada à observância do princípio administrativo da publicidade, também extraído do mesmo dispositivo da Lei Maior, porque é a motivação que possibilita, nos casos concretos, a publicização dos motivos que levaram à prática de determinado ato administrativo. Em terceiro lugar porque se ela não for implementada nos processos administrativos, não serão atendidos, na casuística, os direitos ao contraditório e à ampla defesa, assegurados aos litigantes pelo inciso LV do artigo 5º da Carta de 1988 tanto nos processos judiciais quanto nos administrativos. Porém, é recomendável que, na ausência de critério normativo específico aplicável aos processos administrativos, os agentes estatais empreguem, para atingir esse objetivo, o modelo decisório positivado no parágrafo 1º do artigo 489 do Código de Processo Civil de 2015, seja porque os parâmetros contidos nesse dispositivo parecem ser mais adequados (tendo em vista a incidência dos princípios da isonomia, da impessoalidade e da segurança jurídica) para orientar as tomadas de posição na esfera administrativa do que as opiniões pessoais e individuais de cada agente estatal chamado a motivar os atos que pratica, seja porque a própria lei processual civil projeta, em seu artigo 15, a aplicação das suas disposições aos processos administrativos. Dele resulta que não se pode considerar adequadamente fundamentada (entre outras) a decisão que não enfrenta as razões deduzidas pelas partes no processo (CPC-2015, art. 489, p. 1º, IV), e que, portanto, entre nós a garantia do contraditório ultrapassa o direito de participar do processo (contraditório formal), para também alcançar o direito a influir nas decisões nele proferidas (contraditório material). DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 109. Sobre o assunto, ler também: MADUREIRA, Claudio. *Licitações, contratos e controle administrativo: descrição sistemática da Lei n.º 14.133/2021 na perspectiva do Modelo Brasileiro de Processo*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 500-502; MADUREIRA, Claudio. *Royalties de petróleo e Federação*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 194-195.

²⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1. p. 79.

do contraditório, que de igual modo é exercitada com a aspiração de conferir validade dos atos praticados pela Administração, mas num contexto em que a adequação desses atos ao Direito e aos fatos subjacentes à sua aplicação nos casos concretos é aferida sob a ótica exclusiva dos agentes estatais responsáveis pelo seu surgimento na esfera administrativa²¹. Por isso a atividade administrativa, quando estruturada pela doutrina da processualidade do Direito Administrativo, confere melhores resultados ao exercício da função administrativa, proporcionados pela abertura democrática e pluralista dos atos decisórios praticados nesse contexto aos vários pontos de vista, argumentos e interpretações dos fatos²².

3 Processo e procedimento administrativo na Lei n.º 14.133/2021

Esse modelo teórico parece ter sido adotado pela Lei n.º 14.133/2021.

Em primeiro lugar porque o seu Título II, que trata “Das Licitações”, inicia-se por capítulo dedicado (nas palavras do legislador) ao “Processo de Licitação”²³. *Muito embora a Lei n.º 8.666/1993 tenha utilizado essa mesma expressão* no parágrafo 5º do seu artigo 3º, no inciso XII do seu artigo 24 e no parágrafo 1º do seu artigo 40, *como regra as licitações vinham qualificadas em seu texto como simples procedimento*, conforme se verifica, a título de exemplo, do disposto no parágrafo único do seu artigo 4º, no parágrafo 3º do seu artigo 13, no inciso III do seu artigo 19, no seu artigo 38, no seu artigo 49, nos parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo 49, no seu artigo 50, no seu artigo 90, no seu artigo 93, no seu artigo 94 e no seu artigo 122, *essa lógica se inverteu na novatio legis*. Nela, apenas três dispositivos referem-se às licitações como procedimento. O primeiro deles é o inciso LX do artigo 6º, que define os agentes de contratação como as pessoas designadas pela autoridade competente para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, *dar impulso ao procedimento licitatório* e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação. O segundo é o seu artigo 8º, que prescreve que as licitações serão conduzidas por agentes de contratação, e que por isso reitera a definição feita pelo inciso LX do artigo 6º, dispondo tratarem-se das pessoas designadas pela autoridade competente para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, *dar impulso ao procedimento licitatório* e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação. E o terceiro e último deles é o artigo 147, que enuncia que, quando for constatada alguma irregularidade no *procedimento licitatório* ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou anulação do contrato pode ser evitada quando não atender ao interesse público. Porém, *todos esses preceitos se referem*, claramente, *ao procedimento do processo licitatório*, ou seja, ao encadearamento de atos praticados no curso daquele processo.

Em segundo lugar porque, como as licitações, também as contratações públicas são formalizadas, executadas e extintas, no novo regime normativo, no corpo de processos administrativos. A uma porque a Lei n.º 14.133/2021 assim o previu em diversos de seus dispositivos, de que são exemplo as previsões contidas (i) no *caput* de seu artigo 91, que estabelece que os contratos e seus aditamentos terão forma escrita e serão juntados ao *processo* que tiver dado origem à contratação, divulgados e mantidos à disposição do público em sítio eletrônico oficial, (ii) no parágrafo 4º do mesmo dispositivo, que prescreve que a Administração, antes de formalizar ou prorrogar o prazo de vigência do contrato, deverá verificar a regularidade fiscal do contratado,

²¹ Aliás, é por isso que, na prática, a processualidade do Direito Administrativo culmina por ampliar as chances de que as decisões administrativas subjacentes à prática desses atos finais da Administração venham a ser aceitas pelos interessados na sua prolação. A propósito, MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 109-124.

²² MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 88-89.

²³ Sobre a argumentação que se segue. MADUREIRA, Claudio. *Licitações, contratos e controle administrativo: descrição sistemática da Lei n.º 14.133/2021 na perspectiva do Modelo Brasileiro de Processo*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 139-141.

consultar o CEIS²⁴ e o CNEP²⁵, emitir as certidões negativas de inidoneidade, de impedimento e de débitos trabalhistas e juntá-las ao respectivo *processo*, (iii) no parágrafo 1º do artigo 122, que determina ao contratado que apresente à Administração documentação que comprove a capacidade técnica do subcontratado, para avaliação e juntada aos autos do *processo* correspondente, (iv) no *caput* do artigo 137, que preceitua que os motivos para extinção do contrato (especificados em seus incisos) deverão ser formalmente apresentados nos autos do *processo*, e (v) no parágrafo 1º do artigo 138, que condiciona a extinção do contrato (seja por ato unilateral da Administração, seja por consenso entre as partes) à autorização escrita e fundamentada da autoridade competente e reduzidas a termo no respectivo *processo*. A duas porque o legislador, quando se reportou, no texto da *novatio legis*, ao princípio do contraditório, não referiu apenas à sua incidência no processo licitatório; conforme podemos verificar (i) do texto do seu artigo 21, que disciplina a realização de audiência pública que possibilite a manifestação de todos os interessados, (ii) do parágrafo 3º do seu artigo 71, que condiciona a prolação de decisão sobre anulação ou revogação da licitação a prévia manifestação dos interessados, estendendo-o, ainda, aos processos administrativos voltados à formalização de contratações públicas, (iii) do que prescreve o seu artigo 137, que condiciona a extinção dos contratos administrativos à observância do contraditório e da ampla defesa, e (iv) dos seus artigos 157, 158 e 160, que aplicam essa garantia em matéria de atribuição de sanções a licitantes/contratados.

O que com isso queremos dizer é que o legislador promoveu relevante modificação no tratamento normativo conferido às licitações e contratações públicas. Com efeito, se no regime da Lei n.º 8.666/1993 elas eram encaradas como simples procedimentos, na lei nova elas passaram a assumir a conotação de autênticos processos administrativos.

4 Processo, procedimento e flexibilização do formalismo processual nos processos de licitação e contratação pública

A distinção entre processo e procedimento insere-se entre os objetos de análise do direito processual. Quanto ao particular, reportamo-nos ao magistério de Hermes Zaneti Júnior, para quem o processo “é o caminho para a realização com justiça do direito material resistido, controverso”, visto que é por meio dele que “fazemos a escrita, pelo poder estatal²⁶ da nova ordem jurídica, pacificando o conflito e entregando a cada um o que é seu²⁷”. Conforme Zaneti, o processo é compreendido, nessa perspectiva, como o *procedimento em contraditório*, portanto também em sintonia com o magistério de Elio Fazzalari²⁸; num contexto em que o contraditório “o qualifica não mais como gênero, mas sim como *espécie de procedimento*”²⁹; o que valoriza a participação dos interessados na formação da decisão e possibilita a efetiva realização do direito fundamental positivado no inciso LV do artigo 5º da Constituição da República, que enuncia, em literalidade, que aos litigantes, *em processo* judicial ou *administrativo*, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes³⁰.

²⁴ Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas.

²⁵ Cadastro Nacional de Empresas Punidas.

²⁶ Zaneti se reporta, nessa passagem, às decisões proferidas pelo Poder Judiciário, mas a sua fala também se aplica, por similitude de premissas, às decisões administrativas.

²⁷ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 204.

²⁸ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

²⁹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 190.

³⁰ Talvez por esse motivo o legislador tenha referido ao contraditório, no texto da Lei n.º 14.133/2021, em diversos de seus dispositivos; conforme se verifica, a título de exemplo, do seu artigo 21 (que disciplina a realização de audiência pública que possibilite a manifestação de todos os interessados), do parágrafo 3º do seu artigo 71 (que condiciona a prolação de decisão sobre anulação ou revogação da licitação à prévia manifestação dos interessados), do seu artigo 137 (que condiciona a extinção dos contratos administrativos à observância do contraditório e da ampla defesa) e dos seus artigos 157, 158 e 160 (que aplicam essas garantias em matéria

4.1 A doutrina do formalismo-valorativo como pano de fundo para a flexibilização procedimental almejada

A designação do processo como procedimento em contraditório³¹ guarda estrita relação com a *doutrina do formalismo-valorativo*, concebida no âmbito da escola processual gaúcha sob a liderança de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira³², adiante difundida, na mesma escola, por Daniel Mitidiero³³, e posteriormente assimilada, por influência de Zaneti, pela escola processual capixaba³⁴. Seu escopo, nas palavras de Alvaro de Oliveira³⁵, é o de “analisar a antinomia existente entre formalismo e justiça, buscando dar solução a esse afetivo problema que assola o direito processual”³⁶. Para tanto, o formalismo-valorativo (i) qualifica o processo como um direito do cidadão, o que faz incidir sobre as normas que o disciplinam o regime jurídico dos direitos fundamentais³⁷, (ii) defende a existência de um direito fundamental do jurisdicionado ao *processo justo*³⁸ e (iii) sustenta que o Direito é reconstruído (ou recriado) pelos intérpretes no contexto da aplicação dos textos normativos aos casos concretos (*justa aplicação do Direito*), mormente no ambiente processual, sob a mediação do formalismo que lhe é característico³⁹. Para seus adeptos, a realização da justiça no processo, porque

de atribuição de sanções a licitantes/contratados).

³¹ Na linha do que defende (em estudos relativos ao direito processual) o professor italiano Elio Fazzalari. FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006. (No âmbito administrativo, mas a partir do seu magistério) a doutrina da processualidade do Direito Administrativo (a propósito, cf., por todos, MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008).

³² Quanto ao particular, por todos: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

³³ A ensejo, a título de exemplo: MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

³⁴ Entre os trabalhos produzidos nesse âmbito sobre o formalismo-valorativo, cf., ainda exemplificativamente: MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. Salvador: JusPodivm, 2014; MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017; MADUREIRA, Claudio; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Formalismo-valorativo e o novo processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 42, n. 272, out. 2017; MADUREIRA, Claudio; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processos estruturais e formalismo-valorativo. In: SICA, Heitor et al. (org.). *Temas de direito processual contemporâneo: III Congresso Brasil-Argentina de Direito Processual*. Serra: Milfontes, 2019. v. 2. Nas palavras do autor: “[...] há, na obra de Claudio Madureira, uma curiosidade a ser ressaltada desde já, em especial quando anuncia que no Mestrado em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, Hermes Zaneti Júnior tem levado os ensinamentos de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, tendo, inclusive, sido influenciado pelo processualista gaúcho (hoje praticamente mais capixaba em suas atividades acadêmicas e profissionais) durante as aulas para assumir, na defesa de sua tese, referida fase cultural como sendo a que realmente explica o processo civil contemporâneo. Mas se existe uma vinculação entre o formalismo-valorativo e Hermes Zaneti, o que faria da Universidade Federal do Espírito Santo o berço de uma Escola de Processo? A resposta parece estar na linha de pesquisa que o Programa de Pós-Graduação em Direito oferece aos seus mestrados sobre Sistema de Justiça, Constitucionalidade e Tutela de Direitos Individuais e Coletivos, que propõe uma leitura do fenômeno processual atento às necessidades, por meio da judicialização dos conflitos sociais e coletivos, promovendo a justiça social, ou seja, o diferencial é o estudo da coletivização dos direitos e sua tutela”. JOBIM, Marco Felix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 122-123.

³⁵ A propósito, Zaneti relata que a expressão formalismo-valorativo foi cunhada por Alvaro de Oliveira em aula do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul no ano de 2004 ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 44.

³⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*, v. 11, n. 39, p. 15-36, jan./jun., 2006. p. 13.

³⁷ MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 77-79.

³⁸ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 44.

³⁹ Os intérpretes, quando aplicam o Direito, partem dos textos normativos, procurando adaptá-los às especificidades do ambiente fático que emoldura a contenda e, por vezes, temperando-os com os valores juridicizados pelo legislador no corpo dos princípios jurídicos. Sobre o relacionamento entre princípios e valores, Humberto Ávila leciona que “os valores constituem o aspecto axiológico das normas, na medida em que indicam que algo é bom e, por isso, digno de ser buscado ou preservado”, ao passo que os princípios “constituem o aspecto deontológico dos valores, pois, além de demonstrarem que algo vale a pena ser buscado, determinam que esse estado de coisas deve ser promovido”. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 95. Opera-se, pois, mais propriamente, um processo de reconstrução do direito positivo, sob a mediação dos fatos e dos direitos fundamentais (usualmente reproduzidos sob a forma de princípios jurídicos), com vistas à efetiva realização dos direitos e da justiça. A tecnologia empregada pelos formalistas-valorativos é ilustrada pela Teoria Circular dos

comporta a reconstrução normativa a cargo dos intérpretes (justa aplicação do Direito), também pressupõe a efetiva consideração (contraditório formal) e (mais do que isso) o necessário enfrentamento (contraditório material) das razões deduzidas no curso do procedimento pelos interessados na decisão que nele será proferida (processo justo). Conforme Zaneti, “é justamente no contraditório, ampliado pela Carta do Estado Democrático Brasileiro, que se irá apoiar a noção de processo democrático, o processo como procedimento em contraditório, que tem na sua matriz substancial a ‘máxima da cooperação’ (*Kooperationsmaxima*)”, num contexto em que ele (contraditório) surge “renovado, não mais unicamente como garantia do direito de resposta, mas sim como direito de influência e dever de debate”⁴⁰.

As circunstâncias de o processo se apresentar, dentro dessa perspectiva teórica, como direito fundamental dos interessados na formação da decisão - a quem interessa a aplicação do Direito com justiça (*justa aplicação do Direito*, assim compreendida aquela instrumentalizada em um *processo justo*⁴¹), e de essa decisão amparar-se em exercício de reconstrução (pelos intérpretes) do Direito positivado nos textos normativos (*aplicação de um Direito justo*⁴²) - demanda a configuração de um processo dialético, ou dialógico, que possibilite a legitimação democrática da decisão nos casos concretos (legitimação pelo procedimento). É que, conforme Alvaro de Oliveira, o *formalismo* (ou *forma* em sentido amplo) não deve ser confundido com a forma do ato processual individualmente considerado, porque “diz respeito à totalidade formal do processo”, na medida em que compreende

não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, a coordenação de sua atividade, a ordenação do procedimento e a organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais⁴³.

O *formalismo* visa, então, assegurar a consecução das finalidades do processo, com destaque para a proteção do interessado contra a prolação de decisões jurídicas arbitrárias (e, por isso mesmo, potencialmente injustas) que podem resultar da inclinação teórica quanto a competir aos juízes (no processo judicial) e a Administração (nos processos administrativos) solucionar os litígios sob a ótica introspectiva da sua percepção pessoal sobre os casos julgados, portanto num contexto em que aquele que decide não estaria obrigado a considerar e efetivamente enfrentar as razões apresentadas pelos interessados na prolação da decisão⁴⁴. To-

Planos (inicialmente designada por Zaneti como “Teoria da Relação Circular”; a propósito. ZANETI JÚNIOR, Hermes. Direito material e direito processual: relações e perspectivas. *Revista Processo e Constituição* - Cadernos Galeno Lacerda de Estudos de Direito ProcessualConstitucional, Porto Alegre, v. 1, p. 245-278, 2004. p. 248), segundo a qual “o processo deve partir do direito material, da realidade substancial, e ao direito material deve voltar”. MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 70. O que Zaneti acentua, nesse contexto, é que “o processo devolve (sempre) algo diverso do direito material afirmado pelo autor, na inicial, algo que por sua vez é diverso mesmo da norma expressa do direito material positivado”, de maneira “que entre o processo e o direito material ocorre uma relação circular”, segundo a qual “o processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva é necessário que seja servido por ele”. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 204-205. Disso resulta, “que o direito processual é essencial ao direito material, assim como esse é igualmente fundamental àquele”. MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 71. Afinal, “sem o direito material, o processo civil simplesmente não teria função alguma”, enquanto que “sem o direito processual, o direito material não conseguiria superar eventuais crises na sua realização”. MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 71; MADUREIRA, Claudio. Recasens Siches e a aplicação do direito a partir da interação entre norma, fato e valor. *Derecho y Cambio Social*, n. 40, abr. 2015.

⁴⁰ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 191-192.

⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

⁴² Que a diferencia do instrumentalismo. MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 50-54.

⁴³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*, v. 11, n. 39, p. 15-36, jan./jun., 2006. p. 14.

⁴⁴ A propósito, Daniel Mitidiero acentua que contraditório “não se cinge mais a garantir tão somente a bilateralidade da instância, antes conferindo direito, tanto ao demandante como ao demandado, de envidar argumentos para influenciar na conformação da decisão judicial”. MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 37. Assim, para esse professor gaúcho, o contraditório é mais do que uma simples norma de igualdade formal, pois assume “papel central

davia, o processo não deve ser encarado, nessa perspectiva, como ato formal e inflexível (*forma*), mas como *formalidade* indispensável a regular e orientar o procedimento. É que ele (processo) não é fim em si mesmo, exatamente porque, em seu curso, a “forma serve como garantia, e não amarra da justiça”⁴⁵.

4.2 A adstrição do Modelo Brasileiro de Processo à doutrina do formalismo-valorativo e a viabilidade da extensão da sua aplicação aos processos que encartam licitações e contratações públicas

Conforme já se observou em doutrina⁴⁶, esse modelo de processo parece ter sido assimilado pelo Código de Processo Civil de 2015, que estabelece, entre outras coisas, que *se considera desprovido de regular fundamentação* o ato decisório (seja ele uma decisão, uma sentença ou um acórdão) (i) que *deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente por elas invocado* e que seja aplicável ao caso (ausência de distinção) e não tenha sido superado (art. 489, p. 1º, VI⁴⁷), aderindo, portanto, à proposição teórica quanto a ser viável a reconstrução dos textos legais pelos intérpretes/operadores do Direito, com o propósito de promover a sua justa aplicação nos casos concretos, e também aquele (ii) que *não enfrenta todos as razões deduzidas pelas partes* no processo (art. 489, p. 1º, IV⁴⁸), condicionando a validade do direito aplicado não apenas à participação dos interessados na decisão (contraditório formal), mas também à sua efetiva capacidade de influir no resultado do processo (contraditório material).

Por esse motivo, e considerando que a atividade administrativa é (ou pelo menos deveria ser) exercitada no curso de processos administrativos (tendo em vista a construção teórica que sobressai da doutrina da processualização do Direito Administrativo), inclusive aquela desenvolvida nas licitações e contratações públicas (dada a adesão da Lei n.º 14.133/2021 a esse modelo teórico), e considerando que o artigo 15 da lei

na experiência do processo, cujo resultado não pode ser outro que não um ‘ato de três pessoas’, como um autêntico ambiente democrático e cooperativo” MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 37-38. Conforme Mitidiero essa acepção renovada do contraditório é resultado da consolidação da “dimensão ativa do caráter fortemente problemático do direito contemporâneo, constatação hoje igualmente corrente, e da complexidade do ordenamento jurídico atual”. MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 37. E induz a compreensão de que a tarefa dos juízes, quanto ao particular, não se exaure na iniciativa de oportunizar às partes uma manifestação no processo, abarcando, também (e principalmente), a imposição a que, na motivação de suas decisões, efetivamente considerem e enfrentem as razões apresentadas. Seguindo no raciocínio, tem-se que a extensão e a profundidade da motivação construída pelo magistrado para justificar a sua decisão é também decorrência do princípio do contraditório.

⁴⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 49. Ele funciona, precisamente em razão do formalismo que lhe é característico, como mecanismo de controle da atividade decisória, já que, em seu corpo, instaura-se uma relação dialética entre as partes reciprocamente e entre elas e aquele que decide, no curso da qual o julgador e os contendores conjugam seus esforços no sentido da justa aplicação do Direito, equilíbrio que, segundo Zaneti, somente é possível “em um quadro institucional que constringe à ‘disponibilidade para a cooperação’, marcada por ‘regras do jogo’ previamente delimitadas e objetivando resultados não-conceituais, à medida que podem ser aceitos pelos participantes por razões diferentes”. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 168. Daí a afirmação, pelos adeptos do formalismo-valorativo, em referência ao processo judicial (objeto de suas reflexões no campo do Direito Processual), de que um modelo ideal de processo seria aquele em que o julgador é *paritário no diálogo* (assumindo, assim, uma postura democrática frente ao processo, o que pressupõe a consideração e o efetivo enfrentamento de das razões apresentadas pelas partes em suas manifestações processuais) e *assimétrico apenas na decisão* (o que significa dizer que ele, após considerar e enfrentar as razões apresentadas por uma e outra parte, deverá apresentar uma solução para o litígio). MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 64-65. Ambiente dialógico que, para além de prevenir o arbítrio estatal no campo da aplicação do Direito, fomenta as condições necessárias a que os interessados reconheçam a justeza da decisão prolatada, o que converte o processo, sob a mediação do formalismo que lhe é característico, em um verdadeiro instrumento da justiça.

⁴⁶ MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

⁴⁷ CPC-2015. “Art. 489 [...]§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] 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”.

⁴⁸ CPC-2015. “Art. 489 [...]§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.

processual dispõe, textualmente, sobre a aplicação dos seus preceitos também aos processos administrativos⁴⁹, a conclusão que se impõe é que o caráter dialético do modelo de processo por ela instituído (propiciado pela incidência do princípio processual do contraditório), quando conjugado à compreensão de que o Direito de nosso tempo é flexível (e que por isso comporta reconstrução normativa pelos intérpretes no campo da sua aplicação) e de que a Constituição Brasileira confere ao cidadão direito subjetivo ao processo justo (procedural due process⁵⁰) e à justa aplicação do Direito (substantive due process⁵¹), pode ser empregado, nos casos concretos, para flexibilizar o rigor procedimental a que se atribui, no plano dos fatos, a ineficiência das licitações e contratações públicas.

4.3 Algumas ferramentas jurídicas que sobressaem do Modelo Brasileiro de Processo

Nesse campo, tem especial importância a incidência do princípio processual da instrumentalidade das formas, que enuncia que “nem todo vício é capaz de preordenar a nulidade do processo” (inclusive dos processos administrativos relativos a licitações e contratações públicas) “ou de qualquer dos seus atos” (praticados, na hipótese analisada, com o propósito de possibilitar a seleção de licitantes e a formalização/execução das contratações públicas)⁵². Esse princípio, nas palavras de Enrico Tullio Liebman, subordina a invalidade de um ato processual não à simples inobservância da forma, mecanicamente constatada, mas à relação, apreciada por caso, entre o vício e a finalidade do ato⁵³. Disso resulta a observação de José Roberto dos Santos Bedaque no sentido de que, em vista da sua incidência, “toda vez que um ato processual, não obstante praticado em desconformidade com o modelo legal, atingir o seu escopo, a nulidade não deve ser declarada”; precisamente porque, como dispôs adiante o processualista, “o princípio da legalidade das formas e a necessidade de observância às regras do procedimento são garantia do resultado do processo”; pelo que, “se este for alcançado, deixa de ter relevância o não atendimento à forma”⁵⁴.

A instrumentalidade das formas pode ser empregada (como ferramenta jurídica) para a resolução de problemas relativos a licitações e contratos quando se cogita (por exemplo) da convalidação de atos praticados na esfera administrativa, amplamente admitida pela tradição jurídica em caso de nulidade relativa⁵⁵; pos-

⁴⁹ CPC-2015. “Art. 15 - Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

⁵⁰ Relacionada à tutela processual, NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 37. Portanto à estruturação de um processo justo. MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 35-56.

⁵¹ Relacionado ao direito material ou, mais especificamente, à “tutela daqueles direitos por meio do processo judicial ou administrativo”. NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 37. Portanto à justa aplicação do Direito MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 57-91.

⁵² A propósito, confira-se, por todos: BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 03-33.

⁵³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1. p. 328.

⁵⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 113.

⁵⁵ No ponto, é importante recobrar a distinção teórica entre atos nulos, inexistentes e anuláveis. Os atos nulos são aqueles que nascem com vício insanável, porque não são passíveis de correção pela Administração, e por isso (como regra) não produzem efeitos. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 461. Os atos inexistentes, por sua vez, são aqueles que possuem um vício gravíssimo na sua formação, e por isso não produzem (jamais) efeitos jurídicos. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 480-481. Já atos anuláveis são aqueles que apresentam vícios sanáveis (ou seja, passíveis de correção/convalidação). CARVALHO, Mateus. *Manual de direito administrativo*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 307. Assim, em princípio, apenas seria viável o retorno para saneamento de atos portadores de vícios sanáveis, portanto de atos anuláveis, associados por Marçal Justen Filho ao conceito de nulidade relativa, que “ocorre quando o defeito afeta interesses disponíveis de sujeitos específicos”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 461.

sibilidade teórica que foi estendida pela Lei n.º 14.133/2021 (art. 147⁵⁶ e p. único⁵⁷ c/c art. 148⁵⁸) mesmo a atos contaminados por nulidade absoluta, quando a sua preservação, com conseqüente afastamento da decretação da nulidade do ato, configurar medida de interesse público⁵⁹. Porém, em uma e outra situação, questão relevante que se coloca é saber quando o ato portador de vício que em tese pode caracterizar nulidade absoluta ou relativa deve ser anulado e quando ele deve ser preservado. Muito embora essa pergunta apenas possa ser efetivamente respondida na casuística, mediante a consideração das especificidades de cada caso concreto, *a incidência do princípio da instrumentalidade das formas permite definir, de antemão, que a convalidação cogitada pressupõe que do vício apontado (irregularidade) não resultem prejuízos* (para os casos de nulidade relativa) *que não possam ser sanados pela indenização cogitada pelo texto da Lei nº 14.133/2021* (para os casos de nulidade relativa suprível pela invocação do interesse público). Afinal, também decorre desse princípio processual a imposição a que se pronuncie a nulidade de ato processual quando o vício apontado ocasionar prejuízo a uma das partes (*pas nullité sans grief*)⁶⁰.

Porém, a verificação, em concreto, de que da flexibilização do formalismo processual não resultará prejuízo aos interessados na decisão *de igual modo demanda a potencialização dos efeitos da incidência*, nas licitações e contratações públicas, *do princípio processual do contraditório*⁶¹ e, sobretudo, *da sua conjugação ao princípio processual*

⁵⁶ Lei n.º 14.133/2021. “Art. 147. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos: [...]”.

⁵⁷ Lei n.º 14.133/2021. “Art. 147 [...] Parágrafo único. Caso a paralisação ou anulação não se revele medida de interesse público, o poder público deverá optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis”.

⁵⁸ Lei n.º 14.133/2021. “Art. 148. A declaração de nulidade do contrato administrativo requererá análise prévia do interesse público envolvido, na forma do art. 147 desta Lei, e operará retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que o contrato deveria produzir ordinariamente e desconstituindo os já produzidos”.

⁵⁹ Todavia a Lei n.º 14.133/2021 determina, mesmo para as situações em que a irregularidade for insanável, que a decisão da Administração sobre suspensão/nulidade do contrato somente seja adotada quando se revelar medida de interesse público (art. 147, *caput*). Para tanto, a Administração deve considerar, em sua avaliação, os impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato (art. 147, I), os riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato (art. 147, II), a motivação social e ambiental do contrato (art. 147, III), o custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas (art. 147, IV), as despesas necessárias à preservação das instalações e dos serviços já executados (art. 147, V) e à desmobilização e ao posterior retorno às atividades (art. 147, VI), as medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados (art. 147, VII), o custo total e o estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas (art. 147, VIII), o fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação (art. 147, IX), o custo para a realização de nova licitação ou celebração de novo contrato (art. 147, X) e o custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação (art. 147, XI). Se, em vista desses elementos, verificar que a paralisação/anulação não se revela como medida de interesse público, a Administração deverá optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis (art. 147, p. único). Dispondo desse modo, *o legislador admite que sejam sanadas* (embora com consequências adicionais, como a indenização, a apuração de responsabilidades e a aplicação de penalidades) *inclusive irregularidades que originalmente seriam insanáveis, porque resultam da prática de atos nulos*. O instrumento por meio do qual um ato administrativo tem a sua regularidade sanada é a *convalidação*, qualificada por Celso Antônio Bandeira de Mello como “suprimento da invalidade de um ato com efeitos retroativos”; mas que apenas é admitida “quando o ato possa ser produzido validamente no presente”, ou seja, quando “o vício não seja de molde a impedir reprodução válida do ato”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 473-474. Sobre o assunto, ler também: MADUREIRA, Claudio. *Licitações, contratos e controle administrativo: descrição sistemática da Lei n.º 14.133/2021 na perspectiva do Modelo Brasileiro de Processo*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 435-442.

⁶⁰ MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 50-51.

⁶¹ O princípio do contraditório sobressai do próprio texto constitucional, que assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (CRFB, art. 5º, LV), mas também encontra previsão no Código de Processo Civil de 2015, mais especificamente no seu artigo 7º, que confere às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, impondo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório, no seu artigo 9º, que proíbe a prolação de decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida (direito de ser ouvido, que remete ao contraditório formal) e do inciso IV do parágrafo 1º do seu artigo 489, que considera inadequadamente fundamentada a decisão que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (direito de influir na resolução do problema, que remete ao contraditório material). Tamaña foi a preocupação do legislador processual em conferir semelhante caráter dialético ao modelo de

da cooperação⁶². Com efeito, pode acontecer, ainda tendo em vista o exemplo anteriormente enunciado, de a sanatória do vício depreendido no ato praticado (convalidação) obstar o exercício do contraditório.

Imaginemos, ainda exemplificativamente, que a Administração tenha se esquecido de especificar no edital da licitação que a contratação almejada, voltada à execução de obra de engenharia de grande vulto, observará o disposto no artigo 102 da Lei n.º 14.133/2021, que estabelece que “o edital poderá exigir a prestação da garantia na modalidade seguro-garantia e prever a obrigação de a seguradora, em caso de inadimplemento pelo contratado, assumir a execução e concluir o objeto do contrato” (cláusula de retomada⁶³). Uma vez apresentadas as propostas, a Administração, se tiver interesse em se beneficiar desse permissivo legal (a conclusão da obra pela seguradora certamente se apresenta como solução mais célere do que a realização de nova licitação), precisará republicar o edital, seja para que todos os licitantes tenham a oportunidade de retificar as suas propostas (de modo a adaptá-las ao cumprimento da exigência consistente na prestação de garantia na modalidade seguro-garantia) e reapresentá-las no curso do processo licitatório, seja para que outros prestadores possam avaliar a possibilidade de também participar do certame (tendo em vista, dessa feita, a sua nova conformação). A adoção desse cuidado é impositiva por força da conjugação da autorização normativa contida no artigo 147 da Lei n.º 14.133/2021 (que possibilita a convalidação de atos praticados em processos de licitação e contratação pública como forma de atender ao interesse público) aos princípios processuais da instrumentalidade das formas (que admite a convalidação do ato, mas apenas quando não houver prejuízo aos interessados) e do contraditório (que impõe a republicação do edital, com a conseqüente reabertura do prazo para apresentação de propostas, de modo a que todos os interessados possam participar do certame e influir no seu resultado).

Todavia, pode acontecer, pelo menos no plano das cogitações, de licitantes cujas propostas originais comportaram garantia na modalidade de seguro-garantia com cláusula de retomada (Lei n.º 14.133/2021, art. 102), e que por isso foram precificadas tendo em vista a apresentação dessa específica modalidade de garantia, pretenderem impugnar, em sede administrativa ou judicial, a republicação do edital (que possibilitaria a reapresentação de propostas por seus concorrentes), à consideração de que melhor atenderia à finalidade pública almejada (concluir a contratação, e com a garantia da fruição, pela Administração, da possibilidade de a seguradora terminar a obra) e (por conseguinte) o interesse público reclamado pelo artigo 147 da Lei n.º 14.133/2021, o aproveitamento das propostas anteriormente apresentadas que atenderem às especificidades exigidas no novo edital publicado, com o afastamento da possibilidade de reapresentação de propostas pelos licitantes que ofertaram outras modalidades de garantia e da apresentação de novas proposta por licitantes que não compareceram por ocasião do vencimento do prazo especificado no primeiro edital. A

processo adotado a partir da edição do código de 2015 que vedou aos julgadores a prolação de decisões sobre fundamentos (CPC-2015, art. 10) e fatos (CPC-2015, art. 493, p. único) sobre as quais não se tenha dado ao interessados oportunidade de se manifestar, impondo-lhes que os ouçam antes de proferir decisão que os considere, de modo a que mesmo as razões que não foram deduzidas no processo precisem ser enfrentadas por quem decide.

⁶² Por sua vez, o princípio da cooperação encontra assento no artigo 6º da lei processual civil, que enuncia que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. Esses princípios processuais (contraditório e cooperação) guardam íntima relação com a garantia do contraditório. Afinal, da conjugação entre eles resulta não apenas que os interessados na resolução do conflito devem dialogar para a obtenção de uma decisão justa (contraditório), mas, sobretudo, que devem fazê-lo cooperando entre si, como forma de contribuir para que a resolução do problema seja obtida de forma justa e efetiva, e em tempo razoável. A propósito, cf. (DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Ir. DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. (coord.). Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: JusPodivm, 2013; ZANETTI JÚNIOR, Hermes. CPC/15: o Ministério Público como instituição de garantia e as normas fundamentais processuais. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional*, v. 2, p. 101-166, 2017. Em sentido contrário MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Sobre a dissensão entre os autores, PIMENTA, Henrique de Souza. *A cooperação no CPC-2015: colaboração, comparticipação ou cooperação para o processo?* 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2018. Disponível em: http://portais4.ufes.br/posgrad/teses/tese_12175_Henrique%20de%20Souza%20Pimenta.pdf. Acesso em: 9 set. 2021.

⁶³ Lei n.º 14.133/2021. “Art. 99. Nas contratações de obras e serviços de engenharia de grande vulto, poderá ser exigida a prestação de garantia, na modalidade seguro-garantia, com cláusula de retomada prevista no art. 102 desta Lei, em percentual equivalente a até 30% (trinta por cento) do valor inicial do contrato” (grifos nossos).

toda evidência, o deferimento desse pleito iria de encontro ao que prescreve o inciso XXI do artigo 37 da Constituição da República (que estabelece, entre outras coisas, que, “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*”), além de se contrapor aos princípios processuais da instrumentalidade das formas (porque o aproveitamento das propostas, nos moldes cogitados, traria prejuízos aos demais interessados) e do contraditório (porque nesse caso os demais interessados seriam impedidos de participar do processo licitatório e de influenciar no seu resultado). No entanto, soma-se a esses elementos normativos, a orientar a rejeição de hipotética impugnação administrativa ou judicial da republicação do edital, o princípio processual da cooperação, que, adaptado ao nosso objeto de análise, impõe aos licitantes que cooperem entre si para a obtenção das melhores condições de contratação pela Administração (finalidade pública), resultado que, entre nós, deve ser obtido, por taxativa opção constitucional (art. 37, XXI), por meio de ampla concorrência entre os interessados.

De igual modo podem ser operativos, nesse contexto, a extensão da vinculatividade do modelo de precedentes (que minimiza a configuração de dissensos sobre como o Direito deve ser aplicado nos casos concretos) e o desenvolvimento de atividade probatória (inclusive pela via da sua produção antecipada, quando isso se fizer necessário para a formação de consensos sobre a matéria fática)⁶⁴ à esfera administrativa, e a adoção, nesse contexto, do modelo decisório concebido pelo legislador processual (que confere maior transparência às tomadas de posição, minimizando as chances de que se configure, na casuística, a perpetuação de dissensos sobre a matéria fática e sobre como o Direito deve ser aplicado)⁶⁵.

Enfim, a admissão, pelas razões dantes expostas, de que as licitações e contratações públicas são instrumentalizadas no curso de autênticos processos (compreendidos como procedimentos em contraditório), e não como simples procedimento (compreendidos como tão somente como sequência de atos voltados à produção de um resultado), confere aos intérpretes/operadores do Direito vasta gama de ferramentas jurídicas há muito aplicadas, no âmbito do Direito Processual Civil, para obter a flexibilização do rigor procedimental quando dele resulta embaraços à realização do direito material.

5 À guisa de conclusão: licitações, contratos e controle administrativo

Essas considerações, relativas à doutrina da processualidade do Direito Administrativo (segundo a qual o processo administrativo é o modo natural de atuação da Administração Pública⁶⁶), à assimilação das suas premissas pela Lei n.º 14.133/2021 (promovendo relevante mudança de paradigmas com relação ao regime normativo revogado) e à doutrina do formalismo-valorativo (que defende a flexibilização do formalismo processual como forma de possibilitar a realização do direito material deduzido no processo), *orientam conclusão no sentido de que a utilização de ferramentas jurídicas extraídas do Modelo Brasileiro de Processo tem a funcionalidade de possibilitar a flexibilização do rigor procedimental a que se atribui a ineficiência das licitações e contratações públicas.*

Porém, também é preciso atentar, nesse âmbito, a outro problema frequentemente relatado por contratantes e licitantes/contratados no mundo fenomênico como fator de desestímulo à ineficiência das aquisições públicas, consistente no relacionamento entre eles próprios (na condição de controlados) e os controladores, com destaque para a atuação do Ministério Público e dos Tribunais de Contas. O que em geral

⁶⁴ MADUREIRA, Claudio; ARAÚJO, Carlos André Luís; RODOR, Fernanda Medeiros e Riveiro. Autocomposição e ferramentas jurídicas. In: CAMPOS, Adriana Pereira et al. *Perspectivas jurídicas: estudos em homenagem aos 30 anos de magistério de Francisco Vieira Lima Neto*. Vitória: Edição dos Organizadores, 2021.

⁶⁵ MADUREIRA, Claudio. *Licitações, contratos e controle administrativo: descrição sistemática da Lei n.º 14.133/2021 na perspectiva do Modelo Brasileiro de Processo*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 70-83.

⁶⁶ Afinal, na lição de Cintra, Grinover e Dinamarco, o processo é instrumento para o legítimo exercício do poder e, por isso, está presente em todas as atividades estatais. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 302.

se denuncia nesse contexto é a configuração de irrefletida *confusão entre erro jurídico e infração administrativa*, a suscitar a responsabilização pessoal de agentes públicos e privados por simples divergência de interpretação jurídica⁶⁷. Como decorrência disso, tornou-se cada vez mais difícil a atração, para ocupar posições de comando na gestão pública, de profissionais que se destacam por sua atuação anterior na iniciativa privada e/ou no meio acadêmico, que em muito poderiam contribuir para o aprimoramento da máquina administrativa.

Com efeito, são cada vez mais frequentes entre nós relatos de ex-gestores que se arrependem de ter atendido ao chamado da Administração, à consideração de que esse tipo de experiência, para além de os submeter a políticas remuneratórias pouco atrativas⁶⁸ para profissionais de ponta⁶⁹, ainda atrai o risco (muitas vezes concretizado) de precisarem responder, e com recursos próprios, pelos custos financeiros (a contratação de advogados envolve gastos significativos) e pessoais (inerentes ao abalo do seu conceito profissional na sociedade) de eventualmente virarem réus em ações de improbidade administrativa (em geral propostas pelo Ministério Público) e/ou em processos instaurados pelos Tribunais de Contas (controle externo) tão somente porque não foram capazes de antecipar, ao tempo da prática de atos concretos (muitas vezes embasados em pareceres jurídicos proferidos no âmbito o controle interno⁷⁰) como os controladores sobre eles se posicionariam no futuro.

Esse estado de coisas de igual modo afeta o ambiente de negócios, visto que, como os agentes estatais, também os fornecedores do poder público e seus dirigentes podem ser alcançados pelos controladores, visto que o artigo 3º da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/1992) estende a aplicação das sanções nela previstas àqueles que, mesmo não sendo servidores/empregados públicos, induzam ou concorram para a prática do ato ímprobo ou que dele se beneficiem direta ou indiretamente. O que com isso queremos dizer é que a confusão entre erro jurídico e infração administrativa (por vezes depreendida no ambiente do controle administrativo) afeta os custos dos bens e serviços adquiridos, dada a incidência, também no ambiente privado, dos custos financeiros e pessoais/institucionais anteriormente referidos.

Abstraindo esse problema, embora sem excluí-lo do âmbito de nossas preocupações, também é fato que o rigor conferido pelo legislador (criticado por contratantes e licitantes/contratados, ainda que por razões distintas) jamais pareceu suficiente, sob a perspectiva dos controladores, a prevenir a contaminação de licitações e contratações públicas por atos de corrupção ou por desídia conducente à malversação de recursos públicos. É que a corrupção e a malversação de recursos em geral se associam (entre outras causas) ao superfaturamento dos preços dos bens e serviços adquiridos, que podem decorrer (inclusive) do direcionamento dos certames.

Ocorre que, mesmo sob esse enfoque a utilização de ferramentas processuais com o propósito de possibilitar a flexibilização do rigor procedimental atribuído pelo legislador às licitações e contratações públicas (nos moldes propostos neste trabalho) parece se apresentar como melhor saída para contratantes e licitantes/contratados. Afinal, da alternativa remanescente, consistente na manutenção desse rigor procedimental no ambiente administrativo, também poderá resultar, sob o ponto de vista dos controladores, infração ao

⁶⁷ A propósito, a título de exemplo: BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, ed. Esp., p. 203-224, 2018; MADUREIRA, Claudio. Limites e consequências da responsabilização de advogados públicos pareceristas por suas opiniões jurídicas. In: GAZOLA, Patrícia; CORREIA, Arícia Fernandes (org.). *Advocacia pública municipal do século XXI*. Rio de Janeiro: Ágora21, 2019; MADUREIRA, Claudio. Ilegitimidade da aplicação a agentes estatais de sanções fundadas em simples “erros jurídicos”. *Revista Quaestio Iuris*, v. 10, p. 2877-2903, 2017.

⁶⁸ Porque os vencimentos/subsídios pagos aos agentes estatais estão sujeitos a teto remuneratório.

⁶⁹ Não tratamos, aqui, da tradicional estratégia de aparelhamento da Administração, que consiste na ocupação de cargos públicos por apadrinhados dos governantes eleitos ou de integrantes do seu grupo político, mas da contratação pelo poder público de pessoas que se destacam no mercado por sua formação acadêmica e/ou por sua experiência profissional.

⁷⁰ A propósito, recobramos que a Lei n.º 14.133/2021 impõe a remessa do processo licitatório “o órgão de assessoramento jurídico da Administração” (leia-se: à Advocacia Pública) tão logo se encerre a sua fase de planejamento, para “controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação” (art. 53, *caput*), inclusive para efeito de manifestar sobre a juridicidade do edital de licitação (art. 53, p. 3º), e que essa atividade de controle jurídico é extensível a “contratações diretas, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços, outros instrumentos congêneres e de seus termos aditivos” (art. 53, p. 4º).

direito positivo, mais especificamente ao princípio administrativo da eficiência (CRFB, art. 37, *caput*), que se destina, na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a “alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público”⁷¹, e a imposição jurídico-normativa a que os agentes estatais não incorram em desvio de finalidade (Lei n.º 4.717/1965, art. 2º, “e”⁷²), verificado, nos precisos termos da lei (Lei n.º 4.717/1965, art. 2º, parágrafo único, “e”), quando eles praticam o atos visando fim diverso “daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência” (que consiste, no caso específico das licitações e contratações públicas, na aquisição dos bens e serviços necessários à prestação de serviços públicos, e não na adoção de posturas conservadoras voltadas à sua proteção pessoal contra eventuais investidas dos controladores). Enfim, como disseram Antônio de Barros e Cecéu na letra da canção “Homem com H”, por eles composta no início da década de 1979, mas celebrizada na voz de Ney Matogrosso em disco lançado em 1981, “*se correr o bicho pega, se ficar o bicho come*”.

Disso resulta a pertinência da investigação, no plano da Ciência, sobre quais caminhos podem ser trilhados pelos intérpretes/aplicadores do Direito para que do exercício do controle administrativo (atividade importantíssima e que, ademais, é indissociável da atividade administrativa) não resulte embaraços ao desenvolvimento eficiente e eficaz dos atos praticados pela Administração, em especial daqueles relativos a licitações e contratações públicas, objeto de nossas preocupações neste trabalho. Quanto ao particular, recobramos que a Lei n.º 14.133/2021 também disciplina o controle administrativo exercitado sobre os atos praticados nos processos de licitação e contratação pública⁷³; o que vincula os controladores aos mesmos dispositivos legais que embasam a atividade desenvolvida pelos contratantes quando se relacionam com os licitantes contratados, trazendo maior previsibilidade e segurança ao relacionamento entre eles; e possibilita, ainda, a utilização de ferramentas próprias do Modelo Brasileiro de Processo para orientar a estruturação dessa atividade de controle⁷⁴.

Posto isso, gostaríamos de, à guisa de conclusão, chamar a atenção para a imperiosa necessidade de que juristas (que atuam no plano da Ciência) e intérpretes (inseridos no campo da aplicação do Direito) voltem especial atenção para esse ponto. Afinal, se é verdade que os controladores estão submetidos, quanto às licitações e contratações públicas, às mesmas regras e princípios que disciplinam a atividade pública (a cargo dos contratantes) e privada (a cargo dos licitantes/contratados) desenvolvida pelos controlados, disso não resulta, por si só, a configuração, na prática, de relacionamento adequado e operativo entre eles. *Esse relacionamento*, que consideramos fundamental para a eficiência tanto das licitações e contratações públicas, quando do controle administrativo que sobre elas se estabelece com o propósito de combater atos de corrupção e a malversação de recursos públicos, *precisa ser construído dia após dia, mediante esforço conjugado de controlados e controladores*. Afinal, *se os contratantes e licitantes/contratados (controlados) necessitam de maior segurança para desempenhar as suas atividades* (consistentes, respectivamente, na seleção/contratação de fornecedores para a Administração e no fornecimento de bens e serviços para seus órgãos/entidades), *também os controladores almejam ter a segurança de que do relacionamento entre contratantes e licitantes/contratados (controlados) não resultarão atos de corrupção/malversação de recursos públicos*.

De nosso ponto de vista, o *caminho* para alcançarmos esse objetivo não pode ser outro que não o do *diálogo institucional*; de igual modo aderente à proposta teórica sustentada neste trabalho, na medida em que pressupõe a *substituição do ambiente de desconfiança que atualmente parece contaminar a relação entre controlados e controladores por um ambiente de efetiva cooperação*, a demandar, de parte a parte, a plena observância ao princípio processual do contraditório (imposto pelo constituinte inclusive para os processos administrativos, entre

⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

⁷² Lei n.º 4.717/1965. “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*” (grifos nossos).

⁷³ MADUREIRA, Claudio. *Licitações, contratos e controle administrativo: descrição sistemática da Lei n.º 14.133/2021 na perspectiva do Modelo Brasileiro de Processo*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 465-510.

⁷⁴ MADUREIRA, Claudio. *Licitações, contratos e controle administrativo: descrição sistemática da Lei n.º 14.133/2021 na perspectiva do Modelo Brasileiro de Processo*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

eles os processos de controle, e sem o qual não se cogita da configuração de diálogo entre os interessados na formação da decisão), ao princípio processual da instrumentalidade das formas (sem o qual não se cogita da realização do interesse público, ou do atendimento da finalidade pública, nos moldes reclamados pelo artigo 147 da Lei n.º 14.133/2021) e ao dever de fundamentação adequada das decisões jurídicas, que impõe aos intérpretes/operadores do Direito, a formação de consensos sobre matéria fática (cujo esclarecimento demanda efetiva atividade probatória, a ser exercida, inclusive, mediante produção antecipada de provas) e sobre como deve se dar a aplicação do Direito (em muito facilitada pela adoção, entre nós, de um modelo de precedentes). No entanto, isso é assunto para outro estudo.

Por ora, apenas nos interessa chamar levantar o problema, seja pela via da apresentação da proposta teórica encartada neste trabalho, voltada à flexibilização do rigor procedimental conferido pelo legislador às licitações e contratações públicas (problema de pesquisa), seja por meio deste registro, que ora realizamos apenas à guisa de conclusão, de que é viável/necessária a extensão dessa proposta teórica também para a resolução do problema relativo ao relacionamento entre controlados e controladores (que também compromete, pelas razões dantes expostas, a eficiência das aquisições públicas). Com efeito, como disse Ronald Dworkin em *O império do Direito*, “quanto mais aprendemos sobre o Direito, mais nos convencemos de que nada de importante sobre ele é incontestável”⁷⁵. Essa observação de Dworkin transporta para o ambiente jurídico conhecido aforismo atribuído a Sócrates, filósofo grego da Antiguidade, que, em vida, teria dito que (originalmente do latim) *ipse se nihil scire id unum sciat* (que significa, em tradução literal, “só sei que nada sei”), e que remete a conhecida máxima que governa o pensamento científico, que consiste em desconfiar das verdades absolutas (dogmas), porque elas criam obstáculo à ampliação das fronteiras da Ciência. Por esse motivo, longe de almejarmos apresentar respostas definitivas às indagações formuladas neste trabalho, ou construir única via interpretativa capaz de solucionar os problemas de que nos ocupamos, desejamos, em verdade, que essas nossas considerações sobre o tema possam suscitar, no futuro, questionamentos e debates tendentes à sua consolidação pela comunidade jurídica.

Referências

- ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, ed. Esp., p. 203-224, 2018.
- BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007.
- CAMPOS, Adriana Pereira et al. *Perspectivas jurídicas: estudos em homenagem aos 30 anos de magistério de Francisco Vieira Lima Neto*. Vitória: Edição dos Organizadores, 2021.
- CARVALHO, Mateus. *Manual de direito administrativo*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁷⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 13.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do processo administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DALLARI, Adilson; FERRAZ, Sérgio. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: JusPodivm, 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: JusPodivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica: norma jurídica e aplicação do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1975.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática na comunicação normativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GAZOLA, Patrícia; CORREIA, Arícia Fernandes (org.). *Advocacia pública municipal do século XXI*. Rio de Janeiro: Ágora21, 2019.

JOBIM, Marco Felix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1.

LIMA, Rui Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MADUREIRA, Claudio. A ciência jurídica e sua função social. *Derecho y Cambio Social*, v. 42, p. 01-12, 2015. Disponível em: http://www.derechoycambiosocial.com/revista042/A_CIENCIA_JURIDICA_E_SUA_FUN%C3%87AO_SOCIAL.pdf Acesso em: 01 set. 2021.

MADUREIRA, Claudio. *Advocacia pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. Salvador: JusPodivm, 2014.

MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MADUREIRA, Claudio. Ilegitimidade da aplicação a agentes estatais de sanções fundadas em simples “erros jurídicos”. *Revista Quaestio Iuris*, v. 10, p. 2877-2903, 2017.

MADUREIRA, Claudio. *Licitações, contratos e controle administrativo: descrição sistemática da Lei n.º 14.133/2021 na perspectiva do Modelo Brasileiro de Processo*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

MADUREIRA, Claudio. Limites e consequências da responsabilização de advogados públicos pareceristas

por suas opiniões jurídicas. In: GAZOLA, Patrícia; CORREIA, Arícia Fernandes (org.). *Advocacia pública municipal do século XXI*. Rio de Janeiro: Ágora21, 2019.

MADUREIRA, Claudio. Recasens Siches e a aplicação do direito a partir da interação entre norma, fato e valor. *Derecho y Cambio Social*, n. 40, abr. 2015.

MADUREIRA, Claudio. *Royalties de petróleo e Federação*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MADUREIRA, Claudio; ARAÚJO, Carlos André Luís; RODOR, Fernanda Medeiro e Riveiro. Autocomposição e ferramentas jurídicas. In: CAMPOS, Adriana Pereira et al. *Perspectivas jurídicas: estudos em homenagem aos 30 anos de magistério de Francisco Vieira Lima Neto*. Vitória: Edição dos Organizadores, 2021.

MADUREIRA, Claudio; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Formalismo-valorativo e o novo processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 42, n. 272, out. 2017.

MADUREIRA, Claudio; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processos estruturais e formalismo-valorativo. In: SICA, Heitor et al. (org.). *Temas de direito processual contemporâneo: III Congresso Brasil-Argentina de Direito Processual*. Serra: Milfontes, 2019. v. 2.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Arbitragem e administração pública: contribuição para o sepultamento do tema. *Interesse Público*, v. 12, n. 64, p. 85-104, nov./dez. 2010.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*, v. 11, n. 39, p. 15-36, jan./jun., 2006.

PIMENTA, Henrique de Souza. *A cooperação no CPC-2015: colaboração, participação ou cooperação para o processo?* 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2018. Disponível em: http://portais4.ufes.br/posgrad/teses/tese_12175_Henrique%20de%20Souza%20Pimenta.pdf. Acesso em: 9 set. 2021.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. Como reformar as licitações? In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. CPC/15: o Ministério Público como instituição de garantia e as normas fundamentais processuais. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional*, v. 2, p. 101-166, 2017.

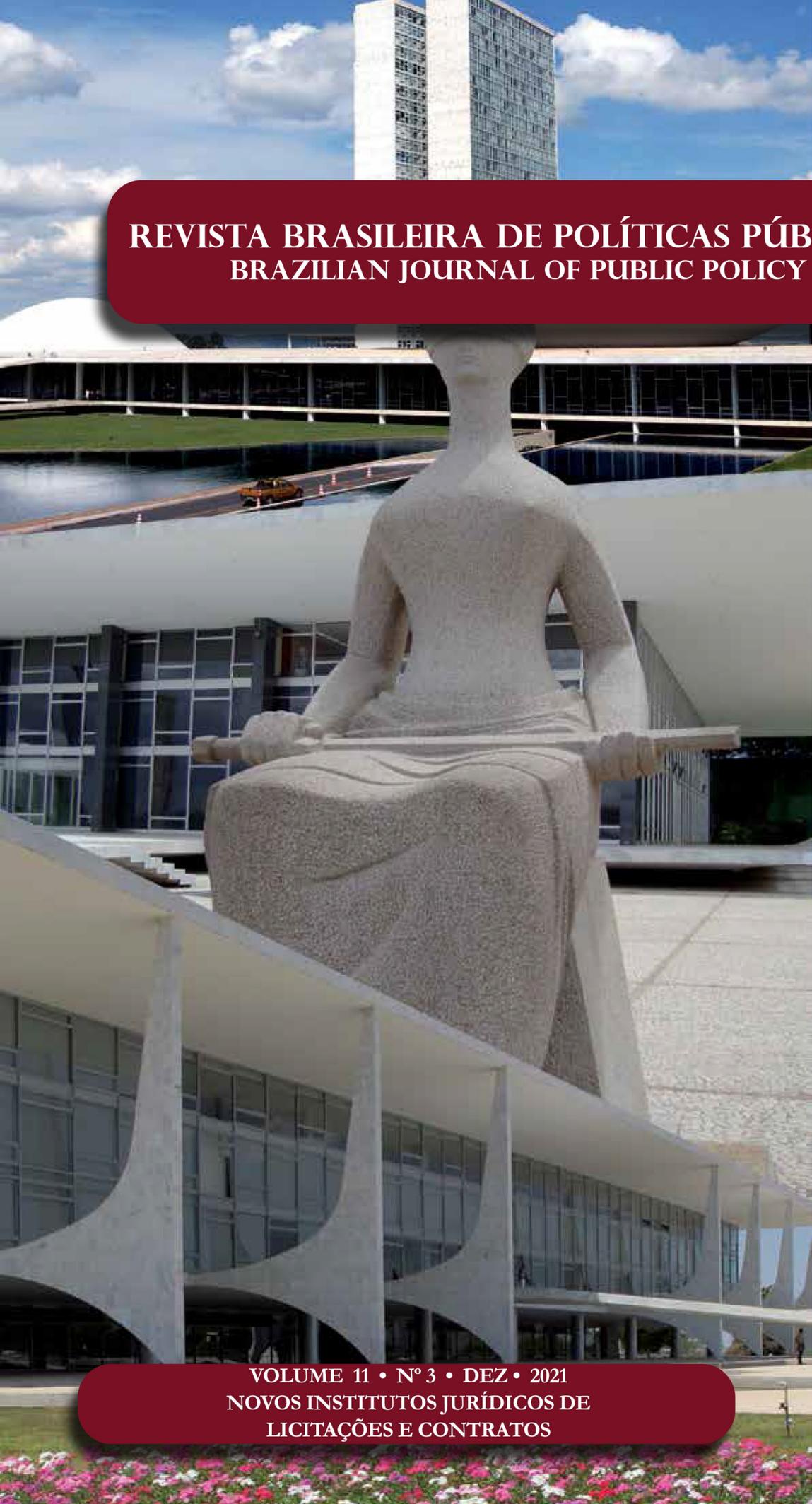
ZANETI JÚNIOR, Hermes. Direito material e direito processual: relações e perspectivas. *Revista Processo e Constituição - Cadernos Galeno Lacerda de Estudos de Direito ProcessualConstitucional*, Porto Alegre, v. 1, p. 245-278, 2004.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

The logo for CEUB (Centro Universitário de Brasília) is displayed in a stylized, bold, white font against a dark red background.

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

The cover features a photograph of a modern, white building with a large, seated stone statue in the foreground. The statue is holding a scroll. The building has a distinctive architectural style with large windows and a curved facade. The sky is blue with some clouds. The entire cover is framed by a dark red border with a subtle floral pattern.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Resolução de conflitos com a administração pública e a nova lei de licitações e contratos: reforço dos meios alternativos

Conflict resolution with the public administration in the context of the new law on bidding and contracts: strengthening alternative means

Clarissa Sampaio Silva

Danielle Maia Cruz

VOLUME 11 • Nº 3 • DEZ • 2021
NOVOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE
LICITAÇÕES E CONTRATOS

Resolução de conflitos com a administração pública e a nova lei de licitações e contratos: reforço dos meios alternativos*

Conflict resolution with the public administration in the context of the new law on bidding and contracts: strengthening alternative means

Clarissa Sampaio Silva**

Danielle Maia Cruz***

Resumo

A nova Lei de Licitações e Contratos (Lei 14.333/21) trouxe um capítulo dedicado aos meios alternativos de resolução de conflitos decorrentes das contratações realizadas com base nela, refletindo, assim, a inserção do tema da contratação pública na vertente consensual de atuação administrativa, a qual compreende, também, a desjudicialização da resolução daqueles. Por meio do presente artigo, embasado em pesquisa de natureza qualitativa com enfoque bibliográfico, documental e jurisprudencial, destacaram-se os aspectos principais trazidos pela nova legislação ao mencionado tema, tendo-se verificado o reforço ao uso dos meios alternativos, por ela devidamente elencados, a saber: mediação, conciliação, arbitragem e comitês de disputas e, no tocante aos dois últimos, sua expansão para setores de contratação pública para além de regulações específicas, embora a vocação deles seja para contratações de maior vulto, duração e complexidade, como obras de infraestrutura. Percebeu-se, também, a melhor definição das situações que ensejam a utilização de tais meios, bem como a vinculação deles às pautas de atuação da Administração Pública (princípios da legalidade, da publicidade e escolha de árbitros e comitês por critérios isonômicos, técnicos e transparentes), o que lhes acresce legitimação e segurança jurídica, por delimitar seu respectivo regime, propiciando sua gradativa consolidação, coetânea com aumento de investimentos e prosperidade econômica.

Palavras-chave: Licitações e contratos; Conflitos; Meios alternativos de resolução.

Abstract

The new Bidding and Contracts Law (Law 14.333/21) brought a chapter dedicated to alternative means of resolving conflicts arising from contracts based on them, thus reflecting the insertion of the theme of public contracting theme in the consensual aspect of administrative action, which also includes the dejudicialization on their resolution. Through this article, based on qua-

* Recebido em 30/09/2021
Aprovado em 14/01/2022

** Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa. Professora do Mestrado em Direito e Gestão de Conflitos da Universidade de Fortaleza-UNIFOR.
E-mail: sampaioclarissa@hotmail.com

*** Pós-doutora em Avaliação de Políticas Públicas. Mestre e Doutora em Sociologia pela Universidade Federal do Ceará. Professora do Mestrado em Direito e Gestão de Conflitos da Universidade de Fortaleza-UNIFOR.
E-mail: dmaiacruz7@gmail.com

litative research with a bibliographic, documental and jurisprudential focus we sought to highlight the main aspects brought by the new legislation to the mentioned theme, having verified the reinforcement of the use of alternative means, duly listed by it, namely mediation, conciliation, arbitration and dispute committees and, with regard to the last two, their expansion into public contracting sectors beyond specific regulations, although their vocation is for larger, longer and more complex contracts, such as infrastructure works. It was also noticed a better definition of the situation that give rise to the use of such means, as well as their link to the guidelines of action of the Public Administration (principles of legality, publicity and choice of arbitrators and committees by isonomic, technical and transparent criteria), which adds to them legitimacy, legal security to them, by delimiting their respective regime, providing their gradual consolidation, consistent with increased investments and economic prosperity.

Keywords: Tenders and contracts; Conflicts; Alternative means of resolution.

1 Introdução

No dia 01/04/2021, entrou em vigor a aguardada nova Lei de Licitações e Contratos (Lei 14.333/21), estabelecendo normas gerais sobre a matéria para a Administração Pública direta, autarquias e fundações da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com a revogação, após dois anos de sua publicação oficial, da Lei n. 8.666/93.

A respeito da perspectiva de aderência a um modelo de Administração Pública Dialogal por parte da novel legislação, podem ser destacadas algumas de suas disposições, como a previsão da possibilidade de realização de audiências públicas, presenciais ou virtuais e consultas públicas sobre dada licitação (art.21, caput e §1º). Há, na Lei 14.333/21, um tópico (Capítulo XII) dedicado aos meios alternativos de resolução de conflitos decorrentes das contratações levadas a efeito com base nela.

A nova legislação realizou o alinhamento das formas de resolução de conflitos na seara contratual pública com aquelas que já vinham sendo adotadas em setores específicos, como as Parcerias Público-Privadas (Lei 11.079/2004) e Regime Diferenciado de Contratação (RDC – Lei 12.461/2011), pois, em decorrência delas, já eram utilizados meios como a arbitragem e o comitê de disputas.

Ou seja, se antes da edição da nova legislação a utilização de referidos meios de resolução de conflitos estava reservada a situações decorrentes de legislações específicas, doravante, passam eles a estendidos, indistintamente, a todas as contratações públicas? Além disso, conformam-se as vias alternativas adequadas para solucionar qualquer tipo de controvérsia delas decorrentes?

O presente trabalho tem como objetivo geral investigar o tratamento dado pela Lei 14.333/2021 aos meios alternativos de resolução de conflitos originários das relações contratuais com base nela estabelecidas, bem como destacar a importância das suas previsões no contexto das novas formas de atuação administrativa, marcadas por maior busca de consensualidade, e, como objetivos específicos, pretende-se analisar a gradativa abertura da seara contratual pública para a desjudicialização de seus litígios; a delimitação da matéria passível de ser encaminhada às referidas vias; apontar as diferenças entre as os mecanismos resolutivos, além da adequação deles no tocante às diversas controvérsias, com destaque para a arbitragem e para os comitês de disputa, cujo regime jurídico também é explorado e, por fim, destacar os avanços promovidos pela recente legislação para conferir mais segurança e eficiência às formas de resolução de controvérsias para além da via judicial, cujos sinais de esgotamento são evidentes.

Considerando-se tal perspectiva, serão buscadas as razões que podem fazer contratantes e contratados aderirem às formas alternativas de resolução de conflitos na seara contratual pública, ensejando reflexões tanto no campo das contratações públicas, da própria consensualidade administrativa, bem como da litigiosidade judicial.

Este artigo tem caráter exploratório e qualitativo, com base doutrinária, nacional e estrangeira, legislativa, com enfoque analítico, considerando-se a necessidade de apresentar a sucessão de leis sobre o tema, além de jurisprudencial, de modo a proporcionar uma melhor compreensão do quadro da nova Lei de Licitações e Contratos.

2 Litigiosidade e Poder Público: novas perspectivas

As relações jurídicas travadas entre a Administração Pública e os cidadãos, durante as últimas duas décadas, foram marcadas pelo desenvolvimento de vertentes consensuais de atuação, em virtude de muitos aspectos, como a insuficiência das vias unilaterais, diante de uma sociedade cada vez mais plural, com questões complexas a serem enfrentadas, a busca por eficiência, o reclame pelo diálogo como nítida manifestação do Princípio Democrático (CF, art. 37 § 3) e cuja viabilização foi facilitada pelo acesso à informação, uso dos meios digitais e manifestações de sujeitos coletivos.

Com efeito, do ponto de vista jurídico, à luz da consensualidade administrativa, tanto há destacada importância a respeito da participação da sociedade, dos cidadãos, em relação à definição de políticas públicas e tomada de decisões pela Administração Pública, conforme vem sendo pontuado pela doutrina,¹ sendo, por exemplo, reveladoras de tal movimento instrumentos como as consultas e audiências públicas, presentes nas mais modernas legislações (como a Lei do Processo Administrativo – Lei 9.784/99, a recente Lei de Introdução às Normas no Direito Brasileiro-Lei 13.655/2018 e a própria Lei 14.333/21, em seu art.21 § primeiro), além do fortalecimento de ouvidorias e conselhos de usuários, promovida pela Lei de proteção e participação do usuário na Administração Pública-Lei 13.460/2017), quanto à busca de resolução de conflitos de forma concertada.

Neste último aspecto, a consensualidade administrativa é caracterizada pela realização “acordos de vontades envolvendo a Administração Pública como instrumentos para solução de processos administrativos pela “negociação do exercício do poder estatal”.²

A consensualidade pode ser percebida como uma decorrência instrumental da atuação dialógica da Administração Pública, na qual há uma “margem de intervenção comunicativa.”, nas palavras de Lima.³

Convém destacar que a própria LINDB, em seu art.26, enfatiza a abordagem de situações de litigiosidade, pela via consensual, trazendo requisitos gerais para a celebração de termos de compromisso entre a Administração Pública e os interessados, antes tratados em legislações específicas, como a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985, art.5º, §6º).

Ou seja, trata-se de norma com caráter de subsidiariedade para ensejar práticas consensuais em vários setores da Administração Pública, desde que não se esteja diante de tema ou situação em que a lei vede a realização daquelas. Além disso, o caput do art.26 refere-se à necessidade de ser “observada a legislação aplicável”.

Assim, tanto há limite negativo à celebração de acordos, compromissos entre a Administração Pública e os particulares quando a lei vedar expressamente, como, também, não poderão ser adotadas soluções ilegais, pois a consensualidade não pode ser o “cavalo de troia da legalidade”, risco de há muito apontado para a discricionariedade administrativa.⁴

¹ BARRETO, Júlia Mont’Alverne. *Consensualidade administrativa: o uso de dispute boards para solução de conflitos no âmbito das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2019. p. 51.

² DE PALMA, Juliana Bonnacursi. *Atuação administrativa consensual: estudos de acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. 2010. 331f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 128.

³ RIBEIRO, Raimundo Márcio. *Administração pública dialógica*. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 101.

⁴ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 224.

Se, pela perspectiva clássica do Direito Administrativo, em razão do Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público e formas unilaterais de atuação, não seria viável a realização de composição entre o Poder Público e particulares com vistas à resolução ou prevenção de litígios, remetendo-os, invariavelmente, para o Poder Judiciário, a releitura de tal diretriz aponta para a possibilidade de elaboração de outras vias e pautas para tal atividade.

Considerando-se também, o bastante elevado grau de litigiosidade judicial existente em relação ao Poder Público, de modo a despontar tal setor, de acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça, entre os maiores litigantes perante o Poder Judiciário, de acordo com o Relatório denominado de “100 Maiores Litigantes”,⁵ elaborado no ano de 2012.

Além da quantidade de processos, seu tempo de tramitação, com evidentes prejuízos para a própria Administração (vide, por exemplo, os dados relativos às execuções fiscais, que, na Justiça Federal, possuem média de tramitação entre 9 e 11 anos, representando taxa de congestionamento de 93%, de acordo com o último relatório Justiça em Números⁶) apontou para a necessidade de desenvolvimento de outras vias para resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública, mais consentâneas com a nova tônica que passou a animar sua forma de atuar.

Assim, em termos de evolução legislativa, com base na presente ordem constitucional, cabe citar a Lei n. 9.307/1996 (Lei da Arbitragem), cujo art. 2º estendeu seu uso para a Administração Pública, quanto a direitos patrimoniais disponíveis. Já a Lei n. 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público Privadas), em seu art. 11, III, contemplou a arbitragem para resolução de conflitos decorrentes do contrato, mediante sua prévia admissão no instrumento convocatório. Por sua vez, a Lei n.12.462/2011 (Regime Diferenciado das Contratações Públicas) referiu-se, em seu art.44-A, à possibilidade de utilização, em seu âmbito de mecanismos privados, como mediação e arbitragem. A Lei 13.140/2015 (Lei da Mediação), a seu turno, trouxe um capítulo (Capítulo II) dedicado à autocomposição de conflitos envolvendo pessoa jurídica de direito público, prevendo a possibilidade de criação câmaras de resolução de conflitos junto aos órgãos da Advocacia Pública (art.32), bem como a admissibilidade de utilização da mediação (art.33), inclusive a de natureza coletiva, para resolução de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos. Cabe destacar a Lei 13.448/2007, que tratou dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário, e previu a obrigatoriedade de utilização de meios alternativos (art.15) para relicitação das atividades. Na sequência, a Lei n.13.129/19 trouxe diversas disposições procedimentais sobre arbitragem, prevendo, em relação àquelas realizadas pela Administração Pública, a observância dos princípios da legalidade (afastando, assim, a arbitragem por equidade) e da publicidade, consoante art. 1º, § 3º. Por fim, a Lei n.13.867/2019 acolheu a mediação e a arbitragem no que tange a litígios relacionados aos valores de indenização em desapropriações.

Percebe-se a franca expansão da admissibilidade de outras vias para a resolução de conflitos com o Poder Público para além da judicial, assomando a contratação pública como setor que tem despertado com força o uso daquelas, seja em razão da natureza predominante patrimonial das questões litigiosas que nele surgem; seja em razão da necessidade da rapidez na obtenção de uma decisão; seja, por fim, pelo elevado grau de especialização de conhecimentos requerido para a compreensão e adequada resolução da questão.

A patrimonialidade do assunto corrobora no sentido da possibilidade tanto da celebração de acordos, quanto da adoção de vias alternativas pelo fato de não comprometer ou diminuir as prerrogativas públicas. Além disso, ressalta-se que a Teoria do Fisco, em que há a separação entre o Estado, dotado de soberania, do Estado (Fisco), que possui apenas de patrimônio, sendo este aquele que pode estabelecer relações jurídico privadas, como os contratos, e ser demandado judicialmente por particulares para proteção de seus direitos, consoante esclarece a doutrina portuguesa⁷.

⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Os 100 maiores litigantes*. Brasília, DF: CNJ, 2012. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 16 set. 2021.

⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2020*. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 16 set. 2021.

⁷ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 25.

Aliás, a própria contratualização administrativa, propulsão pela ampliação das atribuições da Administração Pública, em decorrência do advento do Estado Social, que tornou imprescindível a busca de sua associação com a iniciativa privada para realização de grandes obras, desenvolvimento de atividades e oferecimento de serviços públicos em maior escala, já representou o que se denominou como “administração soberana consensual”.⁸

A contratualização já constitui aspecto da consensualidade, segundo a perspectiva logo acima. Por semelhante razão é natural que haja, em tal campo, a atração das vias alternativas para resolução dos conflitos oriundos do negócio jurídico administrativo.

Na realidade, tendo havido a obtenção de consensos para a própria formação do vínculo contratual e seus principais aspectos (objeto, valores, prazos, formas de cumprimento do pactuado), constitui, de certa forma, desdobramento daqueles a regulação, pelas partes, dos meios de resolução de litígios que possam surgir ao longo da execução do contrato.

No tocante ao item da rapidez na obtenção da decisão, sua importância surge para não comprometer o ritmo da realização, por exemplo, de obras de infraestrutura, as quais contam, muitas vezes, com financiamentos internacionais, a demandarem, conforme passar-se-á a analisar, a adoção de meios alternativos como os mencionados acima, como aqueles para os quais concorrem aportes financeiros do Banco Interamericano para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), hipótese da construção da Linha Amarela do Metro de São Paulo.⁹ É que o tempo de prolação de uma decisão judicial definitiva sobre dada questão é impossível de ser mensurada ou mesmo estimada pelas partes, de modo que tal incerteza labora em desfavor de um ambiente negocial mais seguro. E, quanto a decisões provisórias, como liminares, tutelas antecipadas, a possibilidade de sua reversão, a qualquer tempo, também causa a mesma apreensão acima entre as partes contratantes.

Por fim, há assuntos de natureza técnica extremamente especializados, não dispondo, normalmente, o juiz estatal — cuja formação é jurídica do conhecimento necessário para o pleno domínio do tema, de forma a proferir decisão adequada. E, por mais que o magistrado possa se socorrer de uma perícia, não é o mesmo de ser ele o próprio detentor da *expertise* e, simultaneamente, julgador, tal como ocorre nas arbitragens e nos comitês de disputa. Assim, em vez de valer-se do conhecimento de terceiros, submetido, decerto, à motivada apreciação judicial (CPC, art.479 e 371), ao decidir dada questão, o árbitro acessa os próprios conhecimentos e experiências sobre o tema em análise.

Em tal perspectiva reside um dos pontos mais importantes da Lei 14.333/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), ao realizar a abertura para resolução de conflitos por meios alternativos, tal como consta de seu art. 51, o que significa alinhar a contratação pública à consensualidade administrativa.

Semelhante previsão já sinaliza para uma maior aproximação entre a Administração Pública e os contratados, pois o deflagrar, quer de uma arbitragem ou comitê de disputas, já terá implicado posturas dialogais prévias, ficando ambas as partes cientes não apenas do procedimento a ser adotado, como também de maior estimativa de tempo para a obtenção de uma decisão, o que, em se tratando de processo judicial, afigurava-se bem mais difícil.

⁸ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 44.

⁹ MACHADO, Matheus Oliveira. A aplicabilidade dos dispute boards no Regime Diferenciado das Contratações Públicas (RDC). *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, Brasília, v. 110, n. 1, p. 12-31, jul-dez 2018. p. 14.

3 Contratação pública e meios alternativos de resolução de conflitos: a regulação trazida pela Lei 14.333/2021

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 14.333/2021), que entrou em vigor, no dia 1º de abril de 2021, contemplou, dentre seus princípios (art.5º), a eficiência, a economicidade e a celeridade, fazendo, também, expressa referência às disposições da Lei de Introdução de Normas ao Direito Brasileiro.

Alinhada, por sua vez, aos ventos da consensualidade administrativa, regulou, em capítulo próprio (Capítulo XII), os meios alternativos de resolução de conflitos aplicáveis àqueles decorrentes das contratações tratadas em tal âmbito, o que vem ao encontro das diretrizes principiológicas supracitadas, principalmente considerando-se o fato de que judicializações podem tanto paralisar quanto retardar a conclusão de procedimentos licitatórios, bem como as execuções contratuais.

Como as disposições da mais recente legislação são aplicáveis, apenas, para a Administração Direta, autarquias e fundações públicas, nos termos de seu art.1º, excluindo o §1º, expressamente, as empresas públicas e sociedades de economia mista, por possuírem estatuto próprio (Lei 13.306/2016), a disciplinar suas licitações e contratos, não estão vinculadas ao capítulo logo acima referido, o que não quer dizer que não possam, também, com base nas diversas legislações citadas no tópico anterior, adotar outras vias, a não ser a judicial, para a resolução de conflitos decorrentes de suas contratações.

A importância do tratamento, à parte e sistematizado, dos conflitos envolvendo a Administração Pública e seus contratados, faz com que as previsões, até então pontuais, de uso de meios alternativos, componham o catálogo à disposição de ambos, para melhor equacionar conflitos relativos às relações contratuais, significando, também, importante incentivo para seu uso.

Assim, no art.151 da Lei 14.333/2021, dispõem-se, entre os meios passíveis de serem utilizados para dirimir conflitos no setor das contratações públicas, a conciliação, a mediação, o comitê de disputas e a arbitragem, devendo, naturalmente, o emprego de cada um deles revelar-se o mais adequado para o tipo de contratação que esteja em questão, sendo observados fatores como os valores envolvidos, o objeto da contratação, o seu prazo de duração.

Com efeito, a Administração Pública celebra contratos diversos (fornecimentos de bens, locações, prestação de serviços, realização de obras, conforme elenco do art.141 da Lei 14.333/2021, para fins de definição da ordem cronológica de pagamentos), considerando-se os aspectos acima mencionados, de modo que, por exemplo, um contrato para entrega de bens não possui a mesma duração daquele para realização de obras de infraestrutura, o qual demandará relação duradoura entre a Administração Pública e o contratado, ensejando o surgimento de mais situações ensejadoras de conflitos.

Também a peculiar especialidade do objeto contratado pode demandar conhecimentos mais sofisticados sobre dado tema, reclamando a presença de *experts* sobre ele, para que possa o conflito ser resolvido com a maior propriedade técnica possível.

Em outras palavras, a adoção de cada um dos meios alternativos deve ser a que se revela mais adequada a dado conflito, uma vez que se busca, por meio daqueles, solução que seja mais apropriada (em termos de rapidez e, também de conteúdo, o que pode ser aferido, por exemplo, em razão da carga de consenso que vier a ser obtida), em vez do tradicional recurso à via judicial.

Logo mais serão analisados cada um dos meios trazidos pelo art.151 da Lei 14.333/2021, sendo necessário, antes, tratar do tópico a seguir.

3.1 Delimitação material dos conflitos

Nas legislações que antecederam a Lei n.14.333/2021, há a referência, para a utilização de meios como a Lei 9.307/96, em seu art. 2º (Lei da Arbitragem), a direitos patrimoniais disponíveis, sem que haja definição, exatamente, do elemento que caracterize a disponibilidade.

Dissipando tal imprecisão, o parágrafo único do art.151 traz elenco exemplificativo do que se pode considerar como direito patrimonial disponível, a saber: “questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico financeiro do contrato, ao inadimplemento das obrigações contratuais por qualquer das partes e ao cálculo de indenizações.”

A disponibilidade restou considerada, pois, em função do tema, e não de valores, podendo, todavia, cada ente federativo, definir faixas ou limites para configuração daquela, como a Lei 9469/97 traz, no tocante à União, autorização para celebrar acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais (art.1º), remetendo a fixação dos respectivos valores a regulamento (art.1º, § 4º).

O tema do equilíbrio econômico financeiro dos contratos administrativos já havia aparecido no art. 32 § 5º Lei da Mediação (Lei 13.140/2015), como apto a ser tratado pelas câmaras de prevenção e resolução de conflitos, em relação aos órgãos da Advocacia Pública, abrindo espaço para incentivar sua desjudicialização.

O inadimplemento de obrigações contratuais por ambas as partes, independentemente da natureza daquelas, foi tratado como direito patrimonial disponível, considerando-se a possibilidade de conversão, em expressão monetária, de comportamento de inexecução contratual.

Necessário atentar para a restrição a obrigações decorrentes do contrato, estando naturalmente fora da previsão lides que tenham fundamento numa relação Fisco contribuinte entre a Administração contratante e o contratado. Para tanto, devem ser buscadas as vias alternativas para a seara tributária ou a judicial, a depender do caso.

Por fim, as indenizações inserem-se, por excelência, como direito patrimonial, dotado de disponibilidade, sendo próprias para terem os conflitos que as envolvem tratados por meios alternativos, consoante será exposto a seguir.

Considerando-se a delimitação negativa supracitada, conclui-se que questões oriundas da fiscalização contratual e da aplicação de sanções a licitantes e contratantes encontram-se fora da disponibilidade, por dizerem respeito ao exercício das prerrogativas da Administração Pública.

Em tal seara, o regime publicista, ainda, faz suas exigências e se, com base na doutrina clássica do Direito Administrativo, os contratados pela Administração Pública compunham aqueles inseridos nas relações especiais de sujeição,¹⁰ nas quais havia, em virtude de vínculo específico, ônus e deveres particulares, com enfraquecimento das garantias decorrentes do Estado de Direito (Princípio da Legalidade, direitos fundamentais, tutela jurisdicional), a releitura de tais relações insere-as, definitivamente, dentro das referidas pautas,¹¹ embora reconheça possuírem traços próprios, a demandar soluções particulares¹², sendo possível continuar a falar na “vinculação a deveres especialmente agravados.”¹³

Com efeito, o desenvolvimento de vertentes consensuais de agir, nas quais há busca por uma horizontalidade/paridade nas relações entre a Administração Pública e os particulares, não faz desaparecer as atuações unilaterais constitutivas por parte da primeira, que “existe e é legítima, desde que corresponda a uma faculdade legalmente prevista”¹⁴

¹⁰ DIAS, Eduardo Rocha. *Sanções administrativas aplicadas a contratantes e contratados*. São Paulo: Malheiros, 1997. p.18.

¹¹ SILVA, Clarissa Sampaio. *Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição: o caso dos agentes públicos*. Belo Horizonte: Fórum Editora, 2009. p. 135-138.

¹² MAURER, Harmut. *Droit administratif allemand*. Paris: LGDF, 1994. p. 174-176.

¹³ ESTORNINHO, Maria João. *Régime pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 167.

¹⁴ MACHETE, Pedro. *Estado de direito democrático e administração paritária*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 459.

Assim, no Capítulo IV da Lei 14.333/2021, dedicado às prerrogativas da Administração nos contratos por ela disciplinados, mantém-se, entre elas, a fiscalização da execução contratual (art.104, III), bem como a aplicação de sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste.

Com efeito, a atribuição, a um árbitro privado, da decisão de impor sanção a algum contratante de impedimento ou de declaração de inidoneidade de licitar ou contratar (modalidades previstas no art.156, III e IV da Lei 14.333/21), significaria, certamente o abandono de toda posição de autoridade se fosse possível a atribuição, a um árbitro privado, da decisão, por exemplo, de impor sanção a algum contratante.

Tais sanções produzem efeitos que vão além da relação contratual que as originou, não tendo havido pacto entre as partes em tal sentido, além de representarem importante restrição à liberdade contratual do particular, sendo possível enxergar, inclusive, a presença de uma questão jusfundamental. Ou seja, a restrição à contratação de particular com a Administração Pública, em virtude de sanção administrativa, tem implicação com direito fundamental daquele. Para imposição de medidas de tal conteúdo e amplitude, faz-se necessário o comparecimento das prerrogativas públicas que remanescem em favor do contratante.

Quanto à sanção de multa, ou mesmo a advertência, embora tenham seus efeitos limitados à relação contratual específica, tendo a primeira caráter nitidamente pecuniário, também a sua imposição constitui manifestação do poder punitivo da Administração Pública, na qualidade de contratante, causando certa estranheza sua imposição por árbitro ou comitê de disputas.

Observe-se, também, que temas relacionados ao procedimento da licitação não estão entre aqueles que podem ser remetidos para os meios alternativos, não existindo, quer entre os próprios licitantes, quer entre eles e a Administração Pública, vínculo de natureza contratual.

A adoção de algum dos meios alternativos previstos no art.151 da Lei 14.333/2021 depende da prévia previsão no instrumento contratual, objeto de adesão das partes, de modo que, a partir dele, haverá a vinculação de contratante e contratado, a algumas daquelas formas. Inclusive, o art.153 da legislação em questão permite que os contratos sejam aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias, quando, originariamente, não os contemple.

Considerando-se outras ordens jurídicas, como a portuguesa, em que a arbitragem administrativa encontra-se em avançado estágio de desenvolvimento, na qual o Código de Contratos Públicos (Decreto-Lei 18/2020), de 20 de janeiro, passou a contemplar a possibilidade de recurso à arbitragem para tal setor, discute-se sobre a adequação de sua utilização para a fase pré-contratual (e que corresponde à fase da licitação, no caso brasileiro), tendo em vista a natural oposição entre os contrainteresados (licitantes). Semelhante aspecto tanto pode tanto prejudicar a celebração do compromisso arbitral quanto colocar em risco a própria efetividade da decisão em tal âmbito, considerando-se a possibilidade de sua impugnação judicial, conforme alerta a doutrina.¹⁵

Na realidade, licitantes se encontram num procedimento concorrencial, em que a obtenção do objeto em disputa, no caso, o contrato administrativo, excluiu o acesso dos demais. Todavia, pode-se cogitar de algum tema controverso, como alguma questão relacionada à fase de habilitação (Capítulo VI, da Lei n. 14.333/2021), cuja resolução seja de interesse comum a todos os envolvidos, de modo ser possível pensar, por exemplo, na utilização de um termo de compromisso, nos moldes do art.26, da LINDB, dado o caráter de norma geral que ele assume. Nada impede, por sua vez, que haja a realização de mediação para se chegar a ele.

Percebe-se, por fim, a busca de densificação do campo reservado aos *direitos patrimoniais disponíveis*, o que significa relevante avanço legislativo sobre sua definição e que, certamente, terá relevância na intensificação do uso de meios alternativos de resolução de controvérsias na seara da contratação pública.

¹⁵ CALDEIRA, Marco; SERRÃO, Tiago. As arbitragens pré-contratuais no direito administrativo português: entre a novidade e o risco de inefetividade. In: GOMES, Carla Amado; FARINHO, Domingos Soares; PEDRO, Ricardo (coord.). *Arbitragem e direito público*. Lisboa: AAFDL, 2015. p. 303-325.

4 Os meios alternativos de resolução de controvérsias na Lei 14.333/2021

Conforme referido no tópico anterior o art.151 elencou, como meios passíveis e serem invocados para resolução de controvérsias na contratação pública, a conciliação, a mediação, a arbitragem e o comitê de disputas.

Passando à análise de cada um, inicialmente no tocante à conciliação e à mediação, enquanto a primeira é indicada para situações sem vínculo anterior entre as partes, cabendo ao conciliador propor soluções para o litígio (CPC, art.165 § 2º), na mediação, indicada, diversamente, para situações em que há tal vínculo anterior, e que, de alguma forma, precisa ser preservado, o mediador atua para a compreensão melhor do conflito, por ambas as partes; para melhorar a comunicação entre elas, de modo a viabilizar a elaboração de soluções consensuais (CPC, art. 165 § 3º).

Uma e outra forma extrajudicial de resolução de conflitos, em si, não levarão a uma decisão cogente para ambas as partes, a não ser que contratado e contratante decidam celebrar um termo de ajustamento de conduta, nos termos do art.32, III, da Lei 13.140/2015, o qual constituirá título executivo extrajudicial, de acordo com o §3º de tal diploma legal.

Ainda que, em última análise, seja necessário o ajuizamento de ação judicial para a realização do objeto do termo, no caso de reiteração de inadimplemento, não será mais preciso haver discussão sobre o mérito do quanto decidido, uma vez ter havido seu acerto na fase administrativa.

Já a arbitragem e o comitê de disputas, formas heterônomas de resolução de conflitos, têm grau mais elevado de eficácia, passando-se, por tais razões, a estudá-las separadamente.

5 Considerações especiais sobre a arbitragem

A admissibilidade da arbitragem como via para solução de controvérsias na seara contratual já era feita pontualmente, para as Parcerias Público-Privadas, bem como para o Regime de Contratação Diferenciada, passando, a partir da nova Lei de Licitações e Contratos, a ser estendida para as demais contratações, sendo importante, todavia, discutirem-se aspectos que envolvem sua utilização, bem como sua própria adequabilidade.

Trata-se a arbitragem de forma antiga de resolução de conflitos, sendo conveniente lembrar que a possibilidade de sua utilização para solução de controvérsias decorrentes de contratações públicas era observada nas primeiras concessões públicas, ainda no período imperial, mais especificamente para aquelas relativas às construções de estradas de ferro, transporte fluvial e marítimo e serviços de iluminação pública, consoante estudo do tema sob a perspectiva histórica.¹⁶ Com efeito, com base na Constituição Imperial de 1824, o Decreto n. 7.959, de 29 de dezembro de 1880, cláusula XXXV, previa a solução de conflitos pela via arbitral em contratos de estrada de ferro.

Por outro lado, nas modalidades anteriores, as partes chegavam a uma solução mediante a ajuda de terceiro, cuja intervenção era diferenciada, a depender estava-se diante de mediação ou conciliação, e não havia, todavia, a imposição de qualquer decisão com caráter vinculativo. Na arbitragem as partes convencionam que tal terceira pessoa decidirá a questão com força obrigatória. Inclusive, no regime da execução do novo CPC, a sentença arbitral é considerada título executivo judicial, nos termos do art.515, VII.

¹⁶ LEMES, Selma. Arbitragem e administração pública: passado, presente e futuro. In: VILLA-LOBOS, Nunes; CARVALHAIS, Tania Pereira (org.). *Arbitragem em direito público*. Rio de Janeiro: FGV, 2019. p. 81-96.

Investigam-se as razões que, atualmente, podem levar à escolha da arbitragem como meio de resolução de conflitos na seara contratual pública, bem como os principais aspectos de seu regime jurídico, deixados mais claros, agora, pela Lei 14.333/2021.

Em primeiro lugar, assim como ocorreu no período imperial, observa-se a vocação da arbitragem para contratações de maior vulto, como as concessões públicas e, na história recente, as Parcerias Público-Privadas e o Regime Diferenciado de Contratação, considerando-se fatores como a necessidade de adoção de decisões rápidas, que não comprometam o ritmo da execução contratual o que, em se tratando de obras de infraestrutura, assume especial relevância.

Assim, o acertamento da via arbitral por contratante e contratado, mediante a celebração de uma cláusula arbitral, já sinaliza um caminho de menor incerteza temporal de solução da questão do que o seu encaminhamento para a via judicial, cujos fatores como o excesso de demandas, o sistema recursal, podem levar ao adiamento de uma decisão definitiva, com os possíveis prejuízos decorrentes.

Isso não ocorre apenas na realidade brasileira, podendo-se apontar o caso português, em que, em razão de transposição das Diretivas n^{os} 2014/23, 2014/24, 2014/25, do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de fevereiro de 2014, o Código de Contratos Públicos (Decreto-Lei n. 18/2008, de 20 de janeiro) passou a prever a possibilidade de recurso à arbitragem, fazendo, assim, com que as práticas nacionais se alinhassem às da União Europeia, consoante doutrina especializada no tema.¹⁷

Ou seja, sobretudo em casos de contratações em que há financiamento internacional, não se faz compatível a ausência de previsão do tempo desfecho de um processo judicial.

Outro fator que incentiva o uso da arbitragem refere-se ao caráter extremamente especializado de dado tema, a demandar conhecimentos profissionais mais profundos e que ultrapassam a seara do Direito, de modo que o juiz estatal não tem como dominá-los para proferir decisão adequada, podendo, no máximo, socorrer-se da opinião de um perito e, diante dela, realizar um juízo de valor.

Por essa razão, um árbitro com domínio sobre o tema terá melhores condições de solucionar a controvérsia lidando com elementos e dados de uma perspectiva eminentemente técnica, muito embora, consoante será visto, não se faz possível arbitragens por equidade, mas apenas de Direito, no contexto da Lei 14.333/2021.

Se tempo e especialidade corroboram no sentido do alargamento do uso da arbitragem na solução de controvérsias em matéria de contratação pública, quais seriam os fatores que o dificultam ou impedem?

Retomando a vocação própria da arbitragem: obras, serviços e aquisições de grande vulto, o profissional (árbitro) é necessariamente remunerado, o que pode gerar significativos custos adicionais para os contratantes. Por sua vez, isso implica que a escolha por semelhante modalidade de fato ocorra para os casos em que aqueles sejam compensados ou diluídos pelos valores envolvidos.

A propósito, em relação à Administração Pública Federal (e os entes federativos possuem competência para, observada a norma geral representada pela Lei 14.333/21, disporem sobre o uso da arbitragem em seus contextos), restou editado o Decreto n. 10.025, de 20 de setembro de 2019 (anterior mesmo à nova legislação e que, na realidade, revogou o Decreto 8.465/15), regulamentando o uso da arbitragem para conflitos nos setores portuário, de transportes rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, para os quais já havia, conforme ressaltado anteriormente, autorização legal específica para o recurso a tal meio. Tais setores envolvem obras e valores de maior expressão.

¹⁷ MIRANDA, João. Arbitragem no âmbito do Código dos Contratos Públicos. In: GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo (org.). *A arbitragem administrativa em debate*: problemas gerais e arbitragem no âmbito do Código de Contratos Públicos. Lisboa: AAFDL, 2018. p. 323.

Outras questões também surgem a propósito da utilização da via arbitral, como a forma de escolha dos árbitros e os requisitos que eles devem reunir, inclusive no que diz respeito a impedimentos, suspeições para assegurar decisão imparcial, para assegurar a compatibilização de tal prática com os princípios informadores da Administração Pública e que são indisponíveis.

A nova legislação manifestou preocupação com os temas acima e, em seu art.154, previu que “o processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.”

As regulamentações a serem feitas, nos vários níveis federativos, a propósito tanto dos requisitos a serem preenchidos pelos árbitros quanto do próprio processo de escolha, devem observar as diretrizes supracitadas de modo que, por exemplo, no caso da União, o referido Decreto 10.025/19 trouxe, em seu art.10, diversos requisitos para credenciamento da câmara arbitral, relacionados ao seu tempo de funcionamento (no mínimo há três anos, de acordo com o inciso I), à verificação de reconhecida idoneidade, competência e experiência em processos arbitrais (inciso II), à existência de regulamento próprio, disponível na língua portuguesa (inciso III).

Trata-se de simples credenciamento, não implicando tal ato qualquer existência de vínculo contratual entre a União e as câmaras eventualmente habilitadas (§ único do art.10 do Decreto 10.025/19), servindo, na realidade, para indicações futuras em convenções de arbitragem.

A arbitragem a ser exercida por meio de câmaras previamente habilitadas corresponde ao que se denomina de arbitragem institucional. O Decreto 10.025/19 manifesta preferência por tal modalidade, em seu art. 3º, contrapõe-se à *ad hoc*, sendo tal forma considerada a mais vantajosa, por ser mais eficiente e previsível.¹⁸ Também, em Portugal, em que a arbitragem administrativa se encontra em franco estado de expansão, a arbitragem institucionalizada é considerada sua forma mais evoluída, pelas mesmas razões de segurança e estabilidade.¹⁹

Quanto à figura dos árbitros, o Decreto 10.025/19 também traz requisitos mínimos, como estar no gozo de capacidade civil plena (art.12, I); deter conhecimento compatível com a natureza do litígio (art.12, II), presente, neste artigo, exigência de ordem técnica, e, por fim, para resguardar a sua imparcialidade, faz-se necessário que este não incida nas situações de impedimento ou suspeição dos juízes, tanto nos termos do Código de Processo Civil (arts 144 e145) como em outras situações consideradas conflitos de interesse previstas em lei ou reconhecidas em diretrizes internacionalmente aceitas, bem como nas regras da própria instituição arbitral (art.12, III).

Sobre a forma de escolha da câmara arbitral, dentre as previamente habilitadas, há a possibilidade de previsão de ser o contratado responsável por realizá-la (art.11, Decreto 10.025/19). A Administração pode proceder à sua impugnação, no prazo de 15 (quinze) dias, devolvendo ao particular a respectiva faculdade de escolha. Ou seja, há movimentos de ambas as partes na escolha do árbitro e na verificação do atendimento, por ele, de acordo com as posições de cada uma, dos requisitos necessários para realizar o mister de forma imparcial, segura e eficiente.

Atenta-se, ainda, para a necessidade de compatibilização da arbitragem com os princípios da Administração Pública. Apenas são admitidas aquelas de Direito, nos termos do art. 1º, § 3º da Lei n.13.129/15, e repetida no art.152 da Lei 14.333/2021.

¹⁸ PEREIRA, César. Decreto n.º 10.025: arbitragem com a administração pública federal em setores regulados. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, n. 151, set. 2019. Disponível em: https://www.justen.com.br/pdfs/IE151/IE%20151%20-%20Cesar%20-%20Arbitragem%20Dec%2010025_revGB.pdf. Acesso em: 20 set. 2021.

¹⁹ PEDRO, Ricardo. Arbitragem institucional e centros de arbitragem de direito público. *In: GOMES, Carla; PEDRO, Ricardo (coord.). Arbitragem e direito público*. Lisboa: AAFDL, 2015. p. 103-108.

Assim, a tecnicidade da questão não faz com que a legislação possa ser deixada de lado, de modo que não há espaço para decisões arbitrais contrárias ou à margem da lei, o que assegura a vinculação da Administração Pública ao seu regime próprio de atuação, e que não poderia ser excepcionado, não se estando aqui dentro de um campo de atuação *praeter legem*.

Ainda em termos de regime jurídico, a arbitragem administrativa exige a observância do Princípio da Publicidade, de acordo previsão já contida na Lei 13.129/2015, em seu art.1º, 3º, bem como no art.152 da Lei 14.333/21, o que, afinal, constitui exigência de um regime republicano e daquele próprio a que se encontra submetida a Administração Pública.

Naturalmente, há questões relacionadas a segredos comerciais e industriais, bem como aquelas consideradas sigilosas pela legislação brasileira, que não podem ser objeto de publicidade, tal como prevê o Decreto 10.015.19, em seu art.3, IV, muito embora não tenha sido regulado a quem caberia decidir quais informações que dariam sob tal ressalva.

Além disso, convém considerar recentes dados relacionados à utilização da arbitragem pela Administração Pública, segundo levantamento denominado Pesquisa Administrativa em Valores e Números-2017²⁰: enquanto, no ano de 2015, seis câmaras de arbitragem brasileiras contabilizaram total de 4% de arbitragens envolvendo a Administração Pública Direta e Indireta, em 2016, o total de arbitragens em tal setor chegou a 9% (um número de 55 processos arbitrais). Em termos de valores, enquanto as arbitragens alcançaram, no ano de 2015, o total de R\$ 10.000.000,00 (dez bilhões, já no ano de 2016 tal marca alcançou o patamar de R\$ 24.000.000,00 (vinte e quatro bilhões), sendo explicado tal expressivo aumento em razão das arbitragens envolvendo a Administração Pública, de acordo com estudo sobre o tema.²¹

Ao menos considerando-se o nicho de contratações de valores bastante elevados por parte da Administração Pública, a arbitragem tende a ganhar cada vez mais espaço, sendo decerto importante aprimorar suas práticas, sempre no sentido da segurança, eficácia e compatibilização com os princípios constitucionais, atentando-se para a *accountability*²² do procedimento e da decisão, mostrando-se presente tal qualidade quando o tomador da decisão tem o dever de prestar contas e aqueles por ela afetados possuem o direito de exigí-las, num “processo contínuo de prestar e receber contas”, tal como descrito em recente ensaio sobre o tema.

Por outro lado, uma das dimensões de um regime de *accountability* é a presença de *experts* na tomada de decisões, de modo que, considerando seus conhecimentos e experiências, possam vir a proferi-las de forma imparcial, objetiva e com critérios universalizáveis.²³

Assim, o reforço legislativo em estudo deve servir para respaldar seu maior uso pela Administração Pública, quando, assim, entender ser a arbitragem a via mais apropriada para solução de controvérsias contratuais, evitando receios, por parte do administrador, de se ver enredado diante de órgãos de controle, como os tribunais de contas, pela sua adoção. Exemplo de tal realidade refere-se ao Acórdão 2573/2012, do Tribunal de Contas da União, a propósito de contrato de concessão rodoviária e que, naquela altura, entendeu pela “inaplicabilidade da arbitragem para resolução de divergências relativas às questões econômico-financeiras do contrato de concessão, haja vista o que dispõe o art. 24, inciso VII, da Lei 10.233/2001”.²⁴

²⁰ LEMES, Selma. Arbitragem e administração pública: passado, presente e futuro. In: VILLA-LOBOS, Nunes; CARVALHAIS, Tania Pereira (org.). *Arbitragem em direito público*. Rio de Janeiro: FGV, 2019. p. 81-96.

²¹ LEMES, Selma. Arbitragem e administração pública: passado, presente e futuro. In: VILLA-LOBOS, Nunes; CARVALHAIS, Tania Pereira (org.). *Arbitragem em direito público*. Rio de Janeiro: FGV, 2019. p. 81-96.

²² RACHED, Daniele Hanna. Accountability e desenho institucional: um “ponto cego” no direito público brasileiro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 1, p. 189-200, 2021. p. 193.

²³ RACHED, Daniele Hanna. Accountability e desenho institucional: um “ponto cego” no direito público brasileiro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 1, p. 189-200, 2021. p. 196.

²⁴ <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/>. Acesso em: 05 dez. 2021.

Além do afastamento dos receios do administrador, naturalmente o contratado, também, deve passar a assimilar a vantagem de adesão à via arbitral para solucionar disputas que venha a ter para com a contratante, sendo tal aspecto fundamental para assegurar sua legitimidade, fazendo com que a renúncia à possibilidade de tutela jurisdicional sobre questões decorrentes do contrato administrativo não se revele uma simples imposição da Administração Pública para que o negócio venha a ser celebrado.

5.1 Considerações especiais sobre o comitê de disputas

Diversamente da arbitragem, cuja previsão de aplicação na ordem jurídica brasileira para soluções de controvérsias na seara de contratos em que o Poder Público esteja presente remonta ao período da Constituição Imperial, o comitê de disputas trata-se de via resolutive bastante recente, tanto no mundo quanto na ordem jurídica brasileira.

Cuida-se de comitê de especialistas, composto por membros indicados por cada uma das partes contratantes, os quais, por sua vez, indicarão um terceiro membro (ou seja, numa indicação sucessiva), também a ser aprovado pelas partes, de modo a se ter um número ímpar,²⁵ com a finalidade de prevenir ou solucionar controvérsias decorrentes de uma relação contratual específica, de acordo com estudo de D'Alge.²⁶

Segundo a autora,²⁷ no plano internacional, o primeiro caso de utilização do comitê de disputa (*dispute board*) foi nos Estados Unidos da América, em 1975, por ocasião da construção do *Eisenhower Memorial Tunnel*, enquanto, no Brasil, a previsão contida no art.44-A da Lei 12.462/2011 (Regime Diferenciado das Contratações Públicas), autorizou a aplicação de mecanismos privados de resolução de conflitos aos contratos relacionados às obras das Olimpíadas e Paraolimpíadas de 2016, na cidade do Rio de Janeiro e à construção da Linha 4-Amarela, do metrô da cidade de São Paulo.

Ainda na seara internacional, importante exemplo de utilização do *dispute board* refere-se, por ocasião da construção do Canal da Mancha,²⁸ à magnitude da obra e dificuldades relacionadas a certa imprevisão de custos, bem como de exigências governamentais relacionadas com manutenção dos respectivos prazos contratuais. No Brasil²⁹, outros exemplos de utilização dos *dispute boards* foram: a Parceria Público-Privada para construção do Complexo Criminal Ribeirão das Neves, em Minas Gerais, a Parceria Público-Privada relativa à Rodovia MG-050; a Parceria Público-Privada para construção da Arena Fonte Nova, em Salvador-BA, a Parceria Público-Privada para construção do Aeroporto São Gonçalo do Amarante, no Rio Grande do Norte.

Os *dispute boards* possuem, como se percebe, origem relacionada a contratos de construção e infraestrutura, normalmente de longa duração, proporcionando acompanhamento gradativo da execução contratual por especialistas que, pelo conhecimento do tema e das condições contratuais, estão aptos a “agregar visão abrangente aos litígios.”³⁰

Importante ressaltar, também, que tais comitês ou painéis, assim referidos por Wald devem ser compostos por profissionais de várias áreas, como engenheiros, economistas, advogados, administradores, conforme o caso, sendo muito utilizados em contratos com financiamento de organismos internacionais, como são

²⁵ Segundo Arnold Wald, pode haver painel, expressão por ele usada para os *dispute boards*, formado por um só componente, desde que mantida a numeração ímpar. WALD, Arnold. *Dispute boards: evolução recente*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 20, 2011.

²⁶ BARRETO, Júlia Mont'Alverne. *Consensualidade administrativa: o uso de dispute boards para solução de conflitos no âmbito das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2019. p. 107.

²⁷ BARRETO, Júlia Mont'Alverne. *Consensualidade administrativa: o uso de dispute boards para solução de conflitos no âmbito das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2019. p. 106-143.

²⁸ WALD, Arnold. *Dispute boards: evolução recente*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 20, 2011.

²⁹ RIBEIRO, Ana Paula Brandão; RODRIGUES, Isabela Carolina Miranda. Os *dispute boards* no direito brasileiro. *Revista Mackenzie*, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 134, 2015.

³⁰ RIBEIRO, Ana Paula Brandão; RODRIGUES, Isabela Carolina Miranda. Os *dispute boards* no direito brasileiro. *Revista Mackenzie*, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 134, 2015.

aqueles financiados pelo Banco Mundial. Aparecem, também, como entidades que incentivam a utilização de dos boards a CCI (Câmara de Comércio Internacional) e a FIDIC (*Internacional Federation of Consulting Engineers*).³¹

Os comitês ficam, assim, à disposição dos contratantes, e possuem um caráter de permanência e não apenas episódico, ensejando, pois, uma atuação em tempo real. Tal característica seria primordial, de acordo com avaliação da *Dispute Board Foundation* (associação sem fins lucrativos criada no ano de 1996, por profissionais da indústria e da construção), para garantir o sucesso de tal mecanismo, aliada a outros fatores, como a imparcialidade de seus membros e a aprovação deles por ambas as partes, as quais se encontram a eles vinculadas por um instrumento contratual; a repartição dos seus custos.³²

Normalmente constituídos no início da relação contratual, os *dispute boards* podem ter a função de, apenas, expedir recomendações, não vinculantes, sobre dada questão sobre a qual venha a surgir alguma controvérsia; de decidi-la com caráter obrigatório para as partes (*dispute adjudication*).

No primeiro caso, tem-se a previsão de um *soft law*, cuja expedição tem fundamento de origem contratual, podendo-se fazer um paralelo com o *soft law* produzido pela própria Administração Pública, o qual representa uma “vinculatividade de reduzido grau”, causado pelo “enfraquecimento vinculativo da legalidade administrativa enquanto afluência da flexibilidade de seu próprio conteúdo”.³³

Dentre as modalidades de manifestação do *soft law*, há as recomendações, as quais “expressam uma exortação ou um convite para os respectivos destinatários adotarem certo comportamento sugerido, sem que isto signifique a existência de qualquer obrigação de resultado, envolvem uma espécie de pressão política relativamente a quem são dirigidas”.³⁴

Nada obstante a não obrigatoriedade das recomendações expedidas por comitês de disputas, há algum custo político pela sua não observância, causando, no mínimo, a necessidade de reforço da posição que lhe seja contrária.

A segunda modalidade, *dispute adjudication*, implica produção de uma decisão que se torna de observância vinculante para as partes contratantes, caso tenha sido, assim, por elas deliberada.

A importância da inclusão do comitê de disputas como meio de resolução de conflitos nas contratações regidas pela Lei 14.333/21 reside tanto no fato de ampliá-lo para além das contratações realizadas sob a égide do Regime de Contratação Diferenciadas, quanto, também, de dissipar dúvida a propósito, sobretudo, dos efeitos vinculantes da modalidade *dispute adjudication*.

Com efeito, em estudo realizado antes da edição de referida lei, restou colocada a discussão a propósito do caráter obrigatório da decisão de referidos comitês, na medida em que a legislação, até então existente (Lei 12.462/2011), apesar de admitir a utilização de tal meio, “não prevê que os atores envolvidos na persecução da harmonia entre os contratantes estarão munidos dos mesmos poderes conferidos a um juiz estatal togado, o qual detém, pelo Estado, função jurisdicional e todos os elementos a ela inerentes.”³⁵

Em relação aos termos da Lei 14.333/2021, não apenas há menção expressa aos comitês de disputa como forma de resolução de disputa, e não apenas de expedição de meras recomendações, como há sua

³¹ WALD, Arnold. Dispute boards: evolução recente. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 20, 2011.

³² RIBEIRO, Ana Paula Brandão; RODRIGUES, Isabela Carolina Miranda. Os dispute boards no direito brasileiro. *Revista Mackenzie*, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 134, 2015.

³³ OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 908.

³⁴ OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 910.

³⁵ RIBEIRO, Ana Paula Brandão; RODRIGUES, Isabela Carolina Miranda. Os dispute boards no direito brasileiro. *Revista Mackenzie*, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 134, 2015.

aproximação da arbitragem, na medida em que a exigência feita a propósito da escolha dos árbitros quanto à observação de critérios isonômicos, técnicos e transparentes (art.154) também se aplica àqueles.

Assim, ao atuar os comitês de disputa, sob a modalidade de adjudicação, a respeito dos mesmos parâmetros da arbitragem (sempre de direito e com observância ao princípio da publicidade, de acordo com o art.152), não se deve deixar de reconhecer terem as suas decisões a mesma força daquelas proferidas no âmbito daquela.

As novas previsões legais deixaram clara, pois, a vinculação dos *dispute boards* aos princípios informadores da atuação administrativa, de modo que semelhante mecanismo, por mais que tenha ampla utilização, com sucesso, em outros países, necessitará guardar compatibilidade com a ordem constitucional brasileira.

Mesmo antes da edição da Lei 14.333/21, a 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento 209 6127-39.2018.8.26.0000³⁶, manteve decisão proferida pelo CRD (Conselho de Resolução de Disputas), determinando o pagamento, pelo Metrô de São Paulo, da quantia de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) ao consórcio de empresas que realizou as obras da Linha-4, suspendendo medida liminar que havia sido concedida em primeiro grau para afastar referida deliberação. Bastante expressivos são os seguintes trechos do acórdão:

no âmbito da Concorrência Pública Internacional n.º 41075213, financiada com recursos do Banco Mundial (BIRD), firmou com o Metrô o contrato administrativo n.º 4107521301; um importante aspecto do modelo de contratação imposto pelas entidades financiadoras internacionais é a forma de resolução de eventuais conflitos que possam surgir entre as partes; o ‘Dispute Board’ (DB) ou Conselho Regional de Disputas (CRD) tem por objetivo garantir a boa execução do contrato e a manutenção de um clima harmônico e construtivo entre as partes; no caso dos autos, o CRD é composto por três especialistas em matéria de construção e direito de construção (dois engenheiros e um advogado); suas decisões não são afastadas, salvo por acordo, laudo arbitral ou sentença definitiva, conforme cláusula 7.10.4 do Termo de Acordo livremente pactuado pelas partes; a agilidade das decisões, ainda que em tese não sejam juridicamente perfeitas, evitam paralisações, atrasos no cronograma do projeto e efeitos desastrosos sobre o fluxo de caixa das obras; é inadequada a sustação liminar dos feitos de decisão tomada pelo CRD em razão de eventual dúvida jurídica sobre o tema, sequer existente no caso; a decisão impugnada em juízo foi técnica e juridicamente detalhada e fundamentada; o CRD do Metrô perderá a autoridade para decidir as questões que lhe são submetidas e as partes poderão optar por dissolvê-lo; a suspensão liminar da decisão não é compatível com a livre declaração de vontade das partes e com a natureza do procedimento que rege o Conselho de Resolução de Disputas.

Considerando-se a sistemática dos *dispute boards*, em ambas as modalidades, a sua utilização pode, ainda, promover maior inclusão dos contratos administrativos nas modernas pautas dialogais da Administração Pública, de modo que as tradicionais cláusulas exorbitantes, que representam autorização para prática de atos unilaterais, com aptidão para instabilização da relação contratual, prescindindo, inclusive, da existência de cláusulas em tal sentido,³⁷ embora continuem a existir, terão sua invocação e efeitos, inevitavelmente, de se ajustar às novas formas de relacionamento entre as partes contratantes.

Ou seja, uma via alternativa de resolução de conflitos poderá provocar profundas transformações num tema clássico do Direito Administrativo, qual seja, os poderes exorbitantes nos contratos administrativos, inerentes ao seu regime jurídico, o qual faz parte do próprio conceito de tal instituto, como se pode perceber daquele elaborado por Horbach³⁸, ao contemplar os seus aspectos orgânicos, finalístico, bem como o regime jurídico aplicável:

³⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento 209 6127-39.2018.8.26.0000*. Relator: Torres de Carvalho. São Paulo: TJSP, 2010. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/608545431/20961273920188260000-sp-2096127-3920188260000/inteiro-teor-608545451?ref=amp>. Acesso em: 21 set. 2021.

³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 582.

³⁸ HORBACH, Carlos Batiste. Contrato administrativo: conceito e critérios distintivos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 6, n. 1, p. 52-68, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3665/pdf>. Acesso em: 06 dez. 2021. p. 57.

contrato administrativo é todo e qualquer ajuste celebrado pela administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios – abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas – com terceiros, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, submetido a um regime de direito público que garanta prerrogativas para a Administração e voltado à realização de um interesse público.

Por fim, a maior frequência do uso de *dispute boards* é signo de prosperidade, de modo que, analisando o cenário de 2000 a 2010, em que o investimento estrangeiro no Brasil saltou de U\$ 3,2, bilhões para U\$ 48 bilhões, num acréscimo de cerca de 1.500%, e, ainda antes da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos de 2016, Wald³⁹ vaticinou que: “tem-se um grande campo para utilização e desenvolvimento dos *dispute boards* no Brasil nos próximos anos.” Que suas palavras se concretizem.

6 Considerações finais

A pesquisa realizada demonstrou que a nova Lei das Licitações e Contratos (Lei 14.333/21) buscou alinhar a resolução de controvérsias na seara contratual pública ao movimento de desjudicialização em tal setor já promovida, topicamente, por outras legislações, como as Parcerias Público-Privadas (Lei 11.079/2004) e o Regime Diferenciado de Contratação Pública (Lei 12.461/2004).

Ao realizar a inclusão de capítulo específico para dispor sobre meios alternativos de resolução de conflitos, no caso, a mediação, a conciliação, a arbitragem e o comitê de disputas, a recente legislação conferiu-lhes reforço, cuidando, ainda, de delimitar as matérias aptas a lhes serem encaminhadas, com a definição dos direitos patrimoniais disponíveis, dos quais excluiu-se o exercício do poder sancionatório da Administração Pública contratante.

Maior densidade reguladora sobre o tema poderá afastar receios do administrador quanto à escolha de meio alternativo de resolução de conflitos contratuais; modificar a percepção dos órgãos de controle e fomentar adesão, a ele, de forma mais consciente e segura por parte do contratado.

Especificamente no tocante à arbitragem, modalidade tratada de forma mais amíu de no artigo, a Lei 14.333/21 tratou de reiterar a sua vinculação ao Princípio da Legalidade, bem como à publicidade (art.152) e, no âmbito federal, o Decreto 10.025/19, que regulamentara a arbitragem para os setores portuário, de transportes rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, revelou preferência pela arbitragem institucionalizada, tal como ocorre na realidade portuguesa, a ser feita por meio de câmaras previamente habilitadas, veiculando, ainda, requisitos e impedimentos para a figura do árbitro.

Tal normatividade pode ser aplicada às contratações fundadas na nova lei, cabendo chamar a atenção para a exigência, dela constante, quanto ao processo de escolha tanto de árbitros quanto de comitês de resolução de controvérsias, que sejam observados critérios isonômicos, técnicos e transparentes (art.154), trazendo, assim, tais vias para as pautas constitucionais de atuação da Administração Pública. Numa perspectiva mais ampla, trata-se de assegurar a *accountability* das arbitragens e das decisões proferidas em tal âmbito.

Quanto aos comitês de disputa, também objeto de considerações específicas, a sua previsão expressa, bem como a aplicação, a eles, de preceitos relativos à arbitragem, são suficientes para dissipar dúvidas quanto à sua admissibilidade e ao caráter vinculativo das decisões proferidas sob a modalidade de adjudicação, representado aqueles moderna via para prevenção e resolução de conflitos, sobretudo em contratações que envolvam execução prolongada, como as das obras de infraestrutura, complexidade técnica e elevados investimentos, muitas vezes de origem internacional.

³⁹ WALD, Arnold. *Dispute boards: evolução recente*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 20, 2011.

A utilização, tanto da arbitragem quanto de comitês de disputas, revela a existência de contratações em valores vultosos e, normalmente, de grandes empreendimentos, sendo mais adequada a tais situações.

Por fim, referidas vias podem proporcionar soluções mais rápidas e também seguras para os litígios na seara contratual pública, inserindo-a, também, em uma perspectiva mais consensual e dialógica, inclusive no que diz respeito ao próprio exercício das prerrogativas do contratante, que, embora remanesçam, devem ser exercidas de outras formas.

Referências

- BARRETO, Júlia Mont'Alverne. *Consensualidade administrativa: o uso de dispute boards para solução de conflitos no âmbito das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2019.
- CALDEIRA, Marco; SERRÃO, Tiago. As arbitragens pré-contratuais no direito administrativo português: entre a novidade e o risco de inefetividade. In: GOMES, Carla Amado; FARINHO, Domingos Soares; PEDRO, Ricardo (coord.). *Arbitragem e direito público*. Lisboa: AAFDL, 2015. p. 303-325.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2020*. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 16 set. 2021.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Os 100 maiores litigantes*. Brasília, DF: CNJ, 2012. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 16 set. 2021.
- DE PALMA, Juliana Bonnacursi. *Atuação administrativa consensual: estudos de acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. 2010. 331f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- DIAS, Eduardo Rocha. *Sanções administrativas aplicadas a contratantes e contratados*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1999.
- ESTORNINHO, Maria João. *Réquiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- HORBACH, Carlos Batiste. Contrato administrativo: conceito e critérios distintivos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 6, n. 1, p. 52-68, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3665/pdf>. Acesso em: 06 dez. 2021
- LEMES, Selma. Arbitragem e administração pública: passado, presente e futuro. In: VILLA-LOBOS, Nunes; CARVALHAIS, Tania Pereira (org.). *Arbitragem em direito público*. Rio de Janeiro: FGV, 2019. p. 81-96.
- MACHADO, Matheus Oliveira. A aplicabilidade dos dispute boards no Regime Diferenciado das Contratações Públicas (RDC). *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, Brasília, v. 110, n. 1, p. 12-31, jul-dez 2018. file:///C:/Users/CLARIS~1/SIL/AppData/Local/Temp/294-Texto%20do%20artigo-1576-1-10-20190411-1.pdf. Acesso em: 06 dez. 2021
- MACHETE, Pedro. *Estado de direito democrático e administração paritária*. Coimbra: Almedina, 2007.
- MAURER, Harmut. *Droit administratif allemand*. Paris: LGDF, 1994.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MIRANDA, João. Arbitragem no âmbito do Código dos Contratos Públicos. *In*: GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo (org.). *A arbitragem administrativa em debate*: problemas gerais e arbitragem no âmbito do Código de Contratos Públicos. Lisboa: AAFDL, 2018. p. 323.

ÓTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública*: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

PEDRO, Ricardo. Arbitragem institucional e centros de arbitragem de direito público. *In*: GOMES, Carla; PEDRO, Ricardo (coord.). *Arbitragem e direito público*. Lisboa: AAFDL, 2015. p. 103-108.

PEREIRA, César. Decreto n.º 10.025: arbitragem com a administração pública federal em setores regulados. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, n. 151, set. 2019. Disponível em: https://www.justen.com.br/pdfs/IE151/IE%20151%20-%20Cesar%20-%20Arbitragem%20Dec%2010025_revGB.pdf. Acesso em: 20 set. 2021.

RACHED, Daniele Hanna. Accountability e desenho institucional: um “ponto cego” no direito público brasileiro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 1, p. 189-200, 2021. <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6745/pdf>. Acesso em: 06 dez. 2021.

RIBEIRO, Ana Paula Brandão; RODRIGUES, Isabela Carolina Miranda. Os dispute boards no direito brasileiro. *Revista Mackenzie*, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 134, 2015.

RIBEIRO, Raimundo Márcio. *Administração pública dialógica*. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento 209 6127-39.2018.8.26.0000*. Relator: Torres de Carvalho. São Paulo: TJSP, 2010. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/608545431/20961273920188260000-sp-2096127-3920188260000/inteiro-teor-608545451?ref=amp>. Acesso em: 21 set. 2021.

SILVA, Clarissa Sampaio. *Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição*: o caso dos agentes públicos. Belo Horizonte: Fórum Editora, 2009.

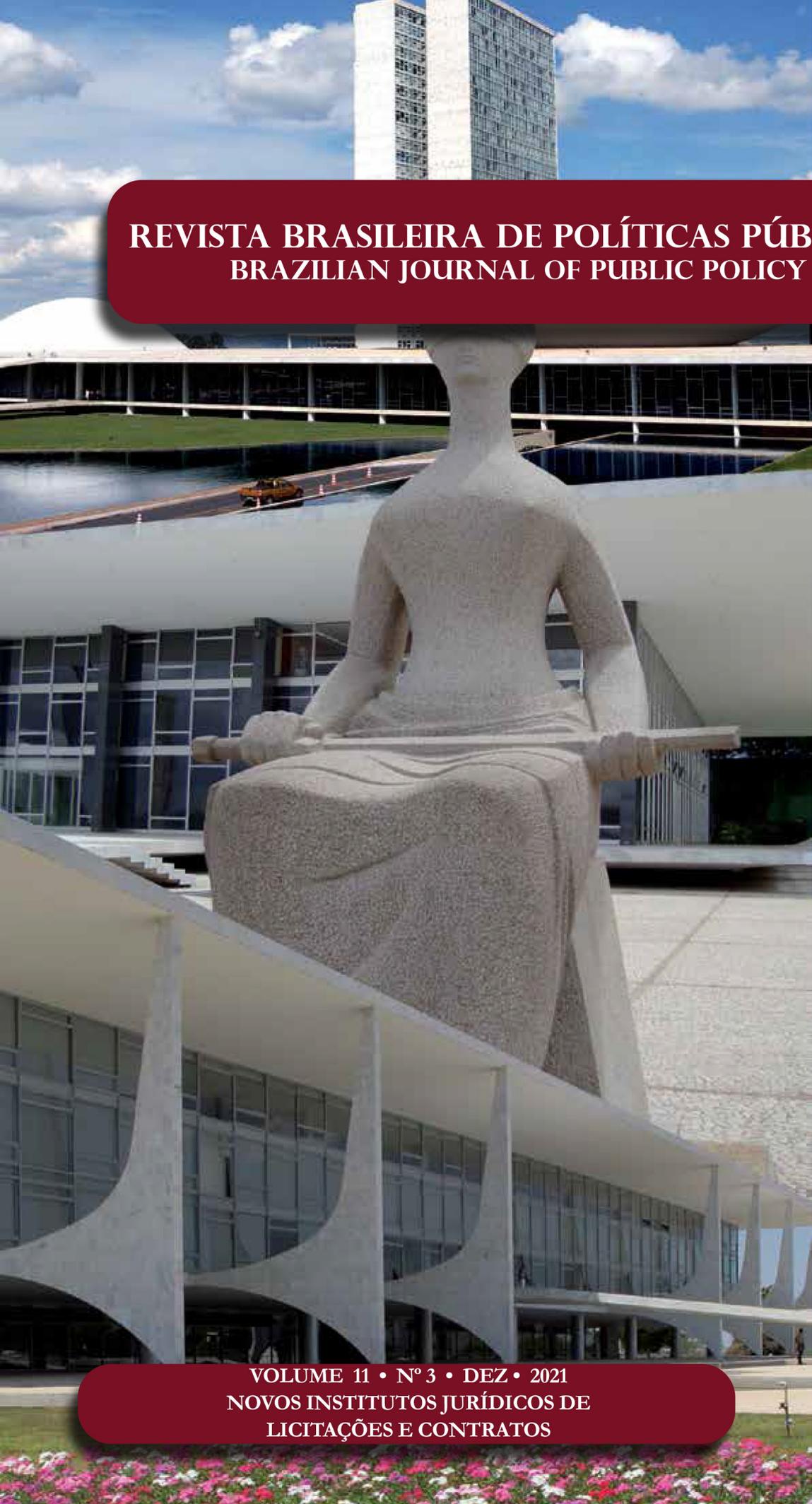
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Brasília). *Acórdão 2573/2012*. <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/>. Acesso em: 05 dez. 2021.

WALD, Arnold. Dispute boards: evolução recente. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 20, 2011.

The logo for CEUB (Centro de Estudos Universitários de Brasília) is displayed in a white, stylized font against a dark red background. The letters 'C', 'E', 'U', and 'B' are interconnected, with the 'U' and 'B' having a distinctive shape.

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

The cover features a photograph of a modern architectural complex. In the foreground, a large, white, seated female statue is the central focus. Behind it, a long, low building with a series of white, curved, cantilevered balconies or walkways extends across the frame. In the background, a tall, multi-story building with a grid-like facade stands against a blue sky with scattered white clouds. A small yellow car is visible on a road in the middle ground. The overall scene is brightly lit, suggesting a sunny day.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A Adesão do Brasil ao Acordo sobre Contratações Públicas da OMC: entre tabus e dificuldades reais

The Brazilian Adhesion to WTO's Government Procurement Agreement: between taboos and actual difficulties

Eduardo Ferreira Jordão

Luiz Filipe Esteves Cunha

VOLUME 11 • Nº 3 • DEZ • 2021
NOVOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE
LICITAÇÕES E CONTRATOS

A Adesão do Brasil ao Acordo sobre Contratações Públicas da OMC: entre tabus e dificuldades reais*

The Brazilian Adhesion to WTO's Government Procurement Agreement: between taboos and actual difficulties

Eduardo Ferreira Jordão**

Luiz Filipe Esteves Cunha***

Resumo

O governo brasileiro iniciou processo de adesão ao Acordo sobre Contratações Públicas da OMC (“GPA”), o que vem suscitando reservas e preocupações a respeito dos questionamentos da vantajosidade econômica da adesão, considerando-se os possíveis danos às empresas nacionais; à viabilidade de manutenção de políticas públicas curso; à possível ausência de capacidade de entidades e servidores de implementar o acordo; e à suposta suficiência da legislação brasileira para garantir isonomia nas contratações. O objetivo do artigo é analisar aspectos dos princípios e do sistema normativo do GPA para compreender as consequências e dificuldades ligadas à adesão brasileira ao pacto, de modo a debater até que ponto essas preocupações e ressalvas se sustentam. Para tanto, os termos do acordo e a literatura a seu respeito foram estudados, verificando-se que: (i) há vantagens “não mercantilistas” na adesão ao GPA para um país em desenvolvimento que não podem ser desconsideradas em análises de custo-benefício; (ii) o GPA comporta um regime flexível o suficiente para que políticas públicas em curso subsistam e para que entidades e órgãos não capacitados não sejam abrangidos; e (iii) a efetiva internalização do acordo traria um nível de competitividade não consagrado na legislação brasileira atual, mas há uma série de dúvidas sobre essa compatibilização. Conclui-se que algumas das preocupações encontram respostas e soluções no próprio acordo, mas há outras ressalvas legítimas que exigirão estudos e debates mais aprofundados de acadêmicos e de agentes públicos no processo de adesão.

Palavras-chave: licitação internacional; contratos administrativos; Acordo sobre Contratações Públicas; Organização Mundial do Comércio; acordo plurilateral.

Abstract

The Brazilian government began taking steps to adhere to WTO's Government Procurement Agreement (“GPA”), which was received with reservations and concerns by some, who questioned the cost-effectiveness of the

* Recebido em 30/09/2021
Aprovado em 07/01/2022

** Professor da FGV Direito Rio e sócio do Portugal Ribeiro Advogados. Doutor pelas Universidades de Paris e de Roma. Mestre pela USP e pela LSE. Foi pesquisador visitante em Harvard, Yale, MIT e Institutos Max Planck.
E-mail: eduardo.jordao@fgv.br

*** Assistente de Pesquisa na FGV Direito Rio.
E-mail: luiz.cunha@fgv.br

adhesion in light of the possible harm to domestic companies; whether public policies in place would have to be replaced; the likely lack of capacity of public entities and employees to implement the agreement; and the alleged sufficiency of Brazilian legislation in guaranteeing equal access to government contracts. The article's goal is to analyze aspects of the GPA's principles and framework to understand the consequences and difficulties associated with the Brazilian adhesion, as to discuss to what extent those reservations and concerns are to be taken seriously. To that end, the literature on the agreement and the GPA itself were studied, and it was observed that (i) there are "non mercantilist" advantages in adhering to the GPA for a developing nation that cannot be ignored in cost-benefit assessments; (ii) the GPA encompasses a regime that is flexible enough to conserve current public policies and to exclude some public entities from coverage; and (iii) the effective implementation of the GPA would bring a level of competitiveness that is not currently enshrined in Brazilian legislation, although some doubts remain concerning necessary changes. It is concluded that some of the concerns are addressed by solutions found in the agreement, but there are some valid reservations that will demand further studies and discussions by academics and public officials in charge of the adhesion process.

Keywords: international procurement; public contracts; Government Procurement Agreement; World Trade Organization; plurilateral agreement.

1 Introdução

No início de 2020, durante o Fórum Econômico Mundial em Davos, o Ministro da Economia Paulo Guedes anunciou que o governo brasileiro começaria a adotar as medidas necessárias para ingressar no Acordo sobre Contratações Governamentais ("GPA", na sigla em inglês) da Organização Mundial do Comércio ("OMC"). O início do processo de adesão foi formalizado em maio de 2020, com envio de carta à entidade internacional para dar início às negociações necessárias.

Em linhas gerais, o GPA é um acordo plurilateral¹ firmado entre alguns países membros da OMC, por meio do qual os Estados signatários se comprometem a conferir igualdade de tratamento entre os fornecedores nacionais e estrangeiros (desde que provenientes dos países partes no pacto) nas contratações de bens e de serviços pela Administração Pública. Assim, o acordo visa complementar o texto principal do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT, na sigla em inglês), diploma principal de regência da OMC, cujo Artigo III, expressamente, exclui os contratos públicos do seu âmbito.² Os países que acedem ao acordo devem respeitar requisitos mínimos de transparência, objetividade e boa governança previstos no texto do GPA, devendo, para tanto, adaptar suas legislações locais sobre licitações e contratos administrativos quando necessário para compatibilizá-las com as regras e princípios do GPA.

Desde o anúncio de que o governo brasileiro daria início aos passos necessários para a adesão ao GPA, alguns comentaristas locais têm expressado reservas e preocupações.³ Em especial, argumentou-se que (i) a

¹ Sobre a diferença entre acordos plurilaterais e multilaterais no âmbito da OMC, Rafael Sérgio de Oliveira explica que "a OMC possui acordos multilaterais que vinculam todos os Estados que a integram. [...] Os acordos plurilaterais se diferenciam dos multilaterais porque naquele tipo de ajuste só há a vinculação dos membros da organização internacional em comento que os assinam". Cf. OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *Globalização e contratação pública: o nascimento de um direito internacional dos contratos públicos*. *Revista Direito Mackenzie*, v. 11, n. 2, pp. 228-248, 2017, p. 239.

² GATT, Artigo III, item 8 (a): "As disposições desse Artigo não se aplicarão às leis, regulamentos ou exigências que se refram a aquisições, por órgãos governamentais de produtos comprados para atender às necessidades dos poderes públicos e não se destinam à revenda, no comércio, ou à produção de bens para venda no comércio." Além do GATT, o GATS (Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços) também exclui as licitações para a contratação de serviços de seu âmbito (Artigo XIII, item 1), mas trouxe previsão expressa de que os membros da organização deveriam negociar um acordo posterior sobre o tema, o que veio a gerar o GPA (Artigo XIII, item 2).

³ Externando alguma dessas críticas, preocupações ou ressalvas em relação à adesão brasileira ao GPA, ver, por exemplo: MONASSA, Clarissa; LIONELLI, Aubrey. É interessante para o Brasil aderir ao acordo sobre compras governamentais da OMC? *Revista de*

adesão não seria economicamente vantajosa para o país, devido ao provável dano às muitas companhias brasileiras que dependem das compras públicas e não estariam em posição de competir com empresas estrangeiras mais eficientes. Argumentou-se, também, que haveria (ii) risco de esvaziamento e inviabilização das políticas públicas em vigor, como aquelas que dão preferência a empresas nacionais e de pequeno porte em compras públicas e a empresas ecologicamente corretas. Há, também, preocupação (iii) com a dificuldade de implementar as normas do acordo devido à falta de capacidade e de treinamento da grande maioria dos servidores públicos que organizam procedimentos licitatórios no país, que teriam dificuldades em aplicar, corretamente, os procedimentos exigidos pelo GPA. Faltaria preparo para, por exemplo, cumprir requisitos como a publicação de documentos em línguas estrangeiras. A estrutura inadequada da maioria das entidades públicas para executarem licitações internacionais também poderia ser uma dificuldade relevante. Por fim, houve quem ressaltasse (iv) que a legislação brasileira já seria suficiente para garantir isonomia nos procedimentos de contratações públicas.

A dificuldade que se coloca ao se debruçar sobre essas preocupações e ressalvas — e o principal problema a ser enfrentado neste artigo — é a falta de estudos sobre o tema no Brasil, causando desconhecimento dos termos do acordo e das suas possibilidades por parte de boa parte dos estudiosos de licitações e contratos. Nesse contexto, o objetivo deste artigo é analisar e explicitar os principais aspectos dos princípios e do sistema normativo do GPA que são especialmente relevantes para compreender as consequências e dificuldades ligadas à adesão brasileira ao acordo, de modo a debater, até que ponto, essas preocupações e ressalvas se sustentam. Como será evidenciado, um exame atento do sistema de normas trazido pelo GPA revela que algumas dessas ressalvas partem de premissas equivocadas sobre o funcionamento e os termos do acordo, enquanto outras preocupações externadas, embora não inviabilizem a adesão brasileira, merecerão reflexão e consideração especial da academia e dos agentes públicos responsáveis pela implementação do acordo no país.

Para tanto, apresenta-se, neste artigo, uma revisão bibliográfica com base na literatura especializada a respeito do tema — ainda escassa no Brasil, de modo que fontes estrangeiras também serão exploradas —, buscando identificar possíveis consequências que a adesão ao pacto pode trazer ao país, e mapeando as principais discussões quanto à vantajosidade dessa adesão. Além disso, o trabalho trará uma análise do texto do acordo e de seus anexos, efetuando um cotejo entre as disposições encontradas e as críticas mencionadas. Com isso, espera-se identificar e explicitar os mecanismos gerais de funcionamento do GPA, trazer possíveis respostas às eventuais críticas à adesão brasileira ao acordo e verificar se há normas que, possivelmente, serão de difícil implementação no país. Vale registrar, por fim, que alguns exemplos do direito comparado também serão utilizados ao longo do artigo, a fim de trazer à tona algumas possíveis soluções estrangeiras aos problemas de implementação identificados — mas sem exaurir essas discussões e os exemplos estrangeiros, porque o escopo deste artigo, antes de resolver os problemas de implantação do acordo, é identificá-los e explicitá-los.

Para cumprir o objetivo supracitado, a análise deste artigo será feita em três partes. Na primeira, serão apresentadas características da sistemática introduzida pelo GPA capazes de tornar a adesão de um país em desenvolvimento — caso do Brasil — atraente. Com isso, enfrentaremos a preocupação de alguns autores de que a adesão ao acordo (que é formado majoritariamente por nações desenvolvidas) seria, necessariamente, econômica e socialmente inconveniente para um país em desenvolvimento. Veremos que esse nem sempre será o caso: ao invés de considerar, apenas, os ganhos imediatamente aferíveis no comércio exterior, é preciso considerar, também, outras vantagens menos evidentes (e não puramente “mercantilistas”) para

Direito Internacional, v. 10, n. 1, 2013; BERCOVICI, Gilberto. “*A pá de cal na política industrial*”, publicado no “A Terra é Redonda” em 22/01/2020, disponível em: <https://aterraeredonda.com.br/a-pa-de-cal-na-politica-industrial/>, acesso em 05/08/2020; FRIZZO, Henrique; GIANNETTI, Priscila. Impactos da adesão do Brasil ao acordo de compras governamentais da OMC, *Jota*, 24/03/2020, disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inoва-e-acao/impactos-da-adesao-do-brasil-ao-acordo-de-compras-governamentais-da-omc-24032020>, acesso em 05/08/2020.

países em desenvolvimento que podem advir da adesão ao GPA. Na segunda parte, serão discutidos aspectos do GPA que revelam flexibilidade quanto à abrangência do acordo e sua incidência sobre os Estados partes. Essa análise será importante para endereçar as segunda e terceira preocupações supracitadas, porque demonstrará que o próprio GPA tem regras para enfrentar essas mesmas inquietações, trazendo soluções. Por fim, a terceira parte discutirá, sem esgotar o tema (porque ainda não são conhecidos os termos e condições da adesão brasileira), algumas das dificuldades que podem surgir na incorporação do acordo no Brasil, oportunidade em que se discutirá até que ponto a legislação brasileira em vigor é suficiente para atingir os objetivos gerais do acordo.

2 Razões “não mercantilistas” para adesão ao GPA

A submissão às normas do GPA faz sentido para países em desenvolvimento? A crítica econômica à adesão ao GPA, mencionada na introdução, parte de dois pressupostos: (i) o ingresso no acordo prejudicaria as empresas nacionais que dependem de contratos públicos, e (ii) esse prejuízo não seria compensado pelos benefícios advindos da abertura de mercados internacionais, já que as empresas brasileiras não estariam prontas para competir com organizações mais eficientes, oriundas dos demais Estados que compõem o GPA — na sua maioria, desenvolvidos.

De fato, as nações desenvolvidas tendem a ver o GPA como uma forma de habilitar as empresas nacionais a participarem de licitações nos demais países membros do acordo, o que Anderson e Müller chamam de “motivações mercantilistas”⁴ — embora outros objetivos, como aumentar a eficiência do gasto público, também, sejam considerados. Todavia, as vantagens de adesão ao GPA podem ir além de abrir mercados para as empresas nacionais; elas também estão ligadas a objetivos como melhorar a governança pública, assegurar o combate à corrupção e promover a transparência na Administração Pública.

Não por outra razão, a tendência mais recente tem sido de aumento de adesões ou interessados em aderir oriundos do mundo em desenvolvimento — embora o GPA, ainda, seja majoritariamente composto por países em estágio avançado de desenvolvimento. Nesse sentido, em relação aos 21 países aderentes ao GPA, quando sua primeira versão passou a vigorar, em 1996, oito estavam entre as dez maiores economias do mundo.⁵ Mais recentemente, houve adesão de países com economias menos desenvolvidas do que os membros mais antigos, como Ucrânia (em 2016), Croácia (2013) Montenegro (2015), Bulgária e Romênia (ambos em 2007). Ademais, diversos países em desenvolvimento estão ativamente negociando a adesão ao Acordo, ao exemplo de Brasil, Cazaquistão, Omã e Jordânia.⁶

O objetivo desta seção não é conjecturar ou estimar as complexas consequências econômicas que podem advir da maior liberalização de mercados de contratações públicas,⁷ mas mostrar que há uma série de vantagens ligadas à adesão ao GPA, atraentes para nações em desenvolvimento, que são, geralmente, ignoradas em análises de custo e benefício mais simples, e que saltam aos olhos após um estudo mais detido das normas do acordo.⁸

⁴ ANDERSON, Robert; MÜLLER, Anna Caroline. The revised WTO Agreement on Government Procurement (GPA): key design features and significance for global trade and development. *WTO Working Paper* n. ERSD-2017-04, jan. 2017, p. 14.

⁵ As datas de adesão dos membros estão disponíveis no seguinte endereço eletrônico: https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm. Acesso em 25 de janeiro de 2022. Ver também NASCIMENTO, André Jansen do. Contratações públicas no âmbito da OMC: a política legislativa brasileira à luz do direito ao desenvolvimento. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, pp. 191-209, 2014, p. 201.

⁶ É possível verificar a relação de países observadores que estão negociando a adesão ao GPA no seguinte endereço eletrônico: https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm. Acesso em 25 de janeiro de 2022.

⁷ Para uma discussão aprofundada dos efeitos da adesão ao GPA sobre o bem-estar econômico, v. MATTOO, Aaditya. The Government Procurement Agreement: implications of economic theory. *WTO Staff Working Paper*, n. TISD-96-03, out. 1996.

⁸ Não se pretende defender que a adesão ao acordo trará ganhos líquidos de bem estar social, mas apenas analisar o acordo de modo a revelar consequências que devem ser sopesadas em um debate sério e informado e em eventuais futuras análises de impacto.

2.1 Aumento da eficiência da despesa pública e fortalecimento da concorrência no mercado interno

Um primeiro objetivo não “mercantilista” do ingresso no GPA é o aumento da eficiência da despesa pública, ligada a um fortalecimento da concorrência nas licitações nacionais. Ao aumentar a transparência nas licitações e ampliar o número de potenciais interessados nos certames, as administrações públicas seriam capazes de pagar menos por bens e serviços, oferecendo mais utilidades aos administrados com menos recursos, conseqüentemente, aumentando a eficiência do gasto público. Com efeito, “o GPA parte do pressuposto segundo o qual as políticas discriminatórias prejudicam o bem-estar mundial, de forma que a liberalização da contratação pública seria uma consequência necessária para garantir o bem-estar”.⁹

Embora não existam muitos estudos sobre o assunto e cada país membro do GPA tenha particularidades,¹⁰ há relatos empíricos¹¹ e teóricos¹² de que a adesão ao acordo de compras está ligada a um aumento dessa eficiência da despesa governamental. Nesse sentido, um recente estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) indicou que os custos e riscos para as empresas nacionais que poderiam advir da adesão brasileira ao GPA poderiam ser, em larga medida, compensados se essa adesão fosse capaz de gerar ganhos de eficiência para o gasto público.¹³ As estimativas feitas no trabalho do IPEA apontam que esses benefícios seriam obtidos especialmente pelas famílias mais pobres.¹⁴

A literatura econômica brasileira já nota há tempos que as licitações para contratação de serviços de engenharia e construção, e a compra de bens como medicamentos e equipamentos de informática, resultam em preços maiores do que os praticados nos mercados externos,¹⁵ o que indica que há espaço para a produção desses efeitos positivos no país em alguma medida.

Esses ganhos de eficiência seriam alcançados, principalmente, pelo aumento da competição no mercado interno. O GPA pode facilitar o alcance desse objetivo porque, entre outros aspectos, a adesão ao acordo gera incentivos fortes contra o conluio dos licitantes, dado que a aplicação do acordo pode (i) aumentar o número de licitantes externos que não têm conexões com o *status quo* corporativo nacional (por exemplo, construtoras que nunca subcontrataram empresas nacionais nem têm conexões prévias com o governo poderiam participar de certames), bem como (ii) assegurar que as informações e os documentos necessários para participar de forma efetiva do procedimento alcançarão um público amplo, e não apenas os ‘suspeitos

⁹ NASCIMENTO, André Jansen do. Contratações públicas no âmbito da OMC: a política legislativa brasileira à luz do direito ao desenvolvimento. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, pp. 191-209, 2014, p. 200.

¹⁰ Como veremos na seção seguinte, cada país do GPA adere ao acordo com um regime próprio de abrangência, o que torna os testes empíricos para verificação dos efeitos da adesão, já extremamente complexos por natureza, ainda mais árduos.

¹¹ V., p. ex., CHOI, Inbom. The long and winding road to the government procurement agreement: Korea's accession experience. In: MARTIN, Will; PANGESTU, Mari(eds.). *Options for Global Trade Reform: A View from the Asia-Pacific*. Cambridge: CUP, pp. 249-269, 2003; TAS, Bedri Kamil Onur; DAWAR, Kamala; HOLMES, Peter Martin; TOGAN, Subidey. Does the World Trade Organization Government Procurement Agreement Deliver What It Promises? *World Trade Review*, v. 19, n. 4, pp. 609-634, 2019; UNIÃO EUROPEIA, *A Report on the Functioning of Public Procurement Markets in the EU: Benefits from the Application Of The EU Directives and Challenges for the Future*, Comissão Europeia, 2004, disponível em: <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/15446>, acesso em 05/08/2020.

¹² V., p. ex., MATTOO, Aaditya. The Government Procurement Agreement: implications of economic theory. *WTO Staff Working Paper*, n. TISD-96-03, out. 1996, p. 27.

¹³ ARAÚJO JR., Ignácio Tavares de. Uma análise dos custos e benefícios da entrada do Brasil no acordo de compras governamentais da Organização Mundial do Comércio. *IPEA*, texto para discussão n. 2450, Brasília, fev. 2019.

¹⁴ ARAÚJO JR., Ignácio Tavares de. Uma análise dos custos e benefícios da entrada do Brasil no acordo de compras governamentais da Organização Mundial do Comércio. *IPEA*, texto para discussão n. 2450, Brasília, fev. 2019, p. 29.

¹⁵ V. ZINI JR., Álvaro Antônio. O Acordo Sobre Compras Governamentais da Organização Mundial do Comércio e a Economia Brasileira. *Estudos Econômicos*, São Paulo, 28(2):181-198, abr-jun 1998, p. 195; HERRMANN, Isadora. Licitações públicas no Brasil: explorando o conceito de ineficiência por desenho. *RAUSP Management Journal*, v. 34, n. 2, p. 29-38, 1999. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/90696/2/773883878.pdf>; acesso em 05/08/2020; BRASIL, Ministério da Transparência, *Nota Técnica n.º 1081/2017/CGPLAG/DG/SFC*, 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2017/07/cgu-divulga-estudo-sobre-eficiencia-dos-pregoes-realizados-pelo-governo-federal/nota-tecnica-no-1-081-2017-cgplag-dg-sfc/pdf/view>; acesso em 05.08.2020.

de sempre¹⁶, devido aos requisitos realçados de transparência e de publicidade das informações relevantes para a contratação que são positivados no GPA.¹⁷

Não se está falando de um simples aumento no número de competidores pelos contratos públicos, mas do ingresso de companhias com características e incentivos diferentes nas concorrências públicas internas, trazendo mais dinamismo aos certames e competitividade efetiva.

2.2 Combate à corrupção

Outro objetivo de países em desenvolvimento com a adesão ao GPA é reforçar o combate à corrupção. Foi essa uma das principais justificativas do governo brasileiro para dar início ao processo de adesão,¹⁸ bem como de outros países subdesenvolvidos e em desenvolvimento que aderiram, recentemente, ao acordo.¹⁹ De que forma a adesão a um acordo de abertura de mercados públicos pode auxiliar a política anticorrupção?

De acordo com conclusões de estudos da OCDE, as contratações públicas representam uma das principais áreas expostas ao risco de corrupção, e países que queiram ter políticas anticorrupção consistentes e efetivas devem ter preocupação acentuada com a governança e transparência dos procedimentos licitatórios. De fato, “a fraca governança nas contratações públicas inibe a competição de mercado e aumenta o preço pago pela administração por bens e serviços, impactando diretamente os gastos públicos e, assim, os recursos dos contribuintes. Os interesses financeiros em jogo, e a estreita interação entre os setores público e privado, tornam as contratações públicas uma importante área de risco”.²⁰

Nesse contexto, modernizar as regras que regem a transparência e a abertura nos procedimentos de licitação, tornando-as mais alinhadas às melhores práticas internacionais, e aumentar o monitoramento sobre a efetiva aplicação dessas regras são objetivos diretamente ligados ao combate à corrupção. Dessa maneira, “além de valorizar especialmente a transparência do processo e promover a ampliação da concorrência no setor, os acordos internacionais com dispositivos sobre compras governamentais podem gerar a externalidade de limitar a corrupção pelas entidades estatais nos seus diferentes níveis administrativos.”²¹

É possível citar alguns aspectos específicos do conjunto de normas e princípios do GPA que mostram que o acordo pode ser bastante efetivo para a promoção desse objetivo.

Em primeiro lugar, o Artigo XVIII do GPA exige que os Estados partes implementem *sistemas domésticos de controle* independentes que sejam acessíveis a fornecedores internos e externos, por meio dos quais seja possível postular a correção ou invalidação de procedimentos licitatórios em desacordo com as normas do

¹⁶ ANDERSON, Robert; MÜLLER, Anna Caroline. The revised WTO Agreement on Government Procurement (GPA): key design features and significance for global trade and development. *WTO Working Paper* n. ERSD-2017-04, jan. 2017, p. 27.

¹⁷ Alguns desses requisitos serão explorados nas seções seguintes, mas adiante-se que, conforme os Artigos VI, VII, XVI e XVII, o GPA (i) impõe a publicação de editais e de documentos relevantes em diferentes línguas, (ii) incentiva a licitação eletrônica, (iii) exige a ampla divulgação de normas e dados sobre o sistema de contratação de cada país membro, (iv) prevê que o Comitê de Contratações Públicas (Artigo XXI) deve acompanhar a evolução do ajuste e os dados sobre a evolução das contratações nos países membros, entre outras medidas.

¹⁸ “Guedes diz que Brasil abrirá licitações públicas para fazer ‘ataque frontal’ à corrupção”. *Valor Econômico*, 21/01/2020.

¹⁹ ANDERSON, Robert; MÜLLER, Anna Caroline. The revised WTO Agreement on Government Procurement (GPA): key design features and significance for global trade and development. *WTO Working Paper* n. ERSD-2017-04, jan. 2017, p. 17; YUKINS, Christopher; SCHNITZER, Johannes. GPA Accession: Lessons Learned on the Strengths and Weaknesses of the WTO Government Procurement Agreement. *Trade, Law and Development*, v. 7, n. 1, 2015, pp. 89-90.

²⁰ OCDE. *OECD Principles for Integrity in Public Procurement*. Paris: OECD, 2009, p. 9. Disponível em: <http://www.oecd.org/gov/ethics/48994520.pdf>. Acesso em 05/08/2020; acesso em 05/08/2020.

²¹ SANCHEZ BADIN, Michelle Rattón; AZEVEDO, Milena da Fonseca. A Regulação de Compras Governamentais nos Acordos Preferenciais de Comércio. In: OLIVEIRA, Ivan Tiago Machado; SANCHEZ BADIN, Michelle Rattón. (Org.). *Tendências regulatórias nos acordos preferenciais de comércio no século XXI: os casos de Estados Unidos, União Europeia, China e Índia*. Brasília: IPEA, 2013, p. 243. Ver também BADIN, Michelle Rattón Sanchez e TASQUETTO, Lucas da Silva. Os acordos de comércio para além das preferências: uma análise da regulamentação sobre os “novos temas”. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 1, pp. 105-126, 2013.

pacto.²² Os fornecedores externos tendem a ter incentivos maiores e menos constrangimentos que os agentes econômicos domésticos para denunciar conluios ou pedidos de suborno (práticas que violam diversas normas do GPA, em especial o Artigo IV, item 4), já que são menos dependentes das autoridades locais para conduzir seus negócios.

Em segundo lugar, além do sistema doméstico de revisão, o combate à corrupção pode ser promovido por meio dos mecanismos de *supervisão externa* do cumprimento dos termos do acordo. Os sistemas normativos sobre licitação de cada Estado parte do GPA estão submetidos ao escrutínio internacional do Comitê de Contratações Governamentais da OMC e ao sistema de resolução de disputas da OMC (cf. Artigos XX e XXI do GPA). Entre as atribuições do Comitê, mencione-se o monitoramento contínuo, quantitativo e qualitativo, da efetiva implementação do acordo pelo Estado parte (Artigos XIX, item 8 e XXI, item 3), e o levantamento de dados e estatísticas sobre as contratações públicas efetivadas pelos membros (Artigo XVI, item 4).

Some-se a isso o fato de que o GPA, após a revisão do texto levada a efeito em 2012, deu especial ênfase à importância de combater a corrupção em licitações, introduzindo previsões expressas desse objetivo tanto no preâmbulo²³ quanto no Artigo IV, item 4.²⁴ Embora o preâmbulo não tenha força vinculante para os Estados partes, a inclusão de uma cláusula anticorrupção no texto principal do acordo submete o tema à execução no sistema de resolução de disputas da OMC. Porém, como nota Sue Arrowsmith, a vagueza da cláusula anticorrupção do GPA confere ampla discricionariedade para as partes adotarem uma gama de medidas para cumpri-la. Assim, nos países em que a implementação das medidas contra a corrupção não foi adequada, em prejuízo aos fornecedores estrangeiros, essa vagueza poderia dificultar a responsabilização dos Estados partes.²⁵

De outro lado, há quem entenda que a cláusula anticorrupção do GPA é perfeitamente executável sob o sistema do acordo, porque ela pode ser aplicada, em conjunto, com outros diplomas internacionais que trazem obrigações mais específicas de combate à corrupção.²⁶ Isso significa que, se um Estado falhar, sistematicamente, no enfrentamento à corrupção — por deixar de implementar medidas a que está obrigado, com base na Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção ou na Convenção sobre o Combate à Corrupção da OCDE — poderia sofrer consequências no sistema de controle e resolução de disputas do GPA/OMC.²⁷

²² V. ARAÚJO JR., Ignácio Tavares de. Uma análise dos custos e benefícios da entrada do Brasil no acordo de compras governamentais da Organização Mundial do Comércio. *IPEA*, texto para discussão n. 2450, Brasília, fev. 2019, p. 9.

²³ Trecho do preâmbulo: “recognizing the importance of transparent measures regarding government procurement, of carrying out procurements in a transparent and impartial manner and of avoiding conflicts of interest and corrupt practices, in accordance with applicable international instruments, such as the United Nations Convention Against Corruption;”

²⁴ “Article IV(4) – Conduct of Procurement: 4. A procuring entity shall conduct covered procurement in a transparent and impartial manner that: a) is consistent with this Agreement, using methods such as open tendering, selective tendering and limited tendering; b) avoids conflicts of interest; and c) prevents corrupt practices.”

²⁵ ARROWSMITH, Susan. The Revised Agreement on Government Procurement: changes to the procedural rules and other transparency provisions. In: ARROWSMITH, Susan; ANDERSON, Robert (orgs.). *The WTO Regime on Government Procurement: challenge and reform*. Nova Iorque: CUP, pp. 285-336, 2011, p. 291.

²⁶ V., p. ex., LO, Chang-fa. Making the Anti-Corruption Provisions in the New Government Procurement Agreement Under the WTO Operable. *Trade, Law and Development*, v. 7, n. 1, pp. 21-41, 2015; SILVEIRA, Luciana Dutra de Oliveira. Can the WTO bring more teeth to the global anticorruption agenda?, *Journal of World Trade*, vol. 53, n. 1, pp. 129–151, 2019, p. 13.

²⁷ Chang-fa Lo, juiz da Suprema Corte de Taiwan, sugere uma interpretação conjunta do preâmbulo e do Artigo IV do GPA, de modo a interpretar a cláusula anticorrupção do Artigo IV(4) conforme o preâmbulo, que menciona o respeito a outros instrumentos internacionais como um padrão de conduta a ser observado sob o GPA: “[...] the non-binding provision in the Preamble of the new GPA can help interpret the binding provisions in Article IV:4 so as to bring the UNCAC and the OECD Anti-Corruption Convention into the ambit of operation of the GPA and hence a breach of a requirement under the conventions can also be considered as a violation of the GPA; and that such obligations can be enforced through the domestic challenge procedures established under GPA Article XVIII:1 and through the dispute settlement procedures under GPA Article XX:2 (a).” V.: LO, Chang-fa. Making the Anti-Corruption Provisions in the New Government Procurement Agreement Under the WTO Operable. *Trade, Law and Development*, v. 7, n. 1, pp. 21-41, 2015, p. 41.

De qualquer forma, é incontroverso que a referida norma convencional é dotada de *alguma* força vinculante e, embora a responsabilização possa ser difícil, servirá como uma pressão adicional às partes que estejam tendentes a enfraquecer as medidas anticorrupção, já que isso poderá ser usado contra o Estado membro nas negociações plurilaterais periódicas de implementação do acordo (v. itens 6 a 10 do Artigo XXII do GPA).

Uma terceira razão pela qual o GPA pode auxiliar o combate à corrupção refere-se ao fato de que a adesão ao acordo pode funcionar como um mecanismo de *sinalização* da Administração Pública para seus fornecedores no sentido de que o governo tem uma intenção clara e bem-definida de adequar as suas normas internas às melhores práticas internacionais consubstanciadas no GPA. Esse sinal, se combinado com outras ações internas de enfrentamento da corrupção, pode ser um elemento adicional a coibir o oferecimento de subornos por fornecedores e atuações irregulares de autoridades públicas.

Além disso, o GPA incorpora um programa contínuo de melhoramento do acordo (ou “cláusula de *self-renewing*”), no sentido de aumentar as compras públicas abrangidas pelo GPA e eliminar medidas discriminatórias remanescentes por meio de novas e contínuas negociações.²⁸ É dizer, a adesão ao acordo insere o Estado parte em um contexto de revisão e aperfeiçoamento constantes, no qual as nações em desenvolvimento têm muito a ganhar.

2.3 Autovinculação e incentivo a investimentos estrangeiros

Por fim, outro foco de interesse de países em desenvolvimento na adesão ao GPA é a possibilidade de se autovincular, comprometendo-se em longo prazo e em âmbito internacional a ter normas sobre licitações e contratos administrativos justas, transparentes e não discriminatórias. Busca-se essa autovinculação porque pode aumentar a credibilidade internacional do país, atraindo mais investimentos externos. De fato, ser parte no GPA significa que o país atende às exigências mínimas de transparência e governança estabelecidas no acordo, de modo que a adesão pode funcionar como um “selo de qualidade”.

Isso significa que, ainda que alguns sustentem que as normas brasileiras já estariam adequadas às melhores práticas internacionais, pondo em dúvida a utilidade da adesão,²⁹ os benefícios do ingresso do GPA vão além de exigir uma modernização das normas internas, envolvendo, também, um *reconhecimento internacional* dessa adequação. Comentaristas europeus têm notado que o recente interesse reavivado de países do Leste Europeu pelo ingresso no GPA tem justamente esse objetivo.³⁰ A obtenção de “selo” é semelhante ao que ocorre com o ingresso na OCDE,³¹ e viabiliza mais investimentos estrangeiros diretos.³² Na verdade, o ingresso no GPA pode até mesmo pavimentar o caminho para o ingresso do país na OCDE, organização especialmente preocupada com a promoção da integridade nas contratações públicas por meio de transparência, procedimentos abertos e efetividade do controle dos procedimentos licitatórios.³³

²⁸ Nesse sentido apontam os itens 6 a 10 do Artigo XXII do GPA, que exigem negociações plurilaterais periódicas com o objetivo de aprofundar e melhorar a implementação do acordo, com base em relatórios e recomendações do Comitê do GPA.

²⁹ Essa alegação será explorada na seção 4 deste Artigo.

³⁰ YUKINS, Christopher; SCHNITZER, Johannes. GPA Accession: Lessons Learned on the Strengths and Weaknesses of the WTO Government Procurement Agreement. *Trade, Law and Development*, v. 7, n. 1, 2015, p. 118.

³¹ O ingresso na OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) é buscado por países em desenvolvimento justamente por funcionar como um “selo de qualidade” para atrair investidores estrangeiros, uma vez que o ingresso e permanência na organização depende do cumprimento de medidas de controle fiscal e de governança. A obtenção desse “selo”, com ingresso na OCDE, é um objetivo declarado da política externa brasileira (“O Brasil e a OCDE”, Brasil, MRE, disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/15584-o-brasil-e-a-ocde>; acesso em 23/07/2020).

³² V. ARAÚJO JR., Ignácio Tavares de. Uma análise dos custos e benefícios da entrada do Brasil no acordo de compras governamentais da Organização Mundial do Comércio. *IPEA*, texto para discussão n. 2450, Brasília, fev. 2019, p. 9 (“O GPA também promove a convergência internacional em sistemas de compras e, por resultar em padrões de transparência e procedimentos, é visto como uma forma de melhorar a credibilidade nos processos de compras governamentais.”).

³³ OCDE. *OECD Principles for Integrity in Public Procurement*. Paris: OECD, 2009, p. 9. Disponível em: <http://www.oecd.org/gov/>

Além disso, o comprometimento em longo prazo com um conjunto de normas de boa governança administrativa serve para desincentivar a edição de normas restritivas por parte de governos futuros, como parte de políticas imediatistas e pouco planejadas de favorecimento de empresas nacionais. Isso porque o ingresso no GPA submete o Estado parte que viola o acordo às consequências da reciprocidade, da retaliação e de medidas compensatórias no âmbito do sistema de resolução de controvérsias da OMC.³⁴

2.4 Insuficiência da legislação interna para a promoção desses objetivos

A legislação brasileira já contém normas ligadas à transparência nas contratações públicas, à governança e ao combate à corrupção. A título de exemplo, a Lei de Acesso à Informação (Lei n.º 12.527/2011) exige a publicação de informações pertinentes a licitações e contratos administrativos em seu art. 7º, inc. VI:

“Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter:

(...)

VI – informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos”.

Paralelamente, o GPA contém dispositivos com objetivos semelhantes, que promovem o acesso à informação relativa a licitações e contratos administrativos sujeitos ao Acordo — tais como as regras dos Artigos VI, VII, XVI e XVII, que, por exemplo, impõem a ampla divulgação do conteúdo dos editais e dos contratos administrativos celebrados na rede mundial de computadores, além de exigir a ampla divulgação de normas e dados sobre o sistema de contratação de cada país membro. Por essa razão, seria possível questionar se a adesão ao GPA seria redundante nesse aspecto. Em outras palavras, seria possível sustentar que a Lei de Acesso à Informação (LAI) — e outras leis que contêm conteúdos semelhantes ao do GPA — traz exigências adequadas de divulgação de informação e de boas práticas em licitações e contratos administrativos.³⁵

Igualmente, há uma série de diplomas focados em garantir a lisura dos procedimentos de contratações públicas, em especial a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/1992), a Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013)³⁶ e os tipos penais previstos na Lei n.º 8.666/1993 e introduzidos no Código Penal pela Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n.º 14.133/2021). Esses dispositivos legais buscam obstar a corrupção e condutas ilícitas em geral em relação às licitações e à gestão de contratos administrativos. Conforme explicado no item 2.2 deste artigo, o GPA contém cláusula anticorrupção e um sistema de controle que pode ser utilizado para garantir a probidade nas contratações públicas, ainda que indiretamente. Por essa razão, é de se questionar a relevância da adesão do Brasil ao GPA com base nessa perspectiva, indagando-se se seriam suficientes as normas já existentes, bastando que sejam aplicadas efetivamente para que o problema da corrupção nas contratações públicas seja adequadamente enfrentado.

De fato, “não há carência de regras” sobre o tema no ordenamento jurídico brasileiro, como notam Cristiana Fortini e Rafael Lima de Oliveira.³⁷ Isso conduz a um questionamento legítimo: não seria o caso

ethics/48994520.pdf. Acesso em 05/08/2020; acesso em 05/08/2020.

³⁴ ANDERSON, Robert; SCHOONER, Steven; SWAN, Collin. The WTO's revised Government Procurement Agreement – an important milestone toward greater market access and transparency in global public procurement markets. *The Government Contractor*, v. 54, n. 1, 2012, p. 5.

³⁵ Como se vê, a Lei de Acesso à Informação foi mencionada neste tópico apenas a título exemplificativo, a fim de elucidar uma possível crítica que poderia ser feita à adesão brasileira ao GPA. Explicar de maneira clara e detalhada a relação entre a Lei de Acesso à Informação e o sistema de contratações públicas com uma eventual adesão ao GPA fugiria ao escopo deste artigo, que tem a pretensão menos ambiciosa de explicitar as linhas gerais do GPA, de modo a enfrentar críticas à adesão brasileira ao Acordo e identificar possíveis problemas na sua implementação. Contudo, trata-se de interessante tema para estudos futuros que aprofundem problemas específicos que os juristas brasileiros poderão enfrentar com a eventual adesão do país ao GPA.

³⁶ Assim como observado em relação à Lei de Acesso à Informação, a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei Anticorrupção, e os possíveis impactos que o GPA trará na aplicação desses diplomas, não são o objeto deste artigo, ficando para trabalhos futuros a análise da sua relação com o tema de maneira clara e detalhada.

³⁷ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; FORTINI, Cristiana. A adesão brasileira ao acordo de compras governamentais da Organi-

de simplesmente rever as práticas internas, efetivamente aplicando as normas que já existem e tornando os procedimentos mais transparentes e abertos à competição, inclusive estrangeira?

É evidente que a adesão ao GPA não é uma panaceia que resolverá todos os problemas das contratações públicas brasileiras da noite para o dia; não provocará “uma onda de moralidade, benzendo os contratos públicos e removendo seus pecados tropicais”³⁸, se não houver correspondente esforço dos atores internos.³⁹ Mas, como demonstra esta seção do artigo, que explorou as razões “não mercantilistas” para a adesão, o ingresso no acordo tem grande potencial de incentivar e acelerar esses esforços internos.

Em primeiro lugar, como visto, a vinculação a uma ordem supranacional pode aperfeiçoar o monitoramento, inclusive sinalizando aos potenciais contratantes que a administração pretende de fato aplicar as normas com maior rigor. *Em segundo lugar*, ainda que existam normas internas regulamentando a transparência, um histórico de escândalos de corrupção e o fato de ser um país em desenvolvimento são fatores capazes de promover desconfiança externa. Por essa razão, o aumento da credibilidade do país pela adesão ao pacto se destaca como uma das potenciais vantagens econômicas ligadas ao reconhecimento internacional dessas normas. Isso é reforçado pelo fato de que a transparência é uma preocupação central do GPA e, mais genericamente, da OMC, conforme identificado por André Jansen do Nascimento em uma análise das Reuniões Ministeriais da OMC sobre compras governamentais ao longo de vinte anos.⁴⁰

Em terceiro lugar, o fato de existirem algumas normas que impõem lisura às contratações públicas não exclui o risco de retrocesso, razão pela qual a *autovinculação*, em nível internacional, é um fator importante para garantir a estabilidade das normas de transparência e objetividade. *Por fim*, a simples existência de normas que busquem promover a igualdade de tratamento e a transparência nas contratações públicas não garante a igualdade material na prática. Esse último ponto será aprofundado na quarta seção deste artigo, quando se debaterá, com maior nível de detalhes, a objeção de que as normas internas que regem as licitações e contratos seriam suficientes para garantir a competição nesses procedimentos.

3 Flexibilidade quanto à abrangência e à aplicação das normas do GPA

Como visto na introdução, há fortes preocupações de que o GPA minaria políticas em vigor, como as de proteção a pequenas empresas nacionais, e que ele traria requisitos rigorosos demais para serem implementados pela maioria dos órgãos e entidades da Administração Pública nacional. Contudo, o GPA incorpora um regime que, embora firme no combate à discriminação contra fornecedores de bens e serviços provenientes de países signatários, traz também flexibilidade para a convivência do acordo com políticas públicas nacionais e para o tratamento especial e diferenciado de países em desenvolvimento.⁴¹ As normas que confe-

zação Mundial de Comércio. *Revista Opinião Jurídica*, ano 18, n. 29, pp. 120-151, 2020, p. 134.

³⁸ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; FORTINI, Cristiana. A adesão brasileira ao acordo de compras governamentais da Organização Mundial de Comércio. *Revista Opinião Jurídica*, ano 18, n. 29, pp. 120-151, 2020, p. 134.

³⁹ No mesmo sentido, ANDERSON, Robert; MÜLLER, Anna Caroline. The revised WTO Agreement on Government Procurement (GPA): key design features and significance for global trade and development. *WTO Working Paper* n. ERSD-2017-04, jan. 2017, p. 24.

⁴⁰ “Da análise das nove Reuniões Ministeriais da OMC, ao longo desses vinte anos, pode se concluir que a transparência foi o único tema a entrar na pauta da OMC, deixando de ser abordadas nas negociações, questões de relevância como, por exemplo, o acesso ao mercado e o direito ao desenvolvimento social, econômico e ambiental, pelos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos, por meio das compras governamentais. Todavia, existe uma percepção de que, ao focar na transparência, pode se avançar um passo na direção de converter o GPA num acordo multilateral, obrigando os Estados-membros a aderirem a ele, não mais permitindo que a adesão seja um ato voluntário.” (NASCIMENTO, André Jansen do. Contratações públicas no âmbito da OMC: a política legislativa brasileira à luz do direito ao desenvolvimento. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, pp. 191-209, 2014, p. 203).

⁴¹ Na verdade, a previsão de cláusulas que trazem flexibilidade para que especificidades dos Estados membros sejam levadas em conta na adesão e na aplicação dos acordos é tônica comum aos acordos de comércio internacional. Nesse sentido, segundo Badin e Azevedo “[o]s acordos de comércio internacional, de forma geral, reconhecem as especificidades que estão por trás dessa parcela

rem tal flexibilidade podem ser agrupadas em duas categorias: (i) aquelas que permitem a exclusão expressa de órgãos, entidades, bens ou serviços determinados do âmbito de abrangência do GPA como resultado das negociações que antecedem a adesão; e (ii) aquelas que permitem que normas específicas do GPA não se apliquem, tenham sua aplicabilidade diferida em relação a alguns Estados partes ou sejam excepcionadas pela legislação interna.

3.1 Flexibilidade quanto à abrangência

O GPA é composto de duas partes: o texto do acordo e os anexos, que materializam programas de compromissos assumidos por cada parte. O texto principal do acordo traz normas que exigem que as contratações públicas sejam pautadas por condições de competição transparentes, imparciais e amplamente divulgadas. No entanto, nem todas as normas se aplicam, automaticamente, a qualquer contratação pública. É que os programas de compromissos indicam se determinada contratação é abrangida pelo acordo ou não. Esses programas são diferentes para cada parte, uma vez que representam o resultado das negociações que antecedem a adesão de uma parte ao GPA.

Os programas das partes estão previstos em anexos que especificam quais são as entidades governamentais abrangidas pelo GPA, quais bens e quais serviços estão submetidos ao acordo, e trazem observações específicas para cada Estado parte, conforme definido na negociação prévia.⁴² Além disso, apenas as contratações feitas por entidades abrangidas pelo acordo de bens, serviços ou serviços de construção, cujo valor estimado exceda certo limite pré-estabelecido, estão abarcadas pelo GPA.

Por exemplo, nos Estados Unidos, nas administrações públicas estaduais, a contratação de bens e serviços cujo valor seja inferior a US\$498.000,00 (quatrocentos e noventa e oito mil dólares) não está contemplada pelo GPA⁴³; a contratação de serviços de construção com valor estimado inferior a US\$7.008.000,00 (sete milhões e oito mil dólares) tampouco precisa respeitar as regras e procedimentos previstos no GPA.⁴⁴

O exemplo dos Estados Unidos é importante porque, assim como o Brasil, trata-se de Estado federado, com autonomia administrativa das entidades subnacionais. Naquele país, 37 dos 50 estados estão abrangidos pelo GPA. Mas nem todos de forma igual: por exemplo, em Mississippi, o GPA incide tão somente sobre a aquisição de bens feita pelo departamento de finanças e administração daquele estado — todos os serviços e todas as demais entidades estaduais não estão submetidos ao GPA. Em Minnesota, por outro lado, todas as “agências do Poder Executivo do Estado” estão abrangidas, conforme revela o Anexo 2 do programa de compromissos dos Estados Unidos.⁴⁵ Estão, também, excluídas da abrangência do GPA no país as contra-

do mercado que tem o Estado como agente econômico e promotor de políticas públicas, consagrando importantes estratégias jurídicas na redação das regras aplicáveis a compras governamentais. A este respeito, destacam-se três principais eixos de preocupação na definição do objeto dos acordos: *i*) a segregação do mercado; *ii*) a identificação das situações às quais as regras se aplicam; e *iii*) a explícita indicação de situações admitidas como exceções.” (SANCHEZ BADIN, Michelle Rattton; AZEVEDO, Milena da Fonseca. A Regulação de Compras Governamentais nos Acordos Preferenciais de Comércio. In: OLIVEIRA, Ivan Tiago Machado; SANCHEZ BADIN, Michelle Rattton. (Org). Tendências regulatórias nos acordos preferenciais de comércio no século XXI: os casos de Estados Unidos, União Europeia, China e Índia. Brasília: IPEA, 2013, p. 243).

⁴² Concretamente, são sete anexos: (i) o Anexo 1 prevê quais entidades do governo central estão incluídas no programa (ou, a depender do grau de abrangência de um país, lista apenas as excluídas, com previsão genérica de que todas as demais estão incluídas); (ii) o Anexo 2 estabelece quais entes subnacionais, como Estados, estão vinculados pelo acordo; (iii) o Anexo 3 traz previsões específicas sobre outras entidades não abrangidas nos demais anexos; (iv) o Anexo 4 lista bens cuja compra está excluída do GPA; (v) o Anexo 5 trata dos serviços; (vi) o Anexo 6 regula especificidades sobre os serviços de construção; (vii) por fim, o Anexo 7 traz observações gerais sobre os termos em que o país membro aderiu ao GPA.

⁴³ Na administração pública federal, esse valor é de US\$182.000,00 (cento e oitenta e dois mil dólares).

⁴⁴ No acordo, esses valores estão previstos no acordo na forma de *Direitos Especiais de Saque* (DES), instrumento utilizado na ordem monetária internacional para a regulação de fundos cambiais; os valores em dólares que são mencionados no texto correspondem à conversão dos DES em julho de 2020, constantes dos programas de compromissos no site da OMC. (GPA Coverage schedules, disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_app_agree_e.htm; acesso em 22/07/2020).

⁴⁵ GPA Coverage schedules, disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_app_agree_e.htm; acesso em 22/07/2020.

tações reservadas para pequenas empresas sob o *Small Business Act* de 1953, lei que estabelece cotas dentro das quais a Administração deve conduzir procedimentos simplificados para a contratação de empresas de pequeno porte.⁴⁶

Diversos outros Estados membros do GPA têm ressalvas semelhantes, excepcionando políticas públicas internas, como aquelas que buscam dar preferência à contratação de pequenas empresas. O Canadá, por exemplo, tem exceção muito parecida com a dos Estados Unidos, ressaltando, expressamente, do acordo as políticas de reserva de contratos para pequenas empresas. A Austrália, por sua vez, exclui do GPA não somente as regras nacionais de preferência a pequenas e médias empresas, mas também as contratações regidas por normas internas voltadas à promoção de políticas para indígenas e à proteção do patrimônio cultural do país.⁴⁷

Ao estabelecer essas exceções, porém, esses países ficam sujeitos à reciprocidade, o que significa que suas empresas não poderão impugnar editais de outros países membros que tragam preferências a pequenas empresas alegando violação ao GPA, e que esses países não poderão acionar na OMC os Estados partes que levem a cabo essas práticas.

De fato, há ampla flexibilidade em relação a quais contratações podem ser abrangidas pelo GPA. Somente será possível conhecer a extensão da abrangência do acordo às contratações públicas brasileiras após o fim das negociações, com a consequente elaboração do programa de compromissos do Brasil — embora já existam notícias de que o governo brasileiro buscará excluir da abrangência do GPA as contratações nas áreas de saúde e de defesa.⁴⁸ Já podemos afirmar, porém, que algumas das preocupações externadas por críticos da adesão, especialmente aquelas ligadas às dificuldades que gestores públicos municipais e entidades mal equipadas poderiam enfrentar, não são óbices intransponíveis.

Isso porque os limites a partir dos quais as contratações públicas devem observar o GPA são altos, e os entes públicos brasileiros que não possuem a estrutura, os recursos e o pessoal necessários para levar a efeito uma licitação internacional na forma do GPA são justamente aqueles que nunca chegarão a conduzir uma licitação desse porte, ou apenas muito raramente. Se necessário, aliás, esses entes poderiam, simplesmente, não serem abrangidos pelo GPA na adesão brasileira.

Tampouco as preocupações com a sobrevivência de políticas nacionais que conferem preferências e benefícios a pequenas empresas nas contratações públicas, como é o caso do empate ficto favorável às microempresas e empresas de pequeno porte (art. 44 da Lei Complementar n.º 123/2006), e da preferência a bens e serviços produzidos no Brasil ou por empresas brasileiras em caso de empate (art. 3º, §2º da Lei n.º 8.666/1993 e art. 60, § 1º, II da Lei n.º 14.133/2021), podem ser vistas como impedimentos à adesão brasileira. Não há incompatibilidade entre a adesão ao GPA e a manutenção dessas políticas, desde que sejam assentadas ressalvas explícitas ao programa de compromissos e o país se submeta à reciprocidade nesse aspecto.

⁴⁶ O Anexo 7, item 1, do programa de compromissos norteamericano, deixa isso claro ao dispor que “[n]otwithstanding the above, this Agreement will not apply to set asides on behalf of small and minority businesses. A set-aside may include any form of preference, such as the exclusive right to provide a good or service, or any price preference”. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_app_agree_e.htm; acesso em 22/07/2020.

⁴⁷ Anexo 7, item 1, da Austrália: “[t]he Agreement does not apply to: (a) any form of preference to benefit small and medium enterprises; (b) measures to protect national treasures of artistic, historic, or archaeological value; (c) measures for the health and welfare of Indigenous people; (d) measures for the economic and social advancement of Indigenous people; and (e) procurement of goods and services outside the territory of the procuring Party for consumption outside the territory of the procuring Party.” Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_app_agree_e.htm; acesso em 22/07/2020.

⁴⁸ “Governo excluirá as áreas de saúde e defesa da abertura das compras governamentais”, *O Globo*, 24/01/2020, disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/governo-exclui-as-areas-de-saude-defesa-da-abertura-das-compras-governamentais-24208190>; acesso em 21/08/2020.

3.2 Flexibilidade quanto à incidência de normas específicas

O núcleo axiológico do GPA é composto por duas normas definidas no Artigo IV, item 1, do pacto: o Princípio do Tratamento Nacional e o Princípio da Parte mais Favorecida. O primeiro impede a proteção injustificada de fornecedores nacionais em detrimento dos provenientes de Estados partes do acordo, enquanto o segundo exige que as vantagens que um Estado membro atribua a empresas, bens ou serviços de outro Estado parte, nas suas contratações públicas, sejam estendidas a empresas, bens ou serviços provenientes de todas as demais partes no acordo.⁴⁹ O item 2 do Artigo IV, por sua vez, veda discriminações contra fornecedores internos cujo controle societário pertença a empresas sediadas em outros países do GPA, e impede o favorecimento de fornecedores que utilizem “conteúdo nacional” em detrimento daqueles que utilizem insumos importados de outros países membros do pacto.

No passado recente do Brasil, viu-se a propagação de requerimentos de “conteúdo nacional” em grandes licitações, especialmente nas contratações de equipamentos, navios e plataformas para a exploração de petróleo e gás no pré-sal. Por isso, essa cláusula pode sofrer alguma resistência interna no país. Entretanto, além do fato de que algumas contratações estratégicas podem ser excluídas da abrangência do acordo, os países subdesenvolvidos e em desenvolvimento podem conseguir tratamento especial nesse aspecto.

De fato, a renegociação do GPA e alteração dos seus termos, que ocorreu em 2012 (com entrada em vigor em 2014), teve como um de seus objetivos principais: clarificar e melhorar as previsões de tratamento especial e diferenciado para países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, de modo a incentivar e facilitar a adesão desses países ao acordo.⁵⁰ Nesse sentido, o Artigo V do acordo traz uma variedade de medidas de transição que podem ser implementadas com o objetivo de beneficiar os países em desenvolvimento que queiram aderir.

Entre as medidas transitórias, cita-se, primeiramente, a possibilidade de estabelecer preferências de preços, que podem ser deferidas, temporariamente, para proteger indústrias domésticas. Assim, em um primeiro momento, as regras que garantem prevalência das empresas nacionais em empates, por exemplo, poderiam permanecer aplicáveis às licitações abrangidas pelo GPA. Posteriormente, o país em desenvolvimento pode ser beneficiado por medidas compensatórias (“offsets”), que são definidas em amplos termos pelo Artigo I, alínea / como qualquer condição ou medida de incentivo ao desenvolvimento interno, inclusive a adoção de políticas de “conteúdo nacional”. Com base nessa autorização, Israel manteve o direito de estabelecer cláusulas de “conteúdo nacional” em suas contratações por dez anos após a sua adesão ao GPA.⁵¹

⁴⁹ O GPA consagra o chamado princípio da *parte* mais favorecida, diferenciando-se do GATT, que estabelece o princípio da *nação* mais favorecida. Isso significa que, no âmbito do GPA, devem ser necessariamente estendidos às outras partes do acordo os benefícios que sejam negociados bilateralmente entre Estados partes do GPA; mas, se um Estado signatário realizar acordo sobre contratações públicas com terceiros (Estados que não sejam partes do GPA), esses benefícios concedidos a terceiros não precisam ser estendidos aos demais membros do acordo (no GATT, por outro lado, qualquer benefício concedido a uma nação deve ser estendido às demais). Como consequência, os membros do GPA não estão impedidos de firmar acordos comerciais regionais que envolvam liberalização de mercados de contratações públicas. Assim, hipoteticamente, se as empresas provenientes dos países membros do Mercosul vierem a ter acesso mais facilitado às contratações públicas brasileiras, o Brasil, quando aderir ao GPA, não estará obrigado a outorgar o mesmo nível de acesso ao mercado interno de contratações públicas detido pelos países do Mercosul aos países membros do GPA. Sobre essa diferença entre parte mais favorecida e nação mais favorecida, v. ANDERSON, Robert; MÜLLER, Anna Caroline. *The revised WTO Agreement on Government Procurement (GPA): key design features and significance for global trade and development. WTO Working Paper n. ERSD-2017-04*, jan. 2017, p. 20.

⁵⁰ YUKINS, Christopher; SCHNITZER, Johannes. GPA Accession: Lessons Learned on the Strengths and Weaknesses of the WTO Government Procurement Agreement. *Trade, Law and Development*, v. 7, n. 1, 2015; ANDERSON, Robert; MÜLLER, Anna Caroline. *The revised WTO Agreement on Government Procurement (GPA): key design features and significance for global trade and development. WTO Working Paper n. ERSD-2017-04*, jan. 2017; MÜLLER, Anna Caroline. *Special and differential treatment and other special measures for developing countries under the Agreement on Government Procurement: The current text and new provisions. In: ARROWSMITH, Susan; ANDERSON, Robert (orgs.). The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*. Cambridge: CUP, pp. 339-376, 2011.

⁵¹ ZINI JR., Álvaro Antônio. O Acordo Sobre Compras Governamentais da Organização Mundial do Comércio e a Economia Brasileira. *Estudos Econômicos*, São Paulo, 28(2):181-198, abr-jun 1998.

Uma terceira medida transitória disponível é o escalonamento da abrangência do acordo em relação a entidades públicas específicas — o que pode ser útil para permitir que entidades menores se preparem e contratem o pessoal necessário para conduzir os procedimentos exigidos pelo GPA. Com finalidade parecida, também é possível que países subdesenvolvidos em desenvolvimento tenham limites a partir dos quais as contratações estão abrangidas pelo GPA maiores nos primeiros anos. Por fim, a quinta medida de transição disponível é a possibilidade de se diferir a aplicação de obrigações específicas constantes do GPA. Nesse sentido, é possível que um país adira ao acordo ainda que não tenha feito todas as alterações necessárias na sua legislação interna para ajustá-la ao GPA.⁵²

É importante ressaltar que essas medidas transitórias não constituem exceções à abrangência do GPA como as analisadas no tópico 3.1. Trata-se, na verdade, de medidas que podem beneficiar apenas países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento e que, diferentemente das ressalvas que podem ser previstas no programa de compromissos de qualquer Estado parte, não impedem que os países beneficiários usufruam, imediatamente, da abertura dos mercados de compras públicas dos países membros do GPA (Artigo V, item 2).

Além dessas medidas direcionadas a atrair países em desenvolvimento, o GPA contempla ainda mais flexibilidade para os países signatários ao permitir a criação e manutenção de exceções às regras do acordo nos seus ordenamentos jurídicos internos. Nesse sentido, o Artigo III dispõe que, contanto que as leis que estabeleçam tais exceções não contenham “discriminação arbitrária ou injustificável”, os Estados partes podem editar leis que limitem a participação de alguns fornecedores com o objetivo de, por exemplo, proteger o meio ambiente, “proteger a moral, a ordem ou a segurança pública” ou proteger interesses de segurança nacional. Essas exceções não precisam constar dos anexos do programa de compromissos, porque são expressamente autorizadas pelo texto principal do Acordo (embora a previsão expressa traga segurança jurídica, evitando riscos de retaliações e de litígios internacionais).

Os termos indeterminados utilizados pelo dispositivo saltam aos olhos, na medida em que parecem conferir ampla discricionariedade para que o legislador interno de cada país signatário crie exceções às normas do GPA em suas contratações. O que o GPA impõe é um *requisito processual substantivo de justificação racional* das exceções que forem estabelecidas em lei e em decisões administrativas, cujo descumprimento gerará a responsabilização do Estado perante os órgãos de resolução de controvérsias convencionais. Isto é, os agentes públicos têm um ônus de demonstrar que as restrições impostas à participação de fornecedores têm objetivos públicos claros, reconduzíveis aos conceitos do Artigo III, e que não são tentativas de contornar as obrigações da parte no acordo. Para tanto, toda e qualquer decisão que possa limitar a concorrência em um certame deve ser bem justificada pelas autoridades competentes.

Como visto, o compromisso com esse tipo de boa governança, transparência quanto às decisões no processo de licitação, racionalidade e justificação na tomada de decisões que afetem os direitos de administrados é uma das principais razões que levam países em desenvolvimento a desejarem aderir ao GPA. E o fato de ser viável criar exceções pontuais por razões de interesse público — se instituídas nos termos vistos acima — endereça algumas preocupações de que o GPA poderia prejudicar políticas públicas nacionais como as voltadas à contratações públicas ambientalmente adequadas.

⁵² Segundo o item 4 do Artigo V, os países subdesenvolvidos podem ter um período de implementação diferida de até cinco anos, enquanto os países em desenvolvimento, de até três anos.

4 (In)compatibilidade da legislação doméstica

4.1 Precisamos de novas regras?

Há, por fim, quem tenha sustentado que a adesão ao GPA seria *desnecessária*, isto é, que “*a priori* não haveria a necessidade de adesão ao Acordo, uma vez que a norma nacional já prevê o suficiente para garantir um procedimento célere e isonômico”⁵³; o acordo traria prejuízos à economia doméstica sem ganhos relevantes aos procedimentos licitatórios. Quanto aos supostos prejuízos econômicos, o argumento deixa de considerar uma série de outras vantagens “não mercantilistas” da adesão, conforme explorado na segunda seção deste artigo. Já em relação à alegada suficiência dos procedimentos previstos pela legislação brasileira, cabe uma análise detida.

Realmente, o art. 3º, §1º, inc. II da Lei n.º 8.666/1993 veda que se estabeleça “tratamento diferenciado [...] entre empresas brasileiras e estrangeiras” (vedação que foi mantida pela Lei n.º 14.133/2021, no seu art. 9º, inc. II). Mas o fato de a legislação prever tratamento isonômico *formal* não significa que haverá, de fato, isonomia *material* na competição entre as empresas. Nesse contexto, Egon Bockmann Moreira, Bernardo Strobel Guimarães e Lino Torgal, comentando os dispositivos da Lei n.º 8.666/1993 que garantem tratamento isonômico em relação às empresas estrangeiras, notam que “a Lei n.º 8.666/1993 está a tratar da isonomia processual a ser dispensada aos licitantes”, mas “os editais precisam também se preocupar com discriminações materiais extraordinárias, instaladas em ambientes — públicos e/ou privados — que porventura possam distorcer a isonomia entre os licitantes”.⁵⁴

Isso só será alcançado com o aprimoramento da transparência nos procedimentos e na qualidade da aplicação prática das normas — finalidades que são especialmente perseguidas pelo GPA. Para exemplificar, o acordo traz um fortalecimento do ônus de justificação das escolhas restritivas da competição, sejam legislativas, sejam administrativas (subseção 3.2, *supra*), bem como regras para aumento da transparência e da publicidade do certame (v. Artigo XVI, GPA). Hoje, embora a legislação formalmente garanta a isonomia, a falta de ampla publicização da documentação pertinente e os requisitos editalícios comumente exigidos (por exemplo, a exigência de certidões que os fornecedores estrangeiros não têm como obter) são alguns dos fatores que inviabilizam a plena isonomia material entre nacionais e estrangeiros nas licitações.

Em poucas palavras, o fato de não haver qualquer regra proibindo a participação de licitantes estrangeiros não significa que eles conseguirão participar. Há práticas e exigências editalícias que, à primeira vista, podem parecer minúcias, mas servem como regras indiretas que dificultam a participação. Marçal Justen Filho, em palestra sobre o tema,⁵⁵ citou a possibilidade de realização de diligências (prevista no art. 43, §3º da Lei n.º 8.666/1993, que encontra paralelo nos arts. 59, § 2º, e 64 da Lei n.º 14.133/2021) como um exemplo prático de conduta que, embora lícita sob a legislação nacional, efetivamente coloca licitantes (especialmente estrangeiros) em posição de desvantagem. A lei autoriza a realização de diligências no curso de procedimentos licitatórios, que podem envolver desde a requisição de documentos adicionais para avaliação da proposta (que não tenham sido exigidos no edital) até a visita ao estabelecimento de um participante, conferindo discricionariedade à autoridade licitante para definir *se, como*, e em relação a *qual* ou *quais* licitantes essas diligências serão tomadas. Justen Filho relata que há casos em que essas diligências são feitas em segredo,

⁵³ MONASSA, Clarissa; LIONELLI, Aubrey. É interessante para o Brasil aderir ao acordo sobre compras governamentais da OMC? *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 1, 2013, p. 82.

⁵⁴ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel; TORGAL, Lino. Licitação internacional e empresa estrangeira: os cenários brasileiro e europeu. *Revista de Direito Administrativo*, v. 269, pp. 67-106, 2015, p. 73.

⁵⁵ Semana Acadêmica 2020 da Universidade Mackenzie Brasília, painel “*Adesão do Brasil ao GPA - Acordo de Compras Governamentais: desafios para o Direito Público*”, de 10 de setembro de 2020, disponível em: <https://youtu.be/gQWawVoOi1E>; acesso em 10/09/2020.

com visitas às dependências de licitantes específicos, o que é validado pela jurisprudência administrativa e judicial — práticas que não mais poderão ocorrer se o Brasil aderir ao GPA.⁵⁶

Além disso, embora haja menções na legislação pátria a procedimentos internacionais de licitação, fato é que “a Lei Geral de Licitações e Contratos não disciplina a participação de licitantes estrangeiros de modo tão simples”,⁵⁷ exigindo um grande esforço de sistematização para a correta compreensão de suas normas em cada caso — como os feitos por Rafael Wallbach Schwind,⁵⁸ por Egon Bockmann Moreira, Bernardo Strobel Guimarães e Lino Torgal,⁵⁹ e por Thiago Marrara e Carolina Silva Campos⁶⁰ —, e, ainda assim, persistem dúvidas e incertezas, especialmente à luz da esparsa jurisprudência sobre o tema.⁶¹ A harmonização internacional das regras gerais de licitações e contratos públicos — que é uma consequência da adesão ao GPA — pode mitigar essas incertezas.⁶²

Embora as críticas dos autores citados à capacidade da legislação brasileira de garantir a transparência e isonomia nas licitações se dirijam à sistemática da Lei n.º 8.666/1993, a Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei n.º 14.133/2021) não alterou, substancialmente, o quadro apontado por eles. Quanto às licitações internacionais, foram apenas mantidos os dispositivos que, formalmente, garantem isonomia entre licitantes nacionais e estrangeiras (art. 9º, inc. II), mas não houve a introdução ou adequação de normas para mitigar as desvantagens materiais das participantes estrangeiras ou as incertezas jurídicas envolvidas na sua participação. Por exemplo, a possibilidade de realização de diligências foi mantida (art. 59, § 2º, e art. 64) e, embora tenham sido especificadas as suas hipóteses de utilização, não foi regulado o seu procedimento, de modo que as brechas para disparidades materiais por decorrência da sua utilização, apontadas por Marçal Justen Filho, permanecem.

O mesmo vale para as normas voltadas para o aprimoramento da transparência e isonomia nos procedimentos licitatórios de modo geral. A despeito de algumas novidades como a criação do Portal Nacional de Contratações Públicas (art. 174), a previsão da segregação de funções dos agentes públicos (art. 7º, § 1º) e a estruturação das linhas de controle das contratações (art. 169), a lei não trouxe grandes reformas quanto ao que já vinha sendo praticado no campo das licitações — por força de normativos infralegais ou da jurisprudência dos tribunais de contas.

Por todas essas razões, põe-se em dúvida a alegação, mencionada na introdução deste artigo, de que as normas internas já existentes na legislação brasileira seriam capazes de trazer o mesmo nível de transparência, controle e efetividade às licitações em relação às normas do GPA. Alguns exemplos de possíveis incompatibilidades podem ser citados, que também são importantes desafios que a doutrina e o legislador pátrio, ao avaliarem as alterações necessárias na legislação, terão que enfrentar caso a adesão brasileira se efetive.

⁵⁶ Semana Acadêmica 2020 da Universidade Mackenzie Brasília, painel “Adesão do Brasil ao GPA - Acordo de Compras Governamentais: desafios para o Direito Público”, de 10 de setembro de 2020, disponível em: <https://youtu.be/gQWawVoOi1E>; acesso em 10/09/2020, depoimento a partir de 00:33:15.

⁵⁷ MARRARA, Thiago Marrara; CAMPOS, Carolina Silva. Licitações internacionais: regime jurídico e óbices à abertura do mercado público brasileiro a empresas estrangeiras. *Revista de Direito Administrativo*, v. 275, pp. 155-187, 2017, p. 185.

⁵⁸ SCHWIND, Rafael Wallbach. *Licitações internacionais: Participação de Estrangeiros e Limitações realizadas com Financiamento Externo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

⁵⁹ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel; TORGAL, Lino. Licitação internacional e empresa estrangeira: os cenários brasileiro e europeu. *Revista de Direito Administrativo*, v. 269, pp. 67-106, 2015.

⁶⁰ MARRARA, Thiago Marrara; CAMPOS, Carolina Silva. Licitações internacionais: regime jurídico e óbices à abertura do mercado público brasileiro a empresas estrangeiras. *Revista de Direito Administrativo*, v. 275, pp. 155-187, 2017.

⁶¹ Os trabalhos mencionados fazem referência às normas sobre licitação internacional sob a Lei n.º 8.666/1993, no entanto, as dificuldades e incertezas permanecem sob a Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei n.º 14.133/2021).

⁶² O Artigo XXI, itens 4 e 5 do GPA exigem e regulamentam a harmonização: “4. Each Party shall ensure, not later than the date of entry into force of this Agreement for it, the conformity of its laws, regulations and administrative procedures, and the rules, procedures and practices applied by its procuring entities, with the provisions of this Agreement. 5. Each Party shall inform the Committee of any changes to its laws and regulations relevant to this Agreement and in the administration of such laws and regulations.”

4.2. Novo órgão de controle?

Em seminário organizado pelo Instituto de Direito Público (IDP), em parceria com a Universidade de Nottingham para discutir as implicações e desafios da adesão brasileira ao GPA,⁶³ alguns dos participantes expressaram dúvidas sobre as medidas que seriam necessárias para cumprir a exigência do Artigo XVIII do GPA de estabelecer sistemas de controle domésticos independentes (“*independent domestic review systems*”). Enquanto alguns debatedores cogitaram da eventual necessidade de criação de uma nova entidade autônoma para exercer essa função, outros partiram do pressuposto de que os mecanismos de impugnação judicial em vigor seriam suficientes.

A questão pode ser mais bem compreendida com base em duas perspectivas diferentes. A primeira perspectiva foca nas impugnações a atos administrativos no âmbito de licitações específicas, conduzidas pela entidade licitante de forma discriminatória (por exemplo, inserindo cláusulas editalícias restritivas da competição que violam o GPA). Neste caso, o Artigo XVIII do GPA, de fato, exige que as partes tenham em vigor um sistema de controle judicial ou administrativo célere, transparente, imparcial e efetivo, de modo a assegurar que fornecedores domésticos e estrangeiros possam questionar violação ao acordo ou falhas na sua implementação.

No Brasil, toda decisão administrativa no curso de procedimentos licitatórios pode ser impugnada perante o Poder Judiciário. O problema é que contar apenas com a via judicial pode atrasar licitações e gerar ineficiências — a experiência mostra que os mandados de segurança no curso de licitações podem paralisar licitações de grande porte por anos antes de se definir se uma cláusula ou medida é ou não discriminatória. Por outro lado, boa parte dos procedimentos administrativos nas administrações públicas brasileiras não cumprem em extensão integral a exigência do GPA, porque as irrisignações costumam ser apreciadas pela própria entidade licitante — muitas vezes pelo próprio presidente da comissão de licitação ou pregoeiro.

Assim, o processo administrativo, embora célere, via de regra não atende à exigência de imparcialidade do procedimento do Artigo XVIII. Evidentemente, isso não é um empecilho à adesão ao GPA, já que os fornecedores teriam acesso ao Judiciário. Mas, para procedimentos de controle das licitações realmente *efetivos e céleres*, ao mesmo tempo que *imparciais*, a sugestão de criar uma agência independente para julgar essas impugnações, ao menos na esfera federal, pode ser bem-vinda.

A segunda perspectiva pela qual a questão pode ser analisada envolve o controle mais geral da legislação brasileira e de violações sistemáticas ao GPA por entidades públicas nacionais — é um problema diferente, porque não é tão sensível quanto o primeiro à falta de celeridade e ao risco de paralisações. Nesse caso, o diagnóstico é diverso: não há falta de uma entidade especializada de controle, mas um excesso delas. Um fornecedor que queira impugnar essas violações sistemáticas ao GPA pode recorrer (i) aos sistemas de controle interno, por meio de inúmeros canais de acesso; (ii) às Controladorias-Gerais; (iii) ao Poder Judiciário; (iv) a um dos Tribunais de Contas (federal, estadual ou municipal, em alguns casos), entre outros.

Ou seja, o problema sob a segunda perspectiva não é a falta de instituições de controle imparciais, mas a sobreposição de instituições e as dificuldades que resultam da falta de coordenação entre esses órgãos de controle. Isso é problemático na medida em que a intenção da exigência do GPA foi de dar aos fornecedores estrangeiros — que não estão acostumados a lidar com todos esses sistemas de controle — acesso a mecanismos eficazes e transparentes para questionar condutas discriminatórias de entidades nacionais. Nesse caso, então, atribuir competência a mais uma agência especializada não parece uma boa solução: como não é possível limitar as atribuições dos tribunais de contas e do Judiciário, que têm assento constitucional, a criação de mais um órgão de controle somente se somaria à descoordenação.

⁶³ Os debates foram gravados e constam da página do IDP no YouTube: <https://www.youtube.com/playlist?list=PLAp8FQUq8Cfs6-OyH9zQ2WQ74OFrYxqNc>; acesso em 5 de agosto de 2020.

Diante desses dilemas, destaca-se como os demais países lidaram com essas dificuldades institucionais na implementação do acordo. No plano internacional, verifica-se que acordos bilaterais sobre comércio, assim como o GPA, “também preveem a necessidade de garantir o direito de petição a órgãos administrativos e judiciários, em casos de suspeitas de violação aos preceitos do acordo, no que diz respeito a compras governamentais.”⁶⁴ Todavia, o pleno cumprimento do acordo, na maioria dos países desenvolvidos que aderiram ao GPA décadas atrás, não exigiu alterações significativas nas suas estruturas internas de impugnação administrativa e judicial de editais de licitações. Afinal, os mecanismos de impugnação desses países já eram considerados efetivos — o desafio maior envolverá os países em desenvolvimento, que vêm aderindo, mais recentemente, ao pacto, e sobre os quais ainda faltam dados e informações sobre eventuais desafios de implementação e soluções tomadas.

Embora o estudo do tema à luz do direito comparado, pelas razões citadas, seja ainda difícil, o caso da União Europeia pode trazer luzes sobre os desafios que virão pela frente caso o Brasil adira ao GPA. Na entidade, há normas supranacionais que exigem um *processo de controle* instaurado para avaliação da legalidade e da efetividade das licitações,⁶⁵ mas não há uma diretiva clara proveniente do direito comunitário europeu sobre como deve ser feita a análise da legalidade dos certames, de forma que cada país traça suas próprias normas. Isso porque o objetivo da entidade — assim como do GPA — é respeitar as particularidades de cada país, evitando definir de antemão como deve ser estruturada a administração interna dos membros. Assim, enquanto alguns países possuem órgãos administrativos independentes para a avaliação de licitações — sejam eles especializados ou não —, em outros isso é atribuição dos tribunais judiciais.⁶⁶

Nesse contexto, um comitê instaurado para realizar uma avaliação da efetividade das diretivas da Comissão Europeia que trazem essas exigências emitiu um relatório, em 2017, trazendo, entre outros estudos, algumas conclusões sobre a efetividade dos sistemas de controle de licitações dos Estados membros. O comitê verificou que “alguns sistemas nacionais exigem que a proteção jurídica em procedimentos licitatórios seja fornecida por órgãos administrativos de controle, ao invés do Judiciário comum. Como tendência geral, esses órgãos tendem a ser mais eficientes. Isso foi confirmado pela grande maioria dos participantes da consulta pública (74,7%), que considerou que os processos perante o Judiciário costumam levar mais tempo e resultar em padrões inferiores de julgamento do que os processos instaurados perante órgãos administrativos especializados”.⁶⁷

Por isso, houve uma tendência, nos países europeus, de migrar de um sistema de controle de licitações, pautado em revisão por órgãos administrativos generalistas ou por tribunais para um sistema baseado em órgãos especializados na temática. Nas palavras de Sue Arrowsmith, no seminário referido linhas acima, houve um “movimento no sentido de criar entidades especializadas”, porque “ao longo do tempo, ficou aparente que as Cortes em geral não eram foros efetivos nem céleres”. Hoje, “quase metade dos países membros

⁶⁴ SANCHEZ BADIN, Michelle Ratton; AZEVEDO, Milena da Fonseca. A Regulação de Compras Governamentais nos Acordos Preferenciais de Comércio. In: OLIVEIRA, Ivan Tiago Machado; SANCHEZ BADIN, Michelle Ratton. (Org.). Tendências regulatórias nos acordos preferenciais de comércio no século XXI: os casos de Estados Unidos, União Europeia, China e Índia. Brasília: IPEA, 2013, p. 255.

⁶⁵ Ver, nesse sentido, as Diretivas n.º 89/665/EEC e n.º 92/13/EEC.

⁶⁶ UNIÃO EUROPEIA, Evaluation Of The Modifications Introduced By Directive 2007/66/Ec to Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC Concerning The European Framework For Remedies In The Area Of Public Procurement/ Refit Evaluation. Bruxelas, 2017. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017SC0013&from=EN>. Acesso em: 26 de janeiro de 2022.

⁶⁷ Tradução livre do original: “Some national systems require that legal protection in public procurement procedures is provided at first instance by administrative review bodies rather than ordinary courts. As a general trend, these tend to be more effective. This is confirmed by a large majority of respondents to the public consultation (74.7%) who considered that procedures before ordinary courts take generally longer and result in lower standards of adjudication than the procedures before specialised administrative review bodies.” (UNIÃO EUROPEIA, Evaluation Of The Modifications Introduced By Directive 2007/66/Ec to Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC Concerning The European Framework For Remedies In The Area Of Public Procurement/ Refit Evaluation. Bruxelas, 2017, p. 45. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017SC0013&from=EN>. Acesso em: 26 de janeiro de 2022).

da União Europeia têm algum tipo de entidade especializada que foca principalmente ou inteiramente em licitações.”⁶⁸

Essa experiência europeia pode ser útil para informar os debates que serão necessários, no Brasil, após a adesão ao GPA, e revela que, mesmo cláusulas que podem parecer pouco problemáticas do texto do acordo — como a exigência de que existam meios de se impugnar e controlar editais de licitação — exigirão esforços para adequada implementação.

4.3 Novo procedimento ou procedimento excepcional?

O GPA contém regras detalhadas sobre o procedimento que deve ser seguido nas licitações abrangidas pelo acordo, com o objetivo de assegurar transparência, competitividade e não discriminação contra bens, serviços e fornecedores de outros Estados membros, bem como harmonizar as ordens jurídicas dos países membros. Algumas dessas regras são marcadamente diferentes daquelas que atualmente vigoram no Brasil. Dois exemplos podem ser citados.

Primeiro, há distinções relevantes no regramento dos prazos para a apresentação de propostas. O Artigo XI do GPA tem previsão detalhada sobre prazos, e dispõe que, como regra geral, deve haver um mínimo de 40 dias entre a publicação do edital e a data final para a entrega dos documentos exigidos na modalidade “*open tendering*” (modalidade mais ampla de licitação). Há algumas exceções, como a previsão de prazo diferenciado, de 25 dias, para licitações do tipo “*selective tendering*” (semelhante à modalidade convite da Lei n.º 8.666/1993)⁶⁹ e prazos reduzidos para os casos em que a apresentação eletrônica da documentação exigida é possível ou em que há urgência. Em todo caso, os prazos são muito diferentes daqueles previstos tanto em relação à Lei n.º 8.666/1993 quanto à Lei n.º 14.133/2021. A Lei n.º 8.666/1993 prevê como regra geral, para a modalidade concorrência, o prazo de 30 dias (art. 21, §2º, inc. II, alínea *a*), e apenas cinco dias para o convite (art. 21, §2º, inc. IV), enquanto a Lei do Pregão (Lei n.º 10.520/2002) estabelece um prazo mínimo de apresentação de propostas de, apenas, oito dias úteis para essa modalidade (art. 4º, inc. V). A Lei n.º 14.133/2021 alterou os prazos previstos nas leis anteriores, mas esses permaneceram significativamente distintos dos estabelecidos pelo GPA. Por exemplo, ela previu, nos procedimentos em que adotado o critério de julgamento de menor preço ou maior desconto (o mais comum nas licitações brasileiras), os prazos de 10 dias para obras e serviços comuns de engenharia e 25 dias para obras e serviços especiais de engenharia (art. 55, II, alíneas *a* e *b*). Já nos procedimentos para aquisição de bens, ela previu o prazo de, apenas, oito dias úteis quando adotado o critério de julgamento de menor preço ou maior desconto e de 15 dias para os demais casos (art. 55, I, alíneas *a* e *b*).

O segundo exemplo de regras internas brasileiras sobre licitações e contratos que se distanciam daquelas do GPA diz respeito às normas que regulam a contratação direta, entendida como a modalidade de contratação pública em que as formalidades do certame são, em sua maioria, dispensadas. Essa diferença no tratamento da matéria fica evidente ao comparar o Artigo XIII do GPA com o art. 24 da Lei n.º 8.666/1993. Ambos trazem hipóteses em que a licitação é dispensável, mas, enquanto neste existem 35 incisos com diversos casos de dispensa, naquele há um número consideravelmente menor de casos. A Lei n.º 14.133/2021

⁶⁸ Nesse sentido, o trecho completo do relato de Sue Arrowsmith descreve essa transição, que ocorreu de forma gradual e fez com que as Cortes, antes o principal foro para a impugnação de licitações, fossem substituídas por entidades administrativas especializadas: “Na União Europeia, tivemos essa experiência. Todos ou quase todos começaram apenas usando as Cortes, mas, ao longo do tempo, ficou aparente que as Cortes em geral não eram foros efetivos nem céleres. Então, gradualmente, tem havido um movimento no sentido de criar entidades especializadas, que, para mim, é muito mais bem sucedido se quisermos ter um mecanismo efetivo de *enforcement*. Hoje, quase metade dos países membros da União Europeia têm algum tipo de entidade especializada que foca principalmente ou inteiramente em licitações.” (Tradução livre de trechos da exposição original, disponível em: <https://youtu.be/F30ifqI0464>, a partir de 1:22:20; acesso em 5 de agosto de 2020).

⁶⁹ O GPA define *selective tendering* como o método de licitação em que apenas fornecedores pré-qualificados e pré-habilitados são convidados pela entidade licitante para apresentarem propostas (v. Artigo I, alínea *q* e Artigo IX, itens 4 a 6, GPA).

não mudou esse quadro, uma vez que o seu art. 75 traz 16 incisos, e um deles se divide em 13 alíneas, cada uma contendo uma hipótese de dispensa.

Há, de outro lado, exigências do GPA que não são tão substancialmente distintas dos procedimentos em vigor no país — ao menos nas licitações federais de grande porte abrangidas pelo GPA. Por exemplo, a necessidade de que toda a informação relevante de interesse dos fornecedores estrangeiros seja publicada na internet, incluindo as leis e regulações pertinentes. Sobre o ponto, vale ressaltar que o acordo traz grande valorização da utilização de ferramentas eletrônicas nos certames. No Brasil, a introdução dessas ferramentas não implicaria grande novidade: embora nem a Lei n.º 8.666/1993, tampouco a Lei n.º 14.133 tratem dessa hipótese, licitações eletrônicas são amplamente utilizadas na esfera federal. A aquisição de bens e serviços comuns por órgãos e entidades federais é obrigatoriamente realizada via pregão eletrônico (nesse sentido, v. Decreto n.º 10.024/2019). A Lei das Estatais (Lei n.º 13.303/2016) também valorizou a realização de procedimentos eletrônicos (v. arts. 32, §§3º e 4º e 51, §2º). Com o GPA, há um estímulo adicional à adoção mais ampla dessas ferramentas também por Estados e Municípios que venham a ser abrangidos.

A incerteza que permanece consiste em saber se essas modificações exigirão uma mudança completa de paradigmas, com alteração de toda a legislação nacional sobre licitações e contratos administrativos. No entanto, como a maioria das licitações nacionais não estariam abrangidas pelo GPA (v. subseção 2.1 *supra*), em tese, isso não seria necessário, bastando, para adequação ao acordo, algumas derrogações do regime comum para as licitações abrangidas.

Estudos futuros da matéria, à luz do direito comparado, podem auxiliar a resposta a esses questionamentos, mas a tarefa não é simples. Conforme observa a literatura especializada, a internalização das normas e procedimentos licitatórios previstos no acordo vem se mostrando um dos maiores pontos de dificuldade para implementação, considerando a demora do processo legislativo e o fato de que nem todos os países possuem legislações nacionais de regras gerais sobre licitações e contratos.⁷⁰ De fato, “nem todos os países possuem uma lei nacional ou federal única para compras governamentais, e alguns, ainda, possuem leis diferentes para cada tipo de ente governamental, desde os níveis da administração pública até suas instituições filiadas, como é o caso das empresas públicas.”⁷¹ Por exemplo, a Índia não tem uma lei única para compras pelos seus entes federados, e, em nível federal, as compras públicas são realizadas conforme regulamentos setoriais, muitas vezes editados pelas próprias entidades administrativas licitantes.⁷²

De qualquer forma, estando bem identificados os problemas que precisarão ser enfrentados — e é este o objetivo, menos ambicioso, deste artigo —, o próximo passo, em relação aos estudos sobre o GPA no Brasil, será aprofundar esse tipo de análise em investigações específicas sobre os problemas aqui delineados.

⁷⁰ Com efeito, é digno de nota “o nível de dificuldades e o longo tempo requerido para se promover a adoção plena dos regulamentos comuns entre os países participantes do bloco, levando-se em conta que na integração europeia as primeiras diretivas sobre aquisições públicas remontam à década de 1970, as atuais diretivas, consolidando e atualizando as primeiras, foram estabelecidas em 1992/1993; portanto, há quase 10 anos. Verifica-se, ademais, que o atraso no grau de incorporação da legislação comum não se deve somente aos países de entrada mais recente, mas atingem também os países-membros mais antigos.” (MOREIRA, H. C.; MORAIS, J. M. Compras governamentais: políticas e procedimentos na Organização Mundial de Comércio, União Europeia, Nafta, Estados Unidos e Brasil. Brasília: Ipea, 2002 – Texto para Discussão, n. 930, p. 128).

⁷¹ SANCHEZ BADIN, Michelle Rattón; AZEVEDO, Milena da Fonseca. A Regulação de Compras Governamentais nos Acordos Preferenciais de Comércio. In: OLIVEIRA, Ivan Tiago Machado; SANCHEZ BADIN, Michelle Rattón. (Org.). Tendências regulatórias nos acordos preferenciais de comércio no século XXI: os casos de Estados Unidos, União Europeia, China e Índia. Brasília: IPEA, 2013, p. 244.

⁷² Embora o país não faça parte do GPA, é um exemplo relevante, porque (i) a Índia tem parcerias bilaterais sobre compras governamentais com conteúdo semelhante ao GPA, como notam Badin e Azevedo, e porque (ii) essa realidade também existe em outros países aderentes ou em processo de adesão. V. ADB – ASIAN DEVELOPMENT BANK; OECD – ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **ADB e OECD anti-corruption initiative for Asia and the Pacific: reform of policies and practices to curb corruption in public procurement**, 2006. Disponível em: <<http://www.oecd.org/site/adboecdanti-corruptioninitiative/41154707.pdf>>. Acesso em 24 de janeiro de 2022; e SANCHEZ BADIN, Michelle Rattón; AZEVEDO, Milena da Fonseca. A Regulação de Compras Governamentais nos Acordos Preferenciais de Comércio. In: OLIVEIRA, Ivan Tiago Machado; SANCHEZ BADIN, Michelle Rattón. (Org.). Tendências regulatórias nos acordos preferenciais de comércio no século XXI: os casos de Estados Unidos, União Europeia, China e Índia. Brasília: IPEA, 2013, p. 244.

5 Considerações finais

À luz de algumas das principais preocupações, ressalvas e críticas externadas à possível adesão brasileira ao GPA, o artigo apresentou, em linhas gerais, o sistema normativo do acordo. Evidenciou-se que a crítica de que a adesão não seria economicamente vantajosa ao país não pode ser feita em termos excessivamente simplistas, porque um país em desenvolvimento tem muito a se beneficiar do GPA, especialmente de suas normas que realçam transparência, governança e controle, que devem ser consideradas no lugar de uma ótica exclusivamente focada nos efeitos imediatos no comércio exterior. Também se verificou que há grande flexibilidade na incidência das normas do acordo, tanto em relação à possível extensão de sua abrangência quanto em relação ao afastamento de regras específicas para países em desenvolvimento ou para a manutenção de políticas públicas internas (como as que são voltadas à proteção de pequenos negócios ou do meio ambiente). Por fim, mostrou-se que a legislação brasileira não é tão adequada para garantir a isonomia material nos certames em relação aos licitantes estrangeiros quanto pode parecer à primeira vista.

Além disso, a exposição sintética de algumas regras, princípios e estruturas criadas pelo GPA também revelou uma série de temas a serem estudados com maior profundidade em trabalhos futuros. Já é possível delinear uma agenda de pesquisa, que pode envolver: (i) como efetivar a adequada quantificação dos custos e benefícios da adesão brasileira ao GPA, capaz de levar em consideração não apenas impactos imediatos no comércio exterior, mas também o aumento na eficiência dos gastos públicos, a diminuição nos custos da corrupção e os incentivos aos investimentos estrangeiros diretos que podem advir da melhoria da governança nas contratações públicas; (ii) qual deveria ser a adequada abrangência do GPA no país, questão que precisa ir além das intuições práticas e passar por estudos empíricos sobre a estrutura e qualificação dos agentes públicos responsáveis por licitações nos órgãos e entidades brasileiros; e (iii) o desenho institucional a ser criado pelas reformas ligadas à adequação do ordenamento jurídico interno ao GPA, em especial a eventual necessidade de criação de entidades especializadas para revisão e controle dos processos licitatórios.

Referências

ADB – ASIAN DEVELOPMENT BANK; OECD – ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **ADB e OECD anti-corruption initiative for Asia and the Pacific: reform of policies and practices to curb corruption in public procurement**, 2006. Disponível em: <<http://www.oecd.org/site/adboecdanti-corruptioninitiative/41154707.pdf>>.

ANDERSON, Robert; MÜLLER, Anna Caroline. The revised WTO Agreement on Government Procurement (GPA): key design features and significance for global trade and development. **WTO Working Paper** n. ERSD-2017-04, jan. 2017.

ANDERSON, Robert; SCHOONER, Steven; SWAN, Collin. The WTO's revised Government Procurement Agreement – an important milestone toward greater market access and transparency in global public procurement markets. **The Government Contractor**, v. 54, n. 1, 2012.

ARAÚJO JR., Ignácio Tavares de. **Uma análise dos custos e benefícios da entrada do Brasil no acordo de compras governamentais da Organização Mundial do Comércio**. IPEA, texto para discussão n. 2450, Brasília, fev. 2019.

ARROWSMITH, Susan. The Revised Agreement on Government Procurement: changes to the procedural rules and other transparency provisions. *In*: ARROWSMITH, Susan; ANDERSON, Robert (orgs.). **The WTO Regime on Government Procurement: challenge and reform**. Nova Iorque: CUP, pp. 285-336, 2011.

BADIN, Michelle Rattton Sanchez e TASQUETTO, Lucas da Silva. Os acordos de comércio para além das preferências: uma análise da regulamentação sobre os “novos temas”. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 10, n. 1, pp. 105-126, 2013.

BERCOVICI, Gilberto. “*A pá de cal na política industrial*”, publicado no “A Terra é Redonda” em 22/01/2020, disponível em: <https://aterraeredonda.com.br/a-pa-de-cal-na-politica-industrial/>, acesso em 05/08/2020.

BRASIL, Ministério da Transparência, **Nota Técnica nº 1081/2017/CGPLAG/DG/SFC**, 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2017/07/cgu-divulga-estudo-sobre-eficiencia-dos-pregoes-realizados-pelo-governo-federal/nota-tecnica-no-1-081-2017-cgplag-dg-sfc.pdf/view>; acesso em 05.08.2020.

CHOI, Inbom. The long and winding road to the government procurement agreement: Korea’s accession experience. In: MARTIN, Will; PANGESTU, Mari(eds.). **Options for Global Trade Reform: A View from the Asia-Pacific**. Cambridge: CUP, pp. 249-269, 2003.

FRIZZO, Henrique; GIANNETTI, Priscila. Impactos da adesão do Brasil ao acordo de compras governamentais da OMC, **Jota**, 24/03/2020, disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inoa-e-acao/impactos-da-adesao-do-brasil-ao-acordo-de-compras-governamentais-da-omc-24032020>, acesso em 05/08/2020.

HERRMANN, Isadora. Licitações públicas no Brasil: explorando o conceito de ineficiência por desenho. **RAUSP Management Journal**, v. 34, n. 2, p. 29-38, 1999. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/90696/2/773883878.pdf>; acesso em 05/08/2020.

LO, Chang-fa. Making the Anti-Corruption Provisions in the New Government Procurement Agreement Under the WTO Operable. **Trade, Law and Development**, v. 7, n. 1, pp. 21-41, 2015.

MARRARA, Thiago Marrara; CAMPOS, Carolina Silva. Licitações internacionais: regime jurídico e óbices à abertura do mercado público brasileiro a empresas estrangeiras. **Revista de Direito Administrativo**, v. 275, pp. 155-187, 2017.

MATTOO, Aaditya. The Government Procurement Agreement: implications of economic theory. **WTO Staff Working Paper**, n. TISD-96-03, out. 1996.

MONASSA, Clarissa; LIONELLI, Aubrey. É interessante para o Brasil aderir ao acordo sobre compras governamentais da OMC? **Revista de Direito Internacional**, v. 10, n. 1, 2013.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel; TORGAL, Lino. Licitação internacional e empresa estrangeira: os cenários brasileiro e europeu. **Revista de Direito Administrativo**, v. 269, pp. 67-106, 2015.

MOREIRA, H. C.; MORAIS, J. M. **Compras governamentais: políticas e procedimentos na Organização Mundial de Comércio, União Europeia, Nafta, Estados Unidos e Brasil**. Brasília: Ipea, 2002 – Texto para Discussão, n. 930, p. 128

MÜLLER, Anna Caroline. Special and differential treatment and other special measures for developing countries under the Agreement on Government Procurement: The current text and new provisions. In: ARROWSMITH, Susan; ANDERSON, Robert (orgs.). **The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform**. Cambridge: CUP, pp. 339-376, 2011.

NASCIMENTO, André Jansen do. Contratações públicas no âmbito da OMC: a política legislativa brasileira à luz do direito ao desenvolvimento. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, pp. 191-209, 2014.

O Brasil e a OCDE, Brasil, **MRE**, disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/15584-o-brasil-e-a-ocde>; acesso em 23/07/2020.

OCDE. **OECD Principles for Integrity in Public Procurement**. Paris: OECD, 2009, p. 9. Disponível em: <http://www.oecd.org/gov/ethics/48994520.pdf>. Acesso em 05/08/2020; acesso em 05/08/2020.

OLIVEIRA, Ivan Tiago Machado; SANCHEZ BADIN, Michelle Ratton. (Org.). Tendências regulatórias nos acordos preferenciais de comércio no século XXI: os casos de Estados Unidos, União Europeia, China e Índia. Brasília: IPEA, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. Globalização e contratação pública: o nascimento de um direito internacional dos contratos públicos. **Revista Direito Mackenzie**, v. 11, n. 2, pp. 228-248, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; FORTINI, Cristiana. A adesão brasileira ao acordo de compras governamentais da Organização Mundial de Comércio. **Revista Opinião Jurídica**, ano 18, n. 29, pp. 120-151, 2020.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **Licitações internacionais: Participação de Estrangeiros e Limitações realizadas com Financiamento Externo**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SILVEIRA, Luciana Dutra de Oliveira. Can the WTO bring more teeth to the global anticorruption agenda?, **Journal of World Trade**, vol. 53, n. 1, pp. 129–151, 2019.

TAS, Bedri Kamil Onur; DAWAR, Kamala; HOLMES, Peter Martin; TOGAN, Subidey. Does the World Trade Organization Government Procurement Agreement Deliver What It Promises? **World Trade Review**, v. 19, n. 4, pp. 609-634, 2019.

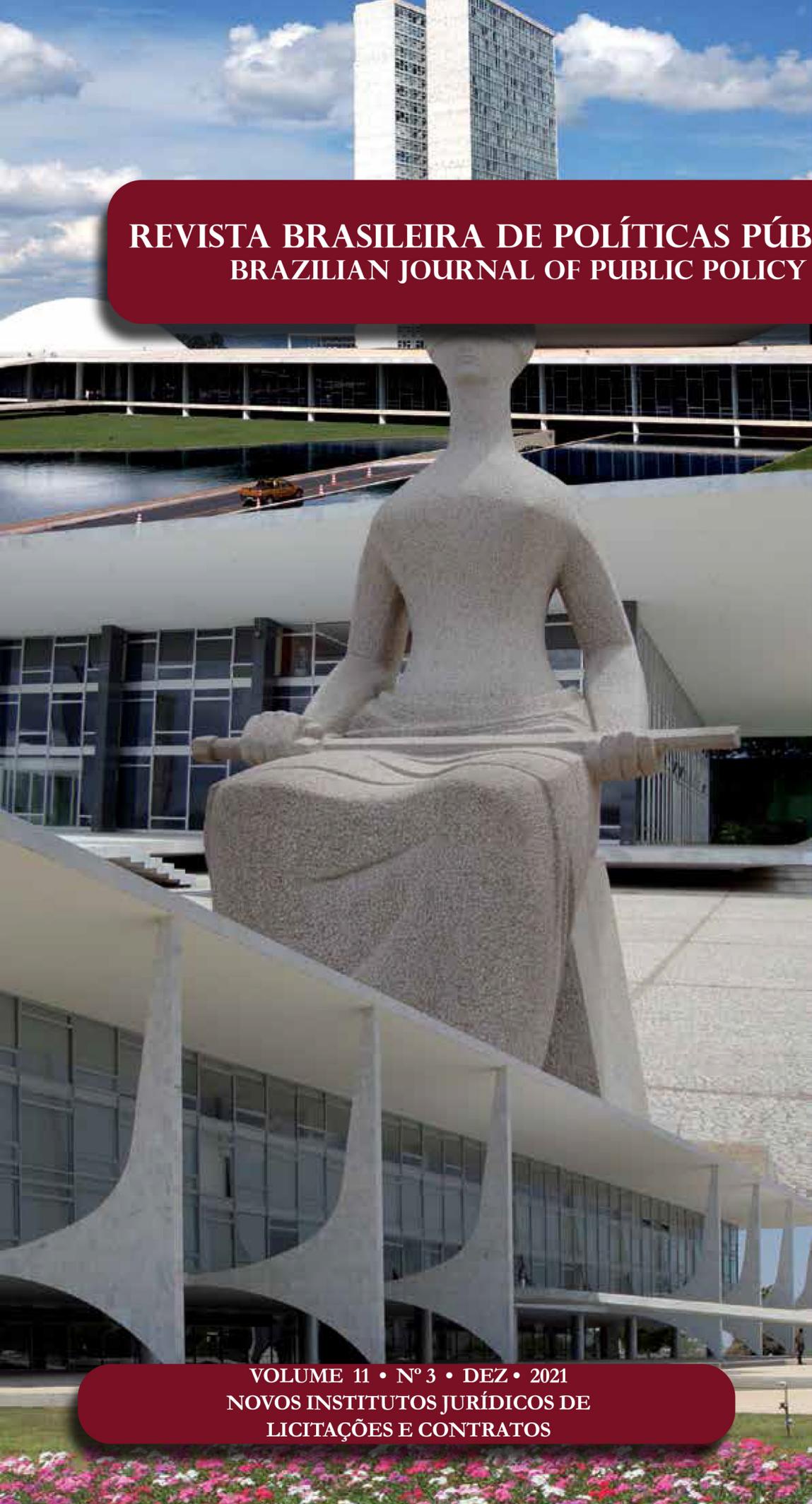
UNIÃO EUROPEIA, **A Report on the Functioning of Public Procurement Markets in the EU: Benefits from the Application Of The EU Directives and Challenges for the Future**, Comissão Europeia, 2004, disponível em: <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/15446>, acesso em 05/08/2020.

UNIÃO EUROPEIA, **Evaluation Of The Modifications Introduced By Directive 2007/66/Ec To Directives 89/665/Eec And 92/13/Eec Concerning The European Framework For Remedies In The Area Of Public Procurement/ Refit Evaluation**. Bruxelas, 2017. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017SC0013&from=EN>. Acesso em: 26 de janeiro de 2022.

YUKINS, Christopher; SCHNITZER, Johannes. GPA Accession: Lessons Learned on the Strengths and Weaknesses of the WTO Government Procurement Agreement. **Trade, Law and Development**, v. 7, n. 1, 2015.

ZINI JR., Álvaro Antônio. O Acordo Sobre Compras Governamentais da Organização Mundial do Comércio e a Economia Brasileira. **Estudos Econômicos**, São Paulo, 28(2):181-198, abr-jun 1998.

II. *ACCOUNTABILITY* E CONTROLE

The cover image is a photograph of a modern architectural complex. In the foreground, a large, white, seated female statue is the central focus. She is holding a long, thin object, possibly a scroll or a tablet, across her lap. The statue is positioned in front of a long, low building with a series of white, curved, cantilevered balconies. In the background, a tall, white, rectangular tower rises against a blue sky with scattered white clouds. A body of water is visible between the statue and the building. The overall scene is brightly lit, suggesting a sunny day.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A lei n.º 14.133/2021 e os novos limites do controle externo:
a necessária deferência dos Tribunais de Contas em prol da Administração Pública

Law n.o 14.133/2021 and the new limits of external control:
the necessary deference of the Courts of Accounts in favor of Public Administration

Ricardo Schneider Rodrigues

VOLUME 11 • Nº 3 • DEZ • 2021
NOVOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE
LICITAÇÕES E CONTRATOS

A lei n.º 14.133/2021 e os novos limites do controle externo: a necessária deferência dos Tribunais de Contas em prol da Administração Pública*

Law n.o 14.133/2021 and the new limits of external control: the necessary deference of the Courts of Accounts in favor of Public Administration

Ricardo Schneider Rodrigues**

Resumo

Neste artigo, avaliam-se se as mudanças trazidas pela Lei n.º 14.133/2021 — relacionadas aos Tribunais de Contas — tendem a delimitar melhor os espaços da função administrativa e do órgão fiscalizador, propiciando um controle externo mais deferente. A metodologia desenvolvida correspondeu ao método dedutivo de análise, com base em revisão bibliográfica de viés qualitativo, mediante a qual compreenderam-se as críticas aos excessos dos órgãos de controle para avaliar se a nova lei traz instrumentos que viabilizam a sua correção, abrindo espaço para a efetiva aplicação dos novos institutos nela previstos. A partir da avaliação das mudanças trazidas pela nova lei, foi possível confirmar o seu nítido propósito de melhor delimitarem-se os espaços de atuação dos agentes controladores e controlados, propiciando uma maior deferência desses Tribunais em relação às decisões dos administradores públicos, potencializada quando examinadas em conjunto com as disposições da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. A importância do trabalho reside na preocupação corrente com os descaminhos que os excessos do controle externo podem acarretar para a atividade administrativa. O tema, além de atual, é relevante diante da recente aprovação do marco legal das contratações e licitações públicas, cujas normas gerais são de observância obrigatória em todas as esferas de governo.

Palavras-chave: Lei n.º 14.133/2021; Controle Externo; Tribunais de Contas; Limites.

Abstract

This article assesses whether the changes brought about by Law No. 14.133/2021, related to the Courts of Accounts, tend to better delimit the areas of the administrative function and the control agencies, providing a more deferential external control. The methodology developed corresponded to the deductive method of analysis, based on a literature review with a qualitative bias, from which it was intended to understand the criticisms

* Recebido em 12/07/2021
Aprovado em 14/01/2022

** Pós-Doutorando pelo Grupo de Pesquisas SmartCitiesBr-EACH da Universidade de São Paulo (USP). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Coordenador Adjunto e Professor do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Cesmac (Mestrado). Professor da Faculdade de Direito da UFAL. Sócio fundador/idealizador e Vice-Presidente do Instituto de Direito Administrativo de Alagoas (IDAA). Procurador do Ministério Público de Contas de Alagoas.
E-mail: prof.ricardo.schneider@gmail.com

of the excesses of the control agencies to assess whether the new Law brings instruments that enable its correction, opening space for the effective application of the new institutes provided for therein. From the assessment of the changes brought about by the new Law, it was possible to confirm its clear purpose of better delimiting the areas of action of controlling and controlled agents, providing these Courts with greater deference in relation to the decisions of public administrators, enhanced when examined together with the statements of the Introduction Law of Brazilian Law. The importance of the work resides in the current concern with the deviations that excesses of external control can cause on administrative activity. The theme is relevant and current due to the recent approval of the legal framework for public hiring and bidding, whose general rules are mandatory in all spheres of government.

Keywords: Law N° 14;133/2021; External Control; Courts of Accounts; Limits.

1 Introdução

Embora parte da doutrina tenha apresentado críticas relacionadas ao excesso de normas e pouca inventividade, dada a preservação do viés maximalista e analítico dos diplomas normativos predecessores, é preciso reconhecer que a nova Lei de Licitações (NLL), Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021, trouxe algumas inovações e consolidou institutos já previstos em legislação esparsa. Como exemplo disso, podemos citar a criação do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), a consolidação do pregão, a extinção de modalidades licitatórias arcaicas, como o convite e a tomada de preços, a previsão do diálogo competitivo e a regulamentação do credenciamento — inclusive para permitir a implantação de uma plataforma eletrônica de compras públicas, fundada em inteligência artificial, *market design* e preços dinâmicos.¹

Para que as mudanças propostas sejam devidamente efetivadas pelos agentes públicos, será necessário compreender o alcance das novas disposições e aplicá-las num cenário novo, em que, ainda, não há a inteira compreensão quanto ao alcance de algumas normas, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência dos Tribunais judiciais e de Contas. Como é natural diante de uma mudança legislativa significativa, paira certa insegurança jurídica. Será fundamental que a postura dos órgãos de controle não restrinja as necessárias experimentações que a NLL possibilitará.

Nesse contexto, a modernização da forma como o Estado licita e contrata, com base na nova sistemática estabelecida pela referida lei, enfrentará um período de incertezas, em que os agentes públicos passarão por um processo de adaptação e maturação. O sucesso pretendido pela novel normatização dependerá, portanto, de certa deferência que os órgãos de controle deverão assumir para com os agentes públicos encarregados de pôr em prática as mudanças vislumbradas pelo legislador.

Um dos grandes desafios para a modernização do Estado atualmente reside, justamente, nos limites que devem ser estabelecidos em relação à atuação dos órgãos de controle. Parcela da doutrina aponta para a hipertrofia do controle da Administração Pública como uma causa da inércia e da pouca criatividade dos agentes públicos. De fato, um controle excessivo poderá repercutir, negativamente, sobre as novidades apresentadas pela nova legislação.

Este trabalho propõe-se a avaliar se as disposições apresentadas pela Lei n° 14.133/2021, relacionadas ao controle das contratações, em especial aquele operado pelos Tribunais de Contas (TCs), têm o condão de contribuir para o aperfeiçoamento do sistema, de modo a permitir que as inovações trazidas pela nova legislação possam ser implementadas pelos agentes públicos sem o receio de uma indevida responsabilização.

¹ NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles L. de. A nova lei de licitações, credenciamento e *e-marketplace*: o *turning point* da inovação nas compras públicas. Ronny Charles, Dica do Ronny. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/wp-content/uploads/2021/01/A-nova-lei-de-licitacoes-credenciamento-e-e-marketplace-o-turning-point-da-inovacao-nas-compras-publicas.pdf>. Acesso em: 27 maio 2021.

Em outros termos, avalia-se se as mudanças trazidas pela Lei n.º 14.133/2021, relacionadas ao controle externo exercido pelas Cortes de Contas, tendem a delimitar melhor os espaços de atuação da função administrativa e do órgão fiscalizador, permitindo que as novas disposições normativas sejam devidamente aplicadas, ou se, ao contrário, o cenário de um controle disfuncional tende a permanecer e arrefecer as novidades trazidas pela nova lei. Em razão das limitações quanto ao alcance do trabalho ora desenvolvido, o foco recairá, apenas, sobre o controle exercido pelos Tribunais de Contas.

A metodologia a ser desenvolvida corresponde ao método dedutivo de análise, com base em revisão bibliográfica de viés qualitativo. Inicialmente, serão traçadas as premissas gerais necessárias ao enfrentamento do problema proposto. É dizer, compreender as críticas aos alegados excessos dos órgãos de controle para avaliar se a nova lei traz instrumentos que viabilizem a sua correção, abrindo espaço para a efetiva aplicação dos novos institutos previstos na Lei n.º 14.133/2021.

Na primeira parte do trabalho, o exame recairá sobre a doutrina crítica à atuação disfuncional dos órgãos de controle, para compreender como essa disfunção ocorre e identificar os efeitos negativos que aduzem existir sobre a Administração Pública. A questão da deferência, como uma possível forma de contornar a disfuncionalidade do controle externo, é analisada no tópico seguinte. Por fim, as mudanças que a nova lei trouxe, em relação ao controle das contratações pelos Tribunais de Contas, serão avaliadas com o objetivo de perscrutar se tais modificações viabilizam a superação dos óbices ou, ao menos, a mitigação desses efeitos perversos que a disfuncionalidade dos órgãos de controle reproduziria, em benefício de um maior espaço para a deferência dessas Cortes sobre as escolhas da Administração Pública.

A nova legislação será analisada em cotejo com as disposições da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lindb), introduzidas pela Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018, por se tratar de norma reconhecidamente voltada a conferir aos gestores públicos maior segurança jurídica a fim de desempenhar suas funções públicas, ante os alegados excessos dos órgãos de controle.²

2 As disfunções do controle externo: as críticas aos excessos da fiscalização exercida pelos Tribunais de Contas

Por algum tempo, predominou, no ambiente doutrinário brasileiro, com relativa hegemonia, a ideia de que o controle externo da Administração Pública necessitava ser fortalecido institucionalmente, conferindo-lhe as prerrogativas e os instrumentos necessários a uma fiscalização para além do aspecto formalista e, quase sempre, ineficaz.³

O constituinte de 1988, talvez convencido dessa necessidade de conferir aos Tribunais de Contas a possibilidade de exercerem uma atuação mais efetiva sobre os atos da Administração Pública, conferiu a essas Cortes não judiciais uma conformação jurídica que expandiu suas atribuições e ampliou o leque de possibilidades para exercer a atividade de controle. É possível afirmar que a instituição Tribunal de Contas

² MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. *Lindb no Direito Público*. 13.655/2018. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 19-21.

³ Acerca das críticas à atuação formalista e pouco efetiva dos TCs, cf. FAGUNDES, Miguel Seabra. Reformas essenciais ao aperfeiçoamento das instituições políticas brasileiras. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial, p. 87-109, dez. 2013. p. 100-101; NÓBREGA, Marcos. *Os Tribunais de Contas e o Controle dos Programas Sociais*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 92-95; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 9. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 150; RODRIGUES, Ricardo Schneider. Tribunais de Contas no Brasil e em Portugal: regime jurídico e o controle de políticas públicas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira – RJLB*, ano 4, n. 6, p. 651-688, 2018. p. 654-657.

(TC), prevista no texto constitucional brasileiro desde a primeira Constituição Republicana, de 1891,⁴ tem, no modelo vigente desde 1988, o ápice em termos de estruturação e competências.⁵

Observa-se, na Constituição de 1988, em comparação com os textos constitucionais anteriores, o crescimento e detalhamento de suas atribuições, seja pelo *status* conferido aos seus membros e à própria estrutura organizacional da Corte, semelhante aos atribuídos ao Poder Judiciário, seja pela constitucionalização das prerrogativas dos membros do Ministério Público de Contas, que obrigatoriamente funcionam perante a Corte.

Um dos maiores avanços consistiu na previsão dos controles de legitimidade e de economicidade, ao lado do tradicional controle de legalidade. O foco da atuação, também, foi ampliado e passou a abarcar a fiscalização operacional, contábil e patrimonial, ao lado das anteriormente previstas auditorias financeiras e orçamentárias.

Após a Constituição, essa percepção de que o controle precisava ser fortalecido e estimulado continuou. Exemplo disso é a lição de Freitas, para quem o controle dos atos administrativos necessitava ser redimensionado à luz da imprescindível concretização do Direito Fundamental à Boa Administração Pública, que engloba diversos direitos fundamentais, como a Administração Pública dialógica, isonômica, proba, eficiente, eficaz, economicamente ciosa e fiscalmente responsável.⁶

Alguns autores, como Castro, passaram a defender, expressamente, um “ativismo de contas”, terminologia adotada com o propósito explícito de constranger os Tribunais de Contas a atuarem para além da “função pedagógica”, considerada pernicioso.⁷ Para o autor, os TCs deveriam buscar uma eficácia maior de

⁴ A criação do Tribunal de Contas no Brasil é fruto da iniciativa de Rui Barbosa e ocorreu em 7 de novembro de 1890, pelo Decreto nº 966-A, a partir de uma vasta análise comparativa de direito estrangeiro. À época, o “princípio do Tribunal de Contas” estava previsto em 14 Constituições, como na França, Suécia, Espanha, Grécia, Sérvia, Romênia, Turquia, Itália, Holanda, Bélgica, Portugal, Chile e Japão. Sobre a criação da Corte, cf. MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. t. III, p. 244-245; BARBOSA, Rui. Exposição de motivos de Rui Barbosa sobre a criação do TCU. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 30, n. 82, p. 253-262, out./dez., 1999. p. 256-262; BARBOSA, Rui. *Commentários à Constituição Federal Brasileira*: art. 72 (Conclusão) a 91 (Disposições Geraes) e Disposições Transitorias. São Paulo: Saraiva & Cia, 1934. v. 6. p. 425-458; e BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*: relatório do Ministro da Fazenda. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1949, 1891. t. III. v. 18. p. 361-387.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 727; ROSILHO, A. J. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 150, rodapé 291; GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos Tribunais de Contas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 173; SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000. p. 208; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos: um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 223, p. 1-24, jan./mar. 2001. p. 14; GIAMUNDO NETO, Giuseppe. *As garantias do processo no Tribunal de Contas da União*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

⁶ FREITAS, Juares. *O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 38.

⁷ O ativismo judicial é visto na doutrina com base em duas perspectivas distintas. Uma de viés positivo, como leciona Barroso, para quem “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance [...] está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” (BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Atualidades Jurídicas*, n. 4, jan./fev. 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2009. p. 6). Em outro sentido, de viés crítico, o ativismo seria visto como algo negativo. É a visão de Ramos: “por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controversias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)” (RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 131). Em análise comparativa entre Brasil e Estados Unidos, Grostein identifica quatro concepções de ativismo judicial: julgamento orientado pelo resultado, uso de métodos não ortodoxos de interpretação, criação judicial do direito e indevida superação de precedentes (GROSTEIN, Julio. *Ativismo Judicial*: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano. São Paulo: Almedina, 2019. p. 48-76). Embora a quase unanimidade da doutrina americana atribua ao ativismo um valor negativo, pela dificuldade em aceitar um rearranjo da separação de poderes, no Brasil há uma certa tendência a ser condescendente com essa possibilidade, como meio de aperfeiçoamento institucional, legitimando a expansão da atuação judicial (GROSTEIN, Julio. *Ativismo Judicial*: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano. São Paulo: Almedina, 2019. p. 205-208).

suas decisões com base na imposição de sanções efetivas e promover uma mudança geral em sua forma de atuar, abandonando o que denominou de “autocontenção imotivada”.⁸

Para Freitas, “o controlador ativo e *livre do medo paralisante*” (destaque nosso) teria o dever-poder de promover o respeito ao catálogo dos princípios, objetivos e direitos fundamentais, mediante uma atuação concatenada e independente, associada aos demais controladores. Nesse sentido, propôs uma atuação incisiva em defesa do Direito Fundamental à Boa Administração Pública, sem a condescendência ímproba, contrária aos objetivos fundamentais da Constituição.⁹

Se antes a preocupação se voltava a estimular a atuação dos órgãos de controle, sem o “medo paralisante” inibidor de uma atuação efetiva, mais recentemente, surge, na doutrina, a preocupação com o outro lado da moeda: o *medo* dos controlados em razão dos alegados excessos dos controladores, que teriam não apenas absorvido os reclamos por uma atuação mais ativa, mas também extrapolado os limites institucionais a eles reservados pela Constituição.

Em texto seminal, Guimarães identifica um movimento denominado de “Direito Administrativo do Medo”. Os gestores, em seu sentir, estariam desistindo de decidir para não correr riscos diante do modelo de controle fortemente inibidor da liberdade e da autonomia do administrador público, implementado a partir da Constituição de 1988. A cultura do excesso de controle teria gerado a “crise da ineficiência pelo controle”. As externalidades negativas desses excessos precisariam ser balanceadas. O autor critica a cultura do “quanto mais controle, melhor”, que desconsidera os seus efeitos sobre o bom funcionamento da Administração; a utilização de controles burocráticos em detrimento de aspectos finalísticos, sem considerar, por exemplo, os fatores reais do mercado; e o incremento dos custos transacionais na contratação administrativa.¹⁰

Motta e Nohara, também, desenvolvem conceitos afins. Para esses autores, a “Administração Pública do Medo” corresponderia ao receio de o administrador exercer com segurança oportunidades de agir, por força da preocupação em ser imputado e condenado, ainda que atuasse da melhor forma diante dos obstáculos e do contexto da realidade que enfrenta. A esse fenômeno associam outro, rotulado como “apagão das canetas”, para identificar a paralisação de decisões, pelo temor de ser responsabilizado por contrariar decisões imprevisíveis e emanadas de diversos órgãos de controle.¹¹

Marques Neto e Palma, também, traçam um diagnóstico acerca dos impasses na Administração Pública brasileira consistente com essa perspectiva mais crítica acerca da atuação dos controladores.¹² Os autores

⁸ CASTRO, José Ricardo Parreira de. *Ativismo de Contas*: controle das políticas públicas pelos Tribunais de Contas. Rio de Janeiro: *Jam Jurídica*, 2015. p. 220-246. No mesmo sentido, em defesa de uma postura ativista das Cortes de Contas, cf. LÉGER, Gabriel Guy; PEREIRA, Aila Tamina Martins. O Ativismo de Contas em prol do sistema de controle interno: uma projeção concretizadora da eficiência dos órgãos municipais como essenciais à boa governança. *Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 9, p. 80-99, nov. 2018/maio 2019. Disponível em: <https://revista.mpc.pr.gov.br/index.php/RMPCPR/article/view/35>. Acesso em: 7 jul. 2021.

⁹ FREITAS, Juez. O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 38. Seguindo essa trilha, à luz do direito fundamental à boa administração pública, Cunda defende um controle de políticas públicas pelos Tribunais de Contas para além da mera legalidade, como ferramenta necessária à tutela de direitos fundamentais, em especial a educação e a saúde. Cf. CUNDA, Daniela Zago Gonçalves. Controle de políticas públicas pelos tribunais de contas: tutela da efetividade dos direitos e deveres fundamentais. *Rev. Bras. de Políticas Públicas*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 111-147, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/1270>. Acesso em: 2 nov. 2021.

¹⁰ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. *Direito do Estado*, ano 2016, n. 71, 31 jan. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 7 jul. 2021.

¹¹ MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. *Lindb no Direito Público*: 13.655/2018. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 24.

¹² Estes seriam os impasses apontados pelos autores: (1) a captura de competências públicas pelos entes de controle com maior prestígio, ao afastar a discricionariedade do gestor e impor condutas; (2) o neopatrimonialismo pelo exercício de um controle pautado por predileções pessoais, caracterizado pela tendência em se conferir ao controlador uma autonomia sem subordinação à própria instituição, gerando a apropriação pelo controlador de competências institucionais para exercê-las como “ilhas de poder”; (3) o desvirtuamento da atividade-fim para priorizar as demandas do controle, criticando, por exemplo, as determinações para criação de creches; (4) inexistência de efeitos reais do combate à corrupção, criticando alguns truísmos que afirmam existir na cultura do con-

sugerem que a hipertrofia dos órgãos de controle após 1988 estaria causando impactos na governabilidade, na segurança jurídica e no atendimento eficaz das finalidades públicas. A criação de novas instituições de controle e a reconfiguração e o fortalecimento de outras estariam ocorrendo ao acaso, sem a análise da real efetividade dessas medidas, tampouco de seus custos e benefícios quanto à governabilidade. Afirmam, inclusive, que o modelo de controle externo adotado a partir de 1988 seria resultado de um processo aleatório, voluntarioso e desmesurado.¹³

Nesse cenário, adotando um sentido crítico, Cabral compreende o “ativismo de contas” como o exercício pelos Tribunais de Contas de suas atribuições em desconformidade com o texto constitucional e infraconstitucional, revelando subjetividade em suas decisões, a pretexto de serem proativos ou para concretizar direitos fundamentais. Para o autor, várias decisões do Tribunal de Contas da União (TCU) poderiam ser enquadradas nesse conceito.¹⁴

Essa temática é desenvolvida de forma aprofundada por Valgas, que trabalha com o conceito de *disfuncionalidade* do controle externo, como “toda atuação insuficiente, ineficiente ou ilegal da Administração, decorrente da atuação direta ou indireta dos órgãos de controle externo, que podem produzir condutas ou resultados indesejáveis ao desempenho da função administrativa”.¹⁵ O Direito Administrativo do Medo, a seu ver, resultaria numa interpretação e aplicação do Direito Administrativo, além do exercício da função administrativa, pautadas pelo medo de decidir, fruto do risco elevado de o agente público vir a ser responsabilizado pelo controle externo disfuncional, maculando sua atuação pela autoproteção decisória e pela fuga da responsabilização, em detrimento do interesse público.¹⁶

Valgas identifica diversas disfunções nos Tribunais de Contas, tais como a presunção de responsabilidade civil dos gestores sem a individuação correta da cadeia causal de responsabilização, nem da responsabilidade de cada um dos envolvidos; a ausência de obrigatoriedade de defesa técnica pelo gestor; a incompetência dos TCs para aferir a existência de irregularidade insanável por ato doloso de improbidade administrativa; a ausência de um devido processo legal que possibilite a adequada produção de provas em seus procedimentos, em especial as testemunhais e as periciais; a expansão do seu poder cautelar, com tendência de atuação menos deferente ao administrador, entre outras.¹⁷ Como veremos adiante, algumas dessas *disfunções* foram objeto de regras específicas inseridas na NLL.

Essa visão mais crítica aos órgãos de controle ganha respaldo, também, no âmbito da atuação do Poder Legislativo. Antes a tônica era a do recrudescimento da legislação voltada ao combate ao malfeito na Administração Pública, como observamos na Lei de Improbidade Administrativa, na Lei Anticorrupção e na Lei das Organizações Criminosas. A partir das mudanças promovidas na Lindb pela Lei n.º 13.655/2018,

trole, assumidos sem embasamento empírico, tais como: mais liberdade, mais corrupção; mais controle, maior respeito à legalidade; controle forte barra a corrupção; e punições exemplares contêm a corrupção; (5) gestão de defesa, pelo administrado de boa-fé, fazendo com que os gestores de boa-fé evitassem buscar soluções criativas para debelar os problemas da administração pública; (6) competição entre os órgãos de controle, questionando se os custos de tantos órgãos valem a pena, se o controle é efetivo, além de criticar a existência de cooperação apenas para investigar, mas não para a responsabilização, que ocorre de forma independente; (7) decisões instáveis, por não ser o atual sistema propenso a gerar decisões definitivas, criticando a falta de critérios objetivos para o deferimento de liminares, sobrestando as decisões dos gestores até haver uma chancela dos órgãos de controle. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses da Administração Pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani (coord.). *Controle da Administração Pública*. Fórum: Belo Horizonte, 2016. p. 24-37).

¹³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses da Administração Pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani (coord.). *Controle da Administração Pública*. Fórum: Belo Horizonte, 2016. p. 21-38.

¹⁴ CABRAL, Flávio Garcia. O ativismo de contas do Tribunal de Contas da União (TCU). *Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance*, São Paulo, ano 5, n. 16, p. 215-257, jan./mar. 2021. Disponível em: <http://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rlq& marg=DTR-2021-3142>. Acesso em: 7 jul. 2021.

¹⁵ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito Administrativo do Medo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 375.

¹⁶ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito Administrativo do Medo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 373.

¹⁷ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito Administrativo do Medo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 196-223.

esse viés é modificado. É perceptível a preocupação em assegurar limites mais definidos para a atuação dos controladores; no Congresso Nacional, alguns projetos de lei despontam nesse sentido.

A seguir analisaremos a temática da deferência com base na perspectiva dos Tribunais de Contas, para avaliar se uma atuação mais respeitosa da Corte para com as escolhas públicas adotadas por aqueles que desenvolvem a função administrativa é uma saída para enfrentar o problema das disfunções do controle externo.

3 A deferência do controle externo e a busca por um ambiente propício à implementação das mudanças previstas na nova Lei de Licitações

É indispensável, no âmbito da função administrativa, que as decisões adotadas contenham a devida motivação necessária a demonstrar o acerto da escolha. Freitas, com razão, ressalta essa necessidade ao afirmar que “toda a discricionariedade precisa estar vinculada aos motivos que obrigatoriamente haverá de ser expostos, de maneira consistente e elucidativa, sempre que afetados direitos”.¹⁸

É preciso compreender, também, que a incerteza é indissociável do exercício da atividade administrativa. Nem sempre será possível ao administrador indicar com base em elementos sólidos que determinada decisão é a correta simplesmente porque não há elementos precisos que indiquem o que pode ou deve ser feito. Ainda assim, mesmo sem haver certeza, não lhe será facultado deixar de atuar para buscar o atendimento do interesse público, embora não existam elementos cabais acerca de qual a melhor medida a ser adotada. Ciente dessa possibilidade, inerente à realidade de quem tem o dever de implementar políticas públicas necessárias ao atendimento dos mais diversos interesses da sociedade, a doutrina aponta a necessidade de se adotarem os princípios da prevenção, em cenários de certeza, e da precaução, quando a incerteza prevalece.¹⁹

Vermeule reconhece, no âmbito do Direito Administrativo, a existência de incertezas que devem abrir a possibilidade de decisões racionalmente arbitrárias. O autor destaca que a incerteza pode ocorrer tanto em relação a *qual* decisão seria racional diante de um conjunto de decisões (primeiro nível) como à *quantidade* de informação necessária antes de se decidir (segundo nível). Defende que há cenários em que as decisões da agência serão inevitavelmente arbitrárias por não haver uma razão que justifique uma escolha em relação a outras. Nesses casos, não caberia pressionar por justificação e processos decisórios racionais além do que seria possível.²⁰

¹⁸ FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 104.

¹⁹ Com efeito, o princípio da prevenção impõe a obrigação de o poder público evitar o dano certo proveniente de determinada atividade — cuja certeza está condicionada pelos conhecimentos dominantes à época da decisão —, desde que seja atribuída sua e haja viabilidade orçamentária, impondo um dever de agir preventivamente, afastando os juízos de conveniência e oportunidade. O Princípio da Precaução, por sua vez, estabelece a obrigação de se adotarem medidas antecipatórias e proporcionais mesmo nos casos de incerteza quanto à superveniência de danos, fundamentadamente temidos, a partir de um juízo de forte verossimilhança. (FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 138-144). O STF, ao decidir sobre a constitucionalidade de dispositivos da Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020, que tratava da responsabilização de agentes públicos por ação ou omissão em atos relacionados ao enfrentamento da pandemia da Covid-19, assentou que configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância de normas e critérios científicos e técnicos; ou dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Acórdão na Medida Cautelar na Ação Direta por Inconstitucionalidade nº 6.421*. Direito administrativo. Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Responsabilidade civil e administrativa de Agentes Públicos. Atos relacionados à pandemia de Covid-19. Medida Provisória n. 966/2020. Deferimento parcial da cautelar. Relator: Min. Luis Roberto Barroso, 21 de maio de 2020. Brasília: DJe, 12 nov. 2020. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%206421%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 8 ago. 2021.

²⁰ VERMEULE, Adrian. Decisões racionalmente arbitrárias no Direito Administrativo. *Revista Estudos Institucionais*, v. 3, n. 1, jul. 2017. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/152>. Acesso em: 8 jul. 2021.

Noutros termos, é preciso *respeitar* as possibilidades decisórias da autoridade legitimada, considerando o *contexto* no qual se insere, em especial num cenário de relativa incerteza diante da transformação dos parâmetros normativos até então vigentes, como ocorreu a partir da vigência da NLL. Certamente, uma atitude dotada de desnecessário rigor, às vezes até mesmo além daquilo que seria aceitável à luz do modelo constitucional de separação de funções adotado, pouco contribuirá para a implementação da nova legislação.

Conforme alinhado anteriormente, a ideia de disfunção do controle externo está associada a uma atuação fora das balizas constitucionais e legais, e que tende a reprimir o regular desenvolvimento da atividade administrativa pela autoridade competente. Por ser indispensável, o controle não pode ser suprimido, mas impõe-se que seja realinhado com base nos limites imprescindíveis a uma atuação efetiva, porém calibrada. No âmbito judicial, a exacerbação dos lindes institucionais incorre no fenômeno conhecido como ativismo judicial, que, como visto, reproduz-se nos Tribunais de Contas na figura do ativismo de contas.

Um possível remédio para o ativismo é a autocontenção, exercida pelo próprio controlador — judicial ou não —, que reconhece os seus limites para exercer o controle das demais funções estatais e deixa de adotar uma postura excessivamente invasiva, em respeito à competência alheia. Nesse sentido, a autocontenção guarda um paralelo com a noção de deferência.²¹

O *Princípio da Deferência* corresponde ao respeito à decisão tomada pelo gestor, no uso de sua discricionariedade, para evitar que decisões legítimas e ponderadas sejam substituídas por outras da preferência pessoal e subjetiva do controlador ou do juiz, incorrendo na declaração de invalidade com base no reexame do juízo de conveniência e oportunidade, exercido pela Administração Pública.²²

A delimitação do espaço possível para a revisão das escolhas públicas está relacionada à prevenção ao subjetivismo dos órgãos de controle. Valle defende um modelo de deferência para com as escolhas administrativas que não signifique um retorno indevido ao modelo anterior da insindicabilidade do mérito administrativo, mas incentive melhorias institucionais no processo de formulação de políticas públicas, em especial quanto ao respeito ao dever de planejamento e ao reequilíbrio da função jurisdicional.²³

Jordão destaca que a deferência não corresponde à estrita preservação das decisões administrativas, mas a uma atitude respeitosa e que considera as razões apresentadas pelo controlado. A partir daí, poderá ou não ocorrer a intervenção. Destaca que a intensidade da deferência varia a depender de diversos fatores, como da indeterminação do direito, da natureza da decisão e das características das instituições envolvidas — controlador e controlado —, e da própria razoabilidade da decisão objeto de controle.²⁴

Todavia, a noção de autocontenção pressupõe uma percepção dos limites possíveis de atuação pelo próprio agente controlador. Nem sempre essa autoavaliação ocorre a contento; alguns instrumentos podem ser

²¹ “O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas” (BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Atualidades Jurídicas*, n. 4, jan./fev. 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2009. p. 7).

²² MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. *Lindb no Direito Público*: 13.655/2018. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 25. Para uma análise da temática da deferência a partir da perspectiva da Teoria Institucional, cf. LAZARI, Igor de; DIAS, Sergio; BOLONHA, Carlos. Medicamentos sem registros na ANVISA: uma abordagem institucional. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 8, n. 3, p. 394-408, dez. 2018. Disponível em: <https://www.publicacoescademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4736/pdf>. Acesso em: 2 nov. 2021.

²³ VALLE, Vanice Regina Lírio do; MASSET, Nadja Lírio do Valle M S Hime. Deferência para com as escolhas administrativas precedidas do devido planejamento. In. MARIANO, Cynara Monteiro; ALBUQUERQUE, Felipe Braga; CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de (org.). *Direito Administrativo e tutela jurídica dos direitos fundamentais*. Curitiba: Íthala, 2019. p. 402-425.

²⁴ JORDÃO, Eduardo. Levando a deferência a sério: é preciso evitar que a popularização da ideia de deferência implique a sua trivialização. *Jota*, Publicistas, Brasília, 12 maio 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/levando-a-deferencia-a-serio-12052020>. Acesso em: 8 jul. 2021.

utilizados para induzir um comportamento dotado de maior deferência. É o caso das alterações promovidas na Lindb pela Lei n.º 13.655/2018, inegavelmente voltadas à recondução dos órgãos de controle aos espaços institucionais adequados. Em diversos aspectos, como veremos a seguir, a NLL também busca respaldar as decisões dos agentes públicos em face de entendimentos dos órgãos controladores que não tenham razões consistentes capazes de infirmar a concepção adotada pelo administrador.

Essas considerações sobre a deferência, embora oriundas de diversos contextos, atendem ao propósito de identificar o que seria uma postura de maior respeito por parte dos Tribunais de Contas em sua atividade de controle exercida sobre as licitações e os contratos administrativos. Entende-se que a implementação efetiva de todas as mudanças propiciadas pela NLL dependerá de uma maior tolerância dos órgãos de controle, de modo a não inibir o desenvolvimento de todas as suas potencialidades, mormente na quadra atual, em que as novas tecnologias e a busca pela inovação sugerem inúmeras transformações nas formas de contratação ao alcance do poder público — basta observar as exigências que a Lei n.º 14.129, de 29 de março de 2021, impõe à Administração Pública, para a implementação do Governo Digital.

A Lei das *Startups* — Lei Complementar n.º 182, de 1º de junho de 2021 —, por exemplo, passou a permitir ao poder público buscar o desenvolvimento de soluções tecnológicas inovadoras, voltadas ao enfrentamento de problemas públicos, prevendo, inclusive, regras específicas para licitação e contratação de *startups* (art. 1º, parágrafo único, inc. I a III; 3º, inc. VIII; 12, inc. I; 13 e 14, da LC n.º 182/2021).²⁵

Uma postura de excessivo rigor dos órgãos de controle em face dessas possibilidades inibirá a busca dos agentes públicos por novas soluções tecnológicas, com o receio de virem a sofrer alguma responsabilização. Necessário, portanto, que os órgãos de controle adotem uma postura deferente para viabilizar a implementação dessas mudanças.

A partir da compreensão do sentido da deferência esperada dos órgãos de controle, é possível avaliar se as disposições trazidas pela Lei n.º 14.133/2021 exigem dos Tribunais de Contas outra postura para com os administradores públicos, tal como a Lei n.º 13.655/2018 promoveu, ao alterar a Lindb. Conforme sinalizado inicialmente, a proposta, neste artigo, consiste em avaliar se a NLL acompanha esse redirecionamento, voltado à demarcação dos espaços institucionais dos órgãos de controle, em especial dos Tribunais de Contas, foco da presente pesquisa e temática que enfrentaremos a seguir.

4 A nova Lei de Licitações e a deferência nos Tribunais de Contas: análise das normas voltadas ao aperfeiçoamento do controle externo das licitações e contratos

A nova Lei de Licitações trouxe diversas disposições relacionadas à atuação dos Tribunais de Contas no controle das licitações e contratações administrativas, dedicando um capítulo próprio a essa temática. De plano, o aumento do número de enunciados dedicados a essa temática já indica o claro objetivo de conferir um tratamento mais minucioso, em comparação ao que dispõe a Lei n.º 8.666/1993, ainda em vigor, que restringe o tratamento da temática basicamente ao disposto em seu art. 113. A seguir analisaremos essas novas disposições da NLL, em cotejo com os enunciados da Lindb consentâneos com essas previsões, a fim de avaliar se, de fato, há uma diretriz no sentido de atribuir aos órgãos de controle externo uma atitude mais deferente em relação aos controlados.

²⁵ Essa lei autorizou a Administração Pública a contratar pessoas físicas ou jurídicas, isoladamente ou em consórcio, para o teste de soluções inovadoras por elas desenvolvidas ou a ser desenvolvidas, com ou sem *risco* tecnológico (art. 13, *caput*). Basta ao poder público indicar o problema a ser resolvido e os resultados esperados, incluídos os desafios tecnológicos a serem superados. Houve dispensa à descrição de eventual solução técnica previamente mapeada e suas especificações técnicas, cabendo aos licitantes propor diferentes meios para a resolução do problema (art. 13, § 1º, LC n.º 182/2021).

4.1 As linhas de defesa das licitações e contratações públicas e a reformulação do papel dos controladores

Inicialmente, constata-se que a nova lei incorporou, com algumas diferenciações, a ideia das três linhas de defesa, oriunda das orientações sobre a 8ª Diretriz de Direito Empresarial Europeu (Diretriz 2006/43/EC – art. 41-2b). Esta trata do monitoramento da efetividade do controle interno, da auditoria interna e dos sistemas de gestão de risco²⁶; aprovados pela *Federation of European Risk Management Associations (Ferma)* e pela *European Confederation of Institutes of Internal Auditing (ECIIA)*.²⁷ Esse modelo seria uma forma simples e eficaz, capaz de propiciar uma melhoria na comunicação do gerenciamento de riscos e controle, ao esclarecer as principais atribuições e responsabilidades dos envolvidos por essas atividades em uma organização.²⁸

Na visão do *Institute of Internal Auditors (IIA)*, a primeira linha de defesa deve atuar de forma mais incisiva na entrega de produtos ou serviços aos clientes da organização, enquanto a segunda linha fornece assistência no gerenciamento de riscos. A terceira linha corresponde à auditoria interna, que atua na avaliação e assessoria independentes e objetivas, acerca da adequação e eficácia da governança e do gerenciamento de riscos. Embora possa sugerir o contrário, o *LAA* destaca que a numeração das linhas não corresponde a operações sequenciais, mas tão somente diferencia as respectivas funções, pois todos exercem seus papéis de forma simultânea. Além dessas três linhas de defesa, há a figura dos prestadores externos de avaliação.²⁹

Na versão do modelo de linhas de defesa adotado pela NLL, a mudança mais perceptível refere-se a terceira linha, integrada não apenas pelo órgão responsável pela função de auditoria interna — no caso, o órgão central de controle interno —, mas também pelo Tribunal de Contas, órgão não integrante da “organização” e que, segundo a visão tradicional do modelo, seria mais assemelhado aos “prestadores externos de avaliação”.³⁰ Em termos gerais, a NLL adota o entendimento de que o controle é mais eficaz quando exercido por vários atores, com papéis claramente definidos e de forma coordenada.³¹

²⁶ Traduzido pelo autor. No original: “Monitoring the effectiveness of internal control, internal audit and risk management systems”.

²⁷ FEDERATION OF EUROPEAN RISK MANAGEMENT ASSOCIATIONS (FERMA); EUROPEAN CONFEDERATION OF INSTITUTES OF INTERNAL AUDITING (ECIIA). *Guidance on the 8th EU Company Law Directive*: article 41. Bruxelas: FERMA / ECIIA, 21 set. 2010. Disponível em: <https://www.ii.nl/SiteFiles/ECIIA%20FERMA.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2021.

²⁸ THE INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS (IIA). *Declaração de Posicionamento do IIA: as três linhas de defesa no gerenciamento eficaz de riscos e controles*. Tradução Instituto dos Auditores Internos do Brasil (IAA Brasil). São Paulo: IAA Brasil, jan. 2013. Disponível em: <https://www.controladoria.go.gov.br/images/noticias/As-3-linhas-de-defesa---IIA.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2021. p. 2.

²⁹ THE INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS (IIA). *Modelo das três linhas do LAA 2020: uma atualização das três linhas de defesa*. Tradução Instituto dos Auditores Internos do Brasil (IAA Brasil). São Paulo: IAA Brasil, jun. 2020. Disponível em: <https://iiabrazil.org.br/korbillod/upl/editorHTML/uploadDireto/20200758glob-th-editorHTML-00000013-20072020131817.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2021.

³⁰ Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa: I – primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade; II – segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade; III – terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas.

³¹ “Não basta que diferentes atividades de risco e controle existam — o desafio é determinar funções específicas e coordenar com eficácia e eficiência esses grupos, de forma que não haja ‘lacunas’ em controles, nem duplicações desnecessárias na cobertura. Responsabilidades claras devem ser definidas para que cada grupo de profissionais de riscos e controle entenda os limites de suas responsabilidades e como seus cargos se encaixam na estrutura geral de riscos e controle da organização [...]. Independente de como o modelo de Três Linhas de Defesa é implementado, a alta administração e os órgãos de governança devem comunicar claramente a expectativa de que as informações sejam compartilhadas e as atividades coordenadas entre cada um dos grupos responsáveis por gerenciar os riscos e controles da organização”. THE INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS (IIA). *Declaração de Posicionamento do IIA: as três linhas de defesa no gerenciamento eficaz de riscos e controles*. Tradução Instituto dos Auditores Internos do Brasil (IAA Brasil). São Paulo: IAA Brasil, jan. 2013. Disponível em: <https://www.controladoria.go.gov.br/images/noticias/As-3-linhas-de-defesa---IIA.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2021. p. 1-7.

Em comparação com a Lei n.º 8.666/1993, verifica-se na NLL uma clara modificação da compreensão acerca de quem deve exercer o controle em sede de licitações e contratos administrativos. Na legislação anterior, esse papel recaía, primordialmente, sobre os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno (art. 113 da Lei n.º 8.666/1993), embora também houvesse a menção expressa da imprescindibilidade da atuação da assessoria jurídica para examinar e aprovar previamente as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes (art. 38, parágrafo único).

Além de dedicar um capítulo próprio ao controle das contratações, com diversas disposições que não guardam relação alguma com a normatização anterior, a NLL incorporou a noção de que o controle deve ocorrer de forma compartilhada entre diversos atores, inclusive aqueles que praticam, diretamente, os atos imprescindíveis à consecução das contratações, como os servidores e empregados públicos, agentes de licitação, autoridades e os responsáveis pelo assessoramento jurídico.

Como visto, muito embora a inserção dos TCs na terceira linha de defesa não signifique, por si só, uma redução ou limitação das atribuições dessas Cortes, até porque são de índole constitucional, é inegável a conclusão de que o protagonismo do controle, anteriormente conferido a elas pela Lei n.º 8.666/93, passa a ceder em prol do reforço ao tradicional Princípio da Autotutela.

Em outros termos, a ênfase da atividade de controle das contratações não recai mais, apenas, sobre os órgãos integrantes do sistema de controle interno e do controle externo, como deixava transparecer a lei anterior. O papel do controle exercido diretamente a partir do exercício da função administrativa é valorizado e passa a seguir as mesmas normas gerais destinadas aos demais controladores. Como uma das várias decorrências do Princípio da Supremacia do interesse público sobre o privado, o Princípio da Autotutela é uma característica própria da função administrativa, a quem se reconhece o dever de exercer o controle de seus próprios atos, seja para anular, quando eivados de vício de legalidade, seja para revogá-los, por razões de conveniência e oportunidade.³² Embora a autotutela não seja novidade no âmbito do Direito Administrativo, é inescapável o reconhecimento dessa significativa mudança de concepção no tratamento conferido pelo legislador às licitações e contratos administrativos.

Certamente, essa nova perspectiva sugere uma maior integração entre todas as linhas de defesa, responsáveis pelo controle das contratações. A atuação preventiva, a uniformização dialógica da interpretação da NLL,³³ a consensualidade, a união de esforços, em sinergia e de forma colaborativa, passam a ganhar força em detrimento da visão unilateral, imperativa e de viés punitivista, muitas vezes adotada pelos órgãos de controle externo.

Esse tratamento uniforme para todas as linhas de defesa corrobora a constatação de que a NLL buscou delimitar o papel do controle das contratações de modo a evidenciar que os Tribunais de Contas integram uma rede voltada ao controle dos atos e contratos administrativos, submetendo-se a diretrizes gerais de observância cogente.

Essa conclusão é coerente com as diretrizes que a NLL estabelece, de forma idêntica, para os integrantes das três linhas de defesa. A nova lei atribuiu a *todos* o dever de dar preferência à adoção de medidas de saneamento e de mitigação de riscos contra sua nova ocorrência, em especial pela adoção de controle preventivo e pela capacitação dos agentes públicos, nos casos de simples impropriedade formal (art. 169, § 3º, inc. I). Sem embargo, nas hipóteses de irregularidades que gerem dano ao erário, além das diretrizes anteriores, exige-se a adoção das providências necessárias à apuração das infrações (art. 169, § 3º, inc. II, primeira parte), como não poderia ser diferente.

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 87.

³³ Registra-se o veto ao art. 172 da NLL, que poderia contribuir para a uniformização dos entendimentos e para propiciar maior segurança jurídica aos aplicadores da nova legislação, pois atribuía à interpretação do TCU, por meio de suas súmulas, um caráter quase vinculante. Lamentavelmente, prevaleceu a visão — equivocada, em nosso sentir — de que haveria violação aos princípios da separação dos poderes e do pacto federativo.

Ainda assim, nesses casos mais graves, a NLL impõe a todas as linhas de defesa que observem a segregação de funções e a necessidade de individualização das condutas (art. 169, § 3º, inc. II, segunda parte), como forma de assegurar uma responsabilização adequada e compatível com os princípios do Direito Administrativo Sancionador.³⁴ Na perspectiva da responsabilização do agente público por eventuais falhas, a ideia é preservar um espaço maior para a atuação experimental, reservando a aplicação de penalidades às situações de maior gravidade.

É o que se extrai, também, da exigência do erro grosseiro ou do dolo para a responsabilização (art. 28 da Lindb) e da necessidade de se considerar os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo (art. 22, *caput*, Lindb), assim como as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente (art. 22, § 1º, Lindb).

4.2 A deferência como diretriz decorrente da NLL

Observamos na NLL o cuidado em assegurar que todos os órgãos de controle respeitem o espaço de decisão inerente ao exercício da função administrativa ao estabelecer que, na fiscalização dos atos relacionados ao cumprimento da nova lei, considerem, sempre, as *razões* apresentadas pelos órgãos e entidades, além dos *resultados* obtidos com a contratação, sendo vedado retirá-las dos autos (art. 170, *caput* e § 1º).

O contexto da prática dos atos administrativos, por força da Lindb, condiciona a interpretação das normas sobre gestão pública, ao prever que a necessidade de se considerar os obstáculos e as dificuldades reais do gestor, além das exigências das políticas públicas a seu cargo, nos termos de seu art. 22, *caput*. A NLL, ao destacar a necessidade de se considerar as razões apresentadas pelo gestor e os resultados alcançados, confere maior concretude ao referido dispositivo da Lindb.

Mais adiante, a NLL impõe um dever de não surpresa aos órgãos de controle. Antes da deliberação, devem viabilizar a oportunidade de manifestação aos gestores, nos casos de possíveis impactos significativos nas rotinas de trabalho dos órgãos e entidades fiscalizados, para que possam apresentar subsídios sobre a relação entre custo e benefício das possíveis proposições, a serem avaliados previamente (art. 171, inc. I). Revela-se, neste artigo, novamente, a preocupação do legislador em delinear os limites dos órgãos de controle, assegurando um espaço decisório adequado à Administração Pública.

A decisão do órgão controlador, após os subsídios prestados pelo agente público na forma da NLL, deverá considerar as consequências práticas que eventualmente ensejará, nos termos do art. 20, *caput*, Lindb. De igual modo, essa decisão terá de contemplar, em sua motivação, a demonstração da necessidade e da adequação da medida imposta pelo órgão de controle, ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, em face das alternativas eventualmente apresentadas pelo gestor nesses subsídios, conforme previsto no *caput* e no parágrafo único do art. 20 da Lindb.

Noutro ponto, também é possível inferir que, após a NLL, as decisões relacionadas à fiscalização de controle devem guardar maior deferência em relação às decisões dos agentes públicos no exercício da função administrativa. Isso é o que se extrai da ressalva prevista em seu art. 171, inc. II, ao condicionar a atuação dos órgãos de controle à existência de um procedimento objetivo e imparcial, baseado em relatório tecnicamente fundamentado, fundado exclusivamente em evidências obtidas e organizadas em conformidade com as normas de auditoria do órgão de controle, de modo a impedir a sobreposição de interesses pessoais e interpretações tendenciosas.

³⁴ Como destaca Osório, embora o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador não sigam rigorosamente as mesmas técnicas nem se submetam ao mesmo regime jurídico, compartilham a submissão às cláusulas do devido processo legal e do Estado de Direito, na perspectiva dos núcleos estruturantes dos direitos fundamentais dos acusados em geral. Para o autor, há conteúdos mínimos obrigatórios comuns ao Direito Penal e ao Direito Administrativo Punitivo, que vinculam garantias constitucionais básicas dos acusados em geral (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 137).

Em outros termos, o controle de viés subjetivista, sem fundamentação tecnicamente consistente, não pode afastar decisões tomadas por quem tem a legitimação primaz para decidir. A deferência para com as escolhas administrativas somente pode ceder diante de situações irregulares objetivamente demonstradas pelos órgãos de controle. Ausentes os elementos que confirmam certeza quanto à decisão mais adequada, deve prevalecer, em princípio, a decisão administrativa. Esse entendimento, também, alcança a possibilidade de o controlador atuar como “administrador negativo”, sindicando a prática de atos *manifestamente* contrários à juridicidade,³⁵ em procedimento que siga, igualmente, as referidas exigências de embasamento técnico e objetivo, e outras limitações que veremos a seguir, em especial quanto às consequências de decisão que venha a impedir a prática de ato ou a continuidade de processo administrativo.

4.3 O reconhecimento do poder geral de cautela e seus novos limites

Seguindo essa trilha de maior respeito ao espaço reservado pelo ordenamento jurídico às decisões administrativas, a NLL inovou ao estabelecer limites ao poder geral de cautela dos Tribunais de Contas. Embora haja alguma controvérsia na doutrina quanto à possibilidade e aos limites desse poder, o Supremo já reconheceu em diversas situações a possibilidade de os TCs emitirem provimentos cautelares. Nesse aspecto, a nova lei, ao delimitar os contornos dessa atribuição, reconhece a possibilidade do seu exercício, que, em nosso sentir, em nada destoa do rol de competências constitucionais atribuídas às Cortes de Contas, mas, apenas, viabiliza e assegura o resultado útil dos processos de contas.³⁶

A primeira limitação trazida pela NLL corresponde ao aspecto temporal dos processos dos quais decorram provimentos de natureza cautelar. Seguindo a trilha de diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal, que cada vez mais vem estipulando prazos para a atuação dos Tribunais de Contas,³⁷ a NLL previu o prazo de 25 dias úteis, prorrogável uma única vez, para a manifestação de mérito, nos casos em que tais Cortes suspenderem, cautelarmente, processo licitatório (art. 171, § 1º).³⁸ É mudança coerente com os prin-

³⁵ “*Mutatis mutandis*, o controlador, em sentido lato, assume o autêntico papel de ‘administrador negativo’, em analogia com a figura do ‘legislador negativo’. Logo, se é verdade que o controle, salvo situações excepcionalíssimas, não pode adentrar a zona de atribuições do administrador, tem o dever de sinalizar como não devem ser utilizadas as competências administrativas” (FREITAS, Juarez. *Discretionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 45).

³⁶ Acerca da temática, manifestando reservas quanto à possibilidade de os TCs emitirem provimentos e natureza acautelatória, cf. ROSILHO, A. J. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 252; PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. O papel dos Tribunais de Contas no controle dos contratos administrativos. *Interesse Público IP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 82, nov./dez. 2013; e SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de Controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações Públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 203-210. Em sentido oposto, numa visão mais favorável a essa atuação, cf. FURTADO, José de Ribamar Caldas. Controle de legalidade e medida cautelares dos Tribunais de Contas. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, Brasília, v. 33, p. 31-37, jan./dez. 2007. p. 34; FURTADO, José de Ribamar Caldas. *Direito Financeiro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 593-597; IOCKEN, Sabrina Nunes. *Políticas Públicas: o controle do Tribunal de Contas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. p. 61-63; CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. *Controle de Sustentabilidade pelos Tribunais de Contas*. 2016. 321f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. p. 238-240; MAIA, Renata C. Vieira. As tutelas provisórias de urgência no CPC/2015 e sua repercussão no âmbito dos Tribunais de Contas. In: MAIA, Renata C. Vieira; FERREIRA, Diogo Ribeiro (coord.). *Processo Civil aplicado aos Tribunais de Contas: novas tendências a partir do CPC de 2015*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 67-84; ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 274; e RODRIGUES, Ricardo Schneider. *Os Tribunais de Contas e o mínimo existencial em educação: fundamentos para uma atuação forte*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 357-363.

³⁷ No Recurso Extraordinário (RE) nº 636.553, o Supremo mudou sua jurisprudência e passou a entender que, “em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, os Tribunais de Contas estão sujeitos ao prazo de cinco anos para o julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, a contar da chegada do processo à respectiva Corte de Contas”. No RE nº 636.886, a Corte também alterou sua jurisprudência e assentou que “é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”. Em relação à pretensão punitiva, as duas turmas do STF já se manifestaram favoravelmente à aplicação do prazo previsto na Lei nº 9.873, de 1999, aos TCs, nos termos dos Acórdãos no Ag. Reg. em Mandado de Segurança (MS) nº 35.512/DF e no MS nº 32.201/DF, e da Decisão monocrática em Medida Cautelar no MS nº 36.523/DF.

³⁸ Para Oliveira e Halpern, o referido dispositivo deve receber interpretação conforme a Constituição para restringir a sua aplicação ao momento posterior à publicação do edital de licitação, sendo vedada a intromissão das Cortes de Contas por ocasião da fase

cípios da segurança jurídica, da celeridade, da eficiência, do planejamento e da razoabilidade, previstos no art. 5º da NLL e de inegável índole constitucional.

A segunda limitação corresponde ao estabelecimento de um ônus argumentativo em relação aos TCs, que devem definir, de forma objetiva, em seus provimentos de natureza acautelatória, as causas que justificaram a suspensão e o modo como será garantido o atendimento do interesse público obstado pela suspensão da licitação, no caso de objetos essenciais ou de contratação por emergência (art. 171, § 1º, inc. I e II). Em síntese, impedida a Administração Pública de atuar, por força de uma decisão cautelar, cumpre ao próprio TC indicar como se deve proceder para não deixar ao desamparo o interesse que seria concretizado pela licitação obstada, em casos de maior urgência. Observa-se, a respeito dessa nova regra, a especificação do comando já estabelecido no art. 21, *caput*, da Lindb, que impõe a quem decide, pela decretação da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, o dever de indicar expressamente as consequências jurídicas e administrativas de sua decisão.

Em seguida, no § 3º do art. 171, a NLL prevê que a decisão de mérito, em processo em que houve a suspensão cautelar do processo licitatório, deve, se possível, definir as medidas necessárias e adequadas, em face das alternativas possíveis, para o seu saneamento. Apenas se inviável a regularização, deverá ser determinada a anulação. É norma consentânea com o já mencionado parágrafo único do art. 20 da Lindb, que também impõe o dever de considerar as possíveis alternativas antes de se reconhecer a invalidade, e também com o parágrafo único do art. 21 da mesma Lei, ao prever que a decisão de invalidação indique, quando cabível, as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime, sem prejuízo aos interesses gerais.

4.4 A sistemática de invalidades em sede de licitações e contratos

Evidente, portanto, que a NLL segue a trilha das diversas mudanças operadas na Lindb, após a Lei n.º 13.655/18. Isso, também, ocorre em relação à sistemática de invalidação adotada pela nova legislação, aderente à ideia de que a nulidade só deve ser reconhecida em *ultima ratio*. A partir da nova lei, essa medida será cabível, apenas, quando não for possível o saneamento e se for a providência que melhor atenda ao interesse público. Para tanto, devem ser observados diversos aspectos, como os impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na execução do objeto do contrato, os riscos sociais ambientais e à segurança da população, o fechamento de postos de trabalho, o curso para realizar nova licitação etc. (art. 147, *caput* e incisos I a XI).

De forma semelhante, como mencionado, a Lindb dispõe que a decisão que decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas. Ademais, quando for o caso, é necessário indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime, sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos (art. 21, *caput* e parágrafo único).

O Decreto n.º 9.830, de 10 de junho de 2019, que regulamenta a Lindb, reforça esse sentido ao estabelecer que a motivação da decisão que decreta a invalidação de atos, contratos, ajustes, processos ou normas

preparatória do certame. Defendem que a opção constitucional recaiu sobre a realização do controle *a posteriori* das finanças públicas pelos TCs, sendo admissível o preventivo, apenas, em casos excepcionais expressamente indicados na Constituição. Seria vedada a ampliação desse limite, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes. Destacam-se, nesse sentido, as razões ao veto do inc. XII do § 1º do art. 32 da NLL, que estabelecia uma espécie de controle prévio das Cortes de Contas no diálogo competitivo (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. O controle dos Tribunais de Contas e o art. 171 da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações). *Zênite Fácil*, Doutrina, 25 mai. 2021. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: 8 jul. 2021).

administrativas deverá demonstrar a necessidade e a adequação da medida imposta, consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de proporcionalidade e de razoabilidade.³⁹

4.5 A nova sistemática do controle da ordem cronológica de pagamentos

Outra situação representativa do maior apreço da NLL pela deferência em relação às decisões dos agentes públicos, limitando o espaço do controle exercido pelos TCs, consiste na nova disciplina relacionada ao descumprimento da ordem cronológica dos pagamentos efetuados pela Administração Pública.

A lei anterior estabelecia, em caráter geral, que cada unidade da Administração, no pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, deveria obedecer, para cada fonte diferenciada de recursos, à estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades. A ressalva legal permitia afastar essa regra “quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada” (art. 5º, *caput*, Lei nº 8.666/93).

Pela abertura da norma de exceção, cabia a cada órgão de controle avaliar se estavam ou não presentes as referidas razões relevantes de interesse público, fato que decerto gerava certa insegurança jurídica e abria caminho para eventuais excessos.⁴⁰ Caso as justificativas do agente público não fossem acolhidas, além das sanções aplicáveis pelas próprias Cortes de Contas, era possível representar ao Ministério Público competente, nos termos do art. 71, inc. XI, da Constituição, para fins de propositura de ação penal, pois estava tipificado como crime “pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade” (art. 92, *caput*, parte final, Lei n.º 8.666/93).

A NLL manteve a previsão de tal fato como crime, ao inserir, no Código Penal, o art. 337-H, majorando, consideravelmente, a pena prevista.⁴¹ Todavia, o novo regramento passou a prever de forma expressa diversas situações excludentes da ilicitude da conduta de preterir a ordem cronológica de pagamentos. Da genérica previsão de “relevantes razões de interesse público”, passou a delimitar diversas situações específicas, conferindo, a um só tempo, maior segurança jurídica aos agentes públicos e reduzindo a margem de discricionariedade dos órgãos de controle quanto ao reconhecimento ou não da conduta ilícita.⁴²

³⁹ Neste sentido, cf. o Enunciado 7 do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo: “na expressão ‘regularização’ constante do art. 21 da Lindb estão incluídos os deveres de convalidar, converter ou modular efeitos de atos administrativos civados de vícios sempre que a invalidação puder causar maiores prejuízos ao interesse público do que a manutenção dos efeitos dos atos (saneamento). As medidas de convalidação, conversão, modulação de efeitos e saneamento são prioritárias à invalidação”. INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO (IBDA). *Seminário promovido pelo IBDA aprova enunciados sobre a LINDB*. Tiradentes, 14 jun. 2019. Disponível em: <https://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb>. Acesso em: 27 maio 2021.

⁴⁰ A Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (Atricon) aprovou a Resolução nº 08/2014, com diretrizes relacionadas ao controle do cumprimento do art. 5º da Lei 8.666/93, que trata da ordem nos pagamentos públicos. Recomenda aos TCs do Brasil, entre várias medidas, que promovam ações ou regulamentem, no mínimo, “as situações que poderão vir a constituir, ainda que não de forma taxativa, relevantes razões de interesse público, a permitir excepcionar a regra da ordem cronológica, a propósito do que estabelece a parte final do artigo 5º, *caput*, da Lei nº 8.666/93”. Cf. ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL (Atricon). *Resolução nº 08/2014*: aprovas as diretrizes de controle externo Atricon 3206/2014 relacionadas à temática “Os Tribunais de Contas do Brasil e o controle do cumprimento do art. 5º da Lei 8.666/93”. Fortaleza: Atricon, 6 ago. 2014. Disponível em: <https://www.atricon.org.br/normas/resolucao-atricon-no-082014-ordem-dos-pagamentos-publicos/>. Acesso em: 2 jul. 2021.

⁴¹ Anteriormente, a pena prevista era de detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Com a NLL, passou a ser de reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

⁴² Estas são as situações previstas no art. 141, § 1º, da NLL: I – grave perturbação da ordem, situação de emergência ou calamidade pública; II – pagamento a microempresa, empresa de pequeno porte, agricultor familiar, produtor rural pessoa física, microempreendedor individual e sociedade cooperativa, desde que demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto do contrato; III – pagamento de serviços necessários ao funcionamento dos sistemas estruturantes, desde que demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto do contrato; IV – pagamento de direitos oriundos de contratos em caso de falência, recuperação judicial ou dissolução da empresa contratada; V – pagamento de contrato, cujo objeto seja imprescindível para assegurar a integridade do patrimônio público ou para manter o funcionamento das atividades finalísticas do órgão ou entidade, quando demonstrado o risco de descontinuidade da prestação de serviço público de relevância ou o cumprimento da missão institucional.

Apesar de a nova regra impor a *prévia* justificativa do descumprimento da referida ordem, permite a *posterior* comunicação ao órgão de controle interno da Administração e ao Tribunal de Contas competente (art. 141, § 1º, NLL). É mais um indicativo da busca por uma maior deferência em relação ao exercício da atividade administrativa e uma maior delimitação do espaço de atuação dos órgãos de controle.

5 Considerações finais

As críticas direcionadas aos alegados excessos cometidos pelos Tribunais de Contas ensejaram uma mudança de perspectiva da doutrina e do legislador no sentido de não mais buscar o recrudescimento das normas voltadas ao controle. Abriu-se espaço para o desenvolvimento de ideias e instrumentos voltados ao estabelecimento de limites aos controladores, propiciando uma maior segurança jurídica e delimitando melhor a possibilidade de responsabilização dos agentes públicos.

A autocontenção e a deferência como mecanismos para a restrição desses excessos passam a ser incentivadas, com significativas mudanças em nosso ordenamento, como observado por ocasião da Lei n.º 13.655/2018, que modificou a Lindb, em busca de maior segurança jurídica e racionalidade na aplicação das normas de Direito Público. O legislador pátrio, ao editar a NLL, incorporou esse ideal para encorajar um comportamento mais respeitoso dos órgãos de controle externo em relação aos agentes públicos responsáveis por aplicar a Lei n.º 14.133/2021.

São diversos dispositivos indicativos dessa nova perspectiva. O art. 169 incorpora a visão das três linhas de defesa, mitigando, de certa forma, o destaque conferido aos controles externo e interno, para reforçar a relevância do tradicional princípio da autotutela. A par disso, no § 3º do referido artigo, foram traçadas diretrizes relevantes e comuns a serem seguidas por todos os integrantes dessas linhas, uniformizando a atuação do controle, no sentido de priorizar medidas de saneamento, mitigação e controle de riscos, e capacitação dos agentes públicos, impondo a necessidade de apuração de infrações apenas nos casos em que houver dano ao erário. Ainda assim, sendo caso de irregularidade de maior gravidade, a NLL exige dos controladores a observância da segregação de funções e de individualização de condutas, para evitar excessos na responsabilização de agentes públicos, que possam gerar um temor prejudicial à aplicação das novidades incorporadas ao ordenamento pela nova legislação.

O respeito ao espaço de decisão do administrador público é uma clara preocupação da nova lei ao impor que suas razões e os resultados alcançados pela contratação sejam sempre, ao menos, considerados pelo controlador (art. 170, *caput*, § 1º). O dever de não surpresa é uma das grandes novidades, a impedir que decisões com impactos significativos sobre a Administração Pública sejam adotadas sem facultar antes ao gestor a apresentação de subsídios com considerações sobre a relação entre custo e benefício da medida a ser imposta (art. 171, inc. I).

Outra importante regra condiciona o exercício do controle à existência de procedimentos objetivos e imparciais, relatórios tecnicamente fundamentados, baseados em evidências e organizados conforme normas de auditoria (art. 171, inc. II). Aplicadas em conjunto com as disposições da Lindb, tais normas corroboram a constatação de que não há mais espaço para uma intervenção voluntariosa e não dialógica dos órgãos controladores sobre os controlados.

Uma das mudanças de maior repercussão recaiu sobre o poder geral de cautela dos TCs, tema controverso, mas enfrentado pela nova lei, que a um só tempo o reconhece como atribuição ao alcance das Cortes de Contas, para estabelecer limites e condicionantes importantes, relativos ao aspecto temporal dos respectivos processos e aos ônus argumentativos, que deverão ser enfrentados pelos controladores (art. 171, § 1º), além de requerer que a decisão de mérito indique, quando possível, medidas voltadas ao saneamento de eventuais vícios, em vez da anulação do certame (art. 171, 3º).

A sistemática de invalidades adotada pela NLL é outro aspecto que sugere uma mudança de postura por parte dos órgãos de controle, seguindo a trilha iniciada pela Lindb, que igualmente propõe o reconhecimento de nulidades apenas em *ultima ratio*, quando não for possível o saneamento ou a regularização de eventuais impropriedades. A NLL impõe a observância de vários critérios relevantes e indispensáveis à caracterização da presença de interesse público hábil a justificar ou não a declaração de invalidade (art. 147, *caput* e incisos I a XI).

Mais um indicativo dessas mudanças foi constatado igualmente na nova sistemática de controle sobre a ordem cronológica de pagamentos pela Administração Pública, ao delimitar expressamente as hipóteses em que tal conduta deixa de ser considerada ilícita, aspecto que anteriormente ficava a critério quase que exclusivo dos órgãos de controle (art. 141, § 1º).

A partir da avaliação das mudanças trazidas pela NLL, relacionadas ao controle externo exercido pelas Cortes de Contas, confirmou-se o seu nítido propósito de melhor delimitar os espaços de atuação da função administrativa e do órgão fiscalizador. A lei propicia uma maior deferência desses Tribunais em relação às decisões dos administradores públicos, potencializada quando se conjugam suas novas disposições com aquelas já estabelecidas na Lindb. Devidamente aplicada, a Lei n.º 14.133/2021 tende a preservar o espaço decisório das autoridades legitimadas, a reduzir o receio de sofrer uma indevida responsabilização e a propiciar a construção de um ambiente mais favorável à implementação das inovações trazidas pela nova legislação.

Referências

ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL (Atricon). *Resolução nº 08/2014*: aprovas as diretrizes de controle externo Atricon 3206/2014 relacionadas à temática “Os Tribunais de Contas do Brasil e o controle do cumprimento do art. 5º da Lei 8.666/93”. Fortaleza: Atricon, 6 ago. 2014. Disponível em: <https://www.atricon.org.br/normas/resolucao-atricon-no-082014-ordem-dos-pagamentos-publicos/>. Acesso em: 2 jul. 2021.

BARBOSA, Rui. Exposição de motivos de Rui Barbosa sobre a criação do TCU. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 30, n. 82, p. 253-262, out./dez. 1999.

BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*: relatório do Ministro da Fazenda. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1949, 1891.

BARBOSA, Ruy. *Commentarios à Constituição Federal Brasileira*: art. 72 (Conclusão) a 91 (Disposições Geraes) e Disposições Transitorias. São Paulo: Saraiva & Cia, 1934.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Atualidades Jurídicas*, n. 4, jan./fev. 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 9. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Acórdão na Medida Cautelar na Ação Direta por Inconstitucionalidade nº 6421*. 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. Relator: Min. Luis Roberto Barroso, 21 de maio de 2020. Brasília: DJe, 12 nov. 2020. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%206421%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sortrt=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 8 ago. 2021.

CABRAL, Flávio Garcia. O ativismo de contas do Tribunal de Contas da União (TCU). *Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance*, São Paulo, ano 5, n. 16, p. 215-257, jan./mar. 2021. Disponível em: <http://revistadotribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql&marg=DTR-2021-3142>. Acesso em: 7 jul. 2021.

CASTRO, José Ricardo Parreira de. *Ativismo de Contas: controle das políticas públicas pelos Tribunais de Contas*. Rio de Janeiro: Jam Jurídica, 2015.

CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. *Controle de Sustentabilidade pelos Tribunais de Contas*. 2016. 321f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.

CUNDA, Daniela Zago Gonçalves. Controle de políticas públicas pelos tribunais de contas: tutela da efetividade dos direitos e deveres fundamentais. *Rev. Bras. de Políticas Públicas*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 111-147, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/1270>. Acesso em: 2 nov. 2021.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Reformas essenciais ao aperfeiçoamento das instituições políticas brasileiras. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial, p. 87-109, dez. 2013.

FEDERATION OF EUROPEAN RISK MANAGEMENT ASSOCIATIONS (FERMA); EUROPEAN CONFEDERATION OF INSTITUTES OF INTERNAL AUDITING (ECIIA). *Guidance on the 8th EU Company Law Directive: article 41*. Bruxelas: FERMA / ECIIA, 21 set. 2010. Disponível em: <https://www.iaa.nl/SiteFiles/ECIIA%20FERMA.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2021.

FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FURTADO, José de Ribamar Caldas. Controle de legalidade e medida cautelares dos Tribunais de Contas. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, Brasília, v. 33, p. 31-37, jan./dez. 2007.

FURTADO, José de Ribamar Caldas. *Direito Financeiro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

GIAMUNDO NETO, Giuseppe. *As garantias do processo no Tribunal de Contas da União*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

GROSTEIN, Julio. *Ativismo Judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Almedina, 2019.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos Tribunais de Contas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO (IBDA). *Seminário promovido pelo IBDA aprova enunciados sobre a LINDB*. Tiradentes, 14 jun. 2019. Disponível em: <https://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb>. Acesso em: 27 maio 2021.

IOCKEN, Sabrina Nunes. *Políticas Públicas: o controle do Tribunal de Contas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

JORDÃO, Eduardo. Levando a deferência a sério: é preciso evitar que a popularização da ideia de deferência implique a sua trivialização. *Jota*, Publicistas, Brasília, 12 maio 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/levando-a-deferencia-a-serio-12052020>. Acesso em: 8 jul. 2021.

LAZARI, Igor De; DIAS, Sergio; BOLONHA, Carlos. Medicamentos sem registros na ANVISA: uma abordagem institucional. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 8, n. 3, p. 394-408, dez. 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4736/pdf>. Acesso em: 2 nov. 2021.

LÉGER, Gabriel Guy; PEREIRA, Aila Tamina Martins. O Ativismo de Contas em prol do sistema de controle interno: uma projeção concretizadora da eficiência dos órgãos municipais como essenciais à boa governança. *Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 9, p. 80-99, nov. 2018 / maio 2019. Disponível em: <https://revista.mpc.pr.gov.br/index.php/RMPCPR/article/view/35>. Acesso em: 7 jul. 2021.

MAIA, Renata C. Vieira. As tutelas provisórias de urgência no CPC/2015 e sua repercussão no âmbito dos Tribunais de Contas. In: MAIA, Renata C. Vieira; FERREIRA, Diogo Ribeiro (coord.). *Processo Civil aplicado aos Tribunais de Contas: novas tendências a partir do CPC de 2015*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses da Administração Pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani (coord.). *Controle da Administração Pública*. Fórum: Belo Horizonte, 2016. p. 21-38.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, t. III.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos: um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 223, p. 1-24, jan./mar. 2001.

MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. *Lindb no Direito Público: 13.655/2018*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NÓBREGA, Marcos. *Os Tribunais de Contas e o Controle dos Programas Sociais*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles L. de. *A nova lei de licitações, credenciamento e e-marketplace: o turning point da inovação nas compras públicas*. Ronny Charles, Dica do Ronny. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/wp-content/uploads/2021/01/A-nova-lei-de-licitacoes-credenciamento-e-e-marketplace-o-turning-point-da-inovacao-nas-compras-publicas.pdf>. Acesso em: 27 maio 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. O controle dos Tribunais de Contas e o art. 171 da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações). *Zênite Fácil*, Doutrina, 25 maio 2021. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: 8 jul. 2021.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. O papel dos Tribunais de Contas no controle dos contratos administrativos. *Interesse Público IP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 82, nov./dez. 2013.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RODRIGUES, Ricardo Schneider. *Os Tribunais de Contas e o mínimo existencial em educação: fundamentos para uma atuação forte*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

RODRIGUES, Ricardo Schneider. Tribunais de Contas no Brasil e em Portugal: regime jurídico e o controle de políticas públicas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira – RJLB*, ano 4, n. 6, p. 651-688, 2018.

ROSILHO, A. J. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito Administrativo do Medo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

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

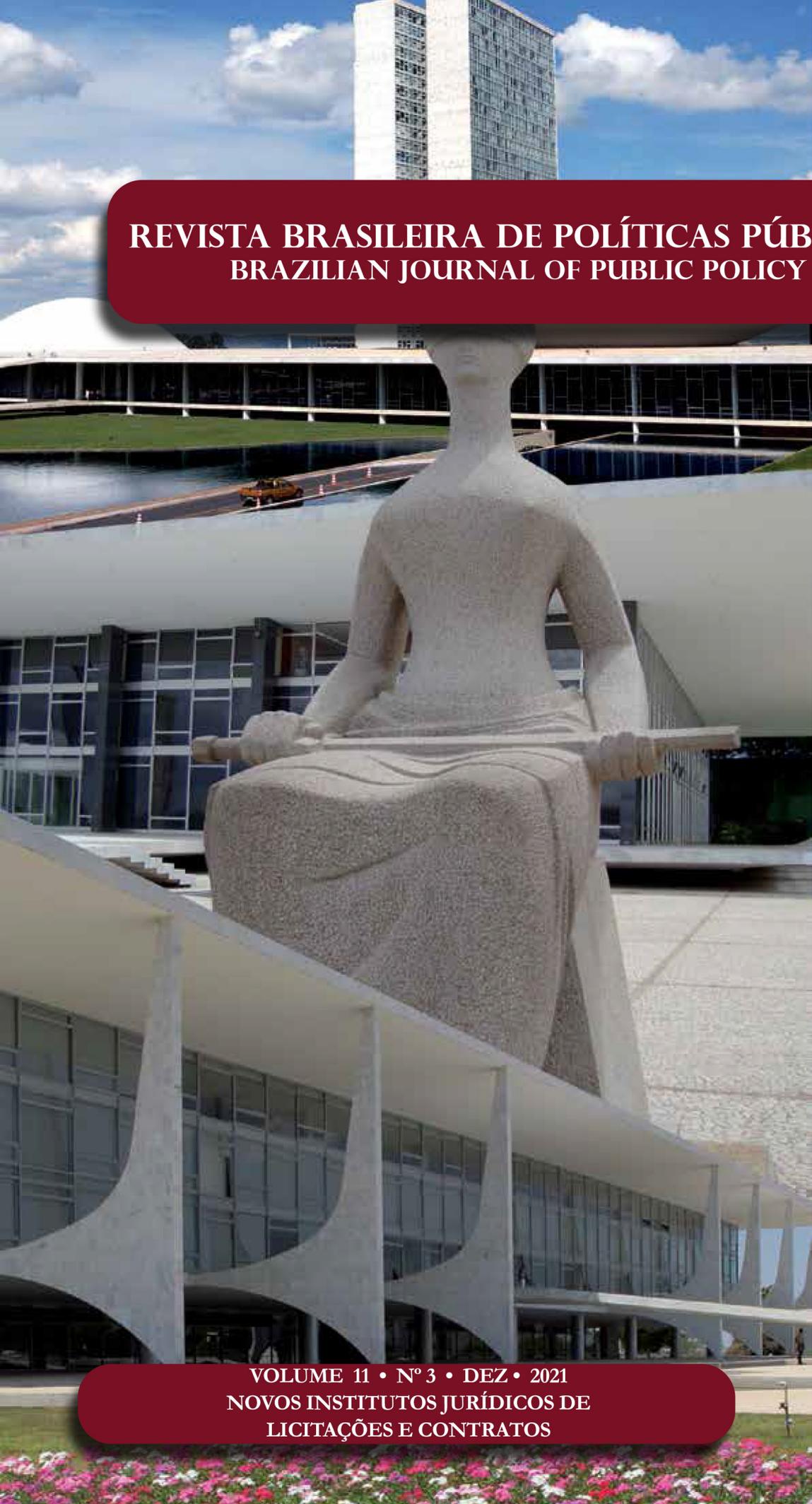
SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de Controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações Públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

THE INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS (IIA). *Declaração de Posicionamento do IIA: as três linhas de defesa no gerenciamento eficaz de riscos e controles*. Tradução Instituto dos Auditores Internos do Brasil (IAA Brasil). São Paulo: IAA Brasil, jan. 2013. Disponível em: <https://www.controladoria.go.gov.br/imagens/noticias/As-3-linhas-de-defesa---IIA.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2021.

VALLE, Vanice Regina Lírio do; MASSET, Nadja Lírio do Valle M S Hime. Deferência para com as escolhas administrativas precedidas do devido planejamento. In: MARIANO, Cynara Monteiro; ALBUQUERQUE, Felipe Braga; CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de (org.). *Direito Administrativo e tutela jurídica dos direitos fundamentais*. Curitiba: Íthala, 2019. p. 402-425.

VERMEULE, Adrian. Decisões racionalmente arbitrárias no Direito Administrativo. *Revista Estudos Institucionais*, v. 3, n. 1, jul. 2017. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/152>. Acesso em: 8 jul. 2021.

ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**O controle das contratações
públicas e a nova lei de
licitações: o que há de novo?**

**The control of public
procurement in the new bidding
law: what is new?**

Leandro Sarai

Flávio Garcia Cabral

Cristiane Rodrigues Iwakura

**VOLUME 11 • Nº 3 • DEZ • 2021
NOVOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE
LICITAÇÕES E CONTRATOS**

* Recebido em 29/08/2021
Aprovado em 14/01/2022

** Doutor e Mestre em Direito Político e Econômico e Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Graduado em Direito pela Universidade São Judas Tadeu. Professor credenciado da Escola da AGU. Professor convidado do Curso de Extensão da PUC/SP e do curso de Pós-Graduação Lato Sensu da UniAnhietá. Procurador do Banco Central. Membro da Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos da AGU.
E-mail: leandro.sarai@yahoo.com.br

*** Pós-doutorado pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR (2019). Doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP (2017). Mestre em Derecho de Daños pela Universitat de Girona - UDG, Espanha (2014). Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC/RIO (2011). Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP (2013). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS (2009). Coordenador acadêmico e Professor do curso de Pós-graduação em Direito Público pela Escola de Direito do Ministério Público de Mato Grosso do Sul (EDAMP). Professor de Direito Constitucional e Administrativo da UNIGRAN-Capital, INSTED e ESMAGIS. Coordenador do Departamento de Direito Administrativo e Constitucional aplicado da Escola Judiciária do TRE/MS. Procurador da Fazenda Nacional, atualmente exercendo a função junto à Divisão de Consultoria Administrativa (DICAD) da Procuradoria Regional da Fazenda Nacional da 3ª Região.
E-mail: flaviocabral_@hotmail.com

**** Doutora e Mestre em Direito Processual pela UERJ. Pós-Graduada em Direito Público pela UnB e em Regulação de Mercado de Capitais pelo Ibmecc. Coordenadora do Mestrado Profissional em Processo, Novas tecnologias e Regulação, da Pós-Graduação em Advocacia Pública com concentração em Improbidade Administrativa, Combate à Corrupção e Compliance, e Instrutora de Direito Processual Civil, da Escola da Advocacia Geral da União. Professora convidada dos cursos de Pós-Graduação e L.L.M. da FGV Direito Rio, da PUC Rio e do IAJUF, em Direito da Regulação e Mercado de Capitais. Professora convidada de Processo Civil no CEPED UERJ, IAJUF, e na ESA OAB/SP e na ESA OAB/PE. Procuradora Federal desde 2006, lotada na Procuradoria Especializada junto ao INSS de 2006 a 2014, na Comissão Mobiliários desde 2014, em exercício na Escola da Advocacia-Geral da União desde junho de 2019.
E-mail: cristiane.iwakura@agu.gov.br

O controle das contratações públicas e a nova lei de licitações: o que há de novo?*

The control of public procurement in the new bidding law: what is new?

Leandro Sarai**

Flávio Garcia Cabral***

Cristiane Rodrigues Iwakura****

Resumo

Analisam-se, criticamente, neste artigo, com base em uma metodologia hipotético-dedutiva e na literatura especializada, os dispositivos da nova Lei de Licitações (Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021) que versam sobre o controle das contratações públicas com o objetivo de apurar se haveria e quais seriam as inovações da Lei quanto a esse tema. Considerou-se como hipótese o fato de a nova Lei ter inovado no tema do controle das contratações públicas. A pesquisa revelou que, apesar de a nova Lei não ter trazido grandes inovações, em relação ao controle da Administração, visto que grande parte dos seus dispositivos já era aplicada com base em atos normativos infralegais, ou fruto da interpretação do Tribunal de Contas da União, houve pontos positivos e que se mostraram inovadores: I) a concepção do controle que vai além da mera e estrita legalidade; II) a atividade de controle não se preocupa somente com o caráter punitivo e de detecção de falhas, atentando-se, igualmente, com o aprimoramento das práticas administrativas e com o papel pedagógico a ser exercido pelos órgãos de controle; III) há um papel simbólico na inserção de previsões, antes infralegais, em uma lei em sentido formal; e IV) busca-se, sem perder de vistas as peculiaridades de cada caso, uma uniformização da atividade de controle, em todos os entes da federação. Trata-se de artigo original e relevante, considerando-se que a Lei foi recentemente promulgada e é necessário esclarecer os impactos esperados pelo legislador, até para superar entendimentos baseados na legislação anterior.

Palavras-chave: Controle; Legalidade; Programas de integridade; *Compliance*; Contratações Públicas.

Abstract

The article, based on a hypothetical-deductive methodology and based on specialized literature, critically analyzes the provisions of the new Bidding Law (Law No. 14,133, of April 1, 2021) that deal with the control of public procurement, with the objective of determining whether there would be and what new innovations would be on this subject. The hypothesis of the research was that the new Law would have innovated in the theme of the

control of public procurement. The research revealed that, although the new Law did not bring major innovations with regard to the control of the Administration, since much of its devices were already applied based on infralegal normative acts, or the result of the interpretation of the Court of Auditors of the Union, there were positive points and that proved innovative: i) the conception of control that goes beyond mere and strict legality; ii) the control activity is not only concerned with the punitive character and detection of failures, but it is also concerned with the improvement of administrative practices and with the pedagogical role to be exercised by the control bodies; iii) there is a symbolic role in the insertion of previously infra-legal provisions in a law in the formal sense; iv) without losing sight of the peculiarities of each case, the aim is to standardize the control activity in all entities of the federation. It is an original and relevant article, considering that the Law was recently enacted, and it is necessary to clarify the impacts expected by the legislator, even to overcome understandings based on previous legislation.

Keywords: Control; Legality; Integrity programs; *Compliance*; *Public Procurement*.

1 Introdução

O advento da nova Lei de Licitações, Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021, suscita a necessidade de adaptação dos entendimentos vigentes a esse diploma. Não seria admissível que ocorresse o contrário, isto é, que a nova Lei tivesse de se adaptar aos entendimentos anteriores ou sua interpretação fosse feita com olhos no passado. Não houvesse necessidade de mudança, não haveria razão para um novo diploma legislativo¹.

Dessa Lei, será destacado, para análise, o Capítulo III de seu Título IV, relativo ao controle das contratações. O problema suscitado para a pesquisa refere-se à busca para compreender o fato de haver, na nova lei, Capítulo exclusivo dedicado ao controle quando, ao menos a respeito da Administração Federal, esse instrumento já é determinado como princípio fundamental, embora não exclusivo para contratações, no Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967. Mesmo para Estados, Distrito Federal e Municípios, a Constituição também prevê o controle, tanto interno quanto externo, estrutura que, pelo Princípio da Simetria, acaba espelhada para essas pessoas políticas².

A atividade de controle da Administração, em especial na seara das contratações públicas, é questão que permanece presente, a justificar a necessidade de constante estudo e atualização. Em que pese haver ainda hoje uma deficiência quanto a esse controle, importantes mecanismos, instituições e instrumentos hábeis a trazer uma efetiva (ou, ao menos, uma melhor) *accountability* de modelo horizontal têm sido estruturados³.

O fato de o advento da Lei n.º 14.133, de 2021, ser recente explica a ausência de artigos científicos sobre o tema do controle das contratações tendo por objeto esse novo diploma. Aliás, a busca de artigos científicos em publicações anteriores da Revista Brasileira de Políticas Públicas (RBPP) revelou que, mesmo o tema do controle das contratações públicas, sem relação com a nova Lei, também não foi objeto de pesquisa. Na

¹ Segundo Rafael Sérgio Lima de Oliveira, “o intuito da nova legislação é, precipuamente, a modernização das leis brasileiras relativas à formação, formalização e execução dos contratos públicos. Para tanto, socorreu-se o parlamento brasileiro de experiências vividas em todo o mundo, incluindo aí o Direito Europeu” (OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima. O diálogo competitivo brasileiro. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 20, n. 232, p. 67, abr. 2021).

² Cf, por exemplo: arts. 31, 70 e 71 da Constituição Federal.

³ RACHED, Danielle Hanna. Accountability e desenho institucional: um “ponto cego” no direito público brasileiro. *RBPP*, v. 11, n. 1, p. 190-209, abr. 2021. CABRAL, Flávio Garcia; PIO, Nuno Roberto Coelho. Controle social como mecanismo de efetivação da eficiência administrativa. *Revista de Direito Público*, Porto Alegre, v. 14, n. 77, p. 214-239, set./out. 2017. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2681>. Acesso em: 29 ago. 2021.

RBPP o tema do controle foi estudado com ênfase nas políticas públicas e nas instituições responsáveis pelo controle, como o Judiciário⁴ e o Tribunal de Contas da União (TCU)⁵.

Dessa forma, seja pela novidade da Lei, seja pela ausência de pesquisas sobre o tema, seja pela importância do tema do controle das contratações públicas, justifica-se a presente pesquisa.

A metodologia empregada para essa pesquisa é a hipotético-dedutiva⁶ e a hipótese colocada é a de que haveria inovações na nova Lei a justificar a estruturação de um Capítulo próprio dentro de seu texto específico para regular o assunto.

Diante do exposto, neste artigo, tem-se por objetivo descrever, de maneira crítica, os dispositivos da nova Lei de Licitações que versam sobre o controle das contratações públicas, para apurar se haveria e quais seriam as inovações dessa Lei.

Para essa empreitada, o artigo será dividido da seguinte forma: as cinco seções iniciais abordarão a análise dos dispositivos constantes no Capítulo III da nova Lei de Licitações. Essas seções foram sistematizadas observando a sequência com que os dispositivos foram organizados no texto da Lei. A seção 6 se subdivide em quatro subseções, cada uma delas tratando das possíveis inovações positivas trazidas pela Lei no que tange ao controle das contratações públicas.

2 As três linhas de defesa na lei de licitações

Na nova Lei de Licitações, o Capítulo específico do controle das contratações é inaugurado pelo artigo 169, que trata sobre as chamadas linhas de defesa para as contratações públicas, bem como os pilares da atividade de controle⁷.

O dispositivo apresenta, de certo modo, inovação em relação à legislação anterior (a Lei n.º 8.666/93 especificamente), que não tinha um grande zelo pela questão do controle das contratações, possuindo artigos esparsos e lacônicos para tratar sobre o assunto. Por outro lado, o capítulo incorpora, em grande parte,

⁴ SOUZA, Selma Leite do N. Sauerbronn de. Controle judicial das políticas públicas: perspectiva da hermenêutica filosófica e constitucional. *RBPP*, v. 5, n. 1, p. 224-237, 2015.

⁵ GARCIA, Vinicius; LEONETTI, Carlos Araújo. O controle e a avaliação pelo Tribunal de Contas da União das políticas públicas implementadas por desonerações tributárias no Brasil. *RBPP*, v. 11, n. 1, p. 243-265, abr. 2021.

⁶ MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Claudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva: 2009. p. 68-70.

⁷ CAPÍTULO III DO CONTROLE DAS CONTRATAÇÕES Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa: I – primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade; II – segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade; III – terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas. § 1º Na forma de regulamento, a implementação das práticas a que se refere o caput deste artigo será de responsabilidade da alta administração do órgão ou entidade e levará em consideração os custos e os benefícios decorrentes de sua implementação, optando-se pelas medidas que promovam relações íntegras e confiáveis, com segurança jurídica para todos os envolvidos, e que produzam o resultado mais vantajoso para a Administração, com eficiência, eficácia e efetividade nas contratações públicas. § 2º Para a realização de suas atividades, os órgãos de controle deverão ter acesso irrestrito aos documentos e às informações necessárias à realização dos trabalhos, inclusive aos documentos classificados pelo órgão ou entidade nos termos da Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011, e o órgão de controle com o qual foi compartilhada eventual informação sigilosa tornar-se-á corresponsável pela manutenção do seu sigilo. § 3º Os integrantes das linhas de defesa a que se referem os incisos I, II e III do caput deste artigo observarão o seguinte: I – quando constatarem simples impropriedade formal, adotarão medidas para o seu saneamento e para a mitigação de riscos de sua nova ocorrência, preferencialmente com o aperfeiçoamento dos controles preventivos e com a capacitação dos agentes públicos responsáveis; II – quando constatarem irregularidade que configure dano à Administração, sem prejuízo das medidas previstas no inciso I deste § 3º, adotarão as providências necessárias para a apuração das infrações administrativas, observadas a segregação de funções e a necessidade de individualização das condutas, bem como remeterão ao Ministério Público competente cópias dos documentos cabíveis para a apuração dos ilícitos de sua competência.

aspectos já consolidados na jurisprudência, cartilhas ou em regulamentações normativas do Tribunal de Contas da União (TCU).

A previsão normativa determina que sejam adotadas práticas contínuas e permanentes de gestão de risco e controle preventivo. Um primeiro aspecto que se destaca refere-se ao realce de que essas atividades não são pontuais, casuísticas, que ocorrem em determinados tipos de contrato ou em determinadas fases da contratação pública. Tanto a gestão de risco como o controle preventivo devem ser permanentes e contínuos. Isso implica que todas as fases da contratação pública (do planejamento da licitação à execução contratual) precisam se submeter a essas práticas. Significa, igualmente, que, durante todas essas fases, não somente no seu início ou final, essas mesmas práticas devem estar presentes.

Gestão de riscos refere-se a uma atividade de planejamento, de caráter preventivo e prospectivo, que visa mapear e prever soluções para ocorrências que possam obstar a regularidade e efetivação da contratação pública. Risco pode ser compreendido como “o efeito da incerteza sobre objetivos estabelecidos. É a possibilidade de ocorrência de eventos que afetem a realização ou alcance dos objetivos, combinada com o impacto dessa ocorrência sobre os resultados pretendidos”⁸.

A previsão de gestão de riscos não é uma completa novidade⁹, já que, ao menos no que tange à Administração Pública Federal, já havia normativos que demandavam a realização de gestão ou gerenciamento de riscos à luz da legislação pretérita. Mencione-se, de maneira exemplificativa, a Instrução Normativa n.º 5, de 26 de maio de 2017, do então Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, que, ao versar sobre contratação de serviços, precisa em seu artigo 25 que o Gerenciamento de Riscos é um processo que consiste em:

- a) identificação dos principais riscos que possam comprometer a efetividade de qualquer fase da contratação e o alcance de seus objetivos;
- b) avaliação dos riscos identificados quanto à probabilidade e impacto;
- c) definição de ações para reduzir a probabilidade dos riscos inaceitáveis e de suas consequências;
- d) ações de contingência para a hipótese de concretização destes riscos; e
- e) definição dos responsáveis pelo tratamento dos riscos e pelas ações de contingência.

A previsão de atividade de gestão de risco representa, inclusive, a incorporação de uma recomendação dada ao governo brasileiro pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE)¹⁰ no ano de 2011, no sentido de que houvesse a integração da:

gestão de riscos como elemento-chave da responsabilidade gerencial, de modo a promover a integridade e prevenir a improbidade, os desvios e a corrupção. A gestão de riscos operacionais contribui para eficiência na prestação dos serviços públicos, aumenta a responsabilização dos gestores e inspira a confiança nos órgãos públicos. Promove, também, melhorias na alocação de recursos e no cumprimento da legislação. Gestores públicos devem compreender, reconhecer e serem recompensados por adotar gestão de riscos em suas atividades rotineiras.

O controle preventivo (*a priori*), no qual a gestão de riscos encontra-se inserida, de certa forma, é um mecanismo que visa limitar a possibilidade de ocorrer resultados indesejados por meio da abordagem de suas causas de maneira prévia. Ambas as formas de controle, preventiva ou repressiva (*a posteriori*), têm sua importância e são desejáveis em qualquer sistema organizacional. O controle preventivo ganha, entretanto,

⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Referencial básico de gestão de riscos*. Brasília: TCU, Secretaria Geral de Controle Externo (Segecex), 2018. p.8.

⁹ O próprio TCU já possuía a Resolução – TCU n.º 287, de 12 de abril de 2017, que regulamenta a gestão de riscos no âmbito da própria Corte de Contas.

¹⁰ OCDE. *Avaliação da integridade no Brasil da OCDE: a gestão de riscos para uma administração pública mais transparente e ética*. 2011. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/ethics/48947422.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2021.

uma especial relevância para o caso da Administração Pública no Brasil, considerando-se a baixa eficácia e alto custo das ações destinadas a recuperar os recursos desviados¹¹.

Pressupõe-se que, por meio da detecção prévia de falhas e planejamento, sejam evitados danos e gastos desnecessários, bem como retrabalho, que afrontam a eficiência administrativa e o próprio interesse público. A máxima lição popular representa a intenção do legislador: “é melhor prevenir do que remediar”. Da mesma sorte, com essa detecção preventiva de riscos, conhecendo-se o processo licitatório como um todo, haveria menos espaço para práticas corruptivas, o que privilegiaria a integridade das contratações públicas¹².

Há, contudo, de se avaliar a intensidade e a preferência quase que absoluta pelo controle preventivo. Embora ele constitua um ótimo mecanismo de controle, conforme exposto acima, razão pela qual o legislador conferiu maior destaque a ele, o seu funcionamento adequado depende de uma correta interação com formas de controle repressivo, bem como uma análise proporcional sobre sua utilização. Órgãos de controle que atuam com controles preventivos de maneira excessiva acabam inviabilizando o exercício da função administrativa, substituindo (de maneira indevida), muitas vezes, a atividade do gestor público.

O artigo 169 da nova Lei de Licitações também demanda a utilização de recursos de tecnologia da informação. Este talvez seja o futuro do Direito como um todo, culminando num novo ramo denominado Direito Digital. As atividades da Administração Pública, de maneira ampla, não somente as contratações públicas, necessitam estar alinhadas ao uso de tecnologias que sejam capazes de aprimorar sua atuação, cumprindo com o dever de eficiência administrativa constante no *caput* no artigo 37 da Constituição Federal. A Administração Pública já tem se valido de mecanismos de tecnologia de informação na atividade administrativa, ainda que, de maneira tímida, seja por meio de instrumentos de inteligência artificial fraca ou forte. Podem ser citados, como exemplo na atividade de controle, os robôs Alice, Sofia e Mônica, que ajudam os auditores do Tribunal de Contas da União a detectar fraudes em licitações, ou mesmo o já conhecido robô Victor, que atua no Supremo Tribunal Federal auxiliando o reconhecimento de repercussão geral¹³.

Outro ponto de destaque do *caput* do art. 169 é a imposição de que todas as fases da contratação também se encontrem submetidas ao controle social. Os mecanismos sociais de controle são verdadeiros pilares para o aprimoramento das relações de *accountability* (horizontal e vertical), tendo adquirido cada vez mais espaço nas relações institucionais e políticas das novas democracias políticas (poliarquias), suprimindo incontáveis lacunas vivenciadas por aqueles instrumentos tradicionais de controle¹⁴. Nessa toada, o controle social, além de possuir seus efeitos próprios, seja de cunho moralizante, seja de caráter informativo, é instrumento imprescindível para o melhoramento das demais formas de controle (eleitorais e institucionais), bem como para a provocação delas, sendo engrenagem primordial a todo um sistema de controle estatal.

O legislador optou por utilizar a nomenclatura “linhas de defesa”, referindo-se à gama de agentes que participam, direta ou indiretamente, do processo de contratação pública. Ao tratá-los como agentes atuantes em uma linha de defesa, confere-lhes uma atribuição, que já era implícita, de zelo, cautela e controle em relação aos mecanismos relacionados às licitações e aos contratos administrativos.

As três linhas de defesa, tratadas nesse dispositivo, representam a incorporação de práticas recomendadas internacionalmente para a iniciativa privada em suas estruturas de controle interno e gestão de riscos¹⁵.

¹¹ NOGUEIRA, Sérgio Seabra. Gerenciamento de Riscos em Organizações Públicas: uma prática efetiva para controle preventivo e melhoria dos gastos públicos no Brasil? *Revista da CGU*, ano 2, n. 3, p. 43, dez. 2007.

¹² CABRAL, Flávio Garcia. Comentários aos artigos 75 (DISPENSA) e 169 a 173 (CONTROLE). In: SARAI, Leandro. (org.). *Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14133/21* Comentada por Advogados Públicos. Salvador: JusPodium, 2021. v. 1. p. 1324.

¹³ FIGUEIREDO, Carla Regina Bortolaz de; CABRAL, Flávio Garcia. Inteligência artificial: machine learning na Administração Pública. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 90, jan./abr. 2020.

¹⁴ CABRAL, Flávio Garcia; PIO, Nuno Roberto Coelho. Controle social como mecanismo de efetivação da eficiência administrativa. *Revista de Direito Público*, Porto Alegre, v. 14, n. 77, p. 220, set./out. 2017.

¹⁵ IIA. *IIA Position Paper: The three lines of defense in effective risk management and control*. Jan. 2013. Disponível em: <https://na.theiaa.org/standards-guidance/Public%20Documents/PP%20The%20Three%20Lines%20of%20Defense%20in%20Effec>

Na iniciativa privada, há risco reputacional e risco para os resultados da empresa. Nas contratações públicas, os desvios podem comprometer o atingimento dos objetivos trazidos pela Lei de Licitações. Não se conseguirá, por exemplo, o melhor preço se algum agente público for corrompido para direcionar a contratação para determinado agente privado.

Numa primeira linha de defesa, os agentes públicos mais próximos à contratação estão obrigados a observar as normas pertinentes no exercício de suas atividades. Essa primeira linha¹⁶, na esfera federal, corresponde à estrutura indicada pelos arts. 13 e 14 do Decreto-lei n.º 200, de 1967.

Numa segunda linha, haveria o controle sobre a primeira linha, como forma de tentar apurar eventuais falhas que tenham passado por ela. Essa linha é composta pelo corpo jurídico e pela equipe de controle interno do próprio órgão ou ente. Na esfera federal, o corpo jurídico é composto pela Advocacia-Geral da União e seus órgãos vinculados, conforme art. 131 da Constituição Federal. As unidades de controle interno¹⁷ do próprio órgão podem ser estruturadas com equipes de auditoria, que fazem chegar à alta administração o conhecimento sobre os fatos apurados no exame da execução da missão institucional pelos subordinados.

Na iniciativa privada, é na segunda linha de defesa que se instala a política de *compliance*¹⁸. A palavra “compliance” em Língua Portuguesa, segundo o dicionário, representa um fenômeno da física que implica a capacidade de um corpo se adaptar a uma força que sobre ele é aplicada. Por sua vez, o verbo, em Língua Inglesa, “*to comply*” significa cumprir. A ideia de *compliance*, assim, é a de se observar na prática o cumprimento das normas. Causa intriga a preocupação com *compliance* na Administração Pública quando esta, por princípio constitucional, é regida não apenas pela legalidade, que, por si só, já determinaria toda a atuação segundo a lei, mas também por outros princípios que reforçam a integridade da conduta do Poder Público, como a moralidade, a impessoalidade, a publicidade e a eficiência¹⁹. Mas há quem sustente a necessidade de haver a figura de um *compliance* público, uma vez que esse papel transcenderia a assessoria jurídica, econômica e mesmo política²⁰.

Esse termo cada vez se torna mais comum e ganha espaço com a edição da Lei n.º 12.846, de 2013, conhecida como Lei Anticorrupção, que, aparentemente, refere-se à responsabilização das pessoas jurídicas que cometessem desvios em seu relacionamento com a Administração Pública, uma vez que elas, em princípio, escapariam das normas da Lei n.º 8.666, de 1993, e da Lei n.º 8.429, de 1992. O *compliance* é compreendido pelos programas de integridade mencionados no art. 7º, VIII, da Lei n.º 12.846, de 2013, e se destinava, justamente, a referidas pessoas jurídicas²¹. Nota-se, ainda, que o *compliance* surge no contexto

tive%20Risk%20Management%20and%20Control.pdf Acesso em: 9 mar. 2021.

¹⁶ Apesar de esses agentes estarem indicados expressamente como responsáveis pela chamada “primeira linha de defesa” na Nova Lei, seu papel de destaque e sua responsabilização em razão de omissão já era sentida à luz da antiga legislação, em particular pelo Tribunal de Contas da União. Em diversas ocasiões, a Corte já decretou a responsabilização da autoridade que homologava o procedimento licitatório (Acórdão 2318/2017-Plenário) ou mesmo a comissão de licitação (Acórdão 203/2018-Plenário), por exemplo.

¹⁷ Os órgãos de controle interno, nos termos da Instrução Normativa TCU n.º 63/2010, são as unidades administrativas, integrantes dos sistemas de controle interno da administração pública federal, incumbidas, entre outras funções, da verificação da consistência e qualidade dos controles internos, bem como do apoio às atividades de controle externo exercidas pelo Tribunal.

¹⁸ IIA. *IIA Position Paper*. The three lines of defense in effective risk management and control. Jan. 2013. Disponível em: <https://na.theiaa.org/standards-guidance/Public%20Documents/PP%20The%20Three%20Lines%20of%20Defense%20in%20Effective%20Risk%20Management%20and%20Control.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2021, p. 4.

¹⁹ Há quem aponte até mesmo uma aberração nessa pretensão de gerir o Estado como se fosse uma empresa privada (MARTINS, Ricardo Marcondes. Tema I - compliance na administração pública: aspectos gerais 1. compliance, administração pública e neocolonialismo. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Compliance no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. v. 1. p. 41-54).

²⁰ QUERALT, Joan J. Public compliance y corrupción: análisis conceptual y propuestas. *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, n. 2. sep./dic. 2016.

²¹ GONÇALVES, Benedito. GRILO, A utilização dos instrumentos de compliance para a realização do princípio da moralidade administrativa. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Compliance no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. v. 1. p. 41-54.

brasileiro voltado, principalmente, a abarcar casos de corrupção e fraude, mas preocupado com ir além das normas jurídicas para também tratar de aspectos éticos²².

Além disso, o *compliance* pode ser considerado um importante instrumento para o avanço do movimento constitucionalista no país, na medida em que tem por escopo a ampliação dos instrumentos de controle e a promoção de uma maior transparência da gestão de recursos públicos, incrementando a efetividade dos direitos fundamentais, com destaque para os sociais que exigem um maior dispêndio de recursos²³.

Posteriormente à Lei n.º 12.846, de 2013, contudo, a Administração Pública de fato passa a se preocupar em implantar em sua estrutura políticas de governança e programas de integridade, como se nota, no âmbito federal, pelo Decreto n.º 9.203, de 22 de novembro de 2017²⁴.

A terceira linha de defesa, por sua vez, de certa forma, serve como uma camada adicional de proteção, para captar as falhas residuais não apuradas nas linhas anteriores. Essa linha é composta pelo Tribunal de Contas e pelo órgão central de controle interno, que, no âmbito federal, constitui a Controladoria-Geral da União²⁵.

Nota-se no dispositivo a preocupação com que as boas práticas sejam adotadas desde a alta administração, inclusive para servir de exemplo de sua seriedade para os agentes subordinados. Além disso, considerando-se os custos dessa estrutura de controle, a norma orienta que se busque um ponto ótimo, de modo que o controle não se torne um fim em si mesmo e prejudique a atividade institucional.

Para a realização de suas atividades, os órgãos de controle poderão ter acesso à toda documentação necessária, inclusive a sigilosa²⁶.

²² ARAÚJO, Valter Shuenquener de; SANTOS, Bruna de Brito André dos; XAVIER, Leonardo Vieira. Compliance na administração pública brasileira. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p.247-272, jul./set. 2019.

²³ CARNEIRO, Claudio; LOURENÇO, Daniel Braga. Transparência Pública e os Programas de Integridade no Brasil. In: CARNEIRO, Claudio; MOTA FILHO, Humberto Eustáquio César (org.). *Transparência Pública: o estado da arte*. Rio de Janeiro: University Institute Editora, 2020. p. 10.

²⁴ Mostra-se interessante notar que o aludido Decreto foi elaborado com base essencialmente no estudo feito pelo TCU, resumido no manual –10 passos para a Boa Governança²⁷. Tal Decreto do Executivo é fruto de uma produção quase que exclusiva do Tribunal de Contas da União (CABRAL, Flávio Garcia. O papel do Tribunal de Contas da União (TCU) para o compliance na Administração Pública. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (coord.). *Compliance no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.350).

²⁵ A Controladoria-Geral da União (CGU) é o órgão de controle interno do Governo Federal responsável por realizar atividades relacionadas à defesa do patrimônio público e ao incremento da transparência da gestão, por meio de ações de auditoria pública, correição, prevenção e combate à corrupção e ouvidoria. A CGU, também, deve exercer, como Órgão Central, a supervisão técnica dos órgãos que compõem o Sistema de Controle Interno, o Sistema de Correição e o Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo Federal, prestando a orientação normativa necessária (BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Institucional*. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/aceso-a-informacao/institucional>. Acesso em: 21 ago. 2021).

²⁶ Nesse ponto, o Decreto n.º 10.209/2020 libera o compartilhamento de informações necessárias à realização de procedimentos de auditoria e de inspeção, inclusive aquelas protegidas pelo sigilo fiscal previsto no art. 198 do Código Tributário Nacional. Com isso, a Secretaria Especial da Receita Federal poderá compartilhar esses dados tanto com o Tribunal de Contas da União (TCU), que é um órgão de controle externo da administração pública federal, quanto com a Controladoria-Geral da União (CGU), que é o órgão de controle interno do Poder Executivo. Os dados poderão ser compartilhados com o TCU no âmbito de processo específico, a partir de uma portaria que indique os auditores autorizados a acessá-los. Eles assinarão um termo de confidencialidade e assumir todas as responsabilidades legais que um auditor da Receita Federal também assume. O objetivo é contribuir para o aprimoramento da governança e para que a administração pública federal tenha mais transparência, credibilidade e eficiência. Essas auditorias auxiliaram a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional nos procedimentos de recuperação de créditos da dívida ativa da União, com considerável aumento na arrecadação, o que se demonstra pelo Relatório PGFN em Números (disponível no site <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros-2014/pgfn-em-numeros-2020/view>). Para a colocação em prática do comando autorizativo do Decreto em questão, o TCU e a Receita Federal passaram a ter a obrigação de definir as condições operacionais e de segurança da informação para viabilizar o compartilhamento do sigilo (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decreto libera compartilhamento de dados protegidos por sigilo fiscal. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/decreto-libera-compartilhamento-de-dados-protegidos-por-sigilo-fiscal.htm>. Acesso em 20 ago. 2021).

No exercício do controle, há nítida orientação para que se dê prioridade ao saneamento e capacitação em casos de falhas que não causem prejuízos. Por outro lado, não se tratando de mera falha formal, serão acionados os órgãos competentes para apuração, reparação e eventual punição dos responsáveis, buscando atribuir a responsabilidade aos efetivos culpados.

3 Diretrizes para o controle

A Lei de Licitações estabeleceu as diretrizes para o exercício do controle no seu artigo 170²⁷. Esse dispositivo incorpora práticas já existentes, por exemplo, em relação ao Tribunal de Contas da União, que, em muitos aspectos, observa recomendações internacionais relativas a controles internos expedidas pelo Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission²⁸. Convém, por esse motivo, recorrer aos conceitos técnicos empregados por esta Corte de Contas.

Os critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco são previstos, expressamente, no art. 19 da Resolução n.º 269, de 25 de março de 2015, do Tribunal de Contas da União, que rege o sistema de planejamento e gestão desta Corte, embora tais conceitos não sejam tão claros. Ao que tudo indica, a Lei de Licitações pretende expandir esse modelo para todos os órgãos de controle.

A materialidade é um conceito técnico empregado no ramo da auditoria e diz respeito a um parâmetro utilizado para aferir se determinada irregularidade ou distorção terá relevância para fins de apuração, apontamento e recomendações²⁹, representando, ainda, “o volume de recursos envolvido”, segundo o inciso VI do parágrafo único do art. 1º da Instrução Normativa TCU n.º 63, de 1º de setembro de 2010. Questiona-se, então, se o volume de recursos se refere aos custos da fiscalização ou aos valores ou importe econômico do objeto que está sendo fiscalizado. O parâmetro não é aferido, apenas, do ponto de vista monetário, mas também segundo critérios de importância “social e política, [de] conformidade, transparência, governança e accountability”, razão pela qual pode variar conforme tempo e local³⁰. A materialidade, como critério de seleção do objeto a ser auditado, determina que sejam considerados “os valores associados ao objeto de controle, de forma que a ação de controle possa proporcionar benefícios significativos em termos financeiros.”³¹

A relevância, por sua vez, diz respeito a “aspecto ou fato considerado importante, em geral no contexto do objetivo delineado, ainda que não seja material ou economicamente significativo”, conforme o inciso VII do parágrafo único do art. 1º da Instrução Normativa TCU n.º 63, de 2010³². Ou seja, ao indicar que algo

²⁷ “Art. 170. Os órgãos de controle adotarão, na fiscalização dos atos previstos nesta Lei, critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco e considerarão as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis e os resultados obtidos com a contratação, observado o disposto no § 3º do art. 169 desta Lei. § 1º As razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis deverão ser encaminhadas aos órgãos de controle até a conclusão da fase de instrução do processo e não poderão ser desentranhadas dos autos. § 2º A omissão na prestação das informações não impedirá as deliberações dos órgãos de controle nem retardará a aplicação de qualquer de seus prazos de tramitação e de deliberação. § 3º Os órgãos de controle desconsiderarão os documentos impertinentes, meramente protelatórios ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos. § 4º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar aos órgãos de controle interno ou ao tribunal de contas competente contra irregularidades na aplicação desta Lei.”

²⁸ COSO, Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission. *Enterprise Risk Management: Integrated Framework*. Sep. 2004. <https://www.coso.org/Documents/COSO-ERM-Executive-Summary.pdf> Acesso em: 10 mar. 2021.

²⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Boletim do Tribunal de Contas da União administrativo especial*, Brasília, Ano. 36, n. 11, p. 24-25, 2017.

³⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Orientações para seleção de objetos e ações de Controle*. 2016. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/fiscalizacao-e-controle/auditoria/selecao-de-objetos-e-acoes-de-controle/> Acesso em: 12 mar. 2021, p.15; BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Manual de Auditoria Operacional*. 4. ed. Brasília: TCU, Secretaria de Métodos e Suporte ao Controle Externo (Semec), 2020. p. 30.

³¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Orientações para seleção de objetos e ações de Controle*. 2016. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/fiscalizacao-e-controle/auditoria/selecao-de-objetos-e-acoes-de-controle/> Acesso em: 12 mar. 2021, p. 13.

³² BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Boletim do Tribunal de Contas da União administrativo especial*, Brasília, Ano. 36, n. 11, p. 33, 2017.

pode ser relevante sem ser materialmente significativo, o sentido do termo “material” parece contradizer o conceito acima de materialidade. A relevância também é um critério para direcionar a seleção dos objetos de auditoria para temas “atuais, de grande importância nacional e de interesse da sociedade”, para que se “leve em conta o benefício que possa gerar à sociedade.”³³ Ocorre que o benefício à sociedade, como visto, também é mencionado como ligado à materialidade, o que mostra novamente a confusão terminológica, ficando incontroverso, apenas, o aspecto da importância ou grande valorização que a sociedade atribui ao objeto.³⁴

Outro aspecto que possui caráter aberto é o da oportunidade, que, segundo o TCU, orientaria a adoção da ação de controle para que fosse realizada no momento adequado, considerando-se a disponibilidade de recursos materiais e humanos, como auditores com os conhecimentos necessários, bem como dados e informações disponíveis para serem auditados.³⁵ Ressalta-se que, sendo a ação de controle um meio para o objeto do controle alcançar seu fim, ela não pode ser um fim em si mesmo. Com isso, análise quanto ao momento da ação de controle não pode ter em vista, apenas, o que é melhor para o órgão de controle. É fundamental que também se verifique se é oportuna a intervenção do ponto de vista do órgão controlado, como se pode ver na seguinte hipótese: uma contratação urgente e importante em que o órgão contratante possui poucos recursos materiais e humanos para realizar suas funções. Caso a ação de controle ocorra durante o processo de contratação, com a solicitação de informações, por exemplo, isso pode atrapalhar o trâmite da contratação, pois os agentes encarregados da contratação teriam de parar suas atividades para elaborar relatórios solicitados pelo controlador. Eventualmente, com isso, a própria ação de controle poderia ser prejudicial para a sociedade. Mas esse aspecto não passa despercebido na concepção de oportunidade, uma vez que o próprio TCU também considera, nesse critério, “se a ação de controle poderá trazer benefícios significativos à administração pública e à sociedade” e se ela será favorável do ponto de vista da relação custo-benefício.³⁶

Aliás, esse aspecto é o principal na terminologia do Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO)³⁷, ao considerar oportunidade como “a possibilidade de um evento ocorrer e afetar positivamente a realização de objetivos”.

Nota-se no art. 170 um claro alinhamento da nova Lei de Licitações com as alterações promovidas pela Lei n.º 13.655/2018 a respeito da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), em especial quando se impõe aos órgãos de controle que considerem “as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis e os resultados obtidos com a contratação”. Esse alinhamento ocorre principalmente na combinação do artigo 20 da LINDB — que determina que, nas decisões controladoras, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão — com o artigo 22 da LINDB — que prescreve que, na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos, as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos. Afinal, mecanismos de controle vistos de uma perspectiva unilateral, na qual o contraditório era meramente formal, cedem espaço a um controle dialógico, que concretiza um contraditório material.

³³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Orientações para seleção de objetos e ações de Controle*. 2016. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/fiscalizacao-e-controle/auditoria/selecao-de-objetos-e-acoes-de-controle/> Acesso em: 12 mar. 2021, p. 13.

³⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Orientações para seleção de objetos e ações de Controle*. 2016. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/fiscalizacao-e-controle/auditoria/selecao-de-objetos-e-acoes-de-controle/> Acesso em: 12 mar. 2021, p. 15. BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Manual de Auditoria Operacional*. 4. ed. Brasília: TCU, Secretaria de Métodos e Suporte ao Controle Externo (Semec), 2020. p.32.

³⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Orientações para seleção de objetos e ações de Controle*. 2016. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/fiscalizacao-e-controle/auditoria/selecao-de-objetos-e-acoes-de-controle/> Acesso em: 12 mar. 2021, p. 13-15.

³⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Orientações para seleção de objetos e ações de Controle*. 2016. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/fiscalizacao-e-controle/auditoria/selecao-de-objetos-e-acoes-de-controle/> Acesso em: 12 mar. 2021, p.29.

³⁷ COSO. Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission. *Enterprise Risk Management: Integrated Framework*. Sep. 2004. p. 2; BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Boletim do Tribunal de Contas da União administrativo especial*, Brasília, Ano. 36, n. 11, p. 27, 2017.

4 O procedimento de controle

O procedimento é tratado no art. 171 da nova Lei.³⁸ Percebe-se, no art. 171, que, enquanto os incisos I e II parecem estar voltados ao órgão de controle, o inciso III aparentemente também se aplica ao planejamento da própria contratação nos casos ali indicados.

O inciso I do art. 171 traz a preocupação quanto à relação entre custos e benefícios do controle, além de privilegiar a visão do gestor. Refere-se a uma maior abertura dialógica entre controlador e controlado, com a permissão de que os órgãos de controle ouçam previamente os gestores.

Essa previsão é mais uma que positiva a prática normativa já constante no TCU. De fato, as Normas de Auditoria do Tribunal de Contas da União (NAT), previstas na Portaria TC n.º 280/2010, com todas as alterações e revisões sofridas no ano de 2020, declaram ser regra nas auditorias operacionais a remessa do relatório preliminar para comentários dos gestores; e declara a remessa obrigatória, nas demais auditorias, nos casos em que houver achados de alta complexidade ou de grande impacto. Para justificar essa previsão, consta na própria Portaria que essas diretrizes têm por escopo “oferecer oportunidade de manifestação aos gestores sobre possíveis propostas de encaminhamento que terão impacto significativo nas rotinas de trabalho dos órgãos/entidades auditados, a fim de que se possa avaliar previamente o custo versus benefício dessas proposições”. A justificativa foi praticamente reproduzida de modo integral no inciso sob análise.

A concepção do inciso I do art. 171 é que seja oportunizada a possibilidade de os gestores públicos se manifestarem sobre possíveis recomendações exaradas pelos órgãos de controle, quando essas recomendações afetarem a sistemática de trabalho, permitindo que o controlador avalie a relação de custo e benefício (economicidade) entre o que se pretende com a recomendação e o impacto das mudanças necessárias.

O inciso II do art. 171, por sua vez, procura tornar objetiva a análise, além de propiciar uniformidade. Esse inciso tem como diretriz evitar subjetivismos na atividade de controle. Prevê que os procedimentos de controle devem ser feitos de maneira imparcial, elaborando-se relatórios tecnicamente fundamentados, com base, exclusivamente, nas evidências³⁹ obtidas.

³⁸ “Art. 171. Na fiscalização de controle será observado o seguinte:

^I – viabilização de oportunidade de manifestação aos gestores sobre possíveis propostas de encaminhamento que terão impacto significativo nas rotinas de trabalho dos órgãos e entidades fiscalizados, a fim de que eles disponibilizem subsídios para avaliação prévia da relação entre custo e benefício dessas possíveis proposições;

^{II} – adoção de procedimentos objetivos e imparciais e elaboração de relatórios tecnicamente fundamentados, baseados exclusivamente nas evidências obtidas e organizados de acordo com as normas de auditoria do respectivo órgão de controle, de modo a evitar que interesses pessoais e interpretações tendenciosas interfiram na apresentação e no tratamento dos fatos levantados;

^{III} – definição de objetivos, nos regimes de empreitada por preço global, empreitada integral, contratação semi-integrada e contratação integrada, atendidos os requisitos técnicos, legais, orçamentários e financeiros, de acordo com as finalidades da contratação, devendo, ainda, ser perquirida a conformidade do preço global com os parâmetros de mercado para o objeto contratado, considerada inclusive a dimensão geográfica.

§ 1º Ao suspender cautelarmente o processo licitatório, o tribunal de contas deverá pronunciar-se definitivamente sobre o mérito da irregularidade que tenha dado causa à suspensão no prazo de 25 (vinte e cinco) dias úteis, contado da data do recebimento das informações a que se refere o § 2º deste artigo, prorrogável por igual período uma única vez, e definirá objetivamente:

^I – as causas da ordem de suspensão;

^{II} – o modo como será garantido o atendimento do interesse público obstado pela suspensão da licitação, no caso de objetos essenciais ou de contratação por emergência.

§ 2º Ao ser intimado da ordem de suspensão do processo licitatório, o órgão ou entidade deverá, no prazo de 10 (dez) dias úteis, admitida a prorrogação:

^I – informar as medidas adotadas para cumprimento da decisão;

^{II} – prestar todas as informações cabíveis;

^{III} – proceder à apuração de responsabilidade, se for o caso.

§ 3º A decisão que examinar o mérito da medida cautelar a que se refere o § 1º deste artigo deverá definir as medidas necessárias e adequadas, em face das alternativas possíveis, para o saneamento do processo licitatório, ou determinar a sua anulação.

§ 4º O descumprimento do disposto no § 2º deste artigo ensejará a apuração de responsabilidade e a obrigação de reparação do prejuízo causado ao erário.”

³⁹ Evidência, para fins de controle, significa os elementos de comprovação da discrepância (ou não) entre a situação encontrada

O dispositivo materializa, num primeiro aspecto, princípios administrativos como o da impessoalidade e o da motivação. Esse inciso é bem-vindo quando se observa, por parte dos órgãos de controle, o que se pode denominar de ativismo de contas, entendido como “o comportamento dos Tribunais de Contas que, a pretexto de se mostrarem proativos ou de serem encarados como concretizadores de direitos fundamentais ou controladores de políticas públicas, acabam por exercer suas atribuições em desconformidade com o que permite o texto constitucional e infraconstitucional, demonstrando a subjetividade na tomada de decisões por seus membros”⁴⁰. A atividade controle, como espécie do gênero atividade administrativa, não confere espaço a subjetivismos e decisões que desrespeitem os limites do texto constitucional.

Apesar da relevância de se positivar na nova Lei de Licitações essa previsão, ela não configura uma inovação. A atuação independente, objetiva e imparcial já constava como preceito ético exigido dos auditores dos Tribunais de Contas (vide Portaria – TCU n.º 168, de 30 de junho de 2011). Da mesma maneira, o Manual do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal (Manual do SCI), aprovado pela IN SFC n.º 01/2001, previa que, para fins de fiscalização e controle, objetividade significa “apoiar-se em documentos e evidências que permitam convicção da realidade ou a veracidade dos fatos ou situações examinadas”, além de trazer a recomendação de “abster-se de intervir em casos onde haja conflito de interesses que possam influenciar a imparcialidade do seu trabalho, devendo comunicar o fato aos seus superiores”. A referida Instrução Normativa foi substituída pela Instrução Normativa (IN) n.º 3/2017, da Controladoria-Geral da União, que, na mesma linha, prescreve que “como pressuposto da objetividade, as comunicações decorrentes dos trabalhos de auditoria devem ser precisas, e as conclusões e opiniões sobre os fatos ou situações examinadas devem estar respaldadas por critérios e evidências adequados e suficientes”.

O inciso III do *caput* do art. 171 estabelece parâmetros para análise de contratações em que há um preço único global para um objeto complexo. A preocupação aqui é que, estando o preço fixo, a tendência será a contratada buscar reduzir seus custos para maximizar o lucro e, com isso, poderá prejudicar a finalidade da contratação.

Os parágrafos do art. 171, ao tratar das medidas cautelares, tentam encontrar um meio termo entre o atendimento oportuno das necessidades públicas, sem prejuízo da possibilidade de obstar, ainda em seu trâmite, as contratações irregulares⁴¹.

Eles deixam claro que a suspensão neles tratada é a suspensão cautelar do processo licitatório pelo Tribunal de Contas e não, portanto, a suspensão cautelar de contratos administrativos.

Essa diferenciação é deveras importante quando se apura a prática de atuação de diversos Tribunais de Contas pelo país, que regularmente determinam a suspensão cautelar de contratos administrativos. Se é certo que há uma cautelaridade administrativa própria do exercício da função administrativa, também é certo que não há uma atividade pública desprovida de limites. A legislação e, com maior destaque, a Constituição podem balizar os limites da atuação cautelar administrativa. De fato, como salienta Eduardo Jordão⁴², o art. 71, X, da CF prevê que o TCU poderá determinar a sustação dos efeitos de atos administrativos irregulares. Essa sustação é justamente uma medida cautelar: não anula o ato administrativo nem decide definitivamente sobre sua regularidade. Consiste em providência para evitar que se realizem os efeitos de ato que causaria danos ao erário até a solução definitiva da questão. Assim, prossegue o autor, a leitura combinada dos arts. 71, IX e X, aponta que a sustação dos efeitos de atos irregulares pelo TCU (i) será precedida do esgotamen-

(ou condição) e o critério de auditoria (situação ideal) (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Auditoria governamental*. Brasília: TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 2011. p. 40).

⁴⁰ CABRAL, Flávio Garcia. O ativismo de contas do Tribunal de Contas da União (TCU). *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura - RDAI*, v. 5, n. 16, p. 215-257, 2021.

⁴¹ Sobre a medida cautelar, cf. CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

⁴² JORDÃO, Eduardo. *Quanto e qual poder de cautela para o TCU?* 02 jan. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/quanto-e-qual-poder-de-cautela-para-o-tcu-02012020> Acesso em: 30 mar. 2020.

to de prazo que o próprio TCU assinar para que as autoridades pertinentes adotem as soluções cabíveis e (ii) será seguida da comunicação da decisão de sustação à Câmara e ao Senado. Esta é a extensão do poder cautelar concedido ao TCU e este é o procedimento que deve ser seguido para exercê-lo. Além disso, em relação aos contratos administrativos, não cabe ao TCU suspendê-los diretamente, conforme se extrai do artigo 71, §§1º e 2º, do texto constitucional.

Cautelares administrativas de sustação de atos sem a concessão de prazo para a correção de ilegalidade, bem como cautelares diretas (ainda que sob o rótulo de determinações) de sustação de contratos encontram-se fora dos limites constitucionais⁴³ e devem ser analisadas de uma maneira bastante crítica⁴⁴.

Outro aspecto salutar do dispositivo refere-se à imposição de prazo para que, havendo medida cautelar de suspensão, seja analisado o mérito da suposta irregularidade detectada. Essa previsão visa evitar prática corriqueira de medidas cautelares de suspensão que duravam por prazo indeterminado, gerando, por conseguinte, insegurança e prejuízos ao erário e à sociedade.

O prazo é de 25 dias úteis, contados da data do recebimento das informações do §2º do art. 171 da Lei de Licitações. No entanto, deve-se considerar que, às vezes, não haverá a prestação de informações, quedando-se o gestor omissos. Nesses casos, embora o parágrafo nada disponha, o prazo de 25 dias úteis se iniciará do término do prazo conferido para a prestação de informações.

5 Vinculação às orientações dos órgãos de controle?

Durante o trâmite do Projeto de Lei que deu origem à nova Lei de Licitações, o art. 172 acabou vetado, por ter suscitado algumas discussões. Sua redação era a seguinte:

Art. 172. Os órgãos de controle deverão orientar-se pelos enunciados das súmulas do Tribunal de Contas da União relativos à aplicação desta Lei, de modo a garantir uniformidade de entendimentos e a propiciar segurança jurídica aos interessados.

Parágrafo único. A decisão que não acompanhar a orientação a que se refere o caput deste artigo deverá apresentar motivos relevantes devidamente justificados.

O problema desse dispositivo era de duas ordens. De um lado, ao criar uma vinculação às orientações do Tribunal de Contas da União, isso restringia, indevidamente, a atividade do gestor que, por estar mais perto dos fatos, teria muito mais condições de saber a melhor decisão para o caso concreto. Além disso, num sistema jurídico com separação de Poderes e federalismo, não poderia o TCU, mesmo que por lei, ter o poder de vincular, completamente, os órgãos dos demais poderes e entes federados, sem previsão constitucional trazendo essa exceção à separação dos poderes e mesmo às competências dos demais entes federados. A segunda ordem de problemas dizia respeito ao fato de a Constituição expressamente atribuir à Advocacia Pública o papel de assessoramento jurídico do Poder Executivo, de modo que também por esse motivo a norma estaria violando a ordem constitucional.

De fato, ao consagrar o TCU como único intérprete legítimo das regras gerais de licitações e contratos, pregando uma espécie de “pseudo-hierarquia” de suas decisões sobre as decisões dos demais Tribunais de Contas, colocava-se em xeque a estrutura federativa imposta pela Constituição Federal de 1988. Diferente-

⁴³ Celso Antônio Bandeira de Mello já havia apontado isso de maneira bastante lúcida em parecer a respeito do tema, tendo apresentado em suas conclusões que “Tribunais de Contas não têm competência para determinar sustação de contratos, independentemente do transcurso *in albis*, no Legislativo, do prazo a que alude o art. 71, §2º, da CF” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Pareceres de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011, p.436).

⁴⁴ CABRAL, Flávio Garcia. Comentários aos artigos 75 (DISPENSA) e 169 a 173 (CONTROLE). In: SARAI, Leandro. (org.). *Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14133/21 Comentada por Advogados Públicos*. 1ed.Salvador: JusPodium, 2021. v. 1. p. 1370.

mente do que ocorre no Poder Judiciário, em que a Suprema Corte como órgão de cúpula, expressamente indicada como guardiã da Constituição, e cuja sistemática recursal positivada permite que o STF seja capaz, dentro dos limites processuais, de rever as decisões tomadas pelas instâncias inferiores, bem como tem a prerrogativa de emitir decisões de caráter vinculante, inclusive simulando-as (vide artigo 103-A da CF/88), isso não ocorre na organização do controle da Administração pelos Tribunais de Contas. O TCU não é um órgão de cúpula da estrutura do controle externo da Administração. Apesar de se chamar Tribunal de Contas da União, mais adequado seria se fosse nomeado como Tribunal de Contas Federal, uma vez que suas atribuições se limitam, essencialmente, à análise que envolve recursos do erário federal. Assim, não pode revisar decisões tomadas por Tribunais de Contas Estaduais ou Municipais. De igual modo, em relação a esses órgãos de controle, não emite decisões a eles vinculantes (nem mesmo aos demais órgãos estaduais e municipais, salvo se houver dinheiro público oriundo dos cofres federais envolvidos).

A redação que chegou a ser proposta no Senado solucionaria, em parte, esse problema, ao prever que quem deveria seguir as posições do TCU seriam, somente, os órgãos de controle da Administração Pública direta, autárquica e fundacional federais. Ao limitar a abrangência desse dispositivo à órbita federal somente, o artigo se alinharia à estrutura federativa exposta na Constituição e à natureza do TCU.

Certamente, apesar de solucionar o problema federativo, ainda assim a previsão, se não fosse integralmente vetada, pareceria conferir ao TCU um poder maior do que de fato a Constituição lhe assegura. Muito embora a uniformização e a segurança jurídica sejam vetores almejados que devem ser concretizados pela Administração, elas não podem ser feitas a qualquer custo. Poder-se-ia cogitar a criação de uma estrutura de Conselho Nacional de Contas, à semelhança do Conselho Nacional de Justiça, mas atribuir ao TCU a figura de “intérprete legítimo” acerca da Lei de Licitações em âmbito federal, de modo que os demais órgãos de controle interno federal tenham de, obrigatoriamente, seguir suas posições, parece ainda não encontrar abrigo na Constituição⁴⁵.

As considerações feitas não excluem, contudo, a possibilidade de os demais órgãos de controle, bem como órgãos e entidades da Administração municipal e estadual acabarem realizando interpretações sinônimas às que forem estampadas pelas súmulas do TCU. O que não encontra amparo no texto constitucional, porém, seria tratar essa orientação como uma imposição e não como uma mera faculdade.

Desse modo, as orientações do TCU devem ser tidas como boas práticas, mas que precisam ser analisadas no caso concreto quanto a seu cabimento, principalmente se a Advocacia Pública tiver expedido orientação em sentido diverso⁴⁶.

6 O papel educativo dos tribunais de contas

⁴⁵ CABRAL, Flávio Garcia. Comentários aos artigos 75 (DISPENSA) e 169 a 173 (CONTROLE). In: SARAI, Leandro. (Org.). *Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14133/21 Comentada por Advogados Públicos*. Salvador: JusPodium, 2021. v. 1. p.1380.

⁴⁶ A respeito do papel da advocacia pública na efetivação do dever de coerência da Administração Pública, Rafael Carvalho Rezende Oliveira destaca que “o tratamento isonômico e coerente dos administrados é dever do gestor público, cujo exercício pressupõe a existência de órgão da advocacia pública capaz de emitir as orientações jurídicas necessárias à tomada das decisões. A advocacia pública, instituição permanente, autônoma e especializada, composta por membros escolhidos por mérito e dotadas de garantias institucionais próprias, revela-se órgão estatal essencial ao Estado Democrático de Direito. No rol de suas atribuições, ganha relevo, atualmente, o papel de garantir a coerência dos atos estatais, com o respeito aos precedentes administrativos e judiciais vinculantes, evitando a atuação administrativa esquizofrênica e em descompasso com o interesse público” (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O papel da Advocacia Pública no dever de coerência da Administração Pública. *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 2, p. 397-398, maio/ago. 2019).

O art. 173 da nova Lei de Licitações trouxe uma função salutar relativa ao controle, qual seja, a capacitação⁴⁷.

O treinamento dos agentes dos órgãos controlados tende a propiciar o adequado cumprimento das normas, contribuindo para o atingimento dos fins dos próprios órgãos de controle. Na grande parte das vezes, as irregularidades decorrem do desconhecimento e não da desonestidade, uma vez que, se houvesse de fato má-fé, elas seriam ocultadas.

Ademais, a participação no processo de controle e supervisão da Administração Pública se constitui como um processo educativo que traz contribuições para o bem-estar da coletividade⁴⁸.

Embora não haja, de maneira expressa, nenhuma atribuição pedagógica no rol de competências do artigo 71 da Constituição, ela se extrai do papel desempenhado pelos Tribunais de Contas de controlador dos gastos públicos e do fato de que, já tem certo tempo, uma Administração Pública simplesmente punitivista não atende, da melhor maneira, o interesse público, mostrando-se, muitas vezes, ineficiente. Com muito mais razão, essa constatação se aplica, especificamente, aos órgãos de controle.

A atividade administrativa consensual, dialógica, que busca ouvir os administrados, não mais sob uma perspectiva vertical de imposição, mas sim num plano horizontal de administração concertada, é a tônica dos novos modelos de Administração Pública. Dentro dessa toada, a atividade de treinamentos, de cursos, de explicações, de elaborações de cartilhas mostra-se bastante pertinente e adequada, pois indica aos administrados, muitos dos quais não possuem qualquer expertise sobre as diversas matérias com as quais têm de lidar, em especial no que toca às licitações e aos contratos, quais são as posições normativas e jurisprudenciais da própria Corte de Contas.

Essa norma se coaduna, perfeitamente, aos comandos exarados na Lei de Governo Digital, que, em seu art. 3º, inciso XX, prevê, expressamente, o “estímulo a ações educativas para qualificação dos servidores públicos para o uso das tecnologias digitais e para a inclusão digital da população”. O processo de informatização dos meios para a execução dos serviços públicos essenciais tem ganhado cada vez mais relevo, como se pode notar nas disposições da nova Lei de Licitações que contemplam a introdução de inovações tecnológicas nas contratações públicas⁴⁹.

A respeito, Marianna Montebello Willeman e Rodrigo Valverde Martínez Suárez⁵⁰ esclarecem que:

Nesse ponto, os tribunais de contas devem atuar, inclusive exercendo sua função pedagógica, orientando os jurisdicionados e disseminando boas práticas, como, por exemplo, a aplicação das instruções normativas federais, tal qual a n.º 05/2014 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; ou mesmo estimulando o recurso a pareceres, enunciados e minutas padronizadas de consultorias jurídicas tradicionais, como a AGU e procuradorias estaduais e municipais.

⁴⁷ “Art. 173. Os tribunais de contas deverão, por meio de suas escolas de contas, promover eventos de capacitação para os servidores efetivos e empregados públicos designados para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei, incluídos cursos presenciais e a distância, redes de aprendizagem, seminários e congressos sobre contratações públicas.”

⁴⁸ PERES, Marcia Andrea dos Santos. A transparência pública como ferramenta de controle e supervisão da Administração Pública Municipal. In: CARNEIRO, Claudio; MOTA FILHO, Humberto Eustáquio César (org.). *Transparência Pública: o estado da arte*. Rio de Janeiro: University Institute Editora, 2020. p. 78.

⁴⁹ Como exemplo, citem-se os seguintes dispositivos da Lei n.º 14.133/2021: art. 2º, inciso VII (contratações de tecnologia da informação e de comunicação); art. 6º, inciso XVIII, alínea ‘h’ (contratação de serviços controles de qualidade e tecnológico), inciso XXVII, alíneas ‘b’ e ‘c’ (matriz de risco nos contratos de soluções tecnológicas) e inciso LV (contratação de produtos para pesquisa, desenvolvimento ou inovação tecnológica); art. 19, inciso V (promoção de adoção gradativa de tecnologias) e § 3º, (modelagem da informação para construção – BIM); art. 26, § 2º (margem de preferência para bens resultantes de inovação tecnológica), §7º (contratação para implantação, manutenção e aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação); art. 32 (diálogo competitivo para contratação de inovação tecnológica), § 1º, inciso VI (reuniões com licitantes gravadas com a utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo); art. 60, § 1º, inciso III (preferência na contratação de empresas que invistam em pesquisa e desenvolvimento de tecnologia); art. 81 (procedimento de manifestação de interesse para a contratação de startups) e art. 114 (contratação de sistemas estruturantes de tecnologia da informação com vigência máxima de 15 anos).

⁵⁰ WILLEMANN, Marianna Montebello; SUÁREZ, Rodrigo Valverde Martínez. Os Tribunais de Contas: como tornar as contratações públicas mais transparentes? In: CARNEIRO, Claudio; MOTA FILHO, Humberto Eustáquio César (org.). *Transparência Pública: o estado da arte*. Rio de Janeiro: University Institute Editora, 2020. p. 104.

Portanto, a eliminação de assimetrias informacionais e a transparência orientada para o controle e supervisão da Administração Pública são objetivos presentes no papel educativo desempenhado pelos Tribunais de Contas.

A esse respeito, o TCU tem sido pródigo nos treinamentos realizados, merecendo destaque o funcionamento de sua escola de contas, por meio do Instituto Serzedello Corrêa. Em termos quantitativos, no ano de 2019, o Instituto ofertou 412 ações educacionais, que geraram 51.535 participações. Dessas, foram registradas 26.825 participações de servidores de fora do TCU e de cidadãos em cursos sobre obras públicas, licitações e contratos, sustentabilidade, Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, integridade pública, gestão orçamentária e financeira, convênios entre outros temas⁵¹. Dessa maneira, ao menos na órbita federal, havendo continuidade nas rotinas educacionais já realizadas, o dispositivo analisado será facilmente atendido.

7 O que há de novo e positivo sobre o controle?

À luz do que se apresentou até aqui, há, na nova Lei, uma estruturação organizada sobre como deve ser dar a atividade de controle das contratações públicas. No entanto, de igual maneira, grande parte das previsões — não todas — reproduzem normas jurídicas que já existiam nos planos infralegais, bem como nas deliberações realizadas pelo Tribunal de Contas da União. Assim, cabe destacar a seguir o que teria de novo e positivo sobre o controle na Lei n.º 14.133, de 2021.

7.1 Não é uma questão de mera legalidade

Integridade se relaciona com a ideia de honestidade, probidade e, por isso, está intimamente ligada à ética. A palavra integridade ligada à ideia de íntegro, inteiro e intato se contrapõe à ideia daquilo que está quebrado, fraturado, deteriorado ou rompido, ou seja, à ideia de corrupção⁵².

Ainda que do ponto de vista filosófico se possa sustentar que a esfera do Direito não se confunde com a esfera moral, cada vez mais, o Direito busca incorporar os valores sociais vigentes e impor o atendimento dos padrões considerados éticos pela sociedade. Além dessa convergência entre ética e Direito, não deixa de ser notável também a convergência entre a esfera pública e a privada.

Uma vez que o artigo trata de contratações, dois exemplos podem mostrar alguns contrastes entre essas esferas mencionadas. No setor privado, há uma prática chamada popularmente como “guelta”. A guelta consiste num pagamento que é feito por um fornecedor aos vendedores da empresa cliente quando estes vendem seu produto. Não há norma proibindo tal prática e o fornecedor pode dispor livremente de seu patrimônio para alcançar seus fins, de modo que, em tese, poderia fazer esse pagamento como forma de incentivo aos vendedores da empresa cliente. Do ponto de vista jurídico, há repercussão na esfera trabalhista, sendo tal pagamento normalmente considerado gorjeta⁵³. Mas a questão que se coloca é do ponto de vista ético. Esse pagamento não faria com que a empresa cliente privilegiasse esse fornecedor em detrimento de outros? Da mesma forma, quando os vendedores fossem oferecer os produtos aos consumidores, o fato de

⁵¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Relatório Anual de atividades do TCU*: 2019. Brasília: TCU, 2020. p.221.

⁵² Vale salientar que “a corrupção corrói o tecido social, comprometendo a credibilidade das instituições, afugentando investimentos, amesquinhando os valores morais da sociedade [...] A transparência contribui para o combate à corrupção, escancarando dados em formato aberto, números, nomes, contratos; permitindo o tratamento por robôs e o cruzamento das informações, trazendo a lume o que se quer esconder. Falta de transparência é ausência de *accountability*” (WILLEMANN, Marianna Montebello; SUÁREZ, Rodrigo Valverde Martínez. Os Tribunais de Contas: como tornar as contratações públicas mais transparentes? *In*: CARNEIRO, Claudio; MOTA FILHO, Humberto Eustáquio César (org.). *Transparência Pública: o estado da arte*. Rio de Janeiro: University Institute Editora, 2020. p. 96).

⁵³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR – 20159-62.2013.5.04.0004. Relator: Walmir Oliveira da Costa. j. 1º mar. 2021. Publicação 04/03/2021.

preferirem oferecer os produtos do fornecedor que paga “guelta” em detrimento de produtos que eventualmente fossem melhores para os consumidores não seria algo questionável eticamente?

Outra prática questionável no setor privado é a chamada “bola”. Nesse caso, empresas fornecedoras pagam uma quantia ao empregado do setor de compras da empresa cliente para que ele adquira os produtos delas. Com esse incentivo, pode ocorrer de o empregado do setor de compras adquirir produtos mais caros apenas para poder ter a vantagem de receber a “bola”, prática que, nitidamente, tende a causar prejuízos à empresa que o emprega. Nesse caso, é mais comum a empresa cliente ter políticas que vedam tais práticas a seus empregados. Essa vedação, contudo, faz com que os envolvidos realizem a prática de forma oculta, o que torna mais desafiador enfrentá-la. Essa mesma prática, se ocorrida no setor público, configuraria, nitidamente, o crime de corrupção.

São principalmente práticas como essas que os programas de integridade buscam impedir, embora, uma vez implantados, abranjam a verificação do adequado cumprimento das normas em geral e contribuam até mesmo para o aperfeiçoamento da gestão.

Se controlar a ação de um indivíduo é tarefa problemática, o problema se torna mais complexo quando se pensa em controlar uma organização, um grupo de indivíduos. Essa relação já é estudada há muito tempo pela teoria econômica e denominada Relação de “Agência”⁵⁴. A propósito:

[...] o problema de agência aparece nas relações em que alguém (chamado “principal”) encarrega outrem de executar um serviço (“o agente”). Nelas, pode haver interesses distintos de ambos e muitas vezes conflitantes, gerando custos: a) para o principal com fiscalização; b) para o agente com a garantia de que não prejudicará o principal ou para assegurar uma compensação ao principal, caso isso ocorra; e c) para ambos em decorrência da própria divergência sobre a melhor decisão para o negócio.⁵⁵

Para que se trate do problema de agência, é necessária uma estrutura que garanta o poder de controle dentro da organização. A estrutura que se presta a essa garantia é a estrutura de governança.⁵⁶ Ela se presta a garantir que uma organização atue como ente íntegro, não somente no sentido de probo, mas principalmente no sentido de harmônico. Significa que o administrador consegue fazer chegar seus comandos em todos os membros. Aliás, é por isso que, no Direito Internacional, a comunidade costuma não reconhecer a personalidade jurídica de entes que estão sob revolução intestina ou em guerra civil, pois representantes desses entes não teriam credibilidade para assegurar que os tratados firmados por eles seriam devidamente respeitados.

Quando se diz que a nova Lei de Licitações não objetiva, apenas, controlar a legalidade, de certa forma, essa assertiva é bastante impactada com o fato de o dever de probidade já estar integrado na legislação, seja no art. 37 da Constituição, seja nas normas de conduta dos órgãos públicos. Mas o fato é que essas normas são abertas e a concepção de moralidade é mutável conforme os valores vigentes nos tempos e nos lugares.

Além disso, a desonestidade costuma ser oculta e é por isso que o controle ganha ares distintos. Não basta haver previsão de dever de probidade. É necessária a previsão de mecanismos para impedir os desvios.

Nesse sentido, considera-se outro aspecto que mostra a novidade do tema: de modo a conciliar o aspecto estático da lei com o aspecto dinâmico da vida, a norma representa uma aproximação das ciências, no caso,

⁵⁴ JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. Theory of the firm: managerial behaviour, agency costs and ownership structure. *Journal of Financial Economics*, v. 3, n. 4, p. 305-360, oct. 1976; HART, Oliver. “Corporate Governance: Some Theory and Implications.” *The Economic Journal*, v. 105, n. 430, p. 678-689, 1995. Disponível em: www.jstor.org/stable/2235027. Acesso em: 30 jul. 2020.

⁵⁵ SARAI, Leandro. *Contratações públicas sustentáveis: crítica da norma pura e caminho da transformação*. Londrina: Thoth, 2021. p. 35.

⁵⁶ SARAI, Leandro. *Contratações públicas sustentáveis: crítica da norma pura e caminho da transformação*. Londrina: Thoth, 2021. p. 34-35; HART, Oliver. “Corporate Governance: Some Theory and Implications.” *The Economic Journal*, v. 105, n. 430, p. 678-689, 1995. Disponível em: www.jstor.org/stable/2235027. Acesso em: 30 jul. 2020; PETERS, Brainard Guy. O que é governança? *Revista do TCU*, n. 127, p. 28-33, maio/ago. 2013. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/87> Acesso em: 30 jul. 2020.

não apenas o Direito e a Economia, mas também a ciência da Administração e as técnicas de auditoria. É uma incorporação da gestão no âmbito normativo.

Em vez de a Lei estabelecer toda a estrutura de controle, ela dá a diretriz, deixando que os órgãos controlados, sob orientação dos controladores, se adaptem às melhores práticas, algo que abre ensejo para o segundo ponto desta parte.

7.2 Não se trata, apenas, de apontar falhas

Compliance se volta inicialmente para riscos aos resultados e, em suma, ao lucro. Ocorre que o lucro tanto pode ser afetado por falhas quanto por oportunidades. Não é por outro motivo que os documentos internacionais indicam como papel do auditor não apenas levantar falhas, mas também apontar as oportunidades.

Com efeito, tanto eliminando falhas quanto aprimorando o ente auditado por meio do incentivo ao aproveitamento de oportunidades, o resultado tende a ser mais positivo. Logo, o controle deve, também, colaborar com os órgãos controlados. Esse aspecto é verificado no critério da oportunidade e no fato de os Tribunais de Contas terem o papel — há tempos existente, mas agora de maneira expressa — não somente de capacitar os órgãos controlados, mas de apontar oportunidades de aprimoramento.

Cria-se um ambiente simbiótico de colaboração mútua. Os órgãos de controle aprendem com os órgãos controlados e, com a experiência adquirida, difundem o aprendizado das novas práticas para todos os demais entes controlados⁵⁷. Essas práticas dependem de um ambiente institucional propício ou, de outro modo, de um ordenamento jurídico adequado, como se verá no tópico seguinte.

7.3 Papel simbólico da nova lei

Um dos aspectos positivos da nova Lei é a incorporação em seu texto de várias posições consolidadas do TCU, bem como de atos normativos infralegais. Se tais elementos, por esse motivo, não representam verdadeira novidade, a inovação está na elevação de muitos deles ao status legal, trazendo uma mensagem pragmática-simbólica muito importante.

Há, conforme Tercio Sampaio Ferraz Júnior⁵⁸, algumas funções pragmáticas do discurso. Nas palavras do autor, seriam as seguintes:

Em se tratando de uma relação do orador para o ouvinte, o discurso tem, inicialmente, uma função sintomática, isto é, ele expressa sentimentos, sensações, como discordância, concordância, amor, ódio, astúcia, ingenuidade etc. Da parte do ouvinte, temos, então, uma função de sinal, ou seja, o discurso produz no ouvinte um certo comportamento, capaz, inclusive, de conduzi-lo a uma mudança de atitudes, de modo de pensar, de sentir, e, pois, uma mudança no próprio comportamento. Esse comportamento, por sua vez, se volta para a própria questão, caracterizando-a (complexidade numérica, grau de reflexividade, qualidade, caráter básico) com a ajuda de predicadores como duvidosa, correta, boa, má, útil, inútil, perigosa, desprezível, complexa, simples etc. Falamos, nesse caso, da função estimativa do discurso.

⁵⁷ Interessante trazer neste ponto a reflexão sobre o dilema da confiança na seara pública: “é preciso de confiança para cooperar, entretanto, também é preciso cooperar para ganhar confiança, seja na interação entre agentes públicos, agentes privados ou na interação entre agentes públicos e privados. E, de uma maneira geral, estudos apontam que a maioria dos brasileiros tem dificuldades no estabelecimento de novas relações de confiança (CNI, 2014) e que mesmo as empresas brasileiras consideradas inovadoras colaboram menos com outras organizações nacionais ou internacionais do que as empresas de grande parte dos países da OECD. Essas lacunas na confiança social comprometem a colaboração necessária nas relações negociais. Por seu turno, nas relações público-privadas, não há razão para supor que o quadro é muito melhor” (MOTA FILHO, Humberto Eustáquio César. A governança da informação: como tratar dados com transparência e segurança jurídica? In: CARNEIRO, Claudio; MOTA FILHO, Humberto Eustáquio César (org.). *Transparência Pública: o estado da arte*. Rio de Janeiro: University Institute Editora, 2020. p. 37).

⁵⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 13.

Dessas funções pragmáticas, a que desperta maior interesse para o presente momento seria justamente a função de sinal, isto é, a mudança de comportamento — ou ao menos sua pretensão — gerada por textos normativos.

Apesar da crise de legalidade vivenciada em diversos países, em especial no Brasil, há uma aura de legitimação e persuasão quando certas questões são vinculadas expressamente por leis em sentido formal. Seja para os próprios agentes públicos — que ainda se veem em uma dependência quase que absoluta da existência de previsões legais para atuarem, seja para os administrados, que enxergam uma justificação na atuação administrativa quando a conduta encontra respaldo em uma lei — é inegável que as leis, ainda, atuam como instrumentos fortemente indutores das condutas humanas.

Enquanto certas práticas detinham assento somente em atos normativos administrativos, não havia um sentimento de obrigatoriedade ou, até mesmo, questionava-se sua legitimidade. Regras de auditoria, por exemplo, às vezes eram inaplicadas pelos próprios auditores de Cortes de Contas ou eram totalmente desconhecidas pelos fiscalizados. A inserção dessas regras em Lei, antes previstas em normas infralegais, pragmaticamente tem o condão, ao menos em tese, de aprimorar, pela aceitação, a atividade de controle.

Cada vez mais a Academia atribui aos desenhos institucionais as causas dos diferentes níveis de desenvolvimento das nações.⁵⁹ Esses autores utilizam o termo “instituições” para se referir a normas formais e informais que regem a sociedade e interferem na forma como ela funciona. Tem importância, desse modo, a forma como o Direito é estruturado, para provocar mudanças e consolidar práticas na sociedade.

7.4 Nacionalização do controle

Outro aspecto relevante da nova Lei, no que tange ao controle, está em fazer valer posições já existentes no âmbito do TCU, mas agora para toda a Administração Pública, inclusive para as esferas estadual, distrital e municipal. Esse aspecto deve ser analisado com cautela.

Embora seja válido e relevante adotar um padrão minimamente uniforme sobre como o controle deva ser exercido para todos os entes, não se pode perder de vista que a realidade dos entes federados é bastante distinta, em especial para os municípios. O rigor do controle e das exigências feitas, não pode desconsiderar as dificuldades e obstáculos reais dos gestores municipais e estaduais (à luz do que determinada a própria LINDB). Enquanto diversos órgãos públicos federais, por exemplo, possuem uma equipe completa e estruturada responsável por realizar as licitações, há muitos municípios que dispõem de um único servidor para executar múltiplas tarefas.

Sem embargo e sem deixar essas considerações de lado, não se pode igualmente admitir que se tenha, sem a perspectiva de mudanças, a existência de padrões tão variados de controle, havendo locais nos quais se aceitam condutas lenientes, omissas e ineficientes, enquanto em outras localidades o controle se mostre extremamente rigoroso. Ademais de gerar a quebra da isonomia, traz, muitas vezes, uma forte insegurança aos próprios administrados.

A Lei, portanto, ao prever diretrizes mínimas do controle, aplicáveis indistintamente aos entes federados, busca otimizar a atividade administrativa como um todo, servindo como mecanismo indutor de melhoria e aprimoramento, principalmente dos entes menores.

⁵⁹ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam* [recurso eletrônico]: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Tradução Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012; NORTH, Douglass C. *Institutions. The Journal of Economic Perspectives*, v. 5, n. 1, p. 97-112, 1991; NORTH, Douglass. *Institutions, Institutional Change and Economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990; NORTH, Douglass C.; WALLIS, John Joseph; WEINGAST, Barry R. *Violence and social orders: a conceptual framework for interpreting recorded human history*. New York: Cambridge, 2009.

8 Considerações finais

A análise dos aspectos de controle da Lei n.º 14.133, de 2021, transita entre o ar de consolidação de práticas já existentes e a inovação na forma pela qual são estruturadas essas disposições sobre o controle.

A inovação em si da Lei não se encontra, portanto, no conteúdo material de cada dispositivo específico, analisado isoladamente (já que muitos deles decorriam de previsões infralegais pretéritas); em realidade, a inovação se pauta na consolidação, buscando uma uniformidade, das práticas pertinentes ao controle por meio de uma lei em sentido formal.

O ordenamento jurídico e o Direito em geral não podem existir completamente desprendidos dos conhecimentos já fornecidos por outras ciências.

Em tom de síntese e desfecho, ainda que em um olhar macro, a nova Lei não tenha trazido verdadeiras inovações no que tange ao controle da Administração, uma vez que grande parte dos seus dispositivos era aplicada com base em atos normativos infralegais, ou fruto da interpretação do TCU sobre certos dispositivos na legislação pretérita, apuram-se pontos positivos sobre a previsão do controle na Lei n.º 14.133, de 2021: a) a Lei reforça uma ideia de controle que vai além da mera e estrita legalidade, alinhando-se com as premissas do controle do próprio texto constitucional; b) a atividade de controle é posta como aquela que não se preocupa somente com o caráter punitivo e de detecção de falhas, preocupando-se, igualmente, com o aprimoramento das práticas administrativas e com o papel pedagógico a ser exercido pelos órgãos de controle; c) há um papel simbólico na inserção de previsões, antes infralegais, em uma lei em sentido formal, buscado uma maior adesão e compreensão sobre o funcionamento da atividade de controle; e d) buscam-se, sem perder de vistas, as peculiaridades de cada caso, uma uniformização da atividade de controle, em todos os entes da federação.

A nova Lei de Licitações, ao incorporar as melhores diretrizes para a gestão, principalmente as voltadas a prevenir riscos, inclusive de corrupção e de fraude, abre caminho para uniformização dessas práticas e sua difusão dentro da Administração Pública. Ela legitimará a exigência dos órgãos de controle para que as melhores práticas sejam incorporadas, garantindo exequibilidade delas.

Referências

- ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam*: [recurso eletrônico]: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Tradução Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- ARAÚJO, Valter Shuenquener de; SANTOS, Bruna de Brito André dos; XAVIER, Leonardo Vieira. Compliance na administração pública brasileira. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p.247-272, jul./set. 2019.
- BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Institucional*. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/aceso-a-informacao/institucional>. Acesso em: 21 ago. 2021.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Auditoria governamental*. Brasília: TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 2011.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Boletim do Tribunal de Contas da União administrativo especial*, Brasília, ano. 36, n. 11, 2017.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Decreto libera compartilhamento de dados protegidos por sigilo fiscal*. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/decreto-libera-compartilhamento-de-dados-protegidos-por-sigilo-fiscal.htm> Acesso em: 20 ago. 2021.

- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Manual de Auditoria Operacional*. 4. ed. Brasília: TCU, Secretaria de Métodos e Suporte ao Controle Externo (Semec), 2020.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Orientações para seleção de objetos e ações de Controle*. 2016. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/fiscalizacao-e-controle/auditoria/selecao-de-objetos-e-acoes-de-controle/> Acesso em: 12 mar. 2021.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Referencial básico de gestão de riscos*. Brasília: TCU, Secretaria Geral de Controle Externo (Segecex), 2018.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório Anual de atividades do TCU: 2019. Brasília: TCU, 2020.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 20159-62.2013.5.04.0004. Relator: Walmir Oliveira da Costa. j. 1º mar. 2021. Publicação 04/03/2021.
- CABRAL, Flávio Garcia. Comentários aos artigos 75 (DISPENSA) e 169 a 173 (CONTROLE). In: SARAI, Leandro. (org.). *Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14133/21 Comentada por Advogados Públicos*. Salvador: JusPodium, 2021. v. 1. p. 900-1420.
- CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: Regime jurídico da cautelaridade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.
- CABRAL, Flávio Garcia. O ativismo de contas do Tribunal de Contas da União (TCU). *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura - RDAI*, v. 5, n. 16, p. 215–257, 2021.
- CABRAL, Flávio Garcia. O papel do Tribunal de Contas da União (TCU) para o compliance na Administração Pública. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (Coord.). *Compliance no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 337-356.
- CABRAL, Flávio Garcia; PIO, Nuno Roberto Coelho. Controle social como mecanismo de efetivação da eficiência administrativa. *Revista de Direito Público*, Porto Alegre, v. 14, n. 77, p. 214-239, set./out. 2017. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2681>. Acesso em: 29 ago. 2021.
- CARNEIRO, Claudio; LOURENÇO, Daniel Braga. Transparência Pública e os Programas de Integridade no Brasil. In: CARNEIRO, Claudio; MOTA FILHO, Humberto Eustáquio César (org.). *Transparência Pública: o estado da arte*. Rio de Janeiro: University Institute Editora, 2020.
- COSO. Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission. *Enterprise Risk Management: Integrated Framework*. Sep. 2004. Disponível em: <https://www.coso.org/Documents/COSO-ERM-Executive-Summary.pdf> Acesso em: 10 mar. 2021.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- FIGUEIREDO, Carla Regina Bortolaz de; CABRAL, Flávio Garcia. Inteligência artificial: machine learning na Administração Pública. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 79-95, jan./abr. 2020.
- GARCIA, Vinicius; LEONETTI, Carlos Araújo. O controle e a avaliação pelo Tribunal de Contas da União das políticas públicas implementadas por desonerações tributárias no Brasil. *RBPP*, v. 11, n. 1, p. 243-265, abr. 2021.
- GONÇALVES, Benedito. GRILO, A utilização dos instrumentos de *compliance* para a realização do princípio da moralidade administrativa. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Compliance no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. v. 1. p. 41-54.

HART, Oliver. “Corporate Governance: Some Theory and Implications.” *The Economic Journal*, v. 105, n. 430, p. 678–689, 1995. Disponível em: www.jstor.org/stable/2235027 Acesso em: 30 jul. 2020.

IIA. *IIA Position Paper: The three lines of defense in effective risk management and control*. Jan. 2013. Disponível em: <https://na.theiia.org/standards-guidance/Public%20Documents/PP%20The%20Three%20Lines%20of%20Defense%20in%20Effective%20Risk%20Management%20and%20Control.pdf> Acesso em: 9 mar. 2021.

JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. Theory of the firm: managerial behaviour, agency costs and ownership structure. *Journal of Financial Economics*, v. 3, n. 4, p. 305-360, oct. 1976.

JORDÃO, Eduardo. *Quanto e qual poder de cautela para o TCU?* 02 jan. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/controle-publico/quanto-e-qual-poder-de-cautela-para-o-tcu-02012020> Acesso em: 30 mar. 2020.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Tema I - compliance na administração pública: aspectos gerais 1. compliance, administração pública e neocolonialismo. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Compliance no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. v.1. 41-54.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Pareceres de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Claudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva: 2009.

MOTA FILHO, Humberto Eustáquio César. A governança da informação: como tratar dados com transparência e segurança jurídica? In: CARNEIRO, Claudio; MOTA FILHO, Humberto Eustáquio César (org.). *Transparência Pública: o estado da arte*. Rio de Janeiro: University Institute Editora, 2020.

NOGUEIRA, Sérgio Seabra. Gerenciamento de Riscos em Organizações Públicas: uma prática efetiva para controle preventivo e melhoria dos gastos públicos no Brasil? *Revista da CGU*, ano 2, n.3, p. 38-49, dez. 2007.

NORTH, Douglass C. Institutions. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 5, n. 1, p. 97-112, 1991.

NORTH, Douglass C.; WALLIS, John Joseph; WEINGAST, Barry R. *Violence and social orders: a conceptual framework for interpreting recorded human history*. New York: Cambridge, 2009.

NORTH, Douglass. *Institutions, Institutional Change and Economic performance*, Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

OCDE. *Avaliação da integridade no Brasil da OCDE: a gestão de riscos para uma administração pública mais transparente e ética*. 2011. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/ethics/48947422.pdf> Acesso em: 09 fev. 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O papel da Advocacia Pública no dever de coerência da Administração Pública. *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 2, p. 382-400, maio/ago. 2019.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima. O diálogo competitivo brasileiro. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 20, n. 232, p. 67-106, abr. 2021.

PERES, Marcia Andrea dos Santos. A transparência pública como ferramenta de controle e supervisão da Administração Pública Municipal. In: CARNEIRO, Claudio; MOTA FILHO, Humberto Eustáquio César (org.). *Transparência Pública: o estado da arte*. Rio de Janeiro: University Institute Editora, 2020.

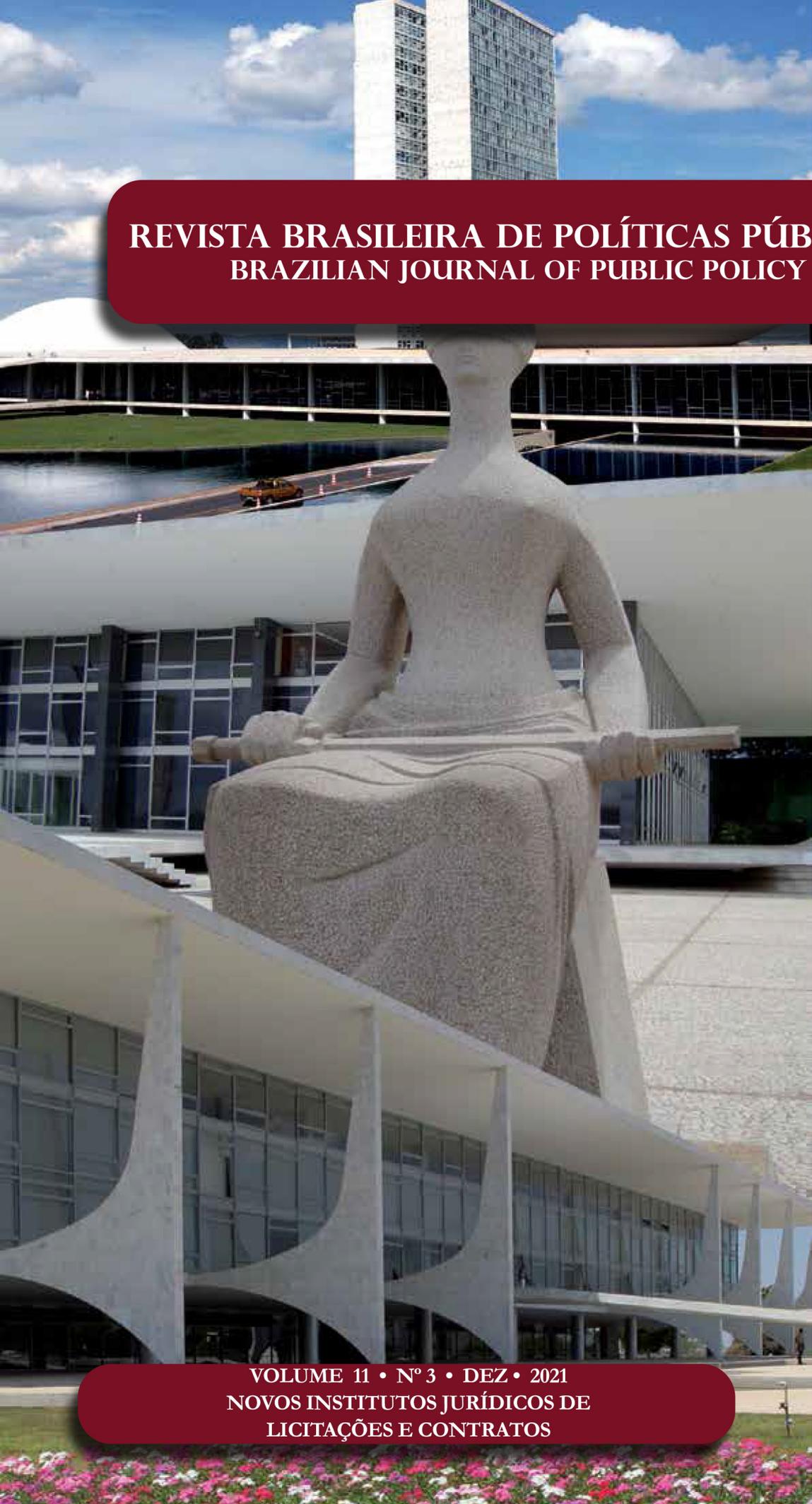
PETERS, Brainard Guy. O que é governança? *Revista do TCU*, n. 127, p. 28-33, mai./ago. 2013. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/87> Acesso em: 30 jul. 2020.

QUERALT, Joan J. Public compliance y corrupción: análisis conceptual y propuestas. *Revista Internacional Transparencia e Integridad*. n. 2. sep./dic. 2016.

SARAI, Leandro. *Contratações públicas sustentáveis: crítica da norma pura e caminho da transformação*. Londrina: Thoth, 2021.

SOUZA, Selma Leite do N. Sauerbronn de. Controle judicial das políticas públicas: perspectiva da hermenêutica filosófica e constitucional. *RBPP*, v. 5, n. 1, p. 224-237, 2015.

WILLEMANN, Marianna Montebello; SUÁREZ, Rodrigo Valverde Martínez. Os Tribunais de Contas: como tornar as contratações públicas mais transparentes? In: CARNEIRO, Claudio; MOTA FILHO, Humberto Eustáquio César (org.). *Transparência Pública: o estado da arte*. Rio de Janeiro: University Institute Editora, 2020.

The cover image shows a large, modern, white building with a prominent, abstract, curved facade. In the foreground, a large, white, stone statue of a seated woman is visible. The statue is holding a long, thin object, possibly a scroll or a book. The building has a glass facade and a large, open area in front of it. The sky is blue with some clouds. The overall scene is bright and modern.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Programa de *compliance* como exigência em licitações: análises em prol da qualificação do processo licitatório no contexto da lei 14.133/2021

Compliance Program as a requirement in governmental purchases: observations to qualify the Brazilian bidding process under Law 14.133/2021

Cristian Ricardo Wittmann

Anayara Fantinel Pedroso

VOLUME 11 • Nº 3 • DEZ • 2021
NOVOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE
LICITAÇÕES E CONTRATOS

Programa de *compliance* como exigência em licitações: análises em prol da qualificação do processo licitatório no contexto da lei 14.133/2021*

Compliance Program as a requirement in governmental purchases: observations to qualify the Brazilian bidding process under Law 14.133/2021

Cristian Ricardo Wittmann**

Anayara Fantinel Pedroso***

Resumo

Este estudo visa analisar os aspectos relativos à exigência de adoção de um programa de *compliance* anticorrupção nas organizações licitantes enquanto possível qualificadora do processo licitatório, a fim de diminuir práticas relacionadas à improbidade administrativa quando da contratação pública. Para tanto analisa-se o programa de *compliance* e a aplicação no setor público; as normas relacionadas à licitação e em quais etapas podem ser instituídos novos mecanismos de controle, além de identificar os principais benefícios da implementação dessa política por empresas na participação de processos licitatórios. Como resultado, identifica-se a importância da utilização da ferramenta para auxiliar o combate às práticas de improbidade administrativa, uma vez que objetiva não apenas responsabilizar atos ímprobos, mas também evitá-los a partir de uma gestão de riscos. Aborda-se o benefício às organizações de tais programas, fomentando uma cultura empresarial delimitada por padrões éticos e morais, garantindo que as normas sejam cumpridas, qualificando a segurança nas contratações realizadas no âmbito empresarial, corroborando menores desvios corruptivos, fomentando uma sinergia entre os deveres da Administração Pública e os anseios da sociedade. Verifica-se a necessidade de constatar qual o momento oportuno que deva ser exigido o *compliance* nos certames. Se exigido no momento do julgamento, torna-se contrário aos princípios licitatórios, uma vez que limitaria a concorrência. Supõe-se que essa exigência seja mais eficaz se cobrada na fase de contratação com o erário. Diante do exposto, a fim de garantir a efetivação dos objetivos, utiliza-se o método de abordagem qualitativo de natureza básica, exploratória e de procedimento bibliográfico dedutivo.

Palavras-Chave: *compliance*; Administração Pública; corrupção; licitação.

* Recebido em 30/09/2021
Aprovado em 16/02/2022

** Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor de Direito Público na Universidade Federal do Pampa (Unipampa). Atua também em Direito Internacional, participando de conferências diplomáticas em todos os continentes como delegado de diferentes ONGs internacionais. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6262143098552010>
E-mail: cristianwittmann@gmail.com

*** Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande (PPGDJS/FURG). Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Pampa (Unipampa). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4931636737843628>
E-mail: anayarafantinelpedroso@gmail.com

Abstract

This paper aims to contribute with the aspects related to the requirement to adopt an anti-corruption compliance program in bidding organizations as a possible way to qualify the process to reduce practices described as administrative misconduct in public procurement. For that, the compliance program and the application in the public sector are analyzed; norms related to bidding and in what stages of such process new control mechanisms can be instituted to reduce corruptive practices, in addition to identifying the main benefits of implementing an anti-corruption compliance policy by companies when participating in bidding processes. As a result of this research, it was determined the importance of using the tool to help combat administrative misconduct practices since it aims to make unlawful acts accountable and avoid them through risk management. The benefit to organizations of such programs is addressed, fostering a business culture delimited by ethical and moral standards, ensuring that the rules are complied with by all. It will also qualify security in business contracts, supporting less corruptive deviations, fostering a synergy between the duties of the Public Administration and the concerns of society. There is a need to verify the opportune moment that compliance should be required in biddings. If necessary, it is contrary to the precepts of competition at the time of judgment. When considering the bidding's normative principles, it is assumed that this requirement is more effective if charged in the contracting phase with the Administration. The qualitative approach method of a primary, exploratory, and deductive bibliographic procedure is used to ensure the achievement of objectives.

Keywords: compliance; Public Management; corruption; bidding.

1 Introdução

A corrupção é considerada um problema sistêmico, que desgasta as instituições e impõe óbices à efetivação dos direitos difusos e garantias individuais, afetando, diretamente, o bem-estar da população, a economia Nacional, Internacional e, conseqüentemente, o desenvolvimento do Estado e os pilares básicos da acepção democrática do Estado de Direito. Diante disso, o combate à corrupção, bem como a prevenção desta são questões de interesse coletivo. Pois, na medida em que esses ilícitos aumentam, inversamente proporcional têm-se investimentos sociais e isso, conseqüentemente, traz inúmeros prejuízos para a sociedade como um todo. Dessa forma, torna-se um imperativo aperfeiçoar os sistemas de controle públicos e privados.

Por serem pontos de grande quantidade de fluxos financeiros e de atividades entre o setor público e o privado, os processos licitatórios e, conseqüentemente, as contratações públicas são um relevante ponto de alerta no combate à corrupção. Nesse sentido, verifica-se a necessidade de adoção de programas que qualifiquem o processo licitatório, como as políticas de integridade.

Diante desse quadro, o presente trabalho visa analisar de que maneira a obrigatoriedade de um programa de *compliance* anticorrupção, para contratar com a administração pública, poderá qualificar o processo licitatório, buscando, para isso, uma maior compreensão desse programa e da respectiva aplicação nas instituições.

Verifica-se a necessidade da qualificação do processo licitatório, uma vez que, a partir desse procedimento, será escolhida a empresa que irá contratar com a Administração Pública, impactando, diretamente, os atos desta na forma como serão geridos os direitos sociais além de, conseqüentemente, estar relacionada à qualidade da prestação do serviço público em voga. Portanto, é relevante a exigência de alguns quesitos por parte da Administração Pública de maneira que sejam expandidos os instrumentos capazes de garantir a transparência e a integridade nas empresas contratantes, bem como efetivar os princípios inerentes ao processo licitatório como a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a probidade administrati-

va. Dessa forma, surge o questionamento: de que maneira a obrigatoriedade de um programa de *compliance*¹ anticorrupção nas empresas licitantes pode qualificar o processo licitatório?

Procura-se, com base no presente trabalho, associar a temática do *compliance* — que se encontra em voga no mundo corporativo devido ao fato de aproximar a gestão dos níveis de conformidade —, à eficácia da exigência dos programas de integridade² por parte da Administração Pública para com as empresas que com ela contratarão, como forma de qualificar o processo licitatório. Contudo, cautelas são necessárias para que essa exigência não tenha como consequência a própria ruína dos certames, ao invés de somente qualificar, pode gerar uma maior restrição aos licitantes. Pois, uma limitação demasiada tende a uma maior desvantagem ao Estado no momento da contratação, o que prejudicaria o desenvolvimento sustentável do País.

Urge (re)discutir o processo licitatório como um todo, por meio de novas perspectivas no tocante à necessidade da adoção dos programas de integridade. Para isso, objetiva-se analisar os aspectos relativos à exigência de adoção de um programa de *compliance* anticorrupção nas empresas licitantes enquanto possível qualificadora do processo licitatório a fim de diminuir práticas ilegais relativas à contratação pública; compreender o programa de *compliance* e a aplicação nas instituições; analisar as legislações relacionadas à licitação e em quais etapas podem ser instituídos novos mecanismos de controle visando à diminuição das práticas corruptivas, além de identificar os principais benefícios da implementação de uma política de *compliance* anticorrupção por empresas quando da sua participação em processos licitatórios.

A fim de atingir os objetivos traçados e responder os questionamentos, em um primeiro momento, faz-se necessário compreender a evolução do programa de *compliance* anticorrupção, para defini-lo e compreender a respectiva aplicação nas instituições. A partir de então, serão analisados os desmembramentos dos setores específicos dessa política, correlacionados com as respectivas áreas de atuação, para, em um momento oportuno, analisar-se o processo licitatório como um todo, sobretudo no que tange aos princípios da licitação e fases procedimentais, para enfim, concluir qual o momento oportuno para a exigência de um programa de *compliance*. Por fim, serão analisados os benefícios e dificuldades visualizadas em relação à implementação desse programa.

Para a realização deste estudo, utiliza-se do método de abordagem qualitativo, de natureza básica, exploratória e de procedimento bibliográfico-dedutivo, a fim de se analisarem as questões mais generalistas, em um primeiro momento, no que tange ao *compliance* e à aplicação nas empresas; as legislações que estimulam a criação de programas que visem diminuir as práticas de improbidade administrativa, bem como as questões pormenorizadas do programa de *compliance*, especialmente no que tange à aplicabilidade nas empresas e na participação do processo licitatório. Obtendo subsídios para *posteriori*, buscar uma análise mais específica,

¹ O termo *Compliance* é de origem anglo-saxônica e significa agir em conformidade com alguma regra, com algum ordenamento, seja ele interno ou externo. Tem origem no verbo inglês “to comply”, significando cumprir, concordar, obedecer, consentir, aquiescer. Ou seja, é a obrigação de agir de acordo com as diretrizes éticas estipuladas, sob pena de possíveis sanções, previamente estabelecidas, conforme leciona MOREIRA, Eliane de Oliveira. *Compliance* no Brasil: Aspectos da responsabilidade fiscal das empresas no combate à corrupção. Paraná: *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, 2018, n. 3. Acesso em: 27 jul. 2021.

² Embora existam diferenças — por mínimas que sejam — conceituais, no que tange aos termos “programas de *compliance*” e “programas de integridade”, acredita-se, diante do campo de atuação prático-institucional, que esses programas se tornam modelos que se confundem, uma vez que atuam na mesma direção, buscando os mesmos objetivos e utilizando-se dos mesmos mecanismos para atingi-los, obstinados na busca de um fim comum: estar em conformidade com os ordenamentos, garantindo, sobretudo, a integridade empresarial. Nesse sentido, diversos autores corroboram com a similitude conceitual, afirmando que há diferenças mínimas no que tange aos termos “*compliance*” e “programa de integridade”, pois possuem objetivos em comuns. Portanto, não havendo ainda grandes divergências doutrinárias quanto às denominações, utiliza-se, neste artigo, os termos “programas de integridade” e “*compliance*” como sinônimos. Conforme menciona, a título exemplificativo, SCHRAMM Fernanda Santos. *O compliance como instrumento de combate à corrupção no âmbito das contratações pública*. 2018, p. 245. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/190091> Acesso em: 27 jul. 2021: “A Lei Federal n.º 12.846/2013 e o Decreto n.º 8.420/2015 não usam o termo programa de *compliance*, mas, sim, programa de integridade. Entretanto, considerando-se a inexistência de conceito unívoco no ordenamento jurídico e na doutrina nacional — o que se extrai da Lei Federal n.º 13.303/2016, que usa o termo *compliance* para referir-se ao programa de integridade”. Dessa mesma forma, a nova lei de licitações, também, utiliza o termo “programa de integridade” e, diante do exposto, no presente estudo, será utilizado enquanto sinônimo do termo *compliance*.

a fim de exaurir as questões acerca da exigência do *compliance* anticorrupção no processo licitatório como forma de qualificação deste.

2 A aplicação do programa de *compliance* anticorrupção como forma de prevenção de riscos e consolidação da probidade corporativa

O programa de *compliance* diz respeito à conformidade da organização a um arcabouço de normas. Esse inclui a legislação Estatal, bem como a observância de preceitos morais de honestidade e transparência, não apenas na maneira de conduzir os negócios, mas em todas as atitudes comportamentais dos membros de uma instituição — avançando em muitos casos para questões trabalhistas, ambientais, saúde do trabalhador dentre outras. Observa-se que essa política de *compliance* pode ser vista como uma estratégia de prevenção ou até mesmo minimização dos possíveis riscos organizacionais, uma vez que se dá por meio de uma programação de normativas que devam ser seguidas por todos os que a ela estão subordinados³. Implementar um programa desses passa a ser um investimento, antecipando riscos e alinhando continuamente as ações da organização aos seus objetivos estratégicos⁴.

Isso porque caracteriza-se enquanto uma importante ferramenta para o combate às práticas de improbidade administrativa, uma vez que, a partir do enquadramento, enquanto um *sub ordenamento jurídico*⁵, possui a capacidade não apenas de responsabilização das possíveis práticas ímprobas, diminuindo os riscos proporcionados por essas por meio do aumento da fiscalização e aplicação dos códigos de conduta das organizações — sejam elas públicas ou privadas.

A política de *Compliance* visa aquiescer às limitações que são colocadas pelo *sub ordenamento jurídico*⁶, por meio da instauração de códigos de conduta de âmbito interno, destinando-se à mitigação de práticas ilícitas e contrárias aos objetivos institucionais por meio da construção de uma cultura organizacional delimitada por padrões éticos que mantenham a integridade⁷. Um programa voltado a preceitos anticorrupção, por exemplo, caminha de encontro com os princípios constitucionais estabelecidos na Carta Magna, no artigo 37⁸, como moralidade administrativa, eficiência, legalidade, publicidade e impessoalidade⁹.

Em suma, a política de *compliance* visa a uma prevenção ou até mesmo atenuação dos possíveis riscos decorrentes do descumprimento de determinadas normativas por atos ilícitos praticados tanto pelos agentes econômicos quanto pelos demais colaboradores da instituição em voga. Para isso, é extremamente impor-

³ MOREIRA, Eliane de Oliveira. *Compliance* no Brasil: Aspectos da responsabilidade fiscal das empresas no combate à corrupção. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, n. 2. Disponível em: http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wpcontent/uploads/2018/09/revista_esa_7_14.pdf Acesso em: 27 jul. 2021.

⁴ Cf. GARBACCIO, Grace Ladeira; et al. Startup e o desafio do compliance. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, volume 10, n. 3, dez 2020, pp 329-342.

⁵ WITTMANN, Cristian Ricardo. *Programas de cumprimento (Compliance Programs) e o Direito na sociedade global: A concepção de um campo autônomo de regulação das nanotecnologias em usos militares*. Tese: Programa de Pós-Graduação Em Direito – Doutorado Linha De Pesquisa: Sociedade, Novos Direitos E Transnacionalização, São Leopoldo, 2015. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/6257> Acesso em: 12 jul. 2021.

⁶ WITTMANN, Cristian Ricardo. *Programas de cumprimento (Compliance Programs) e o Direito na sociedade global: A concepção de um campo autônomo de regulação das nanotecnologias em usos militares*. Tese: Programa de Pós-Graduação Em Direito – Doutorado Linha De Pesquisa: Sociedade, Novos Direitos E Transnacionalização, São Leopoldo, 2015. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/6257> Acesso em: 12 jul. 2021.

⁷

⁸ “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”. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 out. 2019.

⁹ SCHRAMM Fernanda Santos. *O compliance como instrumento de combate à corrupção no âmbito das contratações pública*. 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/190091> Acesso em: 27 jul. 2021.

tante a implementação de uma cultura de conformidade, de forma a tornar habitual e intrínseca aos agentes relacionados com a instituição a prática de atos pautados pela honestidade. Demonstrando, assim, o compromisso destes com os valores e objetivos institucionais ditados pela própria política de *compliance*, visando ao cumprimento permanente das normativas estabelecidas. Nesse sentido, um programa de conformidade abarca uma série de setores, dividindo-se em *compliance* anticorrupção — que será abordado no presente estudo; fiscal; ambiental; trabalhista; governança; criminal, dentre outros, podendo encontrarem-se de maneira unificada ou até mesmo separadamente¹⁰.

Esse programa de controle interno é capaz de promover segurança às transações comerciais, especialmente no que tange à orientação dos negócios por meio de análises econômico-financeiras. Buscando, assim, uma gestão empresarial eficiente, capaz prevenir questões como fraudes, além de elaborar e garantir que as normativas sejam cumpridas por todos os membros da instituição¹¹. Aspirando alcançar, mormente, a consolidação dos mecanismos de controle internos dentro das organizações, mitigando e prevenindo os riscos e, principalmente, contribuindo para a criação de uma cultura empresarial calcada na ética. Ainda, é um programa capaz de promover, também, a segurança ao público no qual as próprias organizações estão direcionadas e demais colaboradores, atingindo, assim, a sociedade como um todo e consequentemente, o mercado de capitais.

Os primeiros programas de *compliance* foram constituídos em bases principiológicas voltadas ao reconhecimento de um grau de culpabilidade das empresas em decorrência de possíveis atos ilícitos praticados pelos membros destas, bem como ao estímulo à adoção de comportamentos organizacionais desejados, visando atender às limitações exigidas pelos ordenamentos jurídicos vigentes, utilizando-se da criação de códigos internos ambicionando a diminuição da possibilidade dos riscos empresariais. Uma vez que, com a exigência de políticas de *compliance*, há a consolidação de uma cultura ética organizacional com base na existência de mecanismos de controle, prevenção e sanções dos comportamentos ímprobos. Situações que possibilitam uma maior proteção aos negócios realizados no âmbito empresarial, uma vez que há uma maior transparência¹².

A partir dessa capacidade de diminuição de riscos empresariais por meio da construção de uma cultura delineada em valores éticos corporativos que os programas de integridade são capazes de fornecer segurança às organizações e a todos os demais atores que com ela se relacionam, como pode-se perceber:

Na verdade, quando se fala em *compliance*, está-se referindo aos sistemas de controle internos que servem para proporcionar maior segurança à empresa quanto às suas análises econômico-financeiras, possibilitar uma atuação correta e adequada no meio em que atua, proteger contra os riscos de corrupção e fraudes em processos licitatórios ou demais delações com entidades governamentais, elaborar e atualizar normas internas que estejam em harmonia com a filosofia da companhia e garantir que sejam conhecidas e cumpridas por todos¹³.

Vale ressaltar que o *compliance* é utilizado de maneira ambígua. Seja como uma ferramenta de controle e prevenção interna das organizações de possíveis atos de corrupção, bem como um instrumento de transferência de responsabilidade da empresa, evitando ou até mesmo amenizando-a quando da existência desses atos, atenuando a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica. Atualmente, ele vem sendo adotado pelas instituições com o objetivo de proteger a integridade institucional por meio da mitigação dos fatos preju-

¹⁰ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Guia para Programas de Compliance*. 2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-ainformacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf Acesso em: 10 set. 2019.

¹¹ COLARES, Wilde Cunha. *Ética e compliance nas empresas de outsourcing*. 2014. Disponível em: <http://dspace.insper.edu.br/xmlui/handle/11224/1238> Acesso em: 10 ago. 2021.

¹² SCHRAMM, Fernanda Santos. *O compliance como instrumento de combate à corrupção no âmbito das contratações pública*. 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/190091> Acesso em: 27 jul. 2021.

¹³ COLARES, Wilde Cunha. *Ética e compliance nas empresas de outsourcing*. 2014. Disponível em: <http://dspace.insper.edu.br/xmlui/handle/11224/1238> Acesso em: 10 ago. 2021. p. 60.

diciais à instituição, da conscientização dos profissionais das áreas de riscos e da preservação dos interesses dos clientes, dando mais segurança a eles e consequentemente à empresa. Mantendo assim, uma boa reputação¹⁴. Diante desse quadro de controle interno, por meio da conformidade com as leis e ordenamentos, e transparência institucional, inúmeros mecanismos, inerentes à segurança organizacional, estão intrínsecos nele como a Governança Corporativa, possibilitando uma melhor imagem da empresa que os adotam por meio de bases éticas sólidas e comprometida com os negócios¹⁵.

Embora a política de *compliance* possa ser aplicada em qualquer tipo de organização — uma vez que a sociedade tende a exigir condutas éticas a fim de que seja consolidada uma cultura ética empresarial — deve-se considerar que nele existem pequenas, médias e grandes instituições. E que cada uma delas necessita de um direcionamento diferente, que se desenvolva de acordo com os próprios planejamentos e valores culturais, considerando-se a trajetória percorrida, os objetivos traçados e as áreas institucionais mais frágeis que estejam à iminência dos possíveis riscos, pensando-se nessa política a partir das particularidades organizacionais. Por isso, o programa de conformidade deve ser individualizado para as organizações, devendo ser aplicado após uma análise minuciosa dos quesitos supracitados e no período de tempo necessário para uma melhor adaptação e desenvolvimento do sistema por parte da instituição, buscando, assim, a eficiência plena desse programa¹⁶.

Embora a perspectiva de regulação envolva, prioritariamente, aspectos proibitivos, relevante, também, é verificar os outros aspectos que envolvem a regulação do contexto organizacional. Historicamente, a proibição direta de condutas obteve maior atenção ampliando-se hoje a uma regulação de análise das circunstâncias favoráveis à prática delitiva, combinando aspectos de informação, treinamento, incentivos quando da prática positiva e proativa dentre outras¹⁷.

A adoção de programas de conformidade pela Administração Pública, seja ela direta ou indireta, é de extrema valia dado que oportuniza a transparência das ações institucionais, uma necessidade na atual conjuntura político-econômica. Além disso, o Erário, por meio de suas instituições, estará dotado de políticas preventivas aos riscos, fundadas em fortes bases éticas, corroborando a efetividade dos serviços prestados e, consequentemente, dando causa à construção de uma boa reputação institucional frente à sociedade como um todo. Como o *compliance* possui como uma das funções principais o combate às práticas ímprobas, resulta em outros benefícios decorrentes deste, como a diminuição dos processos administrativos e judiciais, diminuindo, também, os riscos empresariais e possíveis danos à reputação desta, quando bem aplicado¹⁸.

Dessa forma, a implementação de um programa de integridade deverá ser entendida como uma ferramenta crucial para adoção de uma cultura ética, instituída com base em mudanças comportamentais, estabelecendo condutas adversas à corrupção. Criando-se, assim, uma espécie de normas morais intrínsecas às pessoas que se relacionam com o grupo empresarial, e não apenas para evitar a responsabilidade da empresa quando preterida¹⁹.

¹⁴ GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a Administração Pública. *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 15, n. 60, p. 129-147, 2015. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/55> Acesso em: 10 set. 2021.

¹⁵ GARCIA, Sheila Abukater Arkie. *Compliance: um instrumento de governança corporativa e fomento do mercado de capitais*. 2012. Disponível em: <http://dspace.insper.edu.br/xmlui/handle/11224/303> Acesso em: 27 ago. 2021.

¹⁶ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. COMPLIANCE E LEI ANTICORRUPÇÃO NAS EMPRESAS. Paraná: *Revista de Informação Legislativa*, 2015, n. 205. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p87.pdf Acesso em 20 maio 2021.

¹⁷ Cf. JORDÃO, Eduardo; COSTA, Luiz Carloss Penner Rodrigues da. Estratégias regulatórias de controle à corrupção. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, volume 11, n. 1, abr 2021, pp 210-241.

¹⁸ MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – CGU. *Manual para implementação de programas de integridade – orientações para o setor público*. 2017. Disponível em: https://cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual_profip.pdf Acesso em: 27 set. 2020.

¹⁹ SCHRAMM, Fernanda Santos. *O compliance como instrumento de combate à corrupção no âmbito das contratações pública*. 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/190091> Acesso em: 27 jul. 2021.

De fato, seria preferível o estímulo de adoção de programas de integridade por meio de normas promocionais e não a imposição de implementação nesses programas para contratar com a Administração Pública. Contudo, tratando-se de uma sociedade que se encontra em uma caminhada constante para uma conduta calcada na moralidade, e ainda não a ter atingido plenamente, faz-se necessário a atuação das normas legais a fim de tornar habitual a prática de condutas probas, principalmente no que tange a fatores que se relacionam à efetivação dos direitos difusos e garantias individuais, que é o erário. Portanto, a obrigatoriedade da existência do *compliance* torna-se viável e congruente com o ordenamento constitucional, dado que visa resguardar os valores e princípios constitucionais e administrativos²⁰.

Desse modo, considera-se pertinente a exigência da adoção de um programa de *compliance* como forma de consagração dos princípios constitucionais como a legalidade, moralidade, impessoalidade, dentre outros, constituindo dever do Estado preservá-los e exigir a preservação. Isso porque a exigência do respeito aos princípios balizadores da Administração Pública possibilita uma maior eficiência a respeito da prestação de serviços para a sociedade, especialmente se dentre as formas de exigência englobarem a adoção de políticas de integridade, que possibilitam a diminuição da prática de atos ilícitos por meio da construção de uma cultura organizacional pautada na idoneidade.

3 A lei n.º 14.133/2021 E a possibilidade de exigência de um programa de compliance anticorrupção no processo licitatório

Os princípios que regem a Administração Pública também constituem o processo licitatório, contudo a Nova Lei de Licitações (n.º 14.133/2021), no artigo 5º, dispõe de um rol exemplificativo que urge mencioná-los para que seja possível observar a convergência do programa de integridade com estes princípios consolidantes dos processos que envolvem o erário público.

O primeiro princípio a ser relatado trata-se do Princípio da Moralidade, que exige das partes condutas éticas, calcadas na honestidade e boa-fé, estando diretamente relacionado ao Princípio da Impessoalidade que exige que todos os possíveis contratantes sejam tratados da mesma maneira por parte daquele²¹. Tanto a Administração Pública quanto os licitantes devem agir de maneira proba, uma vez que a não adequação a esse princípio enquadra-se no conceito de crime, aplicando-se sanções penais, administrativas e civis. Ressalta-se que o cometimento de prática ímprobas não se dá, apenas, no momento da elaboração do instrumento convocatório por meio do favorecimento de determinadas instituições em detrimento de outras, mas também, no momento da execução contratual²². Por isso, deve ser exigida, no processo licitatório, a existência de instrumentos de controle —dentro das próprias empresas e fiscalizadas pelo Estado— que previnam, coíbam e tornem ainda mais difíceis os atos de corrupção.

O Princípio da Publicidade estabelece que todos os atos praticados pela Administração, nas fases da licitação, devem ser públicos, a fim de que possa ser fiscalizada a legalidade por todos os interessados²³. Ou seja, o processo licitatório deve ser largamente publicizado, proporcionando, assim, uma maior eficiência procedimental na seleção da proposta mais vantajosa, ao passo que será amplamente conhecida essa realiza-

²⁰ COSTA, Gabriela Revoredo Pereira. *Compliance, lei da empresa limpa e lei sapin II: uma análise da aplicação do regime de obrigatoriedade de adoção de programas de integridade corporativa no Brasil*. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Disponível em: https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/5659/1/GabrielaRPC_Monografia.pdf Acesso em: 08 set. 2021.

²¹ CARVALHO Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 5ª Edição. Salvador: Juspodivm. 2018.

²² DE ARAGÃO, Alexandre Santos. *Curso de Direito Administrativo*, 2ª ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2013, p. 719.

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 26ª Edição, São Paulo: ATLAS, 2013, p. 938.

ção por parte da população²⁴. Ainda sobre esse escopo insere-se, também, o Princípio da Transparência que, associado à publicidade, são pilares nas licitações e no Estado Democrático de Direito²⁵.

O Princípio da Igualdade que possui guarida constitucional não apenas no artigo 5º, como também, no artigo 37, inciso XXI no qual estabelece que a Administração deve tratar todos os administrados com igual respeito e consideração — na melhor compreensão Dworkiniana²⁶, ofertando-lhes as mesmas condições, sendo vedada a existência de vantagens a algum, que não se estenda aos demais. Essa igualdade, obviamente, não impede a Administração de estabelecer requisitos básicos no instrumento convocatório. Uma vez que durante o instrumento convocatório trata-se de uma igualdade presumida, de expectativa de contratar com a Administração Pública. Podendo ser excluídos os que não possuem os requisitos necessários após a convocação, sem esbarrar no Princípio da Igualdade. O que, de fato, não pode, é haver tratamento diferenciado aos licitantes em razão de questões como domicílio, sede empresarial, natureza dos licitantes, havendo as exceções²⁷.

O Princípio da Competitividade está diretamente ligado ao da igualdade, uma vez que todos os licitantes devem ter as mesmas oportunidades de competição, cabendo à Administração Pública proporcionar, por meio de procedimentos adequados, a concorrência entre os licitantes, sem impor óbices para a sua efetivação. Cabe ressaltar que a supracitada igualdade não é plena, uma vez que deverão ser consideradas, no processo licitatório, as questões inerentes à igualdade material, proporcionando aos hipossuficientes — normalmente empresas de pequeno porte e microempresas —, tratamento desigual na medida da desigualdade, a fim de torná-las equivalente às demais, possibilitando, assim, a isonomia e, conseqüentemente, a competitividade justa, conforme determina o art. 179 da Constituição Federal²⁸.

Princípio da Vinculação ao instrumento convocatório pode ser considerado como um meio eficaz responsável por salvaguardar tanto a Administração Pública quanto aos licitantes, uma vez que determina não apenas que o ordenamento designado especificamente para o processo licitatório deva ser seguido pelas partes, mas também que as normativas previamente estabelecidas no edital de convocação para o processo licitatório devem ser seguidas pelo Administrador sob pena de invalidá-lo, inexistindo a possibilidade de mudanças, salvo se para correção de falhas. Situação em que os licitantes deverão obter ciência, além de tempo hábil para adequarem-se a ela, devendo cumprir, fielmente, os parâmetros estabelecidos durante a convocação, sob pena de desclassificação²⁹. É um princípio de suma importância, diretamente relacionado ao Princípio da Legalidade e à respectiva aplicação, pois se não forem observadas as regras dispostas na convocação, poderá ocasionar a ilegalidade no processo licitatório³⁰.

O Princípio do Julgamento Objetivo, por sua vez, está diretamente relacionado ao Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, ao passo que estabelece que o que outrora foi adotado como requisito obrigatório no instrumento convocatório, deve permanecer inalterado, devendo haver objetividade quando do julgamento, no que tange ao desempate quando mais de uma for os licitantes vencedores, afastando, assim, quaisquer possibilidades de favorecimentos pessoais³¹. Contudo, há algumas exigências no processo licitatório que carregam uma carga subjetiva, como é o caso de comprovação de que o licitante já participou de obras similares ao objeto do processo licitatório. Também no que tange à escolha da melhor técnica, por

²⁴ CARVALHO Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 5ª Edição. Salvador: Juspodivm. 2018.

²⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª Edição, Rio de Janeiro: MÉTODO, 2021.

²⁶ Conforme DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

²⁷ Conforme afirmou Rigolin (2003) apud CARVALHO Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 5ª Edição. Salvador: Juspodivm. 2018.

²⁸ CARVALHO Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 5ª Edição. Salvador: Juspodivm. 2018.

²⁹ CARVALHO Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 5ª Edição. Salvador: Juspodivm. 2018.

³⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª Edição, Rio de Janeiro: MÉTODO, 2021.

³¹ CARVALHO Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 5ª Edição. Salvador: Juspodivm. 2018.

isso essas exigências somente podem ser adotadas quando forem extremamente importantes para o objeto licitado³².

Ademais, há alguns princípios correlatos aos principais supracitados, sendo eles: Princípio da Indistinação que também está relacionado ao Princípio da Isonomia, ao passo que não se permite a criação de distinções no que tange ao domicílio, naturalidade e sede, conforme art. 3o, § 1º, I, do Estatuto), além do art. 19, III da Constituição Federal. Princípio da Inalterabilidade do edital que está diretamente ligado ao Princípio da Publicidade e da Vinculação do Instrumento Convocatório, ao passo que, uma vez publicado o edital, não poderá haver mudanças quanto às regras estabelecidas pela administração pública³³.

O Princípio do Planejamento — uma das inovações trazidas pela lei n.º 14.133/2021 — está diretamente relacionado ao Princípio da Eficiência, pois pressupõe a realização de estudo técnico anterior à etapa da licitação, já que é destinado para a análise minuciosa das questões que envolvem o objeto, a necessidade, a viabilidade técnica e econômica da licitação e da própria contratação. Já o Princípio do Procedimento Formal relaciona-se ao fato de que os procedimentos licitatórios utilizados deverão seguir os dispositivos normativos, instaurando-se procedimento específico para tanto. Aqui se observam os critérios da moderação, já que se pode abrir espaço para exceções quando não se tratar de algo que possa colocar em xeque a isonomia, sendo, portanto, estabelecidas exceções no artigo 12 da lei n.º 14.133/2021³⁴.

O Princípio do Sigilo da proposta, que está relacionado com o Princípio da Moralidade e Igualdade, em que as propostas ofertadas pelos licitantes deverão ser sigilosas por meio de lacres, somente podendo ser abertas em momento oportuno, como em sessão pública previamente agendada, conforme artigo 43 § 1º; o Princípio do Formalismo Procedimental estabelece que as regras procedimentais para o processo licitatório devam ir de encontro com as estipuladas em instrumento normativo, não podendo ser alterados, devendo ser observado o devido processo legal e o Princípio da Adjudicação compulsória que estabelece que se, após o certame licitatório, a administração pública quiser contratar, será com o vencedor do processo. O que não corresponde que o vencedor tenha direito subjetivo, mas que se aquilo a Administração fizer, este será o detentor do direito³⁵.

O Princípio da Eficiência relaciona-se ao Princípio da Celeridade e Economicidade. Esse princípio está constantemente presente na nova lei de licitações, sendo permitido, em alguns casos, a remuneração variável de acordo com o desempenho das funções, se disposto no edital. No artigo 22 da lei, também há referência à gestão de riscos, devendo ser estabelecido previamente o que couber a cada parte. Por fim, o Princípio da Segregação das Funções, por sua vez, pauta-se na separação e especialização das funções a fim evitar o surgimento de conflitos de interesses entre os agentes, garantindo, assim, a eficiência e conseqüentemente, a moralidade³⁶.

Diante do supramencionado, é perceptível que o programa de *Compliance* é extremamente compatível com os princípios balizadores da Administração Pública, bem como, os demais dispostos no rol exemplificativo no artigo 5º da Lei n.º 14.133/2021. Isso, pois, ao buscar a prevenção, redução e mitigação das práticas ímprobas, consagra a moralidade, a legalidade, a eficiência e os demais princípios a esses correlatos. Além disso, em relação ao fato de que as empresas que possuem uma política de *compliance* devam seguir as normativas dispostas no *(sub)ordenamento jurídico*³⁷, torna-se mais fácil a garantia do cumprimento do disposto quando relacionado ao Princípio da Vinculação ao instrumento convocatório e os que dele decorrem como

³² DE ARAGÃO, Alexandre Santos. *Curso de Direito Administrativo*, 2ª ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2013, p. 719.

³³ CARVALHO Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 5ª Edição. Salvador: Juspodivm. 2018.

³⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª Edição, Rio de Janeiro: MÉTODO, 2021.

³⁵ CARVALHO Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 5ª Edição. Salvador: Juspodivm. 2018.

³⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª Edição, Rio de Janeiro: MÉTODO, 2021.

³⁷ WITTMANN, Cristian Ricardo. *Programas de cumprimento (Compliance Programs) e o Direito na sociedade global: A concepção de um campo autônomo de regulação das nanotecnologias em usos militares*. Tese: Programa de Pós-Graduação Em Direito – Doutorado Linha De Pesquisa: Sociedade, Novos Direitos E Transnacionalização, São Leopoldo, 2015. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/6257> Acesso em: 12 jul. 2021.

o do julgamento objetivo. Contudo, para que sejam atendidos os princípios da igualdade entre os licitantes, da competitividade e os que a ele estão relacionados, faz-se necessário pensar em quais etapas o programa de *compliance* pode ser exigido. O que pressupõe um conhecimento prévio das etapas do processo licitatório.

Conforme a lei n.º 14.133/2021, o processo de licitação é dividido em etapas internas e externas. Dessa forma, enquanto etapa interna, considera-se a fase de preparação para o processo licitatório e etapa externa todos os atos a *posteriori*, que ocorrem a partir da publicação do edital, o qual funcionará como uma espécie de lei interna da legislação já que delimitará as regras a serem cumpridas pelos licitantes e pela própria Administração Pública. Ressalta-se que a nova lei de licitações estabelece que, em se tratando de procedimentos licitatórios de grande porte, deverá ser exigido, no edital, a implementação de um programa de integridade para o licitante que vencer a licitação, possuindo um prazo de seis meses para tanto, a partir da celebração do contrato, havendo penalidades caso não seja implementado esse mecanismo³⁸, conforme o disposto no artigo 25 da lei:

Art. 25. O edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento.

§ 1º Sempre que o objeto permitir, a Administração adotará minutas padronizadas de edital e de contrato com cláusulas uniformes.

§ 2º Desde que, conforme demonstrado em estudo técnico preliminar, não sejam causados prejuízos à competitividade do processo licitatório e à eficiência do respectivo contrato, o edital poderá prever a utilização de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra.

§ 3º Todos os elementos do edital, incluídos minuta de contrato, termos de referência, anteprojeto, projetos e outros anexos, deverão ser divulgados em sítio eletrônico oficial na mesma data de divulgação do edital, sem necessidade de registro ou de identificação para acesso.

§ 4º Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento³⁹ (**grifo nosso**).

Não é uma inovação a adaptação do contexto normativo licitatório com vistas a adotar novas sinergias com demandas sociais como é o caso da noção de desenvolvimento já desenvolvido⁴⁰. A nova lei de licitações é assertiva ao estabelecer a exigência de adoção de um programa de integridade apenas após a contratação. Isso porque permite que princípios basilares do procedimento mantenham-se intactos, como o da livre concorrência, da isonomia e os deles decorrentes. Permitindo que todas as empresas — inclusive aquelas que não possuem um programa de integridade implementado — participem em igualdade de condições do processo. Contudo, há de se problematizar algumas questões que vêm à tona em relação à exigência de adoção desses programas. Pois sabe-se que os programas de integridade dependem da construção de uma cultura delimitada na ética, já que envolve não apenas o ambiente organizacional e os respectivos trabalhadores, mas também os colaboradores externos.

Dessa forma, exigir uma plena adequação — e conseqüentemente, uma grande mudança cultural organizacional — é extremamente complicado. Além disso, é imperioso questionar porque se exige a adoção desses programas apenas para os procedimentos de grande vulto? Considerar que somente nesses casos faz-se necessário a adoção de condutas probas é tornar as práticas corruptas nos procedimentos de menor escala enquanto insignificantes. O referido contexto é problemático, especialmente diante de programas que, para

³⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª Edição, Rio de Janeiro: MÉTODO, 2021.

³⁹ BRASIL. Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021: Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.

⁴⁰ Cf. FERREIRA, Felipe Furtado; POTIUMATI, Eduardo Carlos. A licitação como instrumento de desenvolvimento na perspectiva do paternalismo libertário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, volume 4, n. 1, jan-jun 2014, pp 201-213.

haver um pleno funcionamento, necessitam de alterações significativas nos padrões culturais organizacionais. Isso posto, vale ressaltar que a mera adoção de um programa de integridade no prazo estabelecido, para apenas alguns, não resolve os problemas relacionados à corrupção, incorrendo-se no risco de haver a criação em massa de programas de integridade de fachada.

Dando seguimento às etapas do processo licitatório, após a divulgação do edital, dá-se início à abertura dos envelopes contendo as propostas dos licitantes. A legislação anterior previa a habilitação como procedimento posterior ao julgamento das propostas. Contudo, essa sequência fornece base para discussões de questões formais que, às vezes, prejudicam a celeridade do processo. Dessa forma, a lei n.º 14.133/2021 adotou o julgamento das propostas anteriores à fase de habilitação⁴¹. O julgamento destina-se à análise das (ir)regularidades, tanto formais quanto materiais, das propostas feitas pelos licitantes. Os critérios a serem utilizados nesse julgamento seguirão o disposto no edital, respeitando os princípios da isonomia, da ampla concorrência, da impessoalidade, dentre outros. Caso haja empate entre as propostas das empresas licitantes, o último critério de desempate a ser valorizado o fato de o licitante possuir um programa de integridade⁴², conforme dispõe o artigo 60 da nova lei de licitações:

Art. 60. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:

I – disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação;

II – avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos nesta Lei;

III – desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento;

IV – **desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle**⁴³ (grifo nosso).

Aqui, destaca-se o fato de que o legislador, ao estabelecer a utilização do programa de integridade como um dos critérios de desempate, reconhecer a importância social que tal instituto possui. Essa situação qualifica, de fato, o processo licitatório em comparação à antiga legislação — que estabelecia, enquanto critério de desempate, a utilização de sorteio. Contudo, ainda se deve questionar se o fato de reconhecer a utilização dos programas de integridade como mero critério de desempate basta para qualificar o processo licitatório? Ou se um processo licitatório qualificado deve pressupor um empate? Dessa forma, faz-se necessário (re) discutir as formas de (re)inserção de critérios que possam qualificar a contratação pública como um todo e não apenas nos casos em que houver empate.

Posteriormente ao julgamento das propostas, a lei n.º 14.133/2021 traz a etapa da habilitação. Aqui, a Administração Pública verificará a capacidade jurídica; técnica; fiscal, social e trabalhista e econômico-financeira do licitante. Será adquirida ciência da documentação enviada pelo licitante classificado em primeiro lugar. A fase da habilitação é destinada para a análise da idoneidade e aptidão do potencial contratante com o Erário. Nessa etapa, somente podem ser exigidos os documentos dispostos no artigo 62⁴⁴ da nova lei de licitações, sob pena de ferir princípios que constituem o procedimento licitatório como o da isonomia⁴⁵, da

⁴¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª Edição, Rio de Janeiro: MÉTODO, 2021.

⁴² CARVALHO Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 9ª Edição. Salvador: Juspodivm. 2021

⁴³ BRASIL. Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021: Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.

⁴⁴ A nova lei de licitações estabelece que “Art. 62. A habilitação é a fase da licitação em que se verifica o conjunto de informações e documentos necessários e suficientes para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação, dividindo-se em: I – jurídica; II – técnica; III – fiscal, social e trabalhista; IV – econômico-financeira.” BRASIL. Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021: Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.

⁴⁵ CARVALHO Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 9ª Edição. Salvador: Juspodivm. 2021.

vinculação do instrumento convocatório, dentre outros deles decorrentes. Com a entrada em vigor da nova legislação, essa fase é destinada, apenas, ao licitante vencedor, exceto se essa etapa de habilitação seguir o procedimento antigo e ocorrer antes do julgamento⁴⁶.

Após a finalização dos prazos para os recursos referentes à habilitação, a Autoridade Superior poderá, conforme o artigo 71 da nova lei de licitações exigir que os autos retornem para resolver as possíveis irregularidades ou anular o procedimento, caso essas irregularidades sejam insanáveis; revogar a licitação conforme conveniência e oportunidade ou proceder a adjudicação e homologação da licitação⁴⁷.

Essas novas possibilidades de atuação frente aos atos que apresentem vícios e a possibilidade de saná-los demonstra a busca do legislador em prezar por um procedimento pautado na legalidade e conformidade. Posteriormente, ocorre a etapa da adjudicação e da homologação. Nessa respectiva ordem, o que até então não estava expresso na antiga legislação. É na adjudicação que ocorre a atribuição do objeto da licitação para o vencedor. Já na homologação, a Administração Pública comprova o interesse na contratação⁴⁸.

Diante do supramencionado, verifica-se o reconhecimento por parte da Administração Pública da importância de exigência de programas de conformidade por parte das organizações licitantes como forma de qualificar o procedimento. Contudo, faz-se necessário questionar a forma e o momento pelos quais esses programas são exigidos, já que não se trata de uma simples implementação formal, uma vez que são políticas que exigem uma (trans)formação da cultura organizacional como um todo, o que impossibilita uma implementação efetiva. Dessa forma, devem-se buscar alternativas que evitem a criação de programas de integridade de fachada para que haja uma busca efetiva pelo combate e prevenção da corrupção. Nesse sentido, o próximo tópico será destinado para fazer essa necessária discussão.

Ressalta-se para a possibilidade da exigência de um programa de *compliance* por parte da administração pública como forma de incentivo e fomento para os sistemas organizacionais como um todo. Ademais à obrigação imposta no art. 174 da Constituição Federal, o Estado, com base nas suas funções de maior centralidade no sistema jurídico, tem melhor capacidade de indicar padrões a serem seguidos pelas organizações do seu entorno. Teubner⁴⁹ entende, sociologicamente, a retroalimentação entre os atores no fomento de normas sistêmicas não mais exclusivas por parte do ente Estatal — tais quais os programas de integridade.

4 Momento da exigibilidade da adoção de política de *compliance* anticorrupção para contratar com a administração pública

Antes da entrada em vigor da lei n.º 14.133/2021, algumas legislações estaduais já previam a utilização de programas de integridade como forma de qualificar o processo licitatório. Dentre elas, destaca-se para o Estado do Rio de Janeiro, por meio da lei n.º 7.753/2017, que passou a exigir a adoção de programas de integridade — em alguns casos específicos — com o objetivo de proteger a Administração Pública Estadual dos possíveis atos ímprobos que pudessem causar prejuízos de cunho financeiro ao Erário Estadual no mo-

⁴⁶ CARVALHO Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 9ª Edição. Salvador: Juspodivm. 2021.

⁴⁷ BRASIL. Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021: Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.

⁴⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª Edição, Rio de Janeiro: MÉTODO, 2021.

⁴⁹ TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. *Revista Impulso*, Piracicaba, v. 13, n. 33, p. 9-31, 2003, p. 11.

mento da contratação, reduzindo, assim, os possíveis riscos e proporcionando uma maior qualidade para o procedimento⁵⁰. Nesse mesmo sentido, entrou em vigor a lei n.º 6308/2019 adotado pelo Distrito Federal⁵¹.

É de se ressaltar que ambas as legislações — tanto a do Rio de Janeiro quanto a do Distrito Federal — adotaram valores específicos e espécies de contratação em que passou a ser exigida a adoção de um programa de integridade. Situação que não ocorreu nos momentos em que a lei n.º 14.133/2021 faz a exigência, deixando a cargo da livre interpretação das pessoas envolvidas com o processo licitatório, o que significa uma contratação de grande vulto. Isso passa a ser considerado enquanto um problema com base no momento em que deixa de haver um critério exato específico e passa-se a depender de interpretações, já que “grande vulto” poderá possuir proporções diferentes, a depender de quem estiver regulando o processo.

Diante disso, existem diversas especulações dos momentos oportunos para que sejam postos em prática as exigências dos programas de *compliance*. Algumas correntes afirmam que o ideal da exigibilidade de um programa de integridade por parte da Administração Pública seja no momento do julgamento das propostas, atribuindo pontuações específicas àqueles que possuem os programas de integridade na constituição empresarial⁵². Contudo, acredita-se não ser o momento ideal, pois as modalidades não estão unificadas, existindo vários critérios de julgamento da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Portanto, restringir a um tipo específico a possibilidade de exigência de *compliance* seria limitar as oportunidades e os tipos de licitações nos quais este estaria presente, não resolvendo, assim, os problemas sistêmicos referentes à prática de atos corruptos.

Ademais, considerando que a etapa de julgamento passa a ser uma das primeiras fases do procedimento licitatório, exigir um programa de integridade já nesse período seria inexequível, pois seria impossível uma análise efetiva referente à eficácia dos programas dos licitantes por parte da Administração Pública, além de que as empresas que não possuem programa de conformidade sairiam em desvantagem em comparação às que possuem, o que de fato, iria impor óbices à efetivação dos princípios inerentes do processo licitatório como o da isonomia e da competitividade entre os licitantes⁵³.

No que tange ao último critério de desempate que a lei n.º 14.133/2021 estabelece ao considerar as empresas que possuam um programa de integridade, deve-se atentar para que a implementação das políticas de *compliance* não fiquem restritas a casos de desempate se o objetivo é combater e/ou prevenir a corrupção. Dessa forma, embora seja relevante a adoção desse critério, diante dessa possível forma de fomento público, acredita-se que há outras maneiras de fomentar e até mesmo de exigir a adoção de programas de *compliance* se o objetivo for proporcionar uma maior segurança orçamentária e administrativa para as contratações públicas.

O que compreende também, a necessidade de (re)pensar se os programas de integridade são importantes apenas nos casos de licitações vultuosas. Pois, ao fazer essa exigência, a legislação desconsidera a importância da probidade no âmbito das contratações públicas que versem sobre valores menores. E, especialmente diante de uma política em que para que haja uma efetividade plena, faz-se necessária a implementação de uma cultura organizacional, torna-se contraditório exigir a probidade de alguns enquanto que de outros não. Dessa forma, esse tipo de exigência é extremamente contraproducente, pois impossibilita a construção de

⁵⁰ RIO DE JANEIRO. Lei n.º 7.753, de 17 de outubro de 2017. Dispõe sobre a instituição do programa de integridade nas empresas que contratarem com a administração pública do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, 18 out. 2017.

⁵¹ DISTRITO FEDERAL. Lei n.º 6.308, de 06 de fevereiro de 2019. Dispõe sobre a implementação de Programa de Integridade em pessoas jurídicas que firmem relação contratual de qualquer natureza com a administração pública do Distrito Federal em todas as esferas de poder e dá outras providências. Diário Oficial do Estado do Distrito Federal, 14 jun. 2019.

⁵² Segundo Guimarães; Requi (2018) apud ARARIPE, Cíntia Muniz Rebouças de Alencar; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Os programas de integridade para contratação com a administração pública estadual: nudge ou obrigação legal? Um olhar sobre as duas perspectivas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, p. 385-404, 2018.

⁵³ SCHRAMM, Fernanda Santos. *O compliance como instrumento de combate à corrupção no âmbito das contratações pública*. 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/190091> Acesso em: 27 jul. 2021.

uma cultura empresarial calcada na ética, já que esta passa a ser exigida apenas para algumas organizações, quebrando o Princípio da Isonomia e da Livre Concorrência, mesmo que, implicitamente, embora — nesse caso — as empresas de grande porte não concorrerão diretamente com as de menor tamanho.

E, diante da impossibilidade de construção de uma cultura organizacional que se pautar na ética, enfrenta-se o problema da possibilidade de ineficiência das implementações dos programas de integridade e, conseqüentemente, da exigência. Pois, até para que a aplicação seja plena, deve ser exigido de forma correta. Especialmente porque, ao considerar que esse tipo de política de integridade se delinea em uma construção coletiva, faz-se necessário que seja exigido coletivamente, sob pena de não haver a assimilação cultural e a consequente aplicação de programas de integridade de fachada, que não possuam efetividade para resolver ou minimizar os problemas relacionados à corrupção.

Dessa forma, destaca-se o grande problema dos programas que são criados apenas para atender exigências estabelecidas, ou simplesmente para atenuar o quadro empresarial em situações de possíveis condenações, sem qualquer interesse na manutenção efetiva do programa para a empresa. Pois a mera existência formal de um programa de integridade não garante a moralidade empresarial, dado que, para a efetividade do *compliance*, faz-se necessária a existência de um comprometimento significativo por parte de toda a instituição, iniciando pela Alta Administração e perfazendo-se sobre todos os funcionários, construindo assim, uma cultura empresarial calcada em bases principiológicas éticas, probas e morais. Portanto, devem existir medidas especializadas a fim de que haja a implementação efetiva do programa por parte da empresa⁵⁴.

Diante desse quadro, alguns especialistas criticam a exigência de um programa de conformidade para contratar com a Administração Pública, pois há o problema da criação desses programas de fachada, passando a existir, apenas, no âmbito empresarial formal, para efetivar a contratação com a Administração Pública, mas sem funcionar no ponto de vista material. Entretanto, é para esse tipo de caso que existem os programas, já implementados pela Controladoria Geral da União, de avaliação dos programas de integridade adotados pela empresa, como o Pró Ética⁵⁵, que, embora necessite da voluntariedade da empresa em submeter-se à avaliação, com a exigência da existência dos programas de integridade para contratar com a Administração Pública, deveria ser primordial à submissão a essa avaliação, justamente para forçar as empresas a adotarem um programa de *compliance* efetivo, e não apenas para efetivar os contratos públicos ou atenuar as possíveis punições. Contudo, tais circunstâncias exigem um maior preparo do Estado para a ampliação das avaliações, por meio de servidores capacitados e dotados também de uma conduta ética.

Diante da necessidade de exigência de implementação do programa de *compliance* anticorrupção e os problemas fiscalizatórios supracitados, que ficariam a cargo unicamente do Estado, pesquisadores possuem algumas sugestões a fim de garantir a efetividade das avaliações dos programas de integridade dentro das empresas. A primeira alternativa, diz respeito à criação de uma agência anticorrupção, conforme já fora criada na Europa. Contudo, essa alternativa ainda é bastante difícil de implementar do ponto de vista prático,

⁵⁴ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Guia para Programas de Compliance*. 2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-ainformacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf Acesso em: 10 set. 2020.

⁵⁵ ARARIPE, Cíntia Muniz Rebouças de Alencar; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Os programas de integridade para contratação com a administração pública estadual: nudge ou obrigação legal? Um olhar sobre as duas perspectivas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, p. 385-404, 2018.

⁵⁶ O Programa Pró-Ética, supramencionado, é realizado pela Controladoria Geral da União anualmente, em que se divulgam as melhores técnicas de integridade observadas no decorrer do ano. Fomentando, assim, a publicidade das empresas que trabalham no combate aos atos ilícitos, possibilitando o conhecimento público e notório. O que colabora para uma publicidade positiva do setor empresarial, visto que será disponibilizada a marca Pró-Ética. Além disso, é feita uma análise minuciosa do programa de integridade da empresa, por profissionais especializados, que apontarão os pontos positivos e as fragilidades empresariais, contribuindo para melhorias na política de integridade e conseqüentemente para a atuação da empresa no combate às práticas corruptas, conforme o MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – CGU. *Manual para implementação de programas de integridade – orientações para o setor público*. 2017. Disponível em: https://cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual_profpip.pdf Acesso em: 27 set. 2020.

uma vez que essa criação e plena efetivação exige um capital financeiro plausível para iniciar os trabalhos, contratar profissionais especializados, além de todo o processo de instituição de uma nova agência⁵⁷. De outra banda, seria menos dispendioso a atribuição dessa competência fiscalizatória a uma instituição já estabelecida, bem estruturada e dotada da experiência necessária no que tange a esse processo de fiscalização, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica⁵⁸.

Todavia, apesar das ressalvas quanto ao tipo de contratação em que é exigido o programa de integridade na nova lei de licitações e as possíveis problemáticas existentes, considera-se oportuno o momento em que o instituto é exigido. Não sendo estabelecido como condicionante de análise das propostas, mas como uma obrigação correspondente ao momento posterior da homologação e assinatura do contrato pelo licitante vencedor. Ou seja, trata-se de uma obrigação contratual do licitante vencedor, incidindo, apenas, em sanção contratual o descumprimento após decorrido o prazo estipulado na legislação.

Acredita-se, portanto, que esse é o melhor momento para ser exigida uma política de integridade, uma vez que não acarreta em diferenciações entre os licitantes no decorrer dos procedimentos que envolvem a competição, sendo todos os licitantes julgados pela Comissão de licitação de maneira isonômica, possibilitando à Administração Pública a escolha da proposta mais vantajosa efetivamente, uma vez que os únicos critérios a serem julgados serão aquelas estipuladas no momento do julgamento, sem diferenciar empresas possuidoras e não possuidoras de uma política de integridade, dando-se, ainda, para a empresa vencedora, prazo previamente estipulado em legislação para adotar o programa e estar, literalmente, em conformidade⁵⁹.

Também, não possui guarida a ideia de que as empresas que já possuem o *compliance*, teriam preferência em detrimento das outras, pois não teriam o custo da implementação do programa. Todavia, no momento de julgamento das propostas, existem outros fatores que também são analisados, como a capacidade técnica, pautando-se, na maioria das vezes, em critérios muito específicos. O que, de fato, não leva a preferência de um licitante em detrimento do outro. O mesmo não aconteceria com a exigência de programas de integridade⁶⁰. Além disso, ao estar estabelecido no instrumento convocatório, ou em alguma legislação que verse sobre licitação como as supracitadas, os licitantes já saberão que, se forem os vencedores, deverão possuir uma política de integridade, preparando-se para tanto. Aliás, na atual conjuntura, é de extrema importância que as empresas possuam esses instrumentos de mitigação de riscos, principalmente quando da contratação com a Administração Pública. Ademais, os custos de implementação de *compliance* serão repassados ao Erário, não considerando como problema para os licitantes, desde que possuam a proposta mais vantajosa a ele⁶¹.

Portanto, embora existam algumas dificuldades no que tange à aplicação de um programa de *compliance* nas empresas, devido à falta de incentivos por parte do Estado, acredita-se que a existência de um programa de integridade, enquanto balizador das condutas humanas, tanto nos âmbitos empresariais quanto nos ambientes externos a este, é de extrema importância para coibir e prevenir os atos corruptos. Principalmente, no que tange à contratação com a Administração Pública, pois envolve a sociedade como um todo, dado que os recursos disponíveis do erário são os mesmos delineados para a efetivação dos direitos difusos e garantias individuais. Por isso, atos ilícitos que prejudiquem o Estado prejudicam, também, uma sociedade inteira.

⁵⁷ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Guia para Programas de Compliance*. 2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-ainformacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf Acesso em: 10 set. 2020.

⁵⁸ COSTA, Gabriela Revoredo Pereira da. *Compliance, lei da empresa limpa e lei sapin II: uma análise da aplicação do regime de obrigatoriedade de adoção de programas de integridade corporativa no Brasil*. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Disponível em: https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/5659/1/GabrielaRPC_Monografia.pdf Acesso em: 08 set. 2021.

⁵⁹ PIROTINI, Rodrigo *Exigência de compliance nas contratações com o poder público é constitucional*. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-03/pironticonstitucional-exigir-compliance-contratacoes-publicas> Acesso em 23 nov. 2019.

⁶⁰ PIROTINI, Rodrigo *Exigência de compliance nas contratações com o poder público é constitucional*. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-03/pironticonstitucional-exigir-compliance-contratacoes-publicas> Acesso em 23 nov. 2019.

⁶¹ SCHRAMM, Fernanda Santos. *O compliance como instrumento de combate à corrupção no âmbito das contratações pública*. 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/190091> Acesso em: 27 jul. 2021.

Diante desse quadro, nota-se a importância de instrumentos que balizem as condutas empresariais por meio do poder de polícia do Estado e da força normativa.

5 Considerações finais

Em suma, conclui-se que a exigência de um programa de *compliance* por parte da Administração Pública, para as empresas licitantes, é um importante direcionamento para a qualificação do processo licitatório, uma vez que a existência de um programa efetivo de integridade é capaz de buscar a prevenção e mitigação dos riscos empresariais. Além disso, por meio da construção de uma cultura empresarial calcada em valores éticos e morais, há uma modificação na forma de pensar e agir daqueles que estão envolvidos com o âmbito empresarial, diminuindo a prática de atos ilícitos.

Contudo, ressalta-se a necessidade de revisão e readequação da destinação dessa obrigatoriedade. Pois, ao utilizar critérios subjetivos para a exigência como a vultuosidade, torna essa adoção instável a depender de quem estará organizando o procedimento. Além disso, deve-se mencionar, na problemática existente, ao exigir a adoção dos mecanismos de integridade apenas para as licitações que envolvam essa vultuosidade, uma vez que se trata de mecanismos que para serem instaurados de forma efetiva, faz-se necessária a construção de uma cultura organizacional que abranja não apenas os membros de uma determinada organização, mas todos os que com ela se relacionam externamente.

Dessa forma, ao exigir a adoção de programas de integridade apenas em alguns casos, é desconsiderar a importância que a prevenção e combate à corrupção devam ser buscados em todos os âmbitos, em todas as organizações e em todas as licitações. E, especialmente diante de uma política em que, para que haja uma efetividade plena, faz-se necessária a implementação de uma cultura organizacional, tornando-se contraditório exigir a probidade de alguns enquanto que de outros não. Somente a partir do momento em que a legislação ampliar essa exigência se caminhará para alterações culturais internas e externas à organização, o que acabará com a possibilidade de criação de programas de *compliance* de fachada para contratar com o poder público.

A partir de então, ressalta-se a importância ainda maior da existência de mecanismos ofertados pelo Estado para a fiscalização e para o controle das atividades, a fim de evitar a criação e o mantimento desses programas de fachada. Garantindo, assim, a efetivação dos benefícios inerentes às políticas de integridade. Ou seja, a existência de um programa de conformidade dentro da órbita institucional, se bem administrado, resultará em uma gestão pautada pela probidade, pela ética e pela moralidade.

Consequentemente, os benefícios supracitados estendem-se ao Erário e a toda sociedade, uma vez que, com base na contratação pública com empresas probas, será possível a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Sendo assim, serão ofertados serviços públicos de melhor qualidade à sociedade, ao passo que diminuirão as práticas ilícitas, que, por sua vez, desgastam a máquina pública e impõem óbices à efetivação dos direitos e garantias individuais. Assim, o erário possuirá uma maior transparência no que tange às suas instituições, sendo essa uma necessidade político-econômica na atual conjuntura. O que, de fato, contribuirá para a plena efetivação dos princípios inerentes ao processo licitatório, como a legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

No tocante ao momento oportuno a ser exigido o programa de integridade, confirmam-se as hipóteses prelecionadas. Conclui-se que, se a adoção do programa de *compliance* for exigida durante o momento do julgamento, torna-se contraproducente, pois colocará óbices na efetivação dos princípios do processo licitatório, restringindo a competitividade, ao passo que haverá uma desigualdade notória entre as licitantes que possuem e as que não possuem o programa de integridade. Ao passo que a implementação do *compliance*

possui valores altos, além de ser dispendiosa, limitando, assim, as potenciais contratantes com a Administração Pública.

De outra banda, ao levar em consideração os princípios licitatórios, supõe-se que essa exigência é mais eficaz se cobrada apenas na fase da contratação com a Administração Pública, pois as potenciais contratantes já terão a ciência da exigência do *compliance*, preparando-se para a adoção deste durante o decorrer do processo licitatório. Além disso, no momento da contratação, é estipulado um prazo para a instituição do programa, não infringindo assim em nenhum princípio procedimental.

Referências

ABBI. Associação Brasileira de Bancos internacionais; FEBRABAN, Federação Brasileira de Bancos. *Função de Compliance*. 2009. Disponível em: http://www.abbi.com.br/download/funcaoodecompliance_09.pdf Acesso em 24 set. 2019.

ALMEIDA NETO, Edemilson Machado. Combate à corrupção: uma análise do acordo de leniência e do programa de *Compliance* na lei Nº 12.846/2013. Brasília: Universidade de Brasília – Faculdade de Direito, 2015. Disponível em: http://bdm.unb.br/bitstream/10483/10837/1/2015_EdemilsonMachadodeAlmeida-Neto.pdf Acesso em 03 Abril 2019.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Dispõe sobre a implantação e implementação de sistema de controles internos. *Resolução nº 2554 de 24 de setembro de 1998*. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1998/pdf/res_2554_v2_P.pdf Acesso em 07 jun 2019.

BRAGA, André de Castro. *A exigência de programa de integridade em licitações federais*. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-21/andre-bragaexigencia-programa-integridade-licitacoes> Acesso em 23 nov 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.678, de 30 de novembro de 2000. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm Acesso em 15 jun 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.410, de 07 de outubro de 2002. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1o, inciso “c”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm Acesso em 15 jun 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm Acesso em 15 jun 2019.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 2 ago. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 15 jun. 2019

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. Diário Oficial da União, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8666cons.htm. Acesso em: 20 jun. 2019

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021: Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 out. 2019.

BREIER, Ricardo. *Implementação de programas de compliance no setor público é um desafio*. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-20/ricardo-breiercompliance-setor-publico-desafio-pais> Acesso em: 14 nov. 2019.

CARVALHO Filho, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32ª Edição. São Paulo: Atlas. 2018.

CARVALHO Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 9ª Edição. Salvador: Juspodivm. 2021.

CARVALHO Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 5ª Edição. Salvador: Juspodivm. 2018.

COLARES, Wilde Cunha. *Ética e compliance nas empresas de outsourcing*. 2014. Disponível em: <http://dspace.insper.edu.br/xmlui/handle/11224/1238> Acesso em: 10 set. 2019.

COSTA, Gabriela Revoredo Pereira da. *Compliance, lei da empresa limpa e lei sapin II: uma análise da aplicação do regime de obrigatoriedade de adoção de programas de integridade corporativa no Brasil*. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Disponível em: https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/5659/1/GabrielaRPC_Monografia.pdf Acesso em: 08 set. 2019.

ARARIPE, Cíntia Muniz Rebouças de Alencar; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Os programas de integridade para contratação com a administração pública estadual: nudge ou obrigação legal? Um olhar sobre as duas perspectivas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, p. 385-404, 2018.

DE ARAGÃO, Alexandre Santos. *Curso de Direito Administrativo*, 2ª ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2013, p. 719

DE DEFESA ECONÔMICA, Conselho Administrativo. *Guia para Programas de Compliance*. 2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-ainformacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf Acesso em: 10 set. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 26ª Edição, São Paulo: ATLAS, 2013, p. 938

DISTRITO FEDERAL. Lei nº 6.308, de 06 de fevereiro de 2019. Dispõe sobre a implementação de Programa de Integridade em pessoas jurídicas que firmem relação contratual de qualquer natureza com a administração pública do Distrito Federal em todas as esferas de poder e dá outras providências. Diário Oficial do Estado do Distrito Federal, 14 jun. 2019.

DOS SANTOS CHAVES, Eber. Aspectos Importantes da Fase Interna da Licitação: uma Análise sobre o Conjunto de Elementos Necessários e Suficientes para a Caracterização do Objeto do Processo Licitatório. *Revista Controle*. Doutrinas e artigos, v. 13, n. 1, p. 149- 170, 2015. Disponível em: <http://revistacontrole.ipc.tce.ce.gov.br/index.php/RCDA/article/view/26> Acesso em: 18 set. 2019.

DOS SANTOS, Jose et al. *Manual de Direito Administrativo*, 32ª Edição, São Paulo: ATLAS, 2018, p. 1404

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FEBRABAN. *Guia Boas Práticas de Compliance*. 2018. Disponível em: https://cmsportal.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/febraban_manual_compliance_2_018_web.pdf Acesso em: 12 set. 2019.

FILHO, Marçal Justen. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 14ª ed. São Paulo: DIALÉTICA, 2010, p. 991

FERREIRA, Felipe Furtado; POTTUMATI, Eduardo Carlos. A licitação como instrumento de desenvolvimento na perspectiva do paternalismo libertário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, volume 4, n. 1, jan-jun 2014, pp 201-213.

FORTINI, Cristina; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a transparência internacional. Belo Horizonte: A&C – *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, 2016, n. 64. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2016/07/corruptao-licitacoes.pdf> Acesso em 05 Abril 2019.

GABARDO, Emerson et al. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a Administração Pública. *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 15, n. 60, p. 129-147, 2015. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/55> Acesso em: 10 set. 2019.

GARBACCIO, Grace Ladeira; et all. Startup e o desafio do compliance. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, volume 10, n. 3, dez 2020, pp 329-342.

GARCIA, Sheila Abukater Arkie. *Compliance: um instrumento de governança corporativa e fomento do mercado de capitais*. 2012. Disponível em: <http://dspace.insper.edu.br/xmlui/handle/11224/303> Acesso em: 27 set. 2019.

GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo (org.). *Métodos de pesquisa*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009. 120 p.

JORDÃO, Eduardo; COSTA, Luiz Carloss Penner Rodrigues da. Estratégias regulatórias de controle à corrupção. *Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília*, volume 11, n. 1, abr 2021, pp 210-241.

JUNIOR, Mario Engler Pinto. Corrupção, governança, ética e compliance. *Revista de Direito da Empresa e dos Negócios*, v. 1, n. 1, p. 41-56, 2017. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/rden/article/view/14292/6019> Acesso em: 27 set. 2019

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – CGU. *Manual para implementação de programas de integridade – diretrizes para empresas privadas*. 2015. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridadediretrizes-para-empresas-privadas.pdf> Acesso em: 27 set. 2019.

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – CGU. *Manual para implementação de programas de integridade – orientações para o setor público*. 2017. Disponível em: https://cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual_profip.pdf Acesso em: 27 set. 2019.

MOIR, J. *Corporate Governance in Asia: A work in progress*. *Asialaw*, v. 1, 2006.

MOREIRA, Eliane de Oliveira. Compliance no Brasil: Aspectos da responsabilidade fiscal das empresas no combate à corrupção. Paraná: *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, 2018, n. 3. Acesso em: 27 jul. 2021.

OLIVA, Milena Donato; DA GUIA SILVA, Rodrigo. Notas sobre o compliance no direito brasileiro. *Revista Quaestio Iuris*, v. 11, n. 04, p. 2708-2729, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/33843/27065> Acesso em: 29 set. 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A Exigência de Programas de Compliance e Integridade nas Contratações Públicas: O Pioneirismo do Estado do Rio de Janeiro e do Distrito Federal*. 2019. Disponível em: < <http://genjuridico.com.br/2019/04/29/a-exigenciade-programas-de-compliance-e-integridade-nas-contratacoes-publicas-o-pioneirismo-doestado-do-rio-de-janeiro-e-do-distrito-federal/> > Acesso em: 27 set. 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª Edição, Rio de Janeiro: MÉTODO, 2021.

PIROTINI, Rodrigo *Exigência de compliance nas contratações com o poder público é constitucional*. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-03/pironticonstitucional-exigir-compliance-contratacoes-publicas> Acesso em 23 nov. 2019.

PORTAL DE COMPLIANCE. *Os 8 Passos de um Programa de Compliance e Ética Empresarial*. Disponível em: <https://portaldecompliance.com.br/8-passos-para-complianceempresarial> Acesso em: 27 set. 2019.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. *Compliance e lei anticorrupção nas empresas*. Paraná: *Revista de Informação Legislativa*, 2015, n. 205. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p87.pdf Acesso em 20 maio 2019.

RIO DE JANEIRO. Lei nº 7.753, de 17 de outubro de 2017. Dispõe sobre a instituição do programa de integridade nas empresas que contratarem com a administração pública do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, 18 out. 2017.

SCHRAMM, Fernanda Santos. *O compliance como instrumento de combate à corrupção no âmbito das contratações públicas*. 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/190091> Acesso em: 27 set. 2019.

SILVA, Pedro Gabriel Kenne da Silva. *O papel do controle interno na Administração Pública*. Porto Alegre: Con-Texto, 2002, v. 2. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ConTexto/article/view/11555/0> Acesso em 15 abril de 2019.

STUTZ, Rosiane Sant'Anna. *Compliance e os códigos de ética das empresas de capital aberto no Brasil: uma análise sob a ótica institucionalista*. 2017. Tese de Doutorado. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/19609> Acesso em: 27 set. 2019.

TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. *Revista Impulso*, Piracicaba, v. 13, n. 33, p. 9-31, 2003.

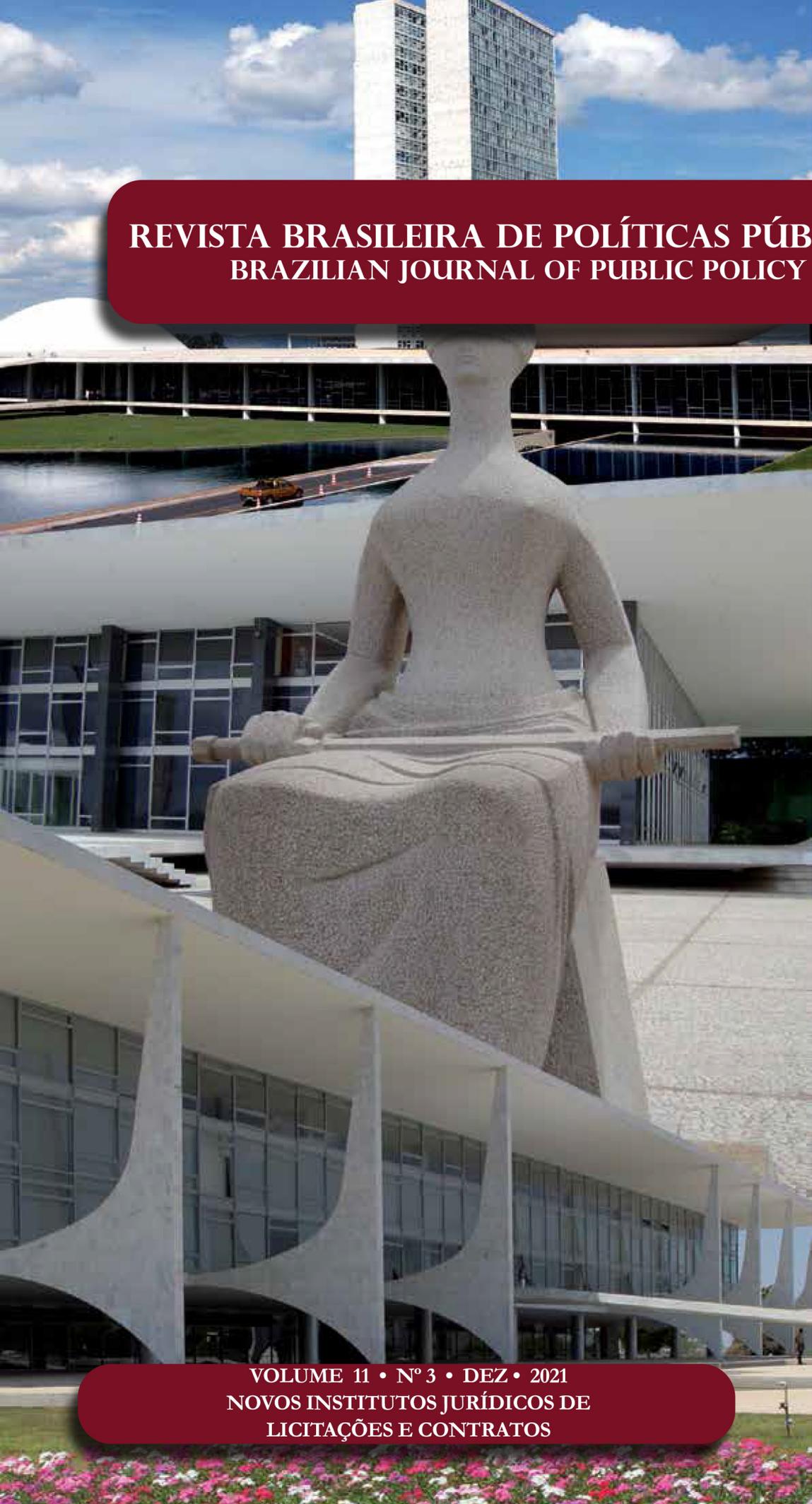
WITTMANN, Cristian. *Programas de cumprimento (compliance programs) e o Direito na sociedade global: A concepção de um campo autônomo de regulação das nanotecnologias em usos militares*. Tese: Programa de Pós-Graduação em Direito – Doutorado linha de Pesquisa: Sociedade, Novos Direitos E Transnacionalização, São Leopoldo, 2015. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/6257> Acesso em: 12 set. 2019.

XAVIER, Christiano Pires Guerra. *Programas de compliance anticorrupção no contexto da lei 12.846/13: Elementos e estudo de caso*. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito dos Negócios Aplicado e Direito Tributário Aplicado) - FGV - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2015.

The logo for CEUB (Centro de Educação Universitária Brasileira) is displayed in white on a dark red background. It consists of the letters 'CEUB' in a bold, sans-serif font, with a stylized vertical bar to the right of the 'B'.

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

The background of the cover is a photograph of a modern, white building with large glass windows and a prominent white statue of a seated woman holding a book. The building is situated on a hillside with a large, curved walkway and a body of water in the foreground. The sky is blue with scattered white clouds.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A nova realidade brasileira de necessidade de programas de integridade das pessoas jurídicas licitantes em processos licitatórios da administração pública

The new reality of the need for bidders' integrity programs in Brazilian public procurement

Fernando Silva Moreira dos Santos

Luiz Fernando de Oriani e Paulillo

VOLUME 11 • Nº 3 • DEZ • 2021
NOVOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

A nova realidade brasileira de necessidade de programas de integridade das pessoas jurídicas licitantes em processos licitatórios da administração pública*

The new reality of the need for bidders' integrity programs in brazilian public procurement

Fernando Silva Moreira dos Santos**

Luiz Fernando de Oriani e Paulillo***

Resumo

Neste artigo identifica-se o arcabouço normativo existente em 2021 que traz a necessidade de as pessoas jurídicas possuírem programas de integridade para participarem em licitações da Administração Pública federal, dos Estados e do Distrito Federal, explorando as razões para a necessidade e explicitando as bases desses programas. Inicialmente, se apresentará o atual contexto normativo que impactou a necessidade de implementação de programas de integridade por parte das pessoas jurídicas licitantes. Em seguida, se explorará a legislação que tratou, de forma específica, sobre a necessidade de implementação de programas de integridade. Por fim, serão exploradas as bases de um programa de integridade e a resistência cultural em sua implementação. Conclui-se que, mesmo quando não há a obrigatoriedade do programa de integridade, há, nitidamente, um novo ambiente normativo que exige que as pessoas jurídicas contratadas pela Administração Pública implementem os processos de gestão de mitigação de riscos atrelados ao relacionamento com o Poder Público, assegurando, inclusive, transparência, integridade, ética e probidade, o que melhor se faz por meio de um programa de integridade. O grande impedimento para a transformação colocada refere-se à falta de uma cultura organizacional de integridade, que afasta investimento em medidas que não sejam obrigatórias; no entanto, é importante que as pessoas jurídicas licitantes entendam a necessidade atual de efetivarem programas de integridade diante do arcabouço normativo posto. O objetivo deste artigo é contribuir para a apresentação do novo cenário normativo brasileiro licitatório em relação aos programas de integridade em licitações e contratações públicas, ainda desconhecidos por muitas pessoas jurídicas licitantes.

Palavras-chave: licitações públicas; contratações públicas; programas de integridade; ética empresarial; transparência pública.

* Recebido em 30/09/2021
Aprovado em 14/01/2022

** Doutor em Engenharia de Produção pela Universidade Federal de São Carlos – UFSCAR – com etapa desenvolvida no curso de Doutorado em Economia dos Negócios do INSPER. Mestre em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Especializado em Direito Público pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus - FDDJ. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Professor da Fundação Getúlio Vargas - FGV. Membro da Comissão Jurídica do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa - IBGC. Advogado especialista em Direito Empresarial. Consultor jurídico. Conselheiro Fiscal.

E-mail: fernando@moreiradosantos.com.br.

*** Diretor do Centro de Ciências Exatas e de Tecnologia da Universidade Federal de São Carlos (2019/2023). Professor Titular do Departamento de Engenharia de Produção da Universidade Federal de São Carlos. Pós-Doutorado na FAO-ONU (2007). Doutor em Economia pelo Instituto de Economia da UNICAMP (2000), com etapa de bolsa-sanduiche na Universidade de Córdoba - Espanha. Pesquisador Visitante no “Instituto de Estudios Sociales Avanzados de España” (1999). Mestre em Engenharia de Produção pela Universidade Federal de São Carlos (1994). Graduado em Economia pela Universidade Estadual Paulista (1991). Pesquisador do Grupo de Ensino e Pesquisas Agroindustriais (GEPai) da UFSCar e do Núcleo de Estudos Organizacionais da UFSCar.

E-mail: dlfp@ufscar.br.

Abstract

The purpose of this article is to identify the regulatory framework existing in 2021 that brings the need for legal entities to have integrity programs to contract with the federal, state and Federal Public Administration, exploring the reasons for such need and explaining the bases for these programs. Initially, the current regulatory context that impacted the need to implement integrity programs by those hired by the Public Administration will be presented. Next, the legislation that specifically addressed the need to implement integrity programs will be explored. Finally, the bases of an integrity program and cultural resistance in its implementation will also be explored. The conclusion drawn is that, even when the integrity program is not mandatory, there is clearly a new regulatory environment that requires those hired by the Public Administration to implement risk mitigation management processes linked to the relationship with the Public Authorities, ensuring transparency, integrity, ethics and honesty, which is best done through an integrity program. The great impediment to transformation is still the lack of an organizational culture of integrity, which prevents investment in non-mandatory measures. The contribution of this article is to present a new Brazilian legal bidding scenario regarding integrity programs, which is still unknown by many bidders.

Keywords: public bids; public procurement; integrity programs; business ethics; public transparency.

1 Introdução

A ética empresarial tem ganhado cada vez mais relevância no ambiente comercial mundial, inclusive, no cenário brasileiro, o que engloba as licitações e contratações públicas. Há uma ampla evolução sobre exigência de conformidade normativa e institucional para as pessoas jurídicas que remonta ao início do século XX, e que vem trazendo, cada vez mais, coercibilidade reputacional e normativa quanto à necessidade de atuarem de forma ética, transparente, proba e íntegra, tanto em contratações privadas, quanto em contratações públicas. Como a conformidade normativa depende de processos de gestão de mitigação de risco, o que ficou conhecido como programa de *compliance*, para que se implementem e efetivem esses processos, há a necessidade, também, de se desenvolver a governança corporativa.

No Brasil, esse novo cenário de coercibilidade quanto à necessidade de programas de *compliance* é posto, especialmente, após a Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013, conhecida como “Lei da Empresa Limpa” ou “Lei Anticorrupção”, o caso “Lava Jato”, a Lei n.º 13.303, de 30 de junho de 2016, conhecida como “Estatuto Jurídica da Empresa Pública” e, mais recentemente, a Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021, que ficou conhecida como “Nova Lei de Licitações”. Houve, ainda, após a “Operação Lava Jato”, uma reconstrução, em especial nos anos de 2015 e 2016, do arcabouço normativo quanto à governança corporativa, reformando os pilares para que as pessoas jurídicas, em especial para as empresárias, desenvolvam uma estrutura embasada em ética empresarial e nas melhores práticas de governança: transparência, prestação de contas, sustentabilidade corporativa e equidade.¹

Assim, atualmente, há preocupação por parte das pessoas jurídicas em como proceder nas contratações públicas no Brasil, a respeito de exigências, ou benefícios, decorrentes de implementação de programas de integridade, denominação dada pelas legislações brasileiras ao tratarem do programa de *compliance* em face de ilícitos praticados contra a Administração Pública nacional ou estrangeira. A crescente preocupação por parte das pessoas jurídicas é vista, por exemplo, pelo aumento da adesão ao Pacto Unidos Contra a Corrupção, atualmente, em 656.990 pessoas, e pelo aumento de solicitação de acesso ao sistema do Pró-Ética.²

¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Evolução do arcabouço regulatório de governança corporativa*. 2018. Disponível em: <https://conhecimento.ibgc.org.br/Paginas/Publicacao.aspx?PubId=23981>. Acesso em: 30 set. 2021.

² UNIDOS CONTRA A CORRUPÇÃO. *As novas medidas contra a corrupção*. 2018. Disponível em: <http://unidoscontraacorrupcao>.

Esses programas de integridade exigem a implementação efetiva de mecanismos de prevenção, detecção e resposta ao ilícito cometido em face da Administração Pública, os quais asseguram maior transparência pública, uma vez que o contratado realizará a gestão do risco e dará a devida resposta, até mesmo denunciando os eventuais desvios gerados pela Administração.

Nesse contexto, o presente artigo tem o objetivo de identificar o arcabouço normativo que traz a necessidade de as pessoas jurídicas possuírem programas de integridade para participarem em licitações públicas e contratarem com a Administração Pública federal, dos Estados-membros, em especial dos que previram a obrigatoriedade do programa, e do Distrito Federal, explorando as razões para a necessidade e explicitando as bases dos programas. A mesma sistemática pode ocorrer também nos Municípios, mas o levantamento do arcabouço normativo nesses entes não será objeto do presente artigo.

2 Novo contexto normativo

Após as manifestações populares ocorridas no Brasil de abril a julho de 2013 clamando, dentre outras pautas, por um combate efetivo à corrupção, foi promulgada em 1º de agosto de 2013, a Lei n.º 12.846, com vigência a partir de 29 de janeiro de 2014, a qual trouxe a objetivação da responsabilidade administrativa e civil das pessoas jurídicas por atos praticados contra a Administração Pública nacional e estrangeira. Com esta Lei, tipificou-se uma série de ilícitos que não eram, no costume das legislações estrangeiras e internacional, tratados juntamente ao *compliance* anticorrupção. Os ilícitos previstos na Lei pátria têm relação com (i) procedimentos licitatórios e contratos públicos; e, (ii) procedimentos de investigação por parte das autoridades públicas. Assim, atualmente, as políticas de relacionamento com a Administração Pública instituídas pelas pessoas jurídicas devem tratar, também, desses ilícitos inseridos pela Lei n.º 12.846/2013 em relação à integridade corporativa.

A integridade corporativa será implementada nos termos da Lei n.º 12.846/2013 por um programa de integridade, o qual criará os controles necessários de prevenção, detecção e resposta para que o ato ilícito não seja praticado e que, se praticado, fique evidente a falta de interesse da pessoa jurídica na sua prática, ou, ao menos, falta de benefício a ela, resultando na redução de eventuais penalidades e, até mesmo, no afastamento da sua responsabilidade. A necessidade do programa de integridade é, ainda, maior em face da objetivação da responsabilidade feita por meio desta Lei, pois houve uma facilitação em se provar a responsabilidade da pessoa jurídica por ilícitos cometidos em face da Administração Pública por seus empregados e partes relacionadas, mesmo sem o elemento da responsabilidade “culpa *latu sensu*” – dolo ou culpa *strictu sensu* –, bastando a comprovação de que os atos lesivos à Administração tenham sido praticados, exclusivamente ou não, em benefício ou interesse da pessoa jurídica, provando a conduta, o dano e o nexo de causalidade entre conduta e dano. Assim, cresceu para as pessoas jurídicas a importância em se adotar programas de integridade, de modo a mitigar o risco de que condutas ilícitas sejam praticadas, ou de seus efeitos.

Ao regulamentarem a Lei da Empresa Limpa, cinco Estados da federação e o Distrito Federal exigiram que, preenchidos determinados requisitos, houvesse a implementação obrigatória de programa de integridade pelas licitantes contratadas. Ademais, as “70 Medidas Contra a Corrupção” têm, em sua medida 42, a “exigência de *compliance* em grandes licitações: comprovação de existência de programa de integridade efetivo por meio de certificação por PJ acreditada pela CGU”, a qual, se for adotada normativamente, trará,

org.br/. Acesso em: 30 set. 2021. Quanto ao Pró-Ética, solicitaram acesso ao sistema, para o Pró-Ética 2011-2013, 170 empresas; para o Pró-Ética 2015, 97 empresas; para o Pró-Ética 2016, 195 empresas; para o Pró-Ética 2017, 375 empresas; para o Pró-Ética 2018-2019, 373 empresas; conforme dados disponibilizados pela Controladoria Geral da União. CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO (CGU). *Estatísticas*. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica/pro-etica-em-numeros#d>. Acesso em: 30 set. 2021.

ainda mais, coercibilidade para a integridade em contratações públicas.³ Esse contexto demonstra a necessidade de as pessoas jurídicas licitantes se preocuparem com a estruturação de programas de integridade em suas contratações públicas.

O Estatuto Jurídico da Empresa Pública trouxe, também, uma série de regras de governança e de controles internos para que as empresas públicas *strictu sensu* e as sociedades de economia mista os adotem, o que impacta, diretamente, na conduta de suas contratadas, que sofrerão, coercitivamente, exigências decorrentes dessas novas regras, as quais estão embasadas nas melhores práticas de governança corporativa: ética empresarial, transparência, prestação de contas, equidade e sustentabilidade corporativa.

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei n.º 14.133, promulgada em 1º de abril de 2021, trouxe, ainda, uma modernização dos procedimentos licitatórios e de contratações públicas. Dentre as medidas adotadas, houve o incentivo e valorização de programas de integridade nas contratações públicas, como a obrigatoriedade quando o contrato for de grande vulto; e, a previsão de que a sua existência implica em critério de desempate e é considerada na aplicação das sanções administrativas.

2.1 Lei da Empresa Limpa

A Lei da Empresa Limpa, em seu artigo 9º, dispõe que a União tem competência federal e relativa aos atos lesivos praticados contra administrações públicas estrangeiras. A regulamentação da Lei na esfera federal ocorreu por meio do Decreto n.º 8.420, de 18 de março de 2015, advindo após amplas manifestações populares no dia 15 de março de 2015, que ficaram conhecidas popularmente por “panelaço”. Esse Decreto trouxe o regramento quanto aos programas de integridades em seu Capítulo IV, em que consta, no artigo 41, *caput*, o conceito do programa de integridade, no artigo 41, parágrafo primeiro, a necessidade de se adotar o programa com proporcionalidade e dinamismo, e, no artigo 42, os 16 elementos do programa.

Embora a disposição do Decreto n.º 8.420/2015 tenha sido estabelecida com o objetivo de criar parâmetros para a avaliação de programas de integridade em relação à imposição de penalidades, os 16 elementos seguem a prática internacional e, portanto, são parâmetros para as pessoas jurídicas implementarem os seus programas de integridade. Destaque-se, entretanto, que micro e pequenas empresas são isentas de alguns desses elementos, o que se fez por meio da Portaria Conjunta da Controladoria Geral da União e da Secretaria da Micro e Pequena Empresa n.º 2.279, de 09 de setembro de 2015, que dispensou os elementos desproporcionais para a pequena estrutura, nitidamente os relacionados aos terceiros, o canal de denúncia e a auditoria.

O primeiro elemento previsto no referido artigo 42 é o “comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa”. O comprometimento com a integridade deve partir do topo da organização, sendo *top-down*, partindo de cima o tom para o restante da estrutura organizacional, consoante expressão em inglês: *tone at the top*. Para determinar se há o comprometimento da alta direção, verifica-se, entre outros fatores, (i) a frequência de episódios de descumprimento pela alta administração; (ii) a postura da alta administração com relação a *compliance*, como garantia de orçamento e de contato direto com o responsável pela área; e, (iii) comunicações.⁴ O grande desafio é que o comprometimento seja efetivo, e não meramente formal, inclusive em observância aos deveres fiduciários dos gestores, em especial, o dever de diligência, previsto no artigo 153 da Lei n.º 6.404/76 — Lei das S/A. Diante desse cenário, aumentam as dúvidas por parte dos gestores das condutas que devem praticar para demonstrarem que se desincumbiram do seu dever de diligência. O importante será agir com boa-fé necessária para as funções assumidas, seguindo a *business judgment rule*, por meio da qual o gestor não pode ser

³ UNIDOS CONTRA A CORRUPÇÃO. *As novas medidas contra a corrupção*. 2018. Disponível em: <http://unidoscontraacorrupcao.org.br/>. Acesso em: 30 set. 2021.

⁴ Ver FALCETTA, Giovanni Paolo; FARIA, Felipe; SAUD, Salim (org.). *Compliance*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2017. p. 7.

responsabilizado pelas decisões negociais que tomar, para isso terá que cuidar para, por exemplo, não assinar relatórios sem a devida conferência, tomar cuidado com omissões de má-fé e agir sempre que necessário.

O segundo elemento é “padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos”. Isso porque o programa de integridade para ser efetivo exige sua aplicação a todos os colaboradores da sociedade. A exceção ao programa gera descrédito, com impacto reputacional, e possibilidade de materialização do risco. Se um gestor não se submeter ao programa, poderá ser ele a praticar o ilícito, afastando a efetividade dos controles internos.

O terceiro elemento refere-se aos “padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados”. Exige-se que os padrões de integridade aplicáveis à sociedade sejam, também, aplicados aos terceiros com os quais a sociedade se relaciona. Ao se exigir que os padrões de integridade sejam aplicáveis aos terceiros, tenta-se mitigar esse risco trazidos por eles para a pessoa jurídica. Trabalha-se essa exigência, geralmente, por meio de uma cláusula contratual de *compliance*, a qual deverá ser adequada e suficiente aos riscos identificados em relação ao parceiro. Cláusulas de *compliance* proforma e inadequadas para os riscos existentes no relacionamento contratado podem gerar inefetividade. Esse elemento não se aplica às micro e pequenas empresas, embora, eventualmente, elas tenham que se submeter a exigências de sociedades que tenham que cumprir o programa de integridade.

O quarto elemento é a realização de “treinamentos periódicos sobre o programa de integridade”. O Decreto n.º 8.420/2015 estabelece a necessidade de treinamentos periódicos de integridade, mas não se estabelecem os períodos de treinamento, tampouco que os períodos sejam os mesmos aplicáveis a todos os colaboradores. Várias circunstâncias podem levar as sociedades à adoção de diferentes soluções para os treinamentos, como a Lei n.º 13.303/16, que estabeleceu como periodicidade a realização do treinamento no momento da posse dos gestores e, posteriormente, anualmente, sob pena de o gestor que não realizar o treinamento por dois anos consecutivos não poder ser reconduzido ao cargo. A prática recorrente é o treinamento ser realizado, no mínimo, anualmente.

O quinto elemento constitui a “análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade”. Trata-se da prática de, periodicamente, reavaliar os riscos a que estão sujeitas às sociedades para fazer os ajustes necessários ao programa de integridade. A avaliação do risco exige que haja a identificação, mensuração, avaliação e monitoramento dos riscos corporativos no que tange ao relacionamento com a Administração Pública. Esse é um dos elementos que também não se aplicam às micro e pequenas empresas, mas que, se observado, poderá trazer ganhos com a adaptação necessária para enfrentar modificações ocorridas no campo organizacional em que estas empresas operam.

O sexto elemento consiste na definição de “registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica”. Esse elemento é uma tentativa de o Decreto n.º 8.420/2015 incorporar aos processos de integridade brasileiros as disposições contábeis da *Foreign Corrupt Practices Act – FCPA* para permitir, inclusive, que haja uma verificação da possibilidade de corrupção nos negócios empresariais. A adequada escrituração contábil permite a verificação da prática do suborno, visto que ajuda a evitar o recurso não declarado — “caixa dois”.

O sétimo elemento é o estabelecimento de “controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica”. Assim como no caso do elemento anterior, previsto no artigo 42, inciso VI, do Decreto n.º 8.420/2015, houve uma incorporação aos processos de integridade brasileiros das disposições contábeis da *Foreign Corrupt Practices Act – FCPA*. As pessoas jurídicas devem estabelecer controles internos efetivos para evitar que a contabilização ocorra com irregularidades e não se consiga verificar indícios de fraudes e ilícitos praticados.

O oitavo elemento é a definição de “procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões”. Exige-se que as pessoas jurídicas tratem de procedimentos para a participação em licitações, para a renegociação de contratos e para a sua performance. Por exemplo, definição no código de conduta de que o contato com o agente público deverá ser feito sempre por, no mínimo, dois colaboradores da pessoa jurídica; e, proibição no código de ética da concessão de qualquer benefício para autoridade pública. Em razão da necessidade de proporcionalidade dos procedimentos, o que está de certa forma previsto no artigo 41, parágrafo único, do Decreto n.º 8.420/15, pessoas jurídicas que não tenham contato tão próximo com a Administração não precisam de procedimentos tão detalhados quanto as que atuem, diretamente, com o Poder Público.

O nono elemento é “independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento”. Trata-se da exigência de que as sociedades tenham estruturas de *compliance* independentes e com autoridade, sem conflito de interesses na atribuição das funções de *compliance*, de modo a se evitar, na estrutura da pessoa jurídica que tenham condições de definir instâncias diversas, cumulações com outras funções que possam ter interesses colidentes, como as funções de *Data Protection Officer* — DPO. Esse é um dos elementos que não se aplicam às micro e pequenas empresas.

O décimo elemento refere-se à implantação de “canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé”. Para que um programa seja efetivo, não é suficiente que haja o treinamento e a comunicação das normas, é necessário fiscalizar. Esse elemento materializa a conduta de detecção do ilícito na sociedade, segunda conduta do programa de *compliance*. Importante que haja a possibilidade de as denúncias serem anônimas. Embora não haja disposição expressa no regulamento, os canais de denúncia normalmente implantados são (i) uma linha de comunicação telefônica; e, (ii) uma linha de comunicação por e-mail, sendo que o canal é, às vezes, administrado por terceiro, que não integra a organização e, por outras, é administrado internamente.⁵ Há, também, a possibilidade de incorporação de formulário de denúncia no próprio website da pessoa jurídica. O importante é gerar a transparência adequada quanto ao acesso ao canal e que haja, de fato, o tratamento da denúncia pela pessoa jurídica. Esse é outro dos elementos que não se aplicam às micro e pequenas empresas, embora, considerando o seu ambiente organizacional, um mecanismo simples possa já ser o suficiente para melhorar o seu programa de integridade, como uma “caixa” para recebimento das denúncias colocada no banheiro da empresa, local em que não há câmeras que permitam a identificação do denunciante.

O décimo primeiro elemento é a criação de “medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade”. Esse elemento do programa de integridade é o que lhe dá real efetividade. No caso de violações, as pessoas jurídicas devem aplicar sanções. Caso contrário, não há efetividade e o programa passa a ser um mero procedimento formal. Há, assim, a materialização da conduta de resposta, necessária para a efetividade do *compliance*.

O décimo segundo elemento é a definição de “procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados”. A efetividade de um programa de integridade está na possibilidade de evitar o descumprimento ou interromper o descumprimento e permitir a tempestiva reparação dos danos gerados, por isso é importante assegurar que se cesse o ilícito. Embora a denúncia para as autoridades não seja obrigação do particular, a previsão em sua política de *compliance* de que a denúncia será realizada quanto identificado o ilícito cometido em face da Administração ajuda a comprovar esse elemento.

⁵ FALCETTA, Giovanni Paolo; FARIA, Felipe; SAUD, Salim (org.). *Compliance*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2017. p. 12.

O décimo terceiro elemento é a realização de “diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão de terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados”. Trata-se da obrigação de que as sociedades façam diligências de verificação, ou *due diligences*, na sua interação com terceiros. Uma vez que os terceiros estão fora da organização, é mais fácil que ocorram violações sem que estas sejam detectadas pela sociedade. O *due diligence* de terceiros tem como objetivo, justamente, a verificação de os terceiros terem procedimentos de controle adequados, bem como a verificação da aderência às normas de integridade.⁶ Esse elemento não se aplica às micro e pequenas empresas, embora possam ter que responder a *due diligences* de parceiros de negócios.

O décimo quarto elemento é a “verificação durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas”. Trata-se da exigência de que, sempre que houver um procedimento de fusão e aquisição ou reestruturação societária, se realize, por exemplo, um *due diligence* de *compliance* para verificar se houve algum cometimento de irregularidade no passado ou a existência de vulnerabilidades. Este elemento poderá ser atendido, também, por meio da realização de auditorias nas envolvidas na operação.

O décimo quinto elemento implica o “monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no artigo 5º da Lei n.º 12.846/2013”. O monitoramento consiste na constante verificação do programa de integridade; se a aplicação deste programa é correta; e se tem efetividade. Como o monitoramento é possível a verificação da necessidade de adoção de ajustes e alterações. Esse é o último dos elementos que não se aplicam a micro e pequenas empresas.

O último elemento, décimo sexto, constitui a “transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos”. Atualmente, não são mais permitidas doações de pessoas jurídicas para candidatos e partidos políticos. Então, importante se ter transparência quanto ao fato de as pessoas jurídicas não doarem, prevendo essa restrição em seus regimentos normativos, como no código de ética, o que ajudará, inclusive, a que a organização recuse com maior propriedade eventuais doações solicitadas.

2.2 Nova Lei de Licitações

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021, trouxe verdadeira modificação para as contratações públicas em geral no que tange à necessidade de programas de integridade pelos licitantes.

A nova Lei previu, no seu artigo 25, §4º, que, nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato. Caberá a regulamentação dessa lei dispor sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento.

Além disso, ainda previu como critério de desempate nas licitações o desenvolvimento pelo licitante de programa de integridades nos termos da regulamentação, conforme artigo 60, inciso IV; que seja considerar a existência do programa de integridade na aplicação de sanções, conforme artigo 156, §1º, inciso V; e, que, para a empresa punida por violação à Lei da Empresa Limpa ou por apresentar declaração ou documentação falsa, exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato ser reabilitada, deverá implementar ou aperfeiçoar o seu programa de integridade.

⁶ FALCETTA, Giovanni Paolo; FARIA, Felipe; SAUD, Salim (org.). *Compliance*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2017. p. 14.

2.3 Contratações estaduais e do Distrito Federal

A Lei da Empresa Limpa, em seu artigo 8º, dispõe sobre a competência legislativa, determinando que cada ente federativo regulamentará a Lei em sua esfera de competência. A regulamentação estadual, geralmente, segue a regulamentação federal, mantendo o Processo Administrativo de Responsabilização — PAR — como o processo administrativo sancionador para a apuração da responsabilidade administrativa e aplicação de suas sanções, definindo a competência para a instauração desse processo em razão do ente lesado, tratando do acordo de leniência e dos sujeitos competentes para a sua celebração, além de muitas regulamentações estaduais virem, às vezes, acompanhadas de outras normas, as quais trazem, por exemplo, previsão de criação ou alteração de órgãos responsáveis pela aplicação das sanções e a criação de fundos de combate à corrupção.

Ainda não regulamentaram a Lei da Empresa Limpa, no Estados do Acre, Amapá e Bahia, embora haja o Projeto de Lei n.º 22.614/17, com exigência de programa de integridade, nos Estados do Piauí, Roraima e Sergipe. Já regulamentaram a Lei, os Estados de Alagoas (Decreto n.º 48.326/2016), Ceará (Lei n.º 16.192/16: Programa Estadual de Fortalecimento ao Controle Administrativo; e, Decreto n.º 33.951, de 23/02/2021), Espírito Santo (Decreto n.º 3.956-R/2016, que regulamentou a Lei da Empresa Limpa, e Lei n.º 10.793/2017, que determinou que as empresas que firmarem contrato com a Administração Estadual deverão seguir o Código de Conduta e Integridade a ser observado pelos fornecedores de bens e serviços), Maranhão (Decreto n.º 31.251/2015), Mato Grosso (Decreto n.º 522/2016 e Portaria 08/2016, apresentando critérios para avaliação de programas de integridade), Mato Grosso do Sul (Decreto n.º 14.890/2017), Minas Gerais (Decreto n.º 46.782/2015), Pará (Decreto n.º 2.289, de 13/12/2018), Paraíba (Decreto n.º 38.308/2018), Paraná (Decreto n.º 10.271/2014 e Lei n.º 19.857, de 29/05/2019, que instituiu o compliance público), Rio Grande do Norte (Decreto n.º 25.177/2015), Rondônia (Pacote Anticorrupção lançado em 16/04/19 e Decreto n.º 23.907/2019, regulamentando a Lei da Empresa Limpa), Santa Catarina (Decreto n.º 1.106/2017 e Lei n.º 17.715, de 23/01/2019, criando o programa de integridade e compliance da Administração Pública estadual), São Paulo (Decreto n.º 60.106/2014) e Tocantins (Decreto n.º 4.954/2013).

Já os Estados do Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Amazonas, Goiás e Pernambuco, além do Distrito Federal, regulamentaram a Lei da Empresa Limpa com uma grande novidade sendo posta: a exigência de programa de integridade para contratações públicas. Cada um desses entes previu os próprios requisitos para a exigência, os elementos que devem constar no programa de integridade, a autoridade competente para a avaliação do programa e o valor da multa em caso de descumprimento.

O Estado do Rio de Janeiro, por meio da Lei n.º 7.753, de 17 de outubro de 2017, inovou ao prever a obrigatoriedade de programa de integridade para todas as contratações públicas acima de R\$ 1.500.000,00, para obras e serviços de engenharia, ou acima de R\$ 650.000,00, para compras e serviços, desde que o prazo do contrato seja igual ou superior a 180 dias. A contratada terá o prazo de 180 dias para a implementação do programa. Em seu artigo 4º, dispôs os elementos do programa de integridade, inovando com um novo elemento em relação ao Decreto federal n.º 8.420/2015: “ações comprovadas de promoção da cultura ética e de integridade por meio de palestras, seminários, workshops, debates e eventos da mesma natureza”. A análise do programa deverá ser feita pelo gestor do contrato, que aplicará multa de 0,02% dia sobre o valor do contrato, limitado a 10% do valor do contrato, a partir do dia seguinte ao termo final do prazo de 180 dias para a implementação do programa.

O Distrito Federal regulamentou a Lei da Empresa Limpa por meio do Decreto n.º 37.296/2016, e, depois, por meio da Lei n.º 6.112, de 02/02/2018, alterada pela Lei n.º 6.308, de 13/06/2019). Previu-se a obrigatoriedade de programa de integridade para as contratações acima de R\$5.000.000,00 (antes da alteração de 2019, o valor estava em R\$80.000,00) e contratações com prazo igual ou superior a 180 dias. Entretanto, a apresentação da comprovação do programa deve ocorrer no momento da contratação. Acrescentou-se, também, a necessidade de “ações comprovadas de promoção da cultura ética e de integridade por meio de

palestras, seminários, workshops, debates e eventos da mesma natureza”. A análise do programa deverá ser feita pela Administração Pública, que aplicará multa de 0,08% dia sobre o valor do contrato, limitado a 10% do valor do contrato, a partir do dia seguinte ao termo final do prazo de 180 dias para a implementação do programa — antes da alteração normativa de 2019, a multa era de 0,1%.

O Estado do Rio Grande do Sul regulamentou a Lei da Empresa Limpa por meio da Lei n.º 15.228, 25/09/2018, trazendo a obrigatoriedade de programa de integridade para contratações acima de R\$ 330.000,00, para obras e serviços de engenharia; ou, acima de R\$ 176.000,00 para compras e serviços, tendo o prazo de implantação de 180 dias. A análise do programa está a cargo da Administração Pública, que poderá aplicar multa de 0,02% dia sobre o valor do contrato, limitado a 10% do valor do contrato, pelo descumprimento do programa de integridade imposto.

O Estado do Amazonas regulamentou a Lei federal por meio da Lei n.º 4.730, 27/12/2018, estipulando a obrigatoriedade de programa de integridade para todas as contratações acima de R\$ 3.000.000,00, para obras e serviços de engenharia; ou, acima de R\$ 1.430.000,00 para compras e serviços; e, para contratos com prazo igual ou superior a 180 dias, com prazo de implantação também de 180 dias. Acrescentou ao programa de integridade, em relação ao art. 42 do Decreto federal: “ações comprovadas de promoção da cultura ética e de integridade por meio de palestras, seminários, workshops, debates e eventos da mesma natureza”. A análise do programa caberá a uma comissão formada por 3 membros, que poderá aplicar multa de 0,02% dia sobre o valor do contrato, limitado a 10% do valor do contrato em razão do descumprimento.

O Estado de Goiás previu, por meio da Lei n.º 18.672/2014, a obrigatoriedade de compliance público e regulamentou a Lei da Empresa Limpa por meio da e Lei 20.489, de 10/06/2019, que previu a obrigatoriedade de programa de integridade para todas as contratações acima de R\$ 1.500.000,00, para obras e serviços de engenharia; ou, acima de R\$ 650.000,00 para compras e serviços; desde que o contrato tenha prazo igual ou superior a 180 dias. A comprovação do programa deve ocorrer no momento da contratação, sendo que exige 11 elementos no programa de integridade, mas os quais, também, trazem a necessidade de condutas de prevenção, detecção e resposta ao ilícito. Caberá à Autoridade Pública analisar o programa e aplica multa de 0,1% dia sobre o valor atualizado do contrato, limitado a 10% do valor do contrato, em razão do descumprimento.

O Estado de Pernambuco promulgou a Lei n.º 16.309/2018, que incluiu o Ministério Público nos Processos Administrativos de Responsabilização – PAR –; estipulou como obrigatório o sigilo no PAR, para assegurar a reputação da empresa; previu a necessidade de treinamentos, canal de denúncias por meio da Ouvidoria e criação de Fundo Estadual vinculado ao combate à corrupção. Posteriormente, regulamentou, especificamente, a Lei da Empresa Limpa por meio da Lei n.º 16.722, de 09/12/2019, que instituiu a obrigatoriedade de programa de integridade para contratos para obras e serviços de engenharia, a partir de 01/01/2022, acima de R\$ 10.000.000,00, e, a partir de 01/01/2024, acima de R\$ 5.000.000,00; e, para contratos para compras em geral, a partir de 01/01/2025, acima de R\$ 10.000.000,00. A implantação do programa deve ocorrer no prazo de 180 dias, cabendo a análise à Secretaria da Controladoria Geral do Estado e unidades de controle interno, que poderá aplicar multa pela não apresentação do programa, de 0,2% dia sobre o valor do contrato, limitado a 20% do valor do contrato, e, pelo não atingimento de pontuação: 0,1% dia sobre o valor do contrato, limitado a 10% do valor do contrato.

3 Noções sobre os programas de integridade

A necessidade de organizações desenvolverem processos de gestão que assegure a conformidade institucional e normativa para a mitigação de riscos, constituindo um programa de compliance, remonta ao começo do século XX, nos Estados Unidos da América, quando se promulgou, em 1906, a *Food and Drugs*

Act e se criou a agência reguladora *Food and Drugs Administration – FDA*. Isso porque, com a instalação de um modelo de regulação e fiscalização do setor de comércio de medicamentos e saúde alimentar por meio dessa agência, as organizações nele inseridas precisaram adequar seus processos, criando controles internos, de modo a mitigar o risco regulatório. E, em 1913, criou-se o *Federal Reserve System – FED* – com o objetivo de conferir maior estabilidade e segurança para o sistema financeiro norte-americano, fazendo com que instituições financeiras tivessem que adequar seus controles e, com isso, reforçando a ideia de programas de *compliance*. Entretanto, a pulverização das noções de *compliance* se iniciou na década de 70, com o “caso Watergate”, com a busca de combate ao crime de organização e ao tráfico de drogas internacional e promulgação da *Foreign Corrupt Practices Act – FCPA*.

Um programa de integridade, eventualmente elaborado pela pessoa jurídica, ou outro instrumento qualquer nesse sentido, como um programa de *compliance*, tem como suporte estrutural a governança corporativa, sem olvidar de mecanismos de controle interno que efetivamente demonstrem a eficácia do programa implantado. Importante destacar que não basta a elaboração de normas organizacionais, sendo imprescindível que se confira efetividade a sua aplicação, observando os pilares das melhores práticas de governança corporativa — transparência, equidade, prestação de contas e responsabilidade corporativa — e a efetividade dos mecanismos adotados. É importante a definição de regras, o gerenciamento dos riscos, o estabelecimento de planos de contingência, a atenção para a relação desenvolvida nas redes sociais, mas deve-se estar, também, *compliance*, ou seja, em conformidade com o conjunto normativo ao qual a organização se submete, garantindo, assim, a efetividade da política estratégica adotada. As regras precisam ser efetivadas tanto no plano da governança horizontal, em que se tem os colaboradores, quanto da governança vertical, em que há diferentes níveis hierárquicos e administrativos.

A inobservância de regras de governança corporativa causa problemas de coordenação e controle, mas que não se resumem às questões relacionadas à separação entre propriedade e controle, incluindo, também, problemas relacionados aos contratos entre os agentes econômicos, o que se denomina por governança contratual,⁷ uma vertente da governança corporativa. A falta de efetividade da governança contratual demanda a análise da abrangência do conceito de contrato, visto que a firma não pode mais ser considerada como um “feixe de contratos”,⁸ havendo muito mais do que apenas elementos endógenos nas relações corporativas. Deve-se considerar o relacionamento intersubjetivo e o processo cognitivo, sob o enfoque da teoria dos contratos relacionais, visto existir uma organização coletiva individual, a qual está suscetível ao risco do oportunismo auto interessado. Para se chegar à efetividade de práticas que assegurem os interesses corporativos, é preciso se entender o modo como as relações humanas influenciam as relações contratuais que formam a firma, afinal, como ensina Watts e Zimmerman,⁹ a firma é composta por indivíduos com contratos com uma entidade legal. O processo cognitivo dos atores envolvidos e as relações intersubjetivas desenvolvidas entre esses atores, no ambiente institucional, influenciam o modo como as regras contratuais são efetivadas, sendo possível que outras instituições se sobressaiam às normas em decorrência de aspectos não contratuais.

Diante desse cenário, é importante a avaliação do processo cognitivo e das relações intersubjetivas no ciclo de vida dos contratos, inclusive dos contratos administrativos — desde a negociação até a fase pós-contratual —, o que é importante, também, para se efetivar o *compliance* e para a adequada aplicação da governança corporativa. Ademais, os impactos econômicos que esses comportamentos relacionais causam nos contratos devem ser avaliados, de modo a se chegar aos custos de transação.

Apenas contratos, regras, leis e normas não resolvem os problemas organizacionais. Os principais problemas existentes nos processos organizacionais são de inefetividade das regras formais (falta de *compliance*),

⁷ KESTER, W. C. Industrial groups as systems of contractualgovernança. *Oxford Review of Economic Policy*, v. 8, n. 3, p. 24-44, 1992.

⁸ COASE, R. H. The nature of the firm: 1937. In: WILLIAMSON, O.; WINTER, S. (ed.). *The nature of the firm: origin, evolution and development*. Oxford: Oxford University Press, 1991.

⁹ WATTS, Ross L.; ZIMMERMAN, Jerold L. *Positive accounting theory*. New Jersey: Prentice Hall, 1986.

muitas vezes em razão das instituições que estão influenciando os atores envolvidos; de panpropriedade do problema, resultante do *decoupling* ocasionado pela inefetividade da normatização corporativa;¹⁰ e, de cultura organizacional, também em razão das instituições envolvidas. Esses problemas demonstram a necessidade de uma avaliação exógena do contrato para que sejam atingidos os interesses corporativos. Os contratos formais devem ser interpretados em conjunto com os contratos relacionais.

Diante da complexa rede de atores envolvidos, no mercado e no desenvolvimento da atividade econômica empresarial, e de novos paradigmas quanto às instituições, cabe às organizações analisarem e interpretar o cenário em que se encontram; inclusive, avaliando as políticas de regulação do mercado em que inseridas (como a Lei da Empresa Limpa e seus regulamentos) e como essa ordem afeta os contratos relacionais, indo além de analisar tão somente as cláusulas contratuais formais, visto que as normas informais também possuem força normativa e aptidão para modificar a realidade.¹¹

É importante advertir, contudo, que os instrumentos estrategicamente estruturados precisam ter coerência com o porte da organização e dos contratos celebrados, não podendo inviabilizar o negócio. Os custos para desenvolver instrumentos que insiram a firma na normativa regulatória — legal e principiológica — precisam ser considerados para não se inviabilizar a própria operação da empresa. É preciso estudar a dimensão das práticas a serem adotadas, pois a governança corporativa ajudará a corporação apenas se estiver dentro de padrões econômicos e operacionais, de forma a não inviabilizar as suas operações, visto que o objetivo principal da firma é o lucro, e não outro qualquer objetivo colocado pelo arcabouço social, como sustentabilidade. Por isso, importante analisar e adotar como parâmetro o isomorfismo existente entre as corporações presentes no mercado, permitindo-se que se chegue a um padrão praticável de ferramentas de governança, sem gerar gastos acima do que o setor comporta na formulação dos seus custos de transação.

Portanto, nesse iter procedimental a ser desenvolvido pelas organizações empresariais, é importante entender quais as instituições influem na organização, bem como ter clara ideia da equivalência estrutural existente, analisando os campos organizacional e inter-organizacional, além do crescente isomorfismo das organizações. Possibilita-se, assim, a criação das necessárias regras comportamentais e, se possível, de modelos de governança corporativa que atendam às exigências operacionais e estruturais da organização, além das exigências legais regulatórias, principalmente, em decorrência das recentes alterações no cenário empresarial no que tange à regulação da defesa contra a corrupção, que se iniciou com a Lei Anticorrupção Empresarial, Lei n.º 12.846, de 01 de agosto de 2013, e suas respectivas regulamentações nas esferas estaduais e municipais.

Com essa abordagem, viabiliza-se a máxima eficiência, adequando-se a realidade operacional da organização ao mercado econômico, incluindo a integração de todos os envolvidos no processo, como os próprios trabalhadores, lutando contra a panpropriedade do problema e, também, contra a própria cultura intrínseca e inerente aos atores envolvidos. O aprofundamento no desenvolvimento de regras de governança a partir de um maior entendimento do cenário institucional possibilita que meras técnicas passem a ter significado de filosofia para os envolvidos, conferindo efetividade às ações adotadas. Regras complexas, rígidas e financeiramente custosas podem inviabilizar a operação da atividade econômica ou, até mesmo, não gerar a necessária adesão pelos envolvidos e, conseqüentemente, resultando em seu insucesso. Por outro lado, regras exacerbadamente flexíveis podem, simplesmente, ser insuficientes para o atendimento das normas legais regulatórias. É preciso, portanto, encontrar as regras adequadas e que gerem a aderência dos atores.

Instrumentos com gastos relativamente baixos, mas sem resultados efetivos, serão meras despesas para a organização, sem atingir ao desejado, e inúteis. O fato de haver investimento em códigos, regulamentos

¹⁰ KRENN, Mario. Understanding decoupling in response to corporate governance reform pressures: the case of codes of good corporate governance. *Journal of Financial Regulation and Compliance*, v. 23, n. 4, p. 369-382, 2015. DOI: <https://doi.org/10.1108/JFRC-04-2014-0019>.

¹¹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Safe, 1991.

e procedimentos não significa que há efetividade do programa de integridade implementado. Se há mecanismos de auditoria para verificar se não há retirada indevida de recursos de caixa, mas essa auditoria não identifica perdas, é ferramenta inócua, que também gerará a desconfiança dos “*shareholders*” e “*stakeholders*” e, conseqüentemente, a dificuldade em captação de investimentos, podendo, também, ocasionar a perda do valor da organização no mercado. Conforme Rabelo e Silveira, o ideal seria reduzir os custos de transação por meio de sistema de governança corporativa e, em conjunto, reduzir os custos de transação por meio de um sistema de governança contratual.¹²

Para Furtado (2015), toda essa promoção da cultura ética e de integridade deve ser constantemente monitorada, objetivando analisar a sua efetividade e adotar medidas corretivas caso necessário. Segundo Manske, um programa de integridade eficaz deve partir da decisão de empenho da alta direção, ou seja, o “tom que guia a companhia” vem do seu presidente, diretores, administradores, gestores, gerentes, coordenadores.¹³ O exemplo deve vir dos que estiverem no comando, evidenciando o engajamento com o comportamento ético e íntegro. Para Giovanini (2014), o comprometimento da alta direção foi previsto como o primeiro dos cinco pilares de um programa de *compliance*, considerando que “o apoio da alta direção da empresa é condição indispensável e permanente para o fomento a uma cultura ética e de respeito às leis e para a aplicação efetiva do programa”.

3.1 O programa de integridade para A CGU

Segundo a Controladoria Geral da União — CGU —, há cinco pilares interdependentes nos programas de integridade (CGU, 2015): comprometimento e apoio da alta direção; instância responsável pelo programa de integridade; análise de perfil e riscos, estruturação das regras e instrumentos; e, estratégias de monitoramento contínuo.

O primeiro é o comprometimento e apoio da alta direção. O apoio da alta direção da pessoa jurídica é condição imperativa e constante para fomentar uma cultura ética e de respeito às leis e para a aplicação efetiva do programa de integridade. O comprometimento da alta direção com a integridade nas relações público-privadas e, por conseguinte, com o programa de integridade, é o fundamento para a criação de uma cultura organizacional na qual colaboradores e terceiros — entendendo-se por terceiros aqueles que podem agir no interesse ou em benefício da pessoa jurídica, gerando a responsabilização no âmbito da Lei n.º 12.846/2013, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados — efetivamente prezem por uma conduta ética. Possui pouco ou nenhum valor prático um programa que não seja amparado pela alta direção. Níveis hierárquicos mais elevados, ocupantes de cargos com alto poder de decisão em nível estratégico e, até mesmo, o conselho de administração, se houver, devem se comprometer com a efetividade do programa. A ausência de compromisso da alta direção resulta no descomprometimento dos demais colaboradores, fazendo com que o programa de integridade exista, apenas, formalmente.

O segundo é a instância responsável pelo programa de integridade. Segundo Fonseca, qualquer que seja a instância responsável, ela deve ser dotada de autonomia, independência, imparcialidade, recursos materiais, humanos e financeiros para o pleno funcionamento, com possibilidade de acesso direto, quando necessário, ao mais alto corpo decisório da empresa.¹⁴ Para assegurar que essa instância traga as condições para colocar o Programa em prática, é importante a alocação de recursos financeiros, materiais e humanos apropriados.

¹² RABELO, Flavio; SILVEIRA, José Maria da. *Estruturas de governança e governança corporativa: avançando na direção da integração entre as dimensões competitivas e financeiras*. Texto para Discussão n. 77. Campinas: IE/UNICAMP, jul. 1999.

¹³ MANSKE, Julio Max. *Compliance anticorrupção programa de integridade: política de contratação de terceiros*. Disponível em: <http://phmp.com.br/artigos/complianceanticorrupcao-programa-de-integridade-politica-decontratacao-de-terceiros/>. Acesso em: 1 nov. 2017.

¹⁴ FONSECA, L. P. *Programa de integridade para as empresas*. Disponível em: <http://fonsecasantosadvogados.com/site/caso/id/16/titulo/Programa-de-Integridade-para-empresas>. Acesso em: 03 mar. 2017.

O terceiro é a análise de perfil e riscos — *risk assessment*. A empresa deve conhecer seus processos e sua estrutura organizacional, identificar sua área de atuação e principais parceiros de negócio, seu nível de interação com o setor público — nacional ou estrangeiro — e, por conseguinte, avaliar os riscos para o cometimento dos atos lesivos da Lei n.º 12.846/2013. Além de analisar o perfil da pessoa jurídica, a estrutura de um programa de integridade depende, de igual modo, de uma avaliação de riscos que considere as características dos mercados onde atue, como cultura local, nível de regulação estatal e histórico de corrupção. Tal avaliação deve considerar, em especial, a possibilidade de ocorrência de fraudes e corrupção, inclusive relacionadas a licitações públicas e contratos administrativos, e o impacto desses atos lesivos nas operações da pessoa jurídica. Baseando-se nos riscos identificados, serão desenvolvidos regras, políticas e procedimentos para prevenir, detectar e responder a ocorrência dos atos indesejados.

O quarto é a estruturação das regras e instrumentos. Com base no conhecimento do perfil e riscos da empresa, deve-se organizar ou atualizar o código de ética ou de conduta e as regras, políticas e procedimentos de prevenção de irregularidades; desenvolver mecanismos de detecção ou reportes de irregularidades (alertas ou *red flags*; canais de denúncia; mecanismos de proteção ao denunciante); definir medidas disciplinares para casos de violação e medidas de remediação. Para uma ampla e efetiva divulgação do programa de integridade, deve-se, também, elaborar plano de comunicação e treinamento com estratégias exclusivas para os diversos públicos da pessoa jurídica.

O quinto são as estratégias de monitoramento contínuo. É necessário definir procedimentos de verificação da aplicabilidade do programa de integridade aos processos de operação da pessoa jurídica e criar mecanismos para que as deficiências encontradas em qualquer área possam, continuamente, fornecer subsídios para o seu aperfeiçoamento e atualização. É preciso garantir também que o programa de integridade seja parte da rotina da organização e que atue de maneira integrada com outras áreas correlacionadas, tais como recursos humanos, departamento jurídico, auditoria interna e departamento contábil-financeiro. Segundo a CGU, a pessoa jurídica deve elaborar um plano de monitoramento para verificar a efetiva implementação do programa de integridade e possibilitar a identificação de pontos falhos que possam ensejar correções e aprimoramentos.¹⁵ Um monitoramento contínuo do programa também permite que haja a resposta tempestiva a quaisquer riscos novos que tenham surgido e que sejam relevantes, com probabilidade e impacto que justifiquem o seu tratamento.

Não se pode negar que as punições e requisições estabelecidas na Lei da Empresa Limpa fizeram emergir importantes reflexões acerca do desempenho das pessoas jurídicas no combate à corrupção. Entretanto, mais do que impedir possíveis aplicações de sanções, as pessoas jurídicas devem perceber que investir em integridade beneficia o próprio negócio, independentemente de qualquer tipo de responsabilização. Cada vez mais, o mercado valoriza quem tem compromisso com a integridade, tendo, essas pessoas jurídicas, vantagem competitiva em relação aos seus concorrentes e critérios diferenciados na contratação de investimentos, créditos ou financiamentos. Pensar em um ambiente de negócios íntegro permite evoluir para um mercado em que características éticas das pessoas jurídicas torna-se um diferencial estratégico e competitivo.

4 Considerações finais

Na medida em que as empresas devem buscar relações lícitas em todos os seus relacionamentos e fazer cessar desvios, cresce a necessidade da adoção de um programa de compliance efetivo. Sem uma mudança da cultura organizacional, no entanto, o programa de compliance pode não atingir a sua finalidade. Assim, a efetivação da conformidade normativa passa pelo processo de referência institucional dos indivíduos envol-

¹⁵ CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO (CGU). Programa de integridade. *Diretrizes para Empresas Privadas*. Brasília, 2015.

vidos, que precisam parar de vangloriar desvios e valorizar a correção. Por isso, há um processo de pressão de institucionalização do compliance. Esse processo constitui um mecanismo de governança corporativa.

Entretanto, mesmo diante das dificuldades, há uma nítida necessidade de instituição e aprimoramento do programa de *compliance*, especialmente a respeito de relacionamento com a Administração Pública, o que exigirá o programa de integridade. A instituição desse programa é um investimento necessário nos dias atuais e que promove um ambiente ético, transparente, íntegro e probo. Nesse sentido, vale a citação do ex-procurador adjunto do Departamento de Justiça norte-americano Paul McNulty: “If you think compliance is expensive, try non-compliance”. No vernáculo, seria dizer que se você acha que estar em conformidade é caro, tente não estar.¹⁶ Isso porque, no atual ambiente, o não estar em conformidade traz sérias consequências de responsabilização para as pessoas jurídicas.

Referências

COASE, R. H. The nature of the firm: 1937. In: WILLIAMSON, O.; WINTER, S. (ed.). *The nature of the firm: origin, evolution and development*. Oxford: Oxford University Press, 1991.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO (CGU). *Estatísticas*. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica/pro-etica-em-numeros#d>. Acesso em: 30 set. 2021.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO (CGU). Programa de integridade. *Diretrizes para Empresas Privadas*. Brasília, 2015.

FALCETTA, Giovanni Paolo; FARIA, Felipe; SAUD, Salim (org.). *Compliance*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2017.

FONSECA, L. P. *Programa de integridade para as empresas*. Disponível em: <http://fonsecasantosadvogados.com/site/caso/id/16/titulo/Programa-de-Integridade-para-empresas>. Acesso em: 03 mar. 2017.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Safe, 1991.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Evolução do arcabouço regulatório de governança corporativa*. 2018. Disponível em: <https://conhecimento.ibgc.org.br/Paginas/Publicacao.aspx?PubId=23981>. Acesso em: 30 set. 2021.

KESTER, W. C. Industrial groups as systems of contractualgovernança. *Oxford Review of Economic Policy*, v. 8, n. 3, p. 24-44, 1992.

KPMG. *Pesquisa maturidade do compliance no Brasil*. 2017/2018. Disponível em: https://www.editoraroncarati.com.br/v2/phocadownload/KPMG_pesquisa_maturidade_do_compliance_3ed_2018.pdf. Acesso em: 30 set. 2021.

KRENN, Mario. Understanding decoupling in response to corporate governance reform pressures: the case of codes of good corporate governance. *Journal of Financial Regulation and Compliance*, v. 23, n. 4, p. 369-382, 2015. DOI: <https://doi.org/10.1108/JFRC-04-2014-0019>.

MANSKE, Julio Max. *Compliance anticorrupção programa de integridade: política de contratação de terceiros*. Disponível em: <http://phmp.com.br/artigos/complianceanticorrupcao-programa-de-integridade-politica-decontratacao-de-terceiros/>. Acesso em: 1 nov. 2017.

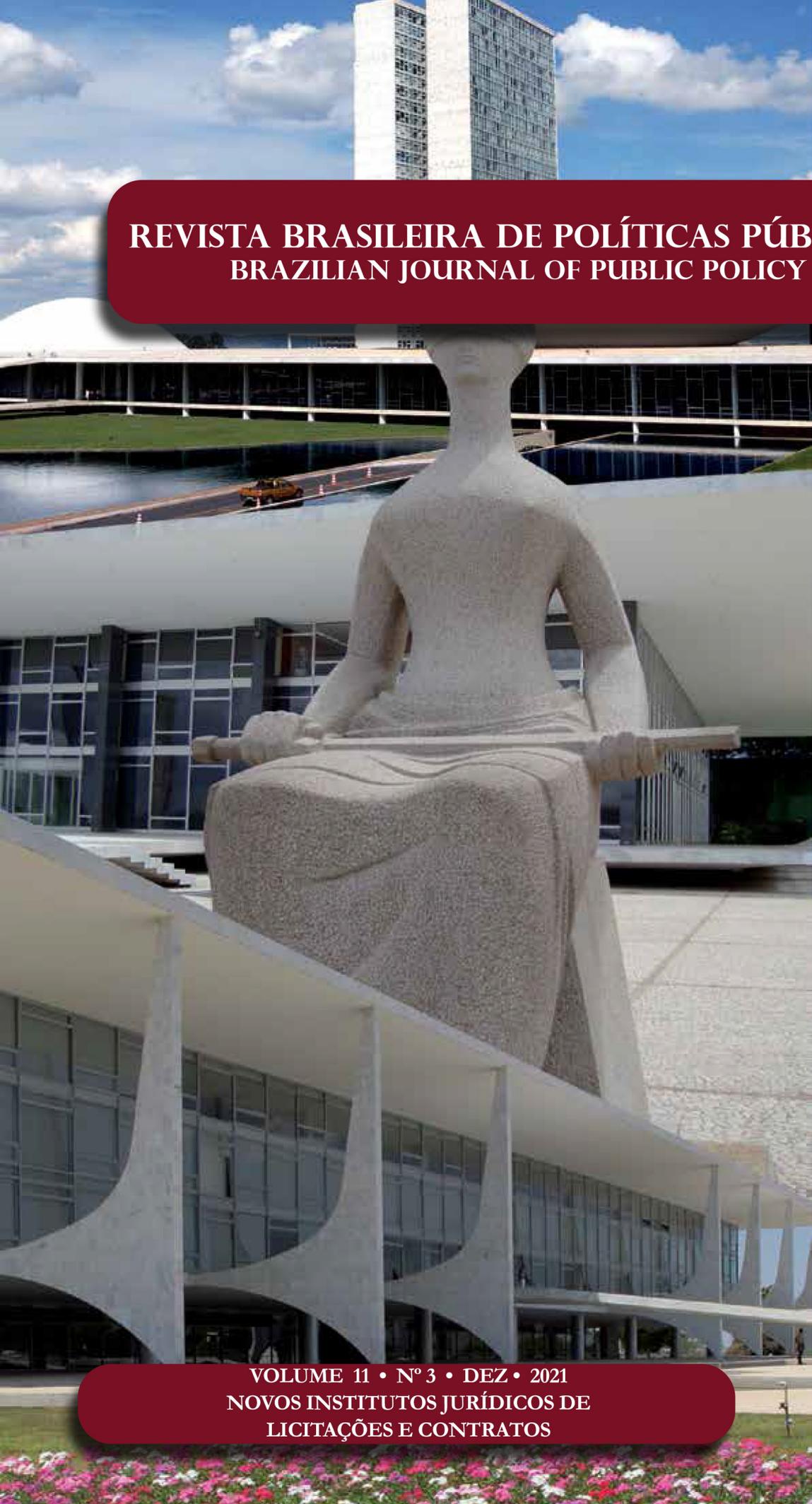
¹⁶ KPMG. *Pesquisa maturidade do compliance no Brasil*. 2017/2018. Disponível em: https://www.editoraroncarati.com.br/v2/phocadownload/KPMG_pesquisa_maturidade_do_compliance_3ed_2018.pdf. Acesso em: 30 set. 2021.

RABELO, Flavio; SILVEIRA, José Maria da. *Estruturas de governança e governança corporativa: avançando na direção da integração entre as dimensões competitivas e financeiras*. Texto para Discussão n. 77. Campinas: IE/UNICAMP, jul. 1999.

UNIDOS CONTRA A CORRUPÇÃO. *As novas medidas contra a corrupção*. 2018. Disponível em: <http://unidoscontraacorrupcao.org.br/>. Acesso em: 30 set. 2021.

WATTS, Ross L.; ZIMMERMAN, Jerold L. *Positive accounting theory*. New Jersey: Prentice Hall, 1986.

III. EFICIÊNCIA



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Efficiency contracts in the
New Brazilian Procurement
Law:** conceptual framework and
international experience

**Contratos de eficiência na Nova
Lei Brasileira de Licitações:**
perspectiva conceitual e
experiências internacionais

Floriano de Azevedo Marques Neto

Hendrick Pinheiro

Tamara Cukiert

VOLUME 11 • Nº 3 • DEZ • 2021
NOVOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE
LICITAÇÕES E CONTRATOS

Efficiency contracts in the New Brazilian Procurement Law: conceptual framework and international experience*

Contratos de eficiência na Nova Lei Brasileira de Licitações: perspectiva conceitual e experiências internacionais

Floriano de Azevedo Marques Neto**

Hendrick Pinheiro***

Tamara Cukiert****

Abstract

Objective: To analyze efficiency contracts, a contractual modality whose use was expanded by Law no. 14,133/2021, in its conceptual perspective and based on international experiences. Methodology: Qualitative post-positivist research, exploratory-descriptive, carried out from the analysis of Brazilian, French and American legislative texts and dogmatic bibliographic review of national and foreign doctrine that comment on similar legal figures in other legal systems. Originality or value: The work is original because it presents a proposal for a conceptual understanding of an institute that has been little applied in the Brazilian legal experience, whose possibility of use was expanded by the new public procurement law (Law no. 14,133/2021), and based on similar figures widely applied in countries like the United States and France. Conclusions: Efficiency contracts are an important tool used by public authorities internationally and its provision in the new public procurement law can help to mitigate the resistance of control authorities with their use in Brazil.

Keywords: public administration; public contracts; performance; efficiency; international.

Resumo

Objetivo: Analisar os contratos de eficiência, modalidade contratual cuja utilização foi ampliada pela Lei n. 14.133/2021, em sua perspectiva conceitual e a partir de experiências internacionais. Metodologia: Pesquisa qualitativa pós-positivista, de caráter exploratório-descritivo, realizada a partir da análise de textos legislativos brasileiros, franceses e americanos e revisão bibliográfica dogmática de textos da doutrina nacional e estrangeira que comentam figuras jurídicas similares em outros ordenamentos jurídicos. Conclusões: Os contratos de eficiência são uma importante ferramenta utilizada pelo Poder Público na experiência internacional e sua previsão na nova lei de licitações e contratos pode contribuir para mitigar a resistência dos ór-

* Recebido em 13/09/2021
Aprovado em 10/02/2022

** Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD-FDUSP) da mesma universidade. Advogado. ORCID iD <https://orcid.org/0000-0002-4603-2134>.
E-mail: floriano@manesco.com.br.

*** Mestre e pesquisador de doutorado pelo departamento de direito econômico, financeiro e tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado em São Paulo. ORCID iD <https://orcid.org/0000-0002-4603-2134>.
E-mail: hen_drick@usp.br.

**** Pesquisadora de mestrado em Direito no Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (PPGD-FDUSP). Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo e com Licence en Droit pela Université Jean Moulin Lyon III. Advogada.
E-mail: tamara.cukiert@manesco.com.br.

gãos de controle externo em relação a sua utilização no Brasil. Originalidade ou valor: O trabalho é original pois apresenta uma proposta de compreensão conceitual de um instituto pouco aplicado na experiência jurídica brasileira, cuja possibilidade de utilização foi ampliada pela nova lei de licitações e contratos (Lei n. 14.133/2021), a partir de paralelos com figuras semelhantes amplamente aplicadas em países como Estados Unidos e França.

Palavras-chave: administração pública; contrato administrativo; performance; eficiência; internacional.

1 Introduction

The recently published Law no. 14,133, of April 1st, 2021, reforms the legal framework for public procurement in Brazil. It revokes¹ Law no. 8,666, of June 21st, 1993, and brings together in a single law the advances perceived since then, such as those provided by the Auction (*Pregão*) Law and the Special Regime of Public Procurement (*Regime Diferenciado de Contratações Públicas*, or simply RDC) Law, now applicable to all procurement and public contracts concluded by the Public Administration. One of these innovations is the “efficiency contract”, initially provided for in the RDC.

Article 6th, item LIII of the new Law reads:

Art. 6º For the purposes of this law, the following definitions shall be considered:

[...]

LIII – efficiency contract: contract whose subject is the provision of services, and may include the performance of works or the supply of goods, with the objective of providing savings to the contracting party, in the form of reduction of current expenses, and where the contractor is remunerated based on a percentage of the savings generated;² and ³

Besides defining the efficiency contract, the new Law also introduces a new judgement criterion, applicable exclusively for the procurement of the efficiency contracts, which is the criteria of “the highest economic return” to the Public Administration (Article 33, VI and Article 39, main section, of Law no. 14,133, of April 1st, 2021)⁴.

In reality, this is not exactly a novelty in the forensic practice, since the conclusion of efficiency contracts (also known as performance contracts) was not prohibited by the legal system. However, it was not expressly authorized by law either, which raised doubts as to the possibility of its application to improve efficiency in the Brazilian Public Administration – doubts that were often reinforced by disparate decisions delivered by control authorities.

The approval of the new Law and the introduction of the efficiency contract into the Brazilian legal system, with application to all public contracts, puts an end to these doubts and makes room for the discussion and development of this type of contract in the country. In order to contribute to this debate, this article analyzes experiences with the use of efficiency contracts in France and in the United States, where they are widely used.

¹ Actually, Law No. 14,133/21 creates a transition of two years to the new framework, during which the Public Administration may choose which law to apply, according to Article 193.

² Free Translation “*Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se: [...] LIII - contrato de eficiência: contrato cujo objeto é a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, remunerado o contratado com base em percentual da economia gerada; [...]*”.

³ BRAZIL. *Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021*. National procurement Law. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Accessed on: 18 May 2021.

⁴ BRAZIL. *Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021*. National procurement Law. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Accessed on: 18 May 2021.

Furthermore, this analysis is compatible with the idea of a “Global Administrative Law”, which envisages the expansion of normative standards that are not restricted to one country or another.⁵ The United States of America and France, whose experiences are presented in this work, are both countries that have signed international agreements (the North Atlantic Trade Treaty and the European Union Treaties, for example) that establish standards for public procurement that, among other objectives, aim for models that implement efficiency in getting results⁶.

To this end, we will firstly analyze the legal doctrine in order to reach a definition of the efficiency (or performance) contract. Next, the paper will present international experiences with the contract type, and, finally, we will make brief comments about the application of the contract in Brazil.

This work is the result of a qualitative research⁷, with a post-positivist bias⁸, carried out through dogmatic bibliographical research⁹, based on documental analysis of normative statements of the Brazilian, French and American legal systems, texts of national and foreign legal doctrine, and with occasional support of court and administrative precedents.

2 Definition of performance contracts

The so-called efficiency contract, or performance contract, is a type of contract in which the contractor’s remuneration is conditioned to the fulfillment of certain performance goals.

It is important to clarify that an “efficiency contract”, as used in this paper, refers to a type of contract which includes a performance clause associated with the standard of remuneration. In other words, the contractor’s payment is contractually conditioned to the success obtained in the performance of his activities. In this context, it is also correct to say that the hired company assumes a portion of the risk of his remuneration and that this contract associates the contractor’s remuneration with the generation of efficiency gains for the contracting party.

Thus, “efficiency contract”, “performance contract”, “performance clause”, “risk contract” or “success contract” are expressions found in the legal doctrine and in the case law of the control authorities to refer to the same phenomenon under different angles, but they all express the general idea of a remuneration tied to the contractor’s productivity gains.

As for the definition, Andréia Vasconcelos and Fernando Marcato consider them as a relation in which the contractor’s remuneration is tied to the achievement of certain performance goals. In their words: “The premise adopted in the modeling of this contract is that the private party is paid for the delivery of results and not only for the execution of a series of tasks as would occur in the outsourcing of services.”^{10 11}

⁵ SILVA, Alice Rocha da; SANTOS, Ruth Maria Pereira dos. A influência do direito administrativo global no processo brasileiro de contratação pública à luz do princípio da transparência. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 6, n. 2, p. 59, 2016.

⁶ REZZOAGLI, Bruno Ariel. Contratos públicos y mercado global: un abordaje desde el derecho administrativo del siglo XXI. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 6, n. 1, p. 38-51, 2016.

⁷ GUBA, Egon G.; LINCOLN, Yvonna S. Competing paradigms in qualitative research. In: DENZIN, N. K.; LINCOLN, Y. S. *Handbook of qualitative research*. Thousand Oaks, CA: Sage, 1994, p. 105-117. *passim*

⁸ ANDRADE, José Maria Arruda de. *Interpretação da norma tributária*. São Paulo: MP Editora, 2006. p. 167.

⁹ ADEODATO, João Maurício. Bases para uma metodologia da pesquisa em direito. *Revista CEJ*, v. 3, n. 7, p. 143-150, 1999. Available at: <https://revistacej.cjf.jus.br/revcej/article/view/190>. Accessed on: 6 Apr. 2020.

¹⁰ Free translation “*A premissa adotada na modelagem desse contrato é a de que o agente privado seja remunerado pela entrega de resultados e não apenas pela execução de uma série de tarefas como ocorreria na terceirização dos serviços*”.

¹¹ VASCONCELOS, Andréia; MARCATO, Fernando. Contratos de performance para a melhoria operacional no saneamento. In: LUNA, Guilherme Gomes; GRAZIANO, Luiz Felipe Pinto Lima; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. *Saneamento básico: temas fundamentais, propostas e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 60-61.

In this case, efficiency is viewed as a condition for remuneration. Payments to the contractor shall be made only if certain contractual goals and objectives are reached. These contracts may provide a fixed remuneration, payable if a pre-established result is achieved, or variable remuneration, in accordance with the results obtained.

Thus, performance contracts are those that tie the contractor's remuneration to certain parameters, which demonstrate its performance. Performance contracts, then, necessarily include the so-called "performance clause".

It is also important to emphasize – as states François Lichère *et al.* – that in performance contracts there is a link between the contractor's performance objectives and his remuneration, so that the latter can take into account "the contractor's results, the quality of the services provided, the quality of the works and equipment, and the conditions under which they are made available to the public entity."^{12 13}

Evidently, every contract holds an idea of efficiency. However, in traditional contracts, the evaluation of the contractual performance ("efficiency") stems from a disjunctive judgment (all or nothing) which associates the payment (in a certain and determined amount) to the performance of the subject, that is, in the performance or not of a task, at adequate technical levels, regardless of whether such task has resulted in gains to the contracting Administration, either by reducing expenses or increasing revenue.

In other words, in traditional contracts, if the contractor performs the contractual object, he will be entitled to a payment "x", and if he does not perform, he receives nothing. As long as he performs what is stipulated in the contract, through the means stipulated therein, he will be entitled to the remuneration. Therefore, the usual service contracts are contracts of "means", whereas the performance contracts, on the other hand, are contracts of "results".

It should be noted that part of the legal doctrine lists the concession and public-private partnership (PPP) contracts as result-based contracts, precisely because, unlike the typical public contracts under Law 8,666/1993, the concessionaire is granted greater freedom of means to achieve the goals defined in the contract. However, such contracts differ from the performance (or efficiency) contracts, since they do not fully bind the payment of the private party to the achievement of goals - especially those related to gains for the Public Administration (either by reducing losses and expenses or by increasing revenues).

The Contracts Manual of the International Finance Corporation – IFC corroborates the above as it states that the core of performance contracts is in the fulfillment of pre-established goals: "[t]he performance contract is based on the idea of remunerating the private sector for the delivery of results and not only for the execution of a series of tasks"^{14 15}.

In traditional service contracts, the contractor's assumption of risk is lower, to the extent that it knows both what it needs to do and how much it will receive for its performance. There is also less risk (in the sense of predictability) for the contracting Administration, since it knows in advance the amount it will have to pay for the performance of a given subject.

On the other hand, in contracts in which efficiency is associated with remuneration, the contractor assumes the risk of managing to achieve a gain and receives, as consideration, part of the gain offered. In this

¹² Free translation: "La rémunération du cocontractant peut être liée à des objectifs de performance. En ce sens, la rémunération peut prendre en compte les résultats du cocontractant, la qualité des prestations de services, la qualité des ouvrages et des équipements et les conditions dans lesquelles ils sont mis à la disposition de la personne publique".

¹³ LICHÈRE, François *et al.* *Pratique des partenariats public-privé: choisir, évaluer, monter et suivre son PPP*. 2. ed. Paris: LexisNexis: Litec, 2009. p. 77.

¹⁴ Free translation "[o] contrato de performance é baseado na ideia de remunerar o setor privado pela entrega de resultados e não apenas pela execução de uma série de tarefas".

¹⁵ INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION. *Manual sobre contratos de performance e eficiência para empresas de saneamento em Brasil*. Washington: IFC, 2013. p. 17.

case, even though the criteria for the variable remuneration are previously established, these are conditioned to the occurrence of a future and uncertain fact: improvement in the Administration's performance. Thus, the contractor assumes the risk of performing his activity and, if no gain is offered for the Administration, he will receive nothing. On the other hand, if the gains are significant, his compensation will also be significant.

In general terms, variable remuneration and efficiency contracts constitute mechanisms through which one intends to tie the remuneration of the private party to the achievement of a predetermined future result about which there is no certainty as to its occurrence. The approach of risk contracts is adopted, in which the contractor assumes the risk of having at least part of his compensation directly linked to the achievement of certain results. The advantage for the Public Administration, on the other hand, is evident, since the duty to remunerate the contractor will arise, at least in part, only if the expected result that generates benefits to the contractor is obtained.¹⁶ and ¹⁷

Since in performance contracts the contractor's consideration is tied to a result, in general, in these contracts the contractor is given greater freedom of means, so that through his efforts and expertise he can produce the results desired by the Administration (thus, a contract of results)¹⁸. In traditional service contracts, the means (that is, the contracted services) are described in detail, and the contractor is required to satisfactorily perform the described activity, even if no results are produced (contract of means).

In contracts with variable remuneration associated with the contractor's performance (efficiency), both the contractual subject (improvement of the service) and the amount of consideration are not determined in advance but are determinable according to certain contractual parameters.

It should be noted that, in these cases, the contracting party often does not know in advance exactly how much the contract will cost, since the contractor's remuneration may vary in accordance with his efficiency. However, even without knowing exactly how much it will pay the contractor, the contracting party is assured that the contract's cost is associated with an effective gain.

Performance contracts, as well as other result-based contracts, suffer from technical and methodological limitations regarding the agreement and measurement of the chosen indicators, which can lead to the underestimation of goals, the focus on more achievable goals at the expense of others, the manipulation of indicators or of performance (such as by focusing on a few measured areas at the expense of others that are not measured), among others, and as such it is essential that the public authorities in charge for the procurement process seek to identify these problems and try to mitigate them.¹⁹

As aforementioned, in Brazil, the RDC, established by Law No. 12,462, of August 4th, 2011, already introduced efficiency contract applicable to contracts in the Special Regime. Seeking to improve efficiency, this law provided for the possibility of variable remuneration based on the performance of the contractor.²⁰

¹⁶ Free translation: "*Em linhas gerais, a remuneração variável e os contratos de eficiência constituem mecanismos pelos quais se pretende subordinar a remuneração do particular à obtenção de um resultado futuro predeterminado acerca do qual não se tem certeza sobre sua ocorrência. Adota-se uma sistemática de contratos de risco, em que o contratado assume o risco de ter ao menos parte de sua remuneração diretamente vinculada à obtenção de certos resultados. A vantagem para a Administração Pública, por outro lado, é evidente, uma vez que o dever de remunerar o contratado surgirá, pelo menos em parte, apenas se for obtido o resultado esperado que gera benefícios ao contratante*".

¹⁷ SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). *Interesse Público*, v. 13, n. 70, p. 221-251, nov./dez. 2011. p. 222.

¹⁸ VASCONCELOS, Andréa; MARCATO, Fernando. Contratos de performance para a melhoria operacional no saneamento. In: LUNA, Guilherme Gomes; GRAZIANO, Luiz Felipe Pinto Lima; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. *Saneamento básico: temas fundamentais, propostas e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 60-61.

¹⁹ MARTINS, Humberto Falcão. Governança para resultados. *Boletim de análise político-institucional*, n. 19, dez. 2018. p. 57-65.

²⁰ ANDRADE, Ricardo Barretto de; VELOSO, Vitor Lanza. Uma visão geral sobre o Regime diferenciado de contratações públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimaraes (coord.). *O regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à Lei n. 12.462 e ao Decreto n. 7.581: (atualizados pela Lei n. 12.980 e pelo Decreto n. 8.251, de maio de 2014)*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 33-50. p. 39.

The definition in the RDC is very similar to the one provided for in the new Law, which now expands application of the contract type to all public contracts. For this matter, article 23 of Law No. 12,462, also revoked²¹ by the new Procurement Law, stated that:

§ 1º The efficiency contract's subject is the provision of services, and may include the performance of works or the supply of goods, with the objective of providing savings to the contracting party, in the form of reduction of current expenses, and where the contractor is remunerated based on a percentage of the savings generated;^{22 23}

Braga and Braga argue that “public procurement is subject to a heavy regulatory burden, and obstacles to the compatibility between achieving efficiency in results and complying with control and transparency requirements are routinely found”^{24 25}. Although there have been attempts to implement different configurations of performance contract in the Brazilian reality – whether or not based on the provisions of the RDC – the national experience has always been resistant to this contract type. The Court of Auditors of the State of São Paulo (TCE/SP), for example, has rejected the possibility of using performance clauses *per se* in the past, stating that the variation of remuneration presents an excessive risk to the contracting Public Administration, since it would not be able to determine, in advance, exactly how much it would disburse²⁶.

However, this is a trend that is being reversed. Announcing these winds of change is the experience of the State of São Paulo's Water and Sanitation Company (SABESP), which has been using performance contracts for the implementation of water supply optimization plans for years. Such contracts, like performance contracts for energy savings, common on the international scenario, have been validated on more than one occasion by case law, including that of the TCE/SP²⁷.

Moreover, this type of contract is widely used internationally as a tool to improve the provision of public services, especially in the water and sanitation and energy sectors. Lastly, the international experienced described below proves that the conclusion of performance contracts has the potential to improve the performance of the Public Administration as a whole.

²¹ Also in two years' time, in accordance with article 193 of Law No. 14.133/21.

²² Free translation “§ 1º O contrato de eficiência terá por objeto a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada.”

²³ BRAZIL. *Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011*. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm. Accessed on: 18 May 2021.

²⁴ Free translation: “[...] a área de compras governamentais é objeto de pesada carga normativa, encontrando-se, corriqueiramente, obstáculos à compatibilidade entre a obtenção de eficiência nos resultados e o cumprimento dos requisitos de controle e transparência”.

²⁵ BRAGA, Cintia Garcia Vieira; BRAGA, Lamartine Vieira. Aplicação de tecnologias de informação e comunicação na contratação pública: a experiência portuguesa. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 1, n. 3, p. 123-143, dez. 2011. p. 127

²⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado (TCE/SP). *Process TC-000859/008/14*. Rap. Cons. Antonio Roque Citadini. 2 Aug. 2016. Available at: http://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/552600.pdf. Accessed on: 22 May 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado (TCE/SP). *Process TC-000876/001/09*. Rap. Cons. Silvia Monteiro. 27 Feb. 2013. Available at: http://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/212851.pdf. Accessed on: 22 May 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado (TCE/SP). *Process TC-000929/007/07*. Rap. Cons. Robson Marinho. 18 Apr. 2012. Available at: http://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/72556.pdf. Accessed on: 22 May 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado (TCE/SP). *Process TC-008226/026/09*. Rap. Cons. Subs. of Mr. Josué Romero. 17 Apr. 2012. Available at: http://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/175144.pdf. Accessed on: 22 May 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado (TCE/SP). *Process TC-009127/026/11*. Rap. Cons. Silvia Monteiro. 10 Sep. 2013. Available at: http://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/247089.pdf. Accessed on: 22 May 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado (TCE/SP). *Process TC-031267/026/10*. Rap. Cons. Edgard Camargo Rodrigues. 08 Dec. 2010. Available at: http://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/105478.pdf. Accessed on: 22 May 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado (TCE/SP). *Process TC-24625/026/09*. Rap. Cons. Cláudio Ferraz de Alvarenga. 16 Mar. 2010. Available at: http://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/66941.pdf. Accessed on: 22 May 2021.

²⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado (TCE/SP). *Process TC-24625/026/09*. Rap. Cons. Cláudio Ferraz de Alvarenga. 16 Mar. 2010. Available at: http://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/66941.pdf. Accessed on: 22 May 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado (TCE/SP). *Process TC-008226/026/09*. Rap. Cons. Subs. of Mr. Josué Romero. 17 Apr. 2012. Available at: http://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/175144.pdf. Accessed on: 22 May 2021.

3 The French experience

In France, there is specific regulation on efficiency contracts concluded by the Public Administration. According to Article 34 of Ordonnance No. 2015-899 of July 23, 2015, these contracts are called “*marchés globaux de performance*”²⁸.

As the name implies, it is a type of “*marché public*”, a genus that encompasses any contract entered into between the Administration and public or private parties, in order to meet the former’s needs of works, supplies or services, and where the contractor’s payment is made in full by the Administration²⁹.

These contracts are defined by Article 34 of Ordonnance No. 2015-899 as those that tie the operation or maintenance to the “[...] execution or design and subsequent performance of services in order to meet quantified performance objectives defined, notably, in terms of level of activity, quality of service, energy efficiency or ecological impact” [...] ^{30 31}.

These contracts, initially applied in France to achieve energy goals, had their use extended to other public policies. In these contracts “the quantified objectives to be achieved are thus comparable to obligations of result. It is therefore during the award and dialogue phase that these objectives can be decided. These are data, measurable performance commitments.”^{32 33}.

Moreover, in these efficiency contracts, the expected performance goals are taken into account when determining the remuneration of the private party responsible for the maintenance or operation of the goods and services at hand. The contractor’s remuneration shall therefore be modulated in case his performance is above or below expectations.

Finally, the French legal system, as well as the Brazilian, distinguishes the traditional public contracts from the concession contracts, in which the concessionaire shall be remunerated exclusively by the revenues from the exploitation of the delegated services³⁴. Therefore, the public administrators must ensure that the contractor’s remuneration in the *marché globaux de performance* is not substantially linked to the results of the exploitation of the service, so as to protect against a possible requalification of the *marché* into a concession contract³⁵.

3.1 Energy Savings Contracts

Prior to the creation of the *marchés globaux de performance* described above, the French *Code de Marchés Publics* of 2006 already provided for many similar contracts in its Article 73, generically referred to as contracts

²⁸ FRANCE. *Ordonnance n. 2015-899*. 23 Jul. 2015. Available at: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000030920376>. Accessed on: 18 May 2021.

²⁹ FRANCE. *Code des marchés publics*. 2006. Available at: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000005627819&idSectionTA=&dateTexte=20160331>. Accessed on: 18 May 2021.

³⁰ Free translation “[...] à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance définis notamment en termes de niveau d’activité, de qualité de service, d’efficacité énergétique ou d’incidence écologique [...]”.

³¹ FRANCE. *Ordonnance n. 2015-899*. 23 Jul. 2015. Available at: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000030920376>. Accessed on: 18 May 2021.

³² Free translation: “[...] les objectifs chiffrés à atteindre sont donc assimilables à des obligations de résultat. C’est donc lors de la passation, de la concertation que ces objectifs pourront être décidés. Ce sont des données, des engagements de performance mesurables”.

³³ VOLPELLIÈRE, Yoan. *L’obligation de résultat de l’Administration*. Thesis (Doctor Degree in Law) – Université Montpellier, Montpellier, France, 2015. p.104.

³⁴ In France, the term “*délégations de services publics*” is adopted, which includes several types of “*concessions*”. Moreover, the definition of concession presented is similar to the definition of public service concession contract (or common concession) in Brazilian law, as provided for in article 2, II, of Federal Law No. 8.987/1995 (BRAZIL. *Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987compilada.htm. Accessed on: 18 May 2021.).

³⁵ FRANCE. Legal affairs department. *Fiche technique: contrats globaux*. 2018. Available at: <https://www.economie.gouv.fr/daj/contrats-globaux-2018>. Accessed on: 18 May 2021.

which associated conception, execution and exploitation or maintenance of its subject (“*marchés associant conception, réalisation et exploitation ou maintenance*”).

Such contracts were widely used in the energy sector with the objective of reducing power consumption in the country. Called “energy performance contracts” (*contrats de performance énergétique*), these agreements encouraged the contractor to reduce electricity consumption, since the amount of his remuneration is directly linked to the energy saved. They “fulfill three main functions: guarantee energy performance after the renovation of a building; use energy to finance energy renovation and externalize investments”³⁶ and ³⁷.

The *Code de Marchés Publics* was revoked by Ordonnance 2015-899 of July 23, 2015 and later replaced by the broader *Code de la commande publique* (Public Procurement Code, or simply CCP). In the latter, the energy performance contracts are defined as a type of the *marchés globaux de performance*, as described above³⁸.

These energy performance contracts are defined as:

[...] all contracts concluded by the administration with an energy efficiency services company in order to guarantee, in relation to a contractual reference situation, an improvement in the energy performance of a facility, verified or measured during the duration of the contract, through investments in works, supplies, or services.³⁹ ⁴⁰

The aim of the energy performance contract in France, therefore, is to increase the energy efficiency of a given public facility to the level previously established in the contract. If it fails to meet this level, the contractor shall pay compensation corresponding to the economic equivalent of the difference between the pre-determined level in the contract and the level effectively performed. On the other hand, if the contractor exceeds the pre-established levels, he shall be entitled to a bonus in his remuneration⁴¹.

3.2 Drug Development Contracts

Furthermore, there is precedent, not only in France, but in several other countries, of contracts concluded by the State with pharmaceutical companies for the development of drugs, which characterize performance contracts. In these contracts, the contracting authority sets certain parameters that must be met by the drug, whose non-compliance by the contractor means no remuneration shall be due.

In France, Megerlin states that the LEEM-CEPS framework agreement of December 2012, concluded between the Association of French pharmaceutical companies and the French Government’s Commission for health products, allows performance contracts to be concluded. Several other countries, such as the United Kingdom and the United States, also employ these types of contracts⁴².

Moreover, according to the author, the performance contract in the pharmaceutical industry seeks to tie the contractor’s remuneration to the achievement of indexes called Key Performance Indicators (KPI), whi-

³⁶ Free translation: “[...] remplissent trois grandes fonctions : garantir une performance énergétique après la rehabilitation d’un ouvrage ; utiliser d’énergie pour financer la renovation énergétique et externaliser les investissements”.

³⁷ NICINSKI, Sophie. Les contrats de performance énergétique. *Annuaire des collectivités locales*, n. 33, p. 147-154, 2013. p. 148.

³⁸ CENTRE SCIENTIFIQUE ET TECHNIQUE DU BATIMENT. Observatoire des contrats de performance energetique. *Les premiers résultats de l’observatoire des contrats de performance energetique*. 2017. Available at: <http://www.cstb.fr/assets/documents/ocpe-chiffres-cles-novembre-2017-fr-291117.pdf>. Accessed on: 18 May 2021.

³⁹ Free translation ” tout contrat conclu entre un pouvoir adjudicateur et une société de services d’efficacité énergétique visant à garantir, par rapport à une situation de référence contractuelle, l’amélioration de la performance énergétique d’un bâtiment ou d’un parc de bâtiments, vérifiée et mesurée dans la durée, par un investissement dans des travaux, fournitures ou services.”

⁴⁰ FRANCE. Ministry of Ecology. *Présentation des contrats de performance énergétique*. 2012. Available at: <http://www.acheteurs-publics.com/marches-publics-encyclopedie/contrats-globaux-de-performance>. Accessed on: 18 May 2021.

⁴¹ FRANCE. Ministry of Ecology. *Présentation des contrats de performance énergétique*. 2012. Available at: <http://www.acheteurs-publics.com/marches-publics-encyclopedie/contrats-globaux-de-performance>. Accessed on: 18 May 2021.

⁴² MEGERLIN, F. Médicaments innovants et prix conditionnels: le contrat de performance, à l’opposé du partage de risques. *Annales pharmaceutiques françaises*, v. 71, 2013. p. 296.

ch, when combined, would determine both the method of verification of the developed drug's properties, as well as would allow the discovery (and eventually the appreciation) of even superior properties⁴³.

The French regulation, as demonstrated by the aforementioned examples, allows the Public Administration to sign performance contracts in which the contractor's remuneration is tied to the efficiency gains offered, in a similar fashion to those included in Brazil's New Public Procurement Law. Lastly, the reality in the United States is no different, as demonstrated below.

4 The American experience

In the United States, performance contracts concluded by the Public Administration are very common. As in Brazil, this type of contract represented a break with the traditional model of public contracts, in which the private party was paid for the activity performed (contract of means), in opposition to the results obtained (contract of results).

However, unlike what happened in Brazil, the conclusion of performance contracts in the United States was the aim of a specific public policy, provided by Policy Letter 91-2 of 1991, of the Office of Federal Procurement Policy, which directed the Federal Public Administration Agencies to employ, to the maximum extent possible, performance contracts in their service contracts with individuals.

The Policy Letter's goal was to ensure that the quality of the service provided achieved appropriate levels, as well as that the contractor would be paid only for services that met the expected parameters. This idea is clearly expressed by Aristigueta and Foote, who, when addressing the new movement toward performance contracts, state that it is based on the premise that an effective way to induce the contractor to achieve a certain objective of public interest is to pay him only when he does something that contributes to it.

The new philosophy of performance contracting is based on the assumption that an effective way to get a contractor to help accomplish a specific public purpose is to pay that contractor only when it actually does something that contributes to achieving the purpose. The vendor is not explicitly instructed on how to complete the task but rather is given flexibility on the implementation as long as the results are achieved.⁴⁴

According to the authors, performance contracts should then establish the objective parameters to be achieved by the private contractor, without, however, determining the means by which the contractor should do so. In other words, only the final aim of the contract should be determined, and it is up to the private contractor to use his expertise to select the best means to achieve it. This way, the responsibility for achieving the expected level of quality of service (which, in turn, shall be reflected in the contractor's remuneration) is fully transferred to the contractor.

Finally, Behn and Kant argue that the performance contract established a cooperative relationship between the Public Administration and the private contractor, as opposed to the adversarial relationship. Additionally, it is also a form of inducing private behavior through economic incentives that differs from the traditional path of normative regulation⁴⁵.

⁴³ MEGERLIN, F. Médicaments innovants et prix conditionnels: le contrat de performance, à l'opposé du partage de risques. *Annales pharmaceutiques françaises*, v. 71, 2013. p. 296-297.

⁴⁴ ARISTIGUETA, Maria; FOOTE, Lynne. The use of performance contracts for delivery of social services in the United States. *Theoretical and applied economics*, v. 3, n. 532, 2009. p. 5.

⁴⁵ BEHN, R. D.; KANT, P. Strategies for avoiding the pitfalls of performance contracting. *Public productivity and management review*, v. 22, n. 4, 1999. p. 474.

4.1 Energy savings contracts

In the United States there is also a specific type of performance contract in the water and energy sectors, called Energy Savings Performance Contracts (ESPC). In these contracts, the Administration hires a company to perform maintenance and improvement work that will increase the efficiency of a given public facility in terms of energy or water consumption.

In these contractual arrangements, the contractor is remunerated according to the energy efficiency gains offered by its work. More specifically, part of the fraction of the public budget that would otherwise have been spent on energy inefficiency expenses, now corrected by the contractor, will be used to remunerate the contractor over time. Thus, the private party assumes the risk of providing the promised gains in efficiency, since its remuneration is directly linked to its performance.

As defined by the US Department of Energy:

ESPC, or performance contracting, is a budget-neutral approach to performing building improvements that reduce energy and water use while increasing operational efficiency. ESPC enables owners to implement cost-saving projects now, without capital budgets. The resulting cost savings pay for efficiency projects over time. [...]

In an ESPC project, the projected savings are guaranteed. A third party generally finances the total project cost, using the guaranteed annual projected savings to pay for the improvements over time, often within 15 years. Therefore, facility owners can make the building improvements right away without asking for appropriations and without impacting the capital budget.⁴⁶

Therefore, performance contracts are perceived as a way to save water and power, as well as to increase the operational efficiency of public facilities at zero cost – that is, without impacting the public budget.

More specifically, in these contracts the private party must submit an annual performance guarantee, which represents the estimated amount that will be saved by the government after the services are performed. The logic is that this value given as collateral should be greater than the annual costs of financing the project. In other words, the contractor guarantees that the savings he provides will be greater than the costs that the government (or the external financier, if applicable) will have to pay him. The contractor will then carry out the necessary works to ensure the proposed savings in water or energy and will be remunerated on the basis of a fraction of these saved costs. This amount should then be sufficient to amortize the initial investments over the duration of the contract. Thus, the project will be financed with the budgetary resources saved on water or energy bills as a result of the works carried out by the contractor in the performance contract⁴⁷.

In the ESPC, the contractor's performance is measured according to the amount of energy or water saved. If they do not achieve the estimated level of savings, they must then make up for the difference⁴⁸.

Finally, it should be noted that successful ESPC programs have been developed by the states of Colorado, Hawaii, Massachusetts, Pennsylvania, Utah and Washington⁴⁹.

⁴⁶ UNITED STATES OF AMERICA. U. S. Department of Energy. *Energy savings performance contracting: guidelines for developing, staffing, and overseeing a State program*. 2016. Available at: https://www.energy.gov/sites/prod/files/2016/04/f30/ESPC%20Program%20Guidelines_April%202016_FINAL.pdf. Accessed on: 18 May 2021.

⁴⁷ UNITED STATES OF AMERICA. National Association of Energy Services Companies. *Introduction to energy performance contracting*. 2007. Available at: https://www.energystar.gov/ia/partners/spp_res/Introduction_to_Performance_Contracting.pdf. Accessed on: 18 May 2021.

⁴⁸ UNITED STATES OF AMERICA. U. S. Department of Energy. *Energy savings performance contracting: guidelines for developing, staffing, and overseeing a State program*. 2016. Available at: https://www.energy.gov/sites/prod/files/2016/04/f30/ESPC%20Program%20Guidelines_April%202016_FINAL.pdf. Accessed on: 18 May 2021.

⁴⁹ UNITED STATES OF AMERICA. U. S. Department of Energy. *Energy savings performance contracting: guidelines for developing, staffing, and overseeing a State program*. 2016. Available at: <https://www.energy.gov/sites/prod/files/2016/04/f30/ESPC%20>

4.2 Performance contracts for the provision of social services

Furthermore, a study conducted by the University of Delaware analyzed three precedents of performance contracts signed in that American state, referring to the provision of social services. In these contracts, the remuneration of the contractor was linked to the objectives actually achieved, and the private party was free to define the most appropriate means to achieve such results. The government, in turn, did not remunerate the mere provision of services, but only to the extent that the pre-established objectives in the contract were successfully achieved⁵⁰.

These contracts were used primarily in the areas of vocational rehabilitation, substance abuse, mental health and family assistance. The first set of contracts delegated the provision of job training services for the unemployed to the contractor, in which the private sector was paid accordingly to the rates of (i) participants who completed the program, (ii) participants who were employed after the program, and (iii) participants who remained in employment after 6 months, as well as (iv) the wages they received in their new jobs⁵¹.

In the second set of contracts for the provision of social services, the rehabilitation of drug addicts was delegated to the private sector. In these contracts, their remuneration was paid according to criteria related to the presence of participants in the program and the rate of those who effectively completed it. The contracts also established the maximum remuneration that the contractor could receive, so that the remuneration would increase for each participant that completed the program, up to a limit of 15 participants, after which the remuneration would be the same⁵².

Finally, in the third set of contracts, the private party would provide a number of services related to family counseling. An example is the provision of services that seek to find children who have been separated from their families and reintegrate them. In these cases, the contractor's remuneration was tied to the achievement of a previously determined goal (such as 80% of families successfully reunited). Payment was not made if the goal was not met, but if it was exceeded the contractor would be entitled to a bonus⁵³.

Based on these experiences, the University of Delaware's study concluded that there is great potential for using performance contracts in the provision of social services. The contracts in the three precedents analyzed obtained positive results, also provoking greater accountability on the part of service providers and an improvement in the relationship between them and the Administration, since the providers felt safer with clear objectives to meet and appreciated the greater flexibility of means that the contract provided⁵⁴.

However, these contracts are also subject to criticism regarding performance measures and incentives:

If a government's objectives or interests are explicit and the total value of the services to be provided is a contractible performance measure, designing an optimal performance-based contract should be relatively straightforward. However, in public welfare programs (as in many other government domains), objectives are not always clearly defined, and there is often no single, verifiable measure of contractor performance that adequately characterizes the value of services provided. In these cases, a performance measure will neither create the right incentives for the service provider nor will it necessarily provide an

Program%20Guidelines_April%202016_FINAL.pdf. Accessed on: 18 May 2021.

⁵⁰ ARISTIGUETA, Maria; FOOTE, Lynne. The use of performance contracts for delivery of social services in the United States. *Theoretical and applied economics*, v. 3, n. 532, 2009. p. 16.

⁵¹ ARISTIGUETA, Maria; FOOTE, Lynne. The use of performance contracts for delivery of social services in the United States. *Theoretical and applied economics*, v. 3, n. 532, 2009.

⁵² ARISTIGUETA, Maria; FOOTE, Lynne. The use of performance contracts for delivery of social services in the United States. *Theoretical and applied economics*, v. 3, n. 532, 2009.

⁵³ ARISTIGUETA, Maria; FOOTE, Lynne. The use of performance contracts for delivery of social services in the United States. *Theoretical and applied economics*, v. 3, n. 532, 2009.

⁵⁴ ARISTIGUETA, Maria; FOOTE, Lynne. The use of performance contracts for delivery of social services in the United States. *Theoretical and applied economics*, v. 3, n. 532, 2009.

accurate signal to the government of total value produced by the provider.⁵⁵

The main criticisms on the use of performance contracts in social assistance contracts are associated with the fact that the objectives and goals are, in many cases, not easily measurable, which can affect the quantification of the service provider's remuneration. However, this criticism points to a weakness in performance contracts in general (and not specifically of those in the social assistance sector), and it is up to the public authorities to choose consistent and sufficient result indicators to adequately indicate the provider's performance.

5 Conclusion

The above demonstrates that performance contracts are widely used internationally and that countries have achieved satisfactory results with their application in various sectors, such as health care, social assistance, energy and sanitation.

Furthermore, it is also understood that the types of contracts analyzed in this paper, especially energy and water saving contracts, are perfectly applicable to the Brazilian reality. The Brazilian legal framework authorizes – as well as encourages, by prescribing efficiency as a guideline for the Public Administration's performance – the conclusion of contracts that aim to provide greater efficiency to the public authorities when performing its activities. Moreover, the recently enacted Public Procurement Law (Law No. 14,133/21) explicitly mentions the “efficiency contract” and creates a specific judgment criterion for its procurement.

Article 39 of Law No. 14,133/21, for that matter, states that the bidder's offer in the procurement procedure must contain both a (i) work proposal, which explains the activities proposed and the estimated economy, and (ii) a price proposal, which shall correspond to a percentage of the estimated savings (§ 1º of Article 39). The “economic return” shall thus be the amount of the estimated economy minus the price proposal (§ 3º of Article 39).

Moreover, the new framework also outlines first characteristics of efficiency contracts in Brazil. Article 39, § 4, for example, states that the contracts must establish both (i) an estimated economy, below which the contractor's remuneration shall be reduced in accordance with his inefficiency, and (ii) a minimum economy limit, below which the contractor is subject to further sanctions.

So far, however, attempts to implement this type of contract in Brazil have usually stumbled against decisions of control authorities disallowing the use of variable remuneration clauses in public contracts. Moreover, we expect that the introduction of this type of contract in the new Public Procurement Law will encourage its application throughout the country, confirming once and for all that its use is possible and even desired.

However, as with any other public contract, its application requires care and specific conditions, which shall be designed gradually by legal doctrine and case law. We hope that this article has contributed to start an academic discussion that shall certainly follow, by bringing successful examples of the application of performance contracts around the world that may inspire their use in Brazil.

⁵⁵ HEINRICH, Carolyn; CHOI, Youseok. Performance based contracting in social welfare programs. *The American Review of Public Administration*, v. 37, n. 4, p. 409-435, 2007. p. 415.

References

- ADEODATO, João Maurício. Bases para uma metodologia da pesquisa em direito. *Revista CEJ*, v. 3, n. 7, p. 143-150, 1999. Available at: <https://revistacej.cjf.jus.br/revcej/article/view/190>. Accessed on: 6 Apr. 2020.
- ANDRADE, José Maria Arruda de. *Interpretação da norma tributária*. São Paulo: MP Editora, 2006.
- ANDRADE, Ricardo Barretto de; VELOSO, Vitor Lanza. Uma visão geral sobre o Regime diferenciado de contratações públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (coord.). *O regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à Lei n. 12.462 e ao Decreto n. 7.581: (atualizados pela Lei n. 12.980 e pelo Decreto n. 8.251, de maio de 2014)*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 33-50.
- ARISTIGUETA, Maria; FOOTE, Lynne. The use of performance contracts for delivery of social services in the United States. *Theoretical and applied economics*, v. 3, n. 532, 2009.
- BEHN, R. D.; KANT, P. Strategies for avoiding the pitfalls of performance contracting. *Public productivity and management review*, v. 22, n. 4, 1999.
- BRAGA, Cintia Garcia Vieira; BRAGA, Lamartine Vieira. Aplicação de tecnologias de informação e comunicação na contratação pública: a experiência portuguesa. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 1, n. 3, p. 123-143, dez. 2011.
- BRAZIL. *Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011*. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm. Accessed on: 18 May 2021.
- BRAZIL. *Lei n. 14.133, de 1 de abril de 2021*. National procurement Law. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Accessed on: 18 May 2021.
- BRAZIL. *Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987compilada.htm. Accessed on: 18 May 2021.
- CENTRE SCIENTIFIQUE ET TECHNIQUE DU BATIMENT. Observatoire des contrats de performance energetique. *Les premiers résultats de l'observatoire des contrats de performance energetique*. 2017. Available at: <http://www.cstb.fr/assets/documents/ocpe-chiffres-cles-novembre-2017-fr-291117.pdf>. Accessed on: 18 May 2021.
- FRANCE. *Code des marchés publics*. 2006. Available at: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000005627819&idSectionTA=&dateTexte=20160331>. Accessed on: 18 May 2021.
- FRANCE. Legal affairs department. *Fiche technique: contrats globaux*. 2018. Available at: <https://www.economie.gouv.fr/daj/contrats-globaux-2018>. Accessed on: 18 May 2021.
- FRANCE. Ministry of Ecology. *Présentation des contrats de performance énergétique*. 2012. Available at: <http://www.acheteurs-publics.com/marches-publics-encyclopedie/contrats-globaux-de-performance>. Accessed on: 18 May 2021.
- FRANCE. *Ordonnance n. 2015-899*. 23 Jul. 2015. Available at: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000030920376>. Accessed on: 18 May 2021.
- GUBA, Egon G.; LINCOLN, Yvonna S. Competing paradigms in qualitative research. In: DENZIN, N. K.; LINCOLN, Y. S. *Handbook of qualitative research*. Thousand Oaks, CA: Sage, 1994, p. 105-117.
- HEINRICH, Carolyn; CHOI, Yuseok. Performance based contracting in social welfare programs. *The American Review of Public Administration*, v. 37, n. 4, p. 409-435, 2007.
- INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION. *Manual sobre contratos de performance e eficiência para empresas de saneamento em Brasil*. Washington: IFC, 2013.

INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION. National Association of Energy Services Companies. *Introduction to Energy Performance Contracting*. 2007. Available at: https://www.energystar.gov/ia/partners/spp_res/Introduction_to_Performance_Contracting.pdf. Accessed on: 18 May 2021.

LICHERE, François *et al.* *Pratique des partenariats public-privé*: choisir, évaluer, monter et suivre son PPP. 2. ed. Paris: LexisNexis: Litec, 2009.

MARTINS, Humberto Falcão. Governança para resultados. *Boletim de análise político-institucional*, n. 19, dez. 2018.

MEGERLIN, F. Médicaments innovants et prix conditionnels: le contrat de performance, à l'opposé du partage de risques. *Annales pharmaceutiques françaises*, v. 71, 2013.

NICINSKI, Sophie. Les contrats de performance énergétique. *Annuaire des collectivités locales*, n. 33, p. 147-154, 2013.

REZZOAGLI, Bruno Ariel. Contratos públicos y mercado global: un abordaje desde el derecho administrativo del siglo XXI. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 6, n. 1, p. 38-51, 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado (TCE/SP). *Process TC-000859/008/14*. Rap. Cons. Antonio Roque Citadini. 2 Aug. 2016. Available at: http://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/552600.pdf. Accessed on: 22 May 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado (TCE/SP). *Process TC-000876/001/09*. Rap. Cons. Silvia Monteiro. 27 Feb. 2013. Available at: http://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/212851.pdf. Accessed on: 22 May 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado (TCE/SP). *Process TC-000929/007/07*. Rap. Cons. Robson Marinho. 18 Apr. 2012. Available at: http://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/72556.pdf. Accessed on: 22 May 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado (TCE/SP). *Process TC-008226/026/09*. Rap. Cons. Subs. of Mr. Josué Romero. 17 Apr. 2012. Available at: http://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/175144.pdf. Accessed on: 22 May 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado (TCE/SP). *Process TC-009127/026/11*. Rap. Cons. Silvia Monteiro. 10 Sep. 2013. Available at: http://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/247089.pdf. Accessed on: 22 May 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado (TCE/SP). *Process TC-031267/026/10*. Rap. Cons. Edgard Camargo Rodrigues. 08 Dec. 2010. Available at: http://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/105478.pdf. Accessed on: 22 May 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado (TCE/SP). *Process TC-24625/026/09*. Rap. Cons. Cláudio Ferraz de Alvarenga. 16 Mar. 2010. Available at: http://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/66941.pdf. Accessed on: 22 May 2021.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). *Interesse Público*, v. 13, n. 70, p. 221-251, nov./dez. 2011.

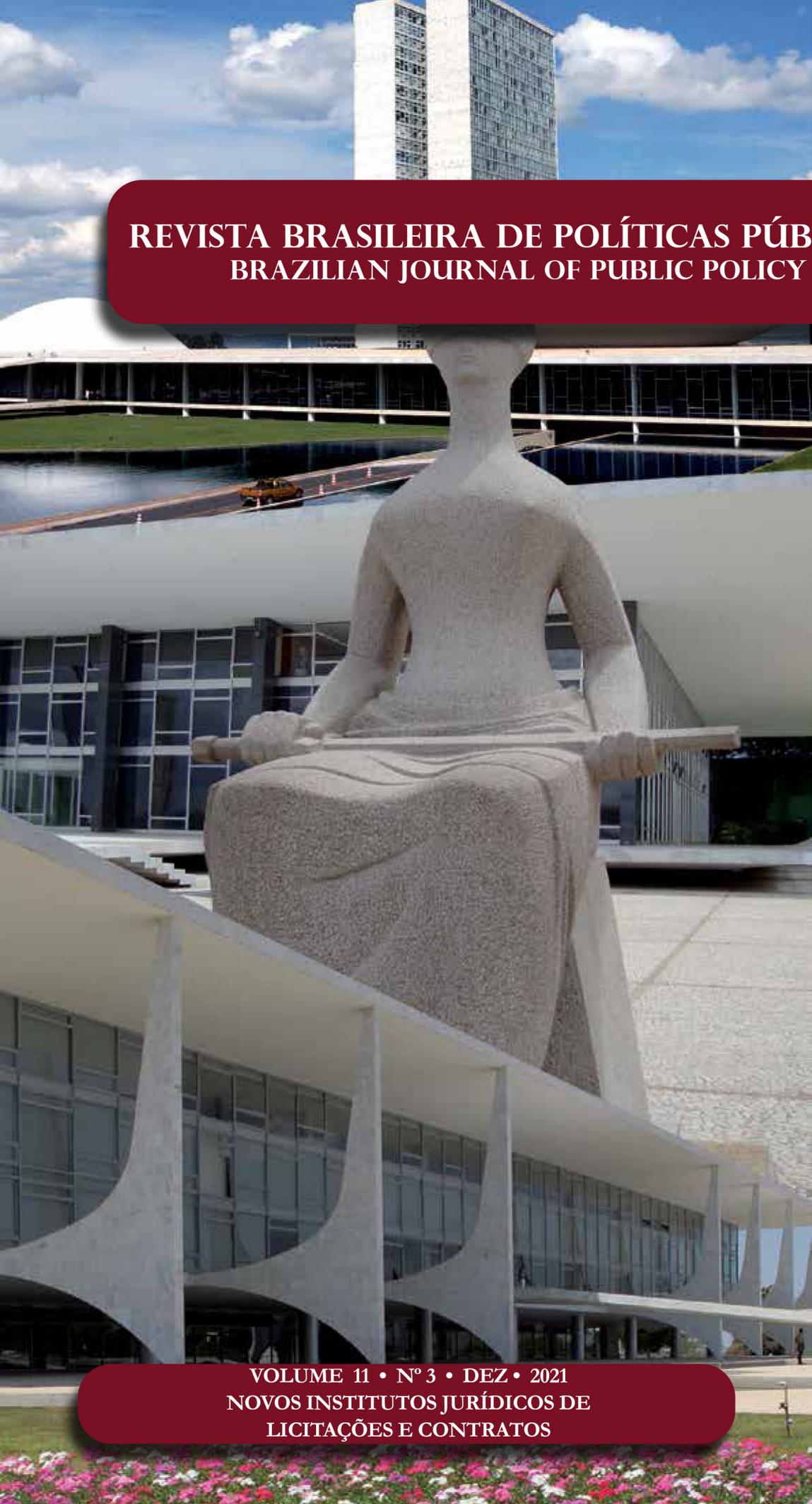
SILVA, Alice Rocha da; SANTOS, Ruth Maria Pereira dos. A influência do direito administrativo global no processo brasileiro de contratação pública à luz do princípio da transparência. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 6, n. 2, p. 65-88, 2016.

UNITED STATES OF AMERICA. National Association of Energy Services Companies. *Introduction to energy performance contracting*. 2007. Available at: https://www.energystar.gov/ia/partners/spp_res/Introduction_to_Performance_Contracting.pdf. Accessed on: 18 May 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. U. S. Department of Energy. *Energy savings performance contracting: guidelines for developing, staffing, and overseeing a State program*. 2016. Available at: https://www.energy.gov/sites/prod/files/2016/04/f30/ESPC%20Program%20Guidelines_April%202016_FINAL.pdf. Accessed on: 18 May 2021.

VASCONCELOS, Andréa; MARCATO, Fernando. Contratos de performance para a melhoria operacional no saneamento. *In*: LUNA, Guilherme Gomes; GRAZIANO, Luiz Felipe Pinto Lima; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. *Saneamento básico: temas fundamentais, propostas e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

VOLPELLIÈRE, Yoan. *L'obligation de résultat de l'Administration*. Thesis (Doctor Degree in Law) – Université Montpellier, Montpellier, France, 2015.



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A gestão de riscos como instrumento para a aplicação efetiva do Princípio Constitucional da Eficiência

Risk management as an instrument to balance the constitutional principles of legality and efficiency

Rafael Rabelo Nunes

Marcela Teixeira Batista Sidrim Perini

Inácio Emiliano Melo Mourão Pinto

VOLUME 11 • Nº 3 • DEZ • 2021
NOVOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE
LICITAÇÕES E CONTRATOS

A gestão de riscos como instrumento para a aplicação efetiva do Princípio Constitucional da Eficiência*

Risk management as an instrument to balance the constitutional principles of legality and efficiency

Rafael Rabelo Nunes**

Marcela Teixeira Batista Sidrim Perini***

Inácio Emiliano Melo Mourão Pinto****

Resumo

Enfrentar o medo de responsabilização dos gestores públicos exige repensar a atuação do Estado e de suas instituições. A cultura de controle — por meios normativos e de fiscalização — evidenciou que ela não só não impediu a ocorrência de eventos de corrupção, mas teve um efeito adverso: a diminuição da eficiência do Estado. Esse ensaio teórico tem como objetivo discutir como a gestão de riscos pode se tornar um instrumento que contribui para o alcance dos objetivos de órgãos públicos, aplicando, de maneira efetiva, o Princípio da Eficiência. De forma sintética, isto é realizado ao se avaliarem, de forma ampla, várias classes de risco que podem impactar a consecução dos objetivos, e não majoritariamente riscos de corrupção. Para isso, é essencial discutir a importância da eficiência como princípio constitucional em contraponto às visões mais estreitas do Princípio da Legalidade. Isso posto, é possível utilizar a Teoria da Gestão de Riscos aceita internacionalmente para construir, de forma sistemática, decisões fundamentadas que possam ser validadas por várias instâncias — as chamadas linhas de defesa, e, assim, utilizar a gestão de riscos como instrumento de aplicação do Princípio da Eficiência, da mesma forma que a própria lei é o instrumento de aplicação do Princípio da Legalidade. Espera-se que, com isso, este ensaio possa contribuir com o debate do Princípio da Eficiência, principalmente quando os órgãos públicos conseguem criar uma estrutura para se gerenciar riscos com apoio da alta administração dos órgãos, da sua auditoria interna, e dos órgãos de controle externo.

Palavras-chave: Cultura de controles. Administração Pública. Valor público. Eficiência. Apagão das canetas.

Abstract

Facing the fear of being responsible for Brazilian public managers requires rethinking the actions of the State and its institutions. The culture of control — through normative and inspection means — evidenced that it

* Recebido em 25/07/2021
Aprovado em 10/02/2022

** Doutor em Engenharia Elétrica
E-mail: rafaelrabelo@unb.br

*** Especialista em Direito Público. MBA em
Compliance e Governança Corporativa
E-mail: advmarcelabatista@gmail.com

**** Especialista em Direito Público
E-mail: inacioemmp@gmail.com

not only did not prevent the occurrence of corruption events but also had an adverse effect: the decrease in the efficiency of the State. This theoretical essay aims to discuss how risk management can become an instrument that contributes to the achievement of the objectives of public agencies by effectively applying the principle of efficiency. Briefly, this is accomplished by broadly assessing various classes of risk that can impact objectives' achievement, not only corruption risks. For this, it is essential to discuss the importance of efficiency as a constitutional principle in counterpoint to the narrower views of the principle of legality. That said, it is possible to use the internationally accepted theory of risk management to systematically build justified decisions that various instances can validate - the so-called lines of defense, and thus use risk management as an instrument for the application of the principle of efficiency in the same way that the rules itself are an instrument for the application of the principle of legality. It is hoped that this essay can contribute to the debate on the principle of efficiency, especially when public agencies create a structure to manage risks with the support of the agencies' board of directors, their internal auditors, and the external control agencies.

Keywords: Control culture. Public administration. Public value. Efficiency. Fear of compromise.

1 Introdução

O risco sempre esteve presente em qualquer atividade humana. Os grandes avanços da humanidade — tais como a exploração espacial, bem como a criação de vacinas — somente foram possíveis, pois alguém desafiou o estado das coisas, assumindo riscos¹.

O conceito de risco é amplo e pode ser aplicado a qualquer projeto, tarefa ou empreitada; seja dentro de uma organização, seja na vida pessoal. Há risco quando houver dois fatores: um *objetivo ou resultado* a ser atingido e *incerteza* em seu atingimento. Desse modo, a partir do momento em que se define um objetivo, e há algum grau de incerteza, há o risco.

Muitas vezes, esse conceito é entendido, apenas, como o efeito negativo da incerteza no objetivo². Contudo, o conceito moderno de risco é entendido tanto em relação ao seu efeito negativo — a ameaça — quanto positivo — a oportunidade³.

Já os controles são medidas que mantêm ou modificam os riscos. Eles incluem, mas não estão limitados a processos, políticas, dispositivos, práticas, ou quaisquer outras condições, sem, contudo, haver garantia de que eles exercerão, necessariamente, o efeito modificador pretendido no risco³.

Desse modo, gerir uma organização implica a busca por resultados e, inevitavelmente, pela necessidade de se enfrentar cada risco identificado, seja a respeito dos processos organizacionais já existentes, projetos, programas ou implementação de iniciativas, calibrando os controles de forma a materializar a sua estratégia. Independentemente da esfera de atuação — pública ou privada —, é desejável que os riscos sejam mantidos em níveis aceitáveis.

Os riscos têm diversas fontes e naturezas. Eles podem ser, por exemplo, riscos de imagem ou reputação; riscos legais; e riscos financeiros/orçamentários; e riscos operacionais⁴ (o que inclui o risco de qualidade dos produtos ou serviços; riscos de recursos humanos; riscos referentes à operação; riscos de segurança cibernética; entre outros). A materialização de um risco de qualquer natureza pode ter a potencialidade de

¹ DAMODARAN, A. *Gestão estratégica do risco: uma referência para a tomada de riscos empresariais*. Porto Alegre-RS: Bookman, 2009.

² BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Roteiro de Auditoria de Gestão de Riscos*. Brasília. 2017.

³ ABNT. *ABNT NBR ISO 31.000 – Gestão de Riscos – Diretrizes*. Rio de Janeiro. 2018.

⁴ BRASIL. Ministério do Planejamento e Controladoria-Geral da União. *Instrução Normativa Conjunta MP/CGU N.º 01, 2016*. Disponível em: <<https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/33947/5/Instrucao%20Normativa%20Conjunta%20MP-CGU%2001-2016.pdf>>. Acesso em: 08 jul 2021.

comprometer os resultados esperados. Por esse motivo, *qualquer avaliação de riscos que analise apenas uma classe de risco pode se tornar incompleta* e, inclusive, dificultar a consecução de objetivos. Uma das diretrizes para uma boa gestão de riscos refere-se ao fato de que ela deve ser estruturada e abrangente⁵.

Nesse bojo, é compreensível que entidades privadas admitam certo nível de risco em busca de melhores resultados para entregar cada vez mais valor para seus clientes e acionistas. Por outro lado, entidades públicas não ambicionam retorno financeiro, mas entregar “respostas efetivas a necessidades ou demandas coletivas [...] politicamente desejadas [...] cujos resultados modifiquem aspectos da sociedade”⁶, o que é entendido como *valor público*.

Mas o que diferencia as organizações públicas das privadas? Será que uma é mais eficiente do que a outra? De certo modo, há o mito da ineficiência pública e da virtude das organizações privadas. As técnicas de gestão da segunda não necessariamente são aplicadas à primeira, já que há particularidades e complexidades inerentes à gestão estatal⁷. Contudo, há de se registrar que a segunda tem aparentemente maior flexibilidade na adoção de medidas para enfrentar riscos do que a primeira, visto que ao gestor público é imposto o Princípio da Legalidade, que, na sua visão clássica, dispõe que a ele somente seria dado fazer aquilo que a lei autorize de forma prévia e expressa, o que não se aplica aos organismos privados, já que a ele é possível fazer o que a lei não proíba. Trataremos, no momento apropriado, acerca da visão contemporânea desse princípio e veremos que a legalidade deve ser vista em um espectro mais amplo que esse vetusto brocardo.

A respeito da Administração Pública, uma classe de risco em que se procura mitigar com maior frequência são os riscos de corrupção. Nesse sentido, os procedimentos administrativos burocráticos são “impostos como mecanismos para [controlar essa classe de risco], principalmente quando envolve operação com agentes públicos”⁸. Mas o excesso dessa burocracia não tem sido suficiente para mitigar todos os riscos de corrupção. Além disso, tem implicado o efeito colateral tornar o estado ineficiente.

Se, de um lado, países como o Japão reconstróem, em apenas 6 dias, uma estrada após um terremoto⁹; o governo da capital do Brasil consegue recuperar um viaduto que desabou por falta de manutenção apenas após 15 meses¹⁰. Fatos como esse tornam visíveis os sinais de ineficiência administrativa. “É necessário repensar nosso sistema de controle e revisitar os entendimentos que vêm dando conotações extensivamente rígidas e ortodoxas”¹¹.

Ao se aprofundar em casos como esse, à luz da ótica de gestão de riscos, é possível verificar que a gestão pública brasileira e seu arcabouço jurídico têm prescrito controles que buscam mitigar, preferencialmente, uma classe de risco: o de corrupção. Seria como se riscos dessa natureza tivessem a maior probabilidade e magnitude de impactar, negativamente, os resultados da administração pública do que outras classes de risco. Contudo, os riscos de outras classes podem afetar resultados da mesma forma. Assim, instrumentaram-

⁵ ABNT. *ABNT NBR ISO 31.000 - Gestão de Riscos - Diretrizes*. Rio de Janeiro. 2018.

⁶ TEIXEIRA, V. A. Criando valor público - gestão estratégica no TCU. *Página de Liderança*, 2012. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/educacao_corporativa/lideranca>. Acesso em: 02 jul 2021.

⁷ DE OLIVEIRA, R. A.; AZEREDO, A. D. O pináculo da virtude: o mito da ineficiência pública e a virtude do setor privado. *Revista Sítio Novo*, 5, n. 2, 2020. 36-44. Disponível em: <<https://sitionovo.iftu.edu.br/index.php/sitionovo/article/view/894>>. Acesso em: 9 jul. 2021.

⁸ LIMA, L. V. D. A.; RUFINO, M. A.; MACHADO, M. R. Criando dificuldades para vender facilidades: corrupção, burocracia e crescimento corporativo no Mercosul. *Revista de Contabilidade e Organizações*, 13, 2019. 64-74. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rco/article/view/158324/157722>>. Acesso em: 09 jul. 2021.

⁹ G1. Japão reconstrói rodovia destruída por terremoto em apenas seis dias. *G1*, 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tsunami-no-pacifico/noticia/2011/03/japao-reconstrui-rodovia-destruida-por-terremoto-em-apenas-seis-dias.html>>. Acesso em: 2 jul. 2021.

¹⁰ G1. Viaduto do Eixão que desabou há 15 meses será liberado nessa terça, diz GDF. *G1*, 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2019/06/03/viaduto-de-eixao-que-desabou-ha-15-meses-sera-liberado-nesta-terca-diz-gdf.ghtml>>. Acesso em: 2 jul. 2021.

¹¹ GUIMARÃES, F. V. *O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle*. 2016. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/fernandovernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Acesso em: 23 jan. 2022.

-se, ainda mais, controles de corrupção, o que aumentou a probabilidade de ocorrência de outras classes de risco, fazendo com que o excesso de controles impactasse os resultados. Registra-se, também, a carência de incentivos para que os próprios agentes públicos possam simplificar os procedimentos, o que impacta o ambiente de negócios, sendo uma das causas para o baixo nível de investimento do Brasil¹².

Ao mesmo tempo, estudos indicam que “processos mais dinâmicos poderiam levar à redução da corrupção, [já que é] possível que a corrupção se alimente da burocracia.”¹³, e que ações em que se observem a transparência, a inovação e a confiança poderiam contribuir, de forma decisiva, com a redução da burocracia e da cultura da desconfiança¹⁴.

E como se libertar desse círculo vicioso? Como construir confiança em um ambiente de desconfiança? Como permitir que o administrador público se sinta à vontade em decidir com foco no resultado, e que siga ritos mais dinâmicos abandonando os demasiadamente burocráticos que já não se mostram suficientes para mitigar riscos de corrupção?

Esse trabalho apresenta um ensaio teórico com o objetivo discutir como a gestão de riscos pode se tornar um instrumento que pode permitir o alcance da visão sistêmica e integrada, com foco no resultado das organizações públicas para entregar valor público, e assim, contribuir para aplicar de maneira efetiva o princípio constitucional da eficiência.

Para isso, o texto segue a seguinte lógica: analisa-se, primeiramente, a cultura de legalidade e de controle no Brasil em que se demonstra como foi a sua evolução histórica em relação ao arcabouço jurídico brasileiro; aprofunda-se na consequência dessa cultura relativa à atuação do gestor público em seus atos diários; e, em seguida, analisa-se a eficiência e a sua relevância como princípio constitucional em contraponto às visões mais estreitas do Princípio da Legalidade. Logo em seguida, o texto aprofunda-se na Teoria da Gestão de Riscos, extrapolando os aspectos jurídicos e se nutrindo, também, de padrões internacionais do tema, em que se demonstra que, ao se avaliarem riscos de mais de uma classe, se abre a possibilidade de visão sistêmica e integrada e para decisões fundamentadas, desde que haja estrutura e processo definido para que os gestores públicos possam utilizar desse instrumento.

2 O Princípio da Legalidade e a cultura de controle no Brasil

O marco histórico considerado como o surgimento do Direito Administrativo foi o advento da Revolução Francesa, com a instituição da limitação e a separação dos poderes do Estado e sua submissão a um ordenamento jurídico administrativo especializado distinto do direito civil¹⁵. É estreita a ligação entre o surgimento do Direito Administrativo, o Princípio da Legalidade e o próprio conceito de Estado de Direito¹⁶.

No Brasil, com a consolidação do Estado Democrático de Direito promovido pela Constituição de 1988, houve o ingresso do povo na trajetória política como protagonista do processo, momento em que as normas constitucionais conquistaram status pleno, qual seja uma lente por meio da qual se leem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais¹⁷.

¹² CAVALCANTE, L. R. Ambiente de negócios, insegurança jurídica e investimentos: elementos para a formulação de políticas públicas no Brasil. *Direito e Desenvolvimento*, v. 12, n. 1, p. 82-96, 29 jul. 2021.

¹³ LIMA, L. V. D. A.; RUFINO, M. A.; MACHADO, M. R. Criando dificuldades para vender facilidades: corrupção, burocracia e crescimento corporativo no Mercosul. *Revista de Contabilidade e Organizações*, 13, 2019. 64-74. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rco/article/view/158324/157722>>. Acesso em: 09 jul. 2021.

¹⁴ DE CARVALHO, L. B. Governo digital e direito administrativo: entre a burocracia, a confiança e a inovação. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo-SP, 279, 2020. 115-148.

¹⁵ MELLO, C. A. B. D. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

¹⁶ MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 812-813.

¹⁷ FERRAZ, S. *O controle da administração pública na Constituição de 1988*. *Revista de Direito Administrativo*, 1992. p. 64-73.

As suas emendas e legislação infraconstitucional, posteriormente editadas, estabeleceram uma série de princípios e deveres a serem observados pela Administração Pública, com a criação de rede de fiscalização de seus atos, sujeitando suas entidades e ocasionalmente os agentes públicos controles sobre sua atuação¹⁸.

A Constituição de 88 como afirmação da cidadania, e com o compromisso de promover o acesso ao direito fundamental à boa administração, fortaleceu instituições e normas que, diretamente ou indiretamente, controlam a atuação do Estado, com regras e princípios¹⁹, estes entendidos como as normas mais relevantes do ordenamento — os seus alicerces básicos — que permitem que a constituição se comunique melhor com a realidade fática subjacente, uma vez que permite interpretações, considerando-se as especificidades de cada caso²⁰.

A questão recai não sobre a quantidade de normas e leis que regulam ações do administrador público, mas se elas conseguem alcançar o Direito Público do Estado contemporâneo, que visa satisfazer determinadas necessidades sociais, sendo vinculado ao atendimento eficiente dos fins sociais e fáticos aos quais se destina²¹.

No Quadro 1, apresenta-se uma lista exemplificativa não exaustiva de alguns normativos infraconstitucionais existentes, os quais delimitam a atuação do agente público e, nos termos de cada diploma legal, estabelecem punições nos casos de descumprimento. Diante disso, observa-se, no Brasil, a existência de diversas legislações que buscam implementar controles adequados à Administração Pública, assim como o combate aos desvios de conduta.

Quadro 1. Legislação aplicável aos agentes públicos

Lei	Descrição
Decreto-Lei n.º 2.848/1940	Código Penal, especialmente nos crimes contra a administração pública
Decreto-Lei n.º 4.657/1942	Lei de Introdução às normas do direito brasileiro, especialmente nos artigos incluídos pela Lei n.º 13.655/2018
Lei n.º 8.429/1992	Lei de Improbidade Administrativa
Lei n.º 8.666/1993	Lei de Licitações e Contratos Administrativos
Lei n.º 14.133/2021	
Lei n.º 4.717/1965	Lei da Ação Popular
Lei n.º 7.347/1985	Lei de Ação Civil Pública
Lei n.º 12.527/2011	Lei de Acesso à Informação, regulamentando o dever de transparência do Poder Público
Lei n.º 12.529/2011	Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei n.º 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências.

¹⁸ MODESTO, P. *O controle jurídico do comportamento ético da Administração Pública no Brasil*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, 2007.

¹⁹ FREITAS, J. *As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração*. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito - UFC, 2015. p.195-217.

²⁰ SOUZA NETO, C. P. de; SARMENTO, D. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte-MG: Fórum, 2012.

²¹ COMPARATO, F. K. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, v. 2, 1997.

Lei	Descrição
Lei n.º 12.846/2013	Lei Anticorrupção, traz a perspectiva da responsabilização objetiva das pessoas jurídicas e ressalta um cuidado quanto à prática de ilícitos envolvendo a Administração Pública.
Lei n.º 13.303/2016	Lei sobre o Estatuto Jurídico da empresa pública, sociedade de economia mista e subsidiárias, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, impõe diversas novas responsabilidades e regras de governança às empresas estatais.
Lei n.º 8.112/1990	Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Fonte: os Autores.

Embora seja digna e positiva para a sociedade, a preocupação com o controle da ação estatal não foi suficiente para impedir a prática de arbitrariedades na Administração Pública²². Conforme dados de 2019 do Índice de Percepção da Corrupção (IPC) — principal indicador de corrupção no setor público do mundo —, o Brasil se manteve no pior patamar da série histórica²³.

Essas questões intensificam questionamentos da sociedade sobre a capacidade de o governo atuar com lisura e ao mesmo tempo, com eficiência, e a percepção generalizada de que a corrupção é um dos principais problemas do país. Dessa forma, o controle da gestão pública torna-se uma pauta relevante no Brasil.

Os casos recorrentes de corrupção revelam que não somente o amplo espectro de controle por vias normativas não obstou a corrupção, como o próprio aparelho burocrático estatal serviu de instrumento para a sua prática. Esse intrincado de controles dos agentes públicos e o aumento da burocracia estatal configuram umas das principais causas da ineficiência não somente do próprio sistema de fiscalização da Administração Pública, mas como de sua atuação ordinária²⁴.

Além disso, pode ocorrer a geração de conflitos entre os próprios controladores, acirrando a competição por maior espaço de atuação — recursos e vantagens, conseqüentemente e destoando da própria economia exigida da atuação estatal, já que o sistema anticorrupção brasileiro pode ser classificado como multiagência, pois não conta com um órgão autônomo anticorrupção a exemplo de Singapura, mas de vários órgãos com competências fiscalizatórias (preventivas, repressivas, e de responsabilização)²⁵. É conveniente existirem instâncias controladoras independentes diversas. Ocorre, porém, que a propagação desses instrumentos não foi acompanhada de uma coordenação da atuação das estruturas criadas²⁶. Há órgãos de fiscalização, que, em contrariedade à lógica racional, investigam, de forma isolada, os mesmos fatos ao mesmo tempo, muitas vezes para apurarem as mesmas responsabilidades. O problema não é a pluralidade de órgãos, mas a falta de coordenação entre eles²⁷.

²² POWER, T.; TAYLOR, M. M. *Corruption and Democracy in Brazil: The Struggle for Accountability*. [S.l.]: University of Notre Dame Press, 2011.

²³ TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. Índice de Percepção da Corrupção 2019. *Transparência Internacional*, 2019. Disponível em: <<https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>>.

²⁴ CAMPANA, P. D. S. P. A cultura do medo na administração pública e a ineficiência gerada pelo atual sistema de controle. *Revista de Direito*, 2017. 189-216.

²⁵ OLIVEIRA, G. J. D. A insegurança jurídica das empresas e os acordos de leniência na legislação anticorrupção brasileira. *Migalhas*, 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/259553/a-inseguranca-juridica-das-empresas-e-os-acordos-de-leniencia-na-legislacao-anticorruptao-brasileira>>. Acesso em: 20 de março de 2020.

²⁶ CAMPANA, P. D. S. P. A cultura do medo na administração pública e a ineficiência gerada pelo atual sistema de controle. *Revista de Direito*, 2017. 189-216.

²⁷ LOUREIRO, M. R. G. *Série Pensando o Direito – N.º 33/2019, Coordenação do Sistema de Controle da Administração Pública Federal*. Brasília, 2009. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/33Pensando_Direito1.pdf>.

O sistema normativo anticorrupção brasileiro “é composto por um conjunto de leis dispersas, estruturando em esferas autônomas de responsabilização e executado por uma série de órgãos independentes e, muitas vezes, sem canais institucionais de comunicação entre si” e, por consequente, “há elevada insegurança jurídica, incoerência entre as disposições normativas e, com isso, o combate à corrupção e a efetividade dos princípios da integridade e moralidade administrativa restam prejudicados”²⁸. Não há como afirmar que o conjunto normativo minimamente listado, seja parte de um único sistema capaz de prevenir, detectar e punir a corrupção.

Quando leis como essas são promulgadas, é comum que o Estado as faça visando fomentar a confiança no sistema jurídico e político. O legislador, pressionado pelo público, elabora leis para satisfazê-los, sem que se tenham condições de efetivação das respectivas normas, há a formulação da chamada “legislação-álibi”, por meio da qual busca se liberar das pressões políticas ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos, apaziguando os cenários de crise, mas obstruindo caminhos de construção de medidas efetivas²⁹.

Aliado a tudo isso, pouco se discute sobre modelo organizacional dos órgãos e formas adequadas de controle da ação pública. Conforme os diversos relatos de corrupção, a abordagem de que o aumento do número de mecanismos de controle é diretamente proporcional à efetividade nos desvios de conduta do agente público não se apresenta coerente³⁰.

3 O ambiente de controle e a consequência na atuação do gestor público em seus atos diários – o “apagão das canetas”

Considerando-se a grande quantidade de diplomas normativos, órgãos de controle e fiscalização existentes, outro ponto de discussão recai sobre o alcance da eficiência da Administração Pública, mesmo quando todos os requisitos de legalidade são devidamente cumpridos.

O gestor público, em sua atuação diária, em geral, analisa os casos concretos sob a avaliação binária e estática, se certa iniciativa é permitida pelo ordenamento jurídico, se é legal, ou ainda, qual a consequência de sua decisão. Isso o leva, naturalmente, a interpretar as normas administrativas sem dar tanta ênfase a outros princípios, colocando a legalidade acima de todos. Agir, assim, é considerar o direito contemporâneo como um sistema fechado de conceitos, próprio de uma sociedade estática, o que é inconciliável com a época atual³¹.

Assim, o administrador público vai lentamente desistindo de decidir, não deseja correr riscos, ficando em sua zona de conforto, sem encontrar soluções aos interesses administrativos, apenas se protegendo. Em consequência dessa retração, o processo decisório fica afetado, instalando-se uma ineficiência administrativa, com reflexo no funcionamento da atividade pública³². Mas isso vai contra o que se espera do gestor público, já que obedecer tão somente à legislação não é suficiente para se entregar valor público. Espera-se do Estado a “redução do desemprego, o crescimento econômico, o combate à pobreza, solução para os problemas

²⁸ MACIEL, C. S. F. dos S.; AVELAR, M. M. *Atos lesivos à Administração Pública e o princípio do bis in idem: uma análise do sistema legal de defesa da integridade administrativa*. In: FORTINI, Cristiana (Coord). *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 83-117

²⁹ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.

³⁰ ALVES, M. F. C.; CALMON, P. C. D. P. *Múltiplas Chibatas? Governança da Política de Controle da Gestão Pública Federal*. ANPAD - Encontro de Administração Pública e Governança. Salvador-BA: [s.n.]. 2008. p. 1-16.

³¹ RIBEIRO, L. C. O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias. *Revista de Direito Administrativo*, v. 272, 2016. 209-249.

³² GUIMARÃES, F. V. *O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle*, 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>.

de habitação e saúde”³³. E uma atuação baseada, apenas, em regulamentação e na mitigação completa de riscos — lembremo-nos das suas facetas positiva e negativa — mina a inovação, a criatividade e a solução. “Quando os soviéticos tentaram banir da existência a incerteza por meio da regulamentação e do planejamento governamentais, sufocaram o progresso social e econômico”³⁴. Merece destaque a análise sobre os possíveis atrasos sociais causados por agentes públicos que, ao se depararem com uma demanda fora do padrão cotidiano, optam por decidir pela ótica binária, qual seja: se está na lei [ou em seus normativos regulamentadores] ou não. Afinal, na dúvida, dorme tranquilo quem indefere³⁵, frustrando o mais fundamental objetivo do Estado. A isso já se tem um nome: o “apagão das canetas”. “A hipertrofia do controle gera a infantilização da gestão pública”³⁶.

De forma a minimizar isso, tem-se o art. 28 do Decreto-Lei n.º 4.657/42 — incluído pela Lei 13.655/2018, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) — que busca diminuir a insegurança do agente público na tomada de decisão cuja motivação tivera sido positiva, honesta. Essa seria uma espécie de cláusula geral do erro administrativo, que reconhece o agente público como ser humano comum, ou seja, falível, sujeito a erros³⁷. Se, por uma via, a responsabilização do agente se mostra viável nos casos de dolo e erro grosseiro, pode ocasionar a repressão e o desestímulo nos casos de corrupção ou fraude. De outra mão, ao admitir o erro, salvo quando grosseiro, viabiliza-se um regime jurídico que abre oportunidades para soluções inovadoras, aumentando as possibilidades para a Administração Pública. Quanto à responsabilização do agente público, o art. 28 da LINDB, que trata sobre a responsabilidade pessoal do agente público por suas decisões ou opiniões técnicas ou erro grosseiro, destaca que a responsabilização do agente público depende de um juízo de culpabilidade. Se assim não o fosse, estaria se negando à falibilidade humana “*errare humanum est*”, e inibiria a tentativa de novas práticas administrativas. A maior virtude do dispositivo é “criar um ambiente propício à inventividade, cuidando de gestores e técnicos que buscam inovar os meios de gestão pública e se suas tentativas de inovação não forem bem-sucedidas, eles apenas responderão por dolo ou erro grosseiro”³⁸.

Entretanto, a insegurança jurídica é uma realidade para o gestor público, já que não há possibilidade de previsão de todos os eventos possíveis e muito tempo de regulamentar todos eles, já que, legislar demora, e os cenários mudam. Nesse contexto, como garantir um ambiente favorável à inovação e eficiência para o administrador público bem-intencionado e que quer inovar, mas sabe que suas ideias e procedimentos podem estar eventualmente errados³²?

A reflexão, neste artigo, assenta-se no desejo por uma Administração Pública eficiente e com visão sistêmica, submetida a uma avaliação contínua de seus impactos, observando-se seus efeitos diretos e colaterais de regulação, formulação e ainda implementação de políticas públicas³⁹, ao mesmo tempo, proteger o gestor com boas motivações, e que ele tenha condições de assumir riscos no exercício da administração, de deferir

³³ GROISMAN, E. Crisis y Actualidad del Derecho Administrativo Económico. *Revista de Derecho Industrial*, 1993. 894.

³⁴ BERNSTEIN, P. *Desafio aos Deuses: A Fascinante História do Risco*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

³⁵ CAMPANA, P. D. S. P. A cultura do medo na administração pública e a ineficiência gerada pelo atual sistema de controle. *Revista de Direito*, 2017. 189-216.

³⁶ DANTAS, B. O risco de infantilizar a gestão pública por Bruno Dantas, 2018. Disponível em: <<https://jornalgnn.com.br/gestao-publica/o-risco-de-infantilizar-a-gestao-publica-por-bruno-dantas/>>. Acesso em 23 jan. 2022.

³⁷ PALMA, J. B. D. *Quem é o ‘administrador médio’ do TCU?*, 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018>. Acesso em: 01 de maio de 2020.

³⁸ BINENBOJM, G.; CYRINO, A. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, 2018. 203-224. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655>>.

³⁹ FREITAS, J. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito - UFC*, 2015. 195-217.

e de dormir bem⁴⁰. Do contrário, ele será incentivado, apenas, a cumprir os ritos da administração sem se preocupar com os resultados⁴¹.

4 A eficiência e a sua relevância como princípio constitucional em contraponto às visões mais estreitas do Princípio da Legalidade

O desafio pós-moderno do Estado é ser eficiente, sem renunciar às conquistas democráticas-constitucionais⁴². Essa eficiência não se trata da maximização do lucro, mas sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com o menor ônus possível, tanto para o próprio Estado, especialmente de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos⁴³.

Algumas leis infraconstitucionais já traziam, desde muito tempo, a necessidade de o estado ser eficiente, a exemplo do Decreto-lei 200/67⁴⁴. Contudo, apenas após a Reforma Administrativa proposta pela Emenda Constitucional n.º 19/1998, o Princípio da Eficiência passou a integrar o caput do artigo 37 da Constituição Federal juntamente aos Princípios da Legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Antes dessa emenda, a eficiência era tratada, apenas, como um princípio constitucional implícito⁴⁵.

Dessa forma, todos os cinco princípios devem se comunicar mutuamente, não se excluindo no grupo de interpretação do ordenamento jurídico, possuindo uma função não apenas programática, mas fornecendo diretrizes situadas no cume do sistema a serem seguidas por todos os aplicadores de direito⁴⁶, não podendo ser encarados como nichos isolados incomunicáveis⁴⁷.

A Emenda Constitucional de n.º 45 de 2004, que reformou o Judiciário, trouxe avanços normativos ao princípio da eficiência. Apesar de entender que a eficiência é algo mais do que desejável, essas evoluções não conseguiram transpor a dificuldade em se perceber de forma mais objetiva tal princípio, já que ela é vista por demais fluida e de difícil controle pelo Direito. A eficiência chega a ser vista por alguns autores como um adorno, uma aspiração que não pode ser concebida senão na intimidade do princípio da legalidade, visto que sua busca jamais poderia ser justificativa para postergar o princípio da boa administração, muito mais amplo e dever do administrador. Não se pode esquecer de que a eficiência, enquanto finalidade, possui alcance bem maior, pois, em sua não aplicação concreta, reside a diferença entre uma ação estatal errática, confusa, inefetiva; ou de uma ação planejada, consciente, sóbria, respeitosa e focada na efetiva produção de resultados úteis à sociedade⁴⁸.

Importante, também, destacar que a diferença conceitual entre a eficiência, eficácia e efetividade nunca passou despercebida pelos doutrinadores administrativistas: a primeira tem sentido relacionado ao modo como se processa a atividade administrativa, a segunda relaciona-se aos meios e instrumentos utilizados e a

⁴⁰ PALMA, J. B. D. Quem é o «administrador médio» do TCU?, 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=/www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018>. Acesso em: 01 de maio de 2020.

⁴¹ BINENBOJM, G.; CYRINO, A. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, 2018. 203-224. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655>>.

⁴² RIBEIRO, L. C. O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias. *Revista de Direito Administrativo*, 2016. 209-249.

⁴³ FRANCESCO, M. Principio di Legalità e Semplificazione Dell'attività amministrativa. *Profili Critici e Principi Ricostruttivi*. Nápoles: Maggio, 2000.

⁴⁴ MORAES, A. D. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2004.

⁴⁵ COELHO, J. Princípio de Eficiência: parâmetro para uma nova gestão. *Revista do TCU*, p. 122-123, 2011.

⁴⁶ MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro - 29ed*. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁴⁷ FRANÇA, V. D. R. Eficiência administrativa na Constituição Federal. *Revista de Direito Administrativo*, 2000. 165-177.

⁴⁸ MELLO, C. A. B. D. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

terceira tem respaldo nos resultados obtidos⁴⁹. Pode haver uma sem as outras, no entanto, não se descuida que o desejável é que as três caminhem simultaneamente. Alguns denominam o Princípio da Eficiência como a “qualidade do serviço prestado”⁴⁵. Com o advento do Princípio da Eficiência, a Administração Pública passou “a legitimar-se também em razão do resultado obtido”, evidenciando, assim, um desapego à diferença formal entre os institutos⁵⁰. O que se busca ao fim é a realização dos interesses da coletividade, ou seja, o já mencionado “valor público”.

Apesar disso, e justamente pela sua fluidez e difícil controle, o Princípio da Eficiência vem sendo utilizado, quase que unicamente, como recurso hermenêutico para a análise de situações fáticas, principalmente nos casos em que se faz necessário temperar a aplicação do princípio da legalidade em prol do atendimento pragmático de alguma necessidade real aplicando o princípio *à posteriori* dos atos administrativos. Pouco se recorre ao Princípio da Eficiência com a finalidade de utilizá-lo na perspectiva de uma diretriz de uma atuação intrinsecamente orientada para a finalidade que seu conteúdo expressa: a ação administrativa eficiente do Estado⁵¹. Dessa forma, aplicando o princípio *à priori* aos atos administrativos.

O Princípio da Eficiência não pode ser visto, apenas, como meio, nem adereço ao Princípio da Legalidade visto que a própria emenda constitucional n.º 19/1998 pretendeu trazer à lume a boa administração, capaz de proporcionar bem-estar ao cidadão, permitindo, inclusive, que leis infraconstitucionais utilizem mecanismos inovadores, com o argumento de que estão em comunhão com o Princípio da Eficiência⁵².

Nesse ponto, o possível conflito entre os princípios da eficiência e da legalidade perpassam muito mais na visão e escopo desse segundo que da própria força normativa do primeiro.

A visão clássica do Princípio da Legalidade, em que os indivíduos no campo privado podem fazer tudo o que a lei não proíba, e a Administração Pública somente pode atuar em situações em que a lei a autorize, é de Hely Lopes Meirelles, que teve a primeira edição de seu “Direito Administrativo Brasileiro” em 1964⁵³. Uma interpretação estrita do vetusto brocardo pode levar a uma paralisia administrativa na falta de qualquer norma que autorize a ação do Estado dessa ou daquela forma.

A visão moderna da legalidade prima pelo respeito à segurança jurídica, pelo respeito e aplicação do art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, em que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Ou seja, a legalidade, mais que mandatória com relação à Administração Pública, é instrumento de proteção das liberdades individuais, *a lei é o instrumento que garante a liberdade, e não o inverso*⁵⁴.

Ainda, alguns chegam a conceituar o legislador contemporâneo como um “legislador motorizado”, que é profícuo em normatizar. No entanto, perdendo as normas o caráter geral e abstrato, com um excesso de normas setoriais, concretas e temporárias. Isso levaria a uma “crise da legalidade” em que o remédio seria justamente observado no intento das constituições contemporâneas de formar uma unidade normativa por meio de princípios⁵⁰.

Desse modo, essa visão moderna da legalidade não faz referência a um tipo de norma específica, sob ponto de vista estrutural, mas ao próprio ordenamento em sentido material. Surge assim um bloco de legalidade ou bloco de constitucionalidade, visto que a Lei passa a referir-se à norma jurídica, seja ela uma regra ou um princípio, esteja prevista na constituição ou em lei em sentido estrito⁵⁰.

Desta feita, considerando o Princípio da Legalidade com base nessa ótica moderna, temos que “o princípio da eficiência de forma alguma visa mitigar ou ponderar o princípio da legalidade, mas sim embê-la

⁴⁹ CARVALHO FILHO, J. dos S. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 33.

⁵⁰ MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 812-817.

⁵¹ COELHO, J. Princípio de Eficiência: parâmetro para uma nova gestão. *Revista do TCU*, p. 122-123, 2011.

⁵² MODESTO, P. O controle jurídico do comportamento ético da Administração Pública no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, 2007.

⁵³ MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro – 29ed*. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁵⁴ MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 812-817.

de uma nova lógica, determinando a insurgência de uma legalidade finalística e material [...] e não mais uma legalidade meramente formal e abstrata”⁵⁵.

Ressalta-se que a eficiência surgiu para se unir aos demais princípios impostos à administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, em especial ao da legalidade, sob risco de gerar sérios danos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito.

No outro extremo, o excesso normativo e regulatório, que pode ser entendido como Princípio da Legalidade sob uma ótica estreita, muitas vezes, se traduz em excesso de controles realizados por vários órgãos de contas, em que há a fiscalização dos mesmos problemas por vários órgãos, padecendo de ineficiência o Estado, com várias pessoas fazendo a mesma tarefa⁵⁶. E, adicionalmente, quando surgem eventos de corrupção e desvios de conduta, aumenta-se a inclinação para se incrementarem os instrumentos de controle existentes. No entanto, tornar o processo mais burocrático, além de aumentar os custos para o Estado, pode não resolver o problema⁵⁷.

Em um primeiro olhar, se percebe, então, um conflito entre o Princípio da Eficiência e o da Legalidade, ou mesmo entre o primeiro e determinadas normas-regras que sejam contraproducentes a ponto de sua aplicação sem ponderação levar a uma total ineficiência estatal, ferindo, assim, irremediavelmente, o próprio interesse público primário.

Nesse ponto é importante mencionar, pelo menos, duas importantes correntes doutrinárias que tratam da forma de aplicação dos princípios e a sua diferenciação da aplicação das regras.

Segundo Dworkin, as regras representam comandos disjuntivos, em que a sua aplicação obedece ao padrão de “tudo ou nada”, ou seja, ou aplica-se ou refuta-se. Para resolver os conflitos aparentes entre as regras, utilizam-se dos critérios formais de resolução de antinomias: cronológico, hierárquico e de especialidade. Já os princípios não devem ser sopesados por esses mesmos critérios, já que a decisão entre a aplicação entre um ou outro dependerá da análise do caso em questão. Após essa análise, impregnada pela argumentação moral, definir-se-á qual princípio será utilizado em detrimento do outro⁵⁸. Apesar de alguns apontarem Dworkin como um adepto da ponderação de princípios, essa técnica não é por ele avalizada, pois, para ele, um princípio deve ser o escolhido para preponderar em um *hard case*⁵⁹.

O jurista que defende a ponderação de princípios é o igualmente notório — e bastante lembrado na nossa Suprema Corte, especialmente pelo Min. Gilmar Mendes — Robert Alexy⁶⁰. Para este os princípios podem ser considerados “mandados de otimização”, a serem obedecidos dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. Assim, é possível o cumprimento dos princípios em graus diferentes, não apenas no plano fático, mas também no jurídico. Incidindo em um caso concreto em rotas de colisão, pode cada um ceder na sua solução, sendo efetuada a ponderação de princípios. Para especificar o quanto cada princípio poderia ceder em um caso concreto, Alexy desenvolveu a Teoria da Proporcionalidade, e, apesar de alguns entenderem como um princípio, é entendida por outros como um postulado normativo, uma terceira espécie de normas, inconfundível com regras e princípios. Seria uma metanorma, ou norma de 2º grau, apresentando os critérios para a aplicação de outras normas⁶¹.

⁵⁵ ARAGÃO, A. S. D. O princípio da eficiência. *Revista de Direito Administrativo*, 2004. 1-6. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44361>>.

⁵⁶ OLIVEIRA, G. J. D. A insegurança jurídica das empresas e os acordos de leniência na legislação anticorrupção brasileira. *Migalhas*, 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/259553/a-inseguranca-juridica-das-empresas-e-os-acordos-de-licencia-na-legislacao-anticorrupcao-brasileira>>. Acesso em: 20 de março de 2020.

⁵⁷ GUIMARÃES, F. V. *O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle*, 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>.

⁵⁸ DWORKIN, R. The model of rules. *Univeristy of Chicago Law Review*, 1967. p. 14-46.

⁵⁹ DWORKIN, R. Do liberty and equality conflict? In: BARKER, P. *Living as Equals*, 1996. p. 39-58.

⁶⁰ ALEXY, R. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 85-179.

⁶¹ SOUZA NETO, C. P. de; SARMENTO, D. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte-MG: Fórum,

A colisão entre normas constitucionais, seja entre princípios, entre regras ou entre estes e aqueles, é objeto de intenso debate doutrinário. Há acirrada discussão acerca de técnicas e teorias voltadas a tratar do assunto como: categorização, teoria interna dos direitos fundamentais, critérios clássicos de resolução de antinomias, ponderação, entre outros. O fato é que o surgimento da eficiência como um princípio expresso da Administração Pública merece uma tutela mais atenta e específica dos eventuais conflitos que surjam de modo a comprometer a sua aplicação na Administração Pública. Seja o conflito apontado contra o Princípio da Legalidade — em virtude de uma visão clássica e estreita deste — seja contra qualquer norma-regra que torne ineficiente a atuação estatal de modo a tirar-lhe sobremodo sua eficiência.

Uma saída seria o estabelecimento de marco regulatório entre instâncias superiores da administração, voltadas ao estabelecimento de estratégias mais gerais; e os órgãos inferiores direcionados à sua implementação, com flexibilização organizacional supervisionada, sob o olhar da eficiência⁶².

Mas como implementar esse marco regulatório? Normas — que geralmente são a forma de se materializar esses marcos regulatórios — podem demorar a ser implementadas, e, assim, ser ineficientes. Justamente porque, quando se analisam as possíveis causas de ineficiência na administração pública, tem sido privilegiada uma estrutura essencialmente burocrática de controle, desprezando os aspectos finalísticos da administração pública⁶³. A adoção, no Brasil, de um sistema jurídico demasiadamente normatizado implicou o fomento da burocracia, e, com isso, a ineficiência. O excesso de normas no país gerou um ciclo vicioso, em que o medo de responsabilização dos agentes públicos em decorrência de violação às normas pode afastar o bom senso e a criação de soluções eficazes para os problemas, dando espaço a indeferimento de ações sob a pálide justificativa da falta de regulamentações⁶⁴.

A administração pública gerencial engloba o valor da eficiência, quando identifica a necessidade de definir objetivos e operacionalizar resultados, bem como a flexibilização frente aos recursos e processos, admitindo, assim, a simetria mais lógica aos fins desejados da administração⁶⁵. “A crise administrativa manifestou-se na baixa capacidade de formulação, informação, planejamento, implementação e controle das políticas públicas. O rol de insuficiências da administração pública no país é dramático”⁶⁶.

Nesse contexto, evidencia-se a necessidade de o gestor público adotar ferramentas que contribuam para o alcance de visão sistêmica e integrada da administração pública, contribuindo para a melhoria de processos e fomento da inovação nos bens e serviços disponibilizados à sociedade, sem deixar de obedecer à legalidade, que é sua obrigação.

Como temperar a aplicação dos princípios da legalidade e da eficiência no momento da prática do ato, sem que haja necessidade de se utilizarem recursos hermenêuticos de análises *a posteriori*? E, ainda, como criar esse marco regulatório de forma a se obter a flexibilização organizacional supervisionada?

2012. p. 392-393.

⁶² BENTO, L. V. *Governança e governabilidade na reforma do estado: entre eficiência e democratização*. Barueri: Manole, 2003.

⁶³ GUIMARÃES, F. V. *O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle*, 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>.

⁶⁴ LUNELLI, R. G. M. *O princípio da eficiência no art. 37 da Constituição Federal: a burocratização da desburocratização*, 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28675/o-principio-da-eficiencia-no-art-37-da-constituicao-federal-a-burocratizacao-da-desburocratizacao>>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2020.

⁶⁵ OLIVEIRA, K. P. D.; PAULA, A. P. P. D. Hebert Simon e os limites do critério de eficiência na administração pública. *Cadernos de Gestão Pública e Cidadania*, 2014. 113-126.

⁶⁶ PEREIRA, A. C. M. Trinta anos de controle da Administração Pública: À espera de um giro de eficiência. In: HACHEM, D. W.; LEAL, F.; MENDONÇA, J. V. S. D. *Transformações do Direito Administrativo: O Estado Administrativo 30 anos depois da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: FGV, 2018. p. 27-61.

5 A gestão de riscos, a legalidade e a eficiência

Nessa altura, fica claro que a Administração Pública vem se excedendo no uso de controles em geral, para mitigar riscos preferencialmente de uma classe, o de corrupção, e deixa de avaliar riscos de outra natureza.

Ao mesmo tempo, como os controles implementados na administração pública brasileira, para enfrentar essa classe de risco, são, em sua maioria, normativos — que estão diretamente ligados ao princípio da legalidade —, questiona-se: seria facultado ao gestor público avaliar riscos de outra natureza? Seria possível se falar em flexibilizar controles normativos em favor da eficiência?

Antes de enfrentar esses questionamentos, o Tribunal de Contas da União (TCU) tem envidado esforços para reforçar a necessidade de as políticas públicas atenderem às demandas sociais e entregar o melhor valor à população realizando uma gestão de riscos eficaz⁶⁷.

Nesse sentido, o que realmente o principal órgão de controle externo brasileiro espera? Seria mesmo avaliar, de forma mais ampla, as classes dos riscos que podem atingir os resultados das ações dos órgãos da administração pública? Isso inclui colocar, no mesmo bojo, a análise de riscos de corrupção, riscos operacionais, riscos de imagem, entre outros, já que, claramente, considerar, preferencialmente, uma classe de riscos e controles não é gerenciar riscos de maneira eficaz?

Destaca-se que excerto do Guia de Auditoria em Gestão de Riscos⁶⁸, publicado pelo TCU, está em linha com o propósito da gestão de riscos definidos pela Organização Internacional para Padronização (ISO), e pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) que é a criação e proteção de valor ao melhorar o desempenho, encorajar a inovação e apoiar o alcance de objetivos⁶⁹. Essa visão, para a gestão de riscos, vem, cada vez mais, sendo aceita. As normas ISO que tratam da Gestão de Qualidade (ISO 9.000); e da Gestão Ambiental (ISO 14.000) passaram a tornar mandatário o desenvolvimento de uma mentalidade de riscos para que os produtos e serviços sejam providos com qualidade⁷⁰ e com consciência ambiental⁷¹. Ou seja: *produto e serviço só é entregue com qualidade caso se tenha como suporte, uma boa gestão de riscos; produtos e serviços só são entregues com responsabilidade socioambiental caso se tenha como suporte uma boa gestão de riscos*. Não se pode deixar de mencionar, também, a própria Tecnologia da Informação. A entrega de novos sistemas e de novos serviços sem avaliação de riscos de segurança da informação pode ser catastrófica⁷².

Segundo a norma internacional de gestão de riscos ISO 31.000, traduzida no Brasil pela ABNT, “gerenciar riscos baseia-se em [considerar] *princípios, estrutura e processo*”⁷³. Ou seja, para se gerenciar riscos, deve-se observar essas três dimensões, que serão avaliadas nas seções a seguir, adaptando-a para a visão da gestão pública.

⁶⁷ BRASIL. Roteiro de Auditoria de Gestão de Riscos. Tribunal de Contas da União. Brasília. 2017.

⁶⁸ O Tribunal de Contas da União (TCU), no documento intitulado Roteiro de Auditoria de Gestão de Riscos que é utilizado como referência para os seus auditores nessa matéria, destaca que “Gerenciar riscos de modo eficaz contribui para o aumento da confiança dos cidadãos nas organizações públicas ao subsidiar informações para a tomada de decisão, contribuir para um melhor desempenho na realização dos objetivos de políticas, organizações e serviços públicos e auxiliar na prevenção de perdas e no gerenciamento de incidentes”. BRASIL. Roteiro de Auditoria de Gestão de Riscos. Tribunal de Contas da União. Brasília. 2017.

⁶⁹ ABNT. *ABNT NBR ISO 31.000 – Gestão de Riscos – Diretrizes*. Rio de Janeiro. 2018.

⁷⁰ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *ABNT NBR ISO 9.001 – Sistemas de gestão da qualidade – guia para implementação*. Rio de Janeiro: ABNT, 2015.

⁷¹ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *ABNT NBR ISO 14.001 – Sistemas de gestão ambiental – Requisitos com orientações para uso*. Rio de Janeiro: ABNT, 2015.

⁷² MOREIRA, F. R.; DA SILVA FILHO, D. A.; NZE, G. D. A.; DE SOUSA JÚNIOR, R. T.; NUNES, R. R. Evaluating the Performance of NIST’s Framework Cybersecurity Controls Through a Constructivist Multicriteria Methodology. *IEEE Access*. v. 9. p. 129605-129618, 2021.

⁷³ ABNT. *ABNT NBR ISO 31.000 – Gestão de Riscos – Diretrizes*. Rio de Janeiro. 2018.

5.1. Os princípios da gestão de riscos e a administração pública

A última versão da norma internacional ISO 31.000 diz que a Gestão de Riscos é regida por oito princípios⁷⁴, que estão listados no Quadro 2.

Quadro 2 – princípios da gestão de Riscos com suas devidas descrições

Princípio	Descrição
Integrada	A gestão de riscos é parte integrante de todas as atividades organizacionais.
Estruturada e abrangente	Uma abordagem estruturada e abrangente para a gestão de riscos contribui para resultados consistentes e comparáveis.
Personalizada	A estrutura e o processo de gestão de riscos são personalizados e proporcionais aos contextos externo e interno da organização relacionados aos seus objetivos.
Inclusiva	O envolvimento apropriado e oportuno de partes interessadas possibilita que seus conhecimentos, pontos de vista e percepções sejam considerados. Isto resulta em melhor conscientização e gestão de riscos fundamentada.
Dinâmica	Riscos podem emergir, mudar ou desaparecer à medida que os contextos externo e interno de uma organização mudem. A gestão de riscos antecipa, detecta, reconhece e responde a estas mudanças e eventos de uma maneira apropriada e oportuna.
Melhor informação possível	As entradas para a gestão de riscos são baseadas em informações históricas e atuais, bem como suas expectativas futuras. A gestão de riscos explicitamente leva em consideração quaisquer limitações e incertezas associadas a estas informações e expectativas. Convém que a informação seja oportuna, clara e disponível para as partes interessadas pertinentes.
Fatores humanos e culturais	O comportamento humano e a cultura influenciam significativamente todos os aspectos de riscos em cada nível e estágio.
Melhoria contínua	A gestão de riscos é melhorada continuamente por meio do aprendizado e experiências.

Fonte: ABNT (2018).

Se for analisado como o Estado brasileiro vem enfrentando os riscos com foco em controles pré-definidos em vez de ter foco no resultado de se gerar valor público, torna-se possível compreender como os princípios da gestão de riscos não estão sendo naturalmente atendidos.

Ao se aceitar controles-padrão para todas as situações, sem análise e avaliação de cada contexto – o que é comum no contexto organizacional da Administração Pública – não se observa o Princípio “Dinâmica” da Gestão de Riscos. Como leis e regulamentos demoram para serem produzidos e publicados, é possível que não seja possível antecipar, detectar, reconhecer e responder à mudanças e eventos de maneira apropriada e oportuna.

Ao se atribuir peso demasiado a uma classe de risco em detrimento de outra, se viola o Princípio “Estruturada e Abrangente” da Gestão de Riscos, já que apenas uma visão integral de cada situação permite avaliar todas as possibilidades, e assim, obter resultados consistentes e comparáveis.

Outro princípio não atendido é o da gestão de riscos “integrada”. Se assim o fosse, cada unidade, cada processo de trabalho, cada projeto, e cada contratação da Administração Pública teria os riscos mapeados e claramente gerenciados.

⁷⁴ Importante ressaltar que a norma ISO 31.000, também, se utiliza de princípios na sua concepção. A filosofia é a mesma dos princípios constitucionais que já foi tratado anteriormente nesse texto.

Importante ressaltar que não é objetivo deste trabalho se aprofundar ainda mais sobre a análise da observância de cada um desses princípios da gestão de riscos pela administração pública, e inclusive, sugere-se que esse ponto seja objeto de trabalhos futuros, em que se possam analisar casos de sucesso, e insucesso da Administração Pública sob esse prisma.

Importante ressaltar que a literatura demonstra que a internalização desses princípios pelas organizações e por seus colaboradores em todos os níveis pode traduzir em um enfrentamento eficaz dos riscos⁷⁵, e, se o TCU espera uma gestão de riscos eficaz, é importante que se fomente a observância de cada um dos Princípios da Gestão de Riscos dentro da gestão pública.

5.2 A estrutura da gestão de riscos e a Administração Pública

Outro ponto relevante dentro da gestão de riscos é a existência de uma estrutura que permita que essa disciplina seja conduzida dentro das organizações. A norma ISO 31.000 ressalta que o propósito da existência de uma estrutura de gestão é a de apoiar a organização na integração dessa disciplina em funções e atividades significativas.

Para isso, a norma internacional destaca a necessidade de que haja liderança e comprometimento da alta administração dos órgãos e organismos com a gestão de riscos, pois é ela que assegurará a integração da gestão de riscos em atividades e funções que eles julguem significativas.

Nessa linha, é possível verificar que diversos órgãos relevantes da administração pública vêm publicando guias e políticas para gerenciamento de seus riscos nos últimos anos, ratificadas pelos seus dirigentes máximos, tais como o Guia de Gestão de Riscos do Supremo Tribunal Federal (STF)⁷⁶; Guia de Gestão de Riscos do Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁷⁷; Metodologia de Gestão de Riscos da Controladoria Geral da União (CGU)⁷⁸, mas o quanto disso é para cumprir determinações do TCU, e o quanto é para se gerenciar efetivamente os riscos?

Para ajudar na resposta dessa reflexão, um outro ponto a se observar refere-se ao fato de haver, dentro das estruturas dos órgãos, unidades e/ou papéis que dividam a responsabilidade pelos riscos. O modelo da gestão de riscos pelas três linhas de defesa, definido pelo Instituto Internacional de Auditores Internos (IIA), ajuda a compreender um pouco como as organizações deveriam se estruturar. Nesse modelo, os riscos não seriam gerenciados por uma área ou um papel, mas sim compartilhado em três áreas ou papéis (as três linhas). A primeira e segunda linha seriam responsáveis pela gestão (podendo ser combinadas e/ou separadas), e a terceira linha, pela auditoria interna da organização⁷⁹⁸⁰

⁷⁵ OLECHOWSKI, A. et al. The professionalization of risk management: What role can the ISO 31000 risk management principles play. *International Journal of Project Management*, v. 34, p. 1568-1578, 2016.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Guia de Gestão de Riscos*, Brasília, 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/centralDoCidadaoAcessoInformacaoGestaoEstrategica/anexo/GestaodeRiscos/GuiaGestaodeRiscos.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2021.

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Guia de Gestão de Riscos*, Brasília, 2016. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Institucional/Gest%C3%A3o%20estrat%C3%A9gica/6_gestao_riscos_21jun.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2021.

⁷⁸ BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Metodologia de Gestão de Riscos*, 2018. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/41833/5/Metodologia_gestao_riscos_2018.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2021.

⁷⁹ THE INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS. Modelo das três linhas do IIA 2020: uma atualização das três linhas de defesa, Lake Mary, 2020. Disponível em: <<https://iiabrasil.org.br/korbillod/upl/editorHTML/uploadDireto/20200758glob-th-editorHTML-00000013-20072020131817.pdf>>. Acesso em: 02 jul 2021.

⁸⁰ Para o Modelo das Três Linhas do IIA, o que diferencia a primeira linha da segunda é que “[...] alguns papéis de segunda linha podem ser atribuídos a especialistas, para fornecer conhecimentos complementares, apoio, monitoramento e questionamento àqueles com papéis de primeira linha. Os papéis de segunda linha podem se concentrar em objetivos específicos do gerenciamento de riscos, como: conformidade com leis, regulamentos e comportamento ético aceitável; controle interno; segurança da informação e tecnologia; sustentabilidade; e avaliação da qualidade”. THE INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS. Modelo das três linhas do IIA 2020: uma atualização das três linhas de defesa, Lake Mary, 2020. Disponível em: <<https://iiabrasil.org.br/korbillod/upl/editorHTML/uploadDireto/20200758glob-th-editorHTML-00000013-20072020131817.pdf>>. Acesso em: 02 jul 2021.

A importância desse modelo refere-se à possibilidade de reavaliação dos riscos sob óticas diferentes, em momentos diferentes, o que garante que as atividades e os objetivos estejam alinhados com os interesses na geração do valor público com a maximização de resultados.

Registra-se que é comum encontrar, nos órgãos públicos, seções ou divisões que têm um papel de segunda linha, contudo eles absorvem atribuição para avaliação rígida para riscos de conformidade (ou de legalidade), em que, muitas vezes, há a atribuição de verificar se o ato administrativo é ou não previsto em alguma norma ou regulamento interno da instituição, limitando-se a essa fronteira. Como exemplo, há as seções ou divisões que cuidam de legislação de licitações; ou seções ou divisões que cuidam de legislação de pessoal, por exemplo.

Se as atribuições de unidades como essas fossem ampliadas para se avaliarem riscos de forma abrangente com foco no resultado pretendido, e não apenas no sim/não da existência e conformidade das normas, abrir-se-ia a possibilidade de aplicar, de forma estruturada, a Teoria da Fundamentação da Decisão Administrativa, em que se aplica a hermenêutica⁸¹, agregando-se, ainda mais, informações qualitativas e quantitativas sobre as probabilidades e impactos de cada um dos eventos de risco identificados e como eles podem modificar os resultados pretendidos. Nesse cenário, as seções e/ou divisões de legislação de pessoal, e de licitação, passariam a ser chamadas, respectivamente, de seção/divisão de gestão de riscos de pessoal; e seção/divisão de riscos de licitação.

Não é objetivo deste trabalho aprofundar ainda mais nessa questão da estrutura da gestão de riscos em órgãos públicos já que se entende que esse ponto extrapola o escopo desse ensaio. Aproveita-se para deixar como sugestão de trabalho futuro a avaliação de como está a estruturação das linhas de defesa nos órgãos públicos, bem como os seus métodos e metodologias para gestão de riscos, e o escopo de quais classes de risco vêm sendo avaliadas por essas estruturas.

5.3 O processo da gestão de riscos e a Administração Pública

Por fim, tem-se o processo de gestão de riscos. É nele que, efetivamente, se identificam, se analisam e se avaliam os riscos. O processo de avaliação de riscos deve ser realizado de forma estruturada, utilizando metodologia definida e personalizada para cada órgão (como os publicados pelos guias e metodologias) e sua operacionalização realizada pela aplicação de técnicas específicas. A norma ISO 31.010, por exemplo, traz, em sua versão do ano de 2012, trinta e três técnicas diferentes⁸². Os guias e metodologias publicados e relatados na seção anterior pelos órgãos da Administração Pública selecionam algumas dessas técnicas — de acordo com a sua necessidade — para compor o seu processo de avaliação de riscos.

Em um contexto onde há uma estrutura para se gerenciar riscos, e se fomenta a observância dos princípios da gestão de riscos, fica fácil imaginar que, toda vez em que se julgasse necessário, por exemplo, em *hard cases*, a primeira linha (a gestão) poderia realizar a avaliação de riscos de um determinado escopo, como uma demanda específica que já seria negada por algum normativo já existente, mas que porventura seja fatalmente contraprodutivo; ou, então, um processo de trabalho; um projeto; uma nova contratação. Qualquer que seja o objeto de avaliação de riscos, esse deveria ser feito com foco no resultado, e não nos controles (muitas vezes materializados por meio de normas).

A saída de uma atividade como essa seria um documento onde todas as alternativas e riscos seriam expostos, com detalhes do contexto externo e interno, e dos cenários, permitindo uma decisão fundamentada. A segunda linha poderia, então, avaliar as atividades realizadas, e dar o seu parecer, ratificando ou não o

⁸¹ DEZAN, S.; LOPES, A. Elementos para uma teoria da fundamentação da decisão administrativa: uma abordagem à luz da hermenêutica. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 21, n. 83, 2021.

⁸² ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *ABNT NBR ISO/IEC 31010 – Gestão de riscos – Técnicas para o processo de avaliação de riscos*. Rio de Janeiro: ABNT, 2012.

processo realizado. E a terceira linha poderia revisitar os atos praticados em momento oportuno, *a posteriori*, sempre com foco na melhoria contínua.

Dessa forma, cada caso concreto poderia ter uma construção de fundamentos que apoiasse o processo decisório, sendo realizada de maneira estruturada e com foco no resultado pretendido, em que se aplicariam controles na medida do necessário, e não de forma indiscriminada e rígida.

Há registro de um caso prático documentado em literatura que revela como um processo de avaliação de riscos foi aplicado, e como impactou, diretamente, na busca de eficiência, inovação, diminuição de custos e aumento da transparência dos próprios controles.

Trata-se do modelo para atendimento às demandas de deslocamentos dos agentes públicos do poder executivo federal, em que a solução encontrada foi a mudança de estratégia, saindo de um modelo de “posse” de veículos para investir no conceito de mobilidade, o que gerou o TaxiGov⁸³.

Essa mudança somente foi possível após se avaliar os riscos e demais aspectos atinentes à análise de estratégia com foco no resultado [o deslocamento de servidores à serviço], e com isso, o táxi foi a alternativa que se mostrou mais eficiente para a Administração Pública Federal. Essa implementação permitiu uma redução de gastos de 60% em comparação ao modelo anteriormente utilizado, melhoria da qualidade dos serviços prestados (avaliação média pelos usuários foi de 4,97 em uma escala de 0 a 5), além da melhoria dos controles, em conformidade com os normativos vigentes (ou seja, obedecendo a legalidade). O foco na entrega do resultado permitiu a avaliação de riscos de diversas naturezas, com o seu devido enfrentamento⁸².

5.4 Reflexões sobre a legalidade e a eficiência

Mas seria possível reproduzir essa visão e modificar a estrutura organizacional dos órgãos públicos? Como focar nos resultados sem deixar de observar o Princípio da Legalidade?

O fomento dos princípios da gestão de riscos nas organizações públicas; a estruturação do assunto nos órgãos com a implantação da visão das três linhas em temáticas relevantes; e a aplicação do processo de gestão de riscos em cada caso concreto que saia do padrão, ou que enseje uma mudança ou inovação, sem dúvidas, permitiria extrair o máximo do gerenciamento de riscos: preservar e agregar valor às organizações⁸⁴; impactar, positivamente, a qualidade dos serviços públicos ofertados ao cidadão⁸⁵ e contribuir com o “aumento da confiança dos cidadãos nas organizações públicas”⁸⁶.

Isso porque os controles — que são medidas que atuam no risco — nem sempre são efetivos quando são aplicados indiscriminadamente. Se se refletir, será que a falta de uma gestão de riscos abrangente não é um dos motivos pelo qual os brasileiros têm a percepção de que outros países são mais eficientes do que o nosso?

Dessa forma, está aí a importância de o gestor público se apropriar da gestão de riscos para uma avaliação dos graus de incerteza existentes no processo decisório. O gerenciamento adequado de riscos gera impactos para toda a sociedade⁸⁷.

⁸³ OLLAIK, L. G. Casoteca de Gestão Pública. *TÁXIGOV: Inovando no Serviço de Mobilidade de Servidores*, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/3454>>. Acesso em: 30 de março de 2020.

⁸⁴ MIRANDA, R. F. D. A. *Implementando a gestão de riscos no setor público*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

⁸⁵ MONTEZANO, L. et al. Percepção de Servidores Públicos Quanto à Implementação da Gestão de Riscos em uma Secretaria do Governo Federal do Brasil. *Economia & Gestão*, 2019. 77-94.

⁸⁶ BRASIL. *Roteiro de Auditoria de Gestão de Riscos*. Tribunal de Contas da União. Brasília. 2017.

⁸⁷ MONTEZANO, L. et al. Percepção de Servidores Públicos Quanto à Implementação da Gestão de Riscos em uma Secretaria do Governo Federal do Brasil. *Economia & Gestão*, 2019. 77-94.

E qual é o objetivo da administração pública: não é entregar valor público na medida que o resultado dessas ações cause transformações e impactem, positivamente, a sociedade?⁸⁸ Ou o objetivo da Administração Pública é seguir ritos e normas cegamente?

“É necessário que as organizações disponham de uma estrutura de gerenciamento de riscos e de governança corporativa”⁸⁹.

6 Considerações finais

Esse trabalho realizou um ensaio teórico com o objetivo de demonstrar como a gestão de riscos pode ser uma ferramenta para a aplicação efetiva do Princípio Constitucional da Eficiência.

Para isso, primeiramente se discutiu sobre a cultura do controle e da legalidade, e de como essas ações não se mostraram suficientes para mitigar os riscos de corrupção, e ainda não foram suficientes para que a administração pública atingisse os resultados desejados. Foi exposto que a atuação do Estado, baseada somente na observância estrita dos normativos vigentes, pode contribuir para o fracasso no resultado das políticas públicas, potencializando o aumento da burocracia nos processos administrativos, e também, refletindo na atuação ordinária do agente público chegando a paralisias o qual é chamado de “apagão das canetas”.

Em seguida, o artigo trouxe o histórico e reflexões sobre o Princípio Constitucional da Eficiência, trazendo um contraponto às visões mais estreitas do princípio da legalidade. Dessa forma, foi possível trazer reflexões de como uma avaliação de riscos com foco na avaliação abrangente de várias classes de risco (e não apenas de corrupção), observando-se os princípios da gestão de riscos, em relação à estruturação do tema dentro das organizações, e da aplicação de um processo sistemático de avaliação de riscos pode contribuir para a melhor reflexão sobre controles existentes na administração pública.

Espera-se que esse ensaio tenha conseguido demonstrar, mesmo que teoricamente, como a gestão de riscos pode atuar como ferramenta fomentar a aplicação do princípio da eficiência. E coloca-se uma reflexão: será que a gestão de riscos pode se tornar um instrumento para aplicar o Princípio da Eficiência da mesma forma que a lei é para aplicar o Princípio da Legalidade?

Alguns trabalhos futuros já foram sugeridos ao longo do texto como avaliar a observância dos princípios da gestão de riscos dentro da administração pública; ou avaliar a existência das três linhas dentro dos órgãos públicos. Mas também fica como sugestão a monitoração de ações de gestão de riscos, desenvolvidas para administração pública brasileira, de forma a validar a viabilidade das propostas colocadas nesse ensaio; ou ainda, se possível, a implantação e acompanhamento de projetos-piloto nos órgãos públicos com o foco na avaliação de riscos gerais; e não apenas de riscos legais.

Por fim, somente será possível superar, efetivamente, o apagão das canetas com a compreensão da alta administração dos órgãos públicos, da auditoria interna, e principalmente, dos órgãos de controle externo de que, efetivamente, não há mais como continuar insistindo na cultura de aplicação de controles e mais controles, sem visão crítica com olhar no resultado pretendido. Afinal, por mais que o administrador médio possa ser bem-intencionado e queira produzir resultados⁹⁰, uma só andorinha não faz verão.

⁸⁸ LOPES, K.; MACADAR, M. A.; LUCIANO, E. M. Valor Público: o Cidadão no Centro da Gestão Pública. In: BARBOSA, A. F. Pesquisa Sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação no Setor Público Brasileiro. [S.l.]: [s.n.], 2018. p. 75-84.

⁸⁹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Gerenciamento de riscos corporativos: evolução em governança e estratégia*. São Paulo-SP: IBGC, 2017.

⁹⁰ PALMA, J. B. D. Quem é o ‘administrador médio’ do TCU?, 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018>. Acesso em: 01 de maio de 2020.

Agradecimentos

O autor Rafael Rabelo Nunes agradece o suporte do Ministério da Justiça e Segurança Pública representado pela Diretoria de Tecnologia da Informação e Comunicação (TED DTIC/SE/MJSP 01/2019); do Centro Universitário Atenas, Paracatu-MG; e do Centro de Pesquisa em Gestão, Inovação e Sustentabilidade da Universidade de Brasília.

Referências

- ALEXY, R. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 85-179.
- ALVES, M. F. C.; CALMON, P. C. D. P. *Múltiplas Chibatadas? - Governança da Política de Controle da Gestão Pública Federal*. ANPAD - Encontro de Administração Pública e Governança. Salvador-BA: [s.n.]. 2008. p. 1-16.
- ARAGÃO, A. S. D. O princípio da eficiência. *Revista de Direito Administrativo*, 2004. 1-6. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44361>>.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *Gestão de riscos - Técnicas para o processo de avaliação de riscos*. Rio de Janeiro-RJ: ABNT, 2012.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *ABNT NBR ISO 14.001 - Sistemas de gestão ambiental - Requisitos com orientações para uso*. Rio de Janeiro: ABNT, 2015a.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *ABNT NBR ISO 9.001 - Sistemas de gestão da qualidade - guia para implementação*. Rio de Janeiro: ABNT, 2015b.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *ABNT NBR ISO 31.000 - Gestão de Riscos - Diretrizes*. Rio de Janeiro. 2018.
- BENTO, L. V. *Governança e governabilidade na reforma do estado: entre eficiência e democratização*. Barueri: Manole, 2003.
- BERNSTEIN, P. *Desafio aos Deuses: A Fascinante História do Risco*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- BINENBOJM, G.; CYRINO, A. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, 2018. 203-224. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655>>.
- BRASIL. Ministério do Planejamento e Controladoria-Geral da União. *Instrução Normativa Conjunta MP/CGU N.º 01*, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/33947/5/Instrucao%20Normativa%20Conjunta%20MP-CGU%2001-2016.pdf>>. Acesso em: 08 jul 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Guia de Gestão de Riscos*, Brasília, 2016. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Institucional/Gest%C3%A3o%20estrat%C3%A9gica/6_gestao_riscos_21jun.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2021.
- BRASIL. *Roteiro de Auditoria de Gestão de Riscos*. Tribunal de Contas da União. Brasília. 2017.
- BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Metodologia de Gestão de Riscos*, 2018. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/41833/5/Metodologia_gestao_riscos_2018.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Guia de Gestão de Riscos*, Brasília, 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/centralDoCidadaoAcessoInformacaoGestaoEstrategica/anexo/GestaodeRiscos/GuiaGestaodeRiscos.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2021.
- BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Metodologia de Gestão de Riscos*. Brasília: CGU, 2018.

CAMPANA, P. D. S. P. A cultura do medo na administração pública e a ineficiência gerada pelo atual sistema de controle. *Revista de Direito*, 2017. 189-216.

CAVALCANTE, L. R. Ambiente de negócios, insegurança jurídica e investimentos: elementos para a formulação de políticas públicas no Brasil. *Direito e Desenvolvimento*, v. 12, n. 1, p. 82-96, 29 jul. 2021.

COELHO, J. Princípio de Eficiência: parâmetro para uma nova gestão. *Revista do TCU*, p. 122-123, 2011.

COMPARATO, F. K. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. São Paulo: Malheriros, v. 2, 1997.

DAMODARAN, A. *Gestão estratégica do risco: uma referência para a tomada de riscos empresariais*. Porto Alegre-RS: Bookman, 2009.

DANTAS, B. *O risco de infantilizar a gestão pública por Bruno Dantas*, 2018. Disponível em: <<https://jornalgggn.com.br/gestao-publica/o-risco-de-infantilizar-a-gestao-publica-por-bruno-dantas/>>. Acesso em 23 jan. 2022.

DE CARVALHO, L. B. Governo digital e direito administrativo: entre a burocracia, a confiança e a inovação. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo-SP, 279, 2020. 115-148.

DE OLIVEIRA, R. A.; AZEREDO, A. D. O pináculo da virtude: o mito da ineficiência pública e a virtude do setor privado. *Revista Sítio Novo*, 5, n. 2, 2020. 36-44. Disponível em: <<https://sitionovo.ift.edu.br/index.php/sitionovo/article/view/894>>. Acesso em: 9 jul. 2021.

DEZAN, S.; LOPES, A. Elementos para uma teoria da fundamentação da decisão administrativa: uma abordagem à luz da hermenêutica. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 21, n. 83, 2021.

DWORKING, R. The model of rules. *Univeristy of Chicago Law Review*, p. 14-46, 1967.

DWORKIN, R. Do liberty and equality conflict?. In: BARKER, P. *Living as Equals*, 1996. p. 39-58.

FERRAZ, S. O controle da administração pública na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, 1992. 64-73.

FRANÇA, V. D. R. Eficiência administrativa na Constituição Federal. *Revista de Direito Administrativo*, 2000. 165-177.

FRANCESCO, M. *Principio di Legalità e Semplificazione Dell'attività amministrativa - Profili Critici e Principi Ricostruttivi*. Nápoles: Maggio, 2000.

FREITAS, J. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito - UFC*, 2015. 195-217.

G1. Japão reconstrói rodovia destruída por terremoto em apenas seis dias. *G1*, 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tsunami-no-pacifico/noticia/2011/03/japao-reconstrui-rodovia-destruida-por-terremoto-em-apenas-seis-dias.html>>. Acesso em: 02 jul 2021.

G1. Viaduto do Eixão que desabou há 15 meses será liberado nessa terça, diz GDF. *G1*, 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2019/06/03/viaduto-de-eixao-que-desabou-ha-15-meses-sera-liberado-nesta-terca-diz-gdf.ghtml>>. Acesso em: 2 jul 2021.

GROISMAN, E. Crisis y Actualidad del Derecho Administrativo Económico. *Revista de Derecho Industrial*, 1993. 894.

GUIMARÃES, F. V. *O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle*. 2016. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernandovernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>> . Acesso em: 23 jan 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Gerenciamento de riscos corporativos: evolução em governança e estratégia*. São Paulo-SP: IBGC, 2017.

LIMA, L. V. D. A.; RUFINO, M. A.; MACHADO, M. R. Criando dificuldades para vender facilidades: corrupção, burocracia e crescimento corporativo no Mercosul. *Revista de Contabilidade e Organizações*, 13, 2019. 64-74. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rco/article/view/158324/157722>>. Acesso em: 09 jul. 2021.

LOPES, K.; MACADAR, M. A.; LUCIANO, E. M. Valor Público: o Cidadão no Centro da Gestão Pública. In: BARBOSA, A. F. *Pesquisa Sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação no Setor Público Brasileiro*. [S.l.]: [s.n.], 2018. p. 75-84.

LOUREIRO, M. R. G. Série Pensando o Direito - Nº 33/2019, Brasília, 2009. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/33Pensando_Direito1.pdf>.

LUNELLI, R. G. M. O princípio da eficiência no art. 37 da Constituição Federal: a burocratização da desburocratização, 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28675/o-principio-da-eficiencia-no-art-37-da-constituicao-federal-a-burocratizacao-da-desburocratizacao>>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2020.

MACIEL, C. S. F. dos S.; AVELAR, M. M. Atos lesivos à Administração Pública e o princípio do bis in idem: uma análise do sistema legal de defesa da integridade administrativa. In: FORTINI, Cristiana (Coord). *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro - 29ed*. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, C. A. B. D. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA, R. F. D. A. *Implementando a gestão de riscos no setor público*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MODESTO, P. O controle jurídico do comportamento ético da Administração Pública no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, 2007.

MONTEZANO, L.; DA COSTA JÚNIOR, R. L.; RAMOS, K. H. C.; MELCHIADES, A. T. Percepção de Servidores Públicos Quanto à Implementação da Gestão de Riscos em uma Secretaria do Governo Federal do Brasil. *Economia & Gestão*, 2019. p. 77-94.

MORAES, A. D. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA, F. R.; DA SILVA FILHO, D. A.; NZE, G. D. A.; DE SOUSA JÚNIOR, R. T.; NUNES, R. R. Evaluating the Performance of NIST's Framework Cybersecurity Controls Throught a Constructivist Multicriteria Methodology. *IEEE Access*. v. 9. p. 129605-129618, 2021.

NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.

OLECHOWSKI, A.; OEHMEN, J.; SEERING, W.; BEN-DAYA, M. The professionalization of risk management: What role can the ISO 31000 risk management principles play. *International Journal of Project Management*, v. 34, p. 1568-1578, 2016.

OLIVEIRA, G. J. D. A insegurança jurídica das empresas e os acordos de leniência na legislação anticorrupção brasileira. *Migalhas*, 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/259553/a-inseguranca-juridica-das-empresas-e-os-acordos-de-leniencia-na-legislacao-anticorrupcao-brasileira>>. Acesso em: 20 de março de 2020.

OLIVEIRA, K. P. D.; PAULA, A. P. P. D. Hebert Simon e os limites do critério de eficiência na administração pública. *Cadernos de Gestão Pública e Cidadania*, 2014. 113-126.

OLLAIK, L. G. Casoteca de Gestão Pública. *TÁXIGOV*: Inovando no Serviço de Mobilidade de Servidores, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/3454>>. Acesso em: 30 de março de 2020.

PALMA, J. B. D. Quem é o ‘administrador médio’ do TCU?, 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=/www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/control-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018>. Acesso em: 01 de maio de 2020.

PEREIRA, A. C. M. Trinta anos de controle da Administração Pública: À espera de um giro de eficiência. In: HACHEM, D. W.; LEAL, F.; MENDONÇA, J. V. S. D. *Transformações do Direito Administrativo: O Estado Administrativo 30 anos depois da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: FGV, 2018. p. 27-61.

PEREIRA, L. C. B. *Reforma do Estado para a Cidadania*. Brasília: Editora 34, 2011.

POWER, T.; TAYLOR, M. M. *Corruption and Democracy in Brazil: The Struggle for Accountability*. [S.l.]: University of Notre Dame Press, 2011.

RIBEIRO, L. C. O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias. *Revista de Direito Administrativo*, v. 272, 2016. 209-249.

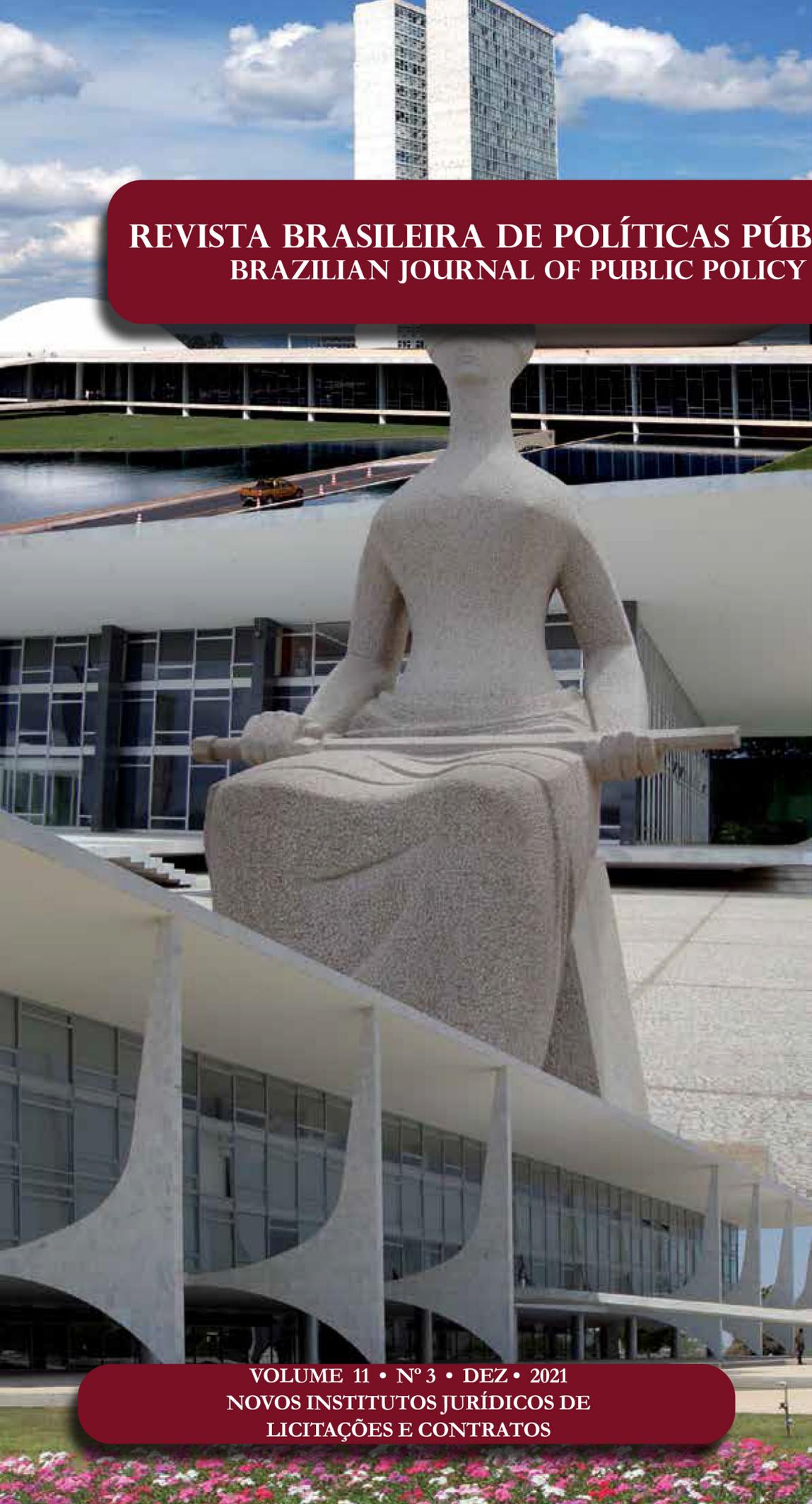
SOUZA NETO, C. P. de; SARMENTO, D. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte-MG: Fórum, 2012.

TEIXEIRA, V. A. Criando valor público - gestão estratégica no TCU. *Página de Liderança*, 2012. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/educacao_corporativa/lideranca>. Acesso em: 02 jul 2021.

THE INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS. Modelo das três linhas do IIA 2020: uma atualização das três linhas de defesa, Lake Mary, 2020. Disponível em: <<https://iiabrasil.org.br/korbilload/upl/editorHTML/uploadDireto/20200758glob-th-editorHTML-00000013-20072020131817.pdf>>. Acesso em: 02 jul 2021.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. Índice de Percepção da Corrupção 2019. *Transparência Internacional*, 2019. Disponível em: <<https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>>.

**IV. CONTRATAÇÃO PÚBLICA NO DIREITO
ESTRANGEIRO**

The cover image is a photograph of a modern architectural complex. In the foreground, a large, white, abstract sculpture of a seated female figure is the central focus. She is holding a long, thin object, possibly a scroll or a tablet, across her lap. The sculpture is set against a backdrop of a multi-story building with a grid-like facade and large windows. A body of water is visible in the middle ground, reflecting the sky and the building. The sky is blue with scattered white clouds. The overall scene is bright and clear, suggesting a sunny day.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

La adquisición de vacunas contra la COVID-19 por Colombia: entre la confidencialidad y la falta de transparencia

The acquisition of vaccines against COVID-19 by Colombia: between confidentiality and lack of transparency

A aquisição de vacinas contra COVID-19 pela Colômbia: entre a confidencialidade e a falta de transparência

Gressy Karenly Rojas Cardona

David Mendieta

VOLUME 11 • Nº 3 • DEZ • 2021
NOVOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE
LICITAÇÕES E CONTRATOS

La adquisición de vacunas contra la COVID-19 por Colombia: entre la confidencialidad y la falta de transparencia*

The acquisition of vaccines against COVID-19 by Colombia: between confidentiality and lack of transparency

A aquisição de vacinas contra COVID-19 pela Colômbia: entre a confidencialidade e a falta de transparencia

Gressy Karenly Rojas Cardona**

David Mendieta***

Resumen

A través de un método de interpretación basado en la revisión documental, el artículo realiza una crítica a la imposibilidad de realizar la vigilancia oportuna al proceso de negociación del Gobierno colombiano con las farmacéuticas para adquirir las vacunas de la COVID-19, con lo que se le dio prevalencia a la confidencialidad como prerrogativa de libre mercado sobre el principio de transparencia como potestad estatal mediante la aplicación de una vigilancia oportuna y adecuada. Primero, se realiza un análisis de los decretos que le conceden facultades extraordinarias al presidente de la República y las disposiciones jurisprudenciales de las altas cortes. Luego, se plantea el fundamento normativo del principio de transparencia como principio rector de la contratación estatal. Se plantea además un contraste entre la posibilidad de imponer cláusulas de confidencialidad, propia de la contratación privada, con la exigencia del ejercicio de la vigilancia como garantía de transparencia en negociaciones que involucran las finanzas públicas. Finalmente, al evidenciar la tensión entre el libre mercado y derechos fundamentales, se realiza una reflexión respecto al déficit de salvaguarda del derecho a la salud debido a la falta de vigilancia oportuna que, debido a que el principio de transparencia se subordina a la confidencialidad, deja abierta la posibilidad de crisis de legitimidad, credibilidad y confianza en el Estado.

Palabras clave: Empresas farmacéuticas; Vigilancia y control; Libre mercado; Derecho a la salud; Oferta y demanda

* Recibido em 30/07/2021
Aprovado em 14/01/2022

** Abogada, Máster en Derecho, Candidata a Doctor, Universidad de Medellín. <https://orcid.org/0000-0003-3860-6772>
E-mail: rojascardona.gressykareny@gmail.com

*** Doctor en Derecho Constitucional. Director del Doctorado en Derecho de la Universidad de Medellín, miembro del Grupo de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín. Medellín-Colombia. <https://orcid.org/0000-0002-6944-6815>
E-mail: dmendieta@udemellin.edu.co

Abstract

Through an interpretation method based on the documentary review, the article criticizes the impossibility of carrying out timely surveillance of the negotiation process of the Colombian Government with pharmaceutical companies to acquire COVID-19 vaccines, thereby It gave priority to confidentiality as a free market prerogative over the principle of transparency as a state authority through the application of timely and adequate surveillance. First, an analysis is made of the decrees that grant extraordinary powers to the President of the Republic and the jurisprudential provisions of the high courts. Then, the normative foundation of the principle of transparency is proposed as the guiding principle of state contracting. There is also a contrast between the possibility of imposing confidentiality clauses, typical of private contracting, with the requirement to exercise vigilance as a guarantee of transparency in negotiations involving public finances. Finally, by highlighting the tension between the free market and fundamental rights, a reflection is made regarding the deficit in safeguarding the right to health due to the lack of timely surveillance that, because the principle of transparency is subordinated to confidentiality, it leaves open the possibility of a crisis of legitimacy, credibility and trust in the State.

Keywords: Pharmaceutical companies; Surveillance and control; Free market; Right to health; Supply and demand

Resumo

Por meio de um método de interpretação baseado na revisão documental, o artigo critica a impossibilidade de fiscalizar atempadamente o processo de negociação do Governo colombiano com as empresas farmacêuticas para a aquisição das vacinas COVID-19, dando prioridade ao sigilo como prerrogativa do mercado livre sobre o princípio da transparência como autoridade estatal por meio da aplicação de vigilância oportuna e adequada. Primeiramente, são analisados os decretos que outorgam poderes extraordinários ao Presidente da República e as disposições jurisprudenciais dos tribunais superiores. Em seguida, o fundamento normativo do princípio da transparência é proposto como o princípio norteador da contratação estadual. Há também o contraste entre a possibilidade de impor cláusulas de sigilo, típicas da contratação privada, com a exigência do exercício da vigilância como garantia de transparência nas negociações envolvendo finanças públicas. Por fim, ao evidenciar a tensão entre o mercado livre e os direitos fundamentais, reflete-se sobre o déficit na salvaguarda do direito à saúde pela falta de vigilância atempada que, por estar subordinado o princípio da transparência ao sigilo, deixa em aberto o possibilidade de crise de legitimidade, credibilidade e confiança do Estado.

Palavras-chave: Companhias farmacêuticas; Vigilância e controle; Mercado livre; Direito à saúde; Oferta e demanda

1 Introducción

El presente artículo se ocupa del problema de la aplicación del principio de transparencia en el proceso de negociación realizado por el Gobierno colombiano para adquirir las vacunas de la COVID-19 a la luz de las potestades permitidas por la emergencia social, económica y ecológica declarada por el Presidente con la firma de todos sus ministros y teniendo en cuenta la tensión entre la confidencialidad del libre mercado y la necesidad de ejercer la vigilancia y la preservación de la transparencia en una dinámica en la que el derecho a la salud se encuentra en riesgo y en la que, además, hay dineros públicos invertidos.

La tesis de la presente investigación es que no es aceptable en el Estado Constitucional y Democrático de Derecho sacrificar el principio de la transparencia en las actividades contractuales del Estado en aras del acatamiento de cláusulas de confidencialidad, así nos encontremos en un momento de extrema excepcionalidad como lo es una pandemia. Durante los casi dos años de duración de la crisis global ocasionada por el virus de la COVID-19, muchos son los derechos y libertades limitados y suspendidos por los estados con el argumento de la salvaguarda de la salubridad pública, pero ¿puede renunciarse a un principio rector de la contratación estatal como lo es la transparencia con el propósito de defender la libertad de mercado y la propiedad intelectual en cabeza de las farmacéuticas? ¿puede ser compatible una contratación transparente con una calamidad global? Responder los anteriores interrogantes para el caso colombiano justifican la realización de la presente investigación.

En Colombia, diferentes Organizaciones No Gubernamentales y personas naturales han intentado acceder a través de derechos de petición a los contratos celebrados por el Estado colombiano y las multinacionales farmacéuticas con el fin de adquirir por el parte del primero, las vacunas contra el virus de la COVID 19, pero el Gobierno Nacional les ha negado dicho acceso alegando que se trata de información reservada por la existencia de cláusulas de confidencialidad en dichos contratos. Hubo quienes hicieron uso del recurso de insistencia ante el Tribunal Superior de Cundinamarca, como lo fueron el Instituto Internacional de Estudios Anticorrupción y el abogado Ramiro Bejarano y en decisiones del alto tribunal con fechas 11 y 13 de mayo, le ordenó a la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres (UNGRD) la entrega de los contratos en los siguientes términos: “Se observa que la confidencialidad de los mismos se restringe a las disposiciones de carácter financiero o sobre indemnización descritos en éste y puntualmente respecto del precio por dosis del producto, circunstancia que carece de sustento alguno, máxime cuando los artículos 9 y 10 de la Ley 1712 de 2014 por medio de la cual se creó la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional disponen el deber de publicidad considerando que se trata del empleo de recursos públicos y destinados a realizar los fines del Estado” y enfatiza en la conveniencia de hacer pública esta información y que otros estados ya lo han hecho: “La liberación de la información sobre la adquisición de las vacunas no ha tenido consecuencias negativas, y al contrario, permiten unas mejores prácticas, controles y opiniones fundamentadas, de manera que aumenta la confianza y la transparencia, incluso para lograr que las personas venzan las resistencias a vacunarse resulta importante el conocimiento de la información.”

El Gobierno Nacional hizo solicitudes de adición y aclaración de las sentencias proferidas e incluso existen contra estas, varios incidentes de nulidad, propuestos por el Gobierno y las farmacéuticas. La multinacional Janssen Cilag S.A, presentó dos tutelas contra las dos sentencias del Tribunal Superior de Cundinamarca ante el Consejo de Estado las cuales fueron negadas en el mes de agosto; precisamente por estar pendiente que este Tribunal se pronuncie frente a la gran cantidad de recursos y peticiones que tiene pendientes sobre el caso, así: “En ese orden de ideas, las pretensiones de la presente acción resultan a todas luces improcedentes, ya que la autoridad judicial competente para decidir acerca de la presunta nulidad por falta de vinculación de las sociedades Janssen Cilag S.A. y otras, al proceso de insistencia iniciado por el Instituto Internacional de Estudios Anticorrupción, es el Tribunal accionado, quien se encuentra pendiente de decidir acerca de diferentes solicitudes elevadas por las partes”.

Pasan los meses y el Gobierno insiste en no hacer públicos los contratos de adquisición de las vacunas contra la COVID-19 a pesar de existir decisiones judiciales que se lo ordenan y ha preferido dilatar su obligación con el uso de artilugios judiciales. Lo anterior deja en entredicho el papel jugado por el ejecutivo colombiano para enfrentar la pandemia, pues en el Estado Constitucional y Democrático de Derecho no pueden existir actos de los poderes públicos carentes de control. El secretismo asumido por el Gobierno Nacional pone un manto de duda en las finanzas públicas.

La estructura del artículo tiene cinco partes. La primera plantea el contexto a partir del cual se discute la indisponibilidad de los documentos de la negociación entre el Gobierno colombiano y las farmacéuticas para la adquisición de las dosis de las vacunas. La segunda, se ocupa de la normativa y jurisprudencia co-

lombiana respecto a la emergencia; la tercera, del fundamento normativo del principio de transparencia. La cuarta, de la relación entre confidencialidad en la contratación privada y vigilancia en la contratación pública; y la quinta, de la tensión entre libre mercado y derechos fundamentales al tener en cuenta la legítima aspiración de las farmacéuticas por lucrarse y la salvaguarda del derecho a la salud de los ciudadanos.

Se concluirá que el secretismo en la negociación y adquisición de las vacunas ha configurado una crisis de legitimidad, credibilidad y confianza en el Estado; en términos que son estrictamente negociales y financieros, las multinacionales, en este caso, las farmacéuticas, tratan al Estado como a un cliente; la posición dominante de tales empresas hace que se olvide un aspecto determinante: todo privado que contrata con el Estado es prestador de un servicio y está sujeto a vigilancia y control, no es cosa de mera *lex mercatoria*; y por tanto, hay una inconsistencia normativa en la invocación de la confidencialidad que se desentiende de la aplicación del principio de transparencia.¹

2 Contexto de la problemática: reseña en medios de indisponibilidad de documentos del proceso de negociación de la adquisición de las vacunas para la COVID-19

La situación de una emergencia sanitaria como la producida por la pandemia de la COVID-19 no implica la eliminación de los mecanismos de vigilancia, los cuales necesitan del derecho al acceso a la información de procesos delicados, incluyendo los de adquirentes de vacunas a multinacionales farmacéuticas. En tiempos de pandemia, la actuación pública exige la conservación e implementación de mecanismos y procedimientos que garanticen el buen gobierno, transparente y eficiente, con el fin de prevenir el fraude y la corrupción que son tan perjudiciales para el interés público y la sociedad en general².

El de la negociación entre los estados y las farmacéuticas que, al ser las que proveen las vacunas contra la COVID-19, han asumido una posición dominante al imponerles a los primeros, cláusulas de confidencialidad. Además, la posterior ineficiencia en el proceso de distribución de las vacunas adquiridas, situación que las negociaciones confidenciales iban a evitar, justifica *de facto* esta inquietud jurídica respecto a la ausencia de la documentación requerida para garantizar que los mecanismos de vigilancia impidan que los riesgos de una negociación desventajosa o de una gestión ineficiente terminen afectando tanto la garantía de derechos fundamentales como la salud y la vida, como el manejo eficiente y adecuado de los dineros públicos.³

El Gobierno de Colombia, considera que la confidencialidad de los acuerdos para adquirir vacunas resultaba indispensable para participar de un mercado altamente competitivo y obtener las dosis necesarias⁴. Se trata, en suma, de desatención del principio de transparencia que, además de dejar de ser el principio medular de la contratación pública⁵ y en la lucha contra la corrupción⁶, elimina toda opción de reivindicar la confianza, la credibilidad y la legitimidad del Estado. El principio de transparencia establece el diálogo entre

¹ PIZARRO WILSON, Carlos. Un vistazo general a los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. *Revista de Derecho Privado*, n. 35, p. 351-368, Jul./Dic. 2018. DOI: 10.18601/01234366.n35.13

² LIMA, Luciana Cristina da Conceição; GONÇALVES, Alcindo Fernandes; REI, Fernando Cardoso Fernandes; LIMA, Cláudio Benevenuto de Campos. Compliance em tempos de calamidade pública: análise sobre a flexibilização da transparência de dados e informações durante o enfrentamento da COVID-19 no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 1, p. 168-187, 2021.

³ GARCÍA OTERO, Ruth; HERNÁNDEZ PALMA, Oona Isabel. Derechos humanos y mecanismos de control normativo internacional en el marco de la pandemia. Covid-19: reflexión desde el control de convencionalidad. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, v. 25, n. Esp.8, 2020. DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.4082011>.

⁴ GATTI, Franco. La corrupción en la emergencia: repercusiones sobre los derechos humanos. *Revista IIDH*, n. 72, p. 89-112, 2020.

⁵ GONZÁLEZ RÍOS, Isabel. La transparencia como principio vertebrador de la contratación pública: significado y problemas de articulación normativa. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 12, p. 6-25, oct./mar. 2019.

⁶ DUQUE BOTERO, Juan David. Los principios de transparencia y publicidad como herramientas de lucha contra la corrupción en la contratación del Estado. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 24, p. 79-101, 2020.

la Administración y el ciudadano, para que este último pueda participar en las decisiones administrativas, expresadas de tres formas distintas: el derecho a saber, el derecho al control y el derecho a participar en los mecanismos administrativos. El primero, se refiere al derecho del ciudadano a tener en cuenta el funcionamiento de la Administración, ya que está actuando a su servicio. El derecho de control, en cambio, que se refiere al segundo aspecto, está vinculado al “poder” que se le otorga al ciudadano, al conocer la Administración, con la posibilidad de verificar la legalidad del acto administrativo y la gestión. de dinero público. Esto, en consecuencia, conduce al tercer punto, que se refiere a la participación ciudadana en los mecanismos administrativos, es decir, el ciudadano ya no es un espectador.⁷

No se puede renunciar a la transparencia como principio rector de la contratación pública con las excusas de la defensa de la libertad de mercado o la protección de propiedad intelectual como derecho fundamental.⁸ Por ello, es posible proponer aquí, que la adquisición de vacunas para combatir el virus de la COVID-19, requiere los mecanismos de vigilancia necesarios por el modo como se está comprometiendo la misma estabilidad estatal, tanto en su reputación política como en su estabilidad financiera a nivel nacional e internacional, afectando de manera directa el imaginario social del Estado Colombiano.

A continuación, se realizará un recuento de las publicaciones de algunos medios de comunicación colombianos – Las revistas Portafolio, que acude a la fuente oficial del Ministerio de Salud, y Semana, y el periódico El Tiempo– y de una publicación de BBC mundo, para plantear el problema en el contexto en el que se presentó. Todas las publicaciones son de enero de 2021, cuando, de modo muy desigual en ritmo y en suministros, ya había empezado el proceso de vacunación. El caso de Colombia en lo que respecta a la gestión de la pandemia es, como se verá, inquietante y para el caso de acatamiento del principio de la transparencia, altamente cuestionable.

En este apartado se deberían estar analizando los documentos discutidos por las partes como el fundamento contractual del proceso de adquisición, en lugar de tener que apelar a estas fuentes, a pesar de su relativa confiabilidad. Como tal, el siguiente itinerario es evidencia de que el principio de transparencia no está siendo debidamente atendido, por lo que se hace necesario hacer uso de la información disponible y, a partir del marcado contraste que hace con la necesidad de transparencia, proceder a hacer la crítica a un actuar que resulta lesivo para la institucionalidad misma de la democracia colombiana.

La publicación de la revista Portafolio del 13 de enero de 2021 es esclarecedora para el problema de la transparencia en el caso del proceso de adquisición de las vacunas. Según Portafolio, el ministro de Salud, Fernando Ruiz, afirmó que “ya suscribió con el mecanismo Covax, el contrato para adquirir vacunas para 10 millones de colombianos, equivalentes a 20 millones de dosis, con vacunas de dos dosis”. El medio, añadió que el ministro “señaló también que ya se tienen los convenios con Pfizer y AstraZeneca, por 5 millones de vacunas de doble dosis con cada farmacéutica”. Además “con Janssen, la compañía de biológicos de Johnson & Johnson, por 9 millones, en este caso, para una dosis única”. Según estas afirmaciones, lo prometido implica “un total de 29 millones de vacunas para cubrir inicialmente a la población priorizada en el Plan de Vacunación, de los 35 millones de personas que buscan inmunizar”.

La cobertura, por tanto, parecía llegar a un número lo suficientemente alto como para confiar en que se trataría de un proceso masivo. La realidad sería muy distinta pasados algunos meses después de esas declaraciones, pues las promesas difrieron drásticamente de la realidad. Pero a este aspecto incumplido, el cual ya permite plantear varios interrogantes en la dirección de la inquietud por la transparencia, Portafolio añadió lo siguiente: “el Minsalud aclaró, además, que ‘ningún país tiene posibilidad de comenzar las negociaciones previas de acceso a los contratos de compra de la vacuna sin suscribir un acuerdo de confidencialidad’,

⁷ DA SILVA, Alice Rocha; SANTOS, Ruth MP. A influência do direito administrativo global no processo brasileiro de contratação pública à luz do princípio da transparência. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 6, n. 2, p. 66-88, 2016.

⁸ ZAMBRANO, Virginia et al. O DIREITO À SAÚDE E À VIDA EM CONFRONTO COM O DIREITO À PROPRIEDADE INTELECTUAL DOS LABORATÓRIOS, NO ÂMBITO DA PANDEMIA DA COVID 19: A POSSIVEL QUEBRA DE PATENTES. *Revista Jurídica*, [S.l.], v. 5, n. 62, p. 168 - 192, 2021.

teniendo presente la información sensible que se está manejando”. Y remata afirmando que, según el ministro. “si llegase a violarse esa confidencialidad, el país deberá atenerse a las sanciones y posible pérdida de la negociación y, por ende, de los biológicos”. Siendo lo anterior una amenaza con tintes de chantaje.

La cobertura prometida no se compadeció con la urgencia del suministro, pues para mediados de febrero, el país tenía, según la misma revista, citando fuentes oficiales, poco más de 33.000 vacunados. La comparación con Chile deja la gestión colombiana en una situación muy comprometida que no se exagera al llamársela ineficiente, al menos en lo que respecta a la cantidad de personas. Pero este aspecto contextual profundiza la inquietud de un término mencionado dos veces por el ministro que motiva la presente reflexión jurídica sobre la transparencia: *confidencialidad*. En particular teniendo en cuenta que, según la misma revista antes citada, “en medio de este debate, Portafolio conoció que a la fecha el presupuesto asignado para respaldar los acuerdos suscritos sería de \$1,53 billones, a partir de los montos incluidos en cuatro resoluciones del Ministerio de Hacienda”. La redacción es confusa y genera inquietud, pues el medio solo conoció una suposición, lo que indica que la información es poco confiable porque el monto indicado puede variar, posiblemente para hacerse más alto.

Es decir, que un rubro semejante, proveniente de los impuestos del país, se está invirtiendo en un proceso de negociación muy delicado, pero respecto al cual no se puede tener información porque no hay distinción plena y adecuada entre confidencialidad y falta de transparencia, lo cual ya fue advertido por la doctrina⁹. Los mismos medios emplean términos asociados con la falta de certeza, pues admiten que es solo eso lo que se sabe, implicando que la poca información disponible y la ausencia total de los documentos oficiales y legales no parecen producir sorpresa o inquietud, ni siquiera por el rubro. Durante la pandemia generada por el virus de la COVID-19, las farmacéuticas han logrado tener una posición dominante frente a muchos estados, pero esto no podía haber llevado a estos a renunciar a contrataciones transparentes, pues los dineros invertidos en la compra de vacunas son recursos públicos siempre y en toda circunstancia sujetos a controles.

La Corte Constitucional ha conceptualizado respecto a la contratación teniendo en cuenta la cuantía (C-004/17), basta con el monto involucrado en el costo de la compra de las vacunas para que la necesidad de mediar el control por la vía jurídica sea evidente. Es más, la misma fuente, que conviene citar aquí en extenso, explica el procedimiento en los siguientes términos:

“La entidad encargada de todo el proceso para la negociación, adquisición y logística de las vacunas es el Ministerio de Salud. Por medio de la Resolución 1270 de 2020 se creó un comité asesor para acompañar a la entidad en todo lo referente al proceso de inmunización, y a través del decreto 1258 de 2020 se conformó también la Instancia de coordinación y asesoría para el acceso a vacunas seguras y eficaces contra el coronavirus”.

“En este proceso también interviene la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres (Ungrd), que es la responsable de ordenar el gasto del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, y dentro de este, la subcuenta para la Mitigación de Emergencias del Covid coordina los gastos de Minsalud para mitigar la pandemia, lo que incluye no solo el proceso de vacunación, sino también de ventiladores y material médico, entre otros”.

“Los contratos de dicha subcuenta están definidos por la normativa del derecho privado, conforme a las leyes establecidas por el derecho civil o comercial. Si bien las resoluciones en las que se establecen los montos destinados son públicas, los acuerdos suscritos con las farmacéuticas son confidenciales”. Sentencia C-145 de 2020

El problema jurídico aquí es evidente, pues el derecho privado resulta más generoso para los particulares que para el mismo Estado al poderse ocupar de las impresiones para hacer los ajustes necesarios¹⁰. En

⁹ MALARET, Elisenda. El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 15, p. 21-60, 2016

¹⁰ HINESTROSA, FERNANDO. Teoría de la imprevisión. *Revista de Derecho Privado*, n. 39, p. 9-29, Jul./Dic. 2020.

un contexto de mucha incertidumbre, gran parte de la cual se eliminaría con el suministro eficiente de las vacunas —con lo que el tema insistente de la economía tendría también la respuesta anhelada de reactivación total— y en el que está en juego la garantía de un derecho fundamental como es el de la salud —según lo consagra el Artículo 49 del Superior modificado por el Acto Legislativo No. 02 de 2009, artículo 1—, que la contratación se realice teniendo al derecho privado como fundamento jurídico, es perjudicial para el Estado pues se sacrifican muchos de los controles existentes para lo público.

Lo que desde la perspectiva del derecho civil negocial-contractual, el cual permite todo lo que no está expresamente prohibido, parece un punto de partida que debe darse por supuesto, resulta siendo, desde la perspectiva del derecho público, un inquietante problema de falta de control y de riesgos de ocultamientos cuestionable, pues los mecanismos de control en lo público son muy rigurosos. Es aquí donde la transparencia deviene en problema jurídico de reflexión, el cual ya fue propuesto desde perspectiva sociopolítica¹¹, pues el contexto no deja claro, y por tanto hace cuestionable, que el régimen de una negociación tan importante desde lo económico, lo social y lo político, sea el privado.

Cualquiera de los elementos mencionados hasta aquí, habilita este cuestionamiento, en particular en un contexto doctrinal en el que también se ha resaltado el carácter transnacional de la transparencia¹². No se trata de un problema como el de las sociedades de economía mixta y la complejidad de la determinación del régimen contractual a partir de porcentaje de aportes, sino de la negociación entre empresas farmacéuticas con mucho poder negocial por su posición dominante en el mercado en medio de la mayor crisis sanitaria de los últimos 100 años y el Gobierno de un Estado que se encuentra enfrentando un escenario con un nivel de complejidad mayor al acostumbrado.¹³

En este sentido otro medio, la revista *Semana*, en publicación del día 15 de enero del 2021, cita al presidente Duque afirmando que revelar los contratos contra la covid “tumbaría” la compra. El Presidente de Colombia emplea en este contexto el término coloquial *tumbar*, con lo que su discurso informal contrasta de modo drástico con otras retóricas presidenciales¹⁴ y con el compromiso de la comunicación apropiada¹⁵, para advertir que el proceso de contratación se arruinaría, implicando, por supuesto, que entonces no se contaría con el suministro de las vacunas. El 25 de enero, el Ministerio de Salud, en el Boletín de Prensa No 089 de 2021, insistió en esta postura, pues el ministro aseguró que “tanto para Colombia como para el resto de los países, las negociaciones son procesos muy complejos y en todos los países se han requerido acuerdos de confidencialidad, los cuales cobijan la información sobre los respectivos contratos”.

Previamente, el 14 de enero, el periódico *El Tiempo* publicó una nota en la que expresa la inquietud de la confidencialidad, que parece convertirse en una excusa negocial para el secretismo, es decir, para aprovechar la necesidad de salvaguardar cierta información que es reservada para, junto con ella, no hacer públicos los detalles de la inversión de dineros que también son públicos y que, por tanto, exigen de una vigilancia ejercida desde la ciudadanía¹⁶. La nota cita a Camilo Enciso, director de Instituto Anticorrupción, quien aseguró que “la normativa vigente protege el secreto industrial y la propiedad intelectual, pero que nadie está pidiendo datos del compuesto o fórmula de las vacunas, sino del proceso contractual”. Por eso, no se trata de un problema de la competencia ni de diseño de la contratación pública colombiana. Y el director añade:

¹¹ VALENCIA-GRAJALES, José Fernando; MARÍN-GALEANO, Mayda Soraya. SARS-CoV-2 y la debacle del Estado, la justicia, la democracia, el capitalismo y el inicio de la era de la vigilancia. *Ratio Juris*, v. 15, n. 30, 2020.

¹² VEGA DE HERRERA, Mariela. Aplicación de los principios de igualdad y transparencia en la contratación pública de España y de Colombia. Prolegómenos. *Derechos y Valores*, v. VIII, n. 16, p. 67-78, jul./dic. 2005.

¹³ GATTI, Franco. La corrupción en la emergencia: repercusiones sobre los derechos humanos. *Revista IIDH*, n. 72, p. 89-112, 2020.

¹⁴ ALEJANDRA VITALE, María. Discurso presidencial sobre el COVID-19. El caso de Alberto Fernández en Argentina. *deSignis*, v. 33, p. 113-125, Jul. 2020.

¹⁵ URBINA-MEDINA, Huniades; NOGUERA BRIZUELA, Dalmacia; LEVY MIZHARY, José; CARRIZO, Juan III; BETANCOURT, Adelfa. Comunicación efectiva y ética en casos de epidemias y pandemias. *Archivos Venezolanos de Puericultura y Pediatría*, v. 79, n. 4, p. 113-117, oct./dic. 2016.

¹⁶ SANDOVAL-ALMAZÁN, Rodrigo. Gobierno abierto y transparencia: construyendo un marco conceptual. *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, v. 22, n. 68, p. 203-227, mayo/ago. 2015.

“estos contratos tienen mucha información de interés, como, por ejemplo, las obligaciones de las partes, las garantías que dieron para cumplir el objeto del contrato, ‘y nada de eso tiene que ver con el secreto industrial’. También afirmó que la ley 80, que rige la contratación, establece el principio de transparencia y publicidad en todos los contratos que el Estado firme con los particulares”.

Esta exigencia no es nueva y se encuentra sustentada teórica, sociológica y políticamente¹⁷. Además, la nota incluye a Johnatan García, investigador de Dejusticia, quien “señaló que la regulación de la contratación exige que los contratos sean públicos y que incluso en las normas que han regido los contratos para emergencia sanitaria ha quedado claro que los contratos son públicos”. Al respecto, el experto comentó lo siguiente según el periódico *El Tiempo*:

“Sin embargo, señaló que la ley permite las cláusulas de confidencialidad y las empresas pueden considerar que información como el valor de sus productos y la forma de distribución puede ser usada por su competencia. Señaló que en otros países se ha hablado con los laboratorios para flexibilizar la información e incluso dar acceso a representantes de la sociedad y órganos de control”.

Este aspecto es importante porque se encuentra irresuelto, y satisfacer la transparencia es requisito de la estabilidad democrática¹⁸ y de proyección de la sostenibilidad¹⁹. El 28 de enero de 2021, la BBC hizo un diagnóstico de la situación en diversos lugares del mundo, y se puede plantear la hipótesis de que son las farmacéuticas –apoyadas por la economía del libre mercado y, por tanto, de la oferta y la demanda– las que tienen las ventajas para imponerle sus condiciones a los estados, pues el portal informa en su nota que hasta la Comisión Europea “se enfrenta al problema de hacer que las farmacéuticas cumplan con sus promesas”. Pero la nota no es importante solo por la panorámica que fundamenta la hipótesis, sino que, a la luz de la dinámica económica, ser transparente parece organizacionalmente pernicioso para los negocios²⁰.

El portal lo indica del siguiente modo: según el economista David Bardey, en conversación con la misma BBC, dijo que “si hubiera transparencia en los precios de los medicamentos, ‘sería más complicado para los laboratorios cobrar precios más altos a los países más ricos si estos pueden observar precios menores para otros países’”. Sin embargo, el mismo medio menciona a Jonathan García, esta vez como experto en salud pública en la Universidad de Harvard, quien aclara que “en EE. UU. ‘esto no es nada nuevo; es frecuente que en los contratos entre los sistemas de salud de los países y las farmacéuticas se incluyan cláusulas de confidencialidad’”. El experto añade que “los laboratorios buscan fraccionar el mercado para poder negociar precios distintos con los distintos países”. Y la BBC aclara que “esto les permite negociar con los países en función de sus recursos, ofreciéndoles precios más bajos a los países pobres o en desarrollo y exigiendo cantidades más altas a los más ricos”. Pero es llamativo que no se mencionen las alternativas ofrecidas por el derecho privado internacional²¹.

Tampoco se tiene en cuenta lo abusivas que son las relaciones mercantiles que se sustentan en la oferta y la demanda que en condiciones normales generan tratos desiguales, pero que en medio de la mayor crisis sanitaria de los últimos 100 años ha evidenciado el egoísmo de los seres humanos. Los estados ricos acaparan más vacunas de las necesarias para cubrir sus poblaciones y los estados pobres esperan las migajas dejadas por los ricos.

¹⁷ UVALLE BERRONES, Ricardo. Fundamentos de la transparencia en la sociedad contemporánea. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, v. LXI, n. 226, p. 199-220, ene./abr. 2016.

¹⁸ SANDOVAL BALLESTEROS, Irma Eréndira. Hacia un proyecto “democrático-expansivo” de transparencia. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, v. LVIII, n. 219, p. 103-134, sep./dic. 2013.

¹⁹ GILLI, Juan José. La transparencia como objetivo del desarrollo sostenible. *Ciencias Administrativas*, n. 9, 2017.

²⁰ ARELLANO GAULT, David. Transparencia desde un análisis organizativo: los límites del nuevo institucionalismo económico y las “fallas de transparencia”. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, n. 40, p. 53-80, feb. 2008.

²¹ CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. Los contratos normativos y los contratos marco en el derecho privado contemporáneo. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, v. 21, n. 1, p. 121-150, Enc./Jun. 2019.

Sin embargo, a diferencia del economista, el experto en salud “cree que los argumentos a favor de la transparencia ganan valor en el contexto de la pandemia”, en particular por los riesgos de corrupción²², que aumentan debido a las presiones añadidas por la pandemia. Y la BBC cita al experto directamente: “Estamos hablando de una emergencia sanitaria global, de algo que sucede cada 100 años, ante lo que uno esperaría que el sistema utilizara mecanismos mucho más transparentes y buscara un esquema más cooperativo”. La situación puede parecer inédita, pero fue prevista²³. Por lo que asegura que “en cambio vemos que se sigue buscando un mercado monopólico y mantener ventajas en los precios”, lo cual implica el reto de delimitar las aspiraciones de lucro de las farmacéuticas a partir de un criterio al menos médico y no solo de oferta y demanda.²⁴

El contexto ofrecido por los medios de comunicación indica, por tanto, uno de los aspectos del debate jurídico: la tensión entre los intereses de la economía privada y los intereses de la salud pública en un contexto extraordinario, pero no imprevisto, como el de la pandemia por la COVID-19.²⁵

3 Normativa y jurisprudencia colombiana respecto a la Emergencia

El análisis de las fuentes normativas que habilitaron las facultades extraordinarias por el caso de emergencia permite determinar la posibilidad de que se haya presentado una omisión o una actuación cuestionable respecto a la falta de información oportuna y confiable respecto al caso concreto de la negociación para adquirir las vacunas de la covid-19. Por eso conviene señalar los elementos relevantes tanto del Decreto 417 de 2020 como de la sentencia C-145 de 2020 respecto a las potestades otorgadas al Presidente para hacer frente de modo adecuado a la situación anormal con motivo de la pandemia.

El Decreto 417 de 2020, publicado el 17 de marzo de 2020, “se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional”. Es llamativo que el Decreto se enfoca en sus presupuestos fácticos en la salud pública y en los aspectos económicos. No hay mención de vacunas, lo cual se podría considerar una omisión notable debido a que no es posible inferirla de la palabra mitigación, la cual se enfoca de modo predominante en las consideraciones e inquietudes respecto a la economía. La implicación que permite hacer la hermenéutica jurídica no puede llevar la posibilidad de interpretar el texto del Decreto hasta tal subsunción. Por asombroso que pudiera ser, el Gobierno no tuvo proyección respecto a una posible solución de la crisis en la forma de vacunas.

De modo que se le puede reprochar en este punto que no hubo una proyección acorde con lo que los mismos organismos internacionales mencionados en el Decreto, específicamente la OMS, ya advertían al indicar que se trataba de un evento de carácter internacional: que la probabilidad de que la pandemia se extendiera era muy alta y que no se debían tomar solo medidas de choque. El Gobierno no tuvo en cuenta el útil principio de planeación, como principio rector de la actividad del Estado y lúcidamente propuesto por el Consejo de Estado en diversa jurisprudencia. Y el atenuante de una posible eficiencia respecto a las medidas que se debían tomar de modo inmediato es muy débil, pues la asesoría de expertos epidemiólogos hubiese ofrecido importantes claridades y recomendaciones a la hora de hacer esa proyección al mediano plazo. La preocupación central del Decreto subordina la salud pública, la cual ya fue resaltada por la doctrina como el criterio constitucional prevalente²⁶ a los aspectos netamente económicos. Las prioridades contras-

²² SCHELLER D'ANGELO, André; SILVA MAESTRE, Shirly. La corrupción en la contratación pública: operatividad, tipificación, percepción, costos y beneficios. *Revista VLA JURIS*, n. 23, p. 1-36, jul.dic. 2017.

²³ OSORES PLENGE, Fernando; GÓMEZ BENAVIDES, Jorge; SUAREZ OGNIO, Luis; CABEZAS SÁNCHEZ, César; ALAVE ROSAS, Jorge; MAGUIÑA VARGAS, Ciro. Un nuevo virus A/H1N1, una nueva pandemia: Influenza un riesgo permanente para una humanidad globalizada. *Acta Médica Peruana*, v. 26, n. 2, p. 97-130, 2009.

²⁴ DA SILVA, Alice Rocha; SANTOS, Ruth MP. A influência do direito administrativo global no processo brasileiro de contratação pública à luz do princípio da transparência. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 6, n. 2, p. 66-88, 2016.

²⁵ DADICO, Claudia María. Epidemias, pandemias e o ódio: caminhos para a governamentalidade da pandemia da Covid-19. *Publicum*, v. 6, n. 1, 2020.

²⁶ CHACÍN FUENMAYOR, Ronald; VILLA-VILLA, Sandra; BERROCAL-DURAN, Juan Carlos. Interpretación democrática de la constitución colombiana en tiempos de crisis (pandemia COVID-19). *Utopía y Praxis Latinoamericana*, v. 25, n. Esp.8, 2020

tan marcadamente con el secretismo y opacidad que, como se verá en el apartado siguiente, rodeó de las negociaciones, a menos que se proponga que la mentalidad negocial era el derecho privado.

Se puede entender el marcado interés del Gobierno Nacional en el aspecto económico y el cuidado de las finanzas públicas, pero no su desdén en la conservación de los límites y controles existentes para la contratación pública establecidos en leyes como la 80 de 1993. El proceder del mismo Gobierno en el proceso de adquisición de las vacunas hace un marcado contraste con el interés que manifiesta el Decreto en ocuparse predominantemente de la economía de mercado. Si se tiene en cuenta que el documento legal afirma que “los choques que afectan los mercados financieros y laborales suelen tener efectos profundos y prolongados que deterioran el crecimiento, el bienestar de la sociedad y el empleo”, el principio de planeación no necesariamente excluía al de transparencia. Es posible que el primero se pudiera asociar con la siguiente afirmación contenida en el Decreto:

“La adopción de medidas de rango legislativo, autorizadas por el Estado de Emergencia, buscan fortalecer las acciones dirigidas a conjurar los efectos de la crisis, así como a mejorar la situación de los contagiados y evitar una mayor propagación del COVID-19. No obstante, dado que la magnitud de la llegada del COVID-19 a Colombia no ha sido dimensionada en su totalidad, las medidas que se anuncian en este decreto no agotan los asuntos que pueden abordarse en ejercicio de las facultades conferidas por el estado de excepción, lo que significa que en el proceso de evaluación de los efectos de la emergencia podrían detectarse nuevos requerimientos y, por tanto, diseñarse estrategias novedosas para afrontar la crisis”.

Sin embargo, el Decreto debió mencionar el principio de transparencia o hacer alusión a él de modo reconocible o verificable. La cita realmente deja abierta una categoría discrecional excesivamente abierta que debió reprocharse en el control realizado en la sentencia que se analizará a en el apartado siguiente. No hay ningún contorno definido respecto a cuáles podrían ser esas estrategias novedosas, así que hay motivos para considerar que la incertidumbre producida por la llegada de la pandemia no podía permitir que se propusiera una alternativa tan vaga como la anterior, y menos en un Decreto que tiene tan claro la doble motivación de la salud pública y de la estabilidad de la economía. Los aspectos sociales y ecológicos se mencionan de modo periférico, marcadamente indirecto y en asociación directa con la motivación del Decreto.

Adicionalmente a lo anterior, hay dos aspectos de la justificación que llaman poderosamente la atención. La primera es que el siguiente pasaje, el cual expone la necesidad de las atribuciones extraordinarias por insuficiencia de las ordinarias, enfatiza en el aspecto económico de la emergencia, hasta tal punto, que vuelve simbólicos los aspectos sociales y ecológicos:

“ante la insuficiencia de atribuciones ordinarias con las que cuentan las autoridades estatales para hacer frente a las circunstancias imprevistas y detonantes de la crisis económica y social generada por la pandemia del nuevo Coronavirus COVID-19, se hace necesario adoptar medidas extraordinarias que permitan conjurar los efectos de la crisis en la que está la totalidad del territorio nacional, en particular, aquellas que permitan acudir a mecanismos de apoyo al sector salud, y mitigar los efectos económicos que está enfrentando el país”.

La segunda, que resulta inquietante, declara la insuficiencia de un conjunto del derecho positivo vigente colombiano que se puede interpretar de modos marcadamente diferentes: primero, como una insuficiencia que necesita de medidas que la complemente, o, segundo, como una insuficiencia que puede prescindir de tal normativa:

“se hace necesario por la urgencia y gravedad de la crisis y por la insuficiencia de los mecanismos jurídicos ofrecidos, entre otros, en la Ley 100 de 1993 - Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social integral, la Ley 1122 de 2007 – Sistema General de Seguridad Social en Salud, Ley 1438 de 2011, Ley 80 de 1993, el Decreto 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Decreto 111 de 1996 Estatuto Organice del Presupuesto, recurrir a las facultades del Estado de Emergencia con el fin de dictar decretos con fuerza de ley que permitan conjurar la grave crisis generada por el nuevo Coronavirus Covid-19 debido a la propagación y mortalidad generado por el mismo, el pánico por la propagación y las medidas de contención decretadas por cada Estado para evitar una mayor propagación”.

Es decir, que se podrán promulgar decretos con fuerza de ley que eviten la mayor propagación que, eventualmente, terminó presentándose, y que, en caso de que el Presidente lo considere necesario, presuma la insuficiencia particularmente de la Ley 80 de 1993 que contiene todas las exigencias de la contratación estatal. De ahí que el reproche fundamental al Decreto se puede plantear del siguiente modo: las facultades extraordinarias concedidas al Presidente, con motivo del estado de emergencia económica, social y ecológica por sanidad no implica la eliminación de controles y vigilancia, y menos la inaplicación de los principios. Y si bien no lo expresa taxativamente, la alternativa de hacer tal lectura queda abierta. Y la falta de información respecto a la negociación para la compra de las vacunas, aspecto que se tratará más adelante, lo hace evidente.

Por su parte, en la Sentencia C-145 de 2020 realiza el control de constitucionalidad del Decreto mencionado. Una cuestión oportuna de la exequibilidad del Decreto mismo es, propiamente, la insuficiencia de las facultades ordinarias, aspecto que fue mencionado por uno de los ciudadanos intervinientes como parte del proceso mismo de la determinación del estatus de consistencia del Decreto en cuestión con los mandatos constitucionales. El concepto es el siguiente: “Falta argumentación y claridad en los motivos por los cuales a través de potestades ordinarias el Gobierno no puede hacer frente a la pandemia”. Es decir, que tal vez no se trató con el debido cuidado la suposición ingenua de que, posiblemente, los mecanismos ya existentes tenían la competencia suficiente para tomar las medidas a que hubiera lugar, como si tuviera algún carácter indudable la afirmación de que situaciones extraordinarias exigieran medidas extraordinarias y, por tanto, facultades extraordinarias. No se puede pasar por alto que la restricción de derechos durante los diferentes confinamientos a la que fue sometida la población colombiana se hizo mediante normas ordinarias y competencias dadas por el Código Nacional de Policía (ley 1801), mientras que los poderes excepcionales fueron usados especialmente con fines económicos. Cabe, por tanto, hacer la pregunta de si el Gobierno debió primero verificar las vías ordinarias para llevar a cabo la toma de medidas necesarias para enfrentar el reto. Es decir, que queda planteada la cuestión de si se trató de una medida viciada por extralimitación de funciones al no requerir de la declaratoria de un estado de emergencia. Sin embargo, en la sentencia comentada, la Corte Constitucional conceptúa del siguiente modo:

“la Corte quiere poner en evidencia que, en los 28 años de vigencia de la actual Carta Política, no se había presentado una crisis de las proporciones que ahora materializa la pandemia del Covid-19, y por tanto ello obliga el aplicar un nivel de intensidad que entienda tan especiales vicisitudes y particularidades. Habrá de ser un juicio atenuado, en todo caso distinto, que de una manera más adecuada, oportuna y eficaz valore las circunstancias reales que propiciaron la declaratoria de esta emergencia”.

Y añade:

“Los sucesos que exponen de manera más evidente al país a una grave calamidad sanitaria y que materializan de un modo claro perturbaciones y amenazas al orden económico, social y ecológico, pueden aparejar para el ejecutivo un mayor margen de apreciación para declarar el estado de emergencia, pero además para la escogencia de los remedios y soluciones que permitan una vuelta pronta a la normalidad”.

Así que considera que, al tratarse de una situación inédita, la vía ordinaria es insuficiente para enfrentarla.

Por su parte, la Universidad Nacional de Colombia fue mucho más severa, e hizo eco de las inquietudes planteadas en el apartado anterior: “se ha perdido toda sensibilidad frente a los derechos humanos y fundamentales del constitucionalismo moderno”, por lo que el Decreto no atiende los mandatos del Superior. Este concepto es útil para dimensionar el sentido de la Sentencia, la cual le confiere exequibilidad al Decreto, es decir, que es acorde con la Constitución. La Corte Constitucional colombiana afirma que “Como se trata de una situación extraordinaria donde la ley no es aprobada por el legislador, la Carta Política a su vez impone una serie de limitaciones, de los cuales se deriva la interpretación restrictiva de las facultades del Gobierno Nacional como única opción compatible con la democracia constitucional”, según lo cual, el reproche de la Universidad Nacional sería incorrecto.

No obstante, el caso particular de la falta de publicidad y, por tanto, de transparencia en el caso de las negociaciones para la compra de las vacunas, expresa que, al menos lo que respecta a la vigilancia, es una interpretación restrictiva de las facultades que fue desatendida. De ahí que en el apartado que sigue la fuente de análisis no sean documentos que proporcionen la información necesaria para tal efecto, sino las referencias que los medios pudieron ofrecer en el contexto del debate mismo que motiva esta reflexión crítica. El anterior análisis se enfoca en el Decreto 417 de 2020, el cual declara el estado de emergencia por primera vez con motivo de la covid-19, pero se deja constancia que se presentó una segunda declaratoria de Emergencia mediante el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020, y fue también declarado exequible por la Sentencia C-307 de 2020 de la Corte Constitucional de Colombia.

Ambas providencias advierten que, en virtud de la misma normativa vigente, la declaratoria de estado de emergencia no desmonta los mecanismos de vigilancia, pero resulta innegable que su operatividad en la práctica resultó drásticamente perjudicada. Estas normas, con motivo de la disponibilidad de vacunas en el mercado, llevó a que, con un sentido de urgencia análogo al del estado de emergencia, el proceso de negociación para la adquisición de las vacunas careciera de la transparencia de la que ha requerido como proceso, en el que están comprometidos una enorme cantidad de recursos públicos.

Es importante señalar aquí la incertidumbre normativa que hay después de esos decretos. La Presidencia de la República solo podía declarar otro estado de emergencia. Pero el problema jurídico que se presenta aquí es que después de este segundo decreto de mayo de 2020, en el que se declara una nueva Emergencia, el rastreo del fundamento normativo se hace complejo porque los Decretos no están disponibles en la página web que el Gobierno financió y destinó para tal efecto. Queda abierto aquí el interrogante respecto a la legitimidad de todas las actuaciones gubernamentales después de culminar el período indicado en los decretos mencionados.

En efecto, se pueden plantear interrogantes al respecto que se vinculan con la transparencia, dentro de los cuales interesa aquí el significado que tiene la falta de información acerca de los términos de las negociaciones que el Gobierno adelantó con las farmacéuticas para, en el contexto asumido, pero sin claridad jurídica, de la Emergencia Sanitaria, adquirir las vacunas para cincuenta millones de colombianos. La Emergencia otorga ciertas facultades al Presidente que de ninguna manera suprimen la necesidad de vigilar tales actuaciones. Sin ello, la posibilidad de prevenir o evitar posibles perjuicios a lo público, en particular al dinero involucrado en la compra y la garantía del derecho a la salud de la población involucrada, quedan a merced de interacciones que, en el contexto del derecho privado, están plenamente legitimadas, pero que, en el contexto del derecho público, derogan *de facto* la necesidad y exigencia de aplicar instrumentos de vigilancia. Es decir, que la transparencia deja de ser un principio aplicable en virtud de la elección de un contexto normativo que es discutible.

Por tanto, de la incertidumbre mencionada respecto a los decretos que mantienen vigente la Emergencia al menos desde junio de 2020 se elige para una caracterización más detallada el interrogante respecto a la ausencia de información sobre el proceso de contratación entre las farmacéuticas y el Gobierno Colombiano. Ante esa carencia de información, que la doctrina indica como inadmisibles en tiempo de la covid-19 la hipótesis propuesta reduce a un Gobierno a ser el igual en términos negociales de una empresa multinacional.²⁷ A ese respecto se extraerán algunas consecuencias en la conclusión de este artículo.

²⁷ BRULL-GONZÁLEZ, Maribel. Sistema de información y comunicación para el enfrentamiento de las comunidades a desastres naturales, epidemias y pandemias. *Ciencia en su PC*, v. 1, n. 3, p. 1-17, Jul./sep. 2020.

4 Fundamento normativo del principio de transparencia.

La propuesta de este artículo se enfoca en las condiciones del proceso que plantean inquietudes respecto a la aplicación del principio de transparencia, bajo el entendido de que las facultades extraordinarias con motivo de la emergencia debida a la COVID-19 le otorgó mayor margen de maniobra al ya amplio margen que tiene el presidencialismo colombiano, pero que no eliminó los mecanismos de vigilancia y control de sus actuaciones, pero particularmente las de vigilancia, las cuales dependen de la publicidad de la información respecto a los procesos y en los cuales se funda la garantía del principio de transparencia. Tales inquietudes ya fueron propuestas por la reflexión científica al respecto, y en los siguientes términos:

“La ‘carrera’ por las vacunas para la COVID-19 expone las deficiencias del ecosistema de innovación médica que hace negocios como si tal cosa, impulsada por intereses económicos y no por los resultados en salud. En lugar de motivar la inteligencia colectiva, se apoya en la competencia entre vacunas privadas y permite que se rebajen los estándares de seguridad y eficacia, con lo que se pone en riesgo la salud de la población y se socaba su confianza”²⁸ (traducción propia).

Es decir, que el contexto de la COVID-19 no es uno en el que se puedan seguir haciendo negocios *como si tal cosa*, como si el mercado funcionase independiente y al margen de regulación. Esto implica una aplicación de políticas y de disposiciones negociales muy distintas de parte del Gobierno. Seguir permitiendo que el mercado se autorregule es una postura pasiva y aberrante que es inadmisibles cuando se está enfrentando una pandemia. El comportamiento del mercado de las vacunas a nivel global ha estado marcado por un déficit ético, en el proceso de negociación entre los estados y las farmacéuticas y en su adquisición se dieron prácticas abusivas donde los países ricos acapararon más vacunas de las que necesitaban. Prevalció el ánimo de lucro de los laboratorios sobre el derecho a la vida de los habitantes de los países más pobres. No estuvimos a la altura de enfrentar una crisis global y se evidenció el egoísmo y la avaricia humana. No ponerles controles a las farmacéuticas ha llevado a una situación que nos debería dar vergüenza como humanidad. La mano invisible propuesta por Smith ha demostrado su inoperancia en un momento donde las farmacéuticas han buscado el lucro mientras se perdían muchas vidas humanas²⁹.

Lo que resulta llamativo de este planteamiento es que se puede objetar la disposición de las farmacéuticas, que parecen estar interesadas solo en sacar el máximo provecho de la crisis generada por la pandemia, como si se pudiera presumir sin dudas que en los negocios no importa nada más que el aumento de las ganancias, pero realmente, las farmacéuticas también tienen una responsabilidad social empresarial respecto a la salvaguarda de un derecho fundamental que no riñe con su ánimo de lucro³⁰.

Otro aspecto llamativo que conviene mencionar es la relación entre confidencialidad, secreto empresarial, transparencia y un posible secretismo, entendiendo esto último como una renuencia cuestionable y con apoyo jurídico débil para no revelar condiciones polémicas o reprochables del contrato. El contraste tan marcado entre los regímenes privado y público respecto a la transparencia debería llevar a que se resalte que por el hecho de que hay un privado, en este caso una empresa farmacéutica, como parte de la contratación para la adquisición de las vacunas, se trata de un asunto público, como sí se planteara una condición sobreviniente de las farmacéuticas –las cuales son negocios sumamente exitosos³¹– como prestadoras de un servicio público básico y que no se pueden sustraer al escrutinio de sus actuaciones a la luz de lo público y de los controles que se asocian con ello.

²⁸ TORREELE, E. Business-as-Usual will not Deliver the COVID-19 Vaccines We Need. *Development (Basingstoke)*, v. 63, n. 2-4, p. 191, 2020

²⁹ SMITH, Adam. La riqueza de las naciones, libro IV, cap. II, p. 456-457.

³⁰ SANTORO, M., SHANKLIN, R. Human rights obligations of drug companies. *Journal of Human Rights*, v. 19, n. 5, p. 557-567, 2020.

³¹ PECETTA, S., FINCO, O., SEUBERT, A. Quantum leap of monoclonal antibody (mAb) discovery and development in the COVID-19 era. *Seminars in Immunology*, 50, art. n. 101427, 2020.

El Principio de Transparencia es un valor del Derecho Administrativo Global, por su reconocimiento por parte de las instancias globales como indispensable para el proceso de contratación pública, bien sea por ser una herramienta de gobernanza global, o porque es un mecanismo para aumentar la rendición de cuentas (responsabilidad) de la Administración Pública.³² Por ello, la transparencia, la publicidad y el control cobran aún más importancia, principalmente porque situaciones de crisis como ésta implican un cierto grado de “relajamiento” en el rigor de la contratación pública, implicando acciones y toma de decisiones, que exigen una mayor fiscalización por parte de la sociedad y responsabilidad de los gestores públicos; con principios éticos para evitar la corrupción.³³

Con el acaecimiento de la pandemia la posición privilegiada de multinacionales farmacéuticas es clara, no solo porque se está haciendo énfasis en las condiciones de ganancia financiera y las opciones que les quedan abiertas para situaciones futuras³⁴ sino porque la responsabilidad que tienen como proveedores de servicios y sus posibles desatenciones que escapan a cualquier supervisión y sanción. Es un fenómeno de carácter global que antepone las patentes al servicio³⁵.

Lo anterior genera inquietudes que se comprenden a la luz de la abundante normativa colombiana sobre la transparencia. Basta con un compendio no definitivo de leyes que siguen vigentes, las cuales conviene mencionar como el trasfondo jurídico de una interpretación que se va a proponer respecto a la funcionalidad que se le concede al principio de transparencia: Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Ley 1474 de 2011, Decreto Ley 019 de 2012, Ley 1882 de 2018, Decreto Reglamentario 1082 de 2015, Ley 1882 2018 Transparencia en la contratación pública, Ley 1849 de 2017 Código de Extinción de Dominio para combatir la corrupción e incentivar la denuncia ciudadana, Ley 1828 de 2017 del Código de ética y disciplinario del Congresista, Ley 1778 de 2016 del Soborno a servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, Ley 1757 de 2015 del Derecho a la participación democrática, Ley 1762 de 2015 de Contrabando, lavado de activos y evasión fiscal, Ley 1712 de 2014 de Transparencia y derecho de acceso a la información pública Nacional, Ley 1474 de 2011 del Fortalecimiento de los mecanismos de prevención, investigación y sanción, Ley 412 de 1997 de la Definición de actos de corrupción, Ley 190 de 1995 de la Erradicación de la corrupción administrativa, Decreto 1499 de 2017 de la Transparencia, acceso a la información pública y lucha contra la corrupción, Decreto 1686 de 2017 de las Comisiones Regionales de Moralización, Decreto 124 de 2016 del Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano, Decreto 1081 de 2015 de la Transparencia y derecho de acceso a la información pública Nacional, Decreto 4170 2011 Creación Agencia Nacional de Contratación pública, y Ley 1712 de 2014 o de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional.

¿Qué significa esta proliferación normativa, inevitablemente, genera una tendencia entrópica, es decir, de caída en el desorden? ¿Tantas normas que buscan la transparencia en las actuaciones públicas quedan suspendidas en tiempo de pandemia? Pues bien, una propuesta de interpretación que se puede proponer aquí es que, además de esta objeción a la cantidad excesiva que parece necesitar de tipos particulares de control dependiendo del tipo de interacción en lugar de proponer un dispositivo que se pueda aplicar en cualquier escenario en el que sea necesario determinar la transparencia a través de la vigilancia, es que hay una tendencia a ver la transparencia como principio operativo en los mecanismos de control. No en vano se la ve en esta normativa mencionada asociada estrechamente al fenómeno general que recibe el nombre de corrupción. Este desplazamiento funcional afecta profundamente la posibilidad de que la vigilancia preven-

³² DA SILVA, Alice Rocha; SANTOS, Ruth MP. A influência do direito administrativo global no processo brasileiro de contratação pública à luz do princípio da transparência. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 6, n. 2, p. 66-88, 2016.

³³ DA CONCEIÇÃO LIMA, Luciana Cristina, et al. Compliance em tempos de calamidade pública: análise sobre a flexibilização da transparência de dados e informações durante o enfrentamento da COVID-19 no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 1, 2021.

³⁴ BILLINGTON, J.; DESCHAMPS, I.; ERCK, S. C.; GERBERDING, J.L.; HANON, E.; IVOL, S.; SHIVER, J.W.; SPENCER, J.A.; VAN HOOFF, J. Developing Vaccines for SARS-CoV-2 and Future Epidemics and Pandemics: Applying Lessons from Past Outbreaks. *Health Security*, v. 18, n. 3, p. 241-249, 2020.

³⁵ SYED, S. Incorporation of competition-related TRIPS flexibilities in the domestic law: A case study of India. *Journal of World Intellectual Property*, v. 23, n.1-2, p. 2-20, 2020.

ga posibles actuaciones jurídicamente cuestionables o perjudiciales para los intereses del Estado. La entrópica normativa y la situación excepcional de la pandemia no exime al Gobierno de su obligación de aplicar el principio de transparencia en el proceso de negociación, adquisición de vacunas y puesta en marcha del proceso de vacunación y de no ser así se generan unas circunstancias propicias para actos de corrupción.

En lo que respecta a la jurisprudencia de Altas Cortes colombianas sobre la transparencia establece un enlace predominante con la corrupción, término general con el que se designan simultáneamente algunos de los delitos que el Código Penal Colombiano asocia con comportamientos que aprovechan irregularmente lo público para el lucro privado y ciertos comportamientos que, sin ser legalmente reprochables, se pueden cuestionar desde perspectivas éticas o políticas. Es corrupto todo aquél que, investido con algún tipo de poder o prerrogativa, se desentiende intencionalmente de la labor que le fue encomendada o la manipula con el solo propósito de emplearla en función de sus intenciones particulares.³⁶

La Corte Constitucional ha proferido algunas providencias importantes al respecto, como la C-193 del 2011, la cual crea un Comité de Ética y Transparencia, y las C-620 y C-1016 de 2012 las cuales tratan la relación del principio de transparencia con la eficiencia en la contratación pública. La Corte Suprema de Justicia poco lo emplea. La hipótesis de trabajo que se puede proponer es que el principio de transparencia es una exigencia asociada predominantemente con el despliegue público de las interacciones jurídicas. Esto deja abierta la opción para preguntarse si entonces en lo privado no es necesario atender este principio con tanto celo como se lo atiende en los asuntos que involucran la actuación del Estado.

No se trata de un tema menor ni subsidiario. Con la flexibilización en la que el derecho ha entrado, y en el modo como sus dinámicas se hacen cada vez más volátiles y transitorias, este cambio y diferencia en la mentalidad de cada entorno jurídico es inquietante cuando se trata de los regímenes de libre mercado la normativa que los debe determinar. Es aquí donde esta discusión sobre el principio de transparencia deja de ser abstracta y adquiere contornos y características muy definidas y abocadas al asunto concreto de su aplicación en procesos que tienen influencia y consecuencia en la cotidianidad de la ciudadanía.

En efecto, elegir el régimen privado para regular las actividades que involucran dineros públicos es en sí mismo un reto para la pregunta por la aplicación del principio de transparencia. Si lo que se debe hacer ante la corrupción es evitarla antes que detectarla o sancionarla, entonces la vía positiva de la aplicación del principio de transparencia debería llevar a que se aplique el régimen que tenga controles adecuados. Este es un debate que, al poner en el orden de prioridades a la inversión y al capital, abre un contexto de evidente conflictividad con el riesgo de corrupción. Este término, que no es jurídico sino sociopolítico, es particularmente llamativo porque expresa la apropiación indirecta de un conjunto de tipos penales que establecen la dimensión de aplicabilidad del principio de transparencia que parece ser el correcto o al menos el esperado. Si el ordenamiento jurídico busca imponer parámetros mínimos de transparencia en la contratación pública para disminuir actos de corrupción, eliminarlos y/o eludirlos podría llevar a mayor posibilidad de que éstos se presenten. La transparencia, en consecuencia, es también un elemento obligatorio que permea a toda la Administración, ya sea en la protección de los derechos del administrador, en la organización administrativa o en la prestación de servicios y políticas públicas.³⁷

En el contexto particular de la jurisprudencia de Altas Cortes en Colombia, conviene tener lo anterior como instrumento de interpretación de las actuaciones, pues entre las actuaciones que promueven el no dejar que se sepa nada y las actuaciones que promueven el poner todo en evidencia para que no se logre reconocer nada, hay un vasto e inestable contexto en el que predominan la sospecha y la incertidumbre y, debido a esta negatividad de la aplicación del principio, es la misma estatalidad la que resulta profundamente

³⁶ LAURELL, Asa Cristina. Las dimensiones de la pandemia de Covid-19. *El trimestre econ*, Ciudad de México, v. 87, n. 348, p. 963-984, dic. 2020.

³⁷ DO AMARAL, Marcelo Quevedo. A transparência da política monetária e a sua limitação aos objetivos constitucionais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 1, p. 706-724, 2018.

perjudicada en los tres aspectos que se van a asociar de modo explícito y decidido con la transparencia: la credibilidad, la legitimidad y la confianza en el Estado.

5 ¿Se puede sacrificar la transparencia en aras de la confidencialidad?

Los impedimentos para poder conocer información la cual, debido a la naturaleza del interés de procesos de contratación como el de la adquisición de las vacunas para la COVID-19 por parte del Gobierno colombiano, es de necesario conocimiento para que se pueda realizar el ejercicio de vigilancia, presenta un debate con la confidencialidad en el libre mercado, es decir, la potestad de las partes en reservarse información que consideran determinante para la salvaguarda de sus intereses negociales. En el período que va entre los meses de noviembre de 2020 y abril de 2021 se tienen solo notas de prensa al respecto. No hay disponible ningún documento de negociación. La razonabilidad de esta medida de confidencialidad -discutible pues denota falta de transparencia- plantea el interrogante de la causa de esta y permite plantear una hipótesis de trabajo que se puede elaborar desde una perspectiva de crítica jurídica.

Las empresas farmacéuticas que suministraron las vacunas tenían, en esta ausencia de información, una posición dominante y privilegiada. La hipótesis es, por tanto, que la dinámica de interacción negocial, una vez empezaron a llegar las vacunas a Colombia, es la del derecho privado: por un lado, las farmacéuticas tienen un producto que, por el otro, el Gobierno colombiano tiene interés en adquirir. Ahora se trata de un Gobierno que es cliente de una parte negocial que tiene las potestades de imponerle condiciones, y esto plantea el problema triple de la legitimidad, la credibilidad y la confianza de un Estado que se reduce a la condición de una de las partes del sinálgama contractual.

Lo anterior despierta la inquietud fundamental de este artículo. Se trata de explicar y comprender, es decir de interpretar, el significado de la indisponibilidad de una información que, desde la perspectiva del derecho público, se asume de acceso inmediato. Este aspecto contextual profundiza la inquietud de un término mencionado dos veces por el Ministro de Salud y Protección Social de Colombia que motiva la presente reflexión jurídica sobre la transparencia: *confidencialidad*. En particular teniendo en cuenta que, según la revista Portafolio, la cual hace eco de lo que dicen muchos medios semejantes, “en medio de este debate, Portafolio conoció que a la fecha el presupuesto asignado para respaldar los acuerdos suscritos sería de \$1,53 billones, a partir de los montos incluidos en cuatro resoluciones del Ministerio de Hacienda”. La redacción de esta nota es confusa y genera inquietud, pues el medio solo conoció una suposición, lo que indica que la información es poco confiable porque el monto indicado puede variar, posiblemente para hacerse más alto.

Es decir, que un rubro semejante, proveniente de los impuestos del país, se está invirtiendo en un proceso de negociación muy delicado y de suma importancia, pero respecto al cual no se puede tener información porque no hay distinción plena y adecuada entre confidencialidad y falta de transparencia. Los mismos medios emplean términos asociados con la falta de certeza, pues admiten que es solo eso lo que se sabe, resaltando que la poca información disponible y la ausencia total de los documentos oficiales y legales no parece producir sorpresa o inquietud, ni siquiera por la gran cantidad de recursos públicos invertidos. Pero si la Corte Constitucional ha conceptualizado respecto a la contratación teniendo en cuenta la cuantía (C-004/17), basta con el monto involucrado en el costo de la compra de las vacunas para que la necesidad de mediar el control por la vía jurídica sea evidente.

Sin embargo, la información hasta el momento en que se termina de escribir este artículo nunca estuvo disponible. Las dosis empezaron a llegar a Colombia, de modo que el Gobierno Colombiano cerró los contratos de suministro con las farmacéuticas sin que se tuviese conocimiento público de las condiciones impuestas en ellos. Se trató de un negocio con todas las características de la teoría del contrato privado a pesar de que una de las partes es el Gobierno de un Estado soberano y que la otra es una empresa. El aspecto

sociopolítico de que se trata de un Gobierno de un país emergente y de que la empresa es una multinacional con posición dominante puede ser una explicación desde la perspectiva de la sociología jurídica. Pero, desde la perspectiva de la discusión jurídica *stricto sensu* que se propone en este artículo, tal caracterización solo insiste en la necesidad de haber aplicado las condiciones de la contratación pública estatal y no los términos de la contratación privada internacional. No se trata de un privado adquiriendo suministros para su empresa, sino de un Estado garantizando la salvaguarda de los derechos a la salud y la de sus habitantes. Las empresas farmacéuticas no son pares negociales sino prestadores de servicios, aun siendo multinacionales. Pero, se insiste, si bien estas aclaraciones se chocan siempre con la falta de información de los términos negociales, esta misma ausencia permite elaborar la hipótesis mencionada.

Puede que se busque asegurar el derecho a la salud e incluso la vida, pero no se pueden eliminar de tajo los múltiples mecanismos que buscan garantizar la transparencia en los procesos de contratación pública, así estemos en una situación calamitosa. Lo que desde la perspectiva del derecho civil negocial-contractual, el cual permite todo lo que no está expresamente prohibido, parece un punto de partida que debe darse por supuesto, resulta siendo, desde la perspectiva del derecho público, un inquietante problema de falta de control y de riesgos de ocultamientos cuestionable, pues los mecanismos de control en lo público son muy rigurosos. Es aquí donde la transparencia deviene problema jurídico de reflexión, pues el contexto no deja claro, y por tanto hace cuestionable, que el régimen de una negociación tan importante desde lo económico, lo social y lo político, sea el privado.

Por tanto, se trata aquí de una oportunidad de negocio que no tiene por qué reñir con una función pública de importancia histórica, es algo que ya se ha resaltado³⁸, pues las farmacéuticas están teniendo un período de prosperidad debido a la pandemia. Según esto, el problema de tener o no en cuenta el principio de transparencia advierte que hay una normalización del asunto del secreto empresarial que es inquietante porque antepone el interés del lucro y oculta información bajo el pretexto de la confidencialidad. En un contexto en el que está en juego la salvaguarda de un derecho fundamental y la inversión un rubro muy alto de capital público, la vulneración del principio de transparencia es un problema social, ético, político, y, lo que es más importante para esta reflexión, jurídico.

El aspecto más importante de la sentencia C-145 de 2020 se encuentra en el salvamento de parcial de voto de los magistrados José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos. Va en línea con la inquietud planteada al comienzo en la pregunta respecto a la necesidad de la declaratoria de emergencia: “La Corte ha perdido una valiosa oportunidad para evitar que el Gobierno de la crisis se transforme en la regla general, cuando debe ser la excepción más reducida del Estado constitucional de derecho”. Esa fue la disposición que llevó a que el Gobierno realizara una negociación tan importante para resolver la crisis de la covid-19 sin admitir ninguno de los controles que se consideran más que necesarios en un caso extraordinario como ese, en particular el de publicidad y transparencia para que fuera posible ejercer la vigilancia.

Es decir, que las situaciones extraordinarias deben ser admitidas extraordinariamente y estar sometidas a vigilancia, por tanto, también extraordinaria. Pero la consecuencia fue una ausencia total de claridad respecto a los pormenores del proceso. Un par de meses después de las notas periodísticas, los términos de la negociación seguían sin hacerse públicos y las vacunas empezaron a llegar en cantidades muy reducidas, lo que implicó un reproche adicional bajo la expresión ineficiencia.

Finalmente, los magistrados expresan lo siguiente en su salvamento parcial de voto:

“También debía realizarse un llamado a prevención al Gobierno nacional por un enfoque solidario, de derechos humanos y de cooperación internacional. Era necesario enfatizar en la protección central a la salud, vida y seguridad de las personas, tomar medidas especiales a favor de poblaciones vulnerables, desarrollar unas políticas con enfoque diferencial, mantener la interdependencia de los derechos humanos, tener en cuenta los principios de igualdad y no discriminación, observar la transparencia y

³⁸ BOUDJELAL, M., NEHDI, A., ISLAM, I. Why do SARS-COV vaccines not exist? The pharma scientific intelligence and business model must be revisited! *Expert Opinion on Drug Discovery*, p. 1-3, 2020. DOI: 10.1080/17460441.2020.1777980.

la información, además de la importancia de los demás derechos comprometidos, a saber, el trabajo, la educación, la subsistencia, entre otros”.

Este es un aspecto de suma importancia que, por lo que se mencionó antes, resulta puesto en una situación subsidiaria respecto a la insistencia del Gobierno en los aspectos económicos de la emergencia. El enfoque debió estar puesto desde el comienzo en la salvaguarda de la salud como derecho fundamental y en la de los derechos que habilitan y hacen posible que la economía se pueda reactivar en los términos que le interesan al Gobierno. Pero el aspecto que los magistrados parecen mencionar de modo subsidiario, y que no resultó contemplado en el caso particular en torno al cual gira esta reflexión, la transparencia y la información.

Conviene ahora mencionar algunos aspectos relevantes de la condición impuesta por las regulaciones de la contratación pública, que son el aspecto que más interrogantes genera en las negociaciones que se llevaron a cabo entre el Gobierno y las farmacéuticas, las cuales, debido a la situación extraordinaria, no pueden ser vistas como meras empresas con fines de lucro. En el contexto de la pandemia, poseen una no declarada postura de proveedores de servicios públicos. Así que la necesidad de realizar la vigilancia de las actuaciones de ambas partes en la negociación, al menos a la luz de las exigencias impuestas por la salvaguarda del dinero público y, más importante aún, de un derecho fundamental, implicaba la necesaria aplicación de los controles establecidos por la normativa, en particular el de la aplicación el principio de transparencia.

6 ¿Lucro o salud?: tensión entre libre mercado y derechos fundamentales

Si bien, el debate que se plantea es de carácter jurídico, es necesario establecer un vínculo conceptual con el problema económico de la prevalencia del mercado en un contexto político en el que el sistema es democrático y en el que la salvaguarda de los derechos fundamentales es un deber estatal consagrado por la Constitución. Es decir, que se trata de una cuestión exclusivamente jurídica la cual, no obstante, establece enlaces inevitables con lo socioeconómico y con lo político. El primer aspecto establece el problema del lucro, pues, al tratarse del libre mercado en el contexto internacional y que se regula por la ley de la oferta y la demanda, es una aspiración que parece válida: los individuos aspiran a la máxima ganancia con la menor inversión. El segundo aspecto es el del compromiso del Estado colombiano con la protección de los derechos fundamentales en general y, en el caso de la adquisición de las vacunas para superar una pandemia, del derecho a la salud de modo masivo, pues se trata de un riesgo inminente para toda la población que, en primera instancia, justificó la declaratoria de la emergencia que se analizó en el apartado 1.

El debate se encuentra precisamente en este punto, pues no parece haber posibilidad de conciliar la aspiración de las farmacéuticas, que parece legítima, de obtener el máximo provecho de las negociaciones de la venta de la vacuna, con la obligación constitucional del Estado de elegir al proveedor idóneo de un servicio del que depende el restablecimiento de la normalidad tanto social como económica de Colombia. Se trata de una situación geopolítica inédita, pero la llegada de los lotes de vacunas es indicación de que el negocio que realizó el Gobierno colombiano con las farmacéuticas se dio en los términos del derecho privado.

El principio de transparencia para el caso de las negociaciones simplemente no operó porque no fue posible aplicar ningún instrumento de vigilancia. Es importante insistir en este punto que esta reflexión se plantea precisamente en ese déficit y se enfoca en interpretar su sentido. Por eso resulta determinante señalar esta disyuntiva que, a la luz de lo acontecido entre los meses de septiembre de 2020 y abril de 2021, resulta irresoluble. En efecto, prevaleció el interés por el lucro privado fomentado por las dinámicas de un mercado sin regulaciones sobre la necesidad pública de salvaguardar las finanzas estatales en un proceso de provisión del que depende un derecho fundamental. Que los documentos del proceso no se hayan hecho públicos produce la inquietud que motiva todo el planteamiento realizado hasta aquí.

Desde la perspectiva de la necesidad de aplicar el principio de transparencia como fundamento del control, entendido y desplegado como la vigilancia lúcida que protege los intereses estatales, tanto en términos financieros como de salvaguarda del derecho a la salud, se plantean estas objeciones que permiten interpretar la negativa gubernamental a hacer públicos los términos de la negociación como un problema de legitimidad, credibilidad y confianza. La ausencia de la información, no solo en el contexto en el que los lotes de vacunas empezaron a llegar, sino en el del período en el que se estaban llevando a cabo las negociaciones, es una violación al principio de transparencia. No son necesarias especulaciones al respecto: la vigilancia, el criterio oportuno desde lo jurídico para evitar posibles afectaciones al interés público, no se pudo ejercer en el momento en el que era necesaria porque el Gobierno negoció con las farmacéuticas sin revelar ninguno de los aspectos involucrados. Se puede asegurar que se comportó como un particular en igualdad de condiciones con otro particular en una deliberación realizada en los términos del derecho privado. Y esto, desde la perspectiva política, ilegitima a un Estado al otorgarle la posición dominante a una multinacional. Y desde la perspectiva jurídica hace inoperante el derecho público cuando debería ser la base de la negociación. Los aspectos social, económico y político deben mencionarse aquí porque, en virtud de la posición negocial dominante de una multinacional, el Estado termina evidenciando una fragilidad que trasciende el aspecto jurídico, y se configura de este modo una crisis en su legitimidad, credibilidad y confianza.

Se trata, en suma, de una serie de objeciones a las negociaciones de adquisición de la vacuna a la luz del principio de transparencia al hacerlo inoperante por falta de aplicación de instrumentos de vigilancia. En general, las notas publicadas en los medios comunicación entre enero y febrero de 2021 parecieron asumir que era aceptable, como una especie de mal necesario debido a esta predominancia del lucro privado propio de la dinámica de mercado sin regulación, que el Gobierno no revelase los detalles de la negociación, en parte porque además asumen que lo que importa es contar con la vacuna en el menor tiempo posible. Pero el contexto internacional advierte que esto no es completamente cierto, pues Colombia no fue uno de los primeros países en iniciar el proceso de vacunación, así que el argumento de darle predominancia al principio de celeridad resulta siendo un argumento muy frágil. La explicación dada por el Gobierno, según la cual el proceso de contratación con las farmacéuticas es complejo y requiere de muchos detalles de orden técnico, solo complica la comprensión tanto de la dilatación en la entrega del suministro como de la confidencialidad que no permitió aplicar instrumentos de vigilancia y por los que los documentos, de evidente interés público, se mantuvieron reservados.

Pero los países que iniciaron con la vacunación con anterioridad y que tienen ritmos de vacunación razonables expresan *de facto* que algo no fue claro en el proceso llevado a cabo por el Gobierno colombiano: ¿por qué otros países lograron acuerdos con las farmacéuticas en plazos que han permitido que el proceso de vacunación empezara cuando el Gobierno colombiano seguía en negociaciones? Y, lo que es fundamental para este planteamiento, ¿por qué no se conocieron oportunamente los términos de la negociación, particularmente los que no comprometen el secreto empresarial e industrial y garantizan que haya transparencia? En efecto, en ninguna negociación se obliga a las farmacéuticas a revelar la fórmula de la vacuna, por lo cual resalta la importancia negocial de tener claro qué es lo que se puede revelar y qué es lo que se debe declarar confidencial. Aunque hay un movimiento inicialmente liderado por India y Sudáfrica que cada vez tiene más fuerza y reclama la liberación de las patentes. Para el momento en que se escribe este artículo dicha iniciativa ha tenido el respaldo de los EEUU a través de su Presidente y de la Comisión Europea que se declara dispuesta para debatir esta idea.

La vigilancia estatal puede de ejercerse sin que los intereses de las farmacéuticas, en tanto prestadoras de un servicio público al ser contratistas del Estado, se vean en riesgo. En efecto, como modo de conciliar estas dos exigencias aparentemente inconmensurables, ambas partes debieron hacer de público conocimiento las condiciones del contrato en las que se contemplaba la inversión. No se trata de una petición caprichosa, sino de una exigencia de legitimación porque se trata de dinero público, de inversión pública: el interés en el lucro por parte de las farmacéuticas no puede reñir con su rol como prestadores de un servicio público en

un contexto totalmente inédito y en el que el beneficio financiero está garantizado por la necesidad global de enfrentar una pandemia.

Invocar el secreto empresarial o de patentes se asemeja mejor a una disculpa para no hacer público el acuerdo contractual del proceso de compraventa, lo cual despierta sospechas respecto al proceder del Gobierno porque se desentiende expresamente del principio de transparencia. No hacer esta distinción jurídica tan importante implica desconocimiento de los límites normativos y falta de pericia en la determinación de las condiciones del contrato a la luz de la normativa vigente. El Estado colombiano no es parte de un contrato privado en el que las farmacéuticas estén en igualdad, pues esto pone en duda la credibilidad, la legitimidad y la confianza en sus actuaciones. Un Estado que se encuentra en esa condición expresa su fragilidad ante una empresa que debe ser prestadora de servicios y no su igual y/o dominante en un proceso de negociación.

Esto manifiesta la tensión entre, por una parte, el modelo económico, basado en el capitalismo neoliberal, que considera cualquier control público como una intromisión en la libertad de mercado y empresa y, por la otra, el necesario control del gasto de los dineros públicos, de los cuales dependen la legitimidad, la credibilidad y la confianza del Estado. Después de más de un año de pandemia, ningún pretexto sobre la disponibilidad de la vacuna justifica el secretismo. Las farmacéuticas no pueden pretextar que se trata de la oferta y la demanda del mercado porque de por medio está el derecho fundamental a la salud, además de que se trata de un compromiso netamente comercial de cumplir con el suministro exigido. A manera de ejemplo puede mencionarse el conflicto existente entre la farmacéutica AstraZeneca y la Unión Europea por la demora en la entrega de vacunas y la falta de transparencia en este proceso y la decisión de la última de demandar a la empresa anglo sueca y no renovar el contrato de suministro de vacunas más allá de junio de 2021.

Las farmacéuticas están, por tanto, en la condición paradójica y doblemente privilegiada de que no se responsabilizan de la salvaguarda de un derecho y, además, de que podrán satisfacer la demanda cuando sus medios de gestión lo permitan porque la complejidad del desarrollo de la vacuna les da ese privilegio³⁹, lo cual es debatible porque los estudios para tales desarrollos nunca empiezan desde cero y aprovechan los antecedentes: la investigación sobre la COVID-19 cuentan con el apoyo de todo lo investigado sobre el conjunto de enfermedades SARS. Un Gobierno responsable no puede poner a un privado en una situación de doble beneficio en el que no hay mecanismo de control que verifique las instancias del proceso.

Según lo anterior, el Gobierno queda en una posición altamente comprometida en lo que respecta a su gestión de la pandemia, pues, según lo dicho en este contexto, parece mejor un mal negociante que, sin los debidos controles, invierte un rubro preocupantemente alto de los impuestos en un negocio de alta prioridad pública pero que no puede ni controlar ni vigilar. Esto, a diferencia de lo que parece razonable a la luz de la economía, no es el triunfo del libre mercado sino, la vulneración del Estado Constitucional de Derecho por omisión del principio de transparencia.

De modo pues, que el hecho de que la ley de oferta y demanda esté por encima de la salvaguarda de un derecho como la salud, y particularmente cuando hay una negociación que involucra dineros públicos y en la que no se ejercen los controles necesarios para ponderar el interés privado por el lucro con la protección efectiva de un derecho, implica que la desatención al principio de transparencia condujo, en un contexto tan complejo como el de la pandemia de la COVID-19, a que el interés comercial primara sobre la institucionalidad misma del Estado Social de Derecho. La pandemia puso a prueba nuestras instituciones y la necesidad de obtener las vacunas para enfrentarla quebrantó nuestro ordenamiento jurídico.

¿Qué significa, entonces, esta omisión que, debido precisamente a la ausencia de la vigilancia y de la transparencia y a la falta de publicidad de los documentos necesarios, se puede considerar deliberada? La libertad de negociación que permite el modelo económico, basado en el capitalismo neoliberal, deviene

³⁹ CALNAN, M., DOUGLASS, T. Hopes, hesitancy and the risky business of vaccine development. *Health, Risk and Society*, v. 22, n. 5-6, p. 291-304, 2020. DOI: 10.1080/13698575.2020.1846687.

excusa para que el Gobierno negocie con rubros altos de los impuestos, en un contexto de pandemia y de riesgo manifiesto para la salud que motivó una emergencia que se había extendido por más de un año, sin que medien los controles necesarios para determinar si la aspiración de lucro de los operadores privados fue más importante que el bien público que la inversión de los recursos públicos deben salvaguardar.

Como debate jurídico, la vigilancia sobre el gasto de los dineros públicos y la posición de las empresas farmacéuticas multinacionales como algo más que meros proveedores de servicios y de su nuevo rol como prestadores del servicio público de suministro de un producto prioritario para la atención en salud, en un contexto inédito y de altísimo riesgo para la salvaguarda del derecho a la salud de un país como Colombia, hace que sea necesario aplicar los controles establecidos por la ley de contratación estatal, por lo que el proceso de adquisición de las vacunas para la COVID-19 por parte del Gobierno colombiano plantean una crisis que supera lo jurídico y se convierte en un problema de legitimidad, confianza y credibilidad y aún es pronto para determinar las consecuencias de la ausencia de controles en el proceso de adquisición de las vacunas y los problemas jurídicos, políticos y económicos que este actuar omisivo podrían traer en un país que para el momento en que se escribe el presente texto se encuentra en la mayor crisis social de su historia.

7 Conclusión

Se pueden declarar cuatro elementos a partir de lo antedicho como un modo de orientar el debate jurídico sobre la ausencia de documentación legal que permitiera realizar la debida vigilancia atendiendo el principio de transparencia para el caso de la adquisición de las vacunas para la COVID-19 en el marco de la Emergencia decretada por el Gobierno Nacional con motivo de la pandemia.

Lo primero, y lo más importante como resultado de la exploración de la hipótesis de trabajo, es que la ausencia de transparencia en el proceso de negociación para adquirir las vacunas contra la COVID-19, en un contexto de pandemia, produce una crisis de legitimidad, credibilidad y confianza en el Estado colombiano. Basta con plantear, a partir de la ausencia de los documentos esperados para tal efecto, que no poder aplicar el principio de transparencia a través de un instrumento de vigilancia durante el proceso de negociación implica que la posición dominante del Estado en un contexto determinado por la predominancia de la normativa pública no existe, y que el Estado actuó como privado en posición de igualdad o incluso inferioridad con un privado que debería admitir su posición como simple prestador de servicios.

Lo segundo se desprende de lo antedicho. Que el proceso se haya llevado a cabo sin ningún instrumento de vigilancia, el cual, conviene insistir, se debió aplicar durante el proceso de negociación, y que haya tenido las consecuencias que tuvo indica que las multinacionales tuvieron la potestad de tratar a los estados como a un cliente que necesita una mercancía escasa en un contexto donde había muchos más clientes buscando lo mismo y dispuestos a pagar mayores precios. La manera como las farmacéuticas y muchos estados asumieron la negociación y adquisición de las vacunas es reprochable, pues actos de acaparamiento y acceso desigual a las mismas. Los estados ricos no dudaron en asegurarse grandes cantidades de vacunas sin importar el precio, mientras que los pobres quedaron a la espera de lo que las condiciones del mercado les pudieran ofrecer.

Lo tercero es que la posición dominante de las farmacéuticas, en el contexto del libre mercado carente de regulaciones estatales, hace que se olvide un aspecto determinante: todo privado que contrata con el Estado es prestador de un servicio y está sujeto a vigilancia. Este es posiblemente el elemento que despierta las mayores inquietudes. Zygmunt Bauman (2009) expresa esta inquietud en *Modernidad líquida*.

“Hay poco que los Estados soberanos de hoy puedan hacer, y menos aún que sus gobiernos se atrevan a llevar a cabo, para contener las presiones del capital, las finanzas y el comercio (incluido el comercio cultural) de carácter globalizado. Si se vieran instados por sus sujetos a reafirmar sus propias normas de justicia y propiedad, los gobiernos en su mayor parte replicarían que nada pueden hacer al respecto

sin ‘ahuyentar a los inversores’ y por ende atentar contra el PBN y el bienestar de la nación y todos sus miembros” (Bauman, 2008, p. 92).

Y añade:

“Dirían que las reglas del juego que están obligados a jugar han sido dispuestas (y pueden ser revisadas a voluntad) por fuerzas sobre las que tienen una influencia mínima, si es que tienen alguna. ¿Cuáles fuerzas? Unas tan anónimas como los nombres tras los que se esconden: competencia, condiciones de comercio mercados mundiales, inversores globales. Fuerzas sin residencia fija; extraterritoriales, a diferencia de los poderes territoriales del Estado; y capaces de moverse libremente alrededor del planeta, en contraste con las agencias del Estado que, o bien para peor o bien para mejor, se mantienen irrevocablemente sujetas al suelo. Fuerzas cambiantes y huidizas, esquivas, difíciles de localizar e imposibles de atrapar”⁴⁰.

Lo que el filósofo advierte es que una de las consecuencias de la globalización es que los estados se han vuelto porosos, el capital se mueve entre los estados sin ningún tipo de regulación ni control, y que son los estados los que se ven forzados a simular que es el capital el que sigue sus dictados. Cuando domina el postulado de que el estado se debe someter al mercado, poniendo este en donde sea posible y dejando aquél donde sea necesario, su fragilidad es de una claridad palmaria, y queda abierta la posibilidad de emplear esta condición como pretexto para desestimar la vigilancia. Que el principio de transparencia simplemente se haya obviado en el caso del Estado colombiano frente a las multinacionales farmacéuticas lo expresa. De eso se ha tratado en este artículo,

Y, como cuarto aspecto, se puede afirmar que hay una inconsistencia normativa en la invocación de la confidencialidad, pero debido a que lo asumido fue el criterio de la negociación privada, con lo cual la invocación de la necesidad de aplicar instrumentos de vigilancia como manifestación del principio de transparencia fue eludida. Este elemento queda abierto precisamente porque parece no implicar discusiones o confusiones. El Gobierno colombiano, en el contexto de la emergencia sanitaria que dura ya más de un año, negoció un producto de necesidad manifiesta para todo el país, usando dineros públicos, pero sin aplicar la normativa esperada en tal caso.

Así, pues, la transparencia como principio de la contratación pública terminó desatendida en el caso de la negociación para la compra de las vacunas del COVID-19 por dos factores fundamentales: primero, la imposibilidad de contar con los documentos oficiales, lo cual llevó a que fuera necesario emplear fuentes periodísticas; y segundo, la ausencia de precisión respecto al modo como se llevaron a cabo de las negociaciones, las cuales, al estar caracterizadas por la confidencialidad –la cual se denomina secretismo cuando tiene un sustento normativo débil– hace que los mecanismos de vigilancia resulten inoperantes.

Además, desde el Decreto que declaró por primera vez la emergencia por motivo de la pandemia, es claro que ni el derecho fundamental a la vida ni el derecho fundamental a la salud fueron prioridad para los intereses del Gobierno Nacional. El énfasis estuvo puesto siempre en la salvaguarda de la economía, lo cual resulta paradójico cuando se lo contrasta con el posible descuido en el marco de las negociaciones con las farmacéuticas. Esto advierte que no hubo una adecuada aplicación del principio de planeación, en particular porque los aspectos sociales de la pandemia, anejos a los derechos mencionados, no recibieron la atención que necesitaban del mismo modo que el aspecto económico.

En línea con lo anterior, el acceso a la información resulta precario, tendiente a la especulación sin evidencias, dependiente de unas cuantas notas periodísticas que parecen asumir que el proceso no puede desarrollarse sino de ese modo secretista. En realidad, este contexto no es otro que el de la más completa desinformación. No se pueden hacer suposiciones respecto a los posibles reproches desde lo normativo, pero la sola ausencia de publicidad, y la respectiva vigilancia que permita salvaguardar el principio de transparencia, permiten plantear la hipótesis del cuestionamiento de la actuación misma del Gobierno en un

⁴⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidad Líquida*. Buenos Aires: FCE, 2008.

tema que deviene sensible debido a una doble condición pública: el dinero invertido y la salvaguarda de un derecho fundamental imprescindible para cualquier dinámica social.

Idealmente, la transparencia no debería estar asociada tan directamente con la corrupción como la asocian las leyes mencionadas, y tampoco debería estar asociada con el control. La vigilancia, en cuanto prevención, resulta siendo un aspecto más sano en términos de derecho que la necesidad de sanción, en particular cuando se ejerce un control cuando las actuaciones cuestionables han devenido delictivas, con las consecuencias que esto le genera a la administración de justicia.

Finalmente, el principio de transparencia como fundamento de la vigilancia y la prevención que puede propiciar está anclada en la legitimidad, entendida como la aplicación de la normativa que evita los conflictos con el sentido de la justicia, en la credibilidad, entendida como la determinación armónica y consistente de los datos proporcionados según las exigencias de claridad del proceso antes que del control y en la confianza, entendida como la situación de consonancia entre las actuaciones estatales y las aspiraciones de cada ciudadano respecto a ella. Se trata de elementos determinantes para la transformación del imaginario social desfavorable respecto al Estado y que, en el caso de la negociación de la vacuna para el COVID-19 por parte del Gobierno, volvieron a quedar pendientes.

Así pues, hay una relación conflictiva entre la propuesta teórica o abstracta del principio de transparencia y la contribución práctica que podría hacer si se la separa de este vínculo tan estrecho con la corrupción. Esto se debe a la dispersión normativa, a la confusión conceptual y al uso negativo, reducido y punitivo del principio, lo que lleva a que su operatividad sea excesivamente limitada, restringida a aspectos no positivos o constructivos que el mismo principio puede ofrecer, como la no aprovechada posibilidad de hacerle vigilancia al proceso de negociación de la compra de las vacunas de la COVID-19.

Al menos, se puede afirmar que se trata de una posibilidad que está abierta pero que no se ha aprovechado debidamente en el contexto de los procesos del ámbito de juridicidad público debido a un énfasis excesivo en emplearlo como mecanismo *sine qua non* tipificado mayoritariamente bajo la forma de advertencia. Existen alternativas no aprovechadas para que el principio no sea simplemente necesario, sino que se pueda proponer como base de una razón suficiente en lo que respecta a un cambio en la mentalidad o imaginario del entorno sociopolítico, proclive a la sospecha y a la disposición punitiva antes que a la confianza y a la disposición a la apertura sin prevenciones.

Es de anotar que en una decisión de tutela del 21 de mayo de 2021 el Tribunal Superior de Cundinamarca le ordenó a la Unidad Nacional de Gestión de Riesgo de Desastres (UNGRD) que le entregue al tutelante una copia de los contratos de adquisición de las vacunas. Expresa el Tribunal que las cláusulas de confidencialidad impuestas por las farmacéuticas son inaplicables en un Estado Constitucional de Derecho. La anterior decisión reafirma la hipótesis del presente artículo, pues un particular así sean las farmacéuticas en tiempo de pandemia no pueden imponerle al Estado un secretismo contractual y que renuncie a los mecanismos de control que permiten que una negacioncita con dineros públicos sea transparente, pues de hacerlo quien está en riesgo es el mismo Estado Constitucional de Derecho.

Referencias

ALEJANDRA VITALE, María. Discurso presidencial sobre el COVID-19. El caso de Alberto Fernández en Argentina. *deSignis*, v. 33, p. 113-125, Jul. 2020. DOI: <https://doi.org/10.35659/designis.i33p113-125>.

ARELLANO GAULT, David. Transparencia desde un análisis organizativo: los límites del nuevo institucionalismo económico y las “fallas de transparencia”. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, n. 40, p. 53-80, feb. 2008.

- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidad Líquida*. Buenos Aires: FCE, 2008.
- BELLO PAREDES, Santiago A. Covid-19 y estado de derecho: España. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, v. 25, n. Esp.4, 2020. DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.3931042>
- BILLINGTON, J.; DESCHAMPS, I.; ERCK, S. C.; GERBERDING, J.L.; HANON, E.; IVOL, S.; SHIVER, J.W.; SPENCER, J.A.; VAN HOOFF, J. Developing Vaccines for SARS-CoV-2 and Future Epidemics and Pandemics: Applying Lessons from Past Outbreaks. *Health Security*, v. 18, n. 3, p. 241-249, 2020. DOI: 10.1089/hs.2020.0043.
- BOSSANO LOMELLINI, Luis Miguel. La subasta inversa: un mecanismo de contratación pública eficiente y transparente. *Derecho PUCP*, n. 66, p. 277-285, dic./jun. 2011.
- BOUDJELAL, M.; NEHDI, A.; ISLAM, I. Why do SARS-COV vaccines not exist? The pharma scientific intelligence and business model must be revisited! *Expert Opinion on Drug Discovery*, p. 1-3, 2020. DOI: 10.1080/17460441.2020.1777980.
- BRULL-GONZÁLEZ, Maribel. Sistema de información y comunicación para el enfrentamiento de las comunidades a desastres naturales, epidemias y pandemias. *Ciencia en su PC*, v. 1, n. 3, p. 1-17, Jul./Sep. 2020.
- CALNAN, M., DOUGLASS, T. Hopes, hesitancy and the risky business of vaccine development. *Health, Risk and Society*, v. 22, n. 5-6, p. 291-304, 2020. DOI: 10.1080/13698575.2020.1846687
- CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. Los contratos normativos y los contratos marco en el derecho privado contemporáneo. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, v. 21, n. 1, p. 121-150, Ene./Jun. 2019. DOI: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.6977>
- CHACÍN FUENMAYOR, Ronald; VILLA-VILLA, Sandra; BERROCAL-DURAN, Juan Carlos. Interpretación democrática de la constitución colombiana en tiempos de crisis (pandemia COVID-19). *Utopía y Praxis Latinoamericana*, v. 25, n. Esp.8, 2020. DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.4082009>
- DA CONCEIÇÃO LIMA, Luciana Cristina, et al. Compliance em tempos de calamidade pública: análise sobre a flexibilização da transparência de dados e informações durante o enfrentamento da COVID-19 no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 1, 2021.
- DA SILVA, Alice Rocha; SANTOS, Ruth MP. A influência do direito administrativo global no processo brasileiro de contratação pública à luz do princípio da transparência. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 6, n. 2, p. 66-88, 2016.
- DADICO, Claudia María. Epidemias, pandemias e o ódio: caminhos para a governamentalidade da pandemia da Covid-19. *Publicum*, v. 6, n. 1, 2020
- DO AMARAL, Marcelo Quevedo. A transparência da política monetária e a sua limitação aos objetivos constitucionais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 1, p. 706-724, 2018.
- DUQUE BOTERO, Juan David. Los principios de transparencia y publicidad como herramientas de lucha contra la corrupción en la contratación del Estado. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 24, p. 79-101, 2020. DOI: 10.18601/21452946.n24.04
- DUQUE: revelar contratos de vacunas contra la covid ‘tumbaría’ la compra. *Revista Semana*, Bogotá. 15/01/2021. Disponible en <https://bit.ly/3obmv61>
- EMMERICH, Gustavo Ernesto. Transparencia, rendición de cuentas, responsabilidad gubernamental y participación ciudadana. *Polis: Investigación y Análisis Sociopolítico y Psicosocial*, v. 2, n. 4, p. 67-90, segundo semestre, 2004.
- FERNÁNDEZ MALLOL, Antonio Luis. La integridad del procedimiento de contratación pública en el derecho de la Unión. Europea. El conflicto de interés y su incidencia sobre la regulación de las prohibicio-

nes. Para contratar, las causas de incompatibilidad y las disposiciones sobre transparencia y buen gobierno. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 2, p. 117-130, jul./dic. 2014.

GARCÍA OTERO, Ruth; HERNÁNDEZ PALMA, Oona Isabel. Derechos humanos y mecanismos de control normativo internacional en el marco de la pandemia. Covid-19: reflexión desde el control de convencionalidad. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, v. 25, n. Esp.8, 2020. DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.4082011>

GATTI, Franco. La corrupción en la emergencia: repercusiones sobre los derechos humanos. *Revista IIDH*, n. 72, p. 89-112, 2020.

GILLI, Juan José. La transparencia como objetivo del desarrollo sostenible. *Ciencias Administrativas*, n. 9, 2017.

GONZÁLEZ RÍOS, Isabel. La transparencia como principio vertebrador de la contratación pública: significado y problemas de articulación normativa. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 12, p. 6-25, oct./mar. 2019. DOI: 10.24965/realai.12.10714.

GOTTARDELLO, D. The relationship between intellectual property and human right and a policy oriented recommendations. *NTUT Journal of Intellectual Property Law and Management*, v. 7, n. 2, p. 90-105, 2019.

HINESTROSA, FERNANDO. Teoría de la imprevisión. *Revista de Derecho Privado*, n. 39, p. 9-29, Jul./Dic. 2020. DOI: 10.18601/01234366.n39.02

KONDRAT'EVA, N.B., KHROMAKOV, D.O. EU pharmaceutical market: Problems of competition. *World Economy and International Relations*, v. 64, n. 2, p. 53-62, 2020. DOI: 10.20542/0131-2227-2020-64-2-53-62

LARA ARIAS, Carlos Alberto. Mecanismos de control en la contratación estatal como elemento de la lucha anticorrupción. *En-Contexto Revista de Investigación en Administración, Contabilidad, Economía y Sociedad*, n. 1, p. 37-65, ene./dic. 2013.

LASZCZYK, A. Anticompetitive patent settlements – where are we ten years after the European Commission's pharmaceutical inquiry? *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, v. 13, n. 21, p. 129-159, 2020. DOI: 10.7172/1689-9024.YARS.2020.13.21.5

LAURELL, Asa Cristina. Las dimensiones de la pandemia de Covid-19. *El trimestre econ*, Ciudad de México, v. 87, n. 348, p. 963-984, dic. 2020. Disponible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2448-718X2020000400963&lng=es&nrm=iso. accedido en: 27 dic. 2021. Epub 05-Mar-2021. <https://doi.org/10.20430/ete.v87i348.1153>

LIMA, Luciana Cristina da Conceição; GONÇALVES, Alcindo Fernandes; REI, Fernando Cardoso Fernandes; LIMA, Cláudio Benevenuto de Campos. Compliance em tempos de calamidade pública: análise sobre a flexibilização da transparência de dados e informações durante o enfrentamento da COVID-19 no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 1. p. 168-187, 2021.

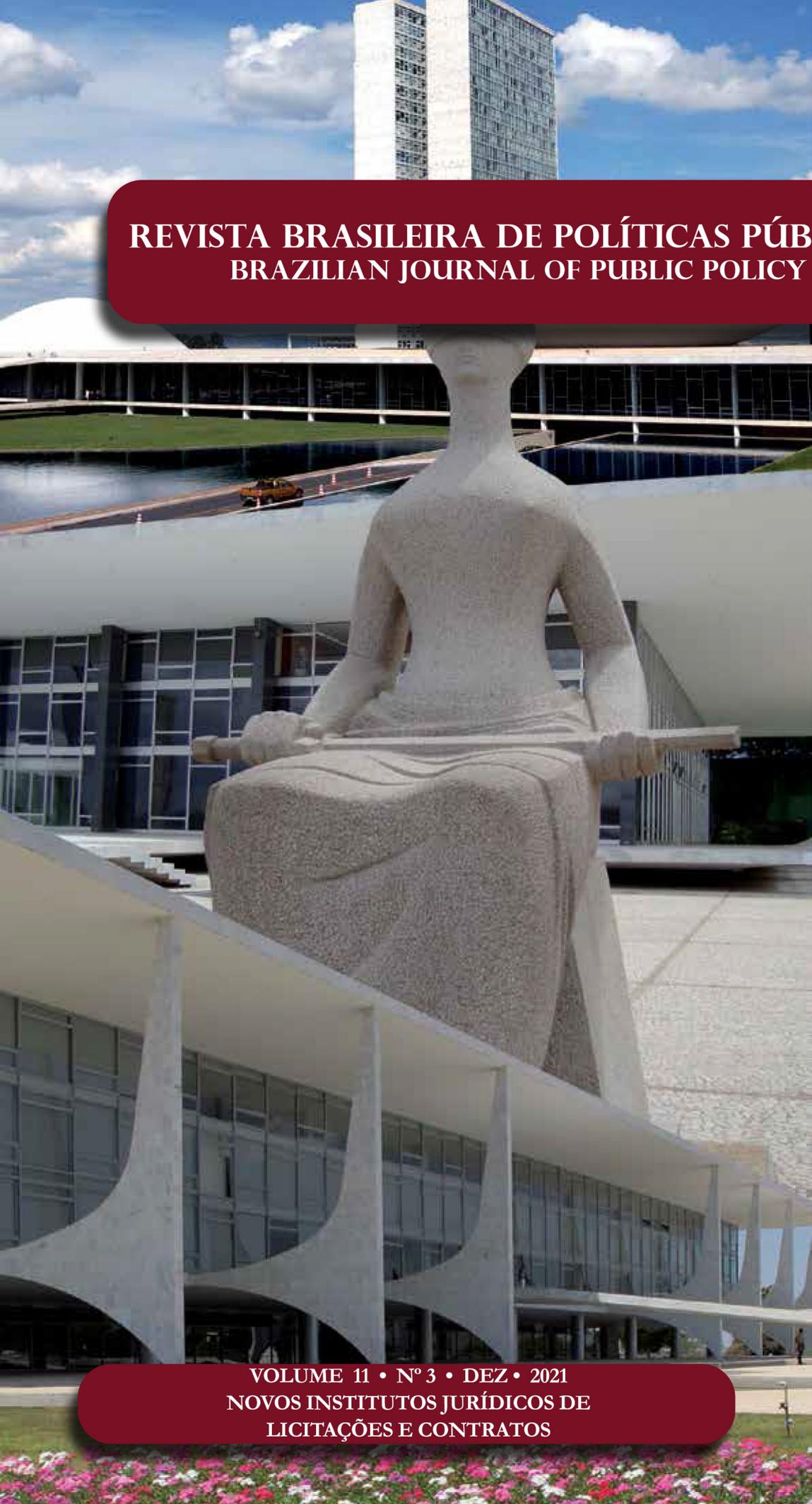
MALARET, Elisenda. El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 15, p. 21-60, 2016. DOI: 10.18601/21452946.n15.04

OLMO, G. *Vacunas contra el coronavirus*: a qué se debe el secretismo que rodea los contratos entre los gobiernos y las farmacéuticas. 28/01/2021. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-55804567>

OSORES PLENGE, Fernando; GÓMEZ BENAVIDES, Jorge; SUAREZ OGNIO, Luis; CABEZAS SÁNCHEZ, César; ALAVE ROSAS, Jorge; MAGUIÑA VARGAS, Ciro. Un nuevo virus A/H1N1, una nueva pandemia: Influenza un riesgo permanente para una humanidad globalizada. *Acta Médica Peruana*, v. 26, n. 2, p. 97-130, 2009.

- PECETTA, S., FINCO, O., SEUBERT, A. Quantum leap of monoclonal antibody (mAb) discovery and development in the COVID-19 era. *Seminars in Immunology*, 50, art. no. 101427, 2020. DOI: 10.1016/j.smim.2020.101427
- PIZARRO WILSON, Carlos. Un vistazo general a los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. *Revista de Derecho Privado*, n. 35, p. 351-368, Jul./Dic. 2018. DOI: 10.18601/01234366.n35.13
- POZO, N. F. Confidencialidad, privacidad y transparencia en el arbitraje internacional. *Revista de Derecho Privado*, v. 40, p. 465-494, dic. 2020. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n40.16>.
- PRADERE PENSADO, Juan Carlos; CHAO GONZÁLEZ, Susana; GARCÍA GÓMEZ, Alberto; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Luisa. Consideraciones éticas sobre la atención médica en situaciones de desastre. *MEDISAN*, v. 16, n. 8, p. 1295-1305, 2012.
- REDACCIÓN JUSTICIA. ¿Puede el Gobierno tener en secreto contratos de vacunas contra covid? *Periódico El Tiempo*, 2021. Disponible en <https://bit.ly/3b8Vxq8>
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-004 de 2017*.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-1016 de 2012*.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-145 de 2020*
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-193 del 2011*.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-307 de 2020*.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-620 de 2010*.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ministerio de Salud. *Boletín de Prensa No 089 de 2021*. 25/01/2021. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Colombia-continua-en-conversaciones-para-compra-de-mas-vacunas.aspx>
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. Presidencia de la República. *Decreto 417 del 17 de marzo de 2020*
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. Presidencia de la República. *Decreto 637 del 6 de mayo de 2020*
- REVILLA VERGARA, Ana Teresa. La transparencia en la ley de contrataciones del Estado. *Derecho PUCP*, n. 66, p. 195-221, dic./jun. 2011.
- SANDOVAL BALLESTEROS, Irma Eréndira. Hacia un proyecto “democrático-expansivo” de transparencia. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, v. LVIII, n. 219, p. 103-134, sep./dic. 2013.
- SANDOVAL-ALMAZÁN, Rodrigo. Gobierno abierto y transparencia: construyendo un marco conceptual. *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, v. 22, n. 68, p. 203-227, mayo/ago. 2015.
- SANTORO, M., SHANKLIN, R. Human rights obligations of drug companies. *Journal of Human Rights*, v. 19, n. 5, p. 557-567, 2020. DOI: 10.1080/14754835.2020.1820315
- SHELLER D'ANGELO, André; SILVA MAESTRE, Shirley. La corrupción en la contratación pública: operatividad, tipificación, percepción, costos y beneficios. *Revista VLA IURIS*, n. 23, p. 1-36, jul.dic. 2017.
- SEHGAL, R.K. & KOUL, R.L. Whither to Public Interest? The Curious Case of Compulsory Drug Licensing in Indian Pharmaceutical Industry. *Indian Journal of Forensic Medicine and Toxicology*, v. 14, n. 4, p. 9302-9306, 2020. DOI: 10.37506/ijfmt.v14i4.13202
- SMITH, Adam. *La riqueza de las naciones*, libro IV, cap. II, p. 456-457.
- STAKHEYEVA, H. Intellectual property and competition law: Understanding the interplay. *Multi-Dimensional Approaches Towards New Technology: Insights on Innovation, Patents and Competition*, p. 3-19, 2018. DOI: 10.1007/978-981-13-1232-8_1

- SYED, S. Incorporation of competition-related TRIPS flexibilities in the domestic law: A case study of India. *Journal of World Intellectual Property*, v. 23, n.1-2, p. 2-20, 2020. DOI: 10.1111/jwip.12137
- TORREELLE, E. Business-as-Usual will not Deliver the COVID-19 Vaccines We Need. *Development (Basinstoke)*, v. 63, n. 2-4, p. 191-199, 2020. DOI: 10.1057/s41301-020-00261-1
- URBINA-MEDINA, Huniades; NOGUERA BRIZUELA, Dalmacia; LEVY MIZHARY, José; CARRIZO, Juan III; BETANCOURT, Adelfa. Comunicación efectiva y ética en casos de epidemias y pandemias. *Archivos Venezolanos de Puericultura y Pediatría*, v. 79, n. 4, p. 113-117, oct./dic. 2016
- UVALLE BERRONES, Ricardo. Fundamentos de la transparencia en la sociedad contemporánea. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, v. LXI, n. 226, p. 199-220, ene./abr. 2016.
- VALENCIA-GRAJALES, José Fernando; MARÍN-GALEANO, Mayda Soraya. SARS-CoV-2 y la debacle del Estado, la justicia, la democracia, el capitalismo y el inicio de la era de la vigilancia. *Ratio Juris*, v. 15, n. 30, 2020. DOI: 10.24142/raju.v15n30a1
- VEGA DE HERRERA, Mariela. Aplicación de los principios de igualdad y transparencia en la contratación pública de España y de Colombia. Prolegómenos. *Derechos y Valores*, v. VIII, n. 16, p. 67-78, jul./dic. 2005.
- WACHSMANN, A., ZACHARIE, N. Generics: The French Competition Authority fines a pharmaceutical company for an abuse of its dominant position having delayed and then limited generic entry (Fentanyl transdermal patches). *Concurrences*, v. 2, 2018.
- ZAMBRANO, Virginia et al. O DIREITO À SAÚDE E À VIDA EM CONFRONTO COM O DIREITO À PROPRIEDADE INTELECTUAL DOS LABORATÓRIOS, NO ÂMBITO DA PANDEMIA DA COVID 19: A POSSIVEL QUEBRA DE PATENTES. *Revista Jurídica*, [S.l.], v. 5, n. 62, p. 168 - 192, jan. 2021. ISSN 2316-753X. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4906/371373083>. Acesso em: 24 dez. 2021. doi:<http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v5i62.4906>.



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

La discriminación ex post de los oferentes de una licitación pública como infracción administrativa y de libre competencia

A discriminação ex post dos ofertantes de uma licitação pública como infração administrativa e de livre concorrência

Jaime Arancibia Mattar

VOLUME 11 • Nº 3 • DEZ • 2021
NOVOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE
LICITAÇÕES E CONTRATOS

La discriminación ex post de los oferentes de una licitación pública como infracción administrativa y de libre competência*

A discriminação ex post dos ofertantes de uma licitação pública como infração administrativa e de livre concorrência

Jaime Arancibia Mattar**

Resumen

Este artículo tiene por objeto analizar el principio de igualdad de los oferentes en una licitación con posterioridad a la adjudicación. La razón es que esta variable del principio mucho menos tratada por la doctrina y la jurisprudencia. La metodología utilizada es eminentemente dogmática o teórica a partir del análisis de fuentes primarias legislativas, judiciales y administrativas. Sería el primer artículo sobre la materia publicado en varios países latinoamericanos, incluyendo Chile. La relevancia está dada por la mayor necesidad de asegurar la vigencia del principio de igualdad ante cambios contractuales motivados por hechos sobrevinientes. El interés público exige esta alteración, pero sin afectar la igualdad de los participantes del concurso original, incluso después de finalizado. El respeto de esta simetría concursal tiene relevancia no sólo en derecho constitucional y administrativo, sino también en el derecho económico de la libre competencia. Este trabajo puede producir implicancias sociales en materia de probidad administrativa, pues la necesidad de relícitar los contratos que sufran cambios sustantivos en aras de la igualdad de los concursantes sirve también para prevenir problemas de corrupción.

Palabras clave: Licitación; Igualdad; Concursantes; Post; Adjudicación.

Resumo

Este artigo tem como objetivo analisar o princípio da igualdade de licitantes em licitação após a adjudicação. O motivo é que essa variável do princípio é muito menos tratada pela doutrina e pela jurisprudência. A metodologia utilizada é eminentemente dogmática ou teórica baseada na análise de fontes primárias legislativas, judiciais e administrativas. Seria o primeiro artigo sobre o tema publicado em vários países da América Latina, incluindo o Chile. A relevância se dá pela maior necessidade de garantir a validade do princípio da igualdade diante de alterações contratuais motivadas por eventos supervenientes. O interesse público exige essa alteração, mas sem afetar a igualdade dos participantes do concurso original, mesmo após o seu término. O respeito a essa simetria da insolvência é relevante não apenas no direito

* Recebido em 01/08/2021
Aprovado em 14/01/2022

** Ph.D Cambridge University (UK). Profesor de Derecho Administrativo y Constitucional, Director de Departamento de Derecho Público e Director del Programa Magister en Derecho Administrativo de la Universidad de los Andes.
Email: jarancibia@uandes.cl

constitucional e administrativo, mas também no direito econômico da livre concorrência. Este trabalho pode produzir implicações sociais em termos de probidade administrativa, uma vez que a necessidade de relicitatar contratos que sofrem alterações substantivas em prol da igualdade dos licitantes serve também para prevenir problemas de corrupção.

Palavras-chave: licitação, igualdade, licitantes, post, adjudicação

1 Introducción

Sabido es que todo proceso de licitación pública debe respetar el principio de igualdad de los participantes. Este goza de reconocimiento constitucional, en primer lugar, en las Bases de la Institucionalidad, en virtud del deber del Estado de “asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional” (art. 1 inciso 5°). Se manifiesta también en la garantía de que “ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias” (art. 19 N° 2), en la “admisión a todas las funciones y empleos públicos” (art. 19 N° 17) y en “[l]a no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica” (art. 19 N° 22).

Por su parte, la jurisprudencia constitucional¹, judicial², y contralora³ ha sido pródiga en exigir el principio de igualdad de los postulantes en un proceso licitatorio, sobre todo en materia de contratación pública. Al respecto, la Ley N° 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado, establece que “[e]l procedimiento concursal se regirá por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad” (art. 9 inciso 2°).

En particular, la igualdad de los partícipes en la licitación tiene aplicación no sólo en la elaboración de las bases de licitación, sino también en el trato brindado a los concursantes potenciales (libre concurrencia) y activos durante el procedimiento licitatorio⁴. Incluso más, aunque menos tratada, la igualdad se hace presente durante la etapa de ejecución del contrato por el oferente adjudicado.

¹ CHILE. Tribunal Constitucional. Sentencia de Inaplicabilidad Rol N° 3.579, Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, Santiago, 5 de octubre de 2017. Disponible en www.tribunalconstitucional.cl; CHILE. Tribunal Constitucional. Sentencia de Inaplicabilidad Rol N° 3.702, Universidad de Chile, Santiago, 28 de noviembre de 2018. Disponible en www.tribunalconstitucional.cl; CHILE. Tribunal Constitucional. Sentencia de Inaplicabilidad Rol N° 4.843, Ingeniería y Construcciones Mas Errázuriz Ltda., Santiago, 4 de junio de 2019. Disponible en www.tribunalconstitucional.cl; CHILE. Tribunal Constitucional. Sentencia de Inaplicabilidad Rol N° 5.360, Amec Foster Wheeler International Ingeniería y Construcción Ltda., Santiago, 4 de junio de 2019. Disponible en www.tribunalconstitucional.cl; CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Medida prejudicial adoptada en causa Rol N° C-341-2018, Transportes, Inversiones, Inmobiliaria y Servicios Transanber S.A. v Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y otro, Santiago, 25 de enero de 2018. Disponible en www.tdlc.cl.

² CHILE. Corte Suprema. Sentencia de Recurso de Queja en contra de ministros de Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 7.956-2015, Municipalidad de Pedro Aguirre Cerda, Santiago, 21 de abril de 2016. Disponible en www.pjud.cl.

³ CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N° 12.679, Santiago, 11 de marzo de 2005. Disponible en www.contraloria.cl; CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N° 2.907, Santiago, 11 de marzo de 2005. Disponible en www.contraloria.cl; CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N° 20.243, Santiago, 20 de marzo de 2014. Disponible en www.contraloria.cl; CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N° 26.212, Santiago, 19 de mayo de 2009. Disponible en www.contraloria.cl; CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N° 27.268, Santiago, 20 de mayo de 2010. Disponible en www.contraloria.cl; CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N° 3.686, Santiago, 29 de enero de 2003. Disponible en www.contraloria.cl; CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N° 35.067, Santiago, 23 de septiembre de 1999. Disponible en www.contraloria.cl; CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N° 45.757, Santiago, 21 de agosto de 2009. Disponible en www.contraloria.cl; CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N° 62.483, Santiago, 20 de diciembre de 2004. Disponible en www.contraloria.cl; CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N° 65.392, Santiago, 2 de septiembre de 2016. Disponible en www.contraloria.cl; CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N° 67.946, Santiago, 14 de septiembre de 2016. Disponible en www.contraloria.cl; CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N° 7.348 de 2007, Santiago, 13 de febrero de 2007. Disponible en www.contraloria.cl; CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N° 71.923, Santiago, 6 de noviembre de 2013. Disponible en www.contraloria.cl.

⁴ CHILE. Corte Suprema. Sentencia de Recurso de Queja en contra de ministros de Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 3.447-2018, Complejo Asistencial Dr. Víctor Ríos Ruiz, Santiago, 2 de agosto de 2018. Disponible en www.pjud.cl; CHILE. Corte

Esta última exigencia de igualdad admite el calificativo de ex post porque rige con posterioridad al concurso. Consiste en el cumplimiento de los deberes legales regulados por las bases de licitación de modo estricto, con el fin de asegurar que los términos del contrato sean idénticos a los considerados por los concursantes para elaborar sus ofertas. Cualquier apartamiento, desvío o exención relevante respecto de tales términos constituiría una alteración de las reglas del concurso que configuraría un privilegio ilegal del adjudicatario en perjuicio de sus competidores en la licitación.

Este trabajo tiene por objeto desarrollar el principio de igualdad ex post de los partícipes de una licitación pública en el ámbito del derecho administrativo y de la libre competencia. Para tal efecto, su contenido estará dividido en dos secciones. La primera se pronunciará sobre la infracción del principio en materia administrativa, mientras que la segunda se referirá a la infracción a la libre competencia derivada del privilegio ilegal ex post del adjudicatario de la licitación.

2 El principio de igualdad ex post de los oferentes de una licitación administrativa

Por regla general, la modificación de los términos de las bases de licitación durante la ejecución del contrato en favor de la empresa adjudicataria constituye un privilegio arbitrario vis a vis el resto de los oferentes. En la práctica, el adjudicatario adquiere la ventaja inmerecida de regirse por un estatuto “a la medida” que fue desconocido por sus competidores al momento de formular sus ofertas. El resto de los concursantes podría haber presentado ofertas diferentes de saber que el contrato iba a cambiar durante su ejecución.

En este sentido, la Corte Suprema ha declarado que un contrato podría ser modificado por caso fortuito o fuerza mayor “[...] siempre y cuando aquello no signifique la afectación de los derechos de los restantes oferentes, a fin de procurar el cumplimiento del principio de igualdad”⁵. Asimismo, la Contraloría General de la República ha sostenido que la alteración ex post de los contratos “implicaría una modificación de la propuesta licitada y, por tanto, una infracción a los principios de estricta sujeción a las bases del concurso y de igualdad de los oferentes”⁶. Este principio se ve vulnerado incluso en casos de licitación con solo un oferente, pues la alteración de las bases “[...] afecta, sin duda, al resto de los interesados, independientemente de que éstos, en definitiva, no hayan participado como oferentes en el proceso en comento”⁷.

Estos criterios son consistentes, además, con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que al efecto ha sostenido que la autoridad licitante está impedida de modificar unilateralmente

una estipulación que, si hubiese figurado en el anuncio de licitación, habría permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente diferente

[...]

dicha práctica supondría inevitablemente la vulneración de los principios de transparencia y de igualdad de trato entre los licitadores, puesto que la aplicación uniforme de las condiciones de licitación y la

Suprema. Sentencia de Recurso de Apelación en contra de la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 6.326-2018, Gloria Guerrero, Santiago, 6 de septiembre de 2018. Disponible en www.pjud.cl; CHILE. Corte Suprema. Sentencia de Reemplazo en Recurso de Casación. Rol N° 14.851-2018, Edgardo García. Santiago, 16 de octubre de 2018. Disponible en www.pjud.cl.

⁵ CHILE. Corte Suprema. Sentencia de Recurso de Apelación de Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en Recurso de Amparo Económico, Rol N° 6.080-2017, Servicios Alimenticios Hundaya S.A.C. y otros, Santiago, 4 de julio de 2017, c. 35°. Disponible en www.pjud.cl.

⁶ CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N° 11.402, Santiago, 4 de mayo de 2018. Disponible en www.contraloria.cl.

⁷ CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N° 14.445, Santiago, 19 de julio de 2011. Disponible en www.contraloria.cl; CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N° 29.281, Santiago, 13 de mayo de 2013. Disponible en www.contraloria.cl.

objetividad del procedimiento dejarían de estar garantizadas⁸.

Entidad y efectos de la alteración ex post de las reglas del concurso para ser discriminatoria

Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia ha formulado dos requisitos adicionales para que la modificación de las bases de licitación sea discriminatoria con respecto al resto de los oferentes. Primero, debe ser de una entidad suficiente; y, segundo, debe estar motivada por un hecho que no habría afectado al resto de los oferentes del mismo modo, de haber estado en la posición de adjudicatarios⁹.

Con respecto al primer requisito, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró en el caso *Presstext*, sobre contrato de prestación de servicios informativos, que el cambio de los términos originales de la licitación se estima sustancial cuando:

a) introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada

b) amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos; o

c) cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial¹⁰.

Para efectos de reconocer esta jurisprudencia a nivel normativo, la Unión Europea dictó posteriormente la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública¹¹, cuyo considerando N° 107 exige volver a licitar los contratos cuando las condiciones que se pretenden modificar “habrían influido en el resultado del procedimiento, en caso de que hubieran formado parte del procedimiento inicial”.

Para concretar esta aspiración, el artículo 72 de la Directiva dispone los casos específicos en que las bases de un contrato podrían ser modificadas sin necesidad de llamar a una nueva licitación. Entre estos destaca la fijación de umbrales de minimis, conforme a los cuales una modificación sería menor o no sustancial cuando no supera “el 10 % del valor inicial del contrato en el caso de los contratos de servicios o de suministros, y el 15 % del valor del contrato inicial en el caso de los contratos de obras” (art. 72 N° 2 en relación con el art. 4).

Por su parte, la Directiva 2014/23/UE de la Unión Europea¹², relativa a la adjudicación de contratos de concesión, estableció que una modificación de bases de licitación se entenderá “sustancial”, exigiendo por tanto una nueva licitación, en términos muy similares al caso *Presstext* citado¹³. En igual sentido, The

⁸ UNIÓN EUROPEA. *Sentencia en caso C-496/99, Comisión v CAS Succhi di Frutta*. Luxemburgo, 29 de abril de 2004. Disponible en: www.curia.europa.eu Acceso en: 20 ago. 2021; UNIÓN EUROPEA. *Sentencia en caso C-91/08, Wall AG v La ville de Frankfurt-sur-le-Main and Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*. Luxemburgo, 27 de octubre de 2009. Disponible en: www.curia.europa.eu Acceso en: 20 ago. 2021; UNIÓN EUROPEA. *Sentencia en caso C-549/14, Finn Frogne A/S contra Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation*. Luxemburgo, 7 de septiembre de 2016. Disponible en: www.curia.europa.eu Acceso en: 20 ago. 2021.

⁹ BOLTON, P. Scope for negotiating and/or varying the terms of government contracts awarded by way of a tender process. *Stellenbosch Law Review*, Centurion, v. 17, n. 2, p. 266-288, 2006.

¹⁰ UNIÓN EUROPEA. *Sentencia en caso C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH v Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originalextext-Service GmbH and APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*. Luxemburgo, 19 de junio de 2008. Disponible en: www.curia.europa.eu Acceso en: 20 ago. 2021.

¹¹ UNIÓN EUROPEA. *Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, Parlamento Europeo y Consejo*. Bruselas, 28 de marzo de 2014. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2014/094/L00065-00242.pdf> Acceso en: 20 ago. 2021.

¹² UNIÓN EUROPEA. *Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión, Parlamento Europeo y Consejo*. Bruselas, 28 de marzo de 2014. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2014/094/L00001-00064.pdf> Acceso en: 20 ago. 2021.

¹³ De acuerdo con estos preceptos, una modificación adquiere el carácter de sustancial cuando “a) “tenga como resultado una concesión materialmente diferente, en cuanto a su carácter, de la celebrada en un principio”; b) “introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento inicial de adjudicación de la concesión, habrían permitido la selección de solicitantes distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente, o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de adjudicación de la concesión”; c) “altere el equilibrio económico de la concesión a favor del concesionario en un modo que no estaba previsto en la concesión inicial”; d) “amplíe considerablemente el ámbito de la concesión”; e) “un nuevo concesionario sustituya a aquel al que el poder adjudicador o la entidad adjudicadora había adjudicado inicialmente la concesión en

Public Contracts Regulations 2015¹⁴ del Reino Unido establecen que la modificación de un contrato o de un acuerdo marco durante su vigencia será considerada “sustancial” para los propósitos de requerir una nueva licitación cuando una o más de las mismas condiciones es cumplida¹⁵.

En Chile, por regla general, las modificaciones a las bases contractuales ex post cuya entidad sería discriminatoria son aquellas que superan umbrales de minimis de variabilidad presupuestaria. Por ejemplo, en contratos de suministro o de prestación de servicios, el Reglamento de la Ley N° 19.886 dispone que la modificación del contrato ex post por acuerdo de las partes u otras que establezcan las leyes

Deberá encontrarse prevista en las bases de la licitación. En tal caso, no podrá alterarse la aplicación de los principios de estricta sujeción a las bases y de igualdad de los oferentes, así como tampoco podrá aumentarse el monto del contrato más allá de un 30 % del monto originalmente pactado.¹⁶

Asimismo, en obra pública a suma alzada, el Reglamento respectivo¹⁷ dispone que “[el] monto total de las [nuevas] obras que se ejecutan en base a lo señalado en este artículo, no podrá superar el 30% del valor del contrato inicial” (art. 105 inciso 4°). Además, el monto total de los aumentos efectivos de un contrato “no podrán sobrepasar, en su conjunto, el 35% del monto inicial del contrato, contabilizando las disminuciones convenidas” (art. 106).

Una situación similar rige el contrato de concesión de obra pública. Si la modificación del proyecto excede el presupuesto máximo fijado por la legislación de obras públicas y las bases de licitación, el Ministerio de Obras Públicas debe proceder al término anticipado del contrato de mutuo acuerdo¹⁸ o unilateralmente¹⁹, y analizar la posibilidad de llamar a una nueva licitación si concurren ciertas condiciones específicas, entre las que destaca

- 1) Que los hechos y circunstancias que dan lugar a la necesidad de rediseño o complementación se produzcan con posterioridad a la adjudicación de la concesión y no hayan podido ser previstos al tiempo de su adjudicación.²⁰

En este sentido, un laudo arbitral en concesiones de obra pública declaró que

otros casos que los previstos en el apartado 1, letra d)”. UNIÓN EUROPEA. *Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión, Parlamento Europeo y Consejo*. Bruselas, 28 de marzo de 2014. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2014/094/L00001-00064.pdf> Acceso en: 20 ago. 2021.

¹⁴ REINO UNIDO. *The Public Contracts Regulations 2015, Parlamento Británico, UK Statutory Instruments 2015*. Londres, 5 de febrero de 2015. Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2015/102/contents> Acceso en: 20 ago. 2021.

¹⁵ Regulation 72 (8): “(a)the modification renders the contract or the framework agreement materially different in character from the one initially concluded; (b)the modification introduces conditions which, had they been part of the initial procurement procedure, would have— (i)allowed for the admission of other candidates than those initially selected,(ii)allowed for the acceptance of a tender other than that originally accepted, or (iii)attracted additional participants in the procurement procedure; (c)the modification changes the economic balance of the contract or the framework agreement in favour of the contractor in a manner which was not provided for in the initial contract or framework agreement; (d)the modification extends the scope of the contract or framework agreement considerably; (e)a new contractor replaces the one to which the contracting authority had initially awarded the contract in cases other than those provided for in paragraph (1)(d)”. REINO UNIDO. *The Public Contracts Regulations 2015, Parlamento Británico, UK Statutory Instruments 2015*. Londres, 5 de febrero de 2015. Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2015/102/contents> Acceso en: 20 ago. 2021.

¹⁶ CHILE. Ministerio de Hacienda. Decreto Supremo N° 250, Aprueba reglamento de la Ley N° 19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, Santiago, publicado en el Diario Oficial el 24 de septiembre de 2004.

¹⁷ CHILE. Ministerio de Obras Públicas. Decreto Supremo N° 75, deroga Decreto N°15 de 1992 y sus modificaciones posteriores y aprueba Reglamento para Contratos de Obras Públicas, Santiago, publicado en el Diario Oficial el 1 de diciembre de 2004.

¹⁸ CHILE. D.F.L. MOP N° 164 de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por Decreto Supremo N° 900, Ministerio de Obras Públicas, Santiago, publicado en el Diario Oficial el 18 de diciembre de 1996. Art. 27 N° 2.

¹⁹ CHILE. D.F.L. MOP N° 164 de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por Decreto Supremo N° 900, Ministerio de Obras Públicas, Santiago, publicado en el Diario Oficial el 18 de diciembre de 1996. Art. 27 N° 2, art. 28 ter.

²⁰ CHILE. D.F.L. MOP N° 164 de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por Decreto Supremo N° 900, Ministerio de Obras Públicas, Santiago, publicado en el Diario Oficial el 18 de diciembre de 1996.

[s]i, una vez celebrado el contrato, pudiese desoírse una regla explícita como la anterior, se atentaría contra el mecanismo de la licitación en su conjunto, el principio de estricta sujeción a las bases y el trato igualitario entre los oferentes.²¹

En cuanto a la exigencia de que el hecho que motiva el cambio no habría afectado al resto de los oferentes estando en la misma posición del adjudicatario, la Contraloría General de la República ha declarado que, para incurrir en discriminación arbitraria de oferentes, el hecho que motiva el cambio de licitación no puede ser uno que “habría afectado de la misma forma a cualquiera que hubiese sido el contratista”²². En este sentido la Comisión Europea consideró que la variación negociada del contrato para modernizar el metro de Londres con posterioridad a la adjudicación no discriminaba arbitrariamente al resto de los oferentes porque “the final results of the process (including the elements negotiated after the selection of the bidders) would not have changed the outcome of the tendering procedure”.²³

En materia probatoria, dado que la modificación de las bases de licitación con posterioridad a la adjudicación es una excepción al principio general de invariabilidad de las reglas del concurso para asegurar la igualdad de los oferentes, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que “la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumbe a quien quiera beneficiarse de ellas”²⁴.

Finalmente, la única excepción a la posibilidad de alteración sustancial y ex post las reglas del contrato sería que esta estuviera contemplada en las bases de licitación desde un principio. Al respecto, el derecho comunitario europeo ha previsto que, al proceder de ese modo,

el poder adjudicador garantiza que todos los operadores económicos interesados en participar en ese contrato tengan conocimiento de ello desde el principio y se encuentren así en pie de igualdad en el momento de formular su oferta²⁵.

De acuerdo a las consideraciones anteriores, el ilícito administrativo de discriminación arbitraria ex post de los oferentes potenciales y activos de una licitación pública exige una alteración sustancial de las bases concursales, imprevista en estas, que no habría afectado las ofertas presentadas del mismo modo. Corresponde ahora analizar la variante anticompetitiva de esta infracción, de carácter eventual.

3 Infracción de la libre competencia por privilegio ilegal ex post del adjudicatario

Que la discriminación arbitraria de demandantes u oferentes de un producto licitado pueda afectar también la libre competencia es un tema pacífico en la doctrina y en la jurisprudencia nacional. Prueba de ello

²¹ CHILE. Comisión Arbitral de Concesión de Obra Pública, Laudo en caso SC Autopista Vespucio Sur S.A. con MOP, 24 de enero de 2011, c. 16°. Disponible en <http://fiscalia.mop.cl/Paginas/Sentencias.aspx>.

²² CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N° 1.865, Santiago, 10 de julio de 2019. Disponible en www.contraloria.cl.

²³ UNIÓN EUROPEA. *Decisión c(2002)3578fin, State Aid N-264/2002, London Underground Public Private Partnership*. Bruselas, 2 de octubre de 2002. Disponible en: <http://www.justice.gov.md/> Acceso en: 20 ago. 2021.

²⁴ UNIÓN EUROPEA. *Sentencia en caso C-340/02, Commission of the European Communities v French Republic*. Luxemburgo, 14 de octubre de 2004. Disponible en www.curia.europa.eu Acceso en: 20 ago. 2021; UNIÓN EUROPEA. *Sentencia en casos unidos C-20/01 y C-28-01, Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany*. Luxemburgo, 10 de abril de 2003. Disponible en: www.curia.europa.eu Acceso en: 20 ago. 2021.

²⁵ UNIÓN EUROPEA. *Sentencia en caso C-549/14, Finn Frogne A/S contra Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation*. Luxemburgo, 7 de septiembre de 2016. Disponible en: www.curia.europa.eu Acceso en: 20 ago. 2021; UNIÓN EUROPEA. *Sentencia en caso C-454/06, Preetext Nachrichtenagentur GmbH v Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH and APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*. Luxemburgo, 19 de junio de 2008. Disponible en: www.curia.europa.eu Acceso en: 20 ago. 2021; UNIÓN EUROPEA. *Sentencia en caso C-496/99, Comisión v CAS Succhi di Frutta*. Luxemburgo, 29 de abril de 2004. Disponible en: www.curia.europa.eu Acceso en: 20 ago. 2021.

es que tanto la Fiscalía Nacional Económica (FNE) como el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) han ejercido, con validación de la Corte Suprema²⁶, poderes normativos, fiscalizadores, acusatorios y resolutivos para resguardar el principio de igualdad de los partícipes de concursos para la adquisición de bienes públicos.

A nivel doctrinal, son variados los trabajos que admiten la competencia de estas instituciones para controlar la legalidad de los procedimientos concursales en relación con el interés público en la libre competencia²⁷.

En el caso de la FNE, el trato igualitario de los participantes de un concurso aparece de manifiesto en sus guías dirigidas a la actuación de organismos públicos²⁸, donde se sugiere que

[q]ue en la determinación de las variables del proceso de contratación y en el diseño específico de las bases de licitación se evite toda circunstancia o requerimiento que favorezca arbitrariamente a alguna empresa respecto de otras también interesadas en contratar con la Administración del Estado.²⁹

Asimismo, esta entidad ha perseguido la responsabilidad de entes públicos que han infringido este deber con resultados lesivos para la libre competencia³⁰.

El TDLC, a su vez, ha declarado que

El Estado y sus organismos deben seleccionar a los proveedores de los bienes o servicios que requieren para el ejercicio de sus actividades, así como desarrollar cualquier función que le encomiende el ordenamiento jurídico y que implique su intervención en los mercados, observando las normas de defensa de la libre competencia, de cuya aplicación ninguna norma los exime.³¹

Más adelante, el mismo fallo complementa esta idea señalando que

La circunstancia de que los actos y contratos que se cuestionan en esta sede se realicen con sujeción plena a procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos, no implica que dichos actos o contratos no deban sujetarse también a lo preceptuado en la legislación de defensa de la libre competencia que, por lo demás, también es de orden público. Ello por cuanto, si bien es cierto que hay bienes jurídicos que la legislación sobre contratación pública persigue resguardar, concurrentemente pueden verse afectados también otros bienes jurídicos, tales como aquellos que han de ser tutelados en esta sede.³²

²⁶ CHILE. Corte Suprema. Sentencia de Reclamación de Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol N° 7.796-2008, Fiscalía Nacional Económica, Santiago, 27 de mayo de 2009. Disponible en www.pjud.cl; CHILE. Corte Suprema. Sentencia de Reclamación de Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol N° 6.100-2010, Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Concesionaria S.A., Fisco de Chile, Graneles Chile S.A. y otros, Santiago, 28 de enero de 2011. Disponible en www.pjud.cl; CHILE. Corte Suprema. Sentencia de Reclamación de Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol N° 5.505-2008, Empresa de Electricidad de Magallanes S.A., Santiago, 26 de noviembre de 2008. Disponible en www.pjud.cl.

²⁷ ARANCIBIA, Jaime. Control de actos licitatorios ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. *Revista de Derecho*, Valdivia, v. 30, n. 2, p. 301-316, dic. 2017; BÓRQUEZ, Francisco; HELFMANN, Carolina. La contratación pública y la libre competencia. *Revista Anales Derecho UC*, Santiago, n. 6, p. 99-128, 2011; GARCÍA, William. Los órganos de la administración del estado como sujetos de las multas aplicadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. *Revista de Derecho Económico*, Santiago, n. 76, p. 125-154, 2016; NEHME, Nicole. Aplicación de las Normas de Defensa de la Competencia a los Organismos de la Administración del Estado. In: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (org.). *La libre competencia en el Chile del Bicentenario*, Santiago: Thomson Reuters, 2011. p. 317-373; VALDÉS, Domingo. *Libre competencia y monopolio*. Santiago: Jurídica de Chile, 2006.

²⁸ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. *Guía sector público y libre competencia*. Santiago, junio de 2012. Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/06/Guia-final-sector-publico.pdf> Acceso en: 20 ago. 2021.

²⁹ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. *Compras públicas y libre competencia*. Santiago, abril de 2011. Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/11/Material-de-Promocion-1-Compras-publicas-Abr2011.pdf> Acceso en: 20 ago. 2021.

³⁰ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 77/2008 en causa Rol N° C-137-07, FNE v Ilustre Municipalidad de Curicó, Santiago, 4 de noviembre de 2008. Disponible en www.tdlc.cl.

³¹ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 114/2011 en causa Rol N° C-206-10, Renzo Droghetti Lobos v Dirección de Compras y Contratación Pública, Santiago, 17 de noviembre de 2011, c. 11°. Disponible en www.tdlc.cl.

³² CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 114/2011 en causa Rol N° C-206-10, Renzo Droghetti Lobos v Dirección de Compras y Contratación Pública, Santiago, 17 de noviembre de 2011, c. 11°. Disponible en www.tdlc.cl.

De acuerdo con el concepto anterior, esta magistratura ha dictado instrucciones generales, formulado recomendaciones normativas³³, y emitido informes especiales³⁴ para velar por el respeto de la igualdad de los oferentes en procesos licitatorios³⁵. En materia de procedimientos consultivos, ha condicionado la aprobación de bases de licitación a la incorporación de cláusulas que eviten, inter alia, discriminaciones arbitrarias en contra de postulantes potenciales o activos de tales procesos.³⁶ Asimismo, en asuntos contenciosos, el TDLC ha adoptado medidas cautelares³⁷ y condenado a organismos públicos por haber elaborado bases de licitación que restringen indebidamente la competencia por el producto licitado, excluyendo o discriminando arbitrariamente a potenciales oferentes.³⁸

Por su parte, la Corte Suprema ha declarado que

No debe olvidarse que de un mismo acto pueden derivar consecuencias jurídicas de diversa naturaleza, y que el examen de legalidad ha de verificarse sólo por el órgano al que la ley ha conferido competencia en razón del tipo de la eventual trasgresión. En la especie el asunto de autos está comprendido en la competencia del Tribunal de la Libre Competencia porque el conflicto ha sido planteado en los términos

³³ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Proposición de Modificación Normativa N° 13/2011 en proceso Rol C N° 179-08. Santiago, 19 de enero de 2011. Disponible en www.tdlc.cl.

³⁴ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Informe N° 10/2014 en Rol NC N° 415-13, sobre condiciones para la licitación pública del frente de atraque N° 1 o molo del puerto de Iquique, así como el desarrollo y operación de un futuro tercer frente de atraque en dicho puerto, requerido por la Ley N° 19.452. Santiago, 10 de enero de 2014. Disponible en www.tdlc.cl; CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Informe N° 11/2014 en Rol NC N° 416-13, sobre condiciones para la licitación pública del frente de atraque N° 1 del puerto de Antofagasta, requerido por la Ley N° 19.452. Santiago, 20 de marzo de 2014. Disponible en www.tdlc.cl; CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Informe N° 14/2019 en Rol NC N° 440-17, sobre procedencia de modificar la regla de restricción a la integración vertical establecida en el Dictamen N° 1209/2002, requerido por la Ley N° 19.452. Santiago, 13 de febrero de 2019. Disponible en www.tdlc.cl; CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Informe N° 4/2009 en Rol NC N° 303-08, sobre condiciones para la licitación pública de los sitios números 1 y 2 del frente de atraque del puerto de Coquimbo, requerido por la Ley N° 19.452. Santiago, 14 de mayo de 2009. Disponible en www.tdlc.cl; CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Informe N° 5/2009 en Rol NC N° 313-08, sobre condiciones para la licitación pública del frente de atraque N° 2 del puerto de Valparaíso, requerido por la Ley N° 19.452. Santiago, 29 de septiembre de 2009. Disponible en www.tdlc.cl; CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Informe N° 6/2009 en Rol NC N° 317-08, sobre condiciones para la licitación pública del frente de atraque Costanera-Espigón del Puerto de San Antonio, requerido por la Ley N° 19.452. Santiago, 15 de octubre de 2009. Disponible en www.tdlc.cl; CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Informe N° 8/2012 en Rol NC N° 403-12, sobre solicitud de alzamiento de la restricción a la integración horizontal establecida en el Informe N° 5/2009, requerido por la Ley N° 19.452. Santiago, 22 de noviembre de 2012. Disponible en www.tdlc.cl.

³⁵ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Resolución que establece “Instrucción de carácter general N°1/2006”, para el mercado de la recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios, aplicables a todo el territorio nacional en Rol NC N° 98-05, Santiago, 8 de junio de 2006, p. 8 y 10. Disponible en www.tdlc.cl.

³⁶ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Resolución N° 7/2005, Rol NC N° 33-04, Consulta sobre Bases de Licitación de Residuos Sólidos y otros de la I. Municipalidad de San Fernando, Santiago, 30 de mayo de 2005. Disponible en www.tdlc.cl; CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Resolución N° 13/2006, Rol NC N° 103-05, Consulta de la DGAC sobre Bases Administrativas para el otorgamiento de una concesión para la operación y explotación de una red hidrante destinada al abastecimiento de combustibles y lubricantes, en el Aeropuerto de Chacalluta de la ciudad de Arica, Santiago, 27 de junio de 2006. Disponible en www.tdlc.cl; CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Resolución N° 46/2015, Rol NC N° 425-14, Consulta de Sociedad Ingeniería en Electrónica, Computación y Medicina S.A, Santiago, 22 de abril de 2015. Disponible en www.tdlc.cl; CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Resolución N° 52/2018, Rol NC N° 438-17, Consulta de Dirección General de Aeronáutica Civil, Santiago, 30 de abril de 2018. Disponible en www.tdlc.cl.

³⁷ Véanse, por ejemplo, las medidas prejudiciales adoptadas en los procedimientos contenciosos siguientes: Roles N° C-341-2018 y C-342-2018, CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Medida prejudicial adoptada en causa Rol N° C-341-2018, Transportes, Inversiones, Inmobiliaria y Servicios Transanber S.A. v Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y otro, Santiago, 25 de enero de 2018. Disponible en www.tdlc.cl; CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Medida prejudicial adoptada en causa Rol N° C-342-2018, Demanda Transportes Santín y Cia. Ltda. contra Fisco de Chile y otro, Santiago, 25 de enero de 2018. Disponible en www.tdlc.cl.

³⁸ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 77/2008 en causa Rol N° C-137-07, FNE v Ilustre Municipalidad de Curicó, Santiago, 4 de noviembre de 2008. Disponible en www.tdlc.cl. Esta sentencia fue confirmada por CHILE. Corte Suprema. Sentencia de Reclamación de Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol N° 7.796-2008, Fiscalía Nacional Económica, Santiago, 27 de mayo de 2009. Disponible en www.pjud.cl; CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 93/2010 en causa Rol N° C N° 183-08, Fiscalía Nacional Económica v EMELAT, Santiago, 6 de enero de 2010. Disponible en www.tdlc.cl. Sentencia confirmada por CHILE. Corte Suprema. Sentencia de Reclamación de Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol N° 1.022-2010, Fiscalía Nacional Económica, Santiago, 18 de agosto de 2010. Disponible en www.pjud.cl.

señalados en el artículo 3° del D. L. N° 211, esto es como un asunto desligado de la legalidad de las bases de licitación.³⁹

Cabe precisar, sin embargo, que no toda discriminación arbitraria de oferentes constituye un ilícito anticompetitivo. Para tal efecto, como hemos dicho⁴⁰, es preciso acreditar, además, que esta se produjo en un mercado donde el ente licitante goza de la aptitud o poder de disciplinar el mercado relevante; de modo que cualquier ventaja arbitraria adquirida por un competidor produzca un efecto discriminatorio de oferentes por razones ajenas a la eficiencia, innovación o mejora en la calidad de los productos.

Infracción ex post de la igualdad de los concursantes como ilícito anticompetitivo.

El derecho comparado, particularmente europeo, ha calificado las conductas que se apartan de las bases con posterioridad a la adjudicación del ganador como anticompetitivas, inter alia, por discriminar arbitrariamente al resto de los concursantes. Un referente reciente en esta materia es Sánchez Graells, quien sostiene al respecto que:

The importance of ensuring that competition-distorting decisions are not adopted after award of the contract rests on two factors. First, it will be important in itself to prevent (new) publicly generated distortions of competition. Secondly, it will be instrumental in ensuring the effectiveness of the system of preparation and award of public contracts—which could be easily circumvented by merely ‘postponing’ competition-restrictive decisions until after the award of the public contract⁴¹.

A diferencia de lo que ocurre en derecho administrativo y comparado, este tema ha sido poco tratado en latinoamérica en relación con la libre competencia. Sin embargo, podemos ver algunos atisbos en la doctrina de los organismos de libre competencia. Con bastante claridad, el TDLC ha considerado anticompetitiva la cláusula que, una vez publicadas las Bases, permite “desentenderse de criterios objetivos de evaluación de propuestas”⁴², o “potencialmente sin expresión de causa, dejar sin efecto unilateralmente y ex post los requisitos de competencia que efectivamente deben darse en este tipo de procesos [...]”⁴³, desde luego porque “una estipulación como esa eleva el riesgo de un comportamiento oportunista o arbitrario”⁴⁴. El TDLC ha instruido también que

deberá prohibirse la modificación posterior de las condiciones y elementos, establecidos en la adjudicación de la licitación, que determinan los precios a público, sin seguir el mismo procedimiento que permitió su asignación original.⁴⁵

³⁹ CHILE. Corte Suprema. Sentencia de Reclamación de Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol N° 6.100-2010, Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Concesionaria S.A., Fisco de Chile, Graneles Chile S.A. y otros, Santiago, 28 de enero de 2011, c. 6°. Disponible en www.pjud.cl. Ver también CHILE. Corte Suprema. Sentencia de Reclamación de Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol N° 5.505-2008, Empresa de Electricidad de Magallanes S.A., Santiago, 26 de noviembre de 2008. Disponible en www.pjud.cl.

⁴⁰ ARANCIBIA, Jaime. Control de actos licitatorios ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. *Revista de Derecho*, Valdivia, v. 30, n. 2, p. 301-316, dic. 2017. p. 301.

⁴¹ SÁNCHEZ-GRAELLS, Albert. *Public Procurement and the EU Competition Rules*. 2. ed. Oxford: Hart Studies in Competition Law, 2015; AURICCHIO, Vito. The problem of discrimination and anti-competitive behaviour in the execution phase of public contracts. *Public Procurement Law Review*, n. 7, 1998. p. 124.

⁴² CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 77/2008 en causa Rol N° C-137-07, FNE v Ilustre Municipalidad de Curicó, Santiago, 4 de noviembre de 2008, c. 61°. Disponible en www.tdlc.cl. Esta sentencia fue confirmada por CHILE. Corte Suprema. Sentencia de Reclamación de Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol N° 7.796-2008, Fiscalía Nacional Económica, Santiago, 27 de mayo de 2009. Disponible en www.pjud.cl.

⁴³ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 77/2008 en causa Rol N° C-137-07, FNE v Ilustre Municipalidad de Curicó, Santiago, 4 de noviembre de 2008, c. 63°. Disponible en www.tdlc.cl. Esta sentencia fue confirmada por CHILE. Corte Suprema. Sentencia de Reclamación de Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol N° 7.796-2008, Fiscalía Nacional Económica, Santiago, 27 de mayo de 2009. Disponible en www.pjud.cl.

⁴⁴ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 77/2008 en causa Rol N° C-137-07, FNE v Ilustre Municipalidad de Curicó, Santiago, 4 de noviembre de 2008, c. 62°. Disponible en www.tdlc.cl. Esta sentencia fue confirmada por CHILE. Corte Suprema. Sentencia de Reclamación de Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol N° 7.796-2008, Fiscalía Nacional Económica, Santiago, 27 de mayo de 2009. Disponible en www.pjud.cl.

⁴⁵ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Proposición de Modificación Normativa N° 7/2007, contenida en Sentencia N° 61/2006 en proceso Rol C N° 88-06. Santiago, 27 diciembre de 2007. Disponible en www.tdlc.cl.

Asimismo, la modificación ex post de las bases de licitación como conducta anticompetitiva se desprende de la exigencia del TDLC de exigir, en el caso de derechos exclusivos, “[r]ealizar un monitoreo constante y eficaz del uso efectivo u operación regular por parte de las aerolíneas de los Derechos de Tráfico o Frecuencias Aéreas Internacionales que se les hayan adjudicado”⁴⁶.

En efecto, conforme a estos criterios, cualquier modificación sustancial de las reglas del contrato por un órgano administrativo con poder de mercado es anticompetitiva porque, en la práctica, implica “desentenderse” o dejar de cumplir las reglas de competencia en perjuicio del resto de los competidores, que quedan privados o excluidos de la posibilidad de haber ofertado de acuerdo a las nuevas condiciones de operación.

En particular, el TDLC ha declarado que

Para ajustarse a la normativa sobre libre competencia, las licitaciones públicas que otorgan un monopolio (como es el caso de las Bases) deben generar un nivel de competencia ex ante o ‘por el mercado’ con miras a emular los resultados de un mercado competitivo ex post.⁴⁷

De lo anterior se desprende, entonces, que el monopolio de un adjudicatario no atenta en contra de la libre competencia en la medida que exista respeto a las reglas de competencia ex ante. Cualquier alteración relevante de las mismas constituiría un tratamiento privilegiado ex post que no emula, antes bien, infringe las condiciones de competencia ex ante, afectando de esta forma la igualdad de los concursantes.

A mayor abundamiento, cabe explicar que, en la práctica, todo cambio sustantivo en el que incurre un licitante monopólico equivale a una especie de subsidio discriminatorio y anticompetitivo. Puesto que la adjudicación constituye un acto administrativo de beneficio sujeto al cumplimiento de obligaciones de interés público, la atenuación o mitigación de los mismos configura un escenario de desigualdad ante los bienes públicos. El deber condonado equivale a una deuda impaga que, de no ser cobrada, equivale a un subsidio exclusivo y discriminatorio en favor del adjudicatario.

En términos estrictos de libre competencia, no se observa diferencia entre la exención exclusiva de una obligación establecida en las bases y la exención del pago de derechos municipales por el uso de bienes nacionales que privilegiaba injustamente a ciertos instaladores de infraestructura sanitaria en desmedro de sus competidores. Por tanto, la primera se haría merecedora del mismo reproche que la FNE formuló a la segunda: “ello constituye una discriminación, en perjuicio directo de uno de los actores del mercado respectivo, que entorpece la libre competencia”⁴⁸.

En igual sentido, Sánchez Graells advierte que la existencia de umbrales de minimis bajo los cuales es posible realizar cambios a las bases concursales con posterioridad a la adjudicación puede igualmente prestarse para otorgar ventajas indebidas al ganador que equivaldrían a subsidios implícitos anticompetitivos⁴⁹. Por

⁴⁶ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Proposición de Modificación Normativa N° 09/2009, contenida en Sentencia N° 81/2009 en proceso Rol C N° 148-07. Santiago, 16 de enero de 2009. Disponible en www.tdlc.cl.

⁴⁷ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Resolución N° 52/2018, Rol NC N° 438-17, Consulta de Dirección General de Aeronáutica Civil, Santiago, 30 de abril de 2018, c. 40°. Disponible en www.tdlc.cl. Ver también CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Resolución que establece “Instrucción de carácter general N°3/2013”, que modifica instrucciones de carácter general N° 1/2006 para el mercado de la recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios, aplicables a todo el territorio nacional, Rol NC N° 409-12, Santiago, 21 de marzo de 2013, c. 22°. Disponible en www.tdlc.cl.

⁴⁸ Esta frase es atribuida a la FNE por CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 2/2004 en proceso Rol NC 03-04, Santiago, Solicitud de FNE, 10 de junio de 2004. Disponible en www.tdlc.cl.

⁴⁹ Part Four, 6, II, A, iii: “In that regard, the application of the principle of competition and the principles of proportionality and good administration may remain instrumental in imposing restrictions on the use of this de minimis clause, particularly where it can result in the granting of undue economic advantages that, in the end, amount to implicit state aid (in the form of unjustified de minimis modifications of contracts that alter the economic balance in favour of the contractor for no good reason). Consequently, this is an area where extreme caution should be exercised by contracting authorities concerned with their integrity and with the avoidance of competition distortions, and one where the involvement of competition authorities in the oversight of contractual modifications could be most effective”. SÁNCHEZ-GRAELLS, Albert. *Public Procurement and the EU Competition Rules*. 2. ed. Oxford: Hart Studies in Competition Law, 2015.

tanto, a esta situación resulta plenamente aplicable la doctrina del TDLC sobre subsidios anticompetitivos que confieren ventajas anticompetitivas:

[...] debe evitarse que este tipo de subsidios constituyan discriminaciones arbitrarias contrarias a la libre competencia en el trato que el Estado brinda a los particulares en materia económica, otorgando beneficios directos para determinados agentes económicos que actúan en mercados específicos y, por lo tanto, no estando establecidos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, como prescribe el artículo 19 N° 22 de nuestra Carta Fundamental⁵⁰.

En este sentido, las bases de licitación para la asignación de mercados monopólicos constituyen una simple precisión de los deberes legales del D.L. N° 211 para efectos de que una actividad sin competidores se desarrolle igualmente conforme al óptimo social que exige la libre competencia. Al respecto, el TDLC ha declarado que su finalidad

es simplemente velar porque las condiciones de competencia ex ante aseguren que la ausencia de rivalidad *ex post* se traduzca de todos modos en las más eficientes condiciones de prestación del servicio en términos de precio, cantidad y calidad ofrecidas.⁵¹

Siguiendo este razonamiento, todo incumplimiento de las mismas, antes o después de la adjudicación del bien, constituye también una infracción al D.L. N° 211.

En otras palabras, si entendemos que las bases de licitación equivalen a “medidas” o “condiciones” bajo las cuales el desempeño de un adjudicatario monopólico será conforme a las normas de libre competencia, no se observa diferencia entre la modificación de esas bases y el de las medidas o condiciones fijadas por el TDLC o propuestas por la FNE para resguardar la libre competencia en el mercado concernido. En consecuencia, la alteración sustancial de las bases en beneficio de ese adjudicatario, en caso de monopolio, constituye también un ilícito anticompetitivo.

Estas consideraciones se ven confirmadas por la interposición de requerimientos por parte de la FNE en contra de empresas adjudicatarias que alteran de facto las normas de las bases de licitación. Así, por ejemplo, el caso FNE contra ATI y otras⁵² consistió en la acusación de empresas accionistas de la concesionaria del puerto de Antofagasta, precisamente, por haber infringido los límites de participación accionaria que les imponían las bases de licitación para la adjudicación de los frentes de atraque portuario. De hecho, según consta en la resolución aprobatoria del acuerdo conciliatorio por parte del TDLC:

Los compromisos asumidos por las partes en el acuerdo conciliatorio están orientados a satisfacer las pretensiones de la FNE en este juicio y precaver un litigio eventual entre las partes, relativo al incumplimiento de las obligaciones que el acto de concesión portuaria impuso a ATI [...].⁵³

Por último, desde un punto de vista estrictamente económico, el apego a las normas de licitación originales debe exigirse para evitar posibles ineficiencias debidas a moral hazard. En efecto, según lo demuestra la literatura reciente⁵⁴, la posibilidad de modificar las bases de iure o de facto con posterioridad a la adjudicación puede generar un incentivo perverso para que firmas menos eficientes propongan ofertas ganadoras que les permitan extraer renta anticompetitiva en un escenario *ex post*.

⁵⁰ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Proposición de Modificación Normativa N° 13/2011 en proceso Rol C N° 179-08. Santiago, 19 de enero de 2011. Disponible en www.tdlc.cl.

⁵¹ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 138/2014 en causa Rol N° C N° 256-13, Ramírez y Compañía Limitada v Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, Santiago, 30 de julio de 2014, c. 14°. Disponible en www.tdlc.cl.

⁵² CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Requerimiento presentado en causa Rol N° C-314-2016, FNE v Antofagasta Terminal Internacional (“ATI”), Santiago, 16 de septiembre de 2016. Disponible en www.tdlc.cl.

⁵³ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Requerimiento presentado en causa Rol N° C-314-2016, FNE v Antofagasta Terminal Internacional (“ATI”), Santiago, 16 de septiembre de 2016. Disponible en www.tdlc.cl. Resolución del TDLC que aprueba la conciliación de las partes, de 16 de agosto de 2017.

⁵⁴ CHAKRABORTY, Indranil; KHALIL, Fahad; LAWARREE, Jacques. *Competitive procurement with ex post Moral Hazard*. 2019. Disponible en: https://econ.washington.edu/sites/econ/files/documents/research/chakraborty_khalil_lawarree_apr_19_2019.pdf Acceso en: 24 ago. 2021.

Al respecto, el TDLC ha declarado que cuando la Administración del Estado actúa:

Como un ente regulador que asigna derechos o recursos escasos, reemplazando la competencia en el mercado por competencia por el mercado para que el adjudicatario sirva un mercado de manera monopólica por un período de tiempo... el mercado relevante será precisamente la licitación⁵⁵; [e]n los casos en que se adjudica un servicio en condiciones no competitivas mediante una licitación, dicho ámbito queda definido por las bases de licitación y, por lo tanto, el licitante tiene un amplio poder para afectar el funcionamiento del mercado al diseñarlas⁵⁶.

En igual sentido, la FNE ha enfatizado que el acto administrativo que “otorga derechos exclusivos a un operador” y el que “[e]stablece un sistema de licencias o permisos para operar”⁵⁷ tienen el potencial de afectar la libre competencia mediante la reducción del número o variedad de actores que participan en el mercado. Asimismo, la Corte Suprema ha sostenido que “el monopolio refiere un concepto absoluto y su esencia no admite, por lo tanto, la entrada de nuevos -en este caso- oferentes”⁵⁸.

Por último, la conducta discriminatoria de los entes estatales en el mercado del producto licitado. La FNE ha señalado que existe un ilícito anticompetitivo cuando los operadores actuales gozan de “un trato diferenciado, discriminándolos en relación a nuevos entrantes”⁵⁹. Esta discriminación se produce, ciertamente, cuando un operador monopólico es favorecido con la modificación sustantiva de las bases de licitación, pues estaría gozando de un privilegio ajeno a las reglas competitivas. Dado que el resguardo de la libre competencia depende de la sujeción igualitaria a estas reglas en mercados monopólicos, el órgano administrativo que las altera de modo culposo incurre en responsabilidad por actos lesivos a dicho interés público.

4 Conclusiones

De acuerdo a lo expuesto en las secciones anteriores, es posible arribar a las siguientes conclusiones de este trabajo:

1. Por tratarse de un procedimiento administrativo concursal de carácter público, el órgano encargado de una licitación pública está obligado a asegurar el principio de igualdad de los participantes interesados en la adjudicación del contrato.
2. El principio de igualdad de los participantes en concursos públicos rige no sólo la elaboración de las bases de licitación, sino también en el trato brindado a los concursantes potenciales y reales durante la etapa de ejecución del acto de adjudicación conforme a las bases. Esto se traduce en el cumplimiento de los deberes legales regulados por las bases de licitación de modo estricto, con el fin de asegurar que los términos de la relación jurídica pública sean los mismos conforme a los cuales los concursantes elaboraron sus ofertas.

⁵⁵ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 169/2019 en causa Rol N° C-335-17, Constructora Luis Navarro SpA v I. Municipalidad de San José de la Mariquina, Santiago, 4 de noviembre de 2008, c. 3°. Disponible en www.tdlc.cl; CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 132/2013 en causa Rol N° C-242-12, Sonda S.A. v Servicio de Registro Civil e Identificación, Santiago, 4 de noviembre de 2008, 43°. Disponible en www.tdlc.cl; CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 138/2014 en causa Rol N° C N° 256-13, Ramírez y Compañía Limitada v Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, Santiago, 30 de julio de 2014, c. 10°. Disponible en www.tdlc.cl.

⁵⁶ CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 38/2006 en causa Rol N° C-12-04, Asociación de Exportadores de Chile A.G. v Ultramar Agencia Marítima S.A. y otros, Santiago, 7 de junio de 2006, c. 10°. Disponible en www.tdlc.cl.

⁵⁷ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. *Guía sector público y libre competencia*. Santiago, junio de 2012. Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/06/Guia-final-sector-publico.pdf> Acceso en: 20 ago. 2021.

⁵⁸ CHILE. Corte Suprema. Sentencia de Reclamación de Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol N° 47.555-2016, WSP Servicios Postales S.A. y otro con Superintendencia de Salud, Santiago, 4 de octubre de 2017, c. 7°. Disponible en www.pjud.cl.

⁵⁹ CHILE. Corte Suprema. Sentencia de Reclamación de Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol N° 47.555-2016, WSP Servicios Postales S.A. y otro con Superintendencia de Salud, Santiago, 4 de octubre de 2017, c. 7°. Disponible en www.pjud.cl.

3. No toda modificación a las bases durante la operación de la actividad licitada constituye una discriminación arbitraria. Para tal efecto, es preciso que sea de una entidad suficiente, y que esté motivada por un hecho que no habría afectado al resto de los oferentes del mismo modo, de haber estado en la posición de adjudicatarios.
4. Cabe precisar también que no toda discriminación arbitraria de oferentes constituye un ilícito anticompetitivo. Para tal efecto es preciso acreditar, además, que esta se produjo en un mercado donde el licitante o el oferente de la licitación goza de la aptitud o poder de disciplinar el mercado relevante, de modo que cualquier ventaja arbitraria adquirida por un competidor produce un efecto discriminatorio de oferentes por razones ajenas a la eficiencia, innovación o mejora en la calidad de los productos.
5. El derecho comparado, particularmente europeo, ha calificado la modificación de las bases con posterioridad a la adjudicación del ganador como anticompetitivas, *inter alia*, por discriminar arbitrariamente al resto de los concursantes. Si bien este ilícito ha sido poco tratado en Chile, es posible ver algunos atisbos en la doctrina de los organismos de libre competencia.

Referencias

- ARANCIBIA, Jaime. Control de actos licitatorios ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. *Revista de Derecho*, Valdivia, v. 30, n. 2, p. 301-316, dic. 2017.
- AURICCHIO, Vito. The problem of discrimination and anti-competitive behaviour in the execution phase of public contracts. *Public Procurement Law Review*, n. 7, 1998.
- BOLTON, P. Scope for negotiating and/or varying the terms of government contracts awarded by way of a tender process. *Stellenbosch Law Review*, Centurion, v. 17, n. 2, p. 266-288, 2006.
- BÓRQUEZ, Francisco; HELFMANN, Carolina. La contratación pública y la libre competencia. *Revista Anales Derecho UC*, Santiago, n. 6, p. 99-128, 2011.
- CHAKRABORTY, Indranil; KHALIL, Fahad; LAWARREE, Jacques. *Competitive procurement with ex post Moral Hazard*. 2019. Disponible en: https://econ.washington.edu/sites/econ/files/documents/research/chakraborty_khalil_lawarree_apr_19_2019.pdf Acceso en: 24 ago. 2021.
- CHILE. Comisión Arbitral de Concesión de Obra Pública, Laudo en caso SC Autopista Vespucio Sur S.A. con MOP, 24 de enero de 2011. Disponible en <http://fiscalia.mop.cl/Paginas/Sentencias.aspx>
- CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N° 14.445, Santiago, 19 de julio de 2011. Disponible en www.contraloria.cl.
- CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N° 1.865, Santiago, 10 de julio de 2019. Disponible en www.contraloria.cl.
- CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N° 11.402, Santiago, 4 de mayo de 2018. Disponible en www.contraloria.cl.
- CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N° 12.679, Santiago, 11 de marzo de 2005. Disponible en www.contraloria.cl.
- CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N° 2.907, Santiago, 11 de marzo de 2005. Disponible en www.contraloria.cl.
- CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N° 20.243, Santiago, 20 de marzo de 2014. Disponible en www.contraloria.cl.
- CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N° 26.212, Santiago, 19 de mayo de 2009. Disponible en www.contraloria.cl.
- CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N° 27.268, Santiago, 20 de mayo de 2010. Disponible en www.contraloria.cl.
- CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N° 29.281, Santiago, 13 de mayo de 2013. Disponible en www.contraloria.cl.
- CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N° 3.686, Santiago, 29 de enero de 2003. Disponible en www.contraloria.cl.
- CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N° 35.067, Santiago, 23 de septiembre de 1999. Disponible en www.contraloria.cl.
- CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N° 45.757, Santiago, 21 de agosto de 2009. Disponible en www.contraloria.cl.
- CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N° 62.483, Santiago, 20 de diciembre de 2004. Disponible en www.contraloria.cl.

CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N° 65.392, Santiago, 2 de septiembre de 2016. Disponible en www.contraloria.cl.

CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N° 67.946, Santiago, 14 de septiembre de 2016. Disponible en www.contraloria.cl.

CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N° 7.348 de 2007, Santiago, 13 de febrero de 2007. Disponible en www.contraloria.cl.

CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N° 71.923, Santiago, 6 de noviembre de 2013. Disponible en www.contraloria.cl.

CHILE. Corte Suprema. Sentencia de Reclamación de Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol N° 5.505-2008, Empresa de Electricidad de Magallanes S.A., Santiago, 26 de noviembre de 2008. Disponible en www.pjud.cl.

CHILE. Corte Suprema. Sentencia de Reclamación de Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol N° 1.022-2010, Fiscalía Nacional Económica, Santiago, 18 de agosto de 2010. Disponible en www.pjud.cl.

CHILE. Corte Suprema. Sentencia de Reclamación de Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol N° 6.100-2010, Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Concesionaria S.A., Fisco de Chile, Graneles Chile S.A. y otros, Santiago, 28 de enero de 2011. Disponible en www.pjud.cl.

CHILE. Corte Suprema. Sentencia de Reclamación de Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol N° 47.555-2016, WSP Servicios Postales S.A. y otro con Superintendencia de Salud, Santiago, 4 de octubre de 2017. Disponible en www.pjud.cl.

CHILE. Corte Suprema. Sentencia de Reclamación de Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol N° 7.796-2008, Fiscalía Nacional Económica, Santiago, 27 de mayo de 2009. Disponible en www.pjud.cl.

CHILE. Corte Suprema. Sentencia de Recurso de Apelación de Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en Recurso de Amparo Económico, Rol N° 6.080-2017, Servicios Alimenticios Hendaya S.A.C. y otros, Santiago, 4 de julio de 2017. Disponible en www.pjud.cl.

CHILE. Corte Suprema. Sentencia de Recurso de Apelación en contra de la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 6.326-2018, Gloria Guerrero, Santiago, 6 de septiembre de 2018. Disponible en www.pjud.cl.

CHILE. Corte Suprema. Sentencia de Recurso de Queja en contra de ministros de Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 3.447-2018, Complejo Asistencial Dr. Víctor Ríos Ruiz, Santiago, 2 de agosto de 2018. Disponible en www.pjud.cl.

CHILE. Corte Suprema. Sentencia de Recurso de Queja en contra de ministros de Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 7.956-2015, Municipalidad de Pedro Aguirre Cerda, Santiago, 21 de abril de 2016. Disponible en www.pjud.cl.

CHILE. Corte Suprema. Sentencia de Reemplazo en Recurso de Casación. Rol N° 14.851-2018, Edgardo García. Santiago, 16 de octubre de 2018. Disponible en www.pjud.cl.

CHILE. D.F.L. MOP N° 164 de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por Decreto Supremo N° 900, Ministerio de Obras Públicas, Santiago, publicado en el Diario Oficial el 18 de diciembre de 1996.

CHILE. Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto Refundido, Coordinado Y Sistematizado fue fijado por Decreto con Fuerza de Ley N° 1-19653, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Santiago, publicado en el Diario Oficial el 15 de febrero de 2018.

CHILE. Ley N° 19.886, de bases de los contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, Santiago, publicada en el Diario Oficial el 30 de julio de 2003.

CHILE. Ministerio de Hacienda. Decreto Supremo N° 250, Aprueba reglamento de la Ley N° 19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, Santiago, publicado en el Diario Oficial el 24 de septiembre de 2004.

CHILE. Ministerio de Obras Públicas. Decreto Supremo N° 75, deroga Decreto N°15 de 1992 y sus modificaciones posteriores y aprueba Reglamento para Contratos de Obras Públicas, Santiago, publicado en el Diario Oficial el 1 de diciembre de 2004.

CHILE. Tribunal Constitucional. Sentencia de Inaplicabilidad Rol N° 3.579, Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, Santiago, 5 de octubre de 2017. Disponible en www.tribunalconstitucional.cl

CHILE. Tribunal Constitucional. Sentencia de Inaplicabilidad Rol N° 3.702, Universidad de Chile, Santiago, 28 de noviembre de 2018. Disponible en www.tribunalconstitucional.cl

CHILE. Tribunal Constitucional. Sentencia de Inaplicabilidad Rol N° 4.843, Ingeniería y Construcciones Mas Errázuriz Ltda., Santiago, 4 de junio de 2019. Disponible en www.tribunalconstitucional.cl

CHILE. Tribunal Constitucional. Sentencia de Inaplicabilidad Rol N° 5.360, Amec Foster Wheeler International Ingeniería y Construcción Ltda., Santiago, 4 de junio de 2019. Disponible en www.tribunalconstitucional.cl

CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Informe N° 10/2014 en Rol NC N° 415-13, sobre condiciones para la licitación pública del frente de atraque N° 1 o molo del puerto de Iquique, así como el desarrollo y operación de un futuro tercer frente de atraque en dicho puerto, requerido por la Ley N° 19.452. Santiago, 10 de enero de 2014. Disponible en www.tdlc.cl.

CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Informe N° 11/2014 en Rol NC N° 416-13, sobre condiciones para la licitación pública del frente de atraque N° 1 del puerto de Antofagasta, requerido por la Ley N° 19.452. Santiago, 20 de marzo de 2014. Disponible en www.tdlc.cl.

CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Informe N° 14/2019 en Rol NC N° 440-17, sobre procedencia de modificar la regla de restricción a la integración vertical establecida en el Dictamen N° 1209/2002, requerido por la Ley N° 19.452. Santiago, 13 de febrero de 2019. Disponible en www.tdlc.cl.

CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Informe N° 4/2009 en Rol NC N° 303-08, sobre condiciones para la licitación pública de los sitios números 1 y 2 del frente de atraque del puerto de Coquimbo, requerido por la Ley N° 19.452. Santiago, 14 de mayo de 2009. Disponible en www.tdlc.cl.

CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Informe N° 5/2009 en Rol NC N° 313-08, sobre condiciones para la licitación pública del frente de atraque N° 2 del puerto de Valparaíso, requerido por la Ley N° 19.452. Santiago, 29 de septiembre de 2009. Disponible en www.tdlc.cl.

CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Informe N° 6/2009 en Rol NC N° 317-08, sobre condiciones para la licitación pública del frente de atraque Costanera-Espigón del Puerto de San Antonio, requerido por la Ley N° 19.452. Santiago, 15 de octubre de 2009. Disponible en www.tdlc.cl.

CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Informe N° 8/2012 en Rol NC N° 403-12, sobre solicitud de alzamiento de la restricción a la integración horizontal establecida en el Informe N° 5/2009, requerido por la Ley N° 19.452. Santiago, 22 de noviembre de 2012. Disponible en www.tdlc.cl.

CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Medida prejudicial adoptada en causa Rol N° C-341-2018, Transportes, Inversiones, Inmobiliaria y Servicios Transanber S.A. v Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y otro, Santiago, 25 de enero de 2018. Disponible en www.tdlc.cl.

CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Medida prejudicial adoptada en causa Rol N° C-342-2018, Demanda Transportes Santín y Cia. Ltda. contra Fisco de Chile y otro, Santiago, 25 de enero de 2018. Disponible en www.tdlc.cl.

CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Proposición de Modificación Normativa N° 13/2011 en proceso Rol C N° 179-08. Santiago, 19 de enero de 2011. Disponible en www.tdlc.cl.

CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Proposición de Modificación Normativa N° 09/2009, contenida en Sentencia N° 81/2009 en proceso Rol C N° 148-07. Santiago, 16 de enero de 2009. Disponible en www.tdlc.cl.

CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Proposición de Modificación Normativa N° 7/2007, contenida en Sentencia N° 61/2006 en proceso Rol C N° 88-06. Santiago, 27 diciembre de 2007. Disponible en www.tdlc.cl.

CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Requerimiento presentado en causa Rol N° C-314-2016, FNE v Antofagasta Terminal Internacional (“ATI”), Santiago, 16 de septiembre de 2016. Disponible en www.tdlc.cl.

CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Resolución N° 7/2005, Rol NC N° 33-04, Consulta sobre Bases de Licitación de Residuos Sólidos y otros de la I. Municipalidad de San Fernando, Santiago, 30 de mayo de 2005. Disponible en www.tdlc.cl.

CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Resolución N° 13/2006, Rol NC N° 103-05, Consulta de la DGAC sobre Bases Administrativas para el otorgamiento de una concesión para la operación y explotación de una red hidrante destinada al abastecimiento de combustibles y lubricantes, en el Aeropuerto de Chacalluta de la ciudad de Arica, Santiago, 27 de junio de 2006. Disponible en www.tdlc.cl.

CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Resolución N° 46/2015, Rol NC N° 425-14, Consulta de Sociedad Ingeniería en Electrónica, Computación y Medicina S.A, Santiago, 22 de abril de 2015. Disponible en www.tdlc.cl.

CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Resolución N° 52/2018, Rol NC N° 438-17, Consulta de Dirección General de Aeronáutica Civil, Santiago, 30 de abril de 2018. Disponible en www.tdlc.cl.

CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Resolución que aprueba conciliación de las partes en causa Rol N° C-314-2016, FNE v Antofagasta Terminal Internacional (“ATI”), Santiago, 16 de agosto de 2017. Disponible en www.tdlc.cl.

CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Resolución que establece “Instrucción de carácter general N°1/2006”, para el mercado de la recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios, aplicables a todo el territorio nacional en Rol NC N° 98-05, Santiago, 8 de junio de 2006. Disponible en www.tdlc.cl.

CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Resolución que establece “Instrucción de carácter general N°3/2013”, que modifica instrucciones de carácter general N° 1/2006 para el mercado de la recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios, aplicables a todo el territorio nacional, Rol NC N° 409-12, Santiago, 21 de marzo de 2013. Disponible en www.tdlc.cl.

CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 138/2014 en causa Rol N° C N° 256-13, Ramírez y Compañía Limitada v Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, Santiago, 30 de julio de 2014. Disponible en www.tdlc.cl.

CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 114/2011 en causa Rol N° C-206-10, Renzo Droghetti Lobos v Dirección de Compras y Contratación Pública, Santiago, 17 de noviembre de 2011. Disponible en www.tdlc.cl.

CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 77/2008 en causa Rol N° C-137-07, FNE v Ilustre Municipalidad de Curicó, Santiago, 4 de noviembre de 2008. Disponible en www.tdlc.cl.

CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 2/2004 en proceso Rol NC 03-04, Santiago, Solicitud de FNE, 10 de junio de 2004. Disponible en www.tdlc.cl.

CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 93/2010 en causa Rol N° C N° 183-08, Fiscalía Nacional Económica v EMELAT, Santiago, 6 de enero de 2010. Disponible en www.tdlc.cl.

CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 169/2019 en causa Rol N° C-335-17, Constructora Luis Navarro SpA v I. Municipalidad de San José de la Mariquina, Santiago, 4 de noviembre de 2008. Disponible en www.tdlc.cl.

CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 132/2013 en causa Rol N° C-242-12, Sonda S.A. v Servicio de Registro Civil e Identificación, Santiago, 4 de noviembre de 2008. Disponible en www.tdlc.cl.

CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 38/2006 en causa Rol N° C-12-04, Asociación de Exportadores de Chile A.G. v Ultramar Agencia Marítima S.A. y otros, Santiago, 7 de junio de 2006. Disponible en www.tdlc.cl.

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. *Compras públicas y libre competencia*. Santiago, abril de 2011. Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/11/Material-de-Promocion-1-Compras-publicas-Abr2011.pdf> Acceso en: 20 ago. 2021.

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. *Guía sector público y libre competencia*. Santiago, junio de 2012. Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/06/Guia-final-sector-publico.pdf> Acceso en: 20 ago. 2021.

GARCÍA, William. Los órganos de la administración del estado como sujetos de las multas aplicadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. *Revista de Derecho Económico*, Santiago, n. 76, p. 125-154, 2016.

NEHME, Nicole. Aplicación de las Normas de Defensa de la Competencia a los Organismos de la Administración del Estado. In: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (org.). *La libre competencia en el Chile del Bicentenario*, Santiago: Thomson Reuters, 2011. p. 317-373.

REINO UNIDO. *The Public Contracts Regulations 2015, Parlamento Británico, UK Statutory Instruments 2015*. Londres, 5 de febrero de 2015. Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2015/102/contents> Acceso en: 20 ago. 2021.

SÁNCHEZ-GRAELLS, Albert. *Public Procurement and the EU Competition Rules*. 2. ed. Oxford: Hart Studies in Competition Law, 2015.

UNIÓN EUROPEA. *Decisión c(2002)3578fin, State Aid N-264/2002, London Underground Public Private Partnership*. Bruselas, 2 de octubre de 2002. Disponible en: <http://www.justice.gov.md/> Acceso en: 20 ago. 2021.

UNIÓN EUROPEA. *Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión, Parlamento Europeo y Consejo*. Bruselas, 28 de marzo de 2014. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2014/094/L00001-00064.pdf> Acceso en: 20 ago. 2021.

UNIÓN EUROPEA. *Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, Parlamento Europeo y Consejo*. Bruselas, 28 de marzo de 2014. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2014/094/L00065-00242.pdf> Acceso en: 20 ago. 2021.

UNIÓN EUROPEA. *Sentencia en caso C-340/02, Commission of the European Communities v French Republic*. Luxemburgo, 14 de octubre de 2004. Disponible en www.curia.europa.eu Acceso en: 20 ago. 2021.

UNIÓN EUROPEA. *Sentencia en caso C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH v Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH and APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*. Luxemburgo, 19 de junio de 2008. Disponible en: www.curia.europa.eu Acceso en: 20 ago. 2021.

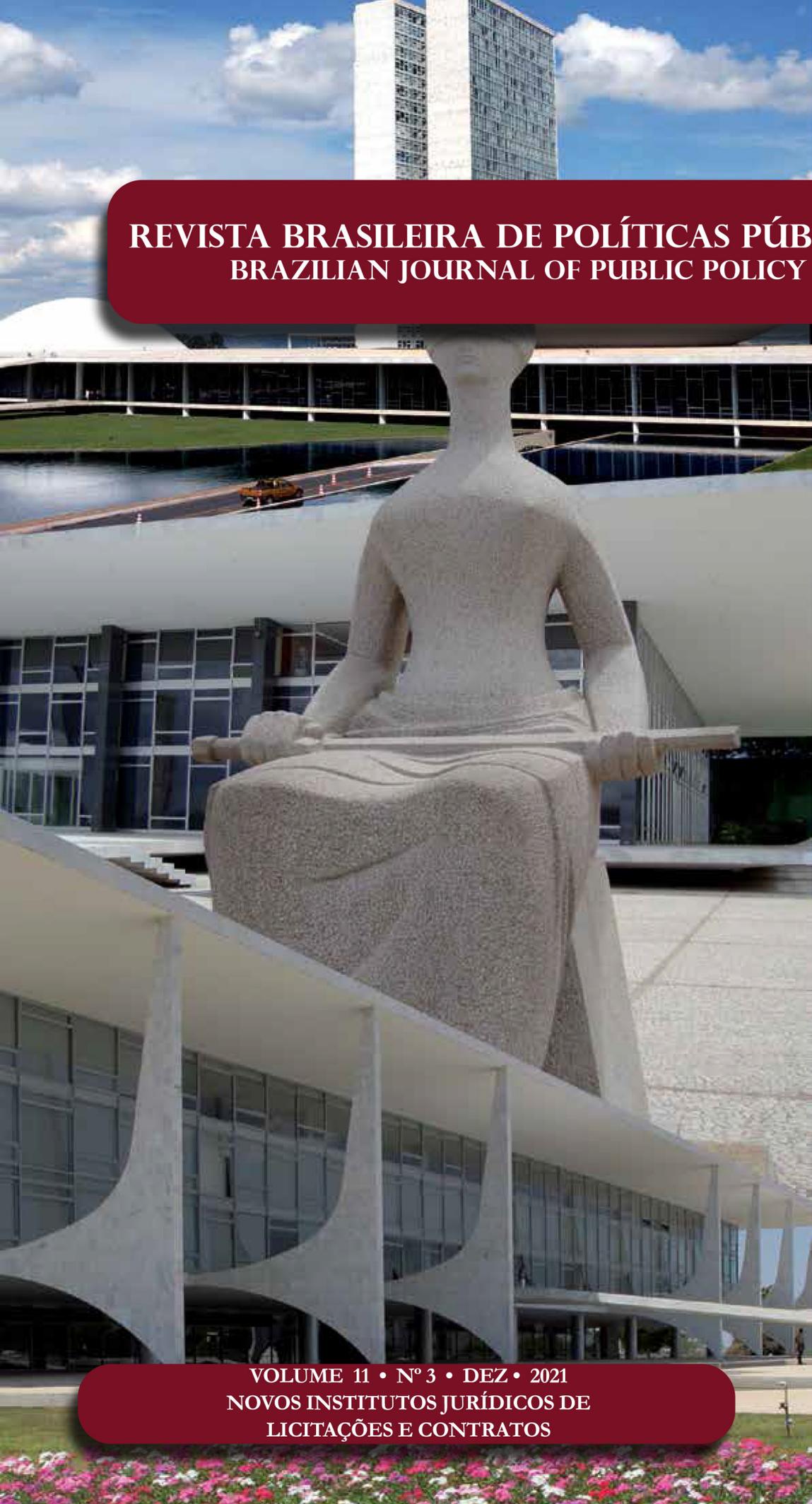
UNIÓN EUROPEA. *Sentencia en caso C-496/99, Comisión v CAS Succhi di Frutta*. Luxemburgo, 29 de abril de 2004. Disponible en: www.curia.europa.eu Acceso en: 20 ago. 2021.

UNIÓN EUROPEA. *Sentencia en caso C-549/14, Finn Frogne A/S contra Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation*. Luxemburgo, 7 de septiembre de 2016. Disponible en: www.curia.europa.eu Acceso en: 20 ago. 2021.

UNIÓN EUROPEA. *Sentencia en caso C-91/08, Wall AG v La ville de Francfort-sur-le-Main and Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*. Luxemburgo, 27 de octubre de 2009. Disponible en: www.curia.europa.eu Acceso en: 20 ago. 2021.

UNIÓN EUROPEA. *Sentencia en casos unidos C-20/01 y C-28-01, Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany*. Luxemburgo, 10 de abril de 2003. Disponible en: www.curia.europa.eu Acceso en: 20 ago. 2021.

VALDÉS, Domingo. *Libre competencia y monopolio*. Santiago: Jurídica de Chile, 2006.



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Government Integrated
Financial Management
Information System and
Sustainable Public Procurement
in Nigeria**

**Sistema Integrado de
Informação de Gestão
Financeira do Governo e
Compras Públicas Sustentáveis
na Nigéria**

Udochukwu Uneke Alo

Obiamaka Adaeze Nwobu

Alex Adegboye

VOLUME 11 • Nº 3 • DEZ • 2021
NOVOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE
LICITAÇÕES E CONTRATOS

La discriminación ex post de los oferentes de una licitación pública como infracción administrativa y de libre competencia*

A discriminação ex post dos ofertantes de uma licitação pública como infração administrativa e de livre concorrência

Udochukwu Uneke Alo**

Obiamaka Adaeze Nwobu***

Alex Adegboye****

Abstract

This study aimed at examining the role Government Integrated Financial Information System GIFMIS will play in implementing Sustainable Public Procurement SPP in the Nigeria public sector. The rising global campaign on how developed and developing countries can position their public procurement to help achieve United Nations Sustainable Development Goals SDGs, has necessitated studies on how to position the public sectors of different countries to achieve SPP. Survey research technique was adopted in this study, questionnaire issued to procurement officers in 15 federal ministries of Nigeria was the primary source of gathering data, Data collected was tested using multiple regression model which was carried out with stata statistical tool, in order to measure the effect of different implementation independent variables on a single variable of SPP. The key findings from the study include that obstacles have a negative and significant effect on the implementation of SPP in Nigeria, IFMIS has a positive and significant role to play in implementation of SPP, while IFMIS is also sustainable as a system for managing public procurement in Nigeria. The findings from this study will be useful for developing accounting for sustainable development. The study recommends that the government develop a policy and implementation framework that will back the implementation of SPP and overcome identified obstacles, also the adoption of GIFMIS in public procurement functions should be followed up to ensure full adoption and increase the knowledge level of the system in the public sectors of Nigeria.

Keywords: Government Integrated Financial Management Information System; public financial management; Sustainable Development Goals; Sustainable Public Procurement.

* Recebido em 31/08/2021
Aprovado em 14/01/2022

** Ph.D candidate in Accounting at Covenant University.
E-mail: udochukwualo@gmail.com

*** Ph.D in Accounting at Covenant University.
E-mail: obiamaka.nwobu@covenantuniversity.edu.ng

**** Ph.D candidate in Accounting at Covenant University.
E-mail: adegboyea1@gmail.com

Resumo

Este estudo teve como objetivo examinar o papel que o Sistema Integrado de Informação Financeira do Governo GIFMIS desempenhará na implementação de Compras Públicas Sustentáveis SPP no setor público da Nigéria. A crescente campanha global sobre como os países desenvolvidos e em desenvolvimento podem posicionar suas compras públicas para ajudar a alcançar os ODS dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas exigiu estudos sobre como posicionar os setores públicos de diferentes países para alcançar o SPP. A técnica de pesquisa de levantamento foi adotada neste estudo, o questionário emitido para oficiais de compras em 15 ministérios federais da Nigéria foi a principal fonte de coleta de dados. efeito de diferentes variáveis independentes de implementação em uma única variável de SPP. As principais conclusões do estudo incluem que os obstáculos têm um efeito negativo e significativo na implementação do SPP na Nigéria, o IFMIS tem um papel positivo e significativo a desempenhar na implementação do SPP, enquanto o IFMIS também é sustentável como um sistema de gestão de compras públicas em Nigéria. Os resultados deste estudo serão úteis para o desenvolvimento da contabilidade para o desenvolvimento sustentável. O estudo recomenda que o governo desenvolva uma política e um quadro de implementação que apoie a implementação do SPP e supere os obstáculos identificados, também a adoção do GIFMIS nas funções de contratação pública deve ser acompanhada para garantir a adoção plena e aumentar o nível de conhecimento do sistema em os setores públicos da Nigéria.

Palavras-chave: Sistema Integrado de Informação de Gestão Financeira Governamental, Gestão Financeira Pública, Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, Compras Públicas Sustentáveis.

1 Introduction

Public procurement is an integral activity in the management of the public sector of any country. The development or under development of a country can be tied to how effectively operational the system of the government is, in terms of managing the public sector resources. African governments have taken steps to improve public finance management through public procurement, despite series of public procurement reforms in Africa, the results have not been sustainable¹.

The advent of information technology has redefined business process, leading to the development of models for more effective and efficient business operation. Developing countries are investing heavily in information management systems in order to take advantage of the benefits arising from information technology and be able to come up to the economic growth and development of developed countries. GIFMIS is an information system which facilitates efficient resource allocation, improves management decision making process through provision of timely financial and non-financial information, which is applicable in both private and public organizations. The World Bank has been active in the development of GIFMIS since 1984, in order to help countries, manage their public funds effectively and efficiently². ³poses that developing countries particularly in Africa have reported positive progress, either in the form of specific countries scoring better on assessments over time or in better performance across countries which have adopted integrated financial management systems. The Push for adoption and implementation of GIFMIS

¹ NYIGMAH, B.; PETER, A. Public procurement and public financial management in Africa: dynamics and influences. *Journal of Public Organization Review*. DOI: 10.1007/s11115-019-00443-7.

² OTIENO, O.; STEPHEN, M.; EMMANUEL, M. Integrated Financial Management Information System: a conceptual framework for Migori County, Kenya. *Public and Municipal Finance*, v. 6, n. 1, p. 37-45. DOI: 10.21511/pmf.06(1).2017.04.

³ DE RENZIO, P.; DOROTINSKY, W. *Tracking progress in the quality of PFM systems in HIPC*: an update on past assessments using PEFA data. Washington, DC: PEFA Secretariat.

in sub-Saharan African countries, stems from the mismanagement of resources which has characterized public sectors in the region.

Public procurement accounts for as much as 70% of government budgets across Africa⁴. According to⁵, public procurement expenditure in Nigeria amounts to as much as 20% of the GDP. This high proportion of the public procurement of Nigeria to the GDP has not been meaningfully translated into a tool to manage the excruciating development challenges facing Nigeria since 1960 when she obtained her independence. The greatest amount of financial corruption resides in national procurement systems, and as much as 20-60 percent of public spending on procurement is lost due to leakages and malpractices in developing countries which Nigeria is part of⁶. The management of the Nigerian public sector has since independence of Nigeria in 1960, been a major concern to the government of Nigeria and the stakeholders. In a quest to achieve efficient resources allocation in the public sector, the government of Nigeria had come up with different types of policies, adopted and implemented into the public sector management. Despite the application of different policies and legislations like the Bureau of Price Monitoring and Intelligence Unit (BPMIU) and the Country Procurement Assessment Report (CPAR).

The recommendations in the CPAR was the brain behind the enactment of the Public Procurement Act (PPA) in 2007. The Act was enacted to guide all procurement activities of the government in Nigeria. The PPA (2007) has failed to address the unethical, corrupt, inefficient, ineffective and other vices which it was meant to correct in the public sector procurement system in Nigeria. The PPA 2007 as complete as it seems to be does not address the sustainability consideration in the content of procurement⁷. It is highly appalling that after 11years of implementing the PPA 2007, the status of the Nigeria's Public sector has not been lifted from corrupt and unprofessional practices. According to⁸, the government has through the PPA 2007, made a lot of savings since inception, but the gains are mainly economical because the Act has been silent about sustainability considerations.

According to United Nations world population prospect in 2018, Nigeria is to become the third most populous country in the world come 2050, it was also reported by world poverty clock in 2018 that Nigeria has become the world poverty headquarters having the largest number of people of about 86.9 million living in poverty, with this figure bound to increase from 44.2% to 45.5% by 2030. These figures are of concern to the government and stakeholder in Nigeria, if the developmental problems facing Nigeria is not addressed as a matter of national emergency, then the effect of the will be adverse on the growing population. Identifying the failure of the Public procurement act 2007 to address the developmental problems in Nigeria, studies are being carried out to proffer solution on how the public sector of Nigeria can be positioned in other to achieve sustainable development in line with United nations agenda on sustainable development.

Nigeria's government just like other developing countries in quest for systems and methods to modernize and improve public sector management has adopted GIFMIS. Prior studies have looked at the impact of GIFMIS on: financial probity, corruption, procurement performance, economic development and financial reporting, with no study focusing on the role IFMIS can play in achieving sustainable public procurement in Nigeria or other African countries.

⁴ AFRICAN DEVELOPMENT BANK. ADB. *The Infrastructure Action Plan for Nigeria: closing the infrastructure gap and accelerating economic transformation report*. Available from: <http://www.afdb.org/en/countries/Western African/Nigeria>. Access on: jan. 10, 2019.

⁵ DAKWANG, D.; ABDULLAHI, M.; ABIGAIL, M. Sustainable Public Procurement Practice: panacea to good governance in Nigeria. *International Journal of Scientific Research in Social Sciences & Management Studies*, v. 2, n. 1, sept. 2017.

⁶ AIGHEYISI, O.; EDORE, O. Public procurement, governance and economic growth: some policy recommendations for Africa's growth and development. *International Journal of Development and Management Review*, v. 10, p. 235-342.

⁷ DAVID, A.; PETER, A. *Maximizing the gains of Public Procurement Act for Improved Sustainable Practices in Nigeria*. Unpublished review of the PPA.

⁸ DAVID, A.; PETER, A. *Maximizing the gains of Public Procurement Act for Improved Sustainable Practices in Nigeria*. Unpublished review of the PPA.

According to⁹, Public procurement can contribute to achieving sustainable development goals, which can only be possible if the three pillars of sustainable development which are economic development, social development and environmental protection are integrated into public procurement practices. This study therefore aimed at finding out: obstacles in the implementation of SPP in Nigeria; the role that GIFMIS can play in the implementation of sustainable public procurement and the sustainability implication of GIFMIS as a system for carrying out procurement functions in the Nigeria's public sector.

The result from this study adds to the body of literature on sustainable public procurement. The first result was based on obstacle affecting the implementation of sustainable public procurement¹⁰. These authors from their findings highlighted: Financial pressures, lack of budgetary allocation, lack of training of procurement officers and cost of sustainable products as obstacles affecting implementation of SPP. The second finding from this study established that IFMIS has a positive significant role to play in the implementation of SPP in Nigeria's public sector, this finding sets the stage for further study on how IFMIS can assist implementation of SPP. The third result found out that GIFMIS is sustainable as a system for the management of procurement functions in the public sector.¹¹ These authors found out that implementation of IFMIS has led to reduction in procurement transaction cost, create trust among contractors and government, led to streamlined and standardized process and documentation, reduced corruption in the procurement cycle and made the process open. This corroborates with our finding that GIFMIS is sustainable having economic, environmental and social benefits as a system for carrying out procurement functions in the public sector.

The rest of this paper is arranged thus: Literature review which gives a brief insight to the concept of GIFMIS and SPP; the theoretical framework and empirical review of previous studies. The next section covers the research method adopted, giving a detailed description of the source of data, the variables and the measurement techniques adopted. The presentation and discussion of results of the survey findings follows while conclusion section follows with some recommendations for policy makers.

2 Literature review

2.1 Conceptual Framework

The introductory part of this study has given a quick overview of the concept of Integrated Financial Management Information System (GIFMIS) and the role it plays in the public financial management. The procurement functions of GIFMIS in Nigeria includes: commitment of purchase orders, maintenance of central supplier register and support for E-procurement in the public sector¹². All government Ministries, Departments and Agencies (MDA's) are to apply GIFMIS in carrying out its procurement functions to ensure openness fairness and accountability throughout the process.

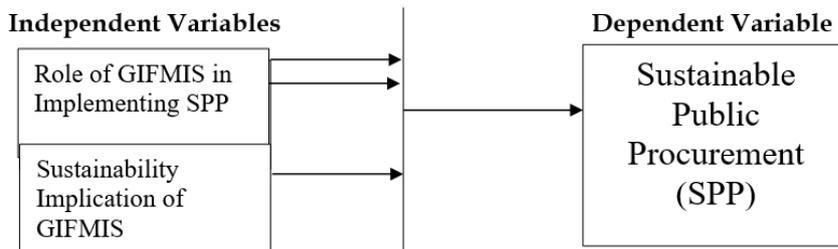
⁹ WORLD SUMMIT ON SUSTAINABLE DEVELOPMENT. *Plan of implementation of the World Summit on Sustainable Development*. Available from: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1156926>.

¹⁰ HELEN, W.; STEPHEN, B. Sustainable procurement practice in the public sector: an international comparative study. *International Journal of Operations & Production Management*. DOI: 1011060144357111149551.; ISLAM, M.; SIWAR, C. A comparative study of public sector sustainable procurement practices, opportunities and barriers. *International Review of Business Research Papers*, v. 9, n. 3, p. 62-84, mar. 2013.; AKINTOYE, V.; OPEYEMI, A. Prospects for achieving sustainable development through the Millennium Development Goals in Nigeria. *European Journal of Sustainable Development*, v. 3, n. 1, p. 3346. DOI: 10.14207/ejsd.2014.v3n1p33.

¹¹ OGBONNA, G.; OJEABURU, F. Integrated Financial Management Information System (GIFMIS) on economic development of Nigeria. *West African Journal of Business and Management Sciences*, v. 4, n. 1, apr. 2015.; KEVIN, G.; DANIEL, M. Influence of Integrated Financial Management Information System on procurement performance in The County Government Of Nakuru, Kenya. *International Journal of Economics, Commerce and Management*, v. 4, n. 10, oct. 2016.

¹² GOVERNMENT INTEGRATED FINANCIAL MANAGEMENT INFORMATION SYSTEM. GIFMIS. *Welcome to GIFMIS*. Available from: <http://www.gifmis.gov.ng/gifmis>. Access on: jan. 10, 2019.

Figure 1: Conceptual Framework



Source: (Author 2019)

2.1.1 Sustainable Public Procurement

Sustainable Public procurement deals with ways in which public organizations conduct their activities of buying products and services to meet their need with recourse to value for money measured on a whole life basis, ensuring that benefit accrue not only to the organization but to the citizens and economy, also reducing the negative impacts of such products and services to the environment¹³. Public Procurement has historically been based on two criteria, Price and quality, sustainable public procurement advocates for public procurement that would take into consideration the three pillars of sustainable development which include: economic, environmental and social factors. Public Procurement despite its long history and magnitude, has only relatively recently been the subject of considerable academic research¹⁴.

Sustainable Procurement practices have not received adequate attention in developing economies as opposed to what is obtainable in developed Economies¹⁵. The Nigeria's public procurement reform therefore needs to consider the concept of sustainability as it is the only way that it can derive real value for money over a longer term without compromising environmental and social responsibilities. Public procurement in African countries takes up to 70% of the annual government budget¹⁶. The global importance of public procurement led to the birth of the concept of Sustainable Procurement which was first used at UN's summit at Johannesburg in 2002 to foster SDGs. In the summit, there was a call for governments to promote public procurement policies that encourage development and environmental good practices for provision of goods and services¹⁷. Strengthening the procurement system is a pre-requisite for economic growth and development which would in turn reduce poverty in a country.

The Public Procurement Act (PPA) 2007 was designed basically using United Nations Commission on International Trade Law On Procurement, But there are areas in the act which need reformation in order to entrench sustainable procurement in line with UN's SDGs. Public Procurement corruption has been named one of the factors hindering the Sustainable development progress of Nigeria and other developing African countries, where some stakeholders especially MDAs officials, consultants, contractors, service providers, politicians and indigenes have refused to accept the public procurement reform and paradigm, but always on

¹³ UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. *Global review of sustainable public procurement*. 2017. Available from: <https://web.unep.org/ourplanet/unep-publications/2017>.

¹⁴ HELEN, W.; STEPHEN, B. Sustainable procurement practice in the public sector: an international comparative study. *International Journal of Operations & Production Management*. DOI: 10110601443571111149551.

¹⁵ ISLAM, M.; SIWAR, C. A comparative study of public sector sustainable procurement practices, opportunities and barriers. *International Review of Business Research Papers*, v. 9, n. 3, p. 62-84, mar. 2013.

¹⁶ AFRICAN DEVELOPMENT BANK. ADB. *The Infrastructure Action Plan for Nigeria: closing the infrastructure gap and accelerating economic transformation report*. Available from: <http://www.afdb.org/en/countries/Western African/Nigeria>. Access on: jan. 10, 2019.

¹⁷ WORLD SUMMIT ON SUSTAINABLE DEVELOPMENT. *Plan of implementation of the World Summit on Sustainable Development*. Available from: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1156926>.

the lookout of loopholes from the system through which they can take undue advantage¹⁸. Thus this study is important in establishing if there is a role IFMIS can play in implementing sustainable public procurement in the Nigeria public sector in order to achieve sustainable development in line with the agenda of United Nations.

2.2 Theoretical Framework

This study was underpinned by the following theory:

2.2.1 Technology Acceptance Model (TAM)

TAM is a widely adopted model in the field of information technology. It is an information system theory first developed by Davis in 1989, which give a model description on how information technology is perceived, adopted and used by the proposed users. Many researchers have adopted TAM in examining the individual technology acceptance behavior for different information system innovation. The model was developed as a guide to researchers and practitioners in study of factors that impacts on implementation of new technology such as GIFMIS. TAM is based on two theoretical framework which explain factors responsible for information systems adoption. The Factors according to Davis, are the Perceived Usefulness (PU) and Perceived Ease Of Use of the information system. The perceived usefulness and the perceived ease of use, can be used to predict attitudes, which invariably influence the intended use of the system.

PU means the degree to which an information system user believe that the system will have positive effect on their job performance. An information system with a high degree of perceived usefulness, will tend to enjoy high level acceptance from users, all things being equal. PEOU on the other hand refers to the degree of user friendliness of a system experienced by the users. TAM in this study, is used to elicit the level of acceptance of GIFMIS as a new system for public financial management in the public sector of Nigeria. It also give an insight if the system is perceived useful for managing public procurement in order to establish if it can be a tool that will facilitate implementation of sustainable public procurement.

2.3 Empirical Review

A number of studies have been carried out on Integrated Financial Management Information system and Sustainable Public Procurement, but the studies treated these two concepts separately. Prior studies discovered that: IFMIS has positive impact on cash management, flexibility of IFMIS is important in PFM management¹⁹. GIFMIS affects suppliers performance positively, help eliminate delays in procurement, boos trust between government and suppliers, reduced cost of procurement and increase efficiency²⁰.

GIFMIS has a positive effect on: budgeting, payroll and cash management²¹.

¹⁸ EMMANUEL, O. *Integrating environmental and social considerations into Public Work Procurement in Ghana*. (Unpublished Master's Dissertation) – Kwame Nkrumah University of Science and Technology, Kumasi, Ghana.

¹⁹ ODOYO, F.; ADERO, P.; CHUMBA, S. Integrated Financial Management Information System and its effect on cash management in Eldoret West District Treasury, Kenya. *International Journal of Business and Social Science*, v. 5, n. 8; jul. 2014.

²⁰ ELIJAH, K. *Integrated financial management information systems, implementation and its impact on Public Procurement Performance at National Government of Kenya*. (Unpublished Master's thesis) – School of Business, University of Nairobi, Nairobi, Kenya.; MOHAMMAD, B.; MOHAMMAD, N. The role of Government Financial Management Information System in raising the effectiveness of the government budgeting. *International Journal of Business and Social Science*, v. 7, n. 6, jun. 2016.

²¹ OGBONNA, G.; OJEABURU, F. Integrated Financial Management Information System (GIFMIS) on economic development of Nigeria. *West African Journal of Business and Management Sciences*, v. 4, n. 1, apr. 2015.

In other studies²², discovered that lack of enabling policies affects negatively the implementation of sustainable development;²³, pointed out that public procurement is a strong ingredient for economic growth while slow pace of development in Africa is attributed to faulty public procurement system.²⁴ noted that there is a strong relationship between public procurement and sustainable development in European Union; while²⁵, pointed out inconsistencies in decision making, difficulty in imposing change, collusion among stakeholder and lack of planning are barriers to implementation of sustainable procurement in public universities in Nigeria.

3 Research Method

This study adopted a survey design on federal ministries in Nigeria. 15 federal ministries located in the Federal Capital Territory (FCT), Abuja was surveyed with copies of questionnaire. The federal ministries are majorly responsible for the procurement going on in each public sector and they all have implemented GIFMIS in the management of public procurement functions. The questionnaire was designed using information from²⁶, on approach to implement sustainable public procurement and sustainable procurement indices developed by²⁷.

The population of the study was 600 procurement officers in the ministries. The sample size was computed as approximately 300 procurement staffs, based on an assumed 5% margin of error and a 95% confidence level. Items included in the questionnaire are classified into different sections, capturing: General information (e.g gender, working years in procurement department, office rank, level of Education, professional qualification and age group), information on knowledge of the concept of IFMIS and SPP; obstacles affecting implementation of SPP, readiness of the Nigeria public sector to implement SPP, information on the role IFMIS can play in implementing sustainable public procurement and the sustainability implication of IFMIS as a system for the management of procurement functions in the public sector. Analyses was done based on 225 completed and returned copies of questionnaire which represent 75% of the sample size and appropriate for generalization.

The objective of this study was to examine GIFMIS and sustainable public procurement in Nigeria's public sector. The independent variables included: obstacles in implementing SPP, roles of GIFMIS in SPP implementation and sustainability implications of GIFMIS in public procurement. The dependent variable Sustainable Public procurement (SPP) measured by readiness of Nigeria's Public sector to implement SPP. A multiple regression model/analysis was used to test the relationship between the variables.

The regression model equations will be:

$$Y = \beta_0 + \beta_1 X_1 + \beta_2 X_2 + \beta_3 X_3 + \epsilon \text{ where:}$$

$$Y = \text{SPP}$$

²² AKINTOYE, V.; OPEYEMI, A. Prospects for achieving sustainable development through the Millennium Development Goals in Nigeria. *European Journal of Sustainable Development*, v. 3, n. 1, p. 3346. DOI: 10.14207/ejsd.2014.v3n1p33.

²³ MUTUI, M. *Integrated Financial Management Information System on procurement performance of the public sector*. (Unpublished Master's Thesis) – University of Nairobi, Nairobi, Kenya.

²⁴ KAYA, M. *Regulating sustainable public procurement in Turkey in the context of the European Union membership*. Available from: http://eprints.nottingham.ac.uk/14041/1/Mehmet_Bedii_Kaya.pdf

²⁵ AMA, A.; JOSHUA, A.; KOFI, A.; DE-GRAFT, J. Barriers to the implementation of environmentally sustainable procurement in public universities. In: INTERNATIONAL CONFERENCE ON INFRASTRUCTURE DEVELOPMENT IN AFRICA, 7. *Proceedings...* Available from: <https://www.researchgate.net/publication/324721069>.

²⁶ UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. *Sustainable public procurement: a global review*. 2012. Available from: <http://www.unep.fr/scp/procurement/pdf>.

²⁷ MANSI, M. Sustainable procurement disclosure practices in central public sector enterprises: evidence from India. *Journal of Purchasing & Supply Management*, v. 18, p. 125-137, 2015.

β_0 : Intercept

$\beta_1, \beta_2, \beta_3$: Regression Coefficients

X_1 : Implementation obstacles

X_2 : Role of IFMIS

X_3 : Sustainability implication of IFMIS

e : Random error.

Two regression model constructs were raised to measure the impact of the independent variables on the dependent variable.

In order to carry out the measurement of the impact of the variables on the dependent variable, the general regression model was divided into two index model:

$$SPP1 = Obst1 + Obst2 + R.IFMIS1 + R.IFMIS2 + SBenft1 + SBenft2 \dots \text{Model 1}$$

$$SPP2 = Obst1 + Obst2 + RGIFMIS1 + RGIFMIS2 + SBenft1 + SBenft2 \text{Model 2}$$

Where: SPP = Readiness to implement sustainable public procurement

Obst = Obstacles to implementation of sustainable public procurement

R.GIFM = Role of GIFMIS in implementation of SPP

Benft = Sustainability benefits of GIFMIS as a system for managing public procurement

Furthermore, exploratory factor analysis technique was adapted to condense the cluster of items in each independent variable to a single factor. Factor analysis is relevant in this study as it adapted to identify the relationships between the elements of the original variables and create factors representing the linear combinations of the variables; to prepare rankings for the responses from respondents on the variable items, extracting orthogonal factors for confirming the multiple regression techniques and ensure the absence of multicollinearity.

4 Presentation and Discussion of results

Table 1: Factor Loading for Readiness for Implementation of Sustainable Public Procurement

Panel A: The Weight allocated to each component	Component	
	1	2
The public sector procurement officers have the technical and management capacity for Sustainable Public Procurement	.805	
There are international trade agreements which Nigeria applies in its procurement practices	.725	
The current procurement cycle can accommodate implementation of SPP	.573	
The government has the political will to implement Sustainable Public Procurement		.830
Government contractors and suppliers are ready for Sustainable Public Procurement		.673
Public sector organizations can easily collaborate to share information that will help implement SPP in the public sector		.828

Panel A: The Weight allocated to each component	Component	
	1	2
There is capable steering committee available that can oversee the implementation of SPP		.722
There is lack of collaboration with international agencies to help facilitate adoption of SPP		.723
The Bureau of Public Procurement is capable of planning, creating Sustainable Public Procurement policy and Action Plan		.713
The public sector is not just ready for the implementation of Sustainable Public Procurement		.679
Panel B: KMO and Bartlett's Test		
Kaiser-Meyer-Olkin Measure of Sampling Adequacy		0.748
Bartlett's Test of Sphericity	Approx. Chi-Square	297.732
	Df	45
	Sig.	0.000

Source: Researcher's field survey (2019)

Panel A of table 1 shows the factor loading for the readiness for implementation of sustainable public procurement, which indicates the content of questions that loads together to identify the common themes. Component 1 relate to the technical capacity of the public procurement officers, the enhancement of public procurement by international trade agreement and the current procurement cycle while component 2 seems to relate the other provisions of sustainable public procurement. Panel B of table 1 shows the Kaiser-Meyer-Olkin (KMO) measure of sampling adequacy and Barlett's test of sphericity. For these datasets, the sampling adequacy of KMO is 0.748, which makes that the factor analysis appropriate. the Bartlett's test is highly significant (p -value<0.000). Thus, the factor analysis is appropriate.

Table 2: Factor Loading for Obstacles Influencing Sustainable Public Procurement (SPP)

	Component	
	1	2
Lack of clear sustainability priorities, that is which areas to focus on and implement first.	.818	
Lack of clear definition of sustainable products and services.	.786	
Lack of sustainable procurement provision in the Public Procurement Act 2007, as amended 2016.	.777	
Lack of information on the sustainability practices and operations of government suppliers.	.724	
Lack of interest and commitment from the government	.688	
Low technical and Management Capacity of procurement officers.		.828
High cost of sustainable products and services. Examples use of renewable electricity (solar energy); organic materials for government structures and buildings.		.770
Corruption among procurement officers.		.692
Budgetary/resource restrictions		.656
Lack of adequate accounting/reporting system in the public sector		.625
Panel B: KMO and Bartlett's Test		
Kaiser-Meyer-Olkin Measure of Sampling Adequacy		0.869

		Component	
		1	2
Bartlett's Test of Sphericity	Approx. Chi-Square	922.345	
	Df	45	
	Sig.	0.000	

Source: Researcher's field survey (2019)

Table 2 panel A shows the factor loading for the obstacles influencing implementation of public procurement. Component 1 relate to the obstacles such as lack of clarity of the sustainable priorities, lack of interest of the government, lack of sustainable procurement provision in the PPA 2007 and lack of information on the sustainability practices and operations and operations of government suppliers. Component 2 captures obstacles such as: low technical and management capacity of procurement officers, corruption among procurement officers and lack of adequate accounting/reporting system in the public sector. Panel B shows the KMO measure of sampling adequacy and the Bartlett's test of sphericity at 0.869 and p-value<0.000 respectively, which makes the factor analysis appropriate and highly significant.

Table 3: Factor Loading for Role of Government Integrated Financial Management and Information System on SPP

		Component	
		1	2
GIFMIS can be used to conduct a pilot implementation of SPP in the public sector		.790	
GIFMIS can be used to raise awareness of the concept of SPP in the public sector		.789	
GIFMIS can effectively implement SPP into the current procurement cycle		.721	
GIFMIS will help in carrying out analysis of Life cycle of Products		.716	
GIFMIS can be used to conduct training of procuring officers on the concept Sustainable public procurement		.694	
GIFMIS will lead to smooth implementation of sustainable public procurement in the public sector		.648	
GIFMIS will help in authentication of qualification/certification of suppliers of goods and services to public sector organizations			.820
GIFMIS will help in cost minimization of public procurement			.703
GIFMIS will help eliminate corrupt procurement practices in the public sector, for instance receiving of kickbacks by procuring officers, to approve and procure substandard products and services			.573
GIFMIS will make the public procurement process open and fair			.489
Panel B: KMO and Bartlett's Test			
Kaiser-Meyer-Olkin Measure of Sampling Adequacy		.840	
Bartlett's Test of Sphericity	Approx. Chi-Square	1160.961	
	Df	45	
	Sig.	0.000	

Source: Researcher's field survey (2019)

From table 3, Panel A the factor loading for the role of government integrated financial management information system on implement SPP was shown, Component 1 captures the role of GIFMIS such as enhancing SPP implementation, creation of awareness, promoting the analysis of life cycle of products and instigating smooth implementation of SPP. Component 2 relate to other roles of GIFMIS such as helping to authentication of qualification/certification of suppliers of goods and services to public sector organizations, cost minimization, eliminate corrupt procurement practices like receiving of kickbacks by procuring officers etc. Panel B of table 3 shows the KMO measure of sampling adequacy and the Bartlett's test of sphericity at 0.840 and (p-value<0.000) respectively, thus the factor analysis is appropriate.

Table 4: Factor Loading for Economic, Environment and Social Benefits of GIFMIS

	Component	
	1	2
GIFMIS will improve effective and efficient products and service by eliminating inappropriate procurement (Economic benefit)	.799	
GIFMIS can be used to easily ascertain socially responsible government suppliers and contractors	.754	
Use of GIFMIS will lead to markets expansion, by granting equal opportunity to eligible government contractors and suppliers (Economic benefit)	.747	
GIFMIS can help stimulate innovativeness among suppliers and contractors (Economic benefit)	.745	
GIFMIS can effectively evaluate the environmental impact of goods and services to be procured by the public sector (Environmental benefit)	.733	
The system will ensure that suppliers and contractors meet standard specifications before a contract is awarded (Social benefit)	.684	
GIFMIS will foster government suppliers and contractors to adopt measures to supply environmentally friendly goods and services (Environmental benefit)	.559	
GIFMIS will help increase amount of expenditure channeled to environmentally friendly products and services (Environmental benefit)	.552	
The GIFMIS system is user friendly to all categories of government suppliers (social benefit)		.877
GIFMIS gives equal opportunity to all suppliers and contractors of government organizations (social benefit)		.705
Panel B: KMO and Bartlett's Test		
Kaiser-Meyer-Olkin Measure of Sampling Adequacy		0.783
Bartlett's Test of Sphericity	Approx. Chi-Square	1133.753
	Df	45
	Sig.	0.000

Source: Researcher's field survey (2019)

Table 4, Panel A presents the factor loading for the sustainability implication of IFMIS as a system for managing procurement functions. Component 1 captures mostly economic and environmental benefits of GIFMIS in managing public procurement, while component 2 relates to the social benefits such as user friendliness and equal opportunity to all suppliers and contractor of different categories. Panel B of table 3 show the KMO measure and Bartlett's test of sphericity at 0.783 and (p -value <0.000) respectively, which makes the factor analysis appropriate and highly significant.

4.1 Correlation Presentations

Table 5: Correlation Matrix * $p < 0.05$, ** $p < 0.01$, *** $p < 0.001$

	1	2	3	4	5	6	7	8
1.SPPindex1	1							
2. SPP2index2	0.0000003	1						
3. Obsindex1	0.0762	-0.428***	1					
4. Obsindex2	-0.0311	-0.180**	0.000686	1				
5	0.0965	-0.257***	0.305***	0.348***	1			
R.GIFMindex1								
6	-0.0491	0.184**	0.00174	-0.0147	0.00682	1		
R.GIFMindex2								
7. Benindex1	0.119	-0.0603	0.108	0.186**	0.419***	0.423***	1	
8. Benindex2	0.148*	0.0420	0.196**	0.150*	0.462***	-0.0357	-0.0136	1

Table 5 presents the Pearson correlation matrix of the independent variables and the dependent variables. The table indicates low correlation between the variables, which indicate unlikely multicollinearity problem in the model. In addition, it is noted that there exists mostly significant relationship between the second proxy for sustainable public procurement and other independent variables such as negative and significant relationship with obstacles impairing the implementation of Sustainable Public Procurement.

4.2 Regression Analysis

Before the full interpretation of the empirical results, there is a need to examine the goodness of fit of the overall model and the strength of the explanatory power of the regressors. From Table 6, although the explanatory power of the model 1 is significant at 5% (0.0434) the model shows the $R^2 = 0.058$, which means that 5.8% of the independent variables explain the dependent variable. This implies that solid interpretation cannot be generated from the model 1.

Table 6: Regression Results

VARIABLES	SPPindex1	SPP2index2
	Model 1	Model 2
Obsindex1	0.0360 (0.0698)	-0.416*** (0.0602)
Obsindex2	-0.0799	-0.148**

VARIABLES	SPPindex1 Model 1	SPP2index2 Model 2
R.GIFMindex1	(0.0715) -0.0571	(0.0616) 0.206**
R.GIFMindex2	(0.0930) -0.135*	(0.0802) 0.185***
Benindex1	(0.0755) 0.215**	(0.0651) 0.0242
Benindex2	(0.0865) 0.179**	(0.0745) 0.250***
Constant	(0.0784) -0.00156	(0.0675) -0.00632
	(0.0659)	(0.0568)
Observations	225	225
R-squared	0.058	0.300
RMSE	0.984	0.848
F-test	2.208	15.44
Prob > F	0.0434	0

Standard errors in parentheses*** $p < 0.01$, ** $p < 0.05$, * $p < 0.1$

Furthermore, Model 2 shows $R^2=0.300$, which explains that 30% of the independent variables explain the dependent variable that is Sustainability Public Procurement. The explanatory power of the explanatory variables is significant at 5%, which indicates the reliability and validity of the overall model. Thus, the study relies on model 2 for empirical interpretation.

Given that the coefficients of explanatory variables for implementation obstacles are negative at -0.416 and -0.148, which is more than 5% level of significance in model 2, it is therefore established that the effect of identified obstacles is negative and significant on the implementation of SPP in Nigeria. The readiness of Nigeria's public sector to implement sustainable public procurement is impaired by implementation obstacles.

IFMIS is found to have a positive significant role to play in the implementation of SPP in the Nigeria public sector with coefficients of 0.206 and 0.185 which are greater than 5% level of significance in model 2 of table 6. Therefore if well adopted and applied, GIFMIS can ensure implementation of SPP in Nigeria. Also from the same model and table, the economic, environmental and social benefits of GIFMIS was established and found to be positive and significant for the implementation of SPP in Nigeria with coefficient of 0.250 which is higher than 5% level of significance.

5 Conclusion and Recommendations

This study was conducted to survey Government Integrated Financial Management information System (GIFMIS) and Sustainable Public Procurement (SPP) in Nigeria. The study looked at obstacles to implementation of SPP, the role GIFMIS can play in implementing SPP and the sustainability implication of SPP as a tool for the management of procurement functions. Among other things, obstacles such as Lack of clear definition of sustainable products and services, lack of information on the sustainability practices and

operations of government suppliers and lack of clear sustainability priorities are among the highly mentioned obstacles in the implementation of SPP as elicited from the respondents. These findings corroborate with the finding of²⁸.

Considering the role of Government Integrated Financial Management Information System on implementation of sustainable public procurement, this study has found out that IFMIS has a major role to play in ensuring that procurement in the public sector of Nigeria is sustainable. The study found out that GIFMIS can be used effectively for authentication of qualification/certification of government suppliers and contractors before they can be awarded government contracts. GIFMIS was discovered to have a positive sustainability implications, using GIFMIS, will lead to market expansion as it will grant equal opportunity to eligible government contractors, stimulate innovativeness among suppliers and contractors throughout the procurement process.

This paper has made a major contribution in literature in the area of achieving sustainable public procurement through the application of management information system GIFMIS. It is recommended that Nigerian government looks into GIFMIS and ensure its full application. Using GIFMIS, will lead to market expansion as it will grant equal opportunity to eligible government contractors, stimulate innovativeness among suppliers and contractors throughout the procurement process. application across government ministries, departments and agencies in performing procurement functions, and benefit from the economic, environmental and social benefits arising from the use of GIFMIS on the process. Also measures should be taken to tackle the identified obstacles in order to ensure smooth implementation of SPP in public sector of Nigeria.

References

- AFRICAN DEVELOPMENT BANK. ADB. *The Infrastructure Action Plan for Nigeria: closing the infrastructure gap and accelerating economic transformation report*. Available from: <http://www.afdb.org/en/countries/Western African/Nigeria>. Access on: jan. 10, 2019.
- AIGHEYISI, O.; EDORE, O. Public procurement, governance and economic growth: some policy recommendations for Africa's growth and development. *International Journal of Development and Management Review*, v. 10, p. 235-342.
- AKINTOYE, V.; OPEYEMI, A. Prospects for achieving sustainable development through the Millennium Development Goals in Nigeria. *European Journal of Sustainable Development*, v. 3, n. 1, p. 3346. DOI: 10.14207/ejsd.2014.v3n1p33.
- AMA, A.; JOSHUA, A.; KOFI, A.; DE-GRAFT, J. Barriers to the implementation of environmentally sustainable procurement in public universities. In: INTERNATIONAL CONFERENCE ON INFRASTRUCTURE DEVELOPMENT IN AFRICA, 7. *Proceedings...* Available from: <https://www.researchgate.net/publication/324721069>.
- DAKWANG, D.; ABDULLAHI, M.; ABIGAIL, M. Sustainable Public Procurement Practice: panacea to good governance in Nigeria. *International Journal of Scientific Research in Social Sciences & Management Studies*, v. 2, n. 1, sept. 2017.
- DAVID, A.; PETER, A. *Maximizing the gains of Public Procurement Act for Improved Sustainable Practices in Nigeria*. Unpublished review of the PPA.

²⁸ HELEN, W.; STEPHEN, B. Sustainable procurement in the United Kingdom public sector. *Journal of Supply Chain Management*. Available from: <https://doi/10.1108/13598540910941993>.

DE RENZIO, P.; DOROTINSKY, W. *Tracking progress in the quality of PFM systems in HIPC's: an update on past assessments using PEFA data*. Washington, DC: PEFA Secretariat.

ELIJAH, K. *Integrated financial management information systems, implementation and its impact on Public Procurement Performance at National Government of Kenya*. (Unpublished Master's thesis) – School of Business, University of Nairobi, Nairobi, Kenya.

EMMANUEL, O. *Integrating environmental and social considerations into Public Work Procurement in Ghana*. (Unpublished Master's Dissertation) – Kwame Nkrumah University of Science and Technology, Kumasi, Ghana.

GOVERNMENT INTEGRATED FINANCIAL MANAGEMENT INFORMATION SYSTEM. GIFMIS. *Welcome to GIFMIS*. Available from: <http://www.gifmis.gov.ng/gifmis>. Access on: jan. 10, 2019.

HELEN, W.; STEPHEN, B. Sustainable procurement in the United Kingdom public sector. *Journal of Supply Chain Management*. Available from: <https://doi/10.1108/13598540910941993>.

HELEN, W.; STEPHEN, B. Sustainable procurement practice in the public sector: an international comparative study. *International Journal of Operations & Production Management*. DOI: 1011060144357111149551.

ISLAM, M.; SIWAR, C. A comparative study of public sector sustainable procurement practices, opportunities and barriers. *International Review of Business Research Papers*, v. 9, n. 3, p. 62-84, mar. 2013.

KAYA, M. *Regulating sustainable public procurement in Turkey in the context of the European Union membership*. Available from: http://eprints.nottingham.ac.uk/14041/1/Mehmet_Bedii_Kaya.pdf.

KEVIN, G.; DANIEL, M. Influence of Integrated Financial Management Information System on procurement performance in The County Government Of Nakuru, Kenya. *International Journal of Economics, Commerce and Management*, v. 4, n. 10, oct. 2016.

MANSI, M. Sustainable procurement disclosure practices in central public sector enterprises: evidence from India. *Journal of Purchasing & Supply Management*, v. 18, p. 125-137, 2015.

MOHAMMAD, B.; MOHAMMAD, N. The role of Government Financial Management Information System in raising the effectiveness of the government budgeting. *International Journal of Business and Social Science*, v. 7, n. 6, jun. 2016.

MUTUI, M. *Integrated Financial Management Information System on procurement performance of the public sector*. (Unpublished Master's Thesis) – University of Nairobi, Nairobi, Kenya.

NYIGMAH, B.; PETER, A. Public procurement and public financial management in Africa: dynamics and influences. *Journal of Public Organization Review*. DOI: 10.1007/s11115-019-00443-7.

ODOYO, F.; ADERO, P.; CHUMBA, S. Integrated Financial Management Information System and its effect on cash management in Eldoret West District Treasury, Kenya. *International Journal of Business and Social Science*, v. 5, n. 8; jul. 2014.

OGBONNA, G.; OJEABURU, F. Integrated Financial Management Information System (GIFMIS) on economic development of Nigeria. *West African Journal of Business and Management Sciences*, v. 4, n. 1, apr. 2015.

OLURANKINSE, F.; OLORUNTOBA, S. Pedagogy and impact of GIFMIS adoption as a tool for public finance management. *Journal of Canadian Social Science*.

Available from: <http://www.cscanada.net/index.php/css/article/view/10090>.

OTIENO, O.; STEPHEN, M.; EMMANUEL, M. Integrated Financial Management Information System: a conceptual framework for Migori County, Kenya. *Public and Municipal Finance*, v. 6, n. 1, p. 37-45. DOI: 10.21511/pmf.06(1).2017.04.

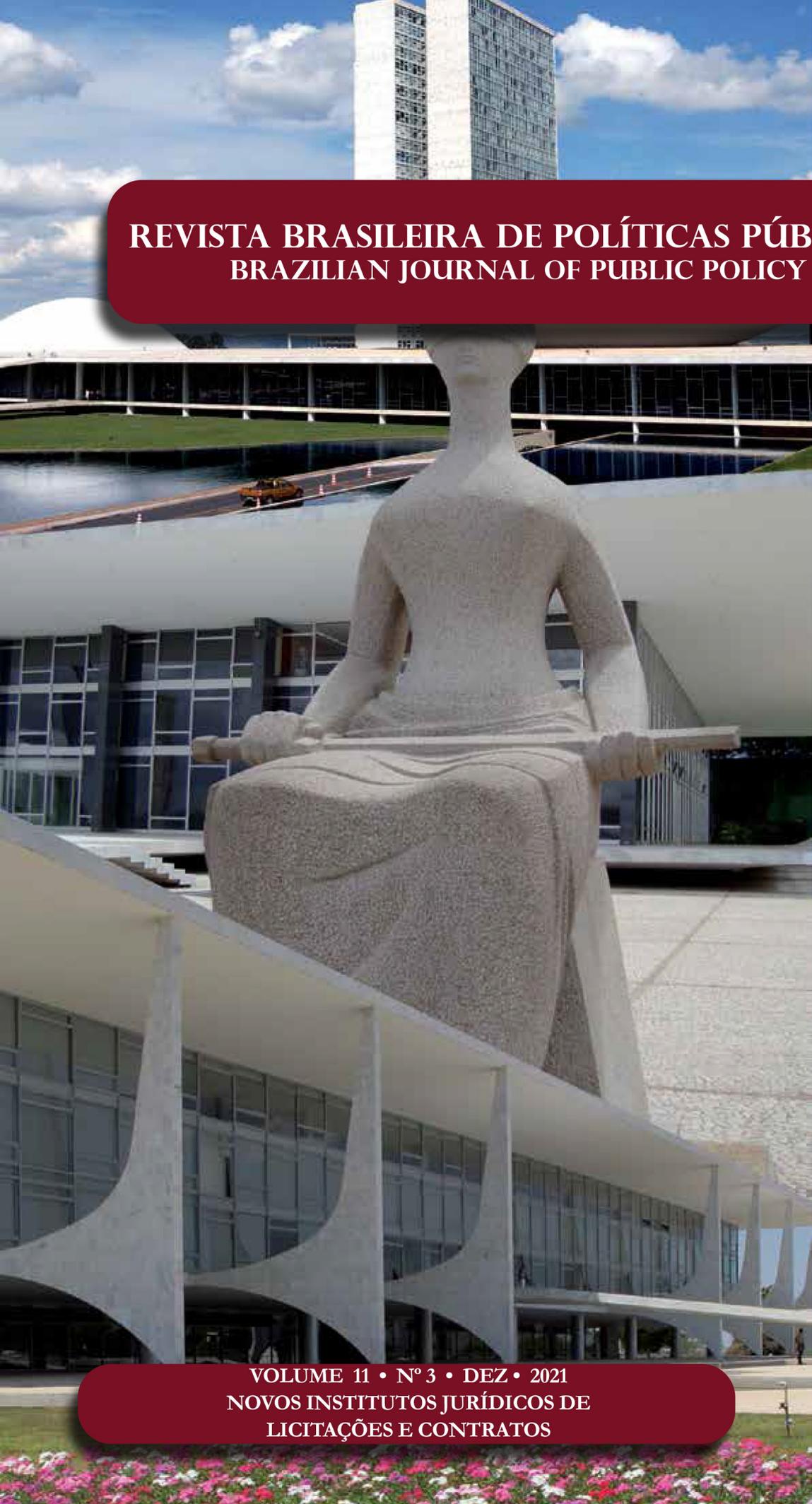
UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. *Global review of sustainable public procurement*. 2017. Available from: <https://web.unep.org/ourplanet/unep-publications/2017>.

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. *Sustainable public procurement: a global review*. 2012. Available from: <http://www.unep.fr/scp/procurement/pdf>.

WORLD SUMMIT ON SUSTAINABLE DEVELOPMENT. *Plan of implementation of the World Summit on Sustainable Development*. Available from: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1156926>.

OUTROS TEMAS

**I. POLÍTICAS PÚBLICAS
E INSTITUCIONALIDADE**



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**¿Existe el derecho humano
a la identidad cultural de
los migrantes en el Derecho
Internacional?**

**¿Is there a human right to
cultural identity for migrants in
the international law?**

Glorimar Alejandra Leon Silva

Juan Jorge Faundes

**VOLUME 11 • Nº 3 • DEZ • 2021
NOVOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE
LICITAÇÕES E CONTRATOS**

¿Existe el derecho humano a la identidad cultural de los migrantes en el Derecho Internacional?*

¿Is there a human right to cultural identity for migrants in the international law?

Glorimar Alejandra Leon Silva***/

Juan Jorge Faundes***

Resumen

El fenómeno migratorio y su globalización plantea, conjuntamente a otros temas de amplio tratamiento como el estatus mínimo de derechos, la cuestión del ejercicio del derecho a la identidad cultural de los migrantes. Pero ¿Existe realmente este derecho en el ámbito internacional a favor de estos grupos? Son varios los instrumentos de derechos humanos de los cuales se puede observar su desarrollo progresivo; y, no obstante, son frecuentes los casos en los que se deniega o delimita su amparo mediante la violación “normalizada” de derechos básicos en el trato desigual de las personas en función de su origen y sus costumbres. El objeto de este artículo es demostrar la existencia del derecho a la identidad cultural a favor de los migrantes en el ámbito internacional bajo un enfoque interpretativo de amplio espectro (con base al principio de igualdad y no discriminación) y bajo un enfoque interpretativo estricto (con base a la protección de las minorías). Para ello, revisaremos los principales instrumentos internacionales erigidos en la materia, atendiendo a las observaciones generales y demás resoluciones emanadas de los órganos creados para la vigilancia del cumplimiento de estos, junto a la doctrina más relevante y jurisprudencia internacional pertinente. Los resultados expuestos son: (i) una justificación normativa desde las fuentes del sistema universal de derechos humanos del derecho humano a la identidad de los migrantes; (ii) una justificación del derecho humano a la identidad de los migrantes en los sistemas regionales de derechos humanos, europeo e interamericano, verificada jurisprudencialmente. La metodología es de estudio dogmático de las fuentes normativas, revisión bibliográfica y verificación jurisprudencial.

Palabras clave: identidad cultural, derechos humanos, no discriminación, principio de igualdad, migrantes.

Abstract

The increase in the migratory phenomenon and its globalization is closely related to the exercise of the right to cultural identity of migrants. Does this right really exist in the international arena in favor of these groups? There are various human rights instruments from which the progressive develop-

* Recibido em 19/11/2021
Aprovado em 22/02/2022

Artículo contiene resultados del Proyecto Fondecyt de Postdoctorado “Inmigración y derecho a la identidad cultural: problemas y estándares para la regulación en Chile”. N° 3210773, 2021-2022.

** Doctorado en Derecho por la Universidad Autónoma de Chile, Magister en Ciencias Penales y criminológicas, Universidad del Zulia (LUZ), Venezuela; Abogada, Universidad Rafael Belloso Chacín (URBE), Venezuela. Universidad Autónoma de Chile, Investigadora Posdoctoral, Instituto de Investigación en Derecho, Facultad de Derecho. E-mail: glorimar.leon@uautonoma.cl.

*** Dr. Juan Jorge Faundes Peñafiel Académico Docente Investigador - ADI Facultad de Derecho, Sede Temuco Instituto de Investigaciones en Derecho Claustro Doctorado en Derecho Universidad Autónoma de Chile Doctor en procesos sociales y políticos en América Latina. E-mail: juanjorgef@gmail.com.

ment of this right can be observed; However, there are frequent cases in which their protection is denied or delimited through the “normalized” violation of basic rights in the unequal treatment of people based on their origin and customs. The purpose of this article is to demonstrate the existence of the right to cultural identity in favor of migrants at the international level under a broad-spectrum interpretative approach (based on the principle of equality and non-discrimination) and under a strict interpretative approach (with basis for the protection of minorities). To do this, we will review the main international instruments erected on the matter, considering the general observations and other resolutions emanating from the bodies created to monitor compliance with these, along with the most relevant doctrine. The results will be presented in two parts: the first dedicated to the review of the universal human rights system and the second dedicated to the review of regional systems. The methodology is the study of normative sources, bibliographic review and verification based on jurisprudential review.

Keywords: cultural identity, human rights, nondiscrimination, equality, migrants.

1 Introducción

Al fenómeno de la migración internacional –y su incremento a nivel mundial– se observan asociadas múltiples formas de discriminación basadas en lógicas de exclusión y segregación social¹, debido a las características raciales, nacionalidad y estatus legal de los migrantes². Tales discriminaciones son persistentes, a pesar de los derechos inherentes a la dignidad humana de las personas migrantes³. Este fenómeno y su globalización ha puesto en contacto más estrecho que nunca a diferentes culturas, grupos y personas en un momento en que cada una de ellas se esfuerza por preservar su propia identidad. Así, los referentes colectivos con los que los migrantes reconstruyen su identidad en la sociedad que los recibe están cargados con su experiencia de discriminación y rechazo por parte de la sociedad de acogida; y, en consecuencia, la experiencia migratoria –como experiencia de desarraigo–, se constituirá en sí misma en una base material

¹ SOLÉ, Carlota; PARELLA, Sònia; ALARCÓN, Amado; BERGALLI, Valeria; GIBERT, Francesc. El impacto de la inmigración en la sociedad receptora. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, España, 90, p. 31-157. 2000. p. 133; ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. Glosario sobre migración, 2006. Disponible en: http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf. Acceso: 3 mar. 2017. p. 329.

² CRÉPEAU, François. Derechos humanos de los migrantes: Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, documento de las Naciones Unidas A/69/302, 2014. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/501/99/PDF/N1450199.pdf?OpenElement>. Acceso: 13 mar. 2020.

³ CASTILLO, Luis. La relación entre los ámbitos normativos internacional y nacional sobre derechos humanos. *Estudios Constitucionales*, vol. 10, N° 2, p. 231-280. 2012. p. 233 y 234. Persona es todo ser humano según lo regula el Derecho Internacional moderno. Esta condición no resulta alterada independientemente de sus condiciones concretas. El artículo 24 de la CIPDTMYF reitera la personalidad de los migrantes. Ello también ha sido reiterado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en CORTE IDH. *Opinión Consultiva OC-18/03 sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados (2003)*, 17 septiembre 2003, Serie A N° 18, párr. 72. En estos pronunciamientos se han reconocido a los migrantes –en cuanto tales– varios derechos, entre los que se pueden mencionar: la libertad de expresión, opinión, conciencia, el derecho de reunión y asociación, el derecho al debido proceso, el derecho a la vida e integridad física, el derecho a la vida privada y familiar. El Comité de Derechos Humanos, ha sostenido el ejercicio de los derechos reconocidos por el Pacto no se limita a los ciudadanos de los Estados parte, sino que su reconocimiento se extiende a todos los individuos presentes en el territorio o bajo la jurisdicción del Estado parte, independientemente de su nacionalidad (COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General No. 15: Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, documento de las Naciones Unidas HRI/GEN/1/Rev.7, 1986. Disponible en: <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom15.html>. Acceso: 3 nov. 2020).

^{Según} Aguilera, la noción de dignidad impide el empleo instrumental o como medio del ser humano (AGUILERA PORTALES, Rafael. Concepto y fundamento de los Derechos Humanos en la teoría jurídica contemporánea. En: AGUILAR CARVALLO, Gonzalo (editor). 60 años después: enseñanzas pasadas y desafíos futuros: Conmemoración de los 60 años de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Santiago: Librotecnia, 2008. p. 17-75. p. 31.

para la configuración de nuevas identidades colectivas⁴. Y ello ocurre desde el mismo momento de su establecimiento en una sociedad determinada, incrementando su vulnerabilidad⁵.

Existe pues una relación entre la interacción cultural y los procesos de cambio cultural –incluso de conflicto cultural⁶– que es propia de los procesos migratorios. Como lo muestra el caso europeo y, emergentemente, el de América Latina⁷, el fenómeno migratorio plantea, conjuntamente, la cuestión del ejercicio del derecho a la identidad cultural (DIC).

En el ámbito universal son varios los instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales se desprende el desarrollo progresivo del derecho a la identidad cultural como derecho humano. Pero, pese a la existencia de estas previsiones internacionales, son frecuentes los casos en los que se deniega o delimita (en el grado de la afectación) jurisprudencialmente el amparo de este derecho de los migrantes. Ello se traduce en la violación “normalizada” de derechos básicos en el trato desigual de las personas en función de su origen⁸ y sus costumbres. Por ello, el objeto de este estudio comprende, primero, las fuentes universales y regionales (europeas e interamericanas) de derechos humanos que justifican la existencia del derecho humano a la identidad cultural de los migrantes. Segundo, la revisión jurisprudencial de los respectivos tribunales de derechos humanos del Sistema Europeo y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que hacen aplicación efectiva de este derecho. Así, la tesis de este estudio responderá afirmativamente a la pregunta: ¿existe el derecho humano a la identidad cultural de los migrantes en el Derecho Internacional?.

Los resultados del estudio son: (i) una justificación normativa desde las fuentes del sistema universal de derechos humanos del derecho humano a la identidad de los migrantes; (ii) una justificación del derecho humano a la identidad de los migrantes en los sistemas regionales de derechos humanos, europeo e interamericano, verificada jurisprudencialmente. Ellos serán expuestos en dos partes: la primera, dedicada a la revisión del Sistema Universal de Derechos Humanos (SUDH); y, la segunda, dedicada a la revisión de los sistemas de protección de derechos humanos regionales, específicamente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y el Sistema Europeo de Derechos Humanos (SEDH). Ambas partes examinarán el derecho a la identidad cultural y su titularidad por los migrantes, bajo un enfoque interpretativo de amplio espectro, con base al principio de igualdad y no discriminación; así como la focalización de este derecho de los migrantes respecto de la protección de las minorías. Al efecto se revisan los principales instrumentos internacionales erigidos en la materia, atendiendo a las observaciones generales y demás resoluciones emanadas de los órganos creados para la vigilancia del cumplimiento de estos tratados, junto a la doctrina más relevante.

Se usará una metodología dogmática y hermenéutica que será complementada con revisión bibliográfica y de jurisprudencia. En particular, las afirmaciones del estudio de las fuentes normativas serán verificadas

⁴ CORREA, Juan José. Identidades, arraigos y soberanías. Migración peruana en Santiago de Chile. **Polis Revista Latinoamericana**, vol. 14, N° 42, p. 167-189. 2015. p. 171.

⁵ Sobre la noción de vulnerabilidad véase, MARIÑO Fernando, FERNÁNDEZ Carlos. Introducción y aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el derecho europeo. En: FERNÁNDEZ, Liesa; MARIÑO, Fernando (coord.). La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2001. p. 19-26; MELLO, Patricia. Constitucionalismo, Transformação e Resiliência Democrática no Brasil: o Ius Constitutionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer. **Revista Brasileira Políticas Públicas**, vol. 9, N°2, p. 254-286. 2019; MELLO, Lacerda. El derecho fundamental a la identidad cultural y el constitucionalismo en red en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil. En: FAUNDES, Juan Jorge; RAMÍREZ, Silvinba (Eds.). Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina. Santiago: RIL, 2020. p. 203-238.

⁶ BENHABIB, Seyla. The claims of culture: equality and diversity in the global era. New Jersey: Princeton university press, 2002; DE LUCAS, Javier. Europa. Derechos, Culturas. Valencia: PUV, Tirant lo Blanch, 2006.

⁷ ONU. Conferencia mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de Intolerancia, documento de la Organización de Naciones Unidas A/CONF.189/PC.2/7, 2001. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CONF.189/PC.2/7>. Acceso: 10 dic. 2020.

⁸ MORA CASTRO, Alberto. Inmigración, participación y estrategias de intervención en el ámbito de la salud: mediación intercultural, intervención psicosocial y promoción de derechos. En: DE LUCAS, Javier; SOLANGES Ángeles (eds.). La igualdad en los derechos: claves de la integración. España: Dykinson, 2009. p. 209-235. p. 212.

con extractos de jurisprudencia internacional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en base a estudio hermenéutico jurisprudencial.

2 Derecho a la identidad cultural de los migrantes en el ámbito universal.

El fenómeno migratorio es de naturaleza compleja: obedece a factores de diversa índole y trae aparejados múltiples consecuencias observables en distintos ámbitos. Entre ellas, tan frecuente como la migración misma, lleva aparejado el contacto entre culturas. Ello plantea la cuestión del ejercicio del DIC. Aunque no pretendemos desarrollar aquí una revisión de las discusiones extensamente formuladas desde la Antropología sobre los conceptos de identidad y cultura —pues exceden este trabajo en extensión y enfoque—, si hemos de señalar ciertos aspectos básicos necesarios para entrar en contexto respecto de las implicaciones de este derecho.

El DIC esta imbricado en las libertades inherentes a la dignidad de la persona e integra —en un proceso permanente— la diversidad cultural. Se trata de un *derecho síntesis* que abarca (y transversaliza) tanto derechos individuales como colectivos, requiere de la realización y efectivo ejercicio de todos los derechos humanos y, a la inversa⁹. Considera dos derechos enlazados: el derecho a la identidad y el derecho a la cultura¹⁰. La cultura se ha convertido en un sinónimo de identidad, un hacedor de identidades y un diferenciador¹¹. Es una noción inherente a toda persona, que responde a interpretaciones humanas y está sujeta a una reinterpretación constante¹². Los requerimientos relativos a la identidad cultural han de diversificarse dependiendo de las necesidades particulares de cada grupo, y respecto de los migrantes, el acercamiento a la *cultura* estará vinculado a sus sistemas de valores, sus creencias, tradiciones y empleo de su idioma. En particular, en estos casos la cohesión y cultural se suele mostrar mayor intensidad dado que resiste el desarraigo territorial.

Cuando hacemos referencia al ejercicio del DIC, hemos de entenderlo desde sus dos vertientes: como un derecho colectivo y como un derecho individual¹³. En el primero de los casos, este derecho se ejerce por la comunidad o esta es afectada en su conjunto¹⁴. Se trata de un derecho —de todo colectivo, grupo o minoría, caracterizado étnica y/o culturalmente, y de sus miembros— a conservar su propia cultura, su patrimonio cultural tangible o intangible, su presente y su memoria histórica; y a ser reconocidos como diferentes en sus relaciones con otros grupos de la sociedad¹⁵. Este derecho comprende el derecho a que se respeten sus

⁹ RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo. El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. **Revista Internacional de Derechos Humanos**, vol. 5, p. 43-69. 2006. p. 44. OLIVARES, Alberto. El Derecho a la identidad cultural. En: AGUILAR, Gonzalo (Coordinador). Nuevos derechos para una nueva Constitución. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2019. pp. 175-190.

¹⁰ FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, vol. 9, N° 2, p. 513-535. 2019b.

¹¹ BENHABIB, Seyla. *The claims of culture: equality and diversity in the global era*. New Jersey: Princeton university press, 2002. p. 2.

¹² BENNOUNE, Karima. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, documento de las Naciones Unidas A/HRC/31/59, 2016. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/31/59>. Acceso: 10 dic. 2020. parr. 8; RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo. El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. **Revista Internacional de Derechos Humanos**, vol. 5, p. 43-69. 2006;

¹³ Para mayor abundamiento respecto de estas perspectivas (individual y la colectiva) del derecho a la identidad cultural, véase DEL REAL, Alberto. *El derecho a la identidad cultural: ¿derecho de la persona o derecho de los pueblos?* Pamplona: Editorial Aranzadi S.A., 2014.

¹⁴ RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo. El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. **Revista Internacional de Derechos Humanos**, vol. 5, p. 43-69. 2006; DEL CARPIO, Columba. *Pluralismo Jurídico, derecho humano a la identidad cultural y globalización*. Navarra: Editorial Aranzadi SA, 2014.

¹⁵ FAUNDES, Juan Jorge. Derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un nuevo paradigma en la defensa penal indígena en Chile frente al Estado de Derecho hegemónico. **Revista Izquierdas**, N°45, p. 51-78. 2019; FAUNDES, Juan Jorge. *El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho matriz y filtro hermenéutico para las*

conocimientos, creencias, artes, moral, religión, sistema normativo, prácticas y cosmovisión, así como el derecho de sus integrantes a pertenecer a su cultura, a no ser forzado a pertenecer a una cultura diferente y a no ser asimilado por ésta. En su dimensión individual protege al individuo y su identidad en la comunidad¹⁶.

En las últimas dos décadas, como veremos, si bien el reconocimiento del DIC ha ganado terreno en las enunciaciones de diversos instrumentos internacionales, la protección internacional del DIC no se observa contenida en un solo de ellos, sino que su configuración y desarrollo progresivo se desprende de la interpretación de diversos tratados, declaraciones y demás convenios internacionales, adoptados, tanto en el ámbito universal, como en el regional¹⁷. Por ello, en la revisión de estas fuentes internacionales, será necesario tomar en consideración tanto las de índole general que reconocen el DIC en concreto o bien que prohíben la discriminación, como también otras de tipo específico, que han sido adoptadas para la protección de grupos étnicos, minorías y migrantes¹⁸, encuadrados como grupos vulnerables¹⁹.

El empleo del término *identidad* dentro de algunos instrumentos internacionales²⁰ hace referencia a una clara tendencia a la protección y a la promoción de la diversidad cultural en el ámbito internacional. Otros instrumentos no contienen una alusión expresa de esta categoría, pero si se emplean conceptos vinculados a la identidad cultural, tales como “cultura”, “costumbres”, “pluralismo cultural”, “tradiciones”²¹. De ahí que

constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 9, N° 2, p. 513-535. 2019a.

¹⁶ DEL REAL, Alberto. El derecho a la identidad cultural: ¿derecho de la persona o derecho de los pueblos? Pamplona: Editorial Aranzadi S.A., 2014.

¹⁷ Véase el informe de la Experta independiente en la esfera de los derechos culturales, SHAHEED, Farida. Report of the independent expert in the field of cultural rights, Ms. Farida Shaheed, submitted pursuant to resolution 10/23 of the Human Rights Council, documento de las Naciones Unidas A/HRC/14/36. 2010. Disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/HRC/14/36>. Acceso: 10 dic. 2020. Si bien el reconocimiento de la identidad cultural se observa en instrumentos que constituyen normas de *hard law* (tales como el PIDCP, art. 27; PIDESC; Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, art. 1a), también se observa en declaraciones o normas de *soft law* (Declaración Universal de Derechos Humanos y otras que en menor o mayor medida hacen referencia indirecta), sin valor vinculante internacional pero de gran influencia dentro de sus respectivos sistemas. Ello no obsta para deducir que se trata de un derecho autónomo que se desarrolla como una norma emergente y cuyo ejercicio puede ser parte importante de otros derechos humanos existentes. En el ámbito Interamericano, la CADH no contempla expresamente el derecho a la identidad cultural, pero su defensa ha sido esgrimida con base en el deber de respetar integralmente los derechos de la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación (CADH, arts. 1.1, 24, 21, 29b). La revisión del estándar fijado por la Corte IDH respecto de estas previsiones será abordado en un artículo posterior.

¹⁸ La Organización de las Naciones Unidas, a través de los órganos creados en base a su Carta (Consejo de Derechos Humanos y los comités), monitorea el cumplimiento de los principales tratados de derechos humanos. En este orden de ideas, el derecho migratorio internacional se nutre del Derecho Internacional de los derechos humanos y de la concreción que de estos efectúan los órganos de protección. Sobre esto, véase, PÉREZ-PRAT Luis. Inmigración y Derecho Internacional: ¿un acuerdo imposible? En: Curso de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, vol. 7. Bilbao: Universidad del País Vasco, 2007. p. 137-164. Para entender un poco la configuración de estos órganos, empecemos señalando que en 1997 se estableció un Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos en los Derechos Humanos de los Migrantes, a fin de averiguar sobre los obstáculos que se oponen a la protección plena y eficaz de los derechos humanos de los migrantes y elaborar recomendaciones para fortalecer la promoción, la protección y el ejercicio de tales derechos. Luego, en 1999 se creó la Relatoría Especial para los Derechos Humanos de los Migrantes. Por su parte, el Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, que supervisa el cumplimiento de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. También existen otros ocho comités compuestos por expertos independientes con el mandato de supervisar que los Estados parte en los tratados cumplan sus obligaciones, instrumentos jurídicos en defensa de los derechos de toda persona humana, y por ende aplicables a los migrantes. Por otra parte, la Organización Internacional del Trabajo cuenta con convenios y recomendaciones aplicables a los migrantes (véase, SHAW, Malcolm. *International Law*. 6ª edición. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. pp. 304-341; MURPHY, Sean. *Principles of International Law*. Washington: Thomson West, 2006. pp. 320-326). En el ámbito regional americano, además de los instrumentos básicos sobre derechos humanos, en 2012 se modificó el mandato, respecto de la ahora Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes. Asimismo, en la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH existen casos relativos a migrantes y emisión de opiniones consultivas sobre temas específicos relacionados con estos temas.

¹⁹ Más adelante revisamos la categoría de grupos vulnerables y nuestra comprensión en relación con las minorías nacionales.

²⁰ Nos referimos por ejemplo a las disposiciones contenidas en los artículos 29 y 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño; el artículo 31 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares; o, el apartado b) del párrafo 2 del artículo 2 del Convenio N° 169 de la OIT que versa sobre el respeto de la identidad social y cultural, las costumbres y tradiciones.

²¹ Estas y otras nociones similares empleadas en tales instrumentos aún no están plenamente definidos y continúan en el debate de los especialistas. Sobre esto, véase RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo. El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y

la existencia de derechos culturales en un sentido amplio ofrezca posibilidades para la protección del DIC²², cuya *deducción* procede de aquellas previsiones internacionales que promueven la cultura bajo una acepción integral e incluyente²³. Dentro de aquellas que contienen previsiones relativas a la cultura, hacemos aquí un paréntesis para mencionar algunas.

Respecto de aquellas que conforman normas de *hard law*, observamos que en la *Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial* se promueven las representaciones, expresiones, conocimientos y habilidades que las comunidades, los grupos y, en algunos casos, las personas reconocen como parte de su patrimonio cultural. Asimismo, la *Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales*, alienta a los Estados a incorporar la cultura como elemento estratégico de las políticas nacionales e internacionales de desarrollo, así como a adoptar medidas para proteger y promover la diversidad de expresiones culturales dentro de su territorio. Otro tanto se lee en el *Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales* (PIDESC), que reconoce el DIC como un derecho vinculado al derecho de participar en la cultura. Esta previsión tiene una amplia connotación, según lo ha definido la Relatora Especial, de suerte tal que esta *participación en la cultura* comprende: los derechos culturales que protegen los derechos de todas las personas, individualmente y en comunidad con otros, así como de grupos de personas, para desarrollar y expresar su humanidad, su visión del mundo y el significado que dan a su existencia y su desarrollo mediante, entre otras cosas, valores, creencias, convicciones, idiomas, los conocimientos y las artes, las instituciones y las formas de vida. También protegen el acceso al patrimonio cultural material e inmaterial como importantes recursos que permiten que esos procesos de identificación y desarrollo tengan lugar. Estos derechos abarcan una amplia gama de cuestiones, inclusive la expresión y la creación, la información y la comunicación, el idioma, la identidad y la pertenencia simultánea a comunidades múltiples, diversas y cambiantes, la búsqueda de formas específicas de vida, la educación y la capacitación, la participación en la vida cultural, y la realización de prácticas culturales²⁴. El PIDESC en su artículo 15.1 a) también hace referencia al derecho de toda persona a participar en la vida cultural. Ello abarca no solo el derecho de los individuos a actuar en libertad, a escoger su propia identidad y a manifestar sus propias prácticas culturales, sino también el derecho a no participar en determinadas tradiciones, costumbres y prácticas, en particular aquellas que vulneran los derechos humanos y la dignidad de la persona²⁵.

las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 5, p. 43-69. 2006.

²² DONDERS, Yvonne. Towards a Right to Cultural Identity? Yes, Indeed! *Diritti umani y diritto internazionale*, vol 12, N° 5, p. 525-548. 2018.

²³ Estas previsiones hacen referencia a la cultural contemplando muchos de los elementos esenciales de la identidad cultural, tales como: la participación en la vida cultural (derecho a actuar libremente y a escoger su propia identidad e identificarse o no con una o con varias comunidades), el acceso a la vida cultural (comprende, en particular, el derecho a conocer y comprender su propia cultura); y, la contribución a la vida cultural (COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación general N° 21: Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, documento de las Naciones Unidas E/C.12/GC/21/Rev.1, 2009. Disponible en: <https://undocs.org/es/E/C.12/GC/21>. Acceso: 3 oct. 2021. párr. 9). Tales previsiones internacionales se traducen a su vez, en la obligación de los Estados parte de reconocer, respetar y proteger la cultura de las minorías como componente esencial de su propia identidad (COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación general N° 21: Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, documento de las Naciones Unidas E/C.12/GC/21/Rev.1, 2009. Disponible en: <https://undocs.org/es/E/C.12/GC/21>. Acceso: 3 oct. 2021. párr. 32), lo que se extiende a los migrantes, incluyendo -entre otros aspectos- su idioma, religión y folclore (COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación general N° 21: Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, documento de las Naciones Unidas E/C.12/GC/21/Rev.1, 2009. Disponible en: <https://undocs.org/es/E/C.12/GC/21>. Acceso: 3 oct. 2021. párr. 34).

²⁴ SHAHEED, Farida. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, documento de las Naciones Unidas A/67/287, 2012. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/67/287>. Acceso: 3 oct. 2021. párr. 5; SHAHEED, Farida, Report of the independent expert in the field of cultural rights, Ms. Farida Shaheed, submitted pursuant to resolution 10/23 of the Human Rights Council, documento de las Naciones Unidas A/HRC/14/36. 2010. Disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/HRC/14/36>. Acceso: 10 dic. 2020. párr. 9.

²⁵ SHAHEED, Farida. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, documento de las Naciones Unidas A/67/287,

Por su parte, respecto de aquellas que comprenden normas de *soft law*, observamos la *Declaración Universal de la Unesco sobre la identidad cultural*, cuyo texto contiene referencias a la cultura. En su *Preámbulo* le define como el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y creencias. Otro tanto se lee en la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, que hace referencia a esta noción, pero no le define de manera específica. No obstante, el mecanismo de expertos ha señalado que no es necesario proceder a ello y que incluso podría ser inadecuado tratar de hacerlo, siendo lo apropiado la adopción de un enfoque de amplio espectro²⁶.

2.1 Identidad cultural de los migrantes con base en el principio de igualdad y no discriminación.

Más allá del empleo taxativo de los términos alusivos a la *identidad* y a la *cultura*, el reconocimiento efectivo del DIC descansa, en primer término, sobre la protección del *principio de Igualdad y no discriminación*, cuya referencia se observa en numerosos instrumentos internacionales²⁷. Este principio emana de la dignidad

2012. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/67/287>. Acceso: 3 oct. 2021. parr. 25. Sobre esta previsión, el CDESC ha señalado que cuando el Pacto hace referencia a toda persona, se refiere tanto al sujeto individual como al sujeto colectivo, y por ello estos pueden ser ejercidos: individualmente; en asociación con otras; y, dentro de una comunidad o un grupo (COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación general N° 21: Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, documento de las Naciones Unidas E/C.12/GC/21/Rev.1, 2009. Disponible en: <https://undocs.org/es/E/C.12/GC/21>. Acceso: 3 oct. 2021. parr. 9). De ello se colige una clara referencia al ejercicio de la identidad cultural en sus dos vertientes: de forma individual o colectiva.

²⁶ MECANISMO DE EXPERTOS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. Estudio sobre el papel de los idiomas y la cultura en la promoción y protección de los derechos y la identidad de los pueblos indígenas, documento de las Naciones Unidas A/HRC/EMRIP/2012/3. 2012. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/EMRIP/2012/3>. Acceso: 10 dic. 2020.

²⁷ Algunos de estos instrumentos internacionales en el ámbito universal e interamericano son: Carta de la OEA (artículo 3.1); Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1 y 24); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 2); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” (artículo 3); Carta de las Naciones Unidas (artículo 1.3); Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 2 y 7); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 2.2 y 3); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2 y 26); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 2); Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 2); Declaración de los Derechos del Niño (Principio 1); Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículos 1, 7, 18.1, 25, 27, 28, 43, 45.1, 48, 55 y 70); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículos 2, 3, 5 a 16); Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones (artículos 2 y 4); Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (2.d); Convenio No. 97 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Trabajadores Migrantes (revisado) (artículo 6); Convenio No. 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (artículos 1 a 3); Convenio No. 143 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Trabajadores Migrantes (disposiciones complementarias) (artículos 8 y 10); Convenio No. 168 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre el Fomento del Empleo y la Protección contra el Desempleo (artículo 6); Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 14 a 25 de junio de 1993 (I.15; I.19; I.27; I.30; II.B.1, artículos 19 a 24; II.B.2, artículos 25 a 27); Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (artículos 2, 3, 4.1 y 5); Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Programa de Acción, (párrafos de la Declaración: 1, 2, 7, 9, 10, 16, 25, 38, 47, 48, 51, 66 y 104); Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (artículo 3); Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales (artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9); Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales de País en que Viven (artículo 5.1.b y 5.1.c); entre otros.

personal²⁸, elemento presente en el Derecho Internacional de los derechos humanos²⁹. La dignidad humana –entendida como una cualidad intrínseca, irrenunciable e inalienable de todo y a cualquier ser humano independientemente de su condición de nacional o extranjero–, exige el respeto de su legítima esfera de autonomía e independencia³⁰. Esta noción se traduce en un concepto normativo fundamental a partir del cual los derechos humanos pueden ser deducidos³¹, incluyendo el derecho a la identidad cultural.

En el sentido anterior, se ha sugerido una nueva conceptualización del principio de igualdad para hacerlo más efectivo. Ramírez plantea su conceptualización como *emancipación*, al concebirlo como una carta de navegación que permite que el sistema internacional de derechos humanos –conformado por el conjunto de derechos identificados y definidos como prioritarios– determine el modo de su aplicación y su prelación frente a sujetos específicos. Bajo esta nueva óptica se propone alcanzar una simetría entre las culturas contrastantes, colocarlas en una misma situación de prelación y generar los mecanismos necesarios para que esta igualdad se traduzca en respeto a los derechos, al marco institucional, y a la vez se construyan espacios de interacción y de diálogo intercultural³².

Una muestra de los planteamientos planteados se observa en el artículo 1º de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948* (DUDH)³³. En su *Preámbulo* este instrumento reivindica la libertad, la justicia y la paz en el mundo con base en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. El catálogo de derechos humanos reconocidos en este instrumento es de índole variada y aplicable completamente a los migrantes en su calidad de personas. En este orden de ideas, su artículo 27 reconoce el derecho de *toda persona* a tomar parte libremente en la vida cultural de su comunidad³⁴ por tratarse de un componente esencial de la propia identidad³⁵. Estamos en presencia de previsiones amplias respecto de los sujetos a los que se les reconocen los derechos humanos junto a referencias asociadas a su participación respecto de los derechos culturales con base en su dignidad intrínseca.

²⁸ La dignidad es una cualidad que se predica de toda persona, con independencia de cuál sea su comportamiento. En cuanto cualidad ínsita de todo ser humano y exclusiva del mismo, se traduce primordialmente en la capacidad de decidir libre y racionalmente cualquier modelo de conducta, con la consecuente exigencia de respeto por parte de los demás y aparece indisolublemente ligada al concepto de derechos humanos (MARÍN, Mª Luisa. La dignidad humana, los Derechos Humanos y los Derechos Constitucionales. *Revista de Bioética y Derecho*, N° 9, p.1-8. 2007. p. 2; VALLS, Ramón. El concepto de dignidad humana. *Revista de Bioética y Derecho*, N° 5, p. 278-285. 2015. p. 283-285). También v. SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016; BARROSO, Luis Roberto. La dignidad de la persona humana em el derecho constitucional contemporáneo. La construcción de un concepto jurídico a la luz de la jurisprudencia mundial. Traducción Simone Nevares. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2014.

²⁹ GROSS ESPIELL, Héctor. La dignidad humana en los instrumentos internacionales sobre los derechos humanos. *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 7, N° 1, p. 193-224. 2003. p. 197.

³⁰ HÜBNER, Jorge. Panorama de los derechos humanos. Santiago: Editorial Andrés Bello. 1973. p. 19.

³¹ HABERMAS, Jürgen. El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Diánoia*, vol. LV, p. 3-25. 2010

³² Véase, RAMÍREZ, Silvina. Igualdad como Emancipación: los Derechos Fundamentales de los Pueblos indígenas. En: MARCELO ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto (coordinadores). *El Derecho a la Igualdad, aportes para un Constitucionalismo Igualitario*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2012. p. 30-50. p. 44.

³³ Fuerza acotar que esta declaración se erige como un estandarte internacional de índole universal a seguir en materia de protección de los derechos humanos, formulando principios generales que precisan el sentido de los derechos y libertades fundamentales.

³⁴ Aunque la DUDH no goza de carácter vinculante, lo cierto es que se reserva afirmar el carácter imperativo de los principios que la integran, e insta a todos a que se guíen por ellos, lo que resulta de vital importancia para la realización de los propósitos de las Naciones Unidas. Véase, REMIRO BROTONS, Antonio. *Derecho Internacional Público: Tomo I. Principios fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1987. p. 69. En igual sentido, GRIGORY IVANOVITICH, Tunkin. *Droit international public: problèmes théoriques*. Paris: Editions A. Pedone, 1965. p. 100; GONZALES CAMPOS, Julio, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio y SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz Andrés. *Curso de derecho internacional público*. Madrid: Civitas, 2002. p. 113.

³⁵ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación general N° 21: Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, documento de las Naciones Unidas E/C.12/GC/21/Rev.1, 2009. Disponible en: <https://undocs.org/es/E/C.12/GC/21>. Acceso: 3 oct. 2021.

Tal amplitud también se observa en el artículo 5 de la *Declaración Universal de la Unesco sobre la identidad cultural del año 2001*³⁶. No obstante, el reconocimiento de este derecho respecto de los migrantes se lee de un modo más explícito en el artículo 5 letra f) de la *Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven*, adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/144 en 1985. En este instrumento internacional también se reconoce –en favor de los individuos que no son nacionales del país en que viven– el derecho a conservar su propio idioma, cultura y tradiciones: claras referencias al ejercicio del DIC por parte de los migrantes. En consecuencia, respecto de estos grupos, el acercamiento a la *cultura* estará estrechamente relacionado con el ejercicio de sus libertades inherentes a su dignidad personal, integrando así la diversidad cultural.

En relación con los planteamientos que anteceden, hemos de destacar las previsiones del artículo 27 y 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en las que se estipula la obligación de los Estados de brindar un trato no discriminatorio respecto de los migrantes que se encuentren bajo su jurisdicción³⁷, lo que –bajo una óptica de amplio espectro– sería aplicable respecto del DIC de estos. Por su parte, el PIDESC –en su artículo 15.1 literal a– también hace referencia al derecho de toda persona a participar en la vida cultural, incluyendo a los migrantes con base al principio de igualdad y no discriminación. Otro tanto lo leemos en el artículo 31 de la *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares* respecto del resguardo del DIC de los migrantes en contextos laborales, requiriendo igualdad de trato y mismas condiciones entre estos y los nacionales. La aplicación de las previsiones contenidas en este último instrumento se extiende a los familiares de los trabajadores migrantes³⁸.

En el ámbito universal el instrumento de tipo específico más resaltante que ha sido adoptado específicamente para combatir la discriminación es la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial* de 1965 (CIEDR)³⁹. En su artículo 1º se define la discriminación racial⁴⁰, partiendo de la noción de igualdad derivada directamente de la unidad del género humano e inseparable de la dignidad esencial de la persona. Este instrumento plantea la incompatibilidad de toda actuación discriminatoria que –por considerar superior a un determinado grupo– conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa –por considerarlo inferior– lo trate discriminatoriamente en cuanto al goce de sus derechos⁴¹. Ello adquiere un

³⁶ En este instrumento se extiende a *toda persona* el derecho de poder participar en la vida cultural que elija y ejercer sus propias prácticas culturales en su art. 5

³⁷ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General No. 31: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 2004. Disponible en <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/openssl.pdf?preldoc=y&docid=478b26ea2>. Acceso: 8 sep. 2021. párr. 10-11; CORTE IDH. Resolución 2/11 sobre la Situación de los Detenidos de la Bahía de Guantánamo, Estados Unidos, Medidas Cautelares 259-02, 2002. disponible en <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Resoluci%C3%B3n%202-11%20Guant%C3%A1namo.pdf>. Acceso: 5 abr. 2021.

³⁸ COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES. Observación general N° 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares, documento de las Naciones Unidas CMW/C/GC/2, 2013. Disponible en: <https://www.mre.gov.py/SimorePlus/Adjuntos/Informes/CMW%20N%C2%BA%202.pdf>. Acceso: 1 oct. 2020. Junto a la protección de la identidad cultural se incluye el reconocimiento de otros derechos culturales a los trabajadores migrantes y sus familiares, a través de diversas previsiones: el artículo 43, párrafo 1 g) y el artículo 45, párrafo 1 d), sobre el acceso a la vida cultural y la participación en ella.

³⁹ Este instrumento fue inspirado en la *Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* de 1963. Esta última, si bien constituyó un gran avance y antecedente hacia la prohibición de las conductas antidiscriminatorias, debido a su naturaleza no vinculatoria en el ámbito de las Naciones Unidas no comportó la obligatoriedad suficiente para transformarse en un instrumento que garantizara los derechos a la igualdad (FERRER, Luis Gabriel. *La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* (FASCÍCULO 5). En: COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (editores). *Colección del Sistema Universal de protección de los Derechos Humanos*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012, p. 1- 88. p. 20, 62)

⁴⁰ La Convención Internacional sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación racial define a la discriminación como: [...] toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

⁴¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, documento de la Organización de los Estados Americanos OEA/Ser.L/V/II.116, 2002. Disponible en: <http://www.acnur.org/filead>

significado relevante para los migrantes, por constituir –en la mayoría de los casos– grupos minoritarios dentro de las sociedades de acogida. No obstante, se ha señalado que esta promoción de antidiscriminación de alguna forma se diluye al permitir ciertas distinciones, exclusiones, restricciones y preferencias entre ciudadanos y no ciudadanos⁴². Por ello el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial –órgano que supervisa la aplicación del CIEDR por parte de los Estados que la han suscrito⁴³– (CERD), en un intento por remover esta ambigüedad ha sostenido que este instrumento hace referencia a una prohibición básica de discriminación⁴⁴ –por vía legislativa, política o práctica– entre diferentes grupos de no nacionales con base a la raza, color, ascendencia u origen étnico. En consecuencia, la diferencia de trato basada en la ciudadanía o en la condición de migrante constituye discriminación si los criterios para establecer esa diferencia –en atención a los objetivos y propósitos de la CIEDR– no se aplican para alcanzar un objetivo legítimo y no son proporcionales al logro de este⁴⁵.

Junto a las previsiones anteriores, también conviene acotar que el principio de Igualdad y no discriminación se encuentra prescrito en varios instrumentos internacionales como un elemento necesario para el resguardo de otros derechos, entre los que se incluye el DIC. En este sentido, el ejercicio de este derecho ha sido asociado a la realización de otros derechos fundamentales: A) integridad personal y un trato humano acorde a la dignidad de los inmigrantes y sus familiares privados de libertad⁴⁶; B) Derecho a la enseñanza de la lengua y cultura maternas en la educación de los hijos de los trabajadores migrantes en situación regular e irregular⁴⁷; C) Protección de las tierras, territorios y recursos, así como aquellos territorios tradicionales

min/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1975, Acceso: 10 mar. 2021. p. 24; PALACIOS TREVIÑO, Jorge. Los derechos humanos de los trabajadores migratorios y sus familias. En: OEA (editor). Universalismo y Regionalismo a Inicios del Siglo XXI. Río de Janeiro: OEA, 2010. p. 427-452. p. 441.

⁴² GHOSH, Bimal. Derechos humanos y migración: el eslabón perdido. MORÁN QUIROZ, Luis (trad.). México: Red Internacional de Migración y Desarrollo Zacatecas, 2008. p. 40.

⁴³ Este órgano de expertos independientes recibe los informes periódicos de los Estados sobre cómo se están aplicando los derechos. Los Estados deben presentar un informe inicial un año después de su adhesión a la Convención y, posteriormente, cada dos años. Para más información, véase sitio web oficial de Naciones Unidas. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/hrbodies/cerd/pages/cerdindex.aspx>. Acceso: 11 abr. 2021.

⁴⁴ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL. Recomendación General N° 30 relativa a la discriminación contra los no ciudadanos, 2004. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/5d7fc37ca.html>. Acceso: 30 may. 2021. párr. 4.

⁴⁵ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL. Recomendación General N° 30 relativa a la discriminación contra los no ciudadanos, 2004. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/5d7fc37ca.html>. Acceso: 30 mayo 2021. párr. 4. párr. 4. Adicionalmente, el CERD contempla deberes de acciones positivas para los Estados, pues estos no solo están obligados a abstenerse de cometer actos que pudieran ser violatorios del *principio de no discriminación*, sino que también debe adoptar las medidas necesarias para garantizar tal principio mediante mecanismos de cumplimiento –algunos de naturaleza administrativa (Exclusivamente para los Estados se aplica la presentación de informes, el procedimiento de alerta temprana y el examen de denuncias entre los Estados; mientras que los que permiten la participación de los propios afectados está relacionado con el examen de denuncia de particulares; y el último, que es de naturaleza judicial e interestatal, implica como requisitos estrictos, por ejemplo, el acceso a la Corte Internacional de Justicia)– de ciertos requisitos estrictos (FERRER, Luis Gabriel. La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (FASCÍCULO 5). En: COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (editores). Colección del Sistema Universal de protección de los Derechos Humanos. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012, p. 1- 88. p. 36). Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha sostenido que las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; debe ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse. “El principio de proporcionalidad debe respetarse no solo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen. Los Estados deben garantizar que todo procedimiento... explique las razones de la aplicación de medidas restrictivas” (COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General No. 15. Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, documento de las Naciones Unidas HRI/GEN/1/Rev.7, 1986. Disponible en: <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom15.html>. Acceso: 3 nov. 2020. párr. 14, 15).

⁴⁶ COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES. Observación general N° 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares, documento de las Naciones Unidas CMW/C/GC/2, 2013. Disponible en: <https://undocs.org/es/CMW/C/GC/2>. Acceso: 4 oct. 2020. párr. 15.

⁴⁷ MECANISMO DE EXPERTOS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. Estudio sobre el papel de los idiomas y la cultura en la promoción y protección de los derechos y la identidad de los pueblos indígenas, documento de las

donde se encuentran sus hogares y sus familias y demás espacios en los que practican sus culturas y aseguramiento de las conexiones de los pueblos indígenas con estos territorios tradicionales⁴⁸, incluso para aquellos que han migrado por razones de trabajo o estudio⁴⁹; D) Derecho a la salud de los inmigrantes, mediante políticas que promuevan estos servicios tomando en cuenta consideraciones culturales y de género y que favorezcan una reducción de los obstáculos lingüísticos, de comunicación y culturales⁵⁰.

De acuerdo con la revisión descrita en los párrafos que anteceden, observamos que las bases en las que se funda la prohibición de discriminación difieren de uno a otro instrumento; pero en todas se repiten las referencias respecto de la raza, el color, el lenguaje, la religión, el origen nacional, el origen social, lugar de nacimiento y sobre todos ellos se hace referencia constante a la identidad y la cultural.

Asimismo, la interpretación de distintos órganos de supervisión de los instrumentos en referencia informan la aplicación del principio de igualdad y no discriminación respecto de los migrantes como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado. Ello implica que el Estado no puede actuar ignorando la aplicación de este principio en perjuicio de un determinado grupo de personas⁵¹, incluyendo los migrantes.

Conforme a lo planteado, una interpretación amplia de los diversos instrumentos internacionales antes revisados nos permite observar la reiterada presencia de prohibiciones de discriminación arbitraria en relación con el trato que se brinda a los migrantes en lo tocante al ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales. Ello se traduce en el deber de reconocimiento por parte de los Estados de las diferencias y particularidades de los migrantes como un elemento de su dignidad personal. Por tanto, estos últimos estarían autorizados a justificar el ejercicio del DIC con base al principio de igualdad y no discriminación.

2.2 Identidad cultural de los migrantes y su catalogación como minorías.

Sin perjuicio del reconocimiento, en general, del DIC para todas las personas —incluyendo a los migrantes— con base al principio de igualdad y no discriminación, en segundo término, revisaremos su reconocimiento, en particular, respecto de aquellas personas pertenecientes a minorías.

El reconocimiento del DIC en relación con la protección de las personas pertenecientes a minorías se contiene en el artículo 27 del PIDCP que contempla el deber de los Estados en que existan minorías de permitir que los miembros de estas ejerzan su identidad cultural. Ello también se colige del artículo 2 del referido pacto, según el cual la aplicación del artículo 27 se extiende a todos los individuos que se encuentren

Naciones Unidas A/HRC/EMRIP/2012/3. 2012. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/EMRIP/2012/3>. Acceso: 10 dic. 2020. párr. 78.

⁴⁸ Sobre el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas véase, FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho, matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 9, N° 2, p. 513-535. 2019b; FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, configuración conforme el derecho internacional y perspectivas de su recepción en Chile. *Revista Ius et Praxis*, vol. 26, N° 1, p. 77-100. 2020a; FAUNDES, Juan Jorge; RAMÍREZ, Silvina (Eds.). Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina. Santiago: RIL, 2020. Faundes, Juan Jorge, Buen Día, Paloma. “Hermenéuticas del derecho humano a la identidad cultural en la jurisprudencia interamericana, un análisis comparado a la luz del ICCAL”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. ISSN 2179-8338, Vol. 12, N°2.

⁴⁹ MECANISMO DE EXPERTOS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. Estudio sobre el papel de los idiomas y la cultura en la promoción y protección de los derechos y la identidad de los pueblos indígenas, documento de las Naciones Unidas A/HRC/EMRIP/2012/3. 2012. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/EMRIP/2012/3>. Acceso: 10 dic. 2020. párr. 24.

⁵⁰ BUSTAMANTE, Jorge. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, documento de las Naciones Unidas A/HRC/14/30, 2010. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/14/30>. Acceso: 4 oct. 2020.

⁵¹ CORTE IDH. *Opinión Consultiva OC-18/03 sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados (2003)*, 17 septiembre 2003, Serie A N° 18.

en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción⁵². Se trata de un derecho autónomo, que se suma a los demás derechos de que pueden disfrutar esas personas en virtud del Pacto⁵³.

Otro tanto se lee en la *Declaración de la Organización de Naciones Unidas (ONU) sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas*, adoptada en 1992. Este instrumento internacional constituye el primer antecedente en el ámbito universal dedicado exclusivamente al reconocimiento de los derechos de las minorías, estableciendo un vínculo entre el resguardo de sus derechos y el desarrollo de la sociedad en su conjunto dentro de un marco democrático basado en el estado de derecho⁵⁴. En el artículo 1 de este instrumento se regulan previsiones a favor de las minorías sobre la base de su identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística y se dispone el deber de los Estados de proteger su existencia.

Una referencia más explícita respecto de la protección del DIC de las personas pertenecientes a minorías –en este caso, minorías étnicas– la encontramos en el Convenio N°169 de la OIT⁵⁵. En este instrumento se plantean dos postulados básicos: el derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer sus culturas, formas de vida e instituciones propias; y, su derecho a participar de manera efectiva en las decisiones que les afectan. Las disposiciones iniciales de este convenio precisan que los sujetos a los que se les reconoce el DIC son los pertenecientes a los pueblos indígenas y tribales. Además, el artículo 35 del Convenio 169 de la OIT acuerda la aplicación hermenéutica de otros instrumentos internacionales relativos a la protección de la identidad cultural de los grupos indígenas, junto a las recomendaciones de los relatores de Naciones Unidas, conformando un estándar internacional para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas vinculante desde la ratificación del Convenio 169⁵⁶.

No obstante, bajo una interpretación amplia del referido convenio y en base al principio de igualdad y no discriminación, en tales disposiciones también se incluye a los migrantes que, aunque se encuentren fuera de sus territorios de origen, pertenezcan a estas minorías étnicas⁵⁷. Al efecto, la calidad de trabajador

⁵² COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación general N° 23: Derecho de las minorías (artículo 27), documento de las naciones unidas HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 1994. Disponible en: [https://undocs.org/es/HRI/GEN/1/Rev.9\(Vol.I\)](https://undocs.org/es/HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I)). Acceso: 30 jul. 2021. parr. 5.1 y 5.2.

⁵³ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación general N° 23: Derecho de las minorías (artículo 27), documento de las naciones unidas HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), 1994. Disponible en: [https://undocs.org/es/HRI/GEN/1/Rev.9\(Vol.I\)](https://undocs.org/es/HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I)). Acceso: 30 jul. 2021.

⁵⁴ GUDMUNDUR, Alfredsson; TURK, Danilo. International mechanisms for the monitoring and protection of minority rights: Their advantages, disadvantages and interrelationships. En: BLOED, Arie (ed.). *Monitoring human rights in Europe: comparing international procedures and mechanisms*. Kluwer: Norwell MA, 1993. p. 169-86. p. 172.

⁵⁵ Otras organizaciones internacionales, como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), también han elaborado normas sobre la protección de los derechos culturales y el ejercicio de la identidad cultural. Esta vez nos referiremos a la protección internacional de estos derechos respecto de los pueblos indígenas y tribales. Con anterioridad, la OIT había adoptado en 1957, un primer instrumento internacional vinculante, conocido como el Convenio núm. 107 sobre Poblaciones indígenas y tribales en países independientes. Posteriormente, en junio de 1989, la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT adoptó en forma tripartita con participación de los gobiernos, organizaciones de empleadores y de trabajadores este Convenio N° 169. Es oportuno acotar que, en el proceso de revisión de este convenio efectuado para el periodo de 1987 a 1989, se tomó en consideración la participación y consulta de varios pueblos indígenas y tribales. En las previsiones de este instrumento se plantean dos postulados básicos: el derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer sus culturas, formas de vida e instituciones propias; y, su derecho a participar de manera efectiva en las decisiones que les afectan. De modo tal que, de sus previsiones se desprende la protección del derecho a la identidad cultural.

⁵⁶ FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho, matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 9, N° 2, p. 513-535. 2019b; FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, configuración conforme el derecho internacional y perspectivas de su recepción en Chile. *Revista Ius et Praxis*, vol. 26, N° 1, p. 77-100. 2020a; FAUNDES, Juan Jorge. Horizontes Constituyentes. Reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina: Los casos de Chile y Bolivia. Curitiba: Editora Appris, 2020b; FAUNDES, Juan Jorge; RAMÍREZ, Silvina (Eds.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: RIL, 2020.

⁵⁷ Lo anterior se desprende de su artículo 1 letra a), que establece solo 2 condicionantes que deben reunir los sujetos a los que se les aplican las previsiones de este convenio: a) que sus condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional; b) que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial. Así también lo ha entendido el consejo de Derechos Humanos al interpretar las previsiones del artículo 30 del convenio 169 de la OIT, sosteniendo que estas disposiciones no solo aplican a los miembros de pueblos indígenas que ostentan la nacionalidad

intermitente, estacional, temporal o migrante ha sido una de las características más destacables de los integrantes de los pueblos originarios, por lo que, el establecimiento de las anteriores normas internacionales no se originó, en un comienzo, en razón a su condición étnica sino por su condición de trabajadores bajo tales modalidades, como parte importante de la naturaleza de dichos individuos⁵⁸. De hecho, gran parte de la migración indígena se realiza dentro de los territorios fronterizos contemplados en el artículo 32 del convenio 169⁵⁹. Estos grupos de migrantes indígenas pueden enfrentar una multiplicidad de retos adicionales a los que enfrenta cualquier migrante por aspirar a conservar sus identidades culturales⁶⁰. En consecuencia, este instrumento, en la materia, se dirige a asegurar la protección del DIC respecto de aquellos migrantes étnicos que se encuentren fuera de sus territorios de origen.

Hasta aquí hemos referido a las principales fuentes en que se fundamenta el DIC y a las dos perspectivas de su configuración, general en torno a la prohibición de discriminación y particular como derecho de las personas pertenecientes a minorías. Pero una debida formulación del derecho supone también una correcta identificación de sus titulares. En consecuencia, nos preguntamos, para estos efectos, cómo comprendemos las categorías “minorías” y “grupos vulnerables” contenidas y usadas, indistintamente, en los instrumentos internacionales justificantes del DIC y por la doctrina incumbente.

En primer lugar, el significado de una u otra noción puede ser equivalente o no según el contexto normativo o el enfoque del DIC que defina. En segundo término, en relación a las lecturas de los sistemas regionales de derechos humanos, hemos de tener presente que los respetivos tribunales europeo e interamericano de derechos humanos, han tomado decisiones, principalmente, en relación a grupos humanos diversos y en contextos bien diferentes: “minorías nacionales” en Europa y “pueblos indígenas” en América. No obstante, como veremos a la luz de las propias fuentes, esta titularidad del DIC se reconoce sobre la base de (i) una identidad cultural compartida y (ii) la autodefinición de los grupos, como elementos materiales en común reconocidos a “minorías nacionales” (especialmente en el caso europeo) y “pueblos indígenas” (en particular en el caso interamericano)⁶¹. Así, el tratamiento específico del respectivo grupo depende, en gran medida, de cada sistema regional de derechos humanos, incluso del orden nacional y de los instrumentos internacionales con los que se vincula cada estado y que circunscriben, en definitiva, el respectivo marco jurídico aplicable y los titulares del DIC en cada contexto. En este sentido, para Toniatti, incluso es posible usar el concepto de “grupos” y “minorías nacionales” (de mayor consideración y comprensión en Europa), para fines de comparación analítica de los derechos asociados a la diversidad cultural⁶².

del país de destino, sino que también es aplicable a aquellas personas indígenas no nacionales de un país (OIM. respuestas presentadas por la Organización Internacional para la Migraciones (OIM) a algunas de las preguntas realizadas por la honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos, durante la audiencia realizada en el marco de la solicitud de opinión Consultiva sobre niñez migrante los días 9 y 10 de octubre de 2013, documento de la OIM DR/CDH/091, 2013. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/Observaciones/complementarias/escrito-OIM-14-11-2013.pdf>. Acceso: 4 sep. 2021. parr. 29). Lo anterior también se lee explícitamente en el artículo 20.3 a) del Convenio 169 de la OIT, en el que se regula el deber del Estado de brindar igual protección en las condiciones de trabajo con arreglo a la legislación laboral del territorio en el que estos migrantes indígenas se encuentren.

⁵⁸ GROS ESPIELL, Héctor. La Organización Internacional del Trabajo y los derechos humanos en América Latina. México: UNAM, 1978. p. 13.

⁵⁹ OIM. respuestas presentadas por la Organización Internacional para la Migraciones (OIM) a algunas de las preguntas realizadas por la honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos, durante la audiencia realizada en el marco de la solicitud de opinión Consultiva sobre niñez migrante los días 9 y 10 de octubre de 2013, documento de la OIM DR/CDH/091, 2013. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/Observaciones/complementarias/escrito-OIM-14-11-2013.pdf>. Acceso: 4 sep. 2021. parr. 26.

⁶⁰ BLACKWELL Maylei; HERNÁNDEZ, Rosalva; HERRERA, Juan; MACLEOD, Morna; RAMÍREZ, Renya; SIEDER, Rachel; SIERRA, María; SPEED, Shannon. Cruces de fronteras, identidades indígenas, género y justicia en las Américas. **Desacatos**, N° 31, p. 13-34, sep./dic. 2009. p. 22.

⁶¹ AGUILAR, Gonzalo. La dinámica internacional de la cuestión indígena. Santiago: Librotecnia. 2007. p. 315.

⁶² TONIATTI, Roberto. El paradigma constitucional de la inclusión de la Diversidad cultural: notas para una comparación Entre los modelos de protección de las minorías Nacionales en Europa y de los pueblos indígenas en Latinoamérica. 2015 Disponible en: http://www.jupls.eu/images/JPs_WP_RT_Ponencia_2015.pdf. Acceso: 3 oct. 2021.

Paralelamente y sin que signifique una oposición conceptual, como veremos, se utiliza un enfoque centrado en la “vulnerabilidad”, conforme el *cul*, para Mariño las “minorías” o “grupos minoritarios”, también son grupos vulnerables⁶³.

Entre los intentos de definir lo que debe entenderse por minorías, Capotori, entonces Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, ha sostenido que una minoría es:

“Un grupo numéricamente inferior al resto de la población de un Estado, que se encuentra en una posición no dominante y cuyos miembros, que son nacionales del Estado, poseen características étnicas, religiosas o lingüísticas diferentes de las del resto de la población y manifiestan, aunque sólo sea implícitamente, un sentimiento de solidaridad para preservar su cultura, sus tradiciones, su religión o su idioma” (la traducción es nuestra)⁶⁴.

Otra definición sostenida por Deschenes le contempla como

“grupo de ciudadanos de un Estado, dotados de características étnicas, religiosas o lingüísticas diferentes a las de la mayoría de la población, solidarios los unos de los otros, animados, aunque sea implícitamente, de una voluntad colectiva de supervivencia y que tienden a la igualdad de hecho y de derecho con la mayoría” (la traducción es nuestra)⁶⁵.

Observamos que entre sus componentes se hace referencia al elemento de la *nacionalidad*, lo que podría constituir un criterio diferenciador capaz de privar a ciertas personas o grupos del goce de los derechos previstos en los anteriores instrumentos⁶⁶. Nos resulta más destacable el requisito relativo a la *posición no dominante*⁶⁷ del grupo en cuestión, particularidad que se observa respecto de los grupos migratorios en las sociedades de acogida. Esto es relevante especialmente en la práctica, al observarse características comunes entre los migrantes y las minorías -nacionales, étnicas, lingüísticas y religiosas- que generalmente se encuentran en una posición no dominante respecto de la sociedad en que viven y sus culturas, idiomas o creencias religiosas pueden ser diferentes de los de la mayoría.

Por ello, para los efectos de esta investigación –siempre haciendo reserva del alcance dado en las respectivas fuentes–, siguiendo a María José Andrade, entendemos que: (i) no existe una definición convencional internacional única, aceptada universal o regionalmente, sobre “minorías nacionales⁶⁸”; (ii) no obstante, siguiendo la doctrina mayoritaria, es posible definir “minoría nacional” como:

“... un grupo no dominante y numéricamente inferior al resto de la población de un Estado en el que están asentados desde hace mucho tiempo, integrado por personas que comparten una identidad cultural distinta de la mayoritaria –etnia, religión, tradiciones o costumbres–, la cual pretenden preservar”.⁶⁹

⁶³ MARIÑO, Fernando; FERNÁNDEZ Carlos. Introducción y aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el derecho europeo. En: FERNÁNDEZ, Liesa; MARIÑO, Fernando (coord.). La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2001. p. 24.

⁶⁴ CAPOTORI, Francesco. Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, 1979. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/10387?ln=en>. Acceso: 15 may. 2021. párr. 568.

⁶⁵ DESCHENES, Jules. Proposal concerning a definition of the term “minority”, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1985/31, 1985. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/88267?ln=en>. Acceso: 7 agosto 2021. párr. 181.

⁶⁶ GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS MINORIAS. Comentario del grupo de trabajo sobre las minorías acerca de la declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/AC.5/2005/2, 2005. Disponible en: file:///C:/Users/56931/Downloads/E_CN.4_Sub.2_AC.5_2005_2-ES.pdf. Acceso: 11 jul. 2021. párr. 6).

⁶⁷ Frase utilizada por Francesco Capotori en su propuesta de definición elaborada en 1979. Véase, CAPOTORI, Francesco. Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, 1979. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/10387?ln=en>. Acceso: 15 may. 2021. párr. 568.

⁶⁸ SORIANO DÍAZ, Ramón Luis. Los Derechos de las Minorías. Madrid: Editorial Mad, 1999. p.18; RUIZ, Eduardo. Minorías Europeas y Estado de Derecho. En: GARCÍA RODRÍGUEZ, Isabel (ed.). Las Minorías en una Sociedad Democrática y Pluricultural. Madrid; Universidad de Alcalá, 2001. p. 51-90. p. 59.

⁶⁹ ANDRADE, María José. Pueblos indígenas y minorías nacionales: similitudes y diferencias en la protección internacional de sus derechos. *Revista Campos en Ciencias Sociales*, N°6, v. 2, pp. 13-48. p. 15-16: ARP, Jörn, Las minorías nacionales y su protec-

Paralelamente, como anticipamos, la noción de *minoría* se asocia también a la *vulnerabilidad*. En este marco, la vulnerabilidad, para ser comprendida como la falta o desequilibrio de poder y subrepresentación por parte de grupos específicos⁷⁰. En el sentido indicado, entenderemos por “grupo vulnerable” (concepto de frecuente uso doctrinal) a las colectividades de individuos que: (i) participan de formas de vida usualmente diversas al patrón social y/o cultural dominante y, como resultado de ello, son estigmatizados socialmente; (ii) tienen un status en desventaja para el ejercicio de sus derechos, en general de facto, pero a veces jurídico, respecto a los demás ciudadanos, siendo objeto de prácticas discriminatorias (explícitas o implícitas); (iii) presentan dificultades para que sus demandas sean consideradas por medio de la representación política (en los poderes legislativo y ejecutivo); (iv) como consecuencia de los factores precedentes, demandan acciones de protección específicas para su defensa y o para reducir las brechas relativas a su igualdad jurídica y especialmente material⁷¹. Desde este enfoque material, efectivamente, “grupos vulnerables” y “minorías nacionales”, por una parte, comparten factores comunes (como la situación de desventaja social y política frente a los sectores mayoritarios); y, por otra, la identidad cultural es un elemento base de las minorías nacionales que puede estar presente o no en los grupos vulnerables según el grupo en particular de que se trate.

Con base en los anteriores planteamientos, la vulnerabilidad constituye un elemento que caracteriza a los migrantes y permite considerarles como minorías, por estar sujetos a una situación de desventaja e “impotencia” política, social e incluso jurídica, determinada por la estructura de poder de un país. Estas estructuras de poder, relativas a las posiciones de poder que en toda sociedad tienen unos respecto de otros, también hacen referencia a una estructura cultural, comprendida por un conjunto de elementos de tipo despectivo que tienden a justificar las diferencias entre nacionales y no nacionales⁷². Así, la vulnerabilidad de los migrantes refiere al conjunto de características no idiosincráticas que generan debilidad, desventaja o problemas para su desempeño y movilidad social y que actúan como frenos u obstáculos para la adaptación de los actores a los cambiantes escenarios sociales⁷³. Ella está determinada por la “...carencia relativa o absoluta de recursos simbólicos, sociales, emocionales o materiales, o por la dificultad o imposibilidad de su uso en un determinado contexto histórico, debido a constricciones institucionales, políticas, económicas, sociales o culturales. La falta efectiva de estos recursos es lo que hace a ciertos tipos de migrantes más vulnerables que a otros”⁷⁴, lo que se incrementa con la discriminación, la estigmatización y el rechazo social.

Conforme lo planteado, podemos sintetizar que los migrantes son grupos en que: (i) la identidad cultural es un elemento de cohesión colectiva; (ii) muchas veces son, efectivamente, grupos de población minoritaria, pero no siempre, como en algunos países latinoamericanos; y no obstante, (iii) sí se caracterizan por su desventaja social y política.

Finalmente, aunque no existe un consenso respecto de lo que debe entenderse por minoría y o la tipología de estas es bastante extensa⁷⁵, ello no obsta para incluir dentro de ellas a los migrantes como *minorías*, por cumplir con la mayoría de los criterios relevantes para clasificar a un grupo dentro de las nociones más

ción en Europa. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 405. CAPOTORI, Francesco. Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, 1979. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/10387?ln=en>. Acceso: 15 may. 2021. párr. 568.

⁷⁰ BUSTAMANTE, Jorge. Un marco de referencia acerca de la vulnerabilidad de los migrantes como sujetos de los derechos humanos. Taller sobre mejores prácticas en materia de migración. CEPAL, 2000.

⁷¹ FAUNDES, Juan Jorge, MELLO, Patricia Perrone Campos. “Grupos vulnerables”, en PIZZI, Jovino, CENSI, Maximiliano (Coordinadores), *Glosario de Patologías Sociales*. Pelotas: Observatório Global de Patologias Sociais, Universidad Federal de Pelotas (UFPEL). 2021 Tb. v. Mariño, 2001, p. 21-23.

⁷² BUSTAMANTE, Jorge. Un marco de referencia acerca de la vulnerabilidad de los migrantes como sujetos de los derechos humanos. Taller sobre mejores prácticas en materia de migración. CEPAL, 2000.

⁷³ RODRÍGUEZ VIGNOLI, Jorge. Vulnerabilidad y grupos vulnerables: un marco de referencia conceptual mirando a los jóvenes, 2001. Disponible en: https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/7150/S018659_es.pdf. Acceso: 18 sep. 2021.

⁷⁴ AYSA-LASTRA, María; CACHÓN, Lorenzo. Introduction: Vulnerability and Resilience of Latin American Immigrants During the Great Recession. En: AYSA-LASTRA, María; CACHÓN, Lorenzo (eds.). *Immigrant vulnerability and resilience: Comparative perspectives on Latin American immigrants during the Great Recession*. España: Springer. 2015. p. 1-21. p. 11.

⁷⁵ TONIATTI, Roberto. Los derechos del pluralismo cultural en la Nueva Europa. *R.V.A.P.*, N° 58, vol. 2, p. 17-48. 2000.

aceptadas al respecto. En consecuencia, estas minorías tienen derecho a que se les reconozcan sus particularidades y diferencias mediante el pleno ejercicio del DIC. . Al respecto, se ha sostenido que la *Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas* hace referencia a cuatro categorías diferentes, cuyos derechos tienen un contenido y una importancia hasta cierto punto diferentes en base a las necesidades de estos grupos⁷⁶. No obstante, consideramos que junto a estas categorías debiesen incluirse las minorías transnacionales –constituidas por migrantes, exiliados y desplazados– también denominadas *nuevas minorías*. Medda-Windischer se refiere a los inmigrantes bajo esta denominación, sosteniendo que la protección de su identidad sería una de las bases de un verdadero proceso de integración. En estos procesos los referidos grupos pueden desarrollar un genuino sentido de lealtad y pertenencia común con el resto de la población sin estar amenazados de ser asimilados, lo que ocasionaría resistencia y alienación⁷⁷. Desde la ONU también se ha referido a estos grupos bajo similares términos, por ser *minorías visibles de origen inmigrante* que padecen discriminación directa⁷⁸. Estas posiciones coinciden con las previsiones del artículo 27 del PIDCP dirigidas a todo tipo de minorías, sean grandes o pequeñas, recientes o históricas, territorialmente dispersas o concentradas. Ello hace referencia a un derecho cultural universal que puede ser reclamado por cualquier individuo y que le acompaña dondequiera que vaya⁷⁹.

En consecuencia, este derecho puede ser reclamado por los migrantes como nuevas minorías y bajo las razones antes expuestas. Entonces, el reconocimiento del derecho a *ejercer* la identidad cultural (a sostener individual y colectivamente sus *modos de vida*, valores culturales, cosmovisión, religiosidad, etc.) para el caso de los migrantes, bajo una interpretación estricta de los instrumentos internacionales, subyace en la base de su estatus internacional de integrantes de minorías. Los Estados que han suscrito y ratificado estos instrumentos internacionales tienen el deber de asegurar la realización y el ejercicio del DIC en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales adoptadas en la materia⁸⁰.

⁷⁶ Así, las personas pertenecientes a grupos definidos exclusivamente como minoría religiosa gozan solamente de los derechos especiales relacionados con la profesión y la práctica de su religión. Respecto de las personas pertenecientes a grupos definidos exclusivamente como minorías lingüísticas, estos disponen solo de los derechos especiales relacionados con el aprendizaje y el uso de su propio idioma. Quienes perteneciesen a grupos definidos como minorías étnicas tendrían unos derechos más amplios relacionados con la preservación y el desarrollo de otros aspectos de su cultura, puesto que la pertenencia étnica se define en general por una amplia concepción de la cultura, de la que forma parte un modo de vida. La categoría de minoría nacional tendría entonces unos derechos todavía más sólidos, no solo en relación con su cultura, sino también con la preservación y desarrollo de su identidad nacional (GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS MINORIAS. Comentario del grupo de trabajo sobre las minorías acerca de la declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/AC.5/2005/2, 2005. Disponible en: file:///C:/Users/56931/Downloads/E_CN.4_Sub.2_AC.5_2005_2-ES.pdf. Acceso: 11 jul. 2021. párr. 6.)

⁷⁷ MEDDA-WINDISCHER, Roberta. Fundamentos para la protección de las antiguas y nuevas minorías. En: RUIZ, Eduardo; URRUTIA, Gorka (eds.). *Gestión de la diversidad en sociedades tradicionalmente divididas: Derechos humanos en contextos multiculturales. ¿Acomodo de derechos o derechos de acomodo?* Bilbao: Instituto de Derechos Humanos, 2010. p. 67–98. p. 75. Al respecto se ha señalado que la protección de las minorías tiene por objeto velar por que tal integración no se convierta en una asimilación no deseada o socave la identidad colectiva de las personas que viven en el territorio del Estado (GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS MINORIAS. Comentario del grupo de trabajo sobre las minorías acerca de la declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/AC.5/2005/2, 2005. Disponible en: file:///C:/Users/56931/Downloads/E_CN.4_Sub.2_AC.5_2005_2-ES.pdf. Acceso: 11 jul. 2021. párr. 6. párr. 27 y 28).

⁷⁸ Tanto el Relator sobre discriminación como la Experta Independiente sobre minorías, ambos de Naciones Unidas, se han pronunciado respecto de los inmigrantes como grupos constituyentes de minorías, al referirse a las prácticas históricas de discriminación en el trato a los migrantes irregulares y en el ejercicio de sus derechos. Entre otros, véase DIÈNE, Doudou; MCDUGALL, Gay. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo/racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia: seguimiento y aplicación de la declaración y programa de acción de Durban, documento de las Naciones Unidas A/HRC/7/19/Add.5 y A/HRC/7/23/Add.3 (Informe conjunto), 2008. Disponible en: <https://undocs.org/sp/A/HRC/7/19/Add.5>. Acceso: 12 abril 2021. resumen.

⁷⁹ KYMLICKA, Will. La evolución de las normas europeas sobre los derechos de las minorías: los derechos a la cultura, la participación y la autonomía. *Revista Española de Ciencia Política*, N° 17, p. 11-50, oct. 2007. P 19.

⁸⁰ Algunos autores sostienen que el Estado no estaría obligado a proteger y promover la identidad cultural de todos los grupos que se encuentran en su territorio ya que estos voluntariamente han renunciado a su cultura al salir de sus territorios y que por lo tanto este deber solo subyace respecto de los grupos etno-culturales (RUIZ CHIROBOGA, Oswaldo El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. *Revista Internacional de Derechos*

Por otra parte, si bien se ha sostenido que las previsiones del artículo 27 del PIDCP solo hacen referencia a derechos negativos de no-interferencia –en lugar de derechos positivos⁸¹, el referido artículo implica una obligación hacia el Estado de asegurar la realización y el ejercicio de este derecho, junto a su amparo contra toda negativa o violación⁸². Las peticiones o reclamos que plantean las diferentes minorías respecto del DIC varían según sus necesidades y experiencias particulares⁸³. No obstante, estas se incardinan en la necesidad de los migrantes de conservar aquellos símbolos, narraciones, costumbres, lenguas e historias que formen parte del modo como se perciben a sí mismos como personas y su sentido de pertenencia a determinadas culturas. En consecuencia, la promoción y la protección de los derechos de las minorías exige que los Estados presten particular atención tales a cuestiones.

3 Derecho a la Identidad Cultural de los migrantes en el ámbito regional.

Las fuentes principales y las auxiliares concurrentes existentes en el ámbito universal –y reseñadas en el aparte anterior–, deben ser articuladas con los respectivos tratados de los sistemas regionales de derechos humanos, en particular la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)⁸⁴, y otros instrumentos regionales y o especializados como revisaremos a continuación.

Humanos, N° 5, año 3, p. 43-69. 2006; KYMLICKA, Will. La evolución de las normas europeas sobre los derechos de las minorías: los derechos a la cultura, la participación y la autonomía. **Revista Española de Ciencia Política**, N° 17, p. 11-50, oct. 2007. Estos autores asocian el ejercicio de la identidad cultural a los objetivos de autonomía –entre otros– que persiguen estos grupos y por lo tanto, respecto de los migrantes lo que debe buscarse para ellos es una *integración más justa*. Sin embargo, este tipo de distinciones no hace más que exacerbar sus diferencias y conceder mayores beneficios para unos (grupos étnicos nacionales), respecto de los migrantes, e ignora aquellos casos en los que estos últimos salen de sus territorios por razones forzadas. Por ello, sostenemos –como expondremos más adelante– que en virtud de lo contemplado en el artículo 27 del PIDCP en conjunto con otros instrumentos aplicables, que el DIC debe ser reconocido para los migrantes que se encuentren dentro del territorio del Estado en cuestión.

⁸¹ KYMLICKA, Will. La evolución de las normas europeas sobre los derechos de las minorías: los derechos a la cultura, la participación y la autonomía. **Revista Española de Ciencia Política**, N° 17, p. 11-50, oct. 2007. p. 18.

⁸² COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación general 21: Trato humano de las personas privadas de libertad (artículo 10), documento de las Naciones Unidas HRI/GEN/1/Rev.9, 1992. Disponible en: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradu-tek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN21. Acceso: 2 ene. 2021. párr. 6.1

⁸³ Por ejemplo, no puede considerarse como un derecho universal el reclamo de algunas minorías respecto del derecho a gobernarse a sí mismas, reclamo que aplica solamente a aquellas con un tipo concreto de historia y territorio KYMLICKA, Will. La evolución de las normas europeas sobre los derechos de las minorías: los derechos a la cultura, la participación y la autonomía. **Revista Española de Ciencia Política**, N° 17, p. 11-50, oct. 2007. p. 19). En el caso de los pueblos indígenas se plantea la necesidad de conservar su integridad cultural, lo que significa la continuación de una gama de patrones culturales, incluidos los patrones que establecen derechos a la tierra y recursos, y están incorporados en el derecho consuetudinario indígena y las instituciones que regulan las sociedades indígenas (ANAYA, James. *International human rights and indigenous peoples: the move toward the multicultural state*. **Arizona Journal of International & Comparative Law**, vol. 21, N° 1 pp. 13-61. 2004.). Por su parte, respecto de los migrantes los reclamos obedecerán a otras necesidades propias de estos grupos, como facilidades para su reconocimiento como residentes dentro de las sociedades de acogida KYMLICKA, Will. La evolución de las normas europeas sobre los derechos de las minorías: los derechos a la cultura, la participación y la autonomía. **Revista Española de Ciencia Política**, N° 17, p. 11-50, Oct. 2007; y la obtención de protección específica contra la discriminación y el racismo por emplear su propio lenguaje, ejercitar sus prácticas tradicionales y creencias religiosas. Los migrantes forjan y sostienen relaciones sociales de múltiples cruces con las que ligan sus sociedades de origen y asentamiento” y por ello, en muchos casos su principal interés se centra en mantener tales relaciones con los miembros de sus comunidades de origen, según BASCH, Nina; GLICK SCHILLER, Linda; SZANTON BLANC, Cristina. *Nations Unbound: Transnational Project, Postcolonial Predicaments, and De-territorialized Nation States*. New York: Routledge, 1993. p. 7). En el caso de los migrantes indígenas, los procesos de migración no sólo transforman las prácticas y costumbres tradicionales, sino que permiten recuperar las identidades indígenas, tanto al atravesar una frontera como al entrar en los espacios urbanos del país de origen. Por ello, en el caso de estos migrantes sus aspiraciones no se limitan en conservar relaciones sociales sino también prácticas y entendimientos culturales, HERNÁNDEZ, Rosalva; HERRERA, Juan; MACLEOD, Morna; RAMÍREZ, Renya; SIEDER, Rachel; SIERRA, María; SPEED, Shannon. *Cruces de fronteras, identidades indígenas, género y justicia en las Américas*. **Desacatos**, N° 31, p. 13-34, septiembre/diciembre. 2009. p. 29).

⁸⁴ En la literatura en español se le refiere, indistintamente a “El Convenio Europeo de Derechos Humanos” o “La Convención Europea de Derechos Humanos”. No obstante, el sitio oficial del CEDH traduce su nombre desde el inglés (“*European Convention*

3.1 Identidad cultural de los migrantes con base en el principio de igualdad y no discriminación.

Iniciamos esta sección acotando en líneas generales que, si bien es cierto que en los instrumentos base de ambos sistemas internacionales de derechos humanos (la CADH en el SIDH y el CEDH en el SEDH) no se reconoce textualmente el DIC⁸⁵, su aplicación se deriva de otras fuentes regionales de interés, junto con los instrumentos universales anteriormente reseñados. Así, en el SIDH la fundamentación sustantiva del derecho humano a la identidad cultural ha estado relacionada con una interpretación también amplia y compleja del derecho a la igualdad y la no discriminación contenida en la CADH en su artículo 24: “Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”⁸⁶. Por su parte, en el SEDH la aplicación del artículo 14 del CEDH relativo al derecho a un trato equitativo⁸⁷ también se vincula con el derecho humano a la identidad cultural. De hecho, sobre el derecho a un trato equitativo se ha sostenido que “...el propósito del Convenio es imponer a los Estados una obligación positiva de asegurar que los derechos fundamentales estén garantizados sin discriminación”⁸⁸. Nótese que en ambos marcos se desprende el reconocimiento del DIC para todas las personas –incluyendo a los migrantes– con base al principio de igualdad y no discriminación. Una revisión más detallada respecto de cada sistema de derechos humanos nos permitirá confirmar los anteriores planteamientos.

En el caso del SIDH, son relevantes tanto la *Carta de la OEA* como instrumento base regional y el *Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* o *Protocolo de San Salvador*. Estos instrumentos aseguran los derechos económicos sociales y culturales –interconectados– con el DIC y otros derechos. Dice el *Protocolo de San Salvador* en su *Preámbulo*:

“[...] con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos; [...] si bien los derechos económicos, sociales y culturales fundamentales han sido reconocidos en anteriores instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional, resulta de gran importancia que éstos sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos en función de consolidar en América, sobre la base del respeto integral a los derechos de la persona, el régimen democrático representativo de gobierno así como el derecho de sus pueblos al desarrollo, a la libre determinación y a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales”.

Adicionalmente el artículo 14.1.a) de este instrumento señala que:

“Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a: participar en

on Human Rights”), como “Convenio Europeo de Derechos Humanos”, por lo que nosotros seguiremos esta última nomenclatura (incluyendo nuestras traducciones del inglés), salvo en los casos de citas literales que refieren a “la Convención”. v. https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf.

⁸⁵ Como verificaremos más adelante, ha sido la Corte IDH la que ha establecido que la Convención Americana ampara el derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, pero también de otros grupos minoritarios tradicionales y sus respectivos integrantes.

⁸⁶ Sobre este asunto también se observa el planteamiento del Juez Abreu, quien ha sostenido que los artículos 24 y 1.1 de la CADH que establecen, respectivamente, la igualdad ante la ley y la obligación de respetar los derechos, “son dos ejes transversales que cruzan” el conjunto de derechos dado que los miembros de estos grupos minoritarios culturales “...son libres e iguales a todas las personas en dignidad y derechos y deberán gozar plenamente de los derechos humanos y las libertades fundamentales, sin obstáculos y discriminación de ninguna índole [incluso] en algunos casos, los Estados deberán adoptar medidas positivas para garantizar el pleno ejercicio de todos sus derechos humanos” (CORTE IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Voto parcialmente disidente Juez Abreu, párr. 34).

⁸⁷ De hecho, La Comisión Europea de Derechos Humanos ha observado en relación con este derecho a un trato equitativo que “...la CEDH no garantiza derechos a las minorías. Los derechos y libertades consagrados en la Convención son, según al artículo 1 de la Convención, **garantizados a ‘todos’** dentro de la jurisdicción de una Alta Parte Contratante. El disfrute de los derechos y libertades consagrados en la Convención se garantizará, de conformidad con el artículo 14, sin discriminación en ningún aspecto, como, entre otros, la asociación con una minoría nacional” (la negrita es nuestra). Véase, Comisión EDH, *G. and E. v. Norway* (“*The Alta Case*”), N° 9278/81 y 9415/81, admisibilidad, decisión 3 octubre de 1983, p. 35.

⁸⁸ TEDH, *Case Buckley v. United Kingdom*, N° 20348/92, sentencia 29 septiembre de 1996. Voto disidente, Juez Petiti. p. 27.

la vida cultural y artística de la comunidad”. Otro tanto añade el artículo 14.2 al sostener que “... los Estados partes en el presente Protocolo deberán adoptar las medidas necesarias para asegurar el pleno ejercicio de este derecho”⁸⁹.

Concordamos con el Juez Abreu, quien sostiene que, si bien en el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos “el DIC aún está en permanente construcción y depende primordialmente de los derechos culturales”, el artículo 14 del *Protocolo de San Salvador* es una fuente de este derecho. En consecuencia, cuando señala que los estados reconocen el derecho de toda persona a participar en la vida cultural de la comunidad, establece la obligación específica de los estados de adoptar las medidas necesarias para asegurar el pleno ejercicio del DIC⁹⁰. De esta forma, este derecho es considerado integrante del *derecho a participar en la vida cultural*⁹¹. Desde esta perspectiva, por una parte, tiene el carácter de un derecho económico social y cultural. Sin embargo, por otra, el mismo *Protocolo de San Salvador* se preocupa de señalar su estatus jurídico equivalente a los derechos civiles y políticos, y de destacar la obligación de cumplimiento efectivo del derecho⁹². En este orden de ideas, hemos de tomar en consideración –dentro del marco del SIDH– la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* de 1948 (DADH). Esta declaración, más allá de su naturaleza jurídica no vinculante (fuente auxiliar), bajo la hermenéutica de la Corte IDH constituye un instrumento básico vinculado a la *Carta de la OEA* y la CADH. En este sentido, la DADH ha sido especialmente relevante para la Corte IDH en los casos referentes a países que solo han ratificado la Carta de la OEA y no la CADH. Su artículo XIII dispone que: “Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad...”, categoría que naturalmente incluye a los migrantes a quienes se les reconoce –en consecuencia– el derecho el DIC por ser un derecho que integra o forma parte del derecho a participar en la vida cultural⁹³.

En el ámbito europeo, observamos similares referencias respecto del derecho a participar de la vida cultural, lo que constituye –por su puesto– una referencia velada respecto del DIC de todas las personas. Aquí hemos de referirnos al *Convenio Marco del Consejo de Europa sobre el valor del patrimonio cultural para la sociedad* de 2005 (Convenio Faro)⁹⁴, cuyo *Preámbulo* reza:

⁸⁹ El artículo 14.2 del protocolo refuerza el mandato general ya contenido en el artículo 1 del mismo que dispone que: “**Artículo 1. Obligación de Adoptar Medidas.** Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”.

⁹⁰ Asimismo, vincula la obligación del artículo 14 del “Protocolo de San Salvador” con el artículo XIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que dispone que toda persona “tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad”. Véase, CORTE IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Voto parcialmente disidente juez Alirio Abreu, párrs. 20-23.

⁹¹ En relación con sus fuentes y contenido, señaló la Corte IDH que el “**derecho a participar en la vida cultural... incluye el derecho a la identidad cultural**” a la luz de la Carta de la OEA que establece (artículos 30, 45 f., 47 y 48) que contiene el compromiso de los Estados para que sus pueblos alcancen un desarrollo integral que abarca el campo, la cultura, y la incorporación y creciente participación de los sectores marginales de la población y en vida cultural a fin de lograr la plena integración de la comunidad nacional; para estimular la cultura y preservar y enriquecer el patrimonio cultural de los pueblos americanos” (CORTE IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina”, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de febrero de 2020. párr. 231.)

⁹² En el mismo sentido se pronuncia el juez Alirio Abreu, expresando que el derecho a la identidad cultural se fundamenta en el artículo 14 del Protocolo de San Salvador y que este obliga a los estados a adoptar medidas efectivas para asegurar su efectividad. v: CORTE IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Voto parcialmente disidente juez Alirio Abreu, párrs. 20-23. Abreu, además, vincula el derecho a la identidad cultural, contenido en el referido artículo 14 del Protocolo, con el derecho a la integridad personal y a la salud contemplado en el artículo 5 de la CADH y el artículo 10 del Protocolo de San Salvador. Como veremos en la sección correspondiente, esta interpretación será afirmada expresamente por la Corte IDH en su jurisprudencia más reciente. Véase, CORTE IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina”, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de febrero de 2020. párr. 231 (Nota 233).

⁹³ FAUNDES, Juan Jorge, BUENDÍA, Paloma. Hermenéuticas del derecho humano a la identidad cultural en la jurisprudencia interamericana, un análisis comparado a la luz del ICCAL. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Vol. 12, N°2.

⁹⁴ El FCNM de 1994 señala que: (Preámbulo) “... una sociedad pluralista y genuinamente democrática no solo debe respetar la identidad étnica, cultural, lingüística y religiosa de cada persona perteneciente a una minoría nacional, sino también crear las

“... uno de los objetivos del Consejo de Europa es lograr... que la persona y los valores humanos ocupen un lugar central dentro de un concepto más amplio e interdisciplinar de patrimonio cultural; [...] **toda persona** tiene derecho a establecer vínculos con el patrimonio cultural de su elección... lo que constituye un aspecto **de su derecho a tomar parte libremente en la vida cultural**, consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1948) y garantizado por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)” (la negrita es nuestra).

Adicionalmente, en su artículo 1 se definen los objetivos del Convenio Faro de 2005:

“ Los Estados parte del presente Convenio acuerdan: reconocer que **los derechos referentes al patrimonio cultural son inherentes al derecho a tomar parte en la vida cultural**, consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos; reconocer la responsabilidad personal y colectiva respecto al patrimonio cultural; subrayar que el objetivo de la conservación del patrimonio cultural y de su uso sostenible es el desarrollo de las personas y la calidad de vida; adoptar las medidas necesarias para llevar a la práctica... la aportación del patrimonio cultural en la construcción de una sociedad pacífica y democrática, y en el proceso de desarrollo sostenible y de promoción de la diversidad cultural...” (la negrita es nuestra).

Nótese que en su artículo 2 se contemplan algunas definiciones importantes en relación con lo que debe entenderse por patrimonio cultural:

“Definiciones. A efectos del presente Convenio, por patrimonio cultural se entiende un conjunto de recursos heredados del pasado que las personas identifican, con independencia de a quién pertenezcan, como reflejo y expresión de valores, creencias, conocimientos y tradiciones propios y en constante evolución. Ello abarca todos los aspectos del entorno resultantes de la interacción entre las personas y los lugares a lo largo del tiempo”.

Entre estos elementos que definen la noción de *patrimonio cultural* se observan aquellos que integran la definición inicialmente planteada en este estudio respecto de lo que debe entenderse por DIC. En consecuencia, las previsiones del *Convenio Faro* antes revisadas también nos conducen a las mismas conclusiones respecto de las previsiones revisadas en el SIDH: el DIC viene a ser un derecho que integra o forma parte del derecho a participar en la vida cultural y que en el SEDH -según las previsiones antes revisadas- se reconoce a todas las personas incluyendo a los migrantes.

Al igual que lo hicimos respecto de las normas internacionales erigidas en el ámbito universal, una revisión de las previsiones existentes en los ámbitos regionales –tanto en el SIDH como en el SEDH– nos permiten arribar a similares conclusiones: i) en los instrumentos internacionales que integran los ámbitos regionales (SIDH y SEDH) se observa el reconocimiento a todas las personas del derecho a participar de la vida cultural. Ello implica el reconocimiento del DIC, ya que este último viene a ser parte integrante de aquel. Ello amplía la comprensión de la titularidad de este derecho desde los pueblos indígenas y tribales, a otros grupos, como un derecho de carácter general de *toda persona*. Luego, se fortalece el derecho al ampliar su marco de aplicación como derecho general. (ii) Se plantea el DIC como un derecho dependiente del derecho a la participación en la vida cultural (DESC) y, esta vez, ya no necesariamente como una categoría au-

condiciones apropiadas que permitan expresar, preservar y desarrollar esa identidad; [...] es necesaria la creación de un clima de tolerancia y diálogo para permitir que la diversidad cultural sea una fuente y un factor, no de división, sino de enriquecimiento de cada sociedad”. (artículo 4) “1... A este respecto, tendrán debidamente en cuenta las condiciones específicas de las personas pertenecientes a las minorías nacionales. 2. Las medidas adoptadas de conformidad con el apartado 2 no se considerarán un acto de discriminación. (artículo 5) “1. Las partes se comprometen a promover las condiciones necesarias para permitir a las personas pertenecientes a minorías nacionales mantener y desarrollar su cultura, así como preservar los elementos esenciales de su identidad, a saber, su religión, lengua, tradiciones y patrimonio cultural...” (artículo 6) “1. Las partes promoverán un espíritu de tolerancia y de diálogo intercultural, y tomarán medidas eficaces para favorecer el respeto y la comprensión mutuas entre todas las personas que vivan en su territorio, sea cual fuere su identidad étnica, cultural, lingüística o religiosa, en particular en los campos de la educación, de la cultura y de los medios de comunicación. 2. Las Partes se comprometen a tomar las medidas apropiadas para proteger a las personas que puedan ser objeto de amenazas o de actos de discriminación, de hostilidad o de violencia a consecuencia de su identidad étnica, cultural o religiosa”.

tónoma, emergente de la interconexión entre los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación; iii) observamos una ampliación del marco de reconocimiento del DIC para incluir aquí a los migrantes⁹⁵.

3.2 Identidad cultural de los migrantes y su catalogación como minorías.

En los ámbitos regionales el DIC también se reconoce en otros instrumentos regionales, pero su aplicación solo se observa respecto de aquellas personas pertenecientes a minorías, bajo parámetros que han de variar dependiendo del sistema de que se trate.

Respecto del SIDH, ya habíamos adelantado la ausencia de prescripciones normativas textuales relativas al DIC. Es mediante un procedimiento de hermenéutica que se han vinculado sus disposiciones con un conjunto de otros instrumentos de diversa naturaleza, en particular el *Protocolo de San Salvador*, para asegurar su reconocimiento del derecho a la participación en la vida cultural y, dentro de él, el DIC⁹⁶. Esta argumentación de la Corte IDH y su hermenéutica extensiva, se basa, en las disposiciones generales de la CADH relativas a la obligación de respetar los derechos, el deber de adoptar disposiciones de derecho interno y las normas de interpretación⁹⁷ así como en el marco de las reparaciones ordenadas conforme ese instrumento⁹⁸, tanto en las decisiones propiamente tales, como en los votos particulares de algunos de sus jueces.

En la jurisprudencia emanada de la Corte IDH observamos diversos criterios hermenéuticos relativos a la configuración del derecho DIC. Si bien es cierto que estos han sido dictaminados en el marco de protección de grupos minoritarios (específicamente, pueblos, comunidades indígenas y sus miembros), no es menos cierto que las fuentes de tales pronunciamientos -en concatenación con los argumentos expuestos a lo largo de este estudio- nos autorizan a extender su aplicación respecto de los migrantes, entendiendo a estos como minorías. De hecho, la Corte IDH ha expandido sus criterios en cuanto a la titularidad de este derecho para incorporar a los pueblos afrodescendientes⁹⁹ y más recientemente a *todos los grupos*, sosteniendo que el DIC es un derecho que también les alcanza¹⁰⁰.

⁹⁵ FAUNDES, Juan Jorge, BUENDÍA, Paloma. Hermenéuticas del derecho humano a la identidad cultural en la jurisprudencia interamericana, un análisis comparado a la luz del ICCAL. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Vol. 12, N°2.

⁹⁶ CORTE IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lbaka Honbat* (nuestra tierra) vs. Argentina”, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de febrero de 2020, párr. 231.

⁹⁷ “**Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos** 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” “**Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno...** los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.” Y, “**Artículo 29. Normas de Interpretación.** Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”. Como se observa, la Corte IDH basa su hermenéutica extensiva que aplica ampliamente a los distintos derechos, en los artículos 1.1., 2, 29b y 63, objeto de este apartado.

⁹⁸ Al efecto, señala la Convención en su artículo 63: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.”

⁹⁹ CORTE IDH, Caso *Aloeboetoe* y otros Vs. Surinam, 10 septiembre de 1993 (Reparaciones y Costas); CORTE IDH Caso de la Comunidad *Moimana* Vs. Suriname, 15 junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas); CORTE IDH, Caso del Pueblo *Saramaka* vs. Surinam, 28 noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 128; CORTE IDH, Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras, 8 octubre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas; CORTE IDH, Caso Comunidad *Garífuna Triunfo de la Cruz* y sus miembros vs. Honduras. Fondo, reparaciones y costas, Sentencia 8 de octubre de 2015.

¹⁰⁰ CORTE IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lbaka Honbat* (nuestra tierra) vs. Argentina”, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de febrero de 2020, párrs. 231, 236, 240 (pp. 82-87; B1.1.4; B1.1.2, notas 233, 238).

La Corte IDH ha sostenido que el DIC es un derecho fundamental que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática¹⁰¹. Esta afirmación identifica el núcleo normativo del derecho que, concretamente, se materializa en el amparo de las formas de vida de los grupos minoritarios, su lengua, mecanismos de resolución de conflictos, religión, formas de organización y toma de decisión, entre otros aspectos. Todo lo cual, en lo jurídico, configura la interdependencia del DIC¹⁰² con otros derechos fundamentales, también amparados por la CADH. Además, tales planteamientos implican que la vulneración del DIC se traduce en la violación de los derechos asegurados en la CADH y una afectación a los valores democráticos que sostienen al SIDH.

Asimismo, en relación con la articulación de las fuentes internacionales citadas en los apartados anteriores, que configuran y dotan de contenido al derecho humano a la identidad cultural, fijando sus estándares de cumplimiento –bajo la hermenéutica de la Corte IDH (en especial la noción de *corpus iuris*)–, ha sostenido que:

“... las normas indicadas deben entenderse y aplicarse de forma armónica con otros compromisos internacionales de los Estados, tales como los que surgen, por ejemplo, del artículo 15 del [PIDESC] y del artículo 27 del [PDCP] o del Convenio 169. Por ello, no corresponde entender que tales normas mandan políticas estatales que propendan a la asimilación de grupos minoritarios, o con pautas culturales propias, a una cultura que se pretenda mayoritaria o dominante. Por el contrario, los mandatos de procurar un desarrollo ‘integral’, ‘incorporar’ y acrecentar la ‘participación’ de sectores poblacionales para su ‘plena integración’, estimular la cultura y ‘preservar y enriquecer’ el patrimonio cultural, deben entenderse en el marco del respeto a la propia vida cultural de los diversos grupos...”¹⁰³.

En relación con las fuentes, la Corte IDH también ha sostenido que el derecho a participar en la vida cultural incluye el DIC, a la luz de la Carta de la OEA (artículos 30, 45 f., 47 y 48) que contiene el compromiso de los Estados para que sus pueblos alcancen un desarrollo integral que abarca “la incorporación y creciente participación de los sectores marginales de la población y en la vida cultural... para estimular la cultura y preservar y enriquecer el patrimonio cultural de los pueblos americanos”¹⁰⁴.

De suerte tal que, en la visión jurisprudencial de este tribunal, en general, el ejercicio del derecho humano a la identidad cultural es una expresión del derecho a la participación cultural de toda persona; y, en particular, reconoce el valor de las manifestaciones culturales (inicialmente de los pueblos indígenas y otros grupos afrodescendientes y finalmente de otros grupos, lo que incluye a los migrantes como minorías). Así, la identidad cultural constituye la base material de un conjunto de derechos humanos a los que corresponde amparo, mediante una hermenéutica propia y medidas efectivas, por parte del Estado y, en general, la protección de la diversidad cultural y del DIC se relevan como presupuestos democráticos del SIDH.

En el ámbito europeo, el CEDH –al igual que la CADH– tampoco considera en su texto de forma expresa el derecho humano a la identidad cultural. Por ello, es necesario tener en consideración la revisión

¹⁰¹ CORTE IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Sentencia de 12 junio 2012, párr. 217; CORTE IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina”, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de febrero de 2020, párr. 231 (Nota 233); CORTE IDH, *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie 304-, párr. 158; CORTE IDH, *Caso Pueblo Xucuro vs. Brasil* (2018), párr. 125; CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaska vs. Paraguay*, sentencia 29 marzo 2006, párrs. 138, 212; CORTE IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakeye Axa Vs. Paraguay*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia 17 de junio de 2005, párr. 143, 149.

¹⁰² CORTE IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina”, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de febrero de 2020. También véase FAUNDES, Juan Jorge, CARMONA, Cristóbal, SILVA, Pedro Pablo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hermenéutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la consulta, a la luz de la sentencia “*Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina”. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Vol. 10, N° 2, 2020. pp. 644 – 675.

¹⁰³ CORTE IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina”, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de febrero de 2020, párr. 231.

¹⁰⁴ CORTE IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina”, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de febrero de 2020. parr. 231.

jurisprudencial del TEDH¹⁰⁵ respecto de diversos casos vinculados a derechos culturales de minorías¹⁰⁶. Esta interpretación hermenéutica se fundamenta en la protección de la vida privada y familiar (art. 8 CEDH); los derechos lingüísticos y educativos (art. 2 del Protocolo N°1); la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 9 CEDH), el derecho a la libertad de reunión y asociación (artículo 11 CEDH); y la libertad de expresión (artículo 10 CEDH). Paralelamente, diversos casos han considerado la discusión de las garantías judiciales del artículo 6.1 del CEDH, en relación con el Derecho a un proceso equitativo.

En lo relativo a los artículos 8 y 14 del CEDH para el tratamiento de las minorías vulnerables, se ha sostenido que los derechos protegidos por los referidos artículos “son indisociables”¹⁰⁷. De este modo, podemos observar que los derechos resguardados en los artículos 14 (prohibición de discriminación) y 8 (vida familiar) del CEDH, según la interpretación del TEDH, amparan la identidad étnica de quienes son parte de una minoría nacional y, a su vez, en dicha identidad, protegida por el referido convenio, se encuentran contenidos los elementos propios de la identidad cultural. La prohibición de discriminación (art. 14 CEDH) también se ha asociado con los derechos lingüísticos y educativos (art. 2 del Protocolo N°1)¹⁰⁸, con la libertad religiosa (Artículo 9 del CEDH)¹⁰⁹, libertad de asociación y de reunión (Artículo 11 del CEDH) junto a la libertad de expresión (Artículo 10 del CEDH)¹¹⁰. Para el TEDH el origen étnico no puede ser causa de discriminación y que muchas veces se deben introducir diferenciaciones, como medidas positivas, para *corregir desigualdades fácticas*¹¹¹. De este modo se ha reconocido a las minorías, entre otros aspectos, el derecho a: desarrollar libremente las diversas formas de vida tradicional, la libertad de manifestar su religión o sus convicciones, individual o colectivamente, en público o en privado y o con otros, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observación de los ritos; la no discriminación en la enseñanza y a que ella se armonice con el uso de la lengua de esas minorías¹¹².

¹⁰⁵ Según el TEDH, el derecho a la identidad cultural es comprendido, indirectamente, entre otros, bajo los artículos 8, que contempla el derecho a vivir de acuerdo con una identidad cultural y el derecho a elegir libremente la identidad cultural, el artículo 9 como derecho a la identidad religiosa, y el artículo 11, que ampara la libertad de asociación bajo un fin cultural (COUNCIL OF EUROPE, 2011, pp. 14-22).

¹⁰⁶ En el marco europeo, son relevantes para la protección de este derecho las previsiones del FCNM. Asimismo, en los artículos 7, 8 y 9 el FCNM (1994) asegura el derecho de las personas pertenecientes a minorías a la libertad de reunión, de asociación, de expresión y la de pensamiento, conciencia y religión. En los artículos 10, 11 y 14 el derecho a sus lenguas minoritarias, en artículo 13 se establecen derechos en materia. Y el artículo 15 dispone que: “Las Partes establecerán las condiciones necesarias para la participación efectiva de las personas pertenecientes a minorías nacionales en la vida cultural, social y económica, así como en los asuntos públicos, en particular los que los afecten.”

¹⁰⁷ TEDH, *Case Buckley v. United Kingdom*, N°20348/92, sentencia 29 septiembre de 1996. Voto disidente, Juez Petiti. pp. 29, 31. Los primeros antecedentes para la formulación de una interpretación que respetase los derechos de las minorías se observan en algunos votos disidentes que señalaron lo siguiente: “Se ha manifestado ante el Tribunal que la solicitante, como Gitana, tiene los mismos derechos y deberes que todos los demás miembros de la comunidad. Creo que esta es una simplificación excesiva de la cuestión de los derechos de las minorías. Puede que no sea suficiente para prevenir la discriminación que los miembros de grupos minoritarios reciben un trato igual ante la ley. En orden a establecer la igualdad de hecho, puede ser necesario un trato diferente para preservar su patrimonio cultural especial” (TEDH, *Case Buckley v. United Kingdom*, N°20348/92, sentencia 29 septiembre de 1996. Voto disidente, Juez Lohmus. p. 26.). Posteriormente, en el 2001 el TEDH operó un modo particular de reconocimiento del derecho humano a la identidad cultural, considerando el derecho a mantener la identidad de una minoría, a llevar su vida privada y familiar conforme con su propia tradición, todo, de acuerdo con el artículo 8 del CEDH (ELOSEGUI ITXACO, María. El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. Tribunal supremo de Canadá y TEDH ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público. Navarra: Editorial Aranzandi, 2013. pp. 22, 230-235).

¹⁰⁸ TEDH, *Caso D.H. c. República Checa, [GC]*, N°57325/00, sentencia 7 de febrero de 2006. parr.176; TEDH, *Caso Sampanis y otros c. Grecia*, N° 32526/05, sentencia 5 de junio de 2008; TEDH, *Caso Oršuš y otros c. Croacia*, N°15766/03, sentencia 16 de marzo de 2010. parr. 143.

¹⁰⁹ Sobre asuntos relativos al derecho de los padres a la educación religiosas de sus hijos, uso de símbolos religiosos, vestimentas religiosas, véase, TEDH, *Laustsi y otros con Italia*, N°30814/06, 3 de noviembre de 2009; TEDH, *Muñoz Díaz con España*, N°49151/07, sentencia 8 de diciembre 2009; TEDH, *Caso Leyla Sabın con Turquía*, N°44774/1998, sentencia 29 junio 2004; TEDH, *S.A.S. versus Francia*, N°43835/2011, (G.S.) sentencia 1 de julio 2014;

¹¹⁰ TEDH, *Caso Sidiropoulos y otros contra Grecia*, N° 26695/95, sentencia 10 de julio 1998; TEDH, *Caso Stankov y la Organización Unida de Macedonia Ilinden c. Bulgaria*, N° 29221/95 y N° 29225/95, sentencia 2 de octubre de 2001.

¹¹¹ TEDH, *Asunto Sejdic y Finci c. Bosnia-Herzegovina*, N°27996/06 y 34836/06, (GS) sentencia 22 diciembre 2009, párr. 44.

¹¹² v. FAUNDES, Juan Jorge. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al Derecho Humano a la Identidad Cultural” *Brazilian Journal of International Law*. Vol. 11, N° 3, pp. 222-

Adicionalmente, el TEDH ha entendido que la diversidad cultural y el pluralismo, son valores basales del orden democrático que resguarda el CEDH¹¹³. De este modo, el TEDH –al igual que lo observado por la Corte IDH en el SIDH– también se ha referido respecto de los derechos culturales como un valor relevante en un sistema democrático¹¹⁴. El TEDH se ha decantado por reconocer la importancia de la diversidad cultural y el respeto de las culturas de los diferentes grupos, como valor democrático general y al mismo tiempo, ha hecho referencia a la *vulnerabilidad* de los grupos minoritarios¹¹⁵. Ello resulta de interés si tomamos en cuenta que en la sección inicial hicimos también referencia a la asociación existente entre las minorías y la vulnerabilidad, como elementos que caracterizan a los migrantes y que autoriza la inclusión de estos grupos dentro de estas categorías. Esta vulnerabilidad es la que exige a los gobiernos (y al TEDH en su control) una atención especial a las necesidades y al “modo de vida propio” –romaní en este caso–, tanto en la reglamentación general, como en la ponderación de acciones y de decisiones de casos concretos¹¹⁶. Esta necesidad de brindar protección a las minorías y grupos vulnerables, su identidad, cultura y modo de vida, aporta en el entendimiento del contenido del DIC como derecho humano y pilar democrático europeo e interamericano.

4 Conclusiones.

El derecho humano a la identidad cultural esta imbricado en las libertades inherentes a la dignidad de la persona e integra –en un proceso permanente– la diversidad cultural como valor de las sociedades democráticas. Entendido como un *derecho síntesis*, considera enlazados el derecho a la identidad y el derecho a la cultura. Sujeto a una reinterpretación constante, los requerimientos del DIC han de diversificarse dependiendo de las necesidades particulares de cada grupo. En el caso de los migrantes, el ejercicio del este derecho –desde una perspectiva colectiva o individual– estará vinculado a sus sistemas de valores, sus creencias, tradiciones y empleo de su idioma. El reconocimiento del DIC ha crecido progresivamente, ganando gran consideración entre los expertos y profesionales de los derechos humanos. No obstante, su protección internacional no se observa contenida en un único instrumento, sino que su configuración y desarrollo progresivo se desprende de la interpretación de diversos tratados, declaraciones y demás convenios internacionales adoptados tanto en el ámbito universal como regional. El estudio propuesto nos ha permitido arribar a las siguientes conclusiones:

En la sección 1.1 de este artículo apuntamos a una interpretación amplia de los diversos instrumentos internacionales que conforman el ámbito universal, a fin de observar la reiterada presencia de prohibiciones de discriminación en relación con el trato que se brinda a los migrantes en lo tocante al ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales. Ello se traduce en el deber de reconocimiento por parte de los Estados de las diferencias y particularidades de los migrantes como un elemento de su dignidad personal. Por tanto, estos últimos estarían autorizados a justificar el ejercicio del DIC como derecho humano con base al principio de igualdad y no discriminación.

De acuerdo con los planteamientos de la sección 1.2 de este artículo, el reconocimiento de la identidad cultural a favor de los migrantes –bajo una interpretación estricta de los instrumentos internacionales pro-

255. 2020c.

¹¹³ TEDH, *Asunto Sejdic y Finci c. Bosnia-Herzegovina*, N°27996/06 y 34836/06, (GS) sentencia 22 diciembre 2009, párr. 44; TEDH, *Laustsi y otros con Italia*, N°30814/06, 3 de noviembre de 2009. párr. 56.

¹¹⁴ v. FAUNDES, Juan Jorge. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al Derecho Humano a la Identidad Cultural” *Brazilian Journal of International Law*. Vol. 11, N° 3, pp. 222-255. 2020c.

¹¹⁵ TEDH, *Caso Sampanis y otros c. Grecia*, N° 32526/05, sentencia 5 de junio de 2008, párrs. 37, 71. También v.: TEDH, *Caso Oršus y Otros c. Croacia*, N°15766/03, sentencia 16 de marzo de 2010, párr. 77.

¹¹⁶ TEDH, *Caso D.H. c. República Checa, [GC]*, N°57325/00, sentencia 7 de febrero de 2006. párr. 181.

Siguiendo el precedente de Chapman contra Reino Unido. v. TEDH, *Caso Chapman c. Reino Unido*, N°27238/95, (GS) 18 de enero de 2001, párr. 96; Connors contra Reino Unido, núm. 66746/01, 27 de mayo de 2004, párr. 84

pios del sistema universal— subyace en la base de considerarles como pertenecientes a minorías. Aunque no existe un consenso respecto de lo que debe entenderse por minoría y la tipología de estas es bastante extensa, ello no obsta para incluir dentro de ellas a los migrantes como *nuevas minorías transnacionales* por cumplir con la mayoría de los criterios relevantes para clasificar a un grupo dentro de las nociones más aceptadas al respecto. Así, conforme las fuentes estudiadas, estas nuevas minorías tienen derecho a que se les reconozcan sus particularidades y diferencias, mediante el pleno ejercicio de su derecho humano a la identidad cultural. El Estado está en el deber de asegurar la realización y el ejercicio de este derecho.

La revisión presentada en la sección 2.1 concluye que los instrumentos internacionales que integran los sistemas regionales, europeo e interamericano, reconocen a todas las personas del derecho a participar de la vida cultural.

En particular, la Corte IDH ha ampliado la comprensión de la titularidad de este derecho desde, inicialmente, los pueblos indígenas y tribales, a otros grupos, hasta alcanzar una comprensión del DIC como derecho humano de carácter general, de *toda persona*, dependiente del derecho a la participación en la vida cultural y no, necesariamente, como una categoría autónoma, emergente de la interconexión entre los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación. Finalmente, en esta sección observamos una ampliación del marco de reconocimiento del derecho humano a la identidad cultural para incluir aquí a los migrantes.

En la sección 2.2 de este estudio observamos que el DIC también se reconoce en otros instrumentos regionales, pero su aplicación solo se observa respecto de aquellas personas pertenecientes a minorías, bajo parámetros que han de variar dependiendo del sistema regional de derechos humanos de que se trate.

En el SIDH el reconocimiento del derecho humano a la identidad cultural se ha logrado mediante un procedimiento de hermenéutica que ha vinculado las disposiciones de la CADH con un conjunto de otros instrumentos de diversa naturaleza para asegurar el reconocimiento del derecho a la participación en la vida cultural y, dentro de él, el DIC. Si bien es cierto que estos han sido dictaminados en el marco de protección de grupos minoritarios (específicamente, pueblos, comunidades indígenas y sus miembros), las fuentes de tales pronunciamientos —en concatenación con los argumentos expuestos a lo largo de este estudio— autorizan a extender su aplicación respecto de los migrantes considerados como grupos minoritarios culturales. Así lo ha entendido la Corte IDH al expandir sus criterios precedentemente en cuanto a la titularidad de este derecho para incorporar a todos los grupos, sosteniendo que la identidad cultural es un derecho que también les alcanza (caso concreto de los pueblos afrodescendientes).

La Corte IDH ha sostenido que el DIC es un derecho fundamental que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática, lo que identifica el núcleo normativo del derecho que, concretamente, se materializa en el amparo de las formas de vida de los grupos minoritarios, su lengua, mecanismos de resolución de conflictos, religión, formas de organización y toma de decisión, entre otros aspectos. Tales planteamientos implican que la vulneración del DIC de estos grupos minoritarios se traduce en la violación de los derechos humanos asegurados en la CADH y una afectación a los valores democráticos que sostienen al SIDH.

En el ámbito europeo, para el TEDH el origen étnico no puede ser causa de discriminación, por lo que muchas veces se deben introducir diferenciaciones, como medidas positivas, para corregir desigualdades fácticas. Así, tras asociar el derecho a la no discriminación con otros derechos, el TEDH ha reconocido a las minorías, entre otros aspectos, el derecho a: desarrollar libremente las diversas formas de vida tradicional, la libertad de manifestar su religión o sus convicciones, individual o colectivamente, en público o en privado y o con otros, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observación de los ritos; la no discriminación en la enseñanza y a que ella se armonice con el uso de la lengua de esas minorías. Ello debiese hacerse extensible a los migrantes por su catalogación como minorías. Asimismo, el TEDH —al igual que lo observado en el SIDH— también se ha referido a la al respecto de los derechos culturales como un valor relevante en un sistema democrático, decantándose por reconocer la importancia de la diversidad cultural y

el respeto de las culturas de los diferentes grupos, como valor democrático general y al mismo tiempo, ha hecho referencia a la vulnerabilidad de los grupos minoritarios. Ello resulta de interés si tomamos en cuenta que en la sección inicial hicimos también referencia a la asociación existente entre las minorías y la vulnerabilidad, como elementos que caracterizan a los migrantes y que autoriza la inclusión de estos grupos dentro de estas categorías. Esta vulnerabilidad es la que exige a los gobiernos (y al TEDH en su supervisión) una atención especial a las necesidades y al “modo de vida propio” tanto en la reglamentación general, como en la ponderación de acciones y de decisiones de casos concretos.

De esta forma, desde sus fuentes y conforme la jurisprudencia revisada, podemos afirmar la existencia del derecho humano a la identidad cultural de los migrantes, justificada, tanto, en el derecho a la igualdad y no discriminación de los integrantes de las minorías; como en la necesidad de brindar protección a las minorías y grupos vulnerables, su identidad, cultura y modo de vida, en el entendimiento que el derecho humano a la identidad cultural es un valor fundante de las sociedades democráticas.

Referencias.

- AGUILAR, Gonzalo. *La dinámica internacional de la cuestión indígena*. Santiago: Librotecnia. 2007.
- AGUILERA PORTALES, Rafael. Concepto y fundamento de los Derechos Humanos en la teoría jurídica contemporánea. En: AGUILAR CARVALLO, Gonzalo (editor). *60 años después: enseñanzas pasadas y desafíos futuros: Conmemoración de los 60 años de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Santiago: Librotecnia, 2008. p. 17-75.
- ANAYA, James. International human rights and indigenous peoples: the move toward the multicultural state. *Arizona Journal of International & Comparative Law*, vol. 21, N° 1 pp. 13-61. 2004.
- ANDRADE, María José. Pueblos indígenas y minorías nacionales: similitudes y diferencias en la protección internacional de sus derechos. *Revista Campos en Ciencias Sociales*, N°6, v. 2, pp. 13-48.
- ARP, Jörn, *Las minorías nacionales y su protección en Europa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- AYSA-LASTRA, Maria; CACHÓN, Lorenzo. Introduction: Vulnerability and Resilience of Latin American Immigrants During the Great Recession. En: AYSA-LASTRA, Maria; CACHÓN, Lorenzo (eds.). *Immigrant vulnerability and resilience: Comparative perspectives on Latin American immigrants during the Great Recession*. España: Springer. 2015. p. 1-21.
- BARROSO, Luis Roberto. *La dignidad de la persona humana em el derecho constitucional contemporáneo. La construcción de un concepto jurídico a la luz de la jurisprudencia mundial*. Traducción Simone Nevares. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2014.
- BASCH, Nina; GLICK SCHILLER, Linda; SZANTON BLANC, Cristina. *Nations Unbound: Transnational Project, Postcolonial Predicaments, and De-territorialized Nation States*. New York: Routledge, 1993.
- BENHABIB, Seyla. *The claims of culture: equality and diversity in the global era*. New Jersey: Princeton university press, 2002.
- BLACKWELL Maylei; HERNÁNDEZ, Rosalva; HERRERA, Juan; MACLEOD, Morna; RAMÍREZ, Renya; SIEDER, Rachel; SIERRA, María; SPEED, Shannon. Cruces de fronteras, identidades indígenas, género y justicia en las Américas. *Desacatos*, N° 31, p. 13-34, sep./dic. 2009.
- BENNOUNE, Karima. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, documento de las Naciones Unidas A/HRC/31/59, 2016. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/31/59>. Acceso: 10 dic. 2020.

BUSTAMANTE, Jorge. Un marco de referencia acerca de la vulnerabilidad de los migrantes como sujetos de los derechos humanos. Taller sobre mejores prácticas en materia de migración. CEPAL, 2000.

BUSTAMANTE, Jorge. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, documento de las Naciones Unidas A/HRC/14/30, 2010. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/14/30>. Acceso: 4 oct. 2020.

CASTILLO, Luis. La relación entre los ámbitos normativos internacional y nacional sobre derechos humanos. **Estudios Constitucionales**, vol. 10, N° 2, p. 231-280. 2012.

CORREA, Juan José. Identidades, arraigos y soberanías. Migración peruana en Santiago de Chile. **Polis Revista Latinoamericana**, vol. 14, N° 42, p. 167-189. 2015.

CAPOTORI, Francesco. Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, 1979. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/10387?ln=en>. Acceso: 15 may. 2021.

CRÉPEAU, François. Derechos humanos de los migrantes: Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, documento de las Naciones Unidas A/69/302, 2014. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/501/99/PDF/N1450199.pdf?OpenElement>. Acceso: 13 mar. 2020.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, documento de la Organización de los Estados Americanos OEA/Ser.L/V/II.116, 2002. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1975>, Acceso: 10 mar. 2021.

COMISIÓN EDH, G. and E. v. Norway (“Hhe Alta Case”), N° 9278/81 y 9415/81, admisibilidad, decisión 3 octubre de 1983.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General No. 15, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, documento de las Naciones Unidas HRI/GEN/1/Rev.7, 1986. Disponible en: <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom15.html>. Acceso: 3 nov. 2020.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación general 21: Trato humano de las personas privadas de libertad (artículo 10), documento de las Naciones Unidas HRI/GEN/1/Rev.9, 1992. Disponible en: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN21. Acceso: 2 ene. 2021.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación general N° 23: Derecho de las minorías (artículo 27), documento de las naciones unidas HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 1994. Disponible en: [https://undocs.org/es/HRI/GEN/1/Rev.9\(Vol.I\)](https://undocs.org/es/HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I)). Acceso: 30 jul. 2021.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General No. 31: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 2004. Disponible en <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=478b26ea2>. Acceso: 8 sep. 2021.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación general N° 21: Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, documento de las Naciones Unidas E/C.12/GC/21/Rev.1, 2009. Disponible en: <https://undocs.org/es/E/C.12/GC/21>. Acceso: 3 oct. 2021. parr. 9).

COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES. Observación general N° 2 sobre los derechos de los trabajadores

migratorios en situación irregular y de sus familiares, documento de las Naciones Unidas CMW/C/GC/2, 2013. Disponible en: <https://undocs.org/es/CMW/C/GC/2>. Acceso: 4 oct. 2020.

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL. Recomendación General N° 30 relativa a la discriminación contra los no ciudadanos, 2004. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/5d7fc37ca.html>. Acceso: 30 may. 2021.

CORTE IDH. *Opinión Consultiva OC-18/03 sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados (2003)*, 17 septiembre 2003, Serie A N° 18.

CORTE IDH. Resolución 2/11 sobre la Situación de los Detenidos de la Bahía de Guantánamo, Estados Unidos, Medidas Cautelares 259-02, 2002. disponible en <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Resoluci%C3%B3n%202-11%20Guant%C3%A1namo.pdf>. Acceso: 5 abr. 2021.

CORTE IDH, *Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*, 10 septiembre de 1993. Reparaciones y Costas.

CORTE IDH Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname, 15 junio de 2005. Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas.

CORTE IDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005. Fondo, Reparaciones y Costas.

CORTE IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, sentencia 29 marzo 2006. Fondo, Reparaciones y Costas.

CORTE IDH, Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, 28 noviembre de 2007. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

CORTE IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Sentencia de 12 junio 2012. Fondo, reparaciones y costas.

CORTE IDH, Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras, Sentencia de 8 octubre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

CORTE IDH, Caso Pueblo Xucuro Vs. Brasil, Sentencia de 5 de febrero de 2018. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

CORTE IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) Vs. Argentina”, sentencia de 6 de febrero de 2020. Fondo, reparaciones y costas.

DESCHENES, Jules. Proposal concerning a definition of the term “minority”, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1985/31, 1985. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/88267?ln=en>. Acceso: 7 agosto 2021.

DE LUCAS, Javier. Europa. Derechos, Culturas. Valencia: PUV, Tirant lo Blanch, 2006.

DEL CARPIO, Columba. Pluralismo Jurídico, derecho humano a la identidad cultural y globalización. Navarra: Editorial Aranzadi SA, 2014.

DEL REAL, Alberto. El DIC: ¿derecho de la persona o derecho de los pueblos? Pamplona: Editorial Aranzadi S.A., 2014.

DIÈNE, Doudou; MCDUGALL, Gay. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo/racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia: seguimiento y aplicación de la declaración y programa de acción de Durban, documento de las Naciones Unidas A/HRC/7/19/Add.5 y A/HRC/7/23/Add.3 (Informe conjunto), 2008. Disponible en: <https://undocs.org/sp/A/HRC/7/19/Add.5>. Acceso: 12 abril 2021.

DONDERS, Yvonne. Towards a Right to Cultural Identity? Yes, Indeed! **Diritti umani y diritto internazionale**, vol 12, N° 5, p. 525-548. 2018.

ELOSEGUI ITXACO, María. El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. Tribunal supremo de Canadá y TEDH ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público. Navarra: Editorial Aranzandi, 2013.

FAUNDES, Juan Jorge. Derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un nuevo paradigma en la defensa penal indígena en Chile frente al Estado de Derecho hegemónico. **Revista Izquierdas**, N°45, p. 51-78. 2019a.

FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, vol. 9, N° 2, p. 513-535. 2019b.

FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, configuración conforme el derecho internacional y perspectivas de su recepción en Chile. **Revista Ius et Praxis**, vol. 26, N° 1, p. 77-100. 2020a.

FAUNDES, Juan Jorge. Horizontes Constituyentes. Reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina: los casos de Chile y Bolivia. Curitiba: Editora Appris, 2020b.

FAUNDES, Juan Jorge. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al Derecho Humano a la Identidad Cultural” **Brazilian Journal of International Law** . Vol. 11, N° 3, pp. 222-255. 2020c.

FAUNDES, Juan Jorge, BUENDÍA, Paloma. Hermenéuticas del derecho humano a la identidad cultural en la jurisprudencia interamericana, un análisis comparado a la luz del ICCAL. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Vol. 12, N°2.

FAUNDES, Juan Jorge; RAMÍREZ, Silvina (Eds.). Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina. Santiago: RIL, 2020.

FAUNDES, Juan Jorge, CARMONA, Cristobal, SILVA, Pedro Pablo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hermenéutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la consulta, a la luz de la sentencia “Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina”. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Vol. 10, N° 2, 2020.

FAUNDES, Juan Jorge; MELLO, Patricia. Grupos vulnerables. En: PIZZI, Jovino; CENSI, Maximiliano (Coordinadores). Glosario de Patologías Sociales. Pelotas: Ufpel, 2021. p. 104-115.

FERRER, Luis Gabriel. La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (FASCÍCULO 5). En: COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (editores). Colección del Sistema Universal de protección de los Derechos Humanos. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012, p. 1- 88.

GHOSH, Bimal. Derechos humanos y migración: el eslabón perdido. MORÁN QUIROZ, Luis (trad.). México: Red Internacional de Migración y Desarrollo Zacatecas, 2008.

GRIGORY IVANOVITCH, Tunkin. Droit international public: problèmes théoriques. Paris: Editions A. Pedone, 1965.

GROS ESPIELL, Héctor. La Organización Internacional del Trabajo y los derechos humanos en América Latina. México: UNAM, 1978.

GROSS ESPIELL, Héctor. La dignidad humana en los instrumentos internacionales sobre los derechos humanos. **Anuario de Derechos Humanos**, vol. 7, N° 1, p. 193-224. 2003.

GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS MINORIAS. Comentario del grupo de trabajo sobre las minorías acerca de la declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/AC.5/2005/2, 2005. Disponible en: file:///C:/Users/56931/Downloads/E_CN.4_Sub.2_AC.5_2005_2-ES.pdf. Acceso: 11 jul. 2021.

GUDMUNDUR, Alfredsson; TURK, Danilo. International mechanisms for the monitoring and protection of minority rights: Their advantages, disadvantages and interrelationships. En: BLOED, Arie (ed.). *Monitoring human rights in Europe: comparing international procedures and mechanisms*. Kluwer: Norwell MA, 1993. p. 169-86.

GONZALES CAMPOS, Julio, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio y SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz Andrés. *Curso de derecho internacional público*. Madrid: Civitas, 2002.

HABERMAS, Jürgen. El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. **Diánoia**, vol. LV, p. 3-25. 2010.

HERNÁNDEZ, Rosalva; HERRERA, Juan; MACLEOD, Morna; RAMÍREZ, Renya; SIEDER, Rachel; SIERRA, María; SPEED, Shannon. Cruces de fronteras, identidades indígenas, género y justicia en las Américas. **Desacatos**, N° 31, p. 13-34, septiembre/diciembre. 2009.

HÛBNER, Jorge. *Panorama de los derechos humanos*. Santiago: Editorial Andrés Bello. 1973. p. 19.

KAZTMAN, Rubén. Notas sobre la medición de la vulnerabilidad social. En: BID-Banco Mundial-CEPALIDEDEC. 5° Taller Regional. *La medición de la pobreza: métodos y aplicaciones (continuación)*. Santiago de Chile: CEPAL, 2000. p. 275-301.

KYMLICKA, Will. La evolución de las normas europeas sobre los derechos de las minorías: los derechos a la cultura, la participación y la autonomía. **Revista Española de Ciencia Política**, N° 17, p. 11-50, oct. 2007.

MARIÑO, Fernando; FERNÁNDEZ Carlos. Introducción y aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el derecho europeo. En: FERNÁNDEZ, Liesa; MARIÑO, Fernando (coord.). *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2001.

MECANISMO DE EXPERTOS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. Estudio sobre el papel de los idiomas y la cultura en la promoción y protección de los derechos y la identidad de los pueblos indígenas, documento de las Naciones Unidas A/HRC/EMRIP/2012/3. 2012. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/EMRIP/2012/3>. Acceso: 10 dic. 2020.

MEDDA-WINDISCHER, Roberta. Fundamentos para la protección de las antiguas y nuevas minorías. En: RUIZ, Eduardo; URRUTIA, Gorka (eds.). *Gestión de la diversidad en sociedades tradicionalmente divididas: Derechos humanos en contextos multiculturales. ¿Acomodo de derechos o derechos de acomodo?* Bilbao: Instituto de Derechos Humanos, 2010. p. 67-98.

MELLO, Patricia. Constitucionalismo, Transformação e Resiliência Democrática no Brasil: o Ius Constitutionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer?. **Revista Brasileira Políticas Públicas**, vol. 9, N°2, p. 254-286. 2019.

MELLO Patricia; LACERDA Clara. El derecho fundamental a la identidad cultural y el constitucionalismo en red en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil. En: FAUNDES, Juan Jorge; RAMÍREZ, Silvinba (Eds.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: RIL, 2020.

MARÍN, M^a Luisa. La dignidad humana, los Derechos Humanos y los Derechos Constitucionales. **Revista de Bioética y Derecho**, N° 9, p.1-8. 2007.

MORA CASTRO, Alberto. Inmigración, participación y estrategias de intervención en el ámbito de la salud: mediación intercultural, intervención psicosocial y promoción de derechos. En: DE LUCAS, Javier; SOLANGES Ángeles (eds.). *La igualdad en los derechos: claves de la integración*. España: Dykinson, 2009. p. 209-235.

MURPHY, Sean. *Principles of International Law*. Washington: Thomson West, 2006. pp. 320-326.

OLIVARES, Alberto. El Derecho a la identidad cultural. En: AGUILAR, Gonzalo (Coordinador). *Nuevos derechos para una nueva Constitución*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019. pp. 175-190.

OIM. respuestas presentadas por la Organización Internacional para la Migraciones (OIM) a algunas de las preguntas realizadas por la honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos, durante la audiencia realizada en el marco de la solicitud de opinión Consultiva sobre niñez migrante los días 9 y 10 de octubre de 2013, documento de la OIM DR/CDH/091, 2013. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/Observaciones/complementarias/escrito-OIM-14-11-2013.pdf>. Acceso: 4 sep. 2021.

ONU. Conferencia mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de Intolerancia, documento de la Organización de Naciones Unidas A/CONF.189/PC.2/7, 2001. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CONF.189/PC.2/7>. Acceso: 10 dic. 2020.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. *Glosario sobre migración*, 2006. Disponible en: http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf. Acceso: 3 mar. 2017.

PALACIOS TREVIÑO, Jorge. Los derechos humanos de los trabajadores migratorios y sus familias. En: OEA (editor). *Universalismo y Regionalismo a Inicios del Siglo XXI*. Río de Janeiro: OEA, 2010. p. 427-452.

PÉREZ-PRAT Luis. Inmigración y Derecho Internacional: ¿un acuerdo imposible? En: *Curso de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. 7. Bilbao: Universidad del País Vasco, 2007. p. 137-164.

RAMÍREZ, Silvina. Igualdad como Emancipación: los Derechos Fundamentales de los Pueblos indígenas. En: MARCELO ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto (coordinadores). *El Derecho a la Igualdad, aportes para un Constitucionalismo Igualitario*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2012. p. 30-50.

REMIRO BROTONS, Antonio. *Derecho Internacional Público: Tomo I. Principios fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1987.

RODRÍGUEZ VIGNOLI, Jorge. Vulnerabilidad y grupos vulnerables: un marco de referencia conceptual mirando a los jóvenes, 2001. Disponible en: https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/7150/S018659_es.pdf. Acceso: 18 sep. 2021.

RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo. El DIC de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. **Revista Internacional de Derechos Humanos**, vol. 5, p. 43-69. 2006.

RUIZ, Eduardo. Minorías Europeas y Estado de Derecho. En: GARCÍA RODRÍGUEZ, Isabel (ed.). *Las Minorías en una Sociedad Democrática y Pluricultural*. Madrid: Universidad de Alcalá, 2001. p. 51-90.

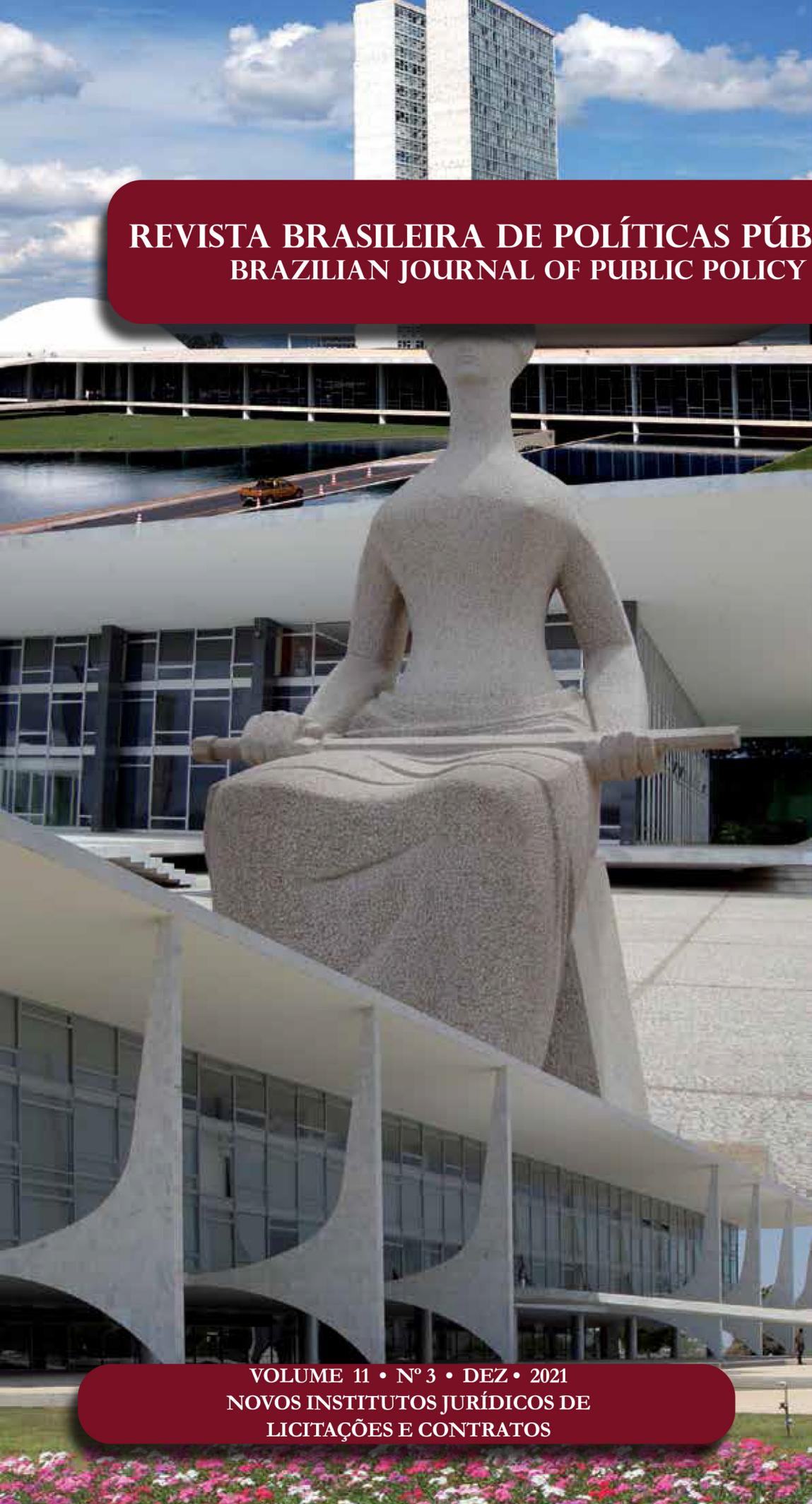
SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016;

SHAHEED, Farida. Report of the independent expert in the field of cultural rights, Ms. Farida Shaheed, submitted pursuant to resolution 10/23 of the Human Rights Council, documento de las Naciones Unidas A/HRC/14/36. 2010. Disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/HRC/14/36>. Acceso: 10 dic. 2020.

SHAHEED, Farida. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, documento de las Naciones Unidas A/67/287, 2012. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/67/287>. Acceso: 3 oct. 2021.

SHAW, Malcolm. *International Law*. 6ª edición. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. pp. 304-341.

- SOLÉ, Carlota; PARELLA, Sònia; ALARCÓN, Amado; BERGALLI, Valeria; GIBERT, Francesc. El impacto de la inmigración en la sociedad receptora. **Revista Española de Investigaciones Sociológicas**, España, 90, p. 31-157. 2000.
- SORIANO DÍAZ, Ramón Luis. Los Derechos de las Minorías. Madrid: Editorial Mad, 1999.
- SUBIRATS, Joan. Pobreza y Exclusión Social: Un análisis de la realidad española y europea: Colección Estudios Sociales. Barcelona: Fundación La Caixa, 2004.
- TEDH, Case Buckley c. United Kindom, N°20348/92, 29 septiembre de 1996.
- TEDH, Caso Sidiropulus y otros c. Grecia, N° 26695/95, 10 de julio 1998.
- TEDH, Caso Chapman c. Reino Unido, N°27238/95, (GS) 18 de enero de 2001.
- TEDH, Caso Stankov y la Organización Unida de Macedonia Ilinden c. Bulgaria, N° 29221/95 y N° 29225/95, 2 de octubre de 2001.
- TEDH, Connors c. Reino Unido, núm. 66746/01, 27 de mayo de 2004.
- TEDH, Caso Leyla Sahín c. Turquía, N°44774/1998, 29 de junio de 2004.
- TEDH, Caso D.H. c. República Checa, [GC], N°57325/00, 7 de febrero de 2006.
- TEDH, Caso Sampanis y otros c. Grecia, No 32526/05, 5 de junio de 2008.
- TEDH, Laustsi y otros c. Italia, N°30814/06, 3 de noviembre de 2009.
- TEDH, Muñoz Díaz c. España, N°49151/07, 8 de diciembre de 2009.
- TEDH, Asunto Sejdic y Finci c. Bosnia-Herzegovina, N°27996/06 y 34836/06, (GS) sentencia 22 de diciembre 2009.
- TEDH, Caso Oršuš y otros c. Croacia, N°15766/03, sentencia 16 de marzo de 2010.
- TEDH, S.A.S. c. Francia, N°43835/2011, (G.S.) sentencia 1 de julio de 2014.
- TONIATTI, Roberto. Los derechos del pluralismo cultural en la Nueva Europa. **R.V.A.P.**, N°. 58, vol. 2, p. 17-48. 2000.
- TONIATTI, Roberto. El paradigma constitucional de la inclusión de la Diversidad cultural: notas para una comparación Entre los modelos de protección de las minorías Nacionales en europa y de los pueblos indígenas en Latino américa. 2015 Disponible en: http://www.jupls.eu/images/JPs_WP_RT_Ponencia_2015.pdf. Acceso: 3 oct. 2021.
- VALLS, Ramón. El concepto de dignidad humana. **Revista de Bioética y Derecho**, N° 5, p. 278–285. 2015. p. 283-285).
- VENTURA-ROBLES, Manuel. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. **Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, vol. 40, p. 87–131. 2004.

The cover image is a photograph of a modern architectural complex. In the foreground, a large, white, seated female statue is the central focus. She is holding a long, thin object, possibly a scroll or a tablet, across her lap. The statue is positioned in front of a long, low building with a series of white, curved, cantilevered balconies. In the background, a tall, white, rectangular tower rises against a blue sky with scattered white clouds. A body of water is visible between the statue and the building. The overall scene is bright and clear, suggesting a sunny day.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

El acceso a la justicia y el debido proceso ante el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema: dos nociones del contencioso administrativo chileno

Access to justice and due process before the Constitutional Court and the Supreme Court: two notions in Chilean administrative litigation

Pedro Harris Moya

VOLUME 11 • Nº 3 • DEZ • 2021
NOVOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE
LICITAÇÕES E CONTRATOS

El acceso a la justicia y el debido proceso ante el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema: dos nociones del contencioso administrativo chileno*

Access to justice and due process before the Constitutional Court and the Supreme Court: two notions in chilean administrative litigation

Pedro Harris Moya**

Resumen

El presente artículo examina los pronunciamientos de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional sobre el acceso a la justicia y el debido proceso en el contencioso administrativo chileno. Para ello, se analiza en un primer momento el agotamiento de la vía administrativa y la extensión de los actos recurribles y, en segundo término, la garantía de doble instancia y la suspensión de los efectos del acto recurrido. El contraste de los pronunciamientos de ambas magistraturas permite concluir diferencias relevantes en tales ámbitos.

Palabras claves: Acceso a la justicia; Debido proceso; Contencioso administrativo.

Abstract

The present article examines the pronouncements of the Supreme Court and the Constitutional Court on access to justice and the due process of Chilean administrative litigation. For these purposes, the first step is to analyze the prior administrative appeal and the acts that cannot be challenged and, secondly, the guarantee of double degree of jurisdiction and the suspension of execution of administrative acts. The contrast of the pronouncements of both courts allows to conclude relevant differences in such areas.

Keywords: Access to justice; Due process; Administrative litigation.

1 Introducción

Aunque el acceso a la justicia y el debido proceso hayan sido garantías ampliamente analizadas en el derecho constitucional chileno, dicho análisis no ha sido desarrollado habitualmente con relación a las reclamaciones contenciosas administrativas. El estudio en conjunto de dichas garantías, sin embargo, revela una actualidad difícilmente cuestionable en este ámbito. No

* Recibido em 30/05/2021
Aprovado em 02/08/2021

** Abogado. Doctor en Derecho de la U. de Paris I, Panthéon-Sorbonne. Profesor de Derecho administrativo en Universidad Autónoma de Chile.
Email: pedro.harris@uautonoma.cl

sólo con relación a las problemáticas tradicionales que éstas han supuesto en el control de la Administración, sino también por el proceso de cambio constitucional actualmente en curso en Chile, el cual bien puede conllevar modificaciones trascendentes para determinar la forma en que tales derechos deben concretarse.

El punto de partida indiscutido al respecto considera, como un elemento esencial, las características institucionales del derecho chileno, que singularizan a este país en el contexto latinoamericano, al haber sido caracterizado por la doctrina como una excepción con relación a la especialización de los tribunales de justicia frente a esta clase de controversias. Pese a haber sido consagrados en la Constitución de 1925 y de 1980, Chile ha sido el único país latinoamericano que no ha establecido tribunales generales, especializados en el juzgamiento de los litigios administrativos¹, originando tal ausencia de implementación restricciones de acceso a la justicia largamente cuestionadas en este sector².

Sólo luego de la reforma constitucional de 1989, la jurisprudencia constitucional chilena calificaría a la totalidad de los litigios administrativos como una causa civil en 1993³, sujetando así a la Administración a un control pleno de los tribunales ordinarios. El legislador, consciente de dicho cambio, iniciaría a partir de entonces un desarrollo relevante de acciones y procesos con relación a tales litigios, creando cientos de reclamaciones contenciosas asociadas a las competencias del Poder Judicial⁴. Paralelamente, se establecerán también tribunales especiales que, sin tener un ámbito de competencia general, han permitido desarrollar la justicia administrativa en sectores específicos⁵.

Ha sido en función de dicho desarrollo que las garantías constitucionales de acceso a la justicia y debido proceso contencioso administrativo adquieren actualmente una relevancia particular en Chile. En efecto, no toda la doctrina ha interpretado que este desarrollo legislativo hubiera favorecido la concreción constitucional de tales derechos. Antes bien, la dispersión de acciones y procesos asociados en cientos de reclamaciones en materia administrativa ha contribuido a interpretar que, en rigor, este desarrollo ha constituido una verdadera limitación de la seguridad jurídica que el acceso a la justicia y al debido proceso requieren⁶, originado una posición crítica de la doctrina y la jurisprudencia.

La reacción jurisprudencial frente a dicho fenómeno no ha sido idéntica, sin embargo, según la sede que se trate. Una primera posición ha sido desarrollada por la Corte Suprema. Dicha magistratura ha conocido de la creación de estas reclamaciones, por aplicación del art. 77 inc. 3° de la Constitución, que consagra el

¹ VERGARA-BLANCO, Alejandro. *La tendance actuelle du droit chilien pour une juridiction administrative hyper-spécialisée*. 2014. p. 126. Disponible em: <http://vergarablanca.cl/2014-la-tendance-actuelle-du-droit-chilien-pour-une-juridiction-administrative-hyper-specialisee/> Acceso en: 20 mar. 2021. Todo ello, sin perjuicio de la existencia de la formación de una Consejo de Estado, en especial durante la Constitución de 1833, cuyo alcance no siempre ha sido interpretado de manera favorable a la existencia de un tribunal contencioso administrativo general. Mientras que un sector de la doctrina ha sostenido esta lectura - CAZOR, Kamel; FERRADA, Juan Carlos; BORDALÍ, Andrés. El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo, *Revista de Derecho*, Valdivia, v. 14, 2003. Una posición distinta ha sido afirmada por quienes, si bien reconocen su naturaleza contenciosa administrativa, cuestionan su alcance general - BOCKSANG HOLA, Gabriel. *El nacimiento del derecho administrativo patrio de Chile*. Santiago: Legal Publishing, 2015. p. 289.

² PIERRY, Pedro. Tribunales contencioso-administrativos. *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, n. 2, 2000. p. 56; FERRADA, Juan Carlos. La clasificación de los recursos o acciones contencioso – administrativas en el Derecho Administrativo chileno: la influencia de la doctrina francesa en nuestro derecho y su aplicación jurisprudencial. In: BERMÚDEZ, Jorge; FERRADA, Juan Carlos; URRUTIA, Osvaldo. *Doctrina y enseñanza del Derecho administrativo chileno: estudios en homenaje a Pedro Pierry Arrau*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2016. p. 328; PANTOJA, Rolando. La inexplicable ausencia de una justicia administrativa en el Estado de Chile. In: CISNEROS, Germán et al. *Justicia administrativa*. México: UNAM, 2007. p. 381; SOTO KLOSS, Eduardo. El Estado en la Constitución de 1833 (La libertad dentro del orden). *Revista de Derecho Público*, n. 33, 1983. p. 67.

³ Sentencia del Tribunal Constitucional, 22 de noviembre 1993, rol 176, c. 6°.

⁴ CORDERO, Eduardo. Contenciosos especiales y la acción de nulidad de derecho público: soluciones y límites en la jurisprudencia reciente. *El mercurio legal*, 2014; CARMONA, Carlos. El contencioso-administrativo entre 1990 y 2003. In: FERRADA, Juan Carlos. *La Justicia Administrativa*. Santiago: Lexisnexis, 2005. p. 183.

⁵ VERGARA-BLANCO, Alejandro. *La tendance actuelle du droit chilien pour une juridiction administrative hyper-spécialisée*. 2014. p. 126. Disponible em: <http://vergarablanca.cl/2014-la-tendance-actuelle-du-droit-chilien-pour-une-juridiction-administrative-hyper-specialisee/> Acceso en: 20 mar. 2021.

⁶ ARÓSTICA, Iván. Los contenciosos administrativos especiales en la legislación chilena. *Ins Publicum*, n. 20, 2008.

trámite de consulta de los proyectos de ley que modifiquen la organización y atribuciones de los tribunales de justicia. Por ello, la Corte Suprema en Chile ha tenido la ocasión de pronunciarse en múltiples ocasiones sobre la conveniencia o no de su consagración. Hace algunos años, no obstante, dicha magistratura formularía una proposición, sin relación con esta atribución.

Con ocasión del Acta de Acuerdo 176 de 2014, la Corte Suprema en Chile ha propuesto - de manera alternativa a la formulación de crear tribunales contenciosos administrativos al interior del Poder Judicial, como inicialmente lo previó el art. 38 inc. 2º de la Constitución de 1980- una modificación significativa de los recursos y procesos contenciosos administrativos, orientada a su unificación en torno a una reclamación específica. Según este criterio, habrá de tratarse de una unificación realizada conforme al reclamo de ilegalidad municipal, que parece también influenciar la interpretación de regímenes de reclamaciones no reguladas por el legislador en ciertos ámbitos, observándose manifestaciones de lo anterior frente a acciones y procesos desde el año 2015⁷.

El reclamo de ilegalidad municipal ha sido establecido en el art. 151 de la Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades de 1988. Sin embargo, su consagración en el Derecho chileno no se origina a partir de la entrada en vigor de esta ley. Aunque su antecedente ha sido el reclamo de ilegalidad del art. 5 transitorio del Decreto Ley de 1289 de 1976, su consagración legal anterior remonta al art. 115 de la Ley 11.860 de 1955. Se trata de una reclamación estructurada en torno a una legitimación activa variable según el acto que sea recurrido, con un plazo único, operando la impugnación inicial ante el alcalde y, una vez resuelta de manera expresa o implícita, ante la Corte de Apelaciones respectiva.

Diferentes aspectos de esta proposición son de interés frente al desarrollo de las garantías constitucionales de acceso a la justicia y debido proceso contencioso administrativo en Chile. El principal de ellos, a nuestro entender, es determinar si la unificación de acciones y procesos contenciosos administrativos propuesta por la Corte Suprema es coherente con el concepto que el Tribunal Constitucional chileno ha desarrollado de estas garantías fundamentales concurrentes, en las múltiples ocasiones en que se ha pronunciado sobre ellas, ya sea por la vía de su control preventivo obligatorio⁸, ya por los recursos de inaplicabilidad, conocidos y resueltos por dicha jurisdicción especializada desde el año 2005.

El análisis por contraste de la jurisprudencia de ambas magistraturas permite observar diferencias sensibles entre las nociones de acceso a la justicia y debido proceso contencioso administrativo. Aparentemente, ellas se explican porque, mientras que la Corte Suprema ha formulado una noción positiva de estas (al delimitar con precisión su contenido, en torno al reclamo de ilegalidad municipal), el Tribunal Constitucional chileno sólo ha consagrado una noción negativa, como resultado de sus pronunciamientos de inconstitucionalidad, con efecto relativo o absoluto. Sin embargo, en rigor, dicha variación existe porque al definir de esta forma el acceso a la justicia (I) y el debido proceso contencioso administrativo (II), han sido sostenidas interpretaciones divergentes entre sí.

⁷ En especial, con ocasión de la jurisprudencia favorable a la invalidación impropia o invalidación recurso, formulada frente a impugnaciones ante los Tribunales Ambientales chilenos. Pese a que la carencia de regulación expresa de esta acción ha motivado una posición crítica de la doctrina. MÉNDEZ, Pablo. ¿Acción general de reclamación ambiental? *Revista de Derecho Ambiental*, n. 9, 2018. p. 162. La forma en que este recurso contencioso ha sido interpretado por la Corte Suprema lo asemejan en diferentes aspectos al reclamo de ilegalidad municipal. Es el caso del agotamiento previo de la vía administrativa y el plazo para recurrir. Aunque la jurisprudencia ha sostenido diferentes interpretaciones sobre este último aspecto, los criterios actuales favorecen su formulación inicial. SALAMANCA, Carola; AHUMADA, María del Pilar. Breve recapitulación del estado de la discusión sobre la invalidación impropia en materia ambiental. In: FIGUEROA, Rodolfo. *Anuario de Derecho Público*. Santiago: Universidad Diego Portales, 2018. p. 289.

⁸ Art. 77 de la Constitución Política de 1980.

2 Las divergencias jurisdiccionales sobre el acceso judicial en materia administrativa

Diferentes disposiciones constitucionales en el Derecho chileno permiten justificar la afirmación de un derecho subjetivo de acceso a los tribunales de justicia en la Constitución Política de 1980. Aunque en general ellas podrían oscilar entre el reconocimiento constitucional de la tutela judicial y el derecho de petición (art. 19 n° 3 y 14 de la Constitución), la doctrina ha optado por la primera garantía, frente a la incompatibilidad de este último derecho con el principio de inexcusabilidad procesal⁹ (que le impone al órgano jurisdiccional el deber de pronunciarse expresamente, aun en silencio de una disposición que resuelva la controversia¹⁰). En términos específicos, referidos al acceso a los procesos contenciosos administrativos, dicha garantía ha sido objeto de un reconocimiento constitucional explícito en el art. 38 inc. 2° de la Constitución¹¹.

Conforme al art. 38 inc. 2° de la Constitución chilena:

[c]ualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.

Aunque la interpretación de esta disposición ha variado tradicionalmente entre diferentes lecturas¹², hoy es aceptado que ella establece una vía de acceso contenciosa administrativa¹³, pese a las limitaciones que podría suponer el condicionamiento de dicha garantía a la invocación de una lesión “en los derechos”¹⁴, cuestión que en estricto rigor bien podría oponerse a la titularidad de intereses, cuya exigibilidad opera por regla general para legitimar activamente a las personas que recurren en contra de actos de la Administración¹⁵.

Conforme a esta amplitud, resulta cuestionable que el desarrollo del art. 38 inc. 2° de la Constitución, en tanto garantía de un componente esencial del derecho a la tutela jurídica en el Derecho chileno, deba ser desarrollado según una única vía de reclamación, a saber: aquella establecida por el legislador en el año 1988, con relación a la impugnación de actos municipales. En efecto, diferentes aspectos consagrados por este modelo de acceso a la justicia administrativa suponen una contradicción con los alcances con que el Tribunal Constitucional chileno ha interpretado el derecho de acceder a la justicia frente a las lesiones de derechos, directa o indirectamente, causada por parte de la Administración. En el estado actual de la jurisprudencia, dichos aspectos se refieren al agotamiento previo de la vía administrativa (1) y a la impugnabilidad de determinados actos (2).

⁹ BORDALÍ, Andrés. Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial. *Revista Chilena de Derecho*, v. 38, n. 2, 2011.

¹⁰ Art. 10 inc. 2° del Código Orgánico de Tribunales.

¹¹ Acerca de las diferentes interpretaciones procesales de dicha disposición. BORDALÍ, Andrés; FERRADA, Juan Carlos. El derecho fundamental a la tutela judicial del ciudadano frente a la Administración del Estado. *Revista de Derecho Administrativo*, n. 2, 2008. p. 1. Una posición favorable a una especialización de este derecho en materia administrativa ha sido sostenida en base a la jurisprudencia constitucional. BORDALÍ, Andrés. Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial. *Revista Chilena de Derecho*, v. 38, n. 2, 2011.

¹² PANTOJA, Rolando. El artículo 38 inciso 2° de la Constitución Política de la República. In: TAVOLARI, Raúl. *Doctrinas esenciales: derecho constitucional*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010. p. 695.

¹³ HARRIS, Pedro. Técnicas del contencioso administrativo que refuerzan el principio de legalidad. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n. 31, 2020. p. 127; BERMÚDEZ, Jorge. Estado actual del control de legalidad de los actos administrativos: ¿qué queda de la nulidad de derecho público? *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, v. 23, n. 1, 2010.

¹⁴ FERRADA, Juan Carlos. El sistema de justicia administrativa chileno: revisión de la legalidad de actos administrativos o protección de derechos y/o intereses. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, v. 25, n. 1, 2012.

¹⁵ Sentencia de Corte Suprema, 22 de junio 2009, rol 5553-2007.

3 El agotamiento previo de la vía administrativa

Las reclamaciones en contra de la Administración no siempre operan en una misma secuencia. El actor puede en principio impugnar sus actos directamente ante los tribunales de justicia. Sin embargo, también puede suceder que éste prefiera iniciar la reclamación ante la propia Administración, a través de los recursos administrativos ordinarios que el legislador consagra. Aunque la Constitución nada dispone expresamente en este ámbito, se ha interpretado que los particulares pueden por regla general utilizar una vía u otra. Las situaciones que conllevan la pérdida del derecho del actor, que deberá reclamar imperativamente ante la propia Administración antes de hacerlo frente a los tribunales de justicia, suponen hipótesis excepcionales que, por ello, requieren de una disposición expresa.

Es en función de dicha garantía que los autores han defendido la procedencia directa de los recursos contenciosos ante los tribunales, sin necesidad de agotar previamente la vía administrativa¹⁶. Al disponer que “[p]lantada la reclamación [administrativa] se interrumpirá el plazo para ejercer la acción jurisdiccional”¹⁷, la entrada en vigor el año 2003 de la Ley 19.880, Bases de los Procedimientos Administrativos en el derecho chileno, fue coherente con ello¹⁸, sin perjuicio de establecer una primera limitación de acceso, si el actor hubiera preferido ejercer previamente la vía administrativa, caso en el cual la interposición del recurso contencioso sólo sería admitida luego de resolverse aquél¹⁹.

De aquí que la opción de uniformar los recursos contenciosos administrativos, conforme al modelo del reclamo de ilegalidad municipal, pueda suponer una primera limitación de las disposiciones constitucionales y legales vigentes en Chile frente a este tipo de reclamaciones. La característica principal de la reclamación municipal en el derecho chileno ha sido optar por un modelo de agotamiento imperativo de la vía administrativa, conforme al cual el acceso a la justicia únicamente procede con posterioridad a una impugnación administrativa ante el alcalde, la que configura un recurso administrativo de naturaleza diversa, según si el acto recurrido haya sido dictado por esta autoridad o un funcionario²⁰.

La limitación más evidente que este modelo supone es jurisdiccional. El afectado carece de un derecho de opción para elegir la forma de abrir la reclamación. Forzosamente habrá de hacerlo ante la autoridad administrativa y esperar a que ella resuelva su ejercicio, debiendo interpretarse un rechazo implícito si no se pronuncia en el plazo, por efecto del silencio negativo²¹. Una limitación menos evidente, sin embargo, afecta la procedencia misma de recursos administrativos. Ya que en esta reclamación el recurso contencioso procede al administrativo, se impide ejercer un recurso jerárquico (que mediatice el ejercicio de una reposición ante la autoridad recurrida y su superior), no contemplado en este reclamo²².

Desde un punto de vista legal, la existencia de disposiciones favorables a un agotamiento imperativo de la vía administrativa en el derecho chileno podría cuestionarse. La dificultad de aceptar tal condicionamiento no sólo es constitucional, sino también asociable a la valoración que un sector de la doctrina ha sostenido de la Ley 19.880. Al constituirse como una legislación de “bases”, algunos autores han favorecido su inter-

¹⁶ ARÓSTICA, Iván. Los contenciosos administrativos especiales en la legislación chilena, *Ius Publicum*, n. 20, 2008. Según este autor, la figura del agotamiento previo de la vía administrativa “encuentra su más conocida materialización en la Ley 18.695 (artículo 141) cuando establece el reclamo de ilegalidad municipal: el particular afectado por una resolución del alcalde o de sus funcionarios dependientes, antes de poder reclamar ante la corte de apelaciones respectiva, debe intentar un recurso frente al propio alcalde, de manera que la instancia jurisdiccional sólo se abre una vez que tal recurso administrativo es desestimado”.

¹⁷ Art. 54 inc. 2° de la Ley 19.880.

¹⁸ FERRADA, Juan Carlos. Los procesos administrativos en el Derecho chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n. 36, 2011. p. 256.

¹⁹ Art. 54 de la Ley 19.880.

²⁰ En tales casos, la operatividad del recurso podrá asociarse, ya a un recurso de reposición, ya a uno jerárquico. Véase: art. 59 de la Ley 19.880.

²¹ Art. 65 de la Ley 19.880. FERRADA, Juan Carlos. Los procesos administrativos en el Derecho chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n. 36, 2011. p. 257.

²² Art. 59 inc. 4° de la Ley 19.880.

pretación en términos de una garantía de mínimos, insusceptible de ser reducida por otras leyes²³. Si dicha legislación consagra un agotamiento facultativo de la vía administrativa ¿no constituye su imposición por otras legislaciones una reducción de tales derechos?

De ser así, cabe destacar cómo dicho carácter no ha sido atendido en la configuración de estas reclamaciones, que han consagrado este agotamiento previo en múltiples sectores²⁴. La extensión de dicha imposición bien pudo haber llevado a que la Corte Suprema estimara el carácter apropiado de la reclamación de ilegalidad municipal. El propio máximo tribunal ya ha sostenido que la

Dirección de Estudios de la Corte Suprema ha identificado 160 procedimientos contencioso-administrativos especiales, los que tienen una etapa administrativa y otra judicial, puesto que el legislador ha contemplado la posibilidad que se llegue a una decisión desfavorable para el administrado y se le imponga una sanción.²⁵

En principio, dicha posición no parece contradecir la interpretación del Tribunal Constitucional en este ámbito. Entre otros casos, la constitucionalidad del agotamiento previo de la vía administrativa ha sido calificada expresamente por dicha magistratura, con ocasión de reclamaciones de acceso a la información pública²⁶ y en materia minera²⁷. La consagración de estas reclamaciones supuso un mecanismo similar al establecido en el reclamo de ilegalidad municipal, que impide que el actor pueda recurrir directamente ante los tribunales, debiendo hacerlo primero ante el Consejo para la Transparencia y el Servicio Nacional de Geología y Minería, correspondiendo ambos a órganos de la Administración.

Por ello, confrontado con este modelo de reclamaciones, dicha magistratura ha afirmado que “no existe ninguna norma constitucional que obligue a que el legislador establezca la posibilidad de recurrir directamente a los tribunales, antes de utilizar la vía administrativa”²⁸, interpretando de manera restrictiva el acceso al contencioso administrativo (art. 38 inc. 2º de la Constitución), cuya garantía no llegaría a asegurar una relación inmediata entre la persona lesionada en sus derechos y un tribunal de justicia, pudiendo ella ser mediatizada por la imposición de recursos administrativos. Así parece recordarlo dicho tribunal al sostener que “[e]l legislador puede optar por distintos modelos”²⁹.

Sin embargo, una lectura atenta de esta última referencia no resulta intrascendente frente a la pretensión de unificar (y no sólo extender) el modelo de reclamación de la Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades. Si bien el Tribunal Constitucional chileno ha aceptado la constitucionalidad del agotamiento imperativo de la vía administrativa³⁰ (no sin una posición crítica de un sector de la doctrina³¹), no ha llegado a señalar que dicha constitucionalidad se extienda a una pretensión de unificación, válida cualquiera sea la reclamación susceptible de ejercerse en contra de la Administración y el ámbito en cuestión. La distinción

²³ JARA, Jaime. La garantía jurídica de la unidad del procedimiento administrativo en la Ley N°19.880. *Revista de Derecho Público*, n. 70, 2008. p. 287; VERGARA-BLANCO, Alejandro. *Eficacia derogatoria y supletoria de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos*. 2005. p. 31. Disponible en: <http://vergarablanca.cl/2005-eficacia-derogatoria-supletoria-la-ley-bases-los-procedimientos-administrativos/> Acceso en: 20 mar. 2021.

²⁴ En rigor, esta extensión se opone al carácter excepcional de esta figura, como ha sido interpretada por la doctrina. ROMERO, Alejandro. Proceso civil y prejudicialidad administrativa. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, v. 21, n. 2, 2014. p. 385.

²⁵ Sentencia de Corte Suprema, 9 de mayo 2017, rol 62128-2016, c. 12º.

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional, 10 de julio 2008, rol 1051.

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, 18 de octubre 2011, rol 2036.

²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, 18 de octubre 2011, rol 2036, c. 20º.

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, 18 de octubre 2011, rol 2036, c. 20º.

³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, 18 de octubre 2011, rol: 2036; Sentencia del Tribunal Constitucional, 10 de julio 2008, rol 1051. Esta posición ha sido extendida también a otras figuras, como la aplicación de una mediación obligatoria. Véase: Sentencia del Tribunal Constitucional, 10 de julio 2012, rol: 2042.

³¹ ARÓSTICA, Iván. Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva: constitución y legislación administrativa. *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, n. 11, 2017; FERRADA, Juan Carlos. Los procesos administrativos en el Derecho chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n. 36, 2011. p. 257-258; ARÓSTICA, Iván. Los contenciosos administrativos especiales en la legislación chilena, *Ius Publicum*, n. 20, 2008. Para otros autores, el establecimiento de un agotamiento de la vía administrativa en el Derecho chileno no ha recibido una respuesta categórica. VALDIVIA, José Miguel. *Manual de Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. p. 375.

de las posiciones entre la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional descansa, precisamente, en el matiz que supone adoptar una posición u otra.

Al sostener una pretensión de unificar los recursos contenciosos administrativos en torno al reclamo de ilegalidad, la Corte Suprema en Chile ha optado por una estandarización del agotamiento imperativo de la vía administrativa, prescindiendo de todo derecho del particular de recurrir directamente ante los tribunales, por la aplicación de un criterio abstracto y general. Al sostener la constitucionalidad de un modelo de agotamiento imperativo de la vía administrativa, afirmando que “[e]l legislador puede optar por distintos modelos”, el Tribunal Constitucional ha adoptado una posición diversa, que favorece un criterio concreto y especial, conforme al cual cada reclamación puede adoptar una técnica diversa, favorable o desfavorable a este agotamiento previo, según sus características.

Esta posición del Tribunal Constitucional resulta coherente con la finalidad inicial de consagrar una amplia referencia a las garantías procesales en la Constitución de 1980, abandonando un sistema homogeneizador de dichos procesos, a favor de un respeto al margen de apreciación del legislador en la materia, bajo el control de dicha magistratura³².

La estandarización del agotamiento imperativo de la vía administrativa, por consiguiente, no sólo supone una afectación de dicha finalidad en la forma de regular estas reclamaciones, sino también (y sobre todo) una oposición al criterio del Tribunal Constitucional, al consagrar una forma de reclamación que invierte la regla general de este agotamiento, impidiendo asimismo que el legislador pueda “optar por distintos modelos”³³.

4 La resolución impugnada

Una segunda contradicción de los criterios jurisdiccionales puede observarse con relación a la resolución impugnada. El derecho chileno ha reconocido una amplia impugnación de los actos administrativos, no sólo constitucionalmente (conforme al art. 38 inc. 2º de la Constitución, ya referido), sino también legalmente. La entrada en vigor de la Ley 18.575, Bases Generales de la Administración del Estado, en 1986, fue coherente con dicha amplitud en relación con los recursos administrativos (al disponer que “siempre interponer el de reposición ante el mismo órgano del que hubiere emanado el acto respectivo y, cuando proceda, el recurso jerárquico, ante el superior correspondiente”³⁴) reenviando, sin embargo, la regulación de los recursos contenciosos a la dictación de leyes especiales.

Sería con relación a dicho reenvío que la garantía constitucional de impugnabilidad de actos administrativos sufriría una primera limitación. Aunque el legislador de la Ley 19.880, Bases de los Procedimientos Administrativos, consagraría un “principio de impugnabilidad”³⁵, éste comprendería una limitación no antes referida en otras legislaciones, con relación a la dictación de actos de mero trámite. Pese a que la doctrina no sea unánime sobre su alcance³⁶, la jurisprudencia ha interpretado que, conforme a esta disposición, estos

³² La jurisprudencia constitucional chilena ha interpretado que el constituyente “estimó conveniente otorgar un mandato al legislador para establecer siempre las garantías de un proceso racional y justo, en lugar de señalar con precisión en el propio texto constitucional cuáles serían los presupuestos mínimos del debido proceso, sin perjuicio de dejar constancia que algunos de dichos elementos decían relación con el oportuno conocimiento de la acción y debido emplazamiento, bilateralidad de la audiencia, aportación de pruebas pertinentes y derecho a impugnar lo resuelto por un tribunal, imparcial e idóneo, establecido con anterioridad por el legislador”. Véase: Sentencia del Tribunal Constitucional, 4 de julio 2006, rol 481, c. 7º.

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional, 18 de octubre 2011, rol 2036, c. 20º.

³⁴ Acerca de la contradicción entre el art. 10 de la Ley 18.575, Bases Generales de la Administración del Estado, y el art. 15 inc. 2º de la Ley 19.880, Bases de los Procedimientos Administrativos. SOTO KLOSS, Eduardo. La nulidad de derecho público hoy: de su tergiversación a su destrucción. *Ius Publicum*, n. 34, 2015. p. 85; SOTO KLOSS, Eduardo. La Ley N° 19.880, sobre procedimientos administrativos: ¿Aleluya o miserere? In: *CONFERENCIAS Santo Tomás de Aquino*. Santiago: Universidad Santo Tomás, 2003. p. 94-95.

³⁵ Art. 15 de la Ley 19.880.

³⁶ Un sector de la doctrina, ha interpretado esta disposición bajo una doble restricción. Primero, la de referirse únicamente a recur-

sólo son excepcionalmente impugnables de manera directa. La regla general, por tanto, consistirá en que su impugnación se verifique una vez dictado un acto terminal.

La jurisprudencia ha sido uniforme, sin embargo, en que una vez dictado un acto terminal éste puede ser impugnable ante los tribunales, sin perjuicio del condicionamiento de agotamiento de la vía administrativa, ya antes referido. Aunque la doctrina haya criticado su noción³⁷, ha contribuido en dicha conclusión la consagración de un concepto amplio de acto administrativo, que permite incorporar no sólo aquellos con contenido decisorio (mayoritariamente asimilados a la única categoría de acto administrativo, con anterioridad a la dictación de dicha legislación³⁸), sino también de “dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento”, todos los cuales son actos administrativos³⁹.

La unificación de los procesos contenciosos administrativos propuesta por la Corte Suprema manifiesta en este sentido una segunda restricción. Esta reclamación se distancia del modelo seguido en general en este ámbito, que no suele referirse a los actos administrativos que pueden impugnarse al ejercer una determinada acción, permitiendo que ellos sean determinados por aplicación de las reglas generales. En cambio, dicha reclamación sólo admite impugnar las “resoluciones” dictadas por la municipalidad, siendo sus tipologías enumeradas por el art. 12 de la Ley 18.695, de Municipalidades, lo que supone una limitación por contraste a la noción de acto administrativo de la Ley 19.880.

En efecto, la propia Corte Suprema ha sostenido, reiteradamente, que la definición de acto administrativo es más amplia [que la noción de resolución del reclamo de ilegalidad municipal] [...] donde ciertamente puede situarse al acto impugnado, por cuanto en él se contiene de manera clara la manifestación de voluntad emanada de un órgano administrativo en el ejercicio de sus funciones⁴⁰.

Como puede observarse, esta limitación no se produce con relación a los actos de mero trámite (que han sido interpretados como inimpugnables directamente, por regla general, conforme también a la legislación básica), sino con relación a la extensión de los actos terminales homologables a las resoluciones municipales.

Las limitaciones a la impugnabilidad de las resoluciones reclamables vía reclamo de ilegalidad municipal han sido diversas. La jurisprudencia ha interpretado que múltiples actos administrativos, impugnables conforme a las reclamaciones consagrados en general por la Ley 19.880, no lo son en el ámbito municipal. Entre otros, éste ha sido el caso de el otorgamiento de informaciones en materia de rentas⁴¹, la determinación del carácter afecto de una actividad a patente municipal⁴², el giro realizado para el pago de dichos actos⁴³, la deci-

sos administrativos, mas no contenciosos. BOCKSANG HOLA, Gabriel. ¿Cuál es el acto terminal del procedimiento administrativo? In: *LEY n. 19.880, sobre Procedimientos Administrativos*. Santiago: Universidad Santo Tomás, 2003. p. 31. Segundo, la de referirse a actos que en nada afectan la decisión que se adopte en el procedimiento. PARODI, Alejandro. Tres lecciones acerca de cómo se deben proteger los derechos de las personas frente a la Administración. *Sentencias Destacadas LYD*, 2005. p. 57-58. No obstante, ambas limitaciones no han sido consideradas en iguales términos por la jurisprudencia, que interpreta la aplicabilidad del art. 15 inc. 2º de la Ley 19.880 al recurso contencioso, sin distinciones acerca del acto administrativo en contra del cual se dirija. SOTO KLOSS, Eduardo. La nulidad de derecho público hoy: de su tergiversación a su destrucción. *Ius Publicum*, n. 34, 2015. p. 85-86.

³⁷ SOTO KLOSS, Eduardo. La fundamentación del acto administrativo en la jurisprudencia de los tribunales ordinarios de justicia. *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, n. 13, 2018. Esta posición remonta a la noción formulada en: SOTO KLOSS, Eduardo. La noción de acto administrativo en el derecho chileno (una perspectiva sustancial). *Revista de Derecho Público*, n. 60, 1996. p. 85.

³⁸ CAMACHO, Gladys. El concepto de acto administrativo. In: BOCKSANG HOLA, Gabriel; LARA, José Luis. *Procedimiento administrativo y contratación pública*. Santiago: Legal Publishing, 2013. p. 64-74.

³⁹ Art. 3 de la Ley 19.880.

⁴⁰ Sentencia de Corte Suprema, 7 de julio 2020, rol 29768-2018, c. 3º; Sentencia de Corte Suprema, 7 de julio 2020, rol 20302-2018, c. 3º.

⁴¹ Sentencia de Corte de Apelaciones de Valparaíso, 4 de abril 2011, rol 1542-2009.

⁴² Sentencia de Corte Apelaciones, 29 de abril 2015, rol 3313-2014. Sentencia de Corte de Apelaciones de Valparaíso de 2011, 12 de enero 2011, rol 1819-2009.

⁴³ Sentencia de Corte de Apelaciones de Valparaíso, 15 de octubre 2010, rol 1650-2009.

sión de retirar bienes emplazados de manera irregular⁴⁴ o una comunicación sobre la titularidad del dominio de bienes adquiridos con ocasión de un contrato administrativo⁴⁵.

Cabe preguntarse, por tanto, si estas restricciones indirectas de acceso a la justicia, al favorecerse una unificación del contencioso administrativo en torno al reclamo de ilegalidad municipal, pueden compatibilizarse con el criterio desarrollado por el Tribunal Constitucional, con el objeto de salvaguardar la garantía de acceso a la jurisdicción en materia administrativa. No es difícil observar la dificultad de concretar una conciliabilidad de criterios.

[E]l Tribunal Constitucional ha sostenido reiteradamente que el legislador no puede coartar el derecho de las personas a impugnar los actos administrativos ante la justicia (roles N° 946-07, 1535-09 y 2009-11), al señalar que una norma es inconstitucional cuando limita los presupuestos de impugnación de un acto administrativo.⁴⁶

Estos criterios han sido desarrollados por dicha magistratura, en especial, con relación a disposiciones limitativas del acceso al contencioso administrativo. El ejemplo tradicional de ellas ha sido la consagración de reglas conforme a las cuales “no procederá recurso alguno” en contra de un acto dictado por la Administración. El Tribunal Constitucional ha adoptado en este ámbito distintas opciones. La primera ha sido interpretar que este alcance sólo afecta a la consagración de recursos contenciosos legales, sin incidir por ende las acciones constitucionales que puedan ser ejercidas⁴⁷, solución que deberá reiterarse frente a una pretensión de unificar tales reclamaciones en torno al reclamo de ilegalidad municipal. La segunda opción ha sido declarar la inconstitucionalidad de estas limitaciones⁴⁸.

La pretensión de unificar el recurso contencioso administrativo en torno a un reclamo de ilegalidad limitado en cuanto a su ámbito de aplicación, debe llevar a considerar esta contradicción. Aunque la posición de unificación no sea expresa sobre este aspecto, implícitamente, al preferir el modelo del reclamo de ilegalidad municipal, puede afirmarse que ella se insertaría en una tendencia opuesta a aquella desarrollada por el Tribunal Constitucional. Por lo demás, se trata de divergencias que se conservan una vez ejercido el recurso contencioso, con relación al proceso mismo que éste en rigor supone. En este ámbito, la interpretación de una y otra magistratura siguen siendo opuestas entre sí.

5 Las divergencias jurisdiccionales sobre el proceso judicial en materia administrativa

A diferencia de lo que ocurre con relación a la garantía de acceso a la justicia en materia administrativa, los derechos asociados a los procesos que dicho acceso desencadena no han sido objeto de una disposición constitucional específica frente a las reclamaciones en contra de la Administración, siendo aplicables las garantías generales referidas por el art. 19 n° 3 inc. 6° de la Constitución Política de 1980, las cuales comprenden de manera indistinta los litigios entre particulares y entre estos y un órgano administrativo. La característica principal de dicha disposición ha sido el omitir referencias a una terminología referida al “debido proceso”. En el derecho chileno, su recepción sólo ha operado a través de la exigencia de un racional y justo procedimiento legalmente tramitado⁴⁹.

⁴⁴ Sentencia de Corte de Apelaciones de Valparaíso, 4 de marzo 2013, rol 1830-2012.

⁴⁵ Sentencia de Corte de Apelaciones de Arica, 2 de enero 2013, rol 23-2012.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional, 17 de mayo 2012, rol 2180, c. 5°, voto de prevención.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, 18 de octubre 2011, rol: 2036, c. 23°. Sin embargo, en ciertos casos esta ha motivado también una declaración de inconstitucionalidad del precepto limitativo de las acciones consagradas en la Constitución. Véase: Sentencia del Tribunal Constitucional, 27 de marzo 2012, rol 2159, c. 25°.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, 4 de agosto 2011, rol 2009, c. 32°.

⁴⁹ BORDALÍ, Andrés. El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, v. 33, 2009.

Los autores han aceptado que la garantía de racional y justo procedimiento careció de una finalidad homogeneizadora en la Constitución Política de 1980, siendo únicamente concebida en base a aspectos estructurales, dejando un amplio margen de apreciación a favor del legislador para determinar las características de los procesos jurisdiccionales, debiendo el Tribunal Constitucional determinarlos en términos negativos frente a una afectación de garantías⁵⁰. Sin embargo, el que estos procesos no fueran objeto de un control de constitucionalidad permanente (por contraste a lo que ha sucedido con ciertos aspectos propios del acceso a la justicia, como el derecho al recurso contencioso⁵¹), ha sido uno de las causas que ha favorecido una extensa heterogeneidad en los procesos consagrados.

Es precisamente con ocasión de dicha heterogeneidad que la Corte Suprema ha formulado su propuesta de unificación en materia contenciosa administrativa, al corresponder al tribunal de casación de la casi totalidad de los múltiples procesos de reclamación en este ámbito. Aunque diferentes aspectos permitirían cuestionar el carácter debido de una unificación en base al proceso del reclamo de ilegalidad municipal (como la forma de apertura del término probatorio⁵², su tramitación incidental o las limitaciones del recurso de casación⁵³), la divergencia de la jurisprudencia se manifiesta en dos garantías delineadas por el Tribunal Constitucional (y en ciertos casos, por la propia Corte Suprema), con relación a la instancia procesal (1) y la suspensión de los efectos del acto recurrido (2).

6 La única instancia

Aunque la instancia jurisdiccional sea una exigencia del proceso, la doble instancia contenciosa constituye una garantía de éste, al permitir que dos tribunales, consecutivamente, puedan conocer los hechos y el derecho aplicable en un juicio⁵⁴. El conocimiento de un tribunal a otro requiere de la procedencia del recur-

⁵⁰ NAVARRO, Enrique. El debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, v. 19, 2013. p. 121.

⁵¹ Esta dificultad se ha originado por los términos del art. 77 de la Constitución Política de 1980, que sujeta a una ley orgánica constitucional las disposiciones relativas a la “organización y atribuciones” de los tribunales, sin referencia expresa sobre el proceso aplicable. Tradicionalmente, el Tribunal Constitucional ha conservado una interpretación oscilante sobre dicha incorporación. Aunque se ha sostenido que “el procedimiento judicial es, por regla general, materia de ley simple (artículo 63 N° 3, Constitución), salvo que comprometa la organización y atribuciones de los tribunales, en cuyo caso es orgánica constitucional (artículo 77, Constitución)” - Sentencia del Tribunal Constitucional, 16 de enero 2014, rol 2346, c. 35° -, una posición inicial integró dicho aspecto al control preventivo. Véase entre otras: Sentencia del Tribunal Constitucional, 27 de enero 1994, rol 180, c. 5°; Sentencia del Tribunal Constitucional, 30 de agosto de 1989, rol 76.

⁵² Conforme al art. 151 letra f) de la Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, la Corte de Apelaciones “podrá abrir un término de prueba, si así lo estima necesario”, consagrando así una disposición que contrasta con la regulación general del Código de Procedimiento Civil, que le impone al tribunal examinar la existencia de “controversia sobre algún hecho substancial y pertinente”. Pese a que el Tribunal Constitucional ha asimilado ambas expresiones - véase: Sentencia del Tribunal Constitucional, 13 de enero 2021, rol 9750-, aquella redacción ha justificado que ciertos autores rechacen el carácter de juicio que este reclamo supone. RICHARD, José Fernández. *Derecho municipal chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011. p. 171.

⁵³ En reclamaciones regidas por leyes especiales (como es el caso de la reclamación de ilegalidad municipal), los arts. 768 inc. 2° y 766 del Código de Procedimiento Civil excluyen la procedencia del recurso de casación de forma frente a las causales de los numerales 5 y 9 del art. 768 del mismo Código, esto es, “haber sido pronunciada con omisión de cualquiera de los requisitos enumerados en el artículo 170” y “haberse faltado a algún trámite o diligencia declarados esenciales por la ley o a cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad”, de manera respectiva. Véase entre otras: Sentencia del Tribunal Constitucional, 9 de junio 2020, rol 8425; Sentencia del Tribunal Constitucional, 30 de abril 2020, rol 7872; Sentencia del Tribunal Constitucional, 29 de diciembre 2012, rol 2988.

⁵⁴ Ello explica que un sector de la doctrina califique a la doble instancia como una “piedra angular de nuestro sistema de recursos en el proceso civil”. ROMERO, Alejandro. La fundamentación de la sentencia como elemento del debido proceso. *Sentencias Destacadas LYD*, 2005. p. 143. Sin perjuicio de su limitación en propuestas de reformas recientes. PALOMO, Diego. Apelación, doble instancia y proceso civil oral: a propósito de la reforma en trámite. *Estudios Constitucionales*, v. 8, n. 2, 2010. p. 465. En derecho internacional humanitario, esta figura es consagrada en materia penal -véase arts. 8 n° 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 n° 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-, habiendo sido también consagrada en ciertos casos en la Constitución -v.gr.: en materia electoral, como se verá-.

so de apelación, entendido como aquel que “tiene por objeto obtener del tribunal superior respectivo que enmiende, con arreglo a derecho, la resolución del inferior” (art. 186 del Código de Procedimiento Civil). Debido a las características del reclamo de ilegalidad municipal, este aspecto es uno de los elementos que también permiten cuestionar el carácter adaptado de una unificación de los procesos administrativos en el derecho chileno en torno a su aplicación.

A estos efectos, es importante considerar que el reclamo de ilegalidad municipal no excluye expresamente la procedencia de un recurso de apelación en contra de la sentencias dictadas por la Corte de Apelaciones respectiva, luego del agotamiento de la vía administrativa. No obstante ello, esta es la conclusión que ha sido sostenida tradicionalmente con relación al art. 98 del Código Orgánico de Tribunales que, al señalar las materias que conoce la Corte Suprema en salas, consagra un alcance restringido⁵⁵. Por esto, en tal acción:

No existe jurisdicción de apelación ni segunda instancia, lo cual determina que el ejercicio del derecho al recurso se configura solamente a partir de recursos extraordinarios, cuya procedencia se determina por vicios específicos y de derecho estricto.⁵⁶

En efecto, la Corte Suprema ha señalado, reiteradamente, que frente al reclamo de ilegalidad municipal es improcedente el recurso de apelación⁵⁷, lo que ha sido compartido por la doctrina⁵⁸. Precisamente, ha sido dicha circunstancia la que ha motivado la presentación de un proyecto de ley que, modificando el art. 151 de la Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, ha previsto la incorporación de un literal adicional, conforme al cual “[l]a sentencia que se dicte, ya sea que acoja, rechace o declare inadmisibles el reclamo, será apelable ante la Corte Suprema”⁵⁹, sin ser aprobado hasta la fecha. El que esta vía de reclamación haya influenciado la consagración de otros procesos, como en materia regional⁶⁰, ha llevado a extender los procesos contenciosos de única instancia, lo que plantea interrogantes de aceptabilidad conforme a un estándar de debido proceso.

Sin embargo, el criterio sostenido por el máximo tribunal no siempre ha sido éste. Con anterioridad a la propuesta de unificación, la Corte Suprema, pronunciándose en trámite de consulta, se ha referido a:

La conveniencia de entregar el conocimiento del reclamo como tribunal de primera instancia, al Juzgado de Letras con competencia en lo Civil [...], de manera tal que su decisión sea susceptible de recurso de apelación, del que conocerá la Corte de Apelaciones respectiva. De esta manera, se salva el inconveniente que se divisa en el proyecto, en tanto en él se contempla a la Corte de Apelaciones como tribunal de primera instancia, sin posibilidad de deducir recurso en contra del pronunciamiento que emita, pues con ello se atenta contra la garantía constitucional de debido proceso.⁶¹

Como puede observarse, la atribución del conocimiento de las cuestiones contenciosas administrativas al Juzgado de Letras en lo civil descansaría en que ellos son tribunales jerárquicamente inferiores a las Cortes de Apelaciones, lo que permite que sus resoluciones puedan ser revisadas por ésta (como tribunales de fondo) y, en último término, por la Corte Suprema (en tanto tribunal propiamente de casación). Aunque las

⁵⁵ Sentencia de Corte Suprema, 13 de febrero 2018, rol 2580-2018.

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional, 9 de junio 2020, rol 8425, c. 9º, voto de prevención.

⁵⁷ Sentencia de Corte Suprema, 17 de septiembre 2019, rol 10125-2019; Sentencia de Corte Suprema, 29 de abril 2020, rol 9203-2019, c. 3º: “como reiteradamente ha sido dicho, esta Corte Suprema es, en general, un tribunal de casación y sólo por excepción constituye un tribunal de segundo grado, únicamente en aquellos casos en que la ley expresamente así lo ha dispuesto, criterio restrictivo que debe orientar la interpretación y aplicación de la reglamentación sobre la materia”.

⁵⁸ RICHARD, José Fernández. *Derecho municipal chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011. p. 173.

⁵⁹ Boletín N°11290-06.

⁶⁰ Art. 108 de la Ley 19.175, sobre Gobierno y Administración Regional.

⁶¹ Pronunciamiento con ocasión del Proyecto de Ley Boletín N° 6415-08. Véase: Sentencia del Tribunal Constitucional, 18 de octubre 2011, rol: 2036, c. 19º. En ciertos casos, la jurisprudencia constitucional ha recordado el carácter recurrente de esta apreciación. Véase: Sentencia del Tribunal Constitucional, 9 de julio, 2015, rol 2839, c. 7º de disidencia: “[m]ismo parecer que ha manifestado la Corte Suprema en otros casos análogos, según aparece en sus Oficios N°s 32-2012, de 3 de abril de 2012 (fundamento 3º) y 97-2014, de 6 de octubre de 2014 (fundamento 6º). Esto, después de haber sentado, en sentencias de 3 de octubre de 2000 (rol 3-2000), de 28 de noviembre de 2013 (rol 7921-13), y de 9 de abril de 2015 (rol 21791-14), entre muchas, que la posibilidad de provocar la revisión de lo fallado por una instancia superior, es parte inherente del derecho a un proceso justo y racional”.

Cortes de Apelaciones conocen de estas reclamaciones en primera instancia en materia administrativa, lo hacen esencialmente por la tramitación del recurso de protección⁶². De aquí que la opción de unificación en torno al reclamo de ilegalidad municipal suponga una revisión del criterio sostenido con anterioridad por la propia jurisprudencia judicial y, asimismo, se distancie también de la opción seguida por la jurisprudencia constitucional.

En rigor, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ha sido constante frente a la doble instancia en los procesos contenciosos administrativos. Inicialmente, restringió su exigibilidad únicamente a reclamaciones en las que dicha exigibilidad hubiera sido impuesta expresamente por el texto constitucional, como ocurre frente a los procesos contenciosos administrativos en materia electoral (ante el Tribunal Calificador de Elecciones)⁶³. Dicha circunstancia explica que su jurisprudencia afirmara la constitucionalidad que en principio suponía la aplicación de procesos en única instancia, condicionados a la procedencia paralela de recursos constitucionales, como la acción de protección que, al consagrar un doble grado jurisdiccional, permitiría que el actor pudiera siempre recurrir a su interposición, garantizándose en tal caso la procedencia de la apelación⁶⁴.

No obstante, esta interpretación ha sufrido una variación significativa ante dicha magistratura. Recientemente, el Tribunal Constitucional ha extendido la garantía de doble instancia exigible en los procesos contenciosos administrativos. Así, con ocasión del control de constitucionalidad de la:

Legislación en materia migratoria, el Tribunal Constitucional ha recordado que “para que exista debido proceso y se cumpla con el mandato constitucional de que toda persona tenga un procedimiento e investigación racionales y justos, es menester que se posibiliten todas las vías de impugnación que permitan finalmente que se revisen por los órganos judiciales superiores lo resuelto por un juez inferior.

Declarando así la inconstitucionalidad de la única instancia, al impedirle al agravado “recurrir contra la sentencia de la Corte de Apelaciones ante la Corte Suprema”⁶⁵.

La aplicación de estos criterios no son indiferentes ante la unificación eventual de reclamaciones contenciosas administrativas en torno al reclamo de ilegalidad municipal. Debido a que dicho reclamo consagra un proceso contencioso de única instancia, dos interpretaciones eventuales podrían tener lugar. Mientras que una impondría la vía recursiva paralela de las acciones constitucionales (como resultado de una interpretación conforme a la Constitución de dicha opción legislativa⁶⁶), otra más reciente favorecería la declaración de inconstitucionalidad de dicha restricción, frente a las exigencias del debido proceso. Al menos, en todos los casos en que el contenido del acto administrativo recurrido fuera especialmente lesivo a los derechos o

⁶² Art. 20 de la Constitución Política de 1980.

⁶³ Sentencia del Tribunal Constitucional, 21 de septiembre 1992, rol 155, c. 28° - 30°.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, 18 de octubre 2011, rol: 2036, c. 23°. Siguiendo una reiteración de criterios, bien podía cuestionarse la neutralidad del Tribunal Constitucional frente a reclamaciones en única instancia. Si bien dicha magistratura no había pronunciado una inconstitucionalidad en estos casos, había optado por interpretar su constitucionalidad condicionada a la procedencia de acciones asociadas a procesos de doble grado jurisdiccional. Se trata, por tanto, de una institución que ha supuesto una protección indirecta.

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, 1 de abril 2021, rol 9939, c. 37°.

⁶⁶ Esta posibilidad no es sólo teórica, siendo sostenida por la jurisprudencia constitucional en múltiples ocasiones frente a recursos contenciosos legales, susceptibles de reducir el estándar de las garantías del debido proceso administrativo. El Tribunal Constitucional (a diferencia de la opción seguida por la jurisprudencia judicial) no ha afirmado una teoría favorable al carácter supletorio de las acciones constitucionales, reservando un derecho de opción a favor del demandante, quien puede elegir qué vía contenciosa preferir para impugnar un acto de la Administración. De ser ello así, esta posición condicionaría, ciertamente, un proyecto de unificación del contencioso administrativo. Véase entre otras: Sentencia del Tribunal Constitucional, 27 de marzo 2012, rol 2159, c. 24°; Sentencia del Tribunal Constitucional, 18 de octubre 2011, rol: 2036, c. 23°; Sentencia del Tribunal Constitucional, 21 de enero 2010, rol 1577, c. 14°; Sentencia del Tribunal Constitucional, 17 de enero 2008, rol 1007, c. 10°. Puede contrastarse cómo dicha lectura se opone a aquella seguida por la jurisprudencia judicial. LARROUCAU, Jorge. Los límites procesales de la protección de derechos fundamentales y el filtro de admisibilidad en la Corte de Apelaciones. *Revista de Derecho*, Coquimbo, v. 27, 2020. p. 1. Con relación al ejercicio de la acción de nulidad de derecho público, véase: Sentencia de Corte Suprema, 25 de septiembre 2017, rol 100752-2016.

intereses del recurrente (lo que parece justificar la inconstitucionalidad de la única instancia pronunciada por el Tribunal Constitucional recientemente, como resultado de la aplicación de una medida de expulsión⁶⁷).

7 La suspensión del acto

En fin, la contradicción de las jurisdicciones se observa también con relación a la suspensión de la ejecutoriedad de actos. La entrada en vigor de los arts. 3 inc. final de la Ley 19.880, Bases de los Procedimientos Administrativos, supuso consagrar un efecto largamente resistido por un sector de la doctrina en Chile, como lo ha sido la presunción de la legalidad, imperio y exigibilidad de actos administrativos, desde su entrada en vigencia, cuya constitucionalidad ha sido ampliamente debatida con anterioridad a esta ley⁶⁸. Conforme a estas características, los actos administrativos en Chile se presumen legales y obligan (imperan), pudiendo ser también ejecutados por la Administración, sin intervención judicial⁶⁹. Lógicamente, corresponderá a los afectados por sus efectos impugnarlos y, con ocasión de dicha impugnación, solicitar la suspensión provisoria de ellos.

Es por esto importante determinar cuáles son las circunstancias que habilitan para enervar la ejecutoriedad inicial de los actos administrativos recurridos. Con relación a la interposición de recursos administrativos, la opción de la Ley 19.880 fue impedir que dicho efecto se genere con la sola interposición del recurso. Conforme a su art. 57: “[l]a interposición de los recursos administrativos no suspenderá la ejecución del acto impugnado”. Corresponde por tanto a la propia Administración determinar tal suspensión. Para esto, dicha disposición consagra dos alternativas, a petición fundada del interesado. La primera es que el cumplimiento del acto recurrido pudiere causar daño irreparable. La segunda, hacer imposible el cumplimiento de lo que se resolviera, en caso de acogerse el recurso.

Si el actor interpusiere un recurso contencioso, en cambio, el proceso no suele consagrar qué hipótesis condicionan el ejercicio de las facultades para suspender los efectos del acto. En el derecho chileno, ello se constata por la amplia extensión en la aplicación del recurso de protección en contra de actos administrativos, cuya reglamentación habilita a las Cortes de Apelaciones para decretar órdenes de no innovar, sin delimitar los criterios que condicionan su ejercicio⁷⁰. Paralelamente, también permite que la Corte de Apelaciones pueda decretar dicha medida de oficio, sin requerir por tanto que el actor lo solicite. Todas estas características contrastan con la regulación del reclamo de ilegalidad municipal, conforme al art. 151 letra i) de la Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades.

En efecto, en el reclamo de ilegalidad municipal, la suspensión provisoria de los efectos de la resolución resulta limitada desde dos perspectivas diversas. La primera se refiere a las hipótesis de procedencia. El legislador sólo admite tal suspensión “cuando la ejecución del acto impugnado le produzca un daño irreparable al recurrente”. La segunda se relaciona con la solicitud misma. “[E]s necesario solicitarla [...] en razón del fundamento por el cual se otorga: el daño irreparable que debe demostrarse y acreditarse”⁷¹. Si la consagración del efecto ejecutorio de tales actos ha sido debatido en Chile, tanto más podrá serlo el establecimiento

⁶⁷ Véase nota 65.

⁶⁸ DELGADO, Álvaro. Algunos comentarios sobre la presunción de validez de los actos administrativos en la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos. *Ars Boni et Aequi*, v. 14, n. 1, 2018. p. 83. Con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 19.880, la doctrina continúa cuestionando algunos de los efectos de los actos administrativos. En especial, su ejecutoriedad. ENTEICHE, Nicolás. La excepcional autotutela ejecutiva de los actos administrativos en Chile. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, v. 21, n. 2, 2014; FERRADA, Juan Carlos. Las potestades y privilegios de la administración pública en el régimen administrativo chileno. *Revista de Derecho*, Valdivia, v. 20, n. 2, 2007. p. 83-84.

⁶⁹ Art. 51 de la Ley 19.880.

⁷⁰ Auto acordado de Corte Suprema, 28 de agosto 2015, 95.

⁷¹ OELCKERS, Osvaldo: La suspensión de los efectos del acto administrativo debido a la orden de no innovar. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, v. 16, 1995. p. 334.

de condiciones restrictivas para enervar tal efecto por los tribunales, como lo son aquellas referidas en el reclamo de ilegalidad municipal.

La asimetría entre las competencias de la Administración en la tramitación del recurso administrativo y de las Cortes de Apelaciones, en el conocimiento del reclamo de ilegalidad municipal, son así evidentes. En la fase de agotamiento previo de la vía administrativa, el alcalde puede “suspender la ejecución cuando el cumplimiento del acto recurrido pudiere causar daño irreparable o hacer imposible el cumplimiento de lo que se resolviere, en caso de acogerse el recurso”, por la aplicación supletoria del art. 57 de la Ley 19.880. En cambio, en la fase posterior de naturaleza contenciosa, el tribunal de justicia sólo puede decretar la “orden de no innovar cuando la ejecución del acto impugnado le produzca un daño irreparable al recurrente”, sin referencia alguna a otros interesados.

Al igual que lo que sucede con los aspectos anteriores, ya analizados, tales restricciones de facultades de los tribunales de justicia resultan difíciles de conciliar con la posición sostenida por el Tribunal Constitucional. En particular, debido a que su interpretación sobre la constitucionalidad de la ejecutoriedad de los actos administrativos ha sido influenciada por una lectura favorable a que su suspensión pueda ser determinada “por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional”⁷², a través de facultades que no han sido limitadas conforme al art. 3 inc. final de la Ley 19.800. Ello explica que, si bien dicha magistratura haya afirmado la constitucionalidad de la no suspensión inmediata de los efectos de un acto recurrido⁷³, haya declarado también la inconstitucionalidad de preceptos que le impiden al tribunal ejercer facultades para paralizar dichos efectos en el proceso.

Concretamente, el Tribunal Constitucional chileno ha sostenido que:

[e]n un contencioso subjetivo, que presupone que el acto administrativo reclamado “causa perjuicio” o que la parte justiciable ha sido “lesionada en sus derechos” por la autoridad [como lo es el reclamo de ilegalidad municipal, si el demandante es agraviado], no le es lícito al legislador sustraer al tribunal la potestad para paralizar -por ello- la ejecución del acto reclamado, conforme al mérito del proceso, sin riesgo de banalizar la acción y la jurisdicción involucradas, y de conculcar los correlativos artículos 19, N° 3, y 76 de la Carta Fundamental.⁷⁴

Si bien el reclamo de ilegalidad municipal admite paralizar esta ejecución, su limitación a la “irreparabilidad” del daño no parece conciliable con el margen de apreciación reconocido por la jurisprudencia constitucional, según el cual tal suspensión “puede estar sujeta a causales legales más o menos exigentes o al solo criterio del juez”⁷⁵.

8 Conclusiones

La posición favorable a la uniformidad del contencioso administrativo, afirmada por la Corte Suprema en el derecho chileno, supone una apreciación de los derechos de acceso a la justicia y debido proceso difícilmente conciliable con aquella sostenida por el Tribunal Constitucional. En algunos casos, la inconciliabilidad deriva de la oposición del un criterio abstracto y general de aquella, con el criterio concreto y especial, sostenido por éste. Esto es lo que ocurre frente al agotamiento previo de la vía administrativa y la limitación de la suspensión de efectos del acto a una sola hipótesis, en tanto características del reclamo de ilegalidad muni-

⁷² Sentencia del Tribunal Constitucional, 16 de enero 2014, rol 2346, c. 21°.

⁷³ Sentencia del Tribunal Constitucional, 14 de mayo 2013, rol 2434, c. 13°; Sentencia del Tribunal Constitucional, 22 de julio 2008, rol 1046, c. 25°.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, 18 de diciembre 2018, rol 5540, c. 71°. En el mismo sentido, dicha magistratura ha declarado también la inconstitucionalidad de preceptos que vulneran “en su esencia las facultades que, en relación con la concesión y términos de medidas precautorias, todo tribunal tiene”, frente a la dictación de actos administrativos. Sentencia del Tribunal Constitucional, 7 de octubre 2003, rol 386, c. 13°.

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, 21 de octubre 2010, rol 1518, c. 13°, voto de prevención.

cial. Aunque el Tribunal Constitucional chileno no ha afirmado la inconstitucionalidad de dichas opciones, su jurisprudencia ha sido favorable a la conservación de un margen de apreciación legislativo, opuesto a una tendencia homogeneizadora.

En otros casos, en cambio, la oposición de los criterios de la jurisprudencia judicial y constitucional alcanzan una contradicción mayor, pudiendo estimarse una divergencia clara. En primer lugar, esto es lo que ocurre con relación a los actos recurribles. Aunque la Corte Suprema no haya afirmado una restricción de los actos impugnables, con ocasión de la propuesta de unificación de estas reclamaciones, lo cierto es que su jurisprudencia ha interpretado que el reclamo de ilegalidad municipal supone un ámbito impugnabilidad inferior al garantizado en las acciones generales de impugnación administrativa, lo que se opone al criterio sostenido por el Tribunal Constitucional, favorable a una amplia impugnabilidad de estos actos. Esto se reitera con relación a un juzgamiento en única instancia, frente a la extensión de la garantía de doble grado jurisdiccional reconocida por dicha sede.

Referencias

- ARÓSTICA, Iván. Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva: constitución y legislación administrativa. *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, n. 11, 2017.
- ARÓSTICA, Iván. Los contenciosos administrativos especiales en la legislación chilena, *Ius Publicum*, n. 20, 2008.
- BERMÚDEZ, Jorge. Estado actual del control de legalidad de los actos administrativos: ¿qué queda de la nulidad de derecho público? *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, v. 23, n. 1, 2010.
- BOCKSANG HOLA, Gabriel. ¿Cuál es el acto terminal del procedimiento administrativo? In: *LEY n. 19.880, sobre Procedimientos Administrativos*. Santiago: Universidad Santo Tomás, 2003.
- BOCKSANG HOLA, Gabriel. *El nacimiento del derecho administrativo patrio de Chile*. Santiago: Legal Publishing, 2015.
- BORDALÍ, Andrés. Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial. *Revista Chilena de Derecho*, v. 38, n. 2, 2011.
- BORDALÍ, Andrés. El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, v. 33, 2009.
- BORDALÍ, Andrés; FERRADA, Juan Carlos. El derecho fundamental a la tutela judicial del ciudadano frente a la Administración del Estado. *Revista de Derecho Administrativo*, n. 2, 2008.
- CAMACHO, Gladys. El concepto de acto administrativo. In: BOCKSANG HOLA, Gabriel; LARA, José Luis. *Procedimiento administrativo y contratación pública*. Santiago: Legal Publishing, 2013.
- CARMONA, Carlos. El contencioso-administrativo entre 1990 y 2003. In: FERRADA, Juan Carlos. *La Justicia Administrativa*. Santiago: Lexisnexis, 2005.
- CAZOR, Kamel; FERRADA, Juan Carlos; BORDALÍ, Andrés. El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo, *Revista de Derecho*, Valdivia, v. 14, 2003.
- CORDERO, Eduardo. Contenciosos especiales y la acción de nulidad de derecho público: soluciones y límites en la jurisprudencia reciente. *El mercurio legal*, 2014.
- DELGADO, Álvaro. Algunos comentarios sobre la presunción de validez de los actos administrativos en la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos. *Ars Boni et Aequi*, v. 14, n. 1, 2018.

- ENTEICHE, Nicolás. La excepcional autotutela ejecutiva de los actos administrativos en Chile. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, v. 21, n. 2, 2014.
- FERRADA, Juan Carlos. El sistema de justicia administrativa chileno: revisión de la legalidad de actos administrativos o protección de derechos y/o intereses. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, v. 25, n. 1, 2012.
- FERRADA, Juan Carlos. La clasificación de los recursos o acciones contencioso – administrativas en el Derecho Administrativo chileno: la influencia de la doctrina francesa en nuestro derecho y su aplicación jurisprudencial. In: BERMÚDEZ, Jorge; FERRADA, Juan Carlos; URRUTIA, Osvaldo. *Doctrina y enseñanza del Derecho administrativo chileno: estudios en homenaje a Pedro Pierry Arrau*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2016.
- FERRADA, Juan Carlos. Las potestades y privilegios de la administración pública en el régimen administrativo chileno. *Revista de Derecho*, Valdivia, v. 20, n. 2, 2007.
- FERRADA, Juan Carlos. Los procesos administrativos en el Derecho chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n. 36, 2011.
- HARRIS, Pedro. Técnicas del contencioso administrativo que refuerzan el principio de legalidad. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n. 31, 2020.
- JARA, Jaime. La garantía jurídica de la unidad del procedimiento administrativo en la Ley N°19.880. *Revista de Derecho Público*, n. 70, 2008.
- LARROUCAU, Jorge. Los límites procesales de la protección de derechos fundamentales y el filtro de admisibilidad en la Corte de Apelaciones. *Revista de Derecho*, Coquimbo, v. 27, 2020.
- MÉNDEZ, Pablo. ¿Acción general de reclamación ambiental? *Revista de Derecho Ambiental*, n. 9, 2018.
- NAVARRO, Enrique. El debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, v. 19, 2013.
- OELCKERS, Osvaldo: La suspensión de los efectos del acto administrativo debido a la orden de no inovar. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, v. 16, 1995.
- PALOMO, Diego. Apelación, doble instancia y proceso civil oral: a propósito de la reforma en trámite. *Estudios Constitucionales*, v. 8, n. 2, 2010.
- PANTOJA, Rolando. El artículo 38 inciso 2° de la Constitución Política de la República. In: TAVOLARI, Raúl. *Doctrinas esenciales: derecho constitucional*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010.
- PANTOJA, Rolando. La inexplicable ausencia de una justicia administrativa en el Estado de Chile. In: CISNEROS, Germán *et al.* *Justicia administrativa*. México: UNAM, 2007.
- PARODI, Alejandro. Tres lecciones acerca de cómo se deben proteger los derechos de las personas frente a la Administración. *Sentencias Destacadas LYD*, 2005.
- PIERRY, Pedro. Tribunales contencioso-administrativos. *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, n. 2, 2000.
- RICHARD, José Fernández. *Derecho municipal chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011.
- ROMERO, Alejandro. La fundamentación de la sentencia como elemento del debido proceso. *Sentencias Destacadas LYD*, 2005.
- ROMERO, Alejandro. Proceso civil y prejudicialidad administrativa. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, v. 21, n. 2, 2014.

SALAMANCA, Carola; AHUMADA, María del Pilar. Breve recapitulación del estado de la discusión sobre la invalidación impropia en materia ambiental. In: FIGUEROA, Rodolfo. *Anuario de Derecho Público*. Santiago: Universidad Diego Portales, 2018.

SOTO KLOSS, Eduardo. El Estado en la Constitución de 1833 (La libertad dentro del orden). *Revista de Derecho Público*, n. 33, 1983.

SOTO KLOSS, Eduardo. La fundamentación del acto administrativo en la jurisprudencia de los tribunales ordinarios de justicia. *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, n. 13, 2018.

SOTO KLOSS, Eduardo. La Ley N° 19.880, sobre procedimientos administrativos: ¿Aleluya o miserere? In: *CONFERENCIAS Santo Tomás de Aquino*. Santiago: Universidad Santo Tomás, 2003.

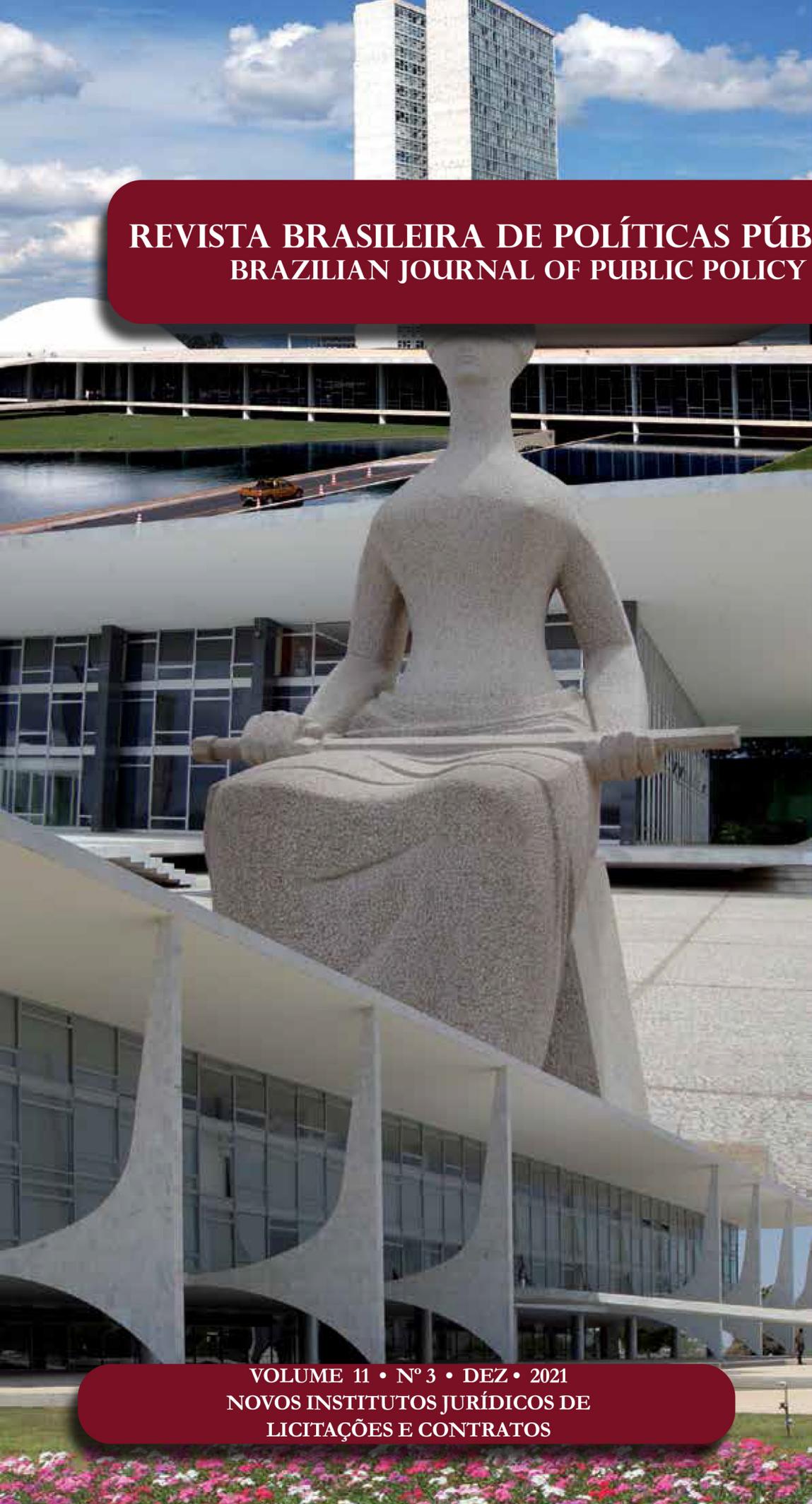
SOTO KLOSS, Eduardo. La noción de acto administrativo en el derecho chileno (una perspectiva sustancial). *Revista de Derecho Público*, n. 60, 1996.

SOTO KLOSS, Eduardo. La nulidad de derecho público hoy: de su tergiversación a su destrucción. *Ins Publicum*, n. 34, 2015.

VALDIVIA, José Miguel. *Manual de Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

VERGARA-BLANCO, Alejandro. *Eficacia derogatoria y supletoria de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos*. 2005. Disponible em: <http://vergarablanca.cl/2005-eficacia-derogatoria-supletoria-la-ley-bases-los-procedimientos-administrativos/> Acceso en: 20 mar. 2021.

VERGARA-BLANCO, Alejandro. *La tendance actuelle du droit chilien pour une juridiction administrative hyper-spécialisée*. 2014. Disponible em: <http://vergarablanca.cl/2014-la-tendance-actuelle-du-droit-chilien-pour-une-juridiction-administrative-hyper-specialisee/> Acceso en: 20 mar. 2021.



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

“Ministrocracia” e decisões individuais contraditórias no Supremo Tribunal Federal

“Ministrocracy” and contradictory individual decisions in the Brazilian Federal Supreme Court

Ulisses Levy Silvério dos Reis

Emilio Peluso Neder Meyer

VOLUME 11 • Nº 3 • DEZ • 2021
NOVOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE
LICITAÇÕES E CONTRATOS

“Ministrocracia” e decisões individuais contraditórias no Supremo Tribunal Federal*

“Ministrocracy” and contradictory individual decisions in the Brazilian Federal Supreme Court

Ulisses Levy Silvério dos Reis**

Emilio Peluso Neder Meyer***

Resumo

O objetivo do artigo é questionar se a ministrocracia, categoria que busca explicar a atuação individual dos Ministros do Supremo Tribunal Federal como agentes que bloqueiam a deliberação da instituição, prejudica a legitimidade do ente de maior destaque responsável pela interpretação da Constituição Federal de 1988. Este trabalho investigará como a atuação do Ministro Dias Toffoli na Presidência (2018-2020) do órgão expandiu o cenário de decisões individuais contraditórias entre os seus membros e aumentou esse problema. A pesquisa se baseou na metodologia de análise de fontes diretas e indiretas, com ênfase no acesso a relatórios da evolução decisória quantitativa do tribunal e às decisões prolatadas por seus membros, com base no recorte temporal 2018-2020, contextualizados à luz da literatura. O trabalho foi dividido em três partes. Primeiramente, investiga-se como as modificações normativas, ocorridas nos anos 2000, estimularam a atuação individual dos Ministros. Posteriormente, analisa-se como esse fenômeno foi potencializado na gestão presidencial do biênio 2018-2020, gerando conflitos decisórios internos. Em seguida, exploram-se alterações regimentais capazes de trazer maior coesão decisória à jurisprudência da Corte. Concluiu-se que o contexto de “guerra de liminares”, ocorrido durante a presidência do Ministro Dias Toffoli, amplificou a ministrocracia e que mudanças regimentais podem estimular a colegialidade no Supremo Tribunal Federal. A contribuição do artigo está em focar em um tema pouco explorado, mas de elevadas implicações práticas no exercício jurisdicional.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; Decisões individuais; Guerra de liminares; Ministrocracia; Colegialidade.

Abstract

The objective of the article is to investigate if the so-called “ministrycracy”, a category that aims at explaining the individual behavior of the Brazilian Supreme Court’s Justices as agents who block deliberations in the institution, have been harming the legitimacy of the most distinguished organ tasked with the interpretation of 1988 Constitution. This article investigates how the performance of Justice Dias Toffoli as the Chief Justice in the 2018-

* Recebido em 02/04/2021
Aprovado em 15/05/2021

** Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC). Desenvolveu estágio de pós-doutorado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (PPGD/UFMG). Professor Adjunto C-1 da Universidade Federal Rural do Semiárido (Ufersa), atuando no Curso de Graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito.
E-mail: ulisses.reis@ufersa.edu.br.

*** Mestre e Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (PPGD/UFMG). Desenvolveu pesquisa em nível pós-doutoral perante o King’s College Brazil Institute, em Londres (Reino Unido). Professor Associado I da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pesquisador em Produtividade Nível 2 do CNPq (processo 304158/2018-6).
E-mail: emilioyu7i8peluso@gmail.com.

2020 period expanded the possibilities for contradictory individual rulings amongst the court's members and highlighted the problem. The research was based on a methodology of analysis of direct and indirect sources, emphasizing the quantitative reports of the rulings and the decisions made by the Justices in the 2018-2020 period, all of them interpreted according to the literature. The article was divided in three parts. Firstly, there is an investigation on the normative modifications that took place in the 2000s that stimulated the usage of individual rulings by the Justices. Secondly, there is an analysis on how this phenomenon was fostered in the 2018-2020 presidency of the court, propelling intern decisional conflicts. Thirdly, there is an exploration of the potential modifications in the court's intern regulations that could generate more decisional coherence to the Court's case law. The conclusion was in the sense that the context of a provisional ruling's warfare during Justice Dias Toffoli's presidency amplified the "ministrocracy" and that modifications in the court's intern regulations can stimulate the Court's decisions en banc. The article's contribution is related to focusing on a theme that is not deeply investigated but that has major pragmatic implications on judicial decision-making.

Keywords: Brazilian Federal Supreme Court; Individual decisions; Provisional ruling's warfare; Ministrocracy; Court's decisions en banc.

1 Introdução

A presente investigação partirá do diagnóstico da crescente individualidade decisória a respeito da atuação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), com objetivo de propor adaptações às normas procedimentais que, se não suficientes para solucionar completamente o problema detectado, mitiguem seus efeitos deletérios para a coerência e a estabilidade do desempenho da Corte. A pesquisa partirá das discussões apresentadas pela literatura que analisa um maior solipsismo dos membros do referido órgão, demonstrará que há uma associação direta entre o uso da prática decisória individual com momentos de instabilidade político-jurídica e, por meio da análise das estratégias em discussão para controlar essa disfunção, apresentará uma proposta consentânea com a colegialidade esperada das instâncias judiciais coletivas. A metodologia utilizada percorreu fontes diretas e indiretas que indicavam, quantitativamente, o aumento das decisões individuais, além de uma verificação qualitativa de alguns julgados selecionados pelo impacto político que tiveram.

Uma das principais críticas direcionadas ao Poder Judiciário tem relação com a sua morosidade. A atuação do STF foi por muito tempo alvo dessa avaliação, haja vista os milhares de novos casos protocolados anualmente perante a Corte e a sua pequena composição numérica.¹ Pode-se dizer que este é um dos fatores para que algumas demandas apresentadas ao Supremo demorem anos para serem julgadas, não importando sua complexidade. Atentos a isso, membros Executivo, do Legislativo e do Judiciário patrocinaram sucessivas reformas no objetivo de dar mais rapidez aos procedimentos. Dentre outras consequências, esse movimento, que parece ter sido relativamente exitoso em diminuir o congestionamento processual, deu maior capacidade decisória individual aos Ministros, especialmente em relação à apreciação dos pedidos liminares e cautelares.

O aumento do protagonismo monocrático somou-se a outros fatores estruturais responsáveis por investir nos Ministros uma autoridade supostamente delegada pelas Turmas ou pelo Plenário que, seguindo a lógica padrão de órgãos coletivos, eles não possuem. Isso fez com que recentes análises sobre a prática decisória do Supremo enxergassem na entidade o vício da "ministrocracia",² que consiste no "sequestro"

¹ Seguindo a tradição das constituições anteriores, com rápida exceção entre 1965 e 1969, a Constituição de 1988 determina que o Supremo Tribunal Federal é composto por onze Ministros (art. 101).

² O termo foi popularizado em: ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 37, n. 1, p. 13-32, 2018. Disponível em: <https://www.>

da pauta do órgão por parte dos Relatores dos processos. Outra pesquisa já demonstrou que não apenas os Relatores vêm protagonizando o movimento de retenção da pauta, mas também os Presidentes do Supremo.³ Como esse conjunto de estudos sugere, verifica-se no Brasil uma “queda de braço” entre os Ministros acerca da agenda decisória do STF.

O STF, por outro lado, é um órgão colegiado. As suas decisões, hipoteticamente, devem ser fruto da deliberação dos seus membros reunidos em Plenário ou nas Turmas. São estas que dão legitimidade às decisões do Supremo, não a mera profusão de decisões individuais (liminares e finais) ou o agregado de manifestações desconexas. O cenário se agrava quando há decisões individuais contraditórias entre Relatores e Presidentes do órgão, o que fragiliza a sua capacidade de garantir estabilidade ao Estado de Direito instituído pela Constituição.

Esta investigação parte do contexto apresentado a fim de confrontar o seguinte problema: é possível depreender do comportamento decisório dos Ministros do STF ao longo dos últimos anos um acirramento do fenômeno da “guerra de decisões individuais” estimulado pela falta de limites à sua atuação monocrática? O deslinde da problemática passa por decompô-la em perguntas de menor abrangência, a serem trabalhadas no desenvolvimento do texto: i) como a regulamentação da atuação individual dos Ministros contribuiu para a inflação das decisões monocráticas no correr dos anos?; ii) em que medida as decisões individuais contraditórias do último biênio presidencial concluído no STF (2018-2020) se distanciaram de cenários anteriores e resultaram na chamada “guerra de liminares” entre a Presidência e os Relatores?; e iii) é possível estimular uma maior colegialidade e deliberação no Supremo com base em modificações em seu Regimento Interno, considerando-se que tais atributos podem impactar a qualidade da experiência brasileira de democracia constitucional?

A hipótese a ser avaliada é a de que a somatória de reformas processuais que atingem o comportamento decisório dos Ministros, aliadas ao envolvimento destes, em temas de alta sensibilidade política, acentuou as suas atuações individuais, o que levou ao cenário de decisões monocráticas contraditórias a ser aqui analisado e que demanda correção. Em cada seção do texto, se buscará testar a verossimilhança das seguintes sub-hipóteses: i) as modificações feitas na legislação processual, ao buscarem estimular a celeridade processual e o desafogamento das instâncias superiores, trouxe o efeito colateral do “sequestro” da pauta do Supremo por parte dos Ministros, que decidem, cada vez mais, à revelia do colegiado; ii) o ambiente de decisões individuais contraditórias se diferenciou durante a gestão do Ministro Dias Toffoli pelo fato de, ao inaugurar-se o comportamento do Presidente de revogar monocraticamente decisões dos Relatores e vice-versa, naturalizar-se a atuação estratégica dos membros da Corte, o que traz repercussões para os atores que lidam com ela; e iii) o aperfeiçoamento da colegialidade e da deliberação no STF pode favorecer o órgão, impactando a qualidade decisória, na segurança jurídica e, em um panorama amplo, no debate democrático e constitucional brasileiro, o que passa por alterações em suas normas regimentais.

O objetivo do trabalho é o de correlacionar a “guerra de liminares” com o fortalecimento da chamada “ministrocracia”, buscando elucidar, em que medida, esse fenômeno compromete a legitimidade do exercício jurisdicional de proteção da Constituição pelo STF. A pesquisa justifica-se por se debruçar sobre um dos principais pontos de conflito relativo à jurisdição constitucional brasileira nos últimos anos. Desde meados de 2019, discutem-se, tanto no Poder Legislativo⁴ quanto no Supremo Tribunal Federal⁵, alterações legais com vistas a mitigar os efeitos da chamada “guerra de liminares”.

scielo.br/j/nec/a/GsYDWpRwSKzRGsyVY9zPSCP/abstract/?lang=pt Acesso em: 8 jun. 2020.

³ Para uma análise sobre como isso afeta o Estado de Direito no Brasil a partir de um debate com a categoria erosão democrática. REIS, Ulisses Levy Silvério dos; MEYER, Emilio Peluso Neder. Guerra de liminares no retrocesso democrático e sua contribuição para a instabilidade do estado de direito. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; MELLO, Patricia Perrone Campos. *Retrocesso Democrático e Resiliência: a disputa pela Constituição de 1988*. Barcelona: Bosch, 2021.

⁴ BARBOSA, Marina. *Senado rejeita proposta que limitaria decisões individuais no STF*. 2019. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/senado-arquiva-proposta-que-limitaria-decisoes-individuais-no-stf/>. Acesso em: 10 fev. 2021.

⁵ POMPEU, Ana. *Gilmar sugere que ministros tenham 180 dias para liberar monocráticas pendentes*. 2020. Disponível em: <https://www.jota>.

à decisão da maioria absoluta do STF, seu § 1º concede ao Relator a possibilidade de tomar essa decisão monocraticamente, *ad referendum* do Plenário, em situações de urgência ou no período de recesso.

As exigências sobre a tomada de decisões colegiadas no STF passaram a ser flexibilizadas sobretudo a partir de meados dos anos 2000, quando o acúmulo de processos ensejou críticas à famigerada “morosidade processual”.⁷ A aposta feita pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, para diminuir a lentidão jurisdicional, perpassou a criação de mecanismos responsáveis por impedir a chegada de processos à Corte, no que se destacou a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004 e a criação de regras capazes de “simplificar” e “agilizar” os julgamentos nos tribunais.⁸

A impressão de que era necessário “modernizar” o Judiciário e “simplificar” os procedimentos era compartilhada por vários setores do governo, do próprio sistema de justiça e da academia.⁹ O Secretário de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça partia da conjuntura da morosidade processual para sustentar a necessidade da aprovação de alterações legais aptas a dar maior celeridade aos procedimentos.¹⁰ Em trabalho publicado meses antes da reforma do Judiciário, Sadek¹¹ compilou análises feitas com membros do Judiciário e do Ministério Público durante os anos 1990 e início dos 2000 para demonstrar a opinião majoritária de que as ferramentas processuais previstas na legislação eram vistas como óbices à celeridade esperada das instâncias jurisdicionais.

A conjuntura de apoios na opinião pública, no sistema de justiça e na academia contribuiu para a aprovação das reformas legislativas aptas a desbloquear algumas formalidades processuais vistas como excessivas e dificultar o acesso aos tribunais superiores.¹² Após a inserção na Constituição dos institutos da repercussão geral das questões a serem debatidas nos recursos extraordinários e da súmula vinculante (arts. 102, § 3º, e 103-A), a mensagem transmitida ao legislador foi a de que a simplificação dos atos processuais seria a chave para o fim da morosidade jurisdicional. Uma evidência dessa propensão é que, a partir de então, cada vez mais normas foram promulgadas dando a oportunidade para que os julgadores pudessem, sozinhos, emitir decisões liminares em nome dos órgãos colegiados ou controlar a admissibilidade recursal.

Para ficar em alguns exemplos a nível legislativo, pode-se citar: as leis que alteraram o Código de Processo Civil de 1973 para assegurar decisões individuais de não seguimento recursal baseado em jurisprudência firmada pelos tribunais superiores (por exemplo, Leis 9.756/1998, 10.352/2001, 11.672/2008 e 12.322/2010);

⁷ A desaprovação da opinião pública acerca da lentidão dos casos no STF possuía fundamentos empíricos. Em relatório feito pela própria Corte tendo como base o biênio 2004-2006, verifica-se que lá constavam 191.333 processos, em 15/03/2006. Isso fazia com que fossem necessários, em média, 289 dias para a tomada de uma decisão monocrática e 475 dias para a adoção de uma ordem colegiada. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Relatório de Atividades 2004-2006*. Brasília: STF, 2006. Disponível em: <https://sistemas.stf.jus.br/dspace/xmlui/handle/123456789/885>. Acesso em: 11 fev. 2021.

⁸ O uso de aspas nas expressões se deu porque elas constam no documento intitulado “Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano”, assinado em 15/12/2004 pelos ex-Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal. Os dois primeiros itens do Pacto referem-se, diretamente, à reforma do Judiciário e dos sistemas recursal e procedimental, prevendo também a apresentação de mais projetos legislativos com este objetivo. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=63995&caixaBusca=N#:~:text=Os%20presidentes%20da%20Rep%C3%BAblica%2C%20Luiz,Judici%C3%A1rio%20mais%20R%C3%A1pido%20e%20Republicano>.

⁹ ANDRADE, Fábio Martins de. Reforma do Poder Judiciário: aspectos gerais, o sistema de controle de constitucionalidade das leis e a regulamentação da súmula vinculante. *Revista de Informação Legislativa*, v. 43, n. 171, p. 177-197, 2006. p. 178. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/92823> Acesso em: 15 fev. 2021.

¹⁰ RENAULT, Sérgio Rabello Tamm. A reforma do Poder Judiciário sob a ótica do Governo Federal. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 56, n. 2, p. 127-136, 2005. p. 132. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/221/226>. Acesso em: 11 fev. 2021. As suas reflexões eram corroboradas por outras pesquisas, como visto em: PINHEIRO, Armando Castelar. *Texto para Discussão (TD) 966: judiciário, reforma e economia: a visão dos magistrados*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2003. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/2900>. Acesso em: 15 fev. 2021.

¹¹ SADEK, Maria Tereza Aina. Poder Judiciário: perspectivas de reforma. *Opinião Pública*, Campinas, v. 10, n. 1, p. 1-62, 2004. p. 23-24, 39-40. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/op/v10n1/20314.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2021.

¹² Houve opiniões dissonantes e críticas dentro destes mesmos setores, como era de se esperar, como visto em: CARVALHO FILHO, Luís Francisco de. Reforma do Judiciário: não pode haver ilusão (entrevista com Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior). *Estudos Avançados*, v. 18, n. 51, p. 169-180, 2004.

o atual Código de Processo Civil (2015), que, embora reconheça na colegialidade o formato ordinário de tomada de decisões nos tribunais, permite que os Relatores apreciem, individualmente, pleitos veiculados por meio das ações originárias e dos recursos, principalmente quando a tutela buscada se reveste de urgência (arts. 989, II, 1.011, I, e 1.019, I); e a Lei n. 12.016/2009, que disciplina o processamento dos mandados de segurança, cujo art. 16, *caput* e parágrafo único, possibilita aos Relatores julgarem os pedidos liminares, cabendo agravo de suas decisões aos respectivos colegiados.

As maiores modificações nesse sentido se deram no próprio Regimento Interno do STF. Com o tempo, mais poderes individuais foram atribuídos aos Ministros em detrimento do colegiado. Considerando-se como parâmetro temporal os anos de 2004 a 2020, podem-se elencar como principais mudanças quanto à crescente monocratização: a delegação aos Relatores da possibilidade de julgarem as liminares e o mérito das reclamações que lhes forem distribuídas, quando considerarem que a matéria é objeto de jurisprudência consolidada (art. 161, parágrafo único);¹³ e o aumento do poder dos Relatores para decidir sozinho questões urgentes nos plantões de sábados, domingos e feriados,¹⁴ bem como para tomar medidas cautelares *ad referendum* do Plenário, embora sem prever qual prazo eles têm para submeter suas decisões às instâncias colegiadas, assim como a possibilidade de negar seguimento¹⁵ a recurso considerado, manifestamente, inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante (art. 21, IV, V, V-A e § 1º).

O aumento da capacidade decisória do Presidente foi mais acentuada, haja vista sua competência para despachar, na qualidade de Relator, até ulterior distribuição, as petições, os recursos extraordinários e os agravos em recurso extraordinário com problemas de admissibilidade ou cujas pretensões sejam contrárias à jurisprudência do STF; a possibilidade de atuar como Relator, até eventual distribuição, nos *habeas corpus* inadmissíveis por incompetência manifesta;¹⁶ e, mais importante, a capacidade de decidir sozinho questões urgentes¹⁷ nos períodos de recesso e férias¹⁸ (art. 13, V, *c, d, e*, e VIII).

O cotejo entre as possibilidades de atuação monocrática, elencadas no Regimento Interno à luz da legislação processual (codificada ou especial) — que não obstaculiza a atuação individual em sede de apreciação de pedidos liminares e cautelares sequer quando a matéria em discussão for de natureza estritamente constitucional¹⁹ — dá, cada vez mais, poderes aos Ministros em detrimento das Turmas e do Plenário. Levada ao extremo, embora a essência da reforma do Judiciário de 2004, a partir da tônica da simplificação dos atos processuais contra a morosidade, tenha conseguido diminuir o número de casos em trâmite no Supremo,²⁰ por outro lado, ela também incentivou a captura dos colegiados por parte dos seus integrantes.

A análise da discrepância entre decisões colegiadas e monocráticas no STF fala por si só. Limitando-se ao recorte temporal a ser delineado na próxima seção (2018-2020), tem-se que:²¹

¹³ O parágrafo único foi incluído pela Emenda Regimental n. 13, de 25 de março de 2004.

¹⁴ Incluído pela Emenda Regimental n. 42, de 2 de dezembro de 2010.

¹⁵ Incluído pela Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007.

¹⁶ Essas medidas foram adotadas por meio da Emenda Regimental n. 54, de 1º de julho de 2020.

¹⁷ Dispositivo acrescentado por meio da Emenda Regimental n. 26, de 22 de outubro de 2008.

¹⁸ As férias coletivas dos tribunais superiores ocorrem entre os dias 2 e 31 dos meses de janeiro e julho, conforme o art. 66, § 1º, da Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979.

¹⁹ Como visto no caso das exceções delineadas pelo art. 10 da Lei n. 9.868/1999 e pelo art. 5º, § 1º, da Lei n. 9.882/1999.

²⁰ O acervo de processos em trâmite no STF passou a ser catalogado com maior sistematicidade a partir de 2006. A linha evolutiva estável em decréscimo sinaliza maior celeridade no julgamento dos feitos possivelmente influenciada pela diminuição no protocolo de novas ações (originárias e recursais). Enquanto havia 150.001 processos na Corte em 2006, o seu acervo, em 14/02/2021, é de 27.053 casos. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Evolução do Acervo do STF*. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=e554950b-d244-487b-991d-abcc693bfa7c&sheet=ea8942c2-79fa-494f-bf18-ca6d5a3bfb43&theme=simplicity&opt=cursel&select=clearall>. Acesso em: 15 fev. 2021.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Decisões no STF*. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=1f9aa2cf-d569-4e98-bd2a-a9dac4e79a69&sheet=3490ef1f-f90e-4b51-9b93-b578efd54efd&theme=simplicity&select=clearall>. Acesso em: 16 fev. 2021.

- Em 2018, 126.769 decisões foram proferidas no Supremo, sendo 14.530 colegiadas e 112.208 monocráticas;
- Em 2019, foram 115.676 decisões, das quais 17.711 colegiadas e 97.965 individuais;
- Em 2020, das 99.512 ordens tomadas, 18.209 foram colegiadas e 81.303 individuais.

A tendência para o ano em curso (2021) segue em idêntica proporção, visto que, em 14/02/2021, há, até então, 8.100 decisões; 380 colegiadas e 7.720 monocráticas.

Se já é possível criticar a atuação individual excessiva frente ao desempenho coletivo do STF somente olhando para os números brutos, a questão fica mais complexa em um exame mais detido. O VIII Relatório Supremo, em *Números*, da Fundação Getúlio Vargas, demonstrou como a individualidade no Supremo é ainda mais destacada que a mera divisão binária do parágrafo anterior. Ao considerarem-se como análise as decisões da Corte no período 1988-2018 e dividirem-se os tipos decisórios do menor ao maior grau de envolvimento dos Ministros em deliberações coletivas,²² os pesquisadores constaram que, somente, aproximadamente 1% das decisões tomadas pelo STF no intervalo foram objeto de genuína apreciação coletiva entre os Ministros (podendo ser incorporadas ao modelo ideal do “tipo 3”), enquanto pouco mais de 16% foram encaixadas nas sessões em que 20 ou mais processos foram julgados ou cuja apreciação deu-se no Plenário Virtual²³ (modelo ideal do “tipo 2”).²⁴ Além do baixo quantitativo de decisões colegiadas, apenas a sua minoria foi classificada dentro do estrato no qual foi possível constatarem-se amplos engajamento, debates e colegialidade.²⁵

O percentual de monocráticas compõe a grande maioria dos atos judiciais. Em relação às decisões analisadas no intervalo 1988-2018, 72.4% foram tomadas individualmente, sendo 60.65% em demandas de controle concentrado de constitucionalidade, 72.39% quando o Supremo atuou como instância originária e 72.49% quando a Corte fez o papel de ente recursal.²⁶ Quando as decisões individuais servem de filtro à atuação das instâncias colegiadas para impedir o seu congestionamento com casos repetitivos, entende-se que são justificadas. O problema se dá quando liminares são tomadas à revelia de pronunciamentos coletivos prévios acerca da controvérsia trazida e, agravando o problema, o seu prolator não as coloca à disposição das Turmas ou do Plenário. É nessas ocasiões que pode ocorrer o “sequestro” da pauta do STF.

A capacidade de os Ministros atuarem à revelia do colegiado por meio de decisões individuais e a sobreposição destas à instituição no que diz respeito à influência no destino da política foram aspectos analisados

²² Assim funcionou a divisão metodológica dos tipos decisórios ideais: “o objetivo deste relatório é mapear o grau de engajamento do STF - em suas manifestações individuais e colegiadas, virtuais e presenciais - na tomada de decisão de diferentes processos. [...] Para esse fim, criamos uma classificação das formas de atuação e decisão do tribunal em um dado processo. Partimos da premissa de que estas diferentes categorias expressam graus diferentes de atenção decisória institucional a um dado processo para a tomada de decisão - de processos devolvidos pelo regime da repercussão geral (Tipo 0), até processos decididos presencialmente por um órgão colegiado do tribunal (tipo 3) e que, portanto, receberam a atenção máxima possível em termos dos recursos decisórios disponíveis na estrutura formal da instituição.” PEREIRA, Thomaz; ARGUELHES, Diego Werneck; ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto. *VIII Relatório Supremo em Números: Quem decide no Supremo? tipos de decisão colegiada no tribunal*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020. p. 25.

²³ O Plenário Virtual consiste num ambiente *online* em que os Ministros podem realizar os julgamentos dos processos por meio do protocolo dos seus votos com base em prazos regimentalmente estabelecidos. Sua utilização, que já vinha em crescimento, foi potencializada durante a pandemia causada pelo novo coronavírus. As potencialidades da ferramenta serão abordadas na última seção.

²⁴ PEREIRA, Thomaz; ARGUELHES, Diego Werneck; ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto. *VIII Relatório Supremo em Números: Quem decide no Supremo? tipos de decisão colegiada no tribunal*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020. p. 37-38.

²⁵ Merece registro que a deliberação presencial e efetiva dos Ministros é privilegiada quando se estão em discussão temas de natureza constitucional veiculados por meio das ações do controle concentrado de constitucionalidade, com 24.4% de decisões do tipo 3 e 14.93% de decisões do tipo 2. PEREIRA, Thomaz; ARGUELHES, Diego Werneck; ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto. *VIII Relatório Supremo em Números: Quem decide no Supremo? tipos de decisão colegiada no tribunal*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020. p. 39-40.

²⁶ PEREIRA, Thomaz; ARGUELHES, Diego Werneck; ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto. *VIII Relatório Supremo em Números: Quem decide no Supremo? tipos de decisão colegiada no tribunal*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020. p. 38-40.

por Arguelhes e Ribeiro,²⁷ o que mudou a sua opinião prévia sobre a pouca influência dessas decisões na agenda do Supremo ao se depararem com os dados de quantidade e longevidade das liminares individuais levantados por Hartmann e Ferreira.²⁸ O crescimento do seu uso nos mais variados procedimentos, o que muitas vezes escapa à revisão colegiada posterior por exaurimento do objeto ou consolidação dos efeitos decisórios,²⁹ pode tornar o Supremo “refém” de seus membros. Apesar de concordar-se com a análise, ela não poderia se antecipar aos acontecimentos ocorridos desde 2018.

A retenção da capacidade decisória do colegiado protagonizada pelos Ministros em favor de si próprios parece ter evoluído para algo até então não visto no STF: começaram a surgir revisões também individuais, protagonizadas pela Presidência ou pelos Relatores, contra as ordens monocráticas tomadas em processos com potencial de causar problemas interinstitucionais junto ao Legislativo e ao Executivo. Os Ministros deixaram de pautar no ambiente coletivo os recursos direcionados contra as liminares individuais e passaram a julgá-los, também, monocraticamente, atraindo para o Supremo uma série de críticas. A próxima seção contextualizará esses episódios.

3 O STF e a guerra de decisões individuais cruzadas sob a presidência do ministro Dias Toffoli (2018-2020)

Nomeado em 2009 pelo ex-Presidente Lula da Silva (PT) para integrar o Supremo Tribunal Federal, o Ministro Dias Toffoli costuma exaltar a colegialidade e a busca pelo consenso³⁰ como instrumentos necessários aos julgamentos do STF. Talvez por isso ele tenha angariado entre os pares a fama de conciliador.³¹ Não deixa de ser irônico que o cenário da guerra de liminares tenha ganhado proeminência durante a sua gestão à frente do Supremo.³²

Antes de ser alçado à Presidência, Toffoli reconhecia o grande poder atribuído aos membros do STF com base na naturalização dos votos individuais, mas o relativizava com base na capacidade do Presidente de pautar as decisões monocráticas em Plenário e na pressão feita informalmente pelos Ministros que discordavam da opinião do Relator a fim de que o caso fosse colocado em apreciação pelos demais.³³ O seu discurso

²⁷ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 37, n. 1, p. 13-32, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/GsY-DWpRwSKzRGsyVY9zPSCP/abstract/?lang=pt> Acesso em: 8 jun. 2020.

²⁸ HARTMANN, Ivar Alberto Martins; FERREIRA, Lívia da Silva. *Ao relator, tudo: o impacto do aumento do poder do Ministro relator no Supremo*. *Revista Opinião Jurídica*, v. 13, n. 17, p. 268-283, 2015. p. 274-278.

²⁹ Alguns exemplos sensíveis trazidos por Arguelhes e Ribeiro: a decisão individual do Ministro Luiz Fux para a devolução à Câmara dos Deputados do pacote legislativo referente às “10 medidas contra a corrupção”, cujo processo principal foi extinto sem ulterior deliberação colegiada; a liminar do Ministro Gilmar Mendes impedindo a posse do ex-Presidente Lula da Silva (PT) como Ministro Chefe da Casa Civil de Dilma Rousseff (PT), que ficou prejudicada quando consolidado o processo de *impeachment*; além do pagamento do auxílio-moradia para todos os juizes brasileiros baseado em ordem monocrática do Ministro Luiz Fux, outra medida de duvidosa constitucionalidade que escapou ao crivo do colegiado ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 37, n. 1, p. 13-32, 2018. p. 24-25. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/GsY-DWpRwSKzRGsyVY9zPSCP/abstract/?lang=pt> Acesso em: 8 jun. 2020.

³⁰ Em entrevista ao projeto “História Oral do Supremo (1988-2013)”, Toffoli classificou como positiva a influência exercida pelo ex-Ministro Nelson Jobim à frente do STF a fim de lhe dar mais informalidade e estimular o diálogo e o consenso entre os seus pares FONTAINHA, Fernando de Castro; SANTOS, Carlos Victor Nascimento; CANTISANO, Pedro Jimenez; ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz Henrique. *História oral do Supremo (1988-2013)*: Dias Toffoli. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017. v. 21. p. 119).

³¹ BARBIÉRI, Luiz Felipe; D’AGOSTINO, Rosanne. Considerado bom gestor por colegas, Toffoli é o mais jovem ministro a assumir presidência do STF. *G1*, 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/09/12/considerado-bom-gestor-por-colegas-e-alvo-de-criticas-por-ligacao-com-o-pt-toffoli-e-ministro-mais-jovem-a-assumir-o-stf.ghtml>. Acesso em: 17 fev. 2021.

³² O Ministro Dias Toffoli foi Presidente do STF entre 13/09/2018 e 10/09/2020. A galeria de presidentes do órgão está disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/ministro/listarPresidente.asp>.

³³ FONTAINHA, Fernando de Castro; SANTOS, Carlos Victor Nascimento; CANTISANO, Pedro Jimenez; ARGUELHES,

de posse no cargo de Presidente inclinava a sua gestão no sentido conciliatório ao dizer que a cultura da pacificação e da harmonização sociais, inclusive no relacionamento entre os poderes, seria obtida por meio das soluções consensuais, da mediação e da conciliação.³⁴ Não foi esse o caso, entretanto, ao menos no que diz respeito às decisões monocráticas proferidas na Corte.

Toffoli protagonizou, juntamente aos seus colegas, durante a sua gestão, um conflito cruzado de liminares envolvendo decisões individuais tomadas em casos com alta sensibilidade política e potencial de causar problemas no relacionamento entre os poderes. Desde a proibição da concessão da entrevista na prisão pelo ex-Presidente Lula às vésperas das eleições de 2018 até a anulação de atos da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro relacionados ao processo de *impeachment* do Governador Wilson Witzel (PSC), em 2020, várias liminares individuais objeto de recursos deixaram de ser submetidas ao colegiado e foram revogadas por outras ordens monocráticas.

Nas subseções a seguir, essas decisões serão analisadas de acordo com o seguinte critério: primeiramente, serão trabalhadas as decisões da Presidência que revogam as liminares dos Relatores; em seguida, o mesmo exercício será feito com relação às decisões dos Relatores que cassaram os atos do Presidente. Dentro de cada subseção, será adotado o critério cronológico na apresentação dos casos.

3.1 Decisões individuais do Presidente que revogam liminares dos Relatores

O primeiro deu-se logo no primeiro mês de mandato do Ministro Dias Toffoli. Trata-se da proibição da concessão de entrevista por parte do ex-Presidente Lula às vésperas das eleições gerais de 2018, à época custodiado em decorrência de condenação provisória em um dos processos a que responde na Operação Lava Jato e impedido de concorrer ao cargo de Presidente da República.³⁵ Em primeiro grau, o juízo responsável pelo controle da execução da pena provisória indeferiu o pleito movido por uma empresa jornalística e uma repórter com base em alegada inexistência de permissão na Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais).

Ao apreciar a Reclamação 32.035/PR, em 28/09/2018, poucos dias antes do primeiro turno das eleições, o Ministro Ricardo Lewandowski (Relator) emitiu decisão individual cassando a decisão de primeiro grau e franqueando o acesso dos meios de comunicação ao ex-Presidente, se assim ele concordasse, nas dependências da Polícia Federal.³⁶ A sua argumentação baseou-se nos julgamentos anteriores do STF a respeito da leitura a ser dada ao direito fundamental à liberdade de expressão³⁷ e nas reiteradas vezes em que o Supremo autorizou entrevistas com presos de maior periculosidade do que o ex-Presidente da República. Essa decisão foi impugnada por meio da Suspensão de Liminar 1.178/PR, cuja cautelar foi julgada, individualmente, pelo Vice-Presidente da Corte, Ministro Luiz Fux, no mesmo dia. Este, agindo em substituição ao Presidente, alegou a necessidade de exercer o controle sobre a liberdade de imprensa durante o período eleitoral com a finalidade de “protege[r] o bom funcionamento da democracia” e evitar desinformação responsável por

Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz Henrique. *História oral do Supremo (1988-2013)*: Dias Toffoli. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017. v. 21. p. 141-142.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Posse na presidência do Supremo Tribunal Federal*. Ministro Dias Toffoli – Presidente: Ministro Luiz Fux – Vice-Presidente. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2019. p. 44.

³⁵ Recentemente, o Ministro Edson Fachin, do STF, anulou todas as condenações prolatadas pelo ex-juiz Sérgio Fernando Moro contra o ex-Presidente Lula no âmbito da Operação Lava Jato. ANGELO Tiago; CALEGARI, Luiza. *Fachin anula condenações de Lula e desloca processos para Brasília*. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-08/fachin-declara-vara-curitiba-incompetente-julgar-lula>. Acesso em: 15 mar. 2021. Posteriormente, a Segunda Turma do STF julgou o juiz suspeito em um *habeas corpus* referente ao caso do triplex do Guarujá. SCHREIBER, Mariana. *Após reviravolta, STF decide que Moro foi parcial contra Lula*. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56503901>. Acesso em: 25 mar. 2021.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 32.035/PR*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 28 de setembro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lewandowski-autoriza-lula-dar-entrevista.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2021.

³⁷ Para uma análise dos limites da liberdade de expressão na jurisprudência do STF, REIS, Ulisses Levy Silvério dos. Cabe ao estado censurar as tentações de Cristo?: considerações sobre a (im)possibilidade de exclusão de conteúdos no meio digital a partir do caso Porta dos Fundos e Netflix. *Revista Videre*, Dourados, v. 12, n. 24, p. 214-236, maio/ago. 2020.

eventual confusão do eleitorado, premissas que justificaram a cassação da decisão do Relator e a proibição da realização da entrevista.³⁸

A decisão do Ministro Luiz Fux foi impugnada nos autos da Reclamação 32.035/PR, novamente decidida pelo Relator, em 01/10/2018. Para o Ministro Ricardo Lewandowski, a decisão prolatada pelo Vice-Presidente da Corte é inepta e não possui base jurídica.³⁹ Em resumo, sustentou ele: i) que um partido político não teria legitimidade para protocolar o pedido; ii) que a parte que poderia recorrer da decisão, a Procuradoria-Geral da República (PGR), havia renunciado a isto; iii) que inexistia hierarquia entre os membros do Supremo capaz de justificar a revisão das decisões dos Relatores pela Presidência; iv) que o juízo competente para apreciar recurso de sua decisão monocrática é a Segunda Turma; e, v) que inexistia previsão legal para o que foi feito pelo Vice-Presidente.⁴⁰ O Relator determinou, mais uma vez, a realização da entrevista.

Atendendo a um ofício do Ministério da Justiça e Segurança Pública, solicitando orientações sobre como proceder no caso, o Presidente Dias Toffoli emitiu, nos autos da Suspensão de Liminar 1.178/PR, ordem individual não fundamentada determinando que a decisão a ser cumprida deveria ser a do Ministro Luiz Fux (Vice-Presidente).⁴¹ O Ministro Dias Toffoli, em seu pronunciamento, não refutou, juridicamente, os argumentos do Relator quanto ao mérito da Reclamação 32.035/PR, consolidando a primeira crise da sua gestão à frente do STF.⁴²

Em pouco tempo, três episódios análogos voltaram a ocorrer. Eles envolveram o Presidente Dias Toffoli confrontando decisões do Ministro Marco Aurélio, reconhecido por seus posicionamentos isolados.⁴³ Tudo isso se deu durante os meses de dezembro de 2018 e janeiro de 2019, que coincidem com o recesso de fim de ano emendado com as férias forenses. As três matérias possuíam repercussões em relação aos demais poderes.

O primeiro conflito envolvendo os Ministros se deu em relação ao objeto da ADC 54/DF, ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil com o intuito de ver declarada a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal⁴⁴ e a consequente determinação de soltura dos presos em regime provisório que não se encaixavam nos condicionantes das prisões preventivas. Esse debate já havia sido travado em caso concreto relacionado ao pedido de liberdade do ex-Presidente Lula, mas, desde então, alguns Ministros haviam se pronunciado sobre a possibilidade de alteração dos seus posicionamentos, caso a matéria fosse novamente colocada em discussão.

O Ministro Marco Aurélio solicitou a inclusão do processo na pauta do Plenário em 19/04/2018, mas o Presidente pautou o caso para 10/04/2019. Ante isso, o Relator utilizou as últimas horas antes do recesso forense (dia 19/12/2018, às 14h) para emitir cautelar monocrática determinando a procedência liminar do

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Liminar 1.178/PR*. Relator: Min. Luiz Fux, 28 de setembro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-ministro-luiz-fux-stf-deferindo.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2021.

³⁹ A tônica beligerante da decisão pode ser constatada logo nas suas primeiras linhas: “Bem examinados os autos, verifico que a decisão proferida pelo Ministro Luiz Fux nos autos da SL 1.178 não possui forma ou figura jurídica admissível no direito vigente, cumprindo-se salientar que o seu conteúdo é absolutamente inapto a produzir qualquer efeito no ordenamento legal.”

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 32.035/PR*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 01 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lewandowski-entrevista-lula.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2021.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Liminar 1.178/PR*. Relator: Min. Dias Toffoli, 01 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/toffoli-suspende-liminar-autorizava.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2021.

⁴² A entrevista só veio a ocorrer meses depois, em abril de 2019, quando o Ministro Dias Toffoli arquivou a Suspensão de Liminar 1.178/PR, prejudicada pelo trânsito em julgado da Reclamação 32.035/PR. Na época, o potencial político-eleitoral havia se exaurido. Uma matéria da Revista Piauí informa que o Ministro, no início de setembro de 2018, havia se reunido com o então Comandante do Exército, General Villas Bôas, implicado uma série de atritos com o STF, e lhe prometeu que o ex-Presidente Lula não receberia qualquer benefício jurídico até as eleições. GUGLIANO, Monica; MONTEIRO, Tânia. *O General, o Tuite e a Promessa*. 2021. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/o-general-o-tuite-e-promessa>; acesso em: 17 mar. 2021.

⁴³ A característica de reiterada dissidência do Ministro Marco Aurélio perante os pares foi verificada por meio de pesquisa empírica OLIVEIRA, Fabiana Luci. Quando a Corte se divide: coalizões majoritárias mínimas no Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 1863-1908, 2017.

⁴⁴ Aprovado por meio do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.

pedido e determinando a libertação de todos os presos provisórios do país que não preenchessem os condicionantes do art. 312 do Código de Processo Penal.⁴⁵ Os argumentos do seu voto gravitaram em dois sentidos: i) na constitucionalidade sistêmica do art. 283 à luz da presunção de inocência; e, ii) na urgência quanto à análise do pleito, haja vista o reconhecimento prévio do STF acerca do “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro.⁴⁶

A PGR protocolou, na mesma data, a Suspensão de Liminar 1.188/DF, distribuída ao Presidente. Na mesma noite (19h39), o Ministro Dias Toffoli invocou dispositivos que fazem referência à possibilidade de controle monocrático de decisões oriundas de tribunais ordinários⁴⁷ para cassar os efeitos da decisão do Relator da ADC 54/DF. Sua argumentação se baseou no entendimento de que este último havia violado o posicionamento colegiado do STF em julgamentos anteriores.⁴⁸

O Presidente Dias Toffoli revogou a decisão do colega e não colocou em pauta para referendo sua decisão provisória na Suspensão de Liminar 1.188/DF. Não houve mais movimentação nesse procedimento até o seu trânsito em julgado, em 23/02/2019. Por outro lado, o julgamento do mérito da ADC 54/DF, em 07/11/2019, ratificou o posicionamento do Ministro Marco Aurélio quanto à constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal e à inviabilidade da manutenção das prisões provisórias antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a menos que o custodiado preencha os requisitos de prisões cautelares.

O próximo episódio do conjunto de embates teve como pano de fundo a eleição para a Mesa Diretora do Senado Federal para o primeiro biênio da 56ª Legislatura (2019-2021). Um Senador da República ajuizou o Mandado de Segurança 36.169/DF com o objetivo de determinar a publicidade dos votos da eleição a ser realizada na sessão preparatória do dia 01/02/2019 pela suposta inconstitucionalidade do art. 60 do Regimento Interno da Casa, que prevê o escrutínio secreto para tal fim. O Ministro Marco Aurélio, atuando como Relator, também, em 19/12/2018, deferiu, monocraticamente, o pedido liminar com base na publicidade exigida pela Constituição 1988 para todos os atos dos poderes públicos, salvo nas hipóteses em que o próprio texto constitucional os excepciona, o que não é o caso da eleição para a Mesa Diretora do Senado.⁴⁹

A decisão do Relator foi impugnada pela Mesa do Senado Federal não somente nos autos da ação principal, mas também por meio do procedimento de Suspensão de Segurança 5.272/DF. O Presidente do Supremo cassou monocraticamente a decisão do Ministro Marco Aurélio, em 09/01/2019, baseando-se nas compreensões de que: i) a publicidade exigida constitucionalmente só é coativa quando se tratar de atos afetos à competência ínsita às atividades do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, podendo ser excepcionada quando a atuação disser respeito às suas atribuições internas; e, ii) por consequência da primeira consideração, a determinação do STF, na forma deferida pelo Relator, importaria em invasão das atribuições do Poder Legislativo capaz de violar a separação dos poderes.⁵⁰

Essa última decisão determinou sua inclusão no calendário de julgamentos do Plenário do Supremo, em 07/02/2019. Contudo, o desenvolvimento dos fatos pode induzir à percepção de que o Ministro não tinha a

⁴⁵ Para uma crítica à postura isolacionista do Ministro Marco Aurélio no caso. ARGUELHES, Diego Werneck. A liminar de Marco Aurélio: da monocratização à insurreição? In: FALCÃO, Joaquim *et al.* (orgs.). O Supremo e o processo eleitoral. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito; FGV Direito Rio; Supra; Jota, 2019. p. 110-119.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 54/DF*. Relator: Min. Marco Aurélio, 19 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/adc-54-marco-aurelio-transito-julgado.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2021.

⁴⁷ Em adendo ao art. 4º da Lei n. 8.437/1992, o Presidente baseou seu “poder de contracautela” igualmente no art. 297 do Regimento Interno do STF.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Liminar 1.188/DF*. Relator: Min. Dias Toffoli, 19 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/toffoli-suspende-liminar-marco-aurelio.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2021.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 36.169/DF*. Relator: Min. Marco Aurélio, 19 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/eleicao-mesa-diretora-senado-voto.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2021.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Suspensão de Segurança 5.272/DF*. Relator: Min. Dias Toffoli, 09 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/toffoli-mantem-voto-fechado-eleicoes.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2021.

intenção de colocar sua liminar para ratificação. Isso porque, como a eleição para a Mesa Diretora do Senado Federal ocorreu em 01/02/2019, o pleito contido no Mandado de Segurança 36.169/DF perderia o objeto antes da aludida data, o que implicaria em igual desfecho para o procedimento acessório. Realmente foi isso o que ocorreu: ambas as ações judiciais foram arquivadas sem que as suas decisões individuais tenham sido apreciadas pelo colegiado.

O último dos episódios de confronto deu-se em relação à discussão sobre a constitucionalidade do Decreto n. 9.355/2018, editado pela União com o objetivo de fixar as regras de cessão dos direitos de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos pela Petrobras. O Partido dos Trabalhadores (PT) ajuizou a ADI 5.942/DF objetivando ver declarada a inconstitucionalidade da normativa com base no fato de, em tese, ela inovar a ordem jurídica ao criar legislação em sentido material para regulamentar as etapas do processo de cessão dos contratos da estatal e suas subsidiárias, incumbência do Congresso Nacional.

O Ministro Marco Aurélio, também no dia 19/12/2018, alegou a impossibilidade de realização do julgamento colegiado na data originalmente marcada (28/11/2018) associada à urgência do tema para justificar a sua apreciação individual. Em síntese, ele concordou com a argumentação autoral no sentido da inovação jurídica produzida via decreto do Poder Executivo e suspendeu os efeitos da normativa.⁵¹ Sua decisão não foi impugnada diretamente nos autos da ação principal, mas, como nas outras ocasiões, por meio do incidente de Suspensão de Tutela Provisória 106/DF, possibilitando o seu controle pelo Presidente.

O Ministro Dias Toffoli suspendeu os efeitos da decisão do Relator com base, apenas, na urgência da questão do ponto de vista econômico, visto que a Petrobras participaria de uma rodada de licitação sobre a partilha da produção dos blocos exploratórios do pré-sal marcada para 18/01/2019.⁵² Considerando-se que a sua decisão foi tomada em 11/01/2019 e não enfrentou a controvérsia da competência privativa da União para legislar sobre licitações e a possibilidade de o decreto ter inovado na ordem jurídica, pode-se inferir que o Presidente agiu como um ator voltado a destravar a pauta do Ministério da Economia e da estatal. Também serve de indício o fato de, mais uma vez, sua decisão individual não ter sido disponibilizada para referendo.⁵³

3.2 Decisões individuais dos ministros: relatores revogando liminares do Presidente

A postura do então Presidente Dias Toffoli quanto à revogação das decisões dos colegas atraiu reações por parte destes. Se ele e o Vice-Presidente desautorizaram ordens dos Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, houve liminares por parte deste último, do próprio Ministro Luiz Fux, do Ministro Edson Fachin e do Ministro Alexandre de Moraes revogando decisões tomadas pela Presidência e Vice-Presidência durante os recessos, as quais ocorreram com maior espaçamento temporal (entre janeiro de 2019 e agosto de 2020). Foram todas decisões tomadas em processos que discutiam assuntos relevantes para os demais poderes, como a investigação penal envolvendo o Senador Flávio Bolsonaro (Republicanos), a entrada em vigor dos institutos jurídicos criados com a Lei n. 13.964/2019 (chamada de “Pacote Anticrime”), o compartilhamento com a PGR dos arquivos em posse das forças-tarefa da Operação Lava Jato e aspectos procedimentais do julgamento do *impeachment* do Governador Wilson Witzel, do estado do Rio de Janeiro.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.942/DF*. Relator: Min. Marco Aurélio, 19 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/marco-aurelio-suspende-cessao-direitos.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2021.

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Suspensão de Tutela Provisória 106/DF*. Relator: Min. Dias Toffoli, 12 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/toffoli-mantem-decreto-permite-direitos.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2021.

⁵³ Quando o mérito da ADI 5.942/DF foi apreciado no Plenário, o pedido inicial foi julgado improcedente a partir da dissidência inaugurada no voto-vista do Ministro Luiz Fux. O Ministro Dias Toffoli seguiu a divergência e o Relator foi voto vencido.

O primeiro conflito deu-se na mesma época das decisões analisadas na última subseção. Em 16/01/2019, horas após o protocolo da Reclamação 32.989/RJ, o então Vice-Presidente do STF, Ministro Luiz Fux, emitiu cautelar individual suspendendo o trâmite das investigações realizadas pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro contra Flávio Bolsonaro,⁵⁴ que sustentava a usurpação da competência da Corte pelo fato de os atos investigados serem parcialmente cobertos pela época em que já estava eleito Senador da República e a suposta ilegalidade das provas obtidas por meio da atuação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras.

Duas semanas após a decisão ter sido tomada, no primeiro dia do retorno do recesso (01/02/2019), o Relator da ação, Ministro Marco Aurélio, que viu três decisões suas serem revogadas pela Presidência, também cassou, monocraticamente, a cautelar do Ministro Luiz Fux e determinou o arquivamento da Reclamação 32.989/RJ. Isso tudo ocorreu sem que quaisquer das partes da ação opusesse recurso da decisão original. Para o Relator, o fato de o reclamante exercer o cargo de Deputado Estadual durante o período contemplado pelas investigações exclui a dúvida sobre a falta de competência do Supremo para a análise do caso.⁵⁵ Embora essa ordem tenha revogado a decisão tomada pela Vice-Presidência, o Ministro Marco Aurélio não submeteu o seu posicionamento ao referendo dos pares, arquivando-se em seguida o processo.

O segundo episódio demorou, aproximadamente, um ano para ocorrer e teve um componente inusitado: colocou em oposição ao Presidente o próprio Vice-Presidente do STF, Ministros Dias Toffoli e Luiz Fux. Após a aprovação da Lei n. 13.964/2019, elaborada pelo Ministério da Justiça e modificada parcialmente no Congresso Nacional, alguns partidos políticos e associações de classe da Magistratura e do Ministério Público ajuizaram as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298/DF, 6.299/DF, 6.300/DF e 6.305/DF visando evitar que entrassem em vigor alguns dos seus institutos, especificamente o chamado “juiz de garantias”.⁵⁶

As ações correm em apenso para terem tratamento harmônico. Em 15/01/2020, durante o recesso, o Presidente Dias Toffoli deferiu parcialmente o pedido liminar para suspender por 180 dias a implementação do “juiz de garantias”, prazo que, em tese, serviria para que os tribunais pudessem adaptar-se ao Pacote Anticrime.⁵⁷ No entanto, ainda dentro do recesso, em 22/01/2020, o Ministro Luiz Fux, atuando como Relator, revogou, monocraticamente, a ordem do Ministro Dias Toffoli e suspendeu a aplicabilidade de diversas modificações processuais trazidas pela nova legislação.⁵⁸

Qualificamos de inusitado esse episódio porque, pela primeira vez, o Vice-Presidente confrontou, diretamente, a respectiva Presidência, ao menos em termos processuais, o que fica mais relevante quando se sabe que, em poucos meses, Luiz Fux substituiria Dias Toffoli definitivamente como Presidente.⁵⁹ A saída

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 32.989/RJ*. Relator: Ministro Luiz Fux, 16 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/flux-suspende-investigacoes-fabricio.pdf>. Acesso em: 1º set. 2020.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 32.989/RJ*. Relator: Ministro Marco Aurélio, 01 de fevereiro de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/rcl32989decisaoMMA.pdf>. Acesso em: 1 set. 2020.

⁵⁶ O instituto do “juiz de garantias” existe em diversas legislações processuais penais estrangeiras. Consiste na regra de que o juiz responsável pela adoção das medidas anteriores ao julgamento (obtenção de provas, determinação de prisão provisória etc.) não será o mesmo encarregado do sentenciamento.

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298/DF*. Relator: Min. Dias Toffoli, 15 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/liminar-suspende-implantacao-juiz.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021.

⁵⁸ Os principais alvos da decisão do Relator foram o próprio juiz de garantias (i), a alteração necessária do juiz sentenciante que conhece de provas declaradas inadmissíveis (ii), o procedimento de arquivamento dos inquéritos policiais (iii) e a liberação automática dos custodiados não submetidos à audiência de custódia (iv). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar Na Ação Direta De Inconstitucionalidade 6.298/DF*. Relator: Min. Luiz Fux, 22 de janeiro de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso em: 1 set. 2020.

⁵⁹ É tradição no STF que a Presidência seja ocupada pelo Ministro com mais tempo na Corte e que ainda não a exerceu, secundado e sucedido pelo próximo titular destas qualificações. Prova disso é que, em 25/06/2020, o Plenário do Supremo elegeu o Ministro Luiz Fux como o próximo Presidente (biênio 2020-2022), tendo como Vice-Presidente a Ministra Rosa Weber. Informação disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=446314>

considerada mais apropriada para o impasse, a discussão colegiada da decisão cautelar original, não foi aventada pelo Ministro Luiz Fux. Ele optou por trazer para si a responsabilidade pela suspensão das alterações legislativas, o que pode prejudicar a legitimidade institucional do STF. Até o momento, os institutos criados pelo Pacote Anticrime continuam suspensos por decisão individual.

A escalada de tensões culminou no último recesso judiciário em que o Ministro Dias Toffoli esteve à frente do STF (julho/2020). O primeiro episódio disse respeito à requisição manifestada pela PGR por meio da Reclamação 42.050/DF, protocolada em 06/07/2020, no objetivo de ter acesso às bases de dados estruturadas e não estruturadas em posse dos grupos de trabalho das forças tarefas da operação Lava Jato, localizados no Rio de Janeiro, em São Paulo e em Curitiba. Em decisão datada de 08/07/2020 e baseada na suposta urgência do caso, o Presidente Dias Toffoli concordou com os argumentos da PGR de que a negativa de fornecimento das bases de dados seria irregular por força da unidade funcional do Ministério Público⁶⁰ e em razão de parte dos elementos solicitados conterem possíveis informações sobre autoridades que ostentam foro por prerrogativa funcional no Supremo,⁶¹ o que poderia gerar a nulidade de investigações realizadas em jurisdição inferior.⁶²

O Ministro Edson Fachin se tornou o Relator da Reclamação 42.050/DF por prevenção, uma vez que ele conduz no STF a relatoria da maior parte das ações da operação Lava Jato. No primeiro dia do retorno às atividades, em 03/08/2020, mesmo sem recurso interposto contra a decisão tomada no recesso, ele revogou o ato do Presidente. O Relator considerou improcedente o argumento duplo da PGR e negou seguimento à ação judicial. Isso porque, segundo ele: i) a matéria versada no julgamento paradigma que tratou da unidade ministerial dizia respeito à remoção de membros do Ministério Público entre suas unidades, não se relacionando com compartilhamento de provas, o que bloqueia o acesso à via reclamatória; e, ii) de acordo com as informações prestadas até então nos autos, não havia indícios concretos de que juízes de primeiro ou segundo grau estavam presidindo investigações sobre autoridades com prerrogativa de foro no STF, assunto que está sendo tratado na Reclamação 41.000/PR, também por ele relatada.⁶³ A PGR protocolou um agravo regimental contra essa última decisão monocrática, em 07/08/2020, mas o processo ainda não foi pautado no colegiado.

Por fim, em 22/07/2020, o Governador do Estado do Rio de Janeiro, afastado de suas funções enquanto responde a um processo de *impeachment*, Wilson Witzel, ajuizou a Reclamação 42.358/RJ com o objetivo de ver desconstituída a comissão especial formada pela Assembleia Legislativa local para proceder com o seu julgamento. O reclamante argumentou a violação à autoridade decisória do STF na Súmula Vinculante 46 e na medida cautelar na ADPF 378/DF. Especificamente, o Governador Witzel afirmou que não foi respeitada a proporcionalidade dos partidos na formação da comissão responsável pelo seu processo, pois cada liderança indicou um Deputado para compô-la e isso gerou sub-representação e sobre-representação simultâneas, faltando também a eleição dos parlamentares. O Presidente Dias Toffoli, em 27/07/2020, acatou essa linha argumentativa e, em decisão monocrática, desconstituiu a comissão.⁶⁴

⁶⁰ Esse argumento foi apresentado tanto nas alegações da PGR quanto na decisão do Presidente Dias Toffoli a partir do que restou decidido na ADPF 482/DF. O STF firmou o posicionamento nesse caso de que a regra constitucional da unidade ministerial (Constituição, art. 127, § 1º) implica que, dentro do Ministério Público da União (com suas subdivisões), todos os Procuradores integram um ente somente, e estão sob direção única do PGR.

⁶¹ Foi aventada na petição inicial da reclamação a possibilidade de os Procuradores da República terem abreviado em suas planilhas os nomes dos ex-Presidentes da Câmara dos Deputados (Rodrigo Maia) e do Senado Federal (Davi Alcolumbre) para induzir a realização de investigações sobre eles na jurisdição ordinária.

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 42.050/DF*. Relator: Min. Dias Toffoli, 08 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2020/07/rcl-42050-mc.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2021.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 42.050/DF*. Relator: Min. Edson Fachin, 03 de agosto de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-revoga-decisao-lava-jato.pdf>. Acesso em: 1º set. 2020.

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 42.358/RJ*. Relator: Min. Dias Toffoli, 28 de agosto de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/toffoli-witzel-impeachment.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2021.

O Ministro Alexandre de Moraes, Relator do processo, em 28/08/2020,⁶⁵ decidiu, de forma oposta, ao Presidente. Ele julgou improcedente a Reclamação 42.358/RJ e reconstituiu a comissão formada pela Assembleia Legislativa. O entendimento do Relator é o de que o art. 58 da Constituição exige, na formação das comissões, a representação dos partidos que formam a “maioria” e a “minoría” nas casas legislativas, algo presente na situação em análise pela falta de oposição dos interessados. Segundo o Relator, desconstituir a comissão especial representaria uma ingerência indevida do Judiciário nas atividades do Legislativo. O Relator também divergiu do Presidente na medida em que argumentou pela inexistência de regra constitucional que determine a realização de eleições para a composição das comissões,⁶⁶ sendo essa uma prerrogativa das lideranças partidárias, apenas abstendo-se o STF de invalidar eleições no caso de elas confirmarem o que foi acordado pelos partidos.⁶⁷ Foi interposto um agravo regimental contra a decisão do Ministro Alexandre de Moraes, mas a sua decisão foi ratificada em Plenário, no dia 16/11/2020, com o único voto contrário do Ministro Dias Toffoli.

Vê-se que o mandato do Ministro Dias Toffoli à frente do STF foi permeado pelos conflitos protagonizados por ele e por seus colegas acerca da emissão de decisões individuais contraditórias. Todas elas trataram de atos que implicavam o relacionamento do Judiciário para com o Executivo ou o Legislativo, seja no âmbito da União ou dos estados. Compreende-se que o STF não pode funcionar, adequadamente, nesse contexto de beligerância decisória recíproca, o que causa instabilidade no que diz respeito ao seu dever de assegurar segurança jurídica. A próxima seção tratará especificamente do assunto.

4 Tentativa de superar o cenário instável por meio do estímulo à colegialidade

Esperava-se que a transferência da Presidência do Ministro Dias Toffoli para o Ministro Luiz Fux, ocorrida em 10/09/2020, trouxesse um ponto de inflexão quanto aos conflitos decisórios na medida em que este último disse ter por intenção fomentar uma atuação do Supremo cada vez mais concatenada com a sua faceta de corte constitucional.⁶⁸ Não foi isso o que ocorreu no seu início de gestão. No segundo mês de mandato, o Presidente Fux teve de lidar com a renovação do comportamento individual do Ministro Marco Aurélio, que, mais uma vez, prolatou ordem monocrática à revelia da capacidade deliberativa do colegiado, fomentando uma discussão sobre a necessidade de regulamentar-se as decisões individuais no STF.

O pano de fundo que levou ao embate entre os Ministros foi mais simples que a discussão deflagrada em torno da necessidade de se estabelecer o controle das decisões individuais. A discussão começou em virtude da cautelar monocrática concedida pelo Ministro Marco Aurélio, em 02/10/2020, nos autos do *Habeas Corpus* 191.836/SP, que colocou em liberdade André Oliveira Macedo, condenado em primeira e segunda instâncias pelos crimes de tráfico de drogas e associação internacional para o tráfico. O Relator entendeu que a ausência de revisão dos condicionantes que fundamentaram a prisão preventiva no prazo de 90 dias após a prolação do acórdão condenatório na jurisdição local, exigência colocada no Código de Processo Penal (art. 316, parágrafo único) pelo Pacote Anticrime, implicava a automática liberação do custodiado.⁶⁹

⁶⁵ Diferente das demais ocasiões analisadas, em que as decisões dos Relatores foram tomadas imediatamente depois de finalizado o recesso, o Ministro Alexandre de Moraes decidiu apenas ao fim do primeiro mês após o retorno das atividades.

⁶⁶ Matéria tratada na medida cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 378/DF.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 42.358/RJ*. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 28 de agosto de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344240830&ext=.pdf>. Acesso em: 1º set. 2020.

⁶⁸ As menções aos principais trechos do discurso de posse do Presidente Luiz Fux estão disponíveis em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=451463&ori=1>.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 191.836/SP. Relator: Min. Marco Aurélio, 02 de outubro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/liminar-marco-aurelio-andre-rap.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021.

A cobertura da imprensa sobre foi enfática. Segundo diversos meios jornalísticos, o acusado, “André do Rap”, é um dos principais traficantes de drogas do mundo com conexões com ramos do crime organizado no Brasil e no exterior. Diante da pressão que pairou sobre o sistema de justiça em virtude da decisão que soltou o acusado, a PGR protocolou a Suspensão de Liminar 1.395/SP com o objetivo de revogar a liminar do Relator no *Habeas Corpus* 191.836/SP. O Presidente Luiz Fux, em 10/10/2020, prolatou decisão monocrática concordando com a solicitação do órgão ministerial. Este restabeleceu a ordem de prisão⁷⁰, alegando: i) razões de ordem pública, dada a periculosidade do paciente; ii) supressão de instância, uma vez que o argumento sobre a necessidade de se revisar a cada noventa dias a necessidade da custódia preventiva não foi apresentado perante a jurisdição local; e, iii) considerações sobre a interpretação correta a ser dada ao art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal, pois, para o Presidente, a revisão da prisão somente deve ser realizada quando houver fato novo que a justifique, algo inexistente (ao menos para ele) no caso analisado.⁷¹

Diferentemente dos casos examinados na seção anterior, dessa vez, houve iminente reunião do colegiado para referendar a decisão do Presidente. Em 15/10/2020, o Plenário da Corte ratificou a decisão do Ministro Luiz Fux, na prática, confirmando (ao menos no caso concreto) o poder da Presidência de cassar decisões monocráticas dos colegas, vencido o Ministro Marco Aurélio. Durante a discussão, vários Ministros teceram críticas à postura do Presidente de revogar a decisão do Relator, no que se destacaram, além do próprio Marco Aurélio, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e Alexandre de Moraes.⁷² O episódio pode ter servido como estopim para um consenso sobre a necessidade de se regulamentar tais poderes.

Pode-se dizer que o cenário atual de conflito entre os Ministros quanto ao poder decisório individual advém de uma crescente normalização da sua atuação monocrática.⁷³ O STF evoluiu de um órgão que se pronunciava usualmente por meio de decisões colegiadas para a naturalização das ordens individuais com ênfase na necessidade de se destravar a pauta e resolver as demandas.⁷⁴ A partir daí, modificações regimentais foram elaboradas com o intuito de conferir, cada vez mais, poder aos Relatores, em especial quando se trata do julgamento das reclamações, que admitem decisões monocráticas liminares e finais.

Com a Presidência do Ministro Dias Toffoli, sua atuação mais próxima às lideranças dos demais poderes pode ter induzido a apresentação perante ele de recursos contra decisões dos demais Ministros. Ao invés de levar os seus votos ao Plenário, o ex-Presidente emitiu ordens cassando determinações dos colegas e ampliando o patamar de atuação da Presidência para um nível inédito,⁷⁵ o que gerou a reação dos pares. Tudo indica que sua postura deixou raízes no Supremo, pois, mesmo com o fim de sua gestão, renovou-se o comportamento que desafia a colegialidade no episódio da revogação da prisão de André Oliveira Macedo.

A postura individualista traz problemas internos e externos para a atuação do STF. Ao mesmo tempo em que se instala um clima de beligerância entre os Ministros e se prejudica a tomada de posições coerentes,

⁷⁰ André de Oliveira Macedo encontra-se foragido e descumprindo a sua ordem prisional. No intervalo entre as liminares dos Ministros Marco Aurélio e Luiz Fux, ele evadiu-se e não se sabe qual o seu paradeiro.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Liminar 1.395/SP*. Relator: Min. Luiz Fux, 10 de outubro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-fux-suspensao-liminar-1395.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2021.

⁷² AMORIM, Felipe; TAJRA, Alex; TEIXEIRA, Lucas Borges. De “superministro” a “tutor” do STF: veja o que disseram os colegas a Fux. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/10/15/ministros-criticas-fux-stf.htm>. Acesso em: 4 mar. 2021.

⁷³ FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck. Onze Supremos: todos contra o Plenário. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego W; RECONDO, Felipe (orgs.). *Onze Supremos: o supremo em 2016*. Belo Horizonte, MG: Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2017. p. 20-28. p. 22-24; MARIANO SILVA, Jeferson. Mapeando o Supremo: as posições dos ministros do STF na jurisdição constitucional (2012-2017). *Novos Estudos CEBRAP*, v. 37, n. 1, p. 35-54, 2018. p. 43.

⁷⁴ HARTMANN, Ivar Alberto Martins; FERREIRA, Livia da Silva. Ao relator, tudo: o impacto do aumento do poder do Ministro relator no Supremo. *Revista Opinião Jurídica*, v. 13, n. 17, p. 268-283, 2015. p. 274-276.

⁷⁵ ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. Onze Ilhas ou Uma Ilha e Dez Ilhéus? a Presidência do STF e sua influência na atuação do tribunal. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 6, n. 1, p. 129-154, jan./abr. 2020. p. 139.

aumenta o potencial de atritos gerados pelas decisões tomadas pela Corte, em especial as monocráticas, com efeito sobre os demais poderes. A sociedade não tem um padrão referencial colegiado acerca das expectativas decisórias e passa a depender das manifestações individuais episódicas e mutáveis dos seus integrantes. Quando se consideram os episódios destacados neste artigo, os quais receberam atenção da sociedade em um sentido negativo, pode-se, inclusive, apontar o STF como um dos fatores de instabilidade conducentes à erosão constitucional brasileira, nos termos delineados por Ginsburg e Huq⁷⁶ e Meyer,⁷⁷ dada a sua dificuldade de atuar de forma estável e previsível.

Podem-se dividir, em três vertentes, os problemas oriundos da individualidade decisória no atual desenho institucional do STF: i) o excessivo poder deferido aos Presidentes, seja no recesso forense ou fora dele; ii) a insegurança jurídica decorrente da possibilidade de qualquer Ministro decidir em nome da instituição sem submeter o seu ato para referendo pelos pares, podendo gerar ordens judiciais (e fundamentações) contraditórias; e, iii) a possibilidade de “captura” do STF, ainda que por meio da atuação de somente um dos seus membros, por outros atores sociais.

A imoderada colocação de poderes nas mãos do Presidente durante os recessos pode ser visualizada pela simples leitura do Regimento Interno, que empresta capacidade decisória plena ao cargo para os chamados “assuntos urgentes”. Não obstante, a investigação desenvolvida evidenciou que o padrão comportamental, inaugurado pelo Ministro Dias Toffoli, ampliou o catálogo de poderes do Presidente para, mesmo no período jurisdicional ordinário, atribuir-lhe a possibilidade de cassar os atos decisórios dos colegas, algo repetido pelo seu sucessor (Ministro Luiz Fux). Agora, além do incentivo original dado aos jurisdicionados para “calcular” o momento adequado para ajuizar uma ação no Supremo a fim de proporcionar uma decisão por parte do Presidente, a falta de regulamentação sobre os seus poderes permite acioná-lo, também, para revogar decisões de outros Ministros, o que lhe dá uma autonomia e autoridade qualificadas dentro da instituição.⁷⁸ A conjuntura é acentuada quando se percebe que a ampliação desses poderes, aqui taxados de excessivos, não foi objeto de deliberação ou acordo. Eles decorreram de práticas reiteradas que foram se naturalizando com o tempo.⁷⁹

O segundo problema é um corolário de fomentar-se um ambiente em que onze indivíduos atuam sozinhos em nome do colegiado sem, necessariamente, prestar contas de seus atos. A insegurança jurídica decorrente é esperada, pois resta bloqueada a utilização do Plenário como mecanismo de uniformização dos posicionamentos divergentes. Vieira⁸⁰ compreende que a emergência dessa “ministrocracia” advém da associação entre o modelo constitucional de 1988, a arquitetura institucional do STF e a postura assumida pelos próprios Ministros. O levantamento exposto nas seções anteriores induz à percepção de que os dois últimos fatores têm maior preponderância que o primeiro: enquanto o arranjo constitucional fundamental é o mesmo desde a sua promulgação, os estímulos normativos para a atuação individual foram crescentes a partir do início dos anos 2000, e fomentaram uma performance individualizada por parte dos Ministros, que se viram cada vez mais legitimados a atuar em nome do colegiado (e à sua revelia). A atuação monocrática do Presidente e dos Relatores pode prejudicar a qualidade das já criticadas deliberações que ocorrem nas instâncias colegiadas do Supremo.⁸¹

⁷⁶ GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. *How to Save a Constitutional Democracy*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2018. p. 44-47.

⁷⁷ MEYER, Emilio Peluso Neder. *Constitutional Erosion in Brazil*. Oxford and Portland: Hart Publishing: 2021. p. 90.

⁷⁸ GOMES NETO, José Mário Wanderley; LIMA, Flávia Danielle Santiago. Das 11 Ilhas ao Centro do Arquipélago: os superpoderes do Presidente do STF durante o recesso judicial e férias. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, p. 741-756, 2018. p. 747-749.

⁷⁹ Para uma crítica à falta de controle quanto à atuação dos Ministros. SANTIAGO LIMA, Flávia Danielle; ANDRADE, Louise Dantas de; OLIVEIRA, Tassiana Moura de. Emperor or President? Understanding the (almost) unlimited power of the Brazilian Supreme Court's President. *Revista Brasileira de Direito*, v. 13, n. 1, p. 161-176, 2017. p. 173.

⁸⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Batalha dos Poderes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 199-200.

⁸¹ É frequente na crônica política e jurídica brasileira a utilização da metáfora das “onze ilhas” para descrever a atuação dos Ministros do STF. Conrado Hübner Mendes foi um dos responsáveis pela sua popularização, no ano de 2010, em artigo publicado no

O terceiro elemento se conecta com os vistos nos dois últimos parágrafos: a possibilidade de captura dos Ministros por atores que circundam o STF. A naturalização do poder dos Relatores de tomarem decisões liminares e impedirem o seu escrutínio pelos pares foi apresentada por Arguelhes e Ribeiro⁸² como um fator que pode levar à imobilidade da atuação da Corte para a finalidade de bloquear a discussão sobre a agenda decisória solipsista de quaisquer dos seus Ministros,⁸³ os quais podem ser seduzidos pela influência de atores da política, do mercado ou de demais esferas sociais. Esse fenômeno pode ser potencializado se o assédio for direcionado à atuação do Presidente da Corte, haja vista o controle por ele exercido sobre a pauta, as decisões urgentes tomadas nos recessos e, mais recentemente, à sua questionável capacidade de revogar decisões monocráticas dos pares. Esteves⁸⁴ aponta que o Presidente Jair Bolsonaro pareceu querer transformar isso num ativo particular, enquanto o Ministro Dias Toffoli esteve à frente do Supremo.

Às reflexões do último parágrafo somam-se os benefícios deliberativos apontados por Mendes,⁸⁵ para quem: i) um coletivo de julgadores se beneficia da despersonalização decisória ao retirar de apenas um membro o peso da tomada de uma decisão que porventura possa não ser bem recebida pelas maiorias políticas ou sociais; ii) a colegialidade inibe o vício de se emprestar muito poder a um único juiz, o qual, por meio de suas decisões, pode alterar toda uma estrutura política, social e econômica com relevantes repercussões no país à revelia do que pensam os seus pares; iii) a exigência de julgamentos colegiados beneficia a própria interpretação constitucional, haja vista a crença generalizada de que a difícil tarefa hermenêutica é beneficiada quando dela participam vozes dissidentes responsáveis por testar os seus argumentos e interpretações umas perante as outras; iv) quanto mais pessoas participam na formação de um posicionamento, em geral, mais alta é a qualidade decisória, uma vez que mais pessoas pensando sobre a solução de um caso têm maior probabilidade de encontrar uma melhor solução jurídica; e, v) mesmo que um único juiz singular consiga reter todos os benefícios listados, é mais provável que isso ocorra a partir de um colegiado.

Mais vantagens deliberativas são suscitadas por Silva,⁸⁶ tais como o compartilhamento de informações prévias entre os julgadores antes da tomada de decisão (i) e a proliferação de novas ideias que surgem da discussão, quando um problema é analisado em conjunto (ii). Estimular o debate judicial implica, regra geral, em melhores soluções para os problemas jurídicos. No caso do STF, quando um único Ministro, como Relator ou Presidente, sujeito que é à influência de atores externos, pode atuar sozinho em nome da instituição e bloquear a revisão de sua decisão, a colegialidade do órgão é nula.⁸⁷

jornal Folha de São Paulo. MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. *Folha de São Paulo*, 2010. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/ez0102201008.htm>; acesso em: 8 mar. 2021.

⁸² ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 37, n. 1, p. 13-32, 2018. p. 30. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/GsYDWpRwSKzRGsyVY9zPSCP/abstract/?lang=pt> Acesso em: 8 jun. 2020.

⁸³ Em outro trabalho publicado no mesmo ano, Arguelhes e Ribeiro argumentam que a possibilidade de isso ocorrer não foi planejada por quem elaborou a regulamentação, mas uma anomalia de um sistema que funciona isento do escrutínio que merece: "It should be noted that this system was not designed to work like this. In theory, most of the individual powers we described should be part of a delegation framework, with the individual judge working as an agent of the collegiate principal, so as to make it possible for the court to deal with the massive amount of cases entering its docket every year. This logic, however, does not capture how the institution works in practice. The mechanisms by which the 'principal' could oversee and correct the 'agent' are extremely limited, and have been ineffective in even the most important of cases. While a majority of justices could, in theory, change the court's internal rules of order so as to limit most of these powers, nothing of this sort has been observed in practice, and it still unclear whether this majority would be willing or able to enforce the new rules to discipline individual justices." ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. "The Court, it is I? individual judicial powers in the Brazilian Supreme Court and their implications for constitutional theory. *Global Constitutionalism*, v. 7, n. 2, p. 236-262, jul. 2018. p. 253.

⁸⁴ ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. Onze Ilhas ou Uma Ilha e Dez Ilhéus? a Presidência do STF e sua influência na atuação do tribunal. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 6, n. 1, p. 129-154, jan./abr. 2020. p. 145.

⁸⁵ MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 63-65.

⁸⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, p. 557-584, 2013. p. 560-562.

⁸⁷ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. "The Court, it is I? individual judicial powers in the Brazilian Supreme Court and their implications for constitutional theory. *Global Constitutionalism*, v. 7, n. 2, p. 236-262, jul. 2018. p. 255-256.

Isso leva a crer, no entanto, que a colegialidade não é uma das principais preocupações dos membros do STF. Diz-se isso com base em outra pesquisa feita por Silva⁸⁸ a respeito de entrevistas com anteriores e atuais Ministros com o objetivo de identificar a sua propensão aos consensos deliberativos. Embora a investigação tenha por alvo o colegiado reunido fisicamente, os seus resultados são importantes para demonstrar como os Ministros enxergam a busca do consenso enquanto objetivo intrínseco. O resultado da análise corrobora o cenário de individualidade e retenção de pauta observado neste artigo. Para o autor, a tendência majoritária entre os atuais e ex-Ministros refere-se à valorização do pensamento individual e aversão aos movimentos que buscam adotar soluções consensuais nos julgamentos. Os Ministros, em sua maioria, não enxergam a necessidade de se posicionar como um órgão unitário, pois há uma exaltação das posições individuais. Eles admitem, contudo, que, em alguns julgamentos cuja repercussão é muito alta, a busca do consenso é importante para passar uma mensagem de unidade do órgão. Apesar disso, é muito difícil encontrar meios de alcançar este objetivo no STF. Em resumo, os Ministros assumem que falta na instituição um ambiente de colegialidade.

O cenário confuso que circunda o STF em matéria de decisões individuais contraditórias e seus efeitos deletérios estimula que se apontem caminhos para a sua mitigação.⁸⁹ Essa preocupação vem ocupando a agenda da atual Presidência, haja vista a tentativa do Ministro Luiz Fux de aprovar uma reforma no Regimento Interno com o objetivo de que as liminares monocráticas sejam automaticamente submetidas ao Plenário.⁹⁰ Todavia, ao mesmo tempo em que defende a necessidade de a Corte comportar-se como um ente colegiado, o Presidente demora na apresentação de sua proposta em razão de não querer submeter ao referendo dos pares a decisão individual que suspendeu a entrada em vigor do instituto do juiz de garantias, o que vem sendo exigido pelos demais Ministros.

Considera-se condizente com o aprimoramento das práticas decisórias do STF a diretriz apontada pelo Ministro Luiz Fux de alteração do Regimento Interno para fins de submissão automática de todas as decisões individuais ao crivo do colegiado. Embora as diferenças culturais não permitam imaginar o funcionamento do Supremo nos moldes de órgãos congêneres situados em países cuja cultura de colegialidade é bem mais assentada,⁹¹ o estabelecimento de gatilhos legais inibidores do sequestro da pauta do colegiado em prol de um dos Ministros, seja este o Relator de um caso específico ou o Presidente da Corte, protege, simultaneamente, a instituição em si e a sociedade, que vê diminuído o risco de ser surpreendida com posicionamentos conflitantes sobre matérias similares.

Um caminho para induzir a colegialidade, considerando-se a abundante pauta do STF frente ao escasso recurso temporal, é utilizar a tecnologia do Plenário Virtual. O instrumento, cujo uso foi expandido na pandemia do novo coronavírus,⁹² pode servir para recepcionar as decisões individuais tomadas pelo Presidente e pelos Relatores, nas matérias que considerarem presentes os requisitos de relevância e urgência, a fim de que sejam referendadas pelos pares (no Plenário ou nas Turmas). Uma distinção entre a modificação regimental aqui salientada e a que vem sendo incitada pelo Ministro Luiz Fux refere-se aos efeitos automáticos da ordem monocrática: visando privilegiar a colegialidade, sustenta-se que alterações regimentais só fariam

⁸⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Do We Deliberate? If So, How? *European Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 2, p. 209-240, 2017. p. 231-238. Disponível em: <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/46072>. Acesso em: 13 jun. 2020.

⁸⁹ Diz-se mitigação porque a superação definitiva do cenário só pode advir como produto de maturação prática e acadêmica dos interessados no aperfeiçoamento da instituição em análise, o que requer tempo.

⁹⁰ TEIXEIRA, Matheus. Juiz das garantias e brigas internas travam plano de Fux contra decisões monocráticas no STF. *Folha de São Paulo*, 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/02/juiz-das-garantias-e-brigas-internas-travam-plano-de-fux-contra-decisoes-monocraticas-no-stf.shtml>. Acesso em: 9 mar. 2021.

⁹¹ A título de exemplo, para uma análise da disparidade entre o funcionamento deliberativo do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Constitucional da Espanha, instituição que funciona numa cultura de colegialidade e autocontenção (em termos de exposição midiática) bem diferente da brasileira. VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais*. São Paulo: Almedina, 2019.

⁹² Com a modificação do Regimento Interno pela Emenda Regimental n. 53, de 18 de março de 2020, alterou-se o art. 21-B para permitir que todos os processos de competência do STF possam ser julgados no ambiente eletrônico intitulado Plenário Virtual, a depender da conveniência dos Relatores, observadas as competências das Turmas ou do Plenário.

sentido se acompanhadas de diretriz segundo a qual as decisões somente surtirão efeitos após referendadas pelos demais Ministros.

Isso alteraria o padrão de imposição automática das decisões individuais: ao invés de elas repercutirem no mundo fático imediatamente e poderem ser revogadas pelos demais Ministros, elas dependeriam da ratificação desses últimos para que produzissem efeitos no plano real. O objetivo dessa sutil alteração na proposta da Presidência é impedir que os Ministros permaneçam sequestrando os poderes do Plenário ou das Turmas à sua revelia. Espera-se que alteração regimental dessa natureza acarrete resistência por parte dos Ministros, uma vez que retira o poder individual que eles acumularam ao longo dos anos.

Apesar das dificuldades apontadas, compreende-se que o cenário não é de todo negativo quanto à criação de mecanismos para o estímulo da colegialidade. A preocupação com esse assunto é um fator recente na realidade jurídica brasileira. Como se pode notar pela leitura do presente texto, quase todos os autores que vêm se envolvendo no debate fizeram-no nos últimos anos. Também são novas as preocupações da Presidência e dos Ministros quanto ao tema. Talvez se a gestão do Ministro Dias Toffoli não tivesse sido tão marcada pela guerra de decisões individuais, este fosse um assunto que ainda estivesse fora do radar das preocupações dos teóricos que examinam a atuação do Supremo Tribunal Federal.

5 Considerações finais

As várias competências do STF atribuídas pela Constituição geraram um excesso de pauta que contribuiu para a sua morosidade. Embora este seja um problema comum ao sistema jurisdicional brasileiro, a relevância das matérias tratadas no Supremo atrai uma atenção maior por parte dos segmentos sociais, o que acentua os seus êxitos e deficiências. A partir de meados dos anos 2000, foram elaboradas sucessivas reformas com o objetivo de tornar mais céleres os processos em curso na Corte. A tônica desse movimento foi binária: ao mesmo tempo em que foram criados bloqueios para o acesso a essa instância, foram tomadas medidas com o objetivo de dar mais informalidade à atuação dos Ministros e capacidade para que eles pudessem, sozinhos, resolver as demandas. A atuação monocrática foi prevista em vários diplomas, o que realmente parece ter contribuído para a diminuição do estoque de processos no STF.

Ao mesmo tempo em que colaboraram para a diminuição do acervo processual, as modificações que permitiram aos Ministros ampliar a sua atuação monocrática foram naturalizadas. Os relatórios analisados evidenciaram que, nos anos 2010, o Supremo deixou de ser um órgão que decide prioritariamente em colegiado para transformar-se num coletivo de julgadores que resolvem os casos isoladamente. Ampliando essa projeção, pode-se dizer que as expectativas dos jurisdicionados poderiam deixar de se basear no posicionamento da Corte em prol do modo como cada Ministro entende a solução para os casos. A situação se agravou a partir de 2018, durante a Presidência do Ministro Dias Toffoli.

A naturalização das decisões individuais conflitantes e do antagonismo entre os Presidentes e os Relatores levou o fenômeno da ministrocacia a um patamar inédito. Se a literatura já havia identificado a possibilidade de sequestro do Plenário a partir dos amplos poderes dados aos Relatores pelo binômio prolação decisões individuais (i) mais impedimento para que os casos sejam apreciados no colegiado com base no veto exercido pelo poder de pauta (ii), o estímulo ao manejo de pedidos de suspensão dessas ordens monocráticas por parte da Presidência, algo reiteradamente visto no biênio 2018-2020, expôs as fissuras existentes no Supremo. O Ministro Dias Toffoli ultrapassou os limites tradicionais da atuação ordinária do cargo de Presidente, atraindo a reação adversa dos seus pares. O desequilíbrio institucional daí resultante prejudica a capacidade de o STF dar as respostas estáveis demandadas pela sociedade acerca dos conflitos constitucionais.

Embora a discussão em torno da revogação da ordem de soltura de André de Oliveira Macedo pareça ter gerado nos Ministros o anseio em pensar limites os poderes monocráticos, entende-se que os termos

do debate estão aquém do que exigem as necessidades de estabilidade e colegialidade decisórias no STF. Os benefícios oriundos do alcance de posicionamentos coesos pelos julgadores, o que repercute, de forma benéfica interna e externamente no Supremo, demandam que as regras procedimentais estabeleçam que apenas decisões referendadas em colegiado possam surtir efeitos no plano fático. Sustenta-se isso por fatores normativos e utilitários: por um lado, a legitimidade da intervenção de um órgão jurisdicional colegiado se baseia na deliberação exaustiva dos seus membros; por outro, a literatura analisada demonstrou as vantagens decorrentes dos processos decisórios coletivos sobre a atuação individual.

Com isso, pode-se dizer que a investigação permitiu atestar a validade da hipótese central e das sub-hipóteses inicialmente delineadas. Os Ministros possuem uma janela de oportunidade para reformar o Regimento Interno do STF com o objetivo de dar mais coesão às suas decisões com base no incentivo à colegialidade. Se não o fizerem, é possível que, em outros episódios de conflito, os demais poderes tentem avançar nessa agenda, o que pode resultar em modificações legais por eles não antecipadas (e não desejadas).

Referências

ANDRADE, Fábio Martins de. Reforma do Poder Judiciário: aspectos gerais, o sistema de controle de constitucionalidade das leis e a regulamentação da súmula vinculante. *Revista de Informação Legislativa*, v. 43, n. 171, p. 177-197, 2006. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/92823> Acesso em: 15 fev. 2021.

ARGUELHES, Diego Werneck. A liminar de Marco Aurélio: da monocratização à insurreição? *In: FALCÃO, Joaquim et al. (orgs.). O Supremo e o processo eleitoral*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito; FGV Direito Rio; Supra; Jota, 2019. p. 110-119.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. “The Court, it is I?” individual judicial powers in the Brazilian Supreme Court and their implications for constitutional theory. *Global Constitutionalism*, v. 7, n. 2, p. 236-262, jul. 2018.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocrazia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 37, n. 1, p. 13-32, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/GsYDWpRwSKzRGsyVY9zPSCP/abstract/?lang=pt> Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.942/DF*. Relator: Min. Marco Aurélio, 19 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/marco-aurelio-suspende-cessao-direitos.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 191.836/SP*. Relator: Min. Marco Aurélio, 02 de outubro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/liminar-marco-aurelio-andre-rap.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 36.169/DF*. Relator: Min. Marco Aurélio, 19 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/eleicao-mesa-diretora-senado-voto.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 54/DF*. Relator: Min. Marco Aurélio, 19 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/adc-54-marco-aurelio-transito-julgado.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar Na Ação Direta De Inconstitucionalidade 6.298/DF*. Relator: Min. Luiz Fux, 22 de janeiro de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso em: 1 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298/DF*. Relator: Min. Dias Toffoli, 15 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/liminar-suspende-implantacao-juiz.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Suspensão de Segurança 5.272/DF*. Relator: Min. Dias Toffoli, 09 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/toffoli-mantem-voto-fechado-eleicoes.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Suspensão de Tutela Provisória 106/DF*. Relator: Min. Dias Toffoli, 12 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/toffoli-mantem-decreto-permite-direitos.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Posse na presidência do Supremo Tribunal Federal*. Ministro Dias Toffoli – Presidente: Ministro Luiz Fux – Vice-Presidente. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 32.035/PR*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 28 de setembro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lewandowski-autoriza-lula-dar-entrevista.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 32.035/PR*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 01 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lewandowski-entrevista-lula.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 32.989/RJ*. Relator: Ministro Marco Aurélio, 01 de fevereiro de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/rcl32989decisaoM-MA.pdf>. Acesso em: 1 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 32.989/RJ*. Relator: Ministro Luiz Fux, 16 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fux-suspende-investigacoes-fabricio.pdf>. Acesso em: 1º set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 42.050/DF*. Relator: Min. Edson Fachin, 03 de agosto de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-revoga-decisao-lava-jato.pdf>. Acesso em: 1º set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 42.050/DF*. Relator: Min. Dias Toffoli, 08 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2020/07/rcl-42050-mc.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 42.358/RJ*. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 28 de agosto de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344240830&ext=.pdf>. Acesso em: 1º set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 42.358/RJ*. Relator: Min. Dias Toffoli, 28 de agosto de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/toffoli-witzel-impeachment.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Relatório de Atividades 2004-2006*. Brasília: STF, 2006. Disponível em: <https://sistemas.stf.jus.br/dspace/xmlui/handle/123456789/885>. Acesso em: 11 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Liminar 1.178/PR*. Relator: Min. Luiz Fux, 28 de setembro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-ministro-luiz-fux-stf-deferindo.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Liminar 1.178/PR*. Relator: Min. Dias Toffoli, 01 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/toffoli-suspende-liminar-autorizava.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Liminar 1.188/DF*. Relator: Min. Dias Toffoli, 19 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/toffoli-suspende-liminar-marco-aurelio.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Liminar 1.395/SP*. Relator: Min. Luiz Fux, 10 de outubro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-fux-suspensao-liminar-1395.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2021.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco de. Reforma do Judiciário: não pode haver ilusão (entrevista com Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior). *Estudos Avançados*, v. 18, n. 51, p. 169-180, 2004.

ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. Onze Ilhas ou Uma Ilha e Dez Ilhéus? a Presidência do STF e sua influência na atuação do tribunal. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 6, n. 1, p. 129-154, jan./abr. 2020.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck. Onze Supremos: todos contra o Plenário. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego W; RECONDO, Felipe (orgs.). *Onze Supremos: o supremo em 2016*. Belo Horizonte, MG: Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2017. p. 20-28.

FONTAINHA, Fernando de Castro; SANTOS, Carlos Victor Nascimento; CANTISANO, Pedro Jimenez; ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz Henrique. *História oral do Supremo (1988-2013)*: Dias Toffoli. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017. v. 21.

GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. *How to Save a Constitutional Democracy*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2018.

GOMES NETO, José Mário Wanderley; LIMA, Flávia Danielle Santiago. Das 11 Ilhas ao Centro do Arquipélago: os superpoderes do Presidente do STF durante o recesso judicial e férias. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, p. 741-756, 2018.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins; FERREIRA, Lívia da Silva. Ao relator, tudo: o impacto do aumento do poder do Ministro relator no Supremo. *Revista Opinião Jurídica*, v. 13, n. 17, p. 268-283, 2015.

MARIANO SILVA, Jeferson. Mapeando o Supremo: as posições dos ministros do STF na jurisdição constitucional (2012-2017). *Novos Estudos CEBRAP*, v. 37, n. 1, p. 35-54, 2018.

MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MEYER, Emilio Peluso Neder. *Constitutional Erosion in Brazil*. Oxford and Portland: Hart Publishing: 2021.

OLIVEIRA, Fabiana Luci. Quando a Corte se divide: coalizões majoritárias mínimas no Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 1863-1908, 2017.

PEREIRA, Thomaz; ARGUELHES, Diego Werneck; ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto. *VIII Relatório Supremo em Números: Quem decide no Supremo?: tipos de decisão colegiada no tribunal*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020.

PINHEIRO, Armando Castelar. *Texto para Discussão (TD) 966: judiciário, reforma e economia: a visão dos magistrados*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), 2003. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/2900>. Acesso em: 15 fev. 2021.

REIS, Ulisses Levy Silvério dos. Cabe ao estado censurar as tentações de Cristo? considerações sobre a (im) possibilidade de exclusão de conteúdos no meio digital a partir do caso Porta dos Fundos e Netflix. *Revista Videre*, Dourados, v. 12, n. 24, p. 214-236, maio/ago. 2020.

REIS, Ulisses Levy Silvério dos; MEYER, Emilio Peluso Neder. Guerra de liminares no retrocesso democrático e sua contribuição para a instabilidade do estado de direito. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; MELLO, Patricia Perrone Campos. *Retrocesso Democrático e Resiliência*. a disputa pela Constituição de 1988. Barcelona: Bosch, 2021.

RENAULT, Sérgio Rabello Tamm. A reforma do Poder Judiciário sob a ótica do Governo Federal. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 56, n. 2, p. 127-136, 2005. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/221/226>. Acesso em: 11 fev. 2021.

SADEK, Maria Tereza Aina. Poder Judiciário: perspectivas de reforma. *Opinião Pública*, Campinas, v. 10, n. 1, p. 1-62, 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/op/v10n1/20314.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2021.

SANTIAGO LIMA, Flávia Danielle; ANDRADE, Louise Dantas de; OLIVEIRA, Tassiana Moura de. Emperor or President? Understanding the (almost) unlimited power of the Brazilian Supreme Court's President. *Revista Brasileira de Direito*, v. 13, n. 1, p. 161-176, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, p. 557-584, 2013.

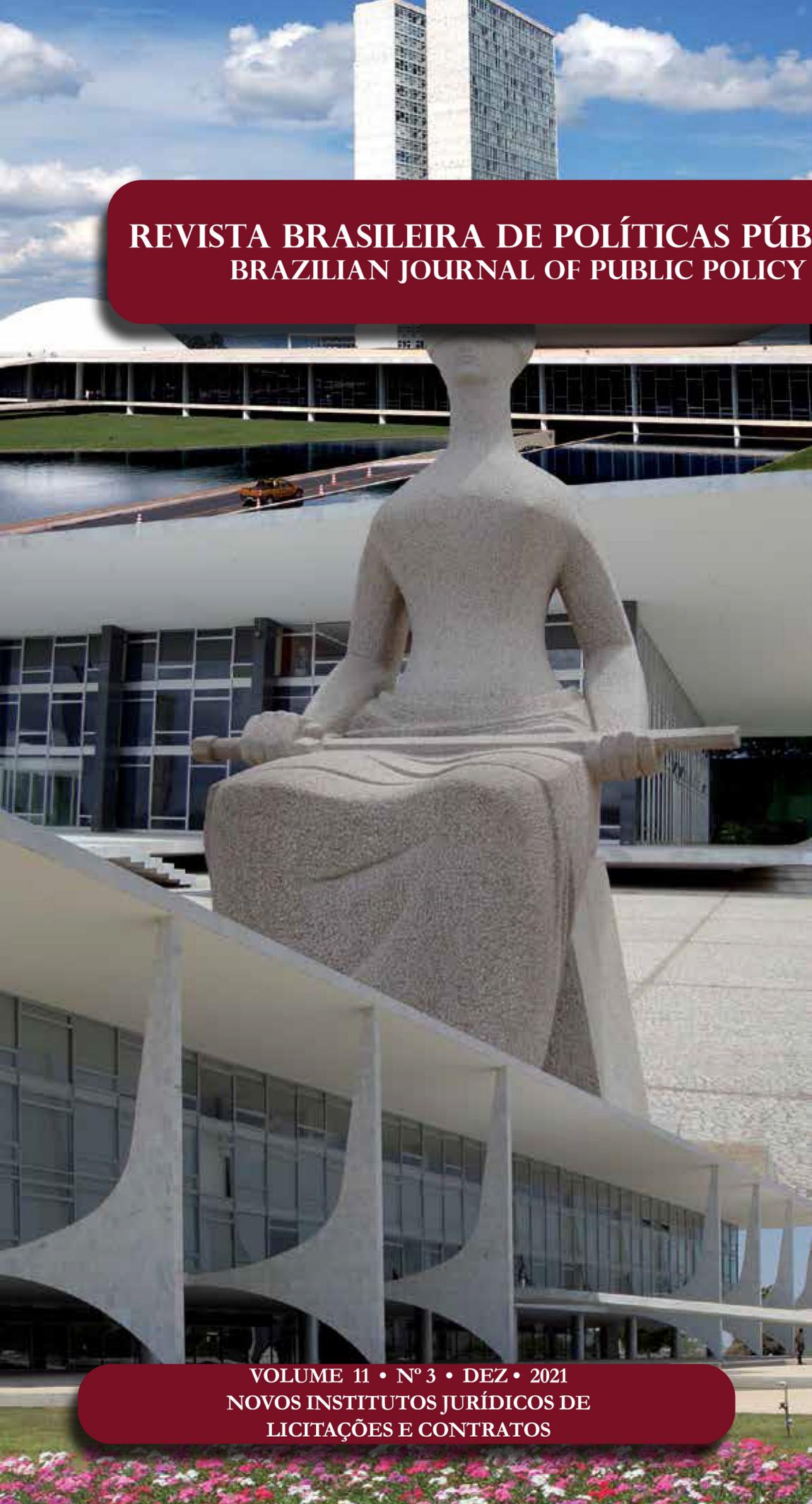
SILVA, Virgílio Afonso da. Do We Deliberate? If So, How? *European Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 2, p. 209-240, 2017. Disponível em: <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/46072>. Acesso em: 13 jun. 2020.

VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional*: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais. São Paulo: Almedina, 2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Batalha dos Poderes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

Agradecimentos

Agradecemos ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (PPGD/UFGM), que permitiu e subsidiou a realização da presente investigação como objeto do estágio pós-doutoral do co-autor Ulisses Levy Silvério dos Reis.



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

A política de inovação como instrumento de redução das desigualdades regionais no Brasil

Innovation policy as an instrument to reduce regional inequalities in Brazil

Caroline Viriato Memória

Unie Caminha

**VOLUME 11 • Nº 3 • DEZ • 2021
NOVOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE
LICITAÇÕES E CONTRATOS**

A política de inovação como instrumento de redução das desigualdades regionais no Brasil*

Innovation policy as an instrument to reduce regional inequalities in Brazil

Caroline Viriato Memória**

Unie Caminha***

Resumo

O artigo aborda a concentração geográfica da inovação e pondera sobre sua correlação com as desigualdades regionais, com ênfase na análise da Lei n.º 11.196/2005, conhecida como Lei do Bem, que cria renúncia fiscal para empresas brasileiras investirem em Pesquisa e Desenvolvimento. A hipótese desta pesquisa é a de que os incentivos da Lei do Bem reforçam a concentração geográfica da inovação e as desigualdades regionais no território nacional. Com base nisso, a realização desta investigação científica tem como objetivo verificar como a política da Lei do Bem pode ser aprimorada para contribuir para a redução das desigualdades regionais do Brasil. A metodologia é qualiquantitativa, teórica, empírica, descritiva e explicativa. Os resultados da pesquisa com dados da Lei do Bem de mais de mil empresas que se beneficiaram dos incentivos da lei entre os anos de 2011 e 2014 confirmam a hipótese da pesquisa de que os incentivos da Lei do Bem reforçam a concentração geográfica das empresas inovadoras nas Regiões Sudeste e Sul e as desigualdades regionais brasileiras. Com base nisso, propõe-se alteração no texto da Lei do Bem para criar incentivos maiores para as empresas investirem em inovação tecnológica e se instalarem nas regiões Norte, Nordeste e Centro-oeste.

Palavras-chave: ciência, tecnologia e inovação; concentração geográfica da inovação tecnológica; o papel do Estado na redução das desigualdades regionais; incentivos fiscais para inovação tecnológica; Lei do Bem.

Abstract

The article addresses the geographic concentration of innovation and considers its correlation with regional inequalities, with an emphasis on the analysis of Law 11.196/2005, known as the “Lei do Bem”, which creates tax breaks for Brazilian companies to invest in Research and Development. The hypothesis of this research is that the incentives of the “Lei do Bem” reinforce the geographic concentration of innovation and regional inequalities in the national territory. Based on this, the accomplishment of this scientific investigation aims to verify how the “Lei do Bem” policy can be improved to contribute to the reduction of regional inequalities in Brazil.

* Recebido em 12/04/2021
Aprovado em 20/06/2021

** Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR.
E-mail: caeolinememoria@hotmail.com.

*** Doutora em Direito pela USP.
E-mail: ucaminha@gmail.com.

The methodology is qualitative, theoretical, empirical, descriptive and explanatory. The results of the survey with data from the “Lei do Bem” of more than a thousand companies that benefited from the incentives of the law between the years 2011 and 2014 confirm the research hypothesis that the incentives of the “Lei do Bem” reinforce the geographical concentration of innovative companies in Southeast and South regions and Brazilian regional inequalities. Based on this, it is proposed to amend the text of the “Lei do Bem” to create greater incentives for companies to invest in technological innovation and settle in the North, Northeast and Midwest regions.

Keywords: science, technology and innovation; geographical concentration of technological innovation. the role of the State in reducing regional inequalities; tax incentives for technological innovation; “Lei do Bem”.

1 Introdução

A utilização crescente de expressões como “Era da Informação”, “Sociedade da Informação”, “Nova Economia”, entre outras, anuncia as mudanças em curso numa economia voltada para o “mundo tecnológico”, em que o conhecimento é valorizado. As mudanças estruturais, que vêm ocorrendo no cerne das economias e das sociedades mais desenvolvidas, aumentaram a importância dos ativos intelectuais ou do conhecimento. A inovação tecnológica mudou a sociedade e continua a desafiar mudanças.

O conhecimento científico e a inovação tecnológica protagonizam, desde a década de 1980, transformações em produtos e processos das empresas, na organização do trabalho e nas formas de comunicação e de aprendizagem. Tais mudanças são reconhecidas como condições estratégicas para o crescimento e a competitividade das empresas, assumindo um papel crucial na dinâmica de desenvolvimento econômico dos países. As mudanças na forma de competir das organizações provocam crescente necessidade de inovação. A teoria sobre a importância do progresso técnico para o desenvolvimento, apresentada por diferentes autores, como Joseph Alois Schumpeter e os neoschumpeterianos, Christopher Freeman e Bengt-Ake, apontam a importância dos Sistemas Nacionais de Inovação e das políticas tecnológicas indutoras do progresso econômico.

No Brasil, há políticas concentradas no apoio à inovação e à competitividade e essa é a lógica da política pública da Lei n.º 11.196/2005, conhecida como Lei do Bem, que, no Capítulo III, cria incentivos fiscais¹ para empresas com o objetivo de estimular investimentos privados em Pesquisa e Desenvolvimento – P&D (pesquisa básica, aplicada ou desenvolvimento experimental), quer na concepção de novos produtos (bem/serviço), como também no processo de fabricação, visando à maior competitividade no mercado. Esse objetivo da lei está alinhado ao objetivo constitucional de desenvolvimento nacional por meio de indução do Estado à inovação.

A política pública regulada pela Lei do Bem é gerida pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações – MCTI, órgão que anualmente analisa as informações prestadas pelas empresas beneficiárias, as quais devem comprovar como condições para auferirem os incentivos fiscais: realização de dispêndios em atividades de P&D no país, apuração do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ na forma do lucro real, regularidade fiscal, lucro tributável positivo no ano de utilização dos benefícios tributários da lei.

Os incentivos à inovação da Lei do Bem consistem na exclusão adicional do valor correspondente a até 100% da soma dos dispêndios com P&D para possibilitar o aumento da despesa e assim diminuir o lucro tributável para cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ e da Contribuição Social sobre o

¹ Em geral, os incentivos fiscais que buscam induzir os investimentos empresariais em P&D, com vistas a estimular e potencializar a inovação no setor produtivo pode ser concedido mediante mecanismos diversos, tais como deduções, amortizações, depreciações ou crédito fiscal.

Lucro Líquido – CSLL. Os dispêndios podem ser efetuados com pesquisadores, concessão de patentes e contratação externa de P&D com outras empresas, com institutos de pesquisa, universidades ou inventores independentes. Pode ainda haver a redução de 50% de Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, para compra de equipamentos, nacionais ou importados, destinados a P&D; a depreciação imediata dos equipamentos comprados para P&D; a amortização acelerada dos dispêndios para aquisição de bens intangíveis para P&D; e a redução a zero da alíquota do imposto de renda retido na fonte nas remessas efetuadas para o exterior destinadas ao registro e manutenção de marcas, patentes e cultivares.

O Decreto n.º 9.810, de 30 de maio de 2019², que regulamenta a Política Nacional de Desenvolvimento Regional – PNDR, considera as regiões Norte, Nordeste e Centro-oeste como regiões que apresentam baixos indicadores socioeconômicos. A Constituição Federal possui o objetivo de reduzir as desigualdades regionais do país como meio para o desenvolvimento nacional, sendo esse princípio da Ordem Econômica constitucional.

Nesse contexto, para Theis, Strelow e Lasta³, os planos e documentos oficiais sustentam que os investimentos em Ciência, Tecnologia e Inovação – CT&I têm por objetivo contribuir para o desenvolvimento regional, econômico e social, inclusive para a redução das desigualdades. Todavia, os autores evidenciam que as políticas de Ciência, Tecnologia e Inovação – CT&I não vêm contribuindo para a diminuição das desigualdades socioeconômicas e disparidades regionais no país. Inclusive, os autores acreditam que políticas dessa natureza tendem a contribuir para agravar o desenvolvimento geográfico desigual, já que impulsionam o processo de acumulação de capital pela concentração de investimentos em regiões já dinâmicas.

Silva, Milani e Antunes⁴ analisam dados da política da Lei do Bem de período semelhante ao desta pesquisa, constatam que vem ocorrendo um crescimento no total de dispêndio realizado pelos governos estaduais, mas aquém do necessário para transformar a dinâmica desigual de distribuição de recursos e o quadro de subdesenvolvimento regional.

Logo, a concentração espacial da inovação é a problemática pesquisada. Assim, a questão de pesquisa que se responderá é: como a Lei do Bem pode contribuir para reduzir as desigualdades regionais do Brasil diante da concentração geográfica da inovação? Como desdobramento, a hipótese de pesquisa é a de que os incentivos da Lei do Bem reforçam a concentração geográfica e as desigualdades regionais no território nacional. Com base nisso, a realização desta investigação científica tem como objetivo geral verificar como a Lei do Bem pode contribuir para a redução das desigualdades regionais do país.

Diante da dificuldade em se obterem os chamados microdados relacionados à política de fomento à inovação da Lei do Bem, desenvolveu-se análise de dados de 2011 a 2014 para examinar a distribuição das empresas inovadoras nas Regiões geográficas brasileiras. O recorte se refere ao que há de mais atual em relação aos dados públicos sistematizados pelo MCTI. No estudo, realizou-se revisão bibliográfica das relações entre inovação tecnológica e desigualdades regionais como referencial teórico central para esta pesquisa científica, tema até então pouco explorado na literatura nacional. Os dados secundários dessa política pública foram regionalizados, e utilizados para gerar conhecimento sobre o comportamento inovador das empresas beneficiárias da Lei do Bem nas 5 regiões brasileiras.

Dessa forma, o percurso metodológico da pesquisa ancora-se em fontes bibliográficas, documentais e em dados secundários. Quanto à abordagem, a metodologia é qualitativa; quanto ao tipo, é teórica e empírica; e, quanto aos objetivos, é descritiva e explicativa. Quanto aos meios, além da revisão bibliográfica,

² BRASIL. Decreto n.º 9.810, de 30 de maio de 2019. Regulamenta a Política Nacional de Desenvolvimento Regional – PNDR. *Diário Oficial da União*, Poder Legislativo. Brasília, DF, Seção 1, p. 3, 30 maio 2019.

³ THEIS, Ivo Marcos; STRELOW, Daniel Rodrigo; LASTA, Tatiane Thaís. CT&I e desenvolvimento desigual no Brasil: é possível outro “modelo de desenvolvimento”? *Revista Tecnologia e Sociedade*, Curitiba, v. 13, n. 27, p. 43-61, jan./abr. 2017.

⁴ SILVA, Tíssiana de Sousa; MILANI, Ana Maria Rita; ANTUNES, Verônica Nascimento Brito. Análise regional das políticas de apoio à CT&I: um estudo preliminar da estrutura científica e tecnológica do Nordeste. *Rev. Econ. NE*, Fortaleza, v. 50, n. 3, p. 107-123, jul./set. 2019.

utiliza-se de pesquisa documental, para levantamento e identificação de leis, decretos e demais políticas públicas que compõem o Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação do Brasil.

2 As políticas de ciência, tecnologia e inovação no Brasil

Em 2006, foi publicada a Lei n.º 11.196/2005⁵, conhecida como Lei do Bem, que criou incentivos à inovação tecnológica, em cumprimento ao previsto no art. 28 da Lei de Inovação⁶.

Para o contexto brasileiro, Magalhães e Lima⁷ sugerem que o princípio relativo à redução das desigualdades regionais há de ser observado em cotejo com a mínima intervenção estatal, com vistas a conturbar o mínimo possível as relações mercadológicas. Os autores afirmam que a Constituição Federal de 1988 – CF/88 é fruto da conjunção do social com o liberal. Logo, de um lado, o Estado atua para reduzir desigualdades econômicas, por outro, ele deve preservar a livre iniciativa.

Nesse sentido, esses autores alinham-se à posição de Castells⁸ que afirmou que o “Estado é a principal força da inovação”. Mas, maiores do que a importância do Estado como gestor e financiador e do capital como executor direto dos processos de inovação e aprendizagem, as relações estabelecidas entre o Estado e o capital são essenciais para compreender a inovação. O processo de inovação, para o capital, vale uma vez mais reforçar, é uma estratégia extremamente arriscada.

Para Furtado⁹, a participação do Estado na economia tem como objetivo melhorar a distribuição regional e setorial dos investimentos, promover melhor distribuição da renda, no sentido de ampliar o mercado consumidor interno, controlar a entrada de capital estrangeiro no país, reduzindo a dependência financeira externa, e oferecer mais autonomia na execução das políticas públicas.

Em 2015, o Poder Constituinte Reformador atualizou o texto constitucional ao inserir o termo “inovação” em várias normas constitucionais. Logo, apenas em 2015, o tema da inovação passa a constar no texto constitucional, embora já fosse expressamente tratado na legislação infraconstitucional. Essa previsão confere respaldo constitucional à legislação infraconstitucional já vigente e a outras leis sobre o tema que vierem a integrar o ordenamento jurídico.

Bercovici¹⁰ explica que a intervenção do Estado no domínio econômico deve se dar de modo a propiciar o desenvolvimento nacional, e deve ser orientada pela ideia de eficiência econômica e social. O autor lembra que, no corpo principal da Constituição de 1988, a primeira referência do termo desenvolvimento é na qualidade de um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme consta do art. 3º.

Hupffer e Ashton¹¹ defendem a necessidade de políticas públicas e investimentos estratégicos que possibilitem aos empreendedores dividirem o risco da inovação, para que o país seja capaz de competir no mercado global com outros que têm na inovação o foco principal de seus investimentos, haja vista que no Brasil o principal *locus* da inovação ainda é nas empresas.

⁵ BRASIL. Lei n.º 11.196, de 21 de novembro de 2005. Dispõe sobre incentivos fiscais para a inovação tecnológica. Lei do Bem. Brasília, 2005. *Diário Oficial da União*, Poder Legislativo. Brasília, DF, Seção 1, p. 1, 21 nov. 2005.

⁶ BRASIL. Lei n.º. 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Lei de Inovação. *Diário Oficial da União*, Poder Legislativo. Brasília, DF, Seção 1, p. 2, 3 dez. 2004.

⁷ MAGALHAES, Átila de Alencar Araripe; LIMA, Renata Albuquerque. Brasil: Estado intervencionista ou liberal? *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 11, n. 21, p. 59-84, 2019.

⁸ CASTELLS, M. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

⁹ FURTADO, Celso. *Dialética do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964.

¹⁰ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹¹ HUPFFER, Haide Maria; ASHTON, Elisa Guerra. Desenvolvimento deecoinovações a partir do ecodesign e o ordenamento jurídico brasileiro para a inovação. *EALR*, v. 7, n. 1, p. 165-183, jan./jun. 2016.

Kempfer e Oliveira¹² esclarecem que o conjunto normativo tradicional que compõe o estudo do Direito está relacionado a normas jurídicas sancionatórias em face de condutas antijurídicas, para desencorajá-las. No entanto, os autores destacam que, no âmbito do domínio econômico, a intervenção do Estado se dá no sentido de estimular condutas que geram efeitos positivos na economia, o que não poderá ser realizado por meio das normas sancionatórias, e sim por meio de normas de estímulo a condutas que contribuam para atingir os objetivos do regime jurídico-econômico. A argumentação desses autores está articulada à função promocional do Direito defendida por Bobbio¹³, a qual pode ser exercida por meio de incentivos ou sanções premiais. Para o autor, os incentivos são medidas que servem para facilitar o exercício de uma determinada atividade econômica. Logo, seguindo esse pensamento, ao criar incentivos para o desenvolvimento tecnológico e a inovação, o Estado assume uma postura promocional, em que o Direito se efetiva incentivando a implantação de atividade econômica ou processo inovador, visando à competitividade empresarial.

Assim, se dá uma forma de intervenção do Estado que se desenvolve pelo que Bobbio¹⁴ chama de *técnicas de encorajamento*. Segundo o autor, o Direito pode promover condutas desejadas por meio de subvenções, contribuições financeiras, facilitação de crédito, isenções fiscais. Com isso, apropria-se das lições de Bobbio para reforçar a relevância de uma intervenção do Estado na área de Ciência e Tecnologia, com vistas a encorajar o empreendedor com incentivos fiscais, como forma de estimular esforços de inovação e compensar eventuais dificuldades financeiras comuns à criação de qualquer novo produto ou processo inovador. Sobre as técnicas de encorajamento, Kempfer e Oliveira¹⁵ interpretam o art. 174 da Ordem Econômica na Constituição no sentido de que essas técnicas podem ser utilizadas pelo Estado para intervir no domínio econômico devido às funções de incentivo e planejamento a ele atribuídas constitucionalmente.

Laks¹⁶ compartilha de semelhante entendimento ao considerar que, do ponto de vista jurídico, a Lei do Bem é a mais completa legislação já produzida no país com o intuito de estimular os investimentos em pesquisa e inovação. Fabiani e Sbragia¹⁷ também consideram a Lei do Bem como o principal mecanismo público de incentivo à P&D aplicado pelo governo federal brasileiro.

3 A relação entre o desenvolvimento econômico e as políticas públicas de incentivo à inovação

Um dos primeiros a considerar a inovação tecnológica como imprescindível ao desenvolvimento econômico, Schumpeter¹⁸, trata o progresso tecnológico como resultado de atividades de pesquisa e desenvolvimento. Na Teoria do Desenvolvimento Econômico, concebida pelo autor em 1911, o surgimento de novos produtos e/ou processos depende de uma dinâmica que é incerta, custosa e interativa, mas que deve ser constantemente buscada em razão da permanente ameaça à sobrevivência das empresas.

No Brasil, Furtado¹⁹ define o desenvolvimento econômico como um “processo de mudança social pelo qual um número crescente de necessidades humanas, preexistentes ou criadas pela própria mudança, são

¹² KEMPFER, Marlene; OLIVEIRA, Eduardo Ayres Diniz de. Desenvolvimento tecnológico e a indução jurídica em face da Constituição do Brasil de 1988. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 18, n. 2, p. 145-170, 2014.

¹³ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. São Paulo: Manoele, 2007.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. São Paulo: Manoele, 2007.

¹⁵ KEMPFER, Marlene; OLIVEIRA, Eduardo Ayres Diniz de. Desenvolvimento tecnológico e a indução jurídica em face da Constituição do Brasil de 1988. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 18, n. 2, p. 145-170, 2014.

¹⁶ LAKS, Larissa Rodrigues. Extrafiscalidade e incentivos à inovação tecnológica. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 11, n. 2, p. 230-259, 2016.

¹⁷ FABIANI, Sidirley; SBRAGIA, Roberto. Tax Incentives for Technological Business Innovation in Brazil: The Use of the Good Law - Lei do Bem (Law nº 11.196/2005). *Journal of Technology Management & Innovation*, v. 9, n. 4, 2014.

¹⁸ SCHUMPETER, Joseph Alois. *A teoria do desenvolvimento econômico*. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

¹⁹ FURTADO, Celso. *Dialética do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964.

satisfeitas por meio de uma diferenciação no sistema produtivo decorrente da introdução de inovações tecnológicas”.

O modelo de inovação de Schumpeter²⁰, o da *destruição criativa*, parte do pressuposto que há um fluxo circular e que a economia no sistema capitalista funciona entre a criação, introdução de uma inovação, e a destruição, o esgotamento desta inovação com o surgimento de uma nova.

Em relação ao desenvolvimento proposto pela Constituição de 1988, Bambirra e Santos Neto²¹ afirmam que ele deve ser equânime, com redistribuição da renda obtida, com diminuição das desigualdades sociais e também regionais, uma vez que a federação brasileira possui uma elevada assimetria entre os níveis de desenvolvimento das suas diversas regiões.

Em que pesem os argumentos baseados no pressuposto do tripé ciência, tecnologia e inovação como “mola propulsora” do desenvolvimento socioeconômico, sustentando que um maior desenvolvimento científico e tecnológico levaria a um maior desenvolvimento econômico e social, há vezes em sentido contrário como a de Reich²² e a de Friedman²³, que entendem que a inovação tem como objetivo melhorar a condição de uma empresa frente à concorrência capitalista, e não tem o compromisso de promover o bem-estar social.

No Brasil, o Estado assume uma atuação ativa na inovação. Inclusive, em relação aos dispêndios totais em atividades de P&D, a participação do Estado é superior à do capital privado, situação incomum em comparação a outros países. Desse modo, mais da metade da P&D no Brasil é pública, e grande parte da P&D privada é subsidiada pelo governo²⁴. Em contraste, na maioria dos países desenvolvidos, as empresas representam 2/3 ou mais dos investimentos em P&D²⁵. Na Tabela 1, expressa-se o contraste das posições dos 20 países mais bem colocados no ranking do Índice Global de Inovação – WIPO²⁶ e a colocação do Brasil, em relação ao valor percentual do financiamento público para P&D nesses países:

Tabela 1 – países mais inovadores do mundo e o percentual do financiamento público para P&D

Colocação dos países no ranking do Índice Global de Inovação – WIPO	Percentual do financiamento público para P&D*
1º Suíça	-
2º Suécia	-
3º Estados Unidos da América	23,6%
4º Países Baixos	-
5º Reino Unido	26,3%
6º Finlândia	-
7º Dinamarca	-
8º Singapura	-
9º Alemanha	28,5%

²⁰ SCHUMPETER, Joseph Alois. *A teoria do desenvolvimento econômico*. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

²¹ BAMBIRRA, Felipe Magalhães; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. O objetivo fundamental de “garantir o desenvolvimento nacional” na Constituição Federal de 1988: análise de um conceito jurídico indeterminado. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 241-259, 2017.

²² BAMBIRRA, Felipe Magalhães; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. O objetivo fundamental de “garantir o desenvolvimento nacional” na Constituição Federal de 1988: análise de um conceito jurídico indeterminado. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 241-259, 2017.

²³ FRIEDMAN, Milton. The social responsibility of business to increase its profits. *New York Times Magazine*, 1970.

²⁴ BRITO, Carlos. *Energy for development: the case of bioenergy in Brazil*. Washington DC: Wilson Center, 2009.

²⁵ LIMOEIRO, Danilo; SCHNEIDER, Ben Ross. State-Led Innovation: SOEs, Institutional Fragmentation, and Policy Making in Brazil. *MIT-IPC Working Paper*, Cambridge, MA, v. 17, n. 4, 2017.

²⁶ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. *Índice global de inovação*. 2019. Disponível em: https://www.wipo.int/export/sites/www/pressroom/pt/documents/pr_2019_834.pdf. Acesso em: 12 abr. 2021.

Colocação dos países no ranking do Índice Global de Inovação – WIPO	Percentual do financiamento público para P&D*
10° Israel	-
11° República da Coréia	22,7%
12° Irlanda	-
13° Hong Kong	-
14° China	20%
15° Japão	15%
16° França	32,8
17° Canadá	31,3%
18° Luxemburgo	-
19° Noruega	-
20° Islândia	-
[...]	[...]
66° Brasil	52,4%

Fonte: elaboração da autora com base no banco de dados da WIPO (2019) e do MCTI (BRASIL, 2019).

* As informações estão incompletas por estarem incompletas na fonte.

Pela análise dos dados da Tabela 1, observa-se que no Brasil o Estado arca com mais da metade dos investimentos em P&D, e o país está na posição 66 no ranking de inovação global, o que significa que os países com melhor reputação em relação à inovação são os que têm maior participação do setor privado em relação ao apoio estatal nos investimentos em inovação.

A situação brasileira é típica dos países periféricos, que necessitam de uma atuação estatal específica e contínua para reverter as estruturas econômicas materiais de subdesenvolvimento e atraso socioeconômico.

Para Theis, Strelow e Lasta²⁷, a dinâmica desses investimentos do Estado, e sua expressão regional, parecem contribuir para o aumento das disparidades regionais, pois são fortalecidas regiões já dinâmicas, enquanto às demais estão disponíveis investimentos insuficientes para reduzir as distâncias em relação às primeiras.

A abordagem de Sistema Nacional de Inovação – SNI, preconizada por Freeman²⁸, é importante por enfatizar aspectos da geração, assimilação e difusão da inovação a partir da participação do Estado, por meio de políticas públicas, na construção de condições para que as empresas inseridas em seu território sejam estimuladas ao desenvolvimento de tecnologias promissoras. Para Nelson e Rosenberg²⁹ os sistemas de inovação são um conjunto de instituições cujas interações determinam o desempenho inovador das empresas nacionais. Igualmente, para Freeman e Soete³⁰, os SNIs são formados pelas diversas interações, analisadas em um sentido amplo, entre agentes públicos e privados que lidam com Ciência, Tecnologia e Inovação – CT&I, bem como com o ensino e a difusão da tecnologia. A Constituição brasileira se adequa à lição de Lundvall³¹, para quem os sistemas de inovação são estruturas tanto para a inovação como para o

²⁷ THEIS, Ivo Marcos; STRELOW, Daniel Rodrigo; LASTA, Tatiane Thaís. CT&I e desenvolvimento desigual no Brasil: é possível outro “modelo de desenvolvimento”? *Revista Tecnologia e Sociedade*, Curitiba, v. 13, n. 27, p. 43-61, jan./abr. 2017.

²⁸ FREEMAN, Christopher. The national systems of innovation in historical perspective. *Cambridge Journal of Economics*, v. 19, p. 5-24, 1995.

²⁹ NELSON, R.; ROSENBERG, N. Technical innovation and national systems. In: NELSON, R. (ed.). *National innovation systems: a comparative analysis*. New York: Oxford University, 1993.

³⁰ FREEMAN, Christopher; SOETE, L. *A economia da inovação industrial*. Campinas: Ed. Unicamp, 2008.

³¹ LUNDVALL, Bengt-Ake. National innovation systems: analytical concept and development tool. *Industry and Innovation*, v. 14, n. 1, p. 95-119, 2007.

desenvolvimento de competências, ao envolver aprendizagem e renovar habilidades e conhecimentos necessários para inovar.

No entender de Albuquerque³², o Brasil possui um Sistema Nacional de Inovação imaturo/incompleto, que evidencia a fragilidade competitiva das empresas localizadas no país, o que se traduz, principalmente, em: a) reduzidos gastos em P&D; b) pequeno número de patentes registradas domesticamente e no exterior; e c) elevados déficits comerciais setoriais.

Com base nas lições de Etzkowitz e Leydesdorff³³, é possível afirmar que a Lei do Bem segue a abordagem da Hélice Tríplice³⁴, que compreende a inovação como resultante de relações complexas e dinâmicas entre ciência, tecnologia, pesquisa e desenvolvimento na universidade, na empresa e no governo. Além disso, Etzkowitz e Zhou³⁵ acreditam que as interações universidade-indústria-governo formam uma “hélice tríplice” de inovação e empreendedorismo que constituem a chave para o crescimento econômico e o desenvolvimento social baseados no conhecimento.

4 Considerações sobre a Lei do Bem

Os incentivos fiscais estão disciplinados nos arts. 17 a 26 da Lei do Bem, Capítulo III, regulamentad pelo Decreto n.º 5.798, de 7 de junho de 2006³⁶, e podem ser aproveitados pelas pessoas jurídicas que realizem pesquisa tecnológica e desenvolvimento de inovação tecnológica no país, desde que comprovem, junto ao Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações – MCTI, a realização de atividades de P&D.

Segundo Avellar e Alves³⁷, a inovação a que se refere a Lei do Bem é a inovação tecnológica, com utilização da base conceitual internacionalmente aceita para análise dos projetos de P&D: o Manual Frascati³⁸ da OECD³⁹.

O estudo *Maximising the benefits of R&D tax incentives for innovation*⁴⁰ teve como uma das principais conclusões que a efetividade dos incentivos fiscais à P&D depende, em grande parte, do marco regulatório e da sua estabilidade no tempo. Logo, sugere que os governos mantenham a estabilidade e a clareza nas políticas fiscais à P&D, de forma a minimizar incertezas e quaisquer inseguranças jurídicas para as empresas.

Embora a Lei do Bem incentive tanto as inovações radicais (novos produtos, processos ou serviços) como as incrementais (agregação de novas funcionalidades dos produtos, processos ou serviços existentes),

³² ALBUQUERQUE, E. M. Sistema Nacional de Inovação no Brasil: uma análise introdutória a partir de dados disponíveis sobre a ciência e a tecnologia. *Brazilian Journal of Political Economy*, São Paulo, v. 16, n. 3, p. 56-72, 1996.

³³ ETZKOWITZ, Henry; LEYDESDORFF, Loet. The dynamics of innovation: from national systems and “mode 2” to a triple helix of university-industry-government relations. *Research Policy*, v. 29, n. 2, p. 109-123, 2000.

³⁴ A tese da Hélice Tríplice defende que a universidade está deixando de ter um papel social unicamente de prover ensino superior e pesquisa, e está assumindo um papel primordial equivalente ao da indústria e do governo, como geradora de novas empresas.

³⁵ ETZKOWITZ, Henry; ZHOU, Chunyan. Hélice Tríplice: inovação e empreendedorismo universidade-indústria-governo. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 31, n. 90, p. 23-48, 2017.

³⁶ BRASIL. Decreto n.º 5.798, de 7 de junho de 2006. Regulamenta a Lei 11.196/2005 – Lei do Bem. *Diário Oficial da União*, Poder Legislativo. Brasília, DF, Seção 1, p. 4, 8 jun. 2006.

³⁷ AVELLAR, Ana Paula M.; ALVES, Patrick Franco. Avaliação de impacto de programas de incentivos fiscais à inovação: um estudo sobre os efeitos do PDTI no Brasil. *Economia, ANPEC: Associação Nacional dos Centros de Pós-Graduação em Economia*, Brasília, v. 9, n. 1, 2008.

³⁸ O Manual Frascati é um documento preparado e publicado pela OCDE que propõe uma metodologia para levantamentos sobre pesquisa e desenvolvimento experimental e contém definições de pesquisa básica, pesquisa aplicada, pesquisa e desenvolvimento, pessoal de pesquisa, tais como pesquisadores, técnicos, pessoal auxiliar.

³⁹ ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Frascati Manual 2015: guidelines for collecting and reporting data on research and experimental development*. 2015. Disponível em: <https://www.oecd.org/publications/frascati-manual-2015-9789264239012-en.htm>. Acesso em: 11 abr. 2021.

⁴⁰ ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Maximising the benefits of R&D tax incentives for innovation*. Disponível em: <https://www.oecd.org/sti/rd-tax-incentives-for-innovation.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2021.

a PINTEC⁴¹ afirma que, em países como o Brasil, a maioria das inovações introduzidas são de caráter adaptativo, incremental, e as atividades de P&D mostram-se, muitas vezes, ocasionais e organizadas em estruturas informais, e baseadas nas relações de interação e cooperação direta no mercado.

Embora o Decreto regulamentador da Lei do Bem, Decreto n.º 5.798/2006⁴², não preveja, expressamente, a inovação tecnológica em serviços, a utilização dos incentivos criados por essa lei em relação a gastos com esse tipo de inovação faz cada vez mais sentido em um contexto em que as atividades econômicas se integram em redes e se complementam, pois o termo produto pode referir-se tanto a bens como a serviços.

No âmbito federal, os principais impostos que uma pessoa jurídica deve pagar são o Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ), cuja base de cálculo é o lucro real⁴³, presumido⁴⁴ ou arbitrado, correspondente ao período de apuração; a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), cuja base de cálculo é o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o IRPJ. A alíquota do IRPJ para as empresas que optam, ou são obrigadas, a declarar seus lucros a partir do sistema de lucro real é de 15% e adicional de 10%. Já a CSLL tem com alíquota de 9%.

A Lei do Bem possibilita a dedução do imposto de renda das empresas de parte dos investimentos no esforço de inovação. Os incentivos poderão chegar à dedução de 200% por ocasião do cálculo do lucro líquido, na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, ou seja, 100% das despesas com P&D da empresa, mais até 60% pelo incentivo concedido por parte do Governo Federal por realizar P&D, mais 20% pelo aumento de contratação do número de pesquisadores exclusivos, mais 20% pela concessão de patente ou registro de cultivar, desde que todos os projetos de P&D relatados tenham, de fato, gerado patentes ou cultivares registrados.

Para Zucoloto *et al.*⁴⁵, as possibilidades de deduções correspondem a um total de renúncia fiscal que pode chegar a até 34% do valor integral dos dispêndios realizados pela empresa com P&D. Na prática, na determinação da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, os gastos relacionados aos projetos de inovação tecnológica poderão ser deduzidos, adicionalmente, para promover o aumento da despesa e assim diminuir o lucro tributável⁴⁶. O principal incentivo permite a exclusão adicional de 60% dos gastos com P&D da base de cálculo do IRPJ e CSLL. Como as alíquotas mais adicional do IRPJ e CSLL são de 34%⁴⁷ no total, para cada R\$ 100,00 gastos em P&D e elegíveis na Lei do Bem, a empresa reduz, em R\$ 20,40, o imposto a pagar. Na explicação de Calzolaio⁴⁸, a dedução ocorre quando do cálculo do lucro da empresa são abatidos valores extras, baseados nos gastos com P&D. O autor explica que a depreciação pode ser utilizada como incentivo fiscal quando há gastos com máquinas e equipamentos voltados para P&D. Pela

⁴¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa de Inovação*: PINTEC 2017. Rio de Janeiro: 2020. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/ciencia-tecnologia-e-inovacao/9141-pesquisa-de-inovacao.html?=&t=o-que-e>. Acesso em: 12 abr. 2021.

⁴² BRASIL. Decreto n.º 5.798, de 7 de junho de 2006. Regulamenta a Lei 11.196/2005 – Lei do Bem. *Diário Oficial da União*, Poder Legislativo. Brasília, DF, Seção 1, p. 4, 8 jun. 2006.

⁴³ A expressão lucro real significa o próprio lucro tributável, para fins da legislação do imposto de renda, ou seja, o resultado contábil ajustado pelas adições, exclusões ou compensações previstas na legislação pronto para ser tributado, distinto do lucro líquido apurado contabilmente.

⁴⁴ O lucro presumido é uma forma de tributação simplificada para determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL das pessoas jurídicas que não estiverem obrigadas, no ano-calendário, à apuração do lucro real.

⁴⁵ ZUCOLOTO, Graziela Ferrero; SANTANA, Bruna Goussain; VELOSO, Leandro Justino Pereira; KANNEBLEY JR., Sérgio. Lei do Bem e produtividade das firmas industriais brasileiras. In: TURCHI, Lenita Maria; MORAIS, José Mauro de. *Políticas de apoio à inovação tecnológica no Brasil: avanços recentes, limitações e propostas de ações*. Brasília: IPEA, 2017.

⁴⁶ De acordo com a Lei do Bem, o benefício da exclusão adicional somente pode ser utilizado pelas empresas que apurarem lucro fiscal no período, e tal exclusão está limitada ao valor das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. Ou seja, somente pode ser utilizado até zerar as bases. Além disso, eventual saldo remanescente de um ano não poderá ser aproveitado em períodos posteriores.

⁴⁷ Os incentivos possibilitam uma recuperação fiscal de até 34% dos dispêndios, soma das alíquotas de 15% de IRPJ, 10% de adicional de IRPJ e 9% de CSLL.

⁴⁸ CALZOLAIO, Aziz Eduardo. *Política fiscal de incentivo à inovação no Brasil: análise do desempenho inovativo das empresas que usufruíram benefício da Lei n.º 11.196/05 (Lei do Bem)*. Dissertação (Mestrado em Economia) – Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

Lei do Bem, esses gastos são depreciados a uma taxa maior do que a normal, ou seja, de forma acelerada. Assim, a Lei do Bem concede 100% de depreciação no mesmo ano da aquisição dos bens.

As deduções que são incentivadas pela Lei do Bem podem ser calculadas como um percentual do total gasto em P&D. A Lei do Bem regula uma política pública capaz de abranger variados setores da economia, sem limite mínimo quanto aos valores despendidos com as atividades incentiváveis, desde que as empresas não tenham fechado com prejuízo fiscal o ano da realização dos gastos.

Hupffer e Ashton⁴⁹ lembram que os requisitos para a concessão dos benefícios da Lei do Bem são: empresas com regime de apuração de resultados no lucro real, com lucro fiscal no ano de realização das despesas em P&D, com regularidade fiscal e que investem em P&D no país, internamente ou mediante contratação de micro e pequena empresa – MPE, inventor independente, universidade, instituto de pesquisa e Instituição Científica e Tecnológica – ICT.

As empresas beneficiárias precisam comprovar, anualmente, que investem em P&D, até o dia 31 de julho do ano seguinte à utilização dos incentivos fiscais, por meio de formulário eletrônico, conhecido como FORMPD, padronizado pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações – MCTI.

Para análise das informações prestadas pelas empresas beneficiárias da Lei do Bem nos Formulários, o MCTI criou, por meio da Portaria MCTI n.º 4.977, de 20.09.2019⁵⁰, Apoio Técnico para dar suporte ao MCTI em atividade de natureza consultiva relacionada à política de fomento da Lei do Bem. A necessidade dessa iniciativa adveio, principalmente, do fato de os programas de pesquisa tecnológica e desenvolvimento de inovação tecnológica das empresas beneficiadas pela Lei do Bem envolverem múltiplas áreas do conhecimento. O objetivo da Portaria foi agregar competência técnica especializada na análise dos projetos das diversas áreas do conhecimento. O trabalho consiste na elaboração de diagnóstico opinativo nas suas respectivas áreas de competência técnica para verificação se as informações enviadas ao MCTI estão em conformidade com as atividades de pesquisa tecnológica e desenvolvimento de inovação tecnológica beneficiadas pela Lei do Bem.

Os procedimentos e o processamento das informações prestadas pelas empresas beneficiárias nos Formulários seguem o disposto na Portaria n.º 2.794/2020/SEI-MCTI, de 30 de junho de 2020⁵¹. Desse modo, com base no diagnóstico opinativo elaborado pelo Apoio Técnico, o MCTI emite Parecer técnico individualizado, que poderá ser objeto de contestação pela empresa interessada. Da decisão sobre a contestação caberá recurso administrativo. A instância administrativa se exaure após apreciação do recurso, que pode chegar até o Ministro do MCTI para decisão final, sem caráter deliberativo.

Desse modo, com base no Formulário recebido e no diagnóstico opinativo, o MCTI analisa os projetos das empresas, bem como dispêndios e benefícios utilizados, valida, ou não, e publica os relatórios anuais com a relação total das empresas que declararam ao órgão a utilização de incentivos da Lei do Bem.

Até o ano base 2013, o MCTI divulgava nos relatórios anuais somente a lista das empresas que tinham os projetos aprovados pelo órgão, bem como publicava os dados relacionados apenas às empresas “recomendadas”. A partir do ano base 2014, o MCTI passou a divulgar a lista total⁵² de empresas “participantes” da Lei do Bem⁵³. Mas, somente informa dados quantitativos consolidados das empresas que têm os projetos

⁴⁹ HUPFFER, Haide Maria; ASHTON, Elisa Guerra. Desenvolvimento de ecoinovações a partir do ecodesign e o ordenamento jurídico brasileiro para a inovação. *EALR*, v. 7, n. 1, p. 165-183, jan./jun. 2016.

⁵⁰ BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. Portaria MCTI n.º 4.977, de 20 de setembro de 2019. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo. Brasília, DF, 24 set. 2020, Seção 1, p. 6. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-4.977-de-20-de-setembro-de-2019-217770820>. Acesso em: 11 abr. 2021.

⁵¹ BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. Portaria n.º 2.794, de 30 de junho de 2020. *Diário Oficial da União*, Poder Legislativo. Brasília, DF, Seção 1, p. 8, 21 jul. 2020.

⁵² No Anexo, apresenta-se o Relatório 2015, relativo ao ano base 2014, com a lista completa das empresas beneficiárias da Lei do Bem.

⁵³ Ao analisar a política pública da Lei do Bem, observa-se que a atuação do Estado brasileiro atende a duas perspectivas, ora como incentivador de projetos que visam o desenvolvimento da inovação por empresas privadas, ora como investidor direto nos projetos de inovação nas empresas estatais, como por exemplo, na Petrobrás (Petróleo Brasileiro S.A) e na Embraer S.A., que constam na

aprovados total ou parcialmente pelo Ministério. Essas empresas são, então, chamadas pelo MCTI de “recomendadas”. O relatório publicado em 2015 listou 1.206 empresas, no entanto, apenas 1.008 delas foram “recomendadas” pelo MCTI⁵⁴.

Empresas “participantes” são todas as que se autodeclaram beneficiárias da Lei do Bem, independentemente de terem os projetos de P&D “recomendados” pelo MCTI. Logo, as empresas são beneficiárias da Lei do Bem até que a Receita Federal do Brasil fiscalize e verifique possíveis irregularidades que tenham ou não sido informadas pelo MCTI ao órgão do Fisco, o que, de qualquer forma, só acontece em momento posterior à divulgação do Relatório anual de utilização da Lei do Bem pelo Ministério.

5 Metodologia

Nesta Subseção, serão apresentadas as técnicas utilizadas na pesquisa. O presente estudo é caracterizado como descritivo, conforme a classificação de Richardson *et al.*⁵⁵, já que visa compreender e descrever dados do fenômeno estudado. A análise descritiva utiliza-se de dados da Lei do Bem dos anos base 2010 a 2013⁵⁶. Seguindo as lições de Bastos⁵⁷, quanto ao tipo, a pesquisa é bibliográfica e documental; quanto à utilização dos resultados, a pesquisa pode ser classificada em aplicada; quanto à abordagem, a metodologia é qualitativa; e, quanto aos fins, é descritiva e explicativa.

O recorte temporal deve-se, principalmente, ao acesso limitado às bases de dados, haja vista que são relativas a dados protegidos por sigilo. Logo, os dados dos dois anos base mais recentes da Lei do Bem, 2014 e 2015, foram analisados, apenas, como forma de evidenciar que o recorte se refere ao que há de mais atual em relação aos dados públicos sistematizados pelo Ministério, pois os microdados, relativos ao ano base 2014, foram disponibilizados de forma parcial, e, em relação aos microdados do ano base de 2015, não se teve acesso, somente tendo sido possível acesso a dados agregados. Dessa forma, o ano base 2014 foi analisado com base no Relatório⁵⁸ publicado pelo MCTI. Para o ano base de 2015, foram analisadas informações consolidadas do órgão, pois os microdados não foram disponibilizados pelo MCTI⁵⁹.

O desenho amostral deste artigo é feito de forma censitária⁶⁰ em relação às empresas beneficiárias da Lei do Bem de diversos setores da economia. Ademais, a definição da amostra para esta pesquisa é baseada em dados de todas as empresas participantes⁶¹ da Lei do Bem nos anos base 2010 a 2013, e não apenas nos dados das empresas recomendadas⁶² pelo MCTI.

Lista atualizada de empresas participantes da Lei do Bem, que pode ser consultada no Anexo.

⁵⁴ A relação de empresas classificadas como “recomendadas” ou “não recomendadas”, seguida dos pareceres, eventuais contestações e recursos não é publicada, ela é remetida unicamente à Secretaria da Receita Federal do Brasil.

⁵⁵ RICHARDSON, R. J.; PERES, J. A. S.; WANDERLEY, J. C. V.; CORREIA, L. M.; PERES, M. H. M. *Pesquisa social: métodos e técnicas*. São Paulo: Atlas, 1999.

⁵⁶ O procedimento da Lei do Bem considera que as empresas usam os incentivos em um ano base e fazem a declaração das atividades beneficiadas no ano seguinte. Em face disso, o MCTI gera anualmente o Relatório da Lei do Bem referente ao ano base anterior. Logo, neste estudo foi utilizada a base de dados da Lei do Bem com informações que foram enviadas pelas empresas ao MCTI entre os anos de 2011 a 2014.

⁵⁷ BASTOS, Núbia Maria Garcia. *Introdução à metodologia do trabalho acadêmico*. Fortaleza, 2004.

⁵⁸ BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. *Relatório anual de incentivos fiscais 2014*. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.mctic.gov.br/mctic/opencms/tecnologia/Lei_do_bem/pages/Relatorio-Anual.html. Acesso em: 12 abr. 2021.

⁵⁹ BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. *Relatório anual de incentivos fiscais 2014*. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.mctic.gov.br/mctic/opencms/tecnologia/Lei_do_bem/pages/Relatorio-Anual.html. Acesso em: 12 abr. 2021.

⁶⁰ Durante os anos escolhidos para a amostra, há empresas que utilizaram de maneira descontínua os incentivos.

⁶¹ Empresas participantes são todas as que se autodeclaram beneficiárias da Lei do Bem, independentemente de terem os projetos de P&D “recomendados” pelo MCTI. Logo, as empresas são beneficiárias da Lei do Bem até que a Receita Federal do Brasil fiscalize as empresas e encontre possíveis irregularidades que tenham ou não sido informadas pelo MCTI ao órgão do fisco, o que, de qualquer forma, somente acontece em momento posterior à divulgação do relatório anual de utilização da Lei do Bem pelo Ministério.

⁶² Até o ano base 2013, o MCTI só divulgava os valores de renúncia e de investimento computando os dados da Lei do Bem rela-

A escolha dos dados baseou-se no fato de que as empresas enviam ao MCTI os projetos de P&D em relação aos quais já fizeram o aproveitamento dos incentivos da Lei do Bem no ano anterior ao envio. Logo, a recomendação dos projetos das empresas pelo MCTI se dá em momento posterior à utilização dos incentivos fiscais por essas empresas.

Assim, acredita-se que os números relacionados às empresas “participantes” refletem melhor a realidade da política pública da Lei do Bem. Afinal, o MCTI “recomenda” ou não os projetos de P&D.

A análise descritiva é realizada em três etapas: na primeira, destina-se à obtenção de dados secundários da política pública da Lei do Bem; na segunda etapa, com base no que foi obtido na primeira, escolhem-se as características que tenham relação com o problema de pesquisa; na terceira etapa, interpretam-se as características e analisa-se o comportamento delas para se alcançarem os resultados do estudo.

Para a escolha das características e análise dos dados, é utilizada a plataforma interativa de análise de dados chamada *QlikSense*⁶³. Por meio dessa ferramenta, é possível construir um *dashboard* da Lei do Bem, que consiste num painel visual que apresenta, de maneira dinâmica, o conjunto de características que são alimentados, manualmente, com base no banco de dados da política pública em questão.

Os dados extraídos do banco de dados do MCTI são organizados por ano base⁶⁴, em planilhas do programa Excel, e, em seguida, os dados relativos aos 4 anos da amostra são inseridos no *dashbord* criado no *QlikSense* para análise associativa das características relacionadas com o problema de pesquisa.

6 Análise, discussão e resultados

Os dados da amostra desta pesquisa são desagregados por regiões na Tabela 2 para verificar o comportamento das empresas beneficiárias da Lei do Bem em relação aos investimentos totais (custeio + capital) em P&D em cada ano considerado:

Tabela 2 – investimentos em P&D por ano e por região

Ano Base	Norte	Nordeste	Centro-oeste	Sudeste	Sul
2010	R\$ 109 milhões	R\$ 171 milhões	R\$ 34 milhões	R\$ 9 bilhões	1,2 bilhão
2011	R\$ 109 milhões	R\$ 130 milhões	R\$ 49 milhões	R\$ 6 bilhões	2 bilhões
2012	R\$ 247 milhões	R\$ 111 milhões	R\$ 41,2 milhões	R\$ 7 bilhões	1,4 bilhão
2013	R\$ 328 milhões	R\$ 196 milhões	R\$ 100 milhões	R\$ 7 bilhões	R\$ 1,4 bilhão
2014	R\$ 398 milhões	R\$ 232 milhões	R\$ 153 milhões	R\$ 7 bilhões	R\$ 1,5 bilhão
2015	R\$ 436 milhões	R\$ 155 milhões	R\$ 138 milhões	R\$ 7 bilhões	R\$ 1,4 bilhão

Fonte: elaboração da autora com dados do MCTI (2020).

Na composição dos investimentos em P&D, são computados os valores despendidos com custeio e com capital. Embora os investimentos em P&D realizados na Região Norte, conforme a Tabela 2, cresçam ano a ano entre os anos 2012 e 2015, eles ficam muito abaixo dos números das Regiões Sul e Sudeste para o mesmo período. Os dados para as empresas das regiões Nordeste e Centro-oeste ora crescem, ora diminuem, mas também são muito abaixo dos valores observados para as regiões Sul e Sudeste.

tivos às empresas “recomendadas” pelo Ministério.

⁶³ Disponível em: <https://www.qlik.com/pt-br/products/qlik-sense>.

⁶⁴ As empresas utilizam os incentivos fiscais da Lei do Bem num dado ano (chamado de ano base) e declaram as atividades incentivadas no ano seguinte.

Assim, na Tabela 2, apresentam-se territórios concentrados regionalmente do capital inovador, com hegemonia das regiões Sudeste e Sul. Diante da análise dos dados da Tabela 2, verifica-se que, mesmo em período de crise econômica, os gastos com P&D das empresas ampliaram-se. Dessa forma, é necessária a criação de um sistema de incentivos para estimular a desconcentração geográfica dessas empresas. Nesse sentido, uma medida que se sugere é a ampliação dos incentivos da Lei do Bem para que as empresas que já estão localizadas e que vierem a se localizar nas regiões Norte, Nordeste e Centro-oeste sejam contempladas com valor maior de renúncia fiscal.

Com base na análise teórico-empírica da política pública da Lei do Bem realizada por Silva, Milani e Antunes⁶⁵, é possível afirmar que essa política não considera a existência de características próprias dos estados e ignora as heterogeneidades regionais de bases produtivas e tecnológicas.

As características de “inovações em produtos, processos e/ou serviços” das empresas beneficiárias da Lei do Bem são utilizadas para analisar as desigualdades regionais. Para tanto, nas Tabelas 3, 4, 5 e 6, apresentam-se os quantitativos de empresas beneficiárias da Lei do Bem que realizaram inovações em produtos, processos e/ou serviços nos anos base 2010 a 2013, distribuídos pelas regiões do país:

Tabela 3 – quantidade de empresas que realizaram inovações em produtos, processos e/ou serviços no ano base 2010

Ano base 2010	Inovações em produtos	Inovações em processos	Inovações em serviços
Norte	2	ZERO	ZERO
Nordeste	8	5	1
Centro-oeste	3	4	2
Sudeste	277	157	55
Sul	133	64	11

Fonte: elaboração da autora com base no banco de dados do MCTI.

Tabela 4 – quantidade de empresas que realizaram inovações em produtos, processos e/ou serviços no ano base 2011

Ano base 2011	Inovações em produtos	Inovações em processos	Inovações em serviços
Norte	3	2	2
Nordeste	10	10	2
Centro-oeste	4	6	2
Sudeste	304	191	60
Sul	142	55	9

Fonte: elaboração da autora com base no banco de dados do MCTI.

⁶⁵ SILVA, Tíssiana de Sousa; MILANI, Ana Maria Rita; ANTUNES, Verônica Nascimento Brito. Análise regional das políticas de apoio à CT&I: um estudo preliminar da estrutura científica e tecnológica do Nordeste. *Rev. Econ. NE*, Fortaleza, v. 50, n. 3, p. 107-123, jul./set. 2019.

Tabela 5 – quantidade de empresas que realizaram inovações em produtos, processos e/ou serviços no ano base 2012

Ano base	Inovações em produtos	Inovações em processos	Inovações em serviços
2012			
Norte	8	5	1
Nordeste	12	11	1
Centro-oeste	3	4	3
Sudeste	319	205	65
Sul	126	76	16

Fonte: elaboração da autora com base no banco de dados do MCTI.

Tabela 6 – quantidade de empresas que realizaram inovações em produtos, processos e/ou serviços no ano base 2013

Ano base	Inovações em produtos	Inovações em processos	Inovações em serviços
2013			
Norte	10	4	ZERO
Nordeste	16	161	1
Centro-oeste	7	3	2
Sudeste	386	219	44
Sul	157	57	12

Fonte: elaboração da autora com base no banco de dados do MCTI.

Para Martínez-Román, Gamero e Tamayo⁶⁶, a capacidade inovadora das empresas baseia-se nas seguintes dimensões: capacidade de inovação em processo, capacidade de inovação em serviço e capacidade de inovação em produto. Nesse sentido, Tidd, Bessant e Pavitt⁶⁷ acreditam que as organizações derivam seu sucesso econômico, em maior ou menor grau, do sucesso em introduzir inovações em seus produtos e processos.

Para analisar a característica “Renúncia fiscal para atividades de P&D”, os dados são desagregados por regiões, como mostra a Tabela 7, para verificar os totais de renúncia fiscal concedida.

Tabela 7 – renúncia fiscal da Lei do Bem por ano e por região

Ano base	Norte	Nordeste	Centro-oeste	Sudeste	Sul
2010	R\$ 23 milhões	R\$ 42 milhões	R\$ 7 milhões	R\$ 2 bilhões	R\$ 259 milhões
2011	R\$ 14 milhões	R\$ 182 milhões	R\$ 16 milhões	R\$ 1 bilhão	R\$ 302 milhões
2012	R\$ 58 milhões	R\$ 26 milhões	R\$ 9 milhões	R\$ 1,2 bilhão	R\$ 290 milhões
2013	R\$ 84 milhões	R\$ 39 milhões	R\$ 20 milhões	R\$ 1,3 bilhão	R\$ 674 milhões
2014	R\$ 80 milhões	R\$ 51 milhões	R\$ 37 milhões	R\$ 1,4 bilhão	R\$ 338 milhões
2015	R\$ 92 milhões	R\$ 30 milhões	R\$ 27 milhões	R\$ 1,3 bilhão	R\$ 253 milhões

Fonte: elaboração da autora com base no banco de dados do MCTI.

⁶⁶ MARTÍNEZ-ROMÁN, J. A.; GAMERO, J.; TAMAYO, J. A. Analysis of innovation in SMEs using an innovative capability-based non-linear model: a study in the province of Seville (Spain). *Technovation*, v. 31, p. 459-475, 2011.

⁶⁷ TIDD, J.; BESSANT, J.; PAVITT, K. *Managing innovation: integrating technological, market and organizational change*. West Sussex: John Wiley & Sons, 1997.

Em relação aos resultados da análise dos dados da Lei do Bem, organizados na Tabela 2 e na Tabela 7, é possível explicar que, tanto os investimentos privados como os incentivos públicos para P&D demonstram a concentração espacial da inovação nas Regiões Sul e Sudeste do Brasil, em comparação às demais regiões.

O número de patentes obtidas é um dos dados mais utilizados e debatidos nas pesquisas que tratam da análise e comparação internacional dos sistemas de inovação dos países. A Lei do Bem, no art. 19, concede outros incentivos adicionais para as empresas que buscam obter patentes no Brasil, esses são incidentes sobre CSLL e IRPJ. Por isso, na Tabela 8, expõe-se o quantitativo de empresas que obtiveram patentes de inovação no Brasil mediante utilização dos incentivos fiscais da Lei do Bem:

Tabela 8 – quantidade de empresas que obtiveram patentes com incentivos da Lei do Bem

Anos base	Sudeste	Sul	Norte	Nordeste	Centro-oeste
2010	64	35	2	3	0
2011	75	43	0	3	1
2012	89	38	1	4	0
2013	75	46	2	4	0

Fonte: elaboração da autora com base no banco de dados do MCTI.

Os dados sobre obtenção de patentes por empresas da amostra, no geral, são baixos. Nas regiões Norte, Nordeste e Centro-oeste são insignificantes. Esse diagnóstico deve servir para os formuladores de políticas públicas de inovação repensarem modelos de concessão de incentivos mais adequados às dificuldades enfrentadas pelas empresas até a obtenção de uma patente. Inclusive, com base nos dados analisados neste artigo, é possível afirmar que esse incentivo não está cumprindo o seu objetivo principal, pois não está trazendo o incremento do número de patentes concedidas no país, o que seria o esperado.

Pela análise dos dados, observa-se que o número de empresas beneficiárias da Lei do Bem nas regiões Norte, Nordeste e Centro-oeste revelam baixo interesse das empresas dessas três regiões pela utilização do instrumento público, sendo a região Sudeste a única que tem crescimento acentuado ano a ano no número de empresas participantes.

Os dados utilizados na pesquisa deixam claro que as regiões menos desenvolvidas não somente têm uma menor base de empresas beneficiárias da Lei do Bem como apresentam resultados menos significativos em relação às demais características analisadas.

Desse modo, os achados deste artigo podem ser explicados em parte por Tunes⁶⁸ ao ensinar sobre a produção inovadora. Segundo a autora, é um meio, e, ao mesmo tempo, condição para o desenvolvimento geográfico desigual, porque aprofunda e reproduz as desigualdades por meio da polarização das forças produtivas em poucos territórios que têm condições favoráveis para a produção da inovação. Enfim, a autora reforça que há uma relação evidente entre as atividades intensivas em conhecimento, como o são as atividades de P&D, e o desenvolvimento geográfico desigual, dada a concentração dos recursos necessários para a produção da inovação. Tais resultados são condizentes com aqueles achados por Diniz e Gonçalves⁶⁹ para quem a indústria do conhecimento tenderá a se localizar e consolidar nas regiões de melhor infraestrutura científica e tecnológica.

Segundo Theis, Strelow e Lasta⁷⁰, as políticas de CT&I tendem a agravar o desenvolvimento geográfico desigual, já que impulsionam o processo de acumulação de capital por meio da concentração de investimentos em determinadas regiões.

⁶⁸ TUNES, Regina Helena. *Geografia da inovação: território e inovação no século XXI*. 2015. Tese (Doutorado em Geografia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

⁶⁹ DINIZ, Clélio Campolina; GONÇALVES, E. Economia do conhecimento e desenvolvimento regional no Brasil. In: DINIZ, C.; LEMOS, M. *Economia e território*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2005.

⁷⁰ THEIS, Ivo Marcos; STRELOW, Daniel Rodrigo; LASTA, Tatiane Thaís. CT&I e desenvolvimento desigual no Brasil: é possível

Portanto, a análise descritiva, realizada de forma regionalizada, de dados secundários da Lei do Bem, relativos ao comportamento das empresas beneficiárias da lei nos anos base de 2010 a 2013, explica os resultados da pesquisa que apontam a concentração da inovação nas regiões Sul e Sudeste e o reforço das desigualdades regionais no Brasil.

7 Considerações finais

Os resultados confirmam a hipótese desta pesquisa de que os incentivos da Lei do Bem reforçam a concentração geográfica da inovação nas regiões já desenvolvidas e assim reforçam as desigualdades regionais no território brasileiro.

Dessa forma, diante da constatação da falha de regulação da Lei do Bem, propõe-se alteração no texto da Lei que, embora seja de nível nacional, deve ser revisada de acordo com o objetivo do Estado de reduzir as desigualdades regionais, consagrado na Constituição Federal. Assim, a Lei do Bem precisa ser aperfeiçoada, de maneira que haja uma redefinição da política no sentido de inserir no texto a dimensão regional, por meio da concessão de percentual maior de incentivos às empresas situadas nas Regiões Norte, Nordeste e Centro-oeste, como um caminho possível no sentido de diminuir os desequilíbrios regionais do país.

Defende-se, então, a reorientação da política pública da Lei do Bem no sentido de uma concessão mais isonômica dos incentivos fiscais para melhorar a distribuição das empresas inovadoras pelo território nacional e a redistribuição dos incentivos públicos e investimentos privados em P&D. Além de mais bem distribuídos pelo território nacional, os incentivos da Lei do Bem devem também ser efetivos, eficazes e eficientes.

Em virtude disso, argumenta-se em favor da Lei do Bem como uma política pública orientada para diminuir as desigualdades regionais do Brasil, em consonância com a Constituição Federal, que orienta o comportamento estatal no sentido de amenizar a trajetória de desigualdades regionais do Brasil. Uma forma de concretizar o direcionamento constitucional é por meio da desconcentração geográfica da inovação, a qual pode ser promovida pela concessão de incentivos fiscais voltados a atrair empresas dispostas a realizarem atividades de P&D em Regiões menos desenvolvidas do país.

Nesta pesquisa, propõe-se a correção da falha no desenho da política pública da Lei do Bem por meio da alteração do art. 19 da lei para acrescentar ao texto vigente a criação de incentivos maiores de redução da base de cálculo CSLL, aplicáveis, exclusivamente, às empresas instaladas ou que venham a se instalar em regiões menos favorecidas historicamente, nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, condicionados à realização por essas empresas de investimentos em pesquisa, desenvolvimento e inovação tecnológica no território nacional, à regularidade fiscal e ao lucro positivo no ano de realização dos investimentos.

Referências

ALBUQUERQUE, E. M. Sistema Nacional de Inovação no Brasil: uma análise introdutória a partir de dados disponíveis sobre a ciência e a tecnologia. *Brazilian Journal of Political Economy*, São Paulo, v. 16, n. 3, p. 56-72, 1996.

AVELLAR, Ana Paula M.; ALVES, Patrick Franco. Avaliação de impacto de programas de incentivos fiscais à inovação: um estudo sobre os efeitos do PDTI no Brasil. *Economia, ANPEC: Associação Nacional dos Centros de Pós-Graduação em Economia*, Brasília, v. 9, n. 1, 2008.

outro “modelo de desenvolvimento”? *Revista Tecnologia e Sociedade*, Curitiba, v. 13, n. 27, p. 43-61, jan./abr. 2017.

BAMBIRRA, Felipe Magalhães; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. O objetivo fundamental de “garantir o desenvolvimento nacional” na Constituição Federal de 1988: análise de um conceito jurídico indeterminado. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 241-259, 2017.

BASTOS, Núbia Maria Garcia. *Introdução à metodologia do trabalho acadêmico*. Fortaleza, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. São Paulo: Manoele, 2007.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Emenda constitucional nº 85, de 26 de fevereiro de 2015*. Altera e adiciona dispositivos na Constituição Federal para atualizar o tratamento das atividades de ciência, tecnologia e inovação. Brasília, DF, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc85.htm. Acesso em: 12 abr. 2021.

BRASIL. Decreto nº 5.798, de 7 de junho de 2006. Regulamenta a Lei 11.196/2005 – Lei do Bem. *Diário Oficial da União*, Poder Legislativo. Brasília, DF, Seção 1, p. 4, 8 jun. 2006.

BRASIL. Decreto nº 9.810, de 30 de maio de 2019. Regulamenta a Política Nacional de Desenvolvimento Regional – PNDR. *Diário Oficial da União*, Poder Legislativo. Brasília, DF, Seção 1, p. 3, 30 maio 2019.

BRASIL. Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Lei de Inovação. *Diário Oficial da União*, Poder Legislativo. Brasília, DF, Seção 1, p. 2, 3 dez. 2004.

BRASIL. Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005. Dispõe sobre incentivos fiscais para a inovação tecnológica. Lei do Bem. Brasília, 2005. *Diário Oficial da União*, Poder Legislativo. Brasília, DF, Seção 1, p. 1, 21 nov. 2005.

BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. *Guia Prático da Lei do Bem*. 2019. Disponível em: http://www.mctic.gov.br/mctic/export/sites/institucional/publicacao/arquivos/GUIA_PRATICO_DA_LEI_DO_BEM_2019_MCTIC.pdf. Acesso em: 12 abr. 2021.

BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. Portaria MCTI nº 788, de 05 de agosto de 2014. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo. Brasília, DF, Seção 1, p. 1, 06 ago. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc85.htm. Acesso em: 12 abr. 2021.

BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. Portaria nº 2.794, de 30 de junho de 2020. *Diário Oficial da União*, Poder Legislativo. Brasília, DF, Seção 1, p. 8, 21 jul. 2020.

BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. *Relatório anual de incentivos fiscais 2014*. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.mctic.gov.br/mctic/opencms/tecnologia/Lei_do_bem/pages/Relatorio-Anual.html. Acesso em: 12 abr. 2021.

BRITO, Carlos. *Energy for development: the case of bioenergy in Brazil*. Washington DC: Wilson Center, 2009.

CALZOLAIO, Aziz Eduardo. *Política fiscal de incentivo à inovação no Brasil: análise do desempenho inovativo das empresas que usufruíram benefício da Lei nº 11.196/05 (Lei do Bem)*. Dissertação (Mestrado em Economia) – Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

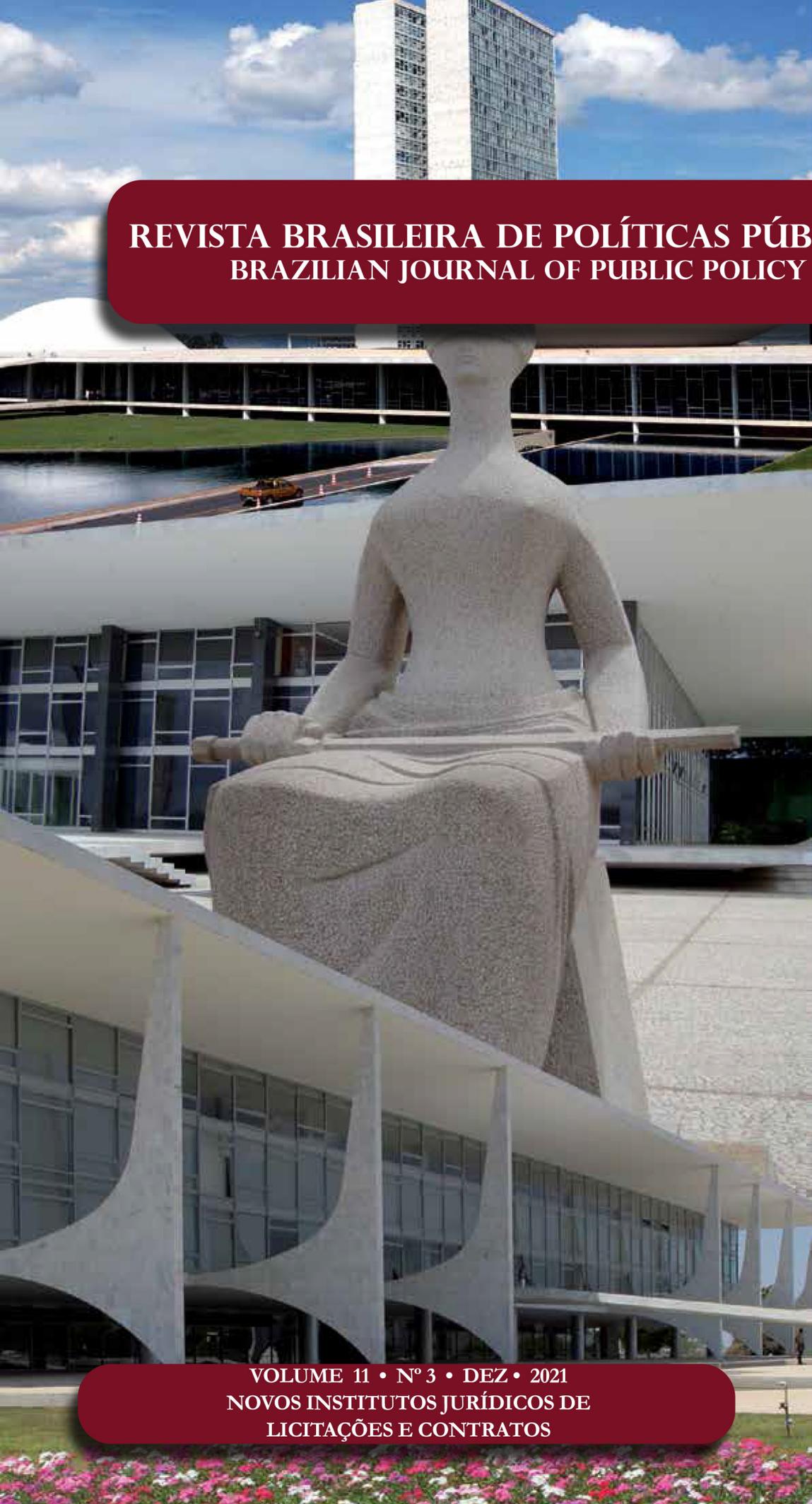
CASTELLS, M. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

DINIZ, Clélio Campolina; GONÇALVES, E. Economia do conhecimento e desenvolvimento regional no Brasil. In: DINIZ, C.; LEMOS, M. *Economia e território*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2005.

ETZKOWITZ, Henry; LEYDESDORFF, Loet. The dynamics of innovation: from national systems and “mode 2” to a triple helix of university-industry-government relations. *Research Policy*, v. 29, n. 2, p. 109-123, 2000.

- ETZKOWITZ, Henry; ZHOU, Chunyan. Hélice Tríplice: inovação e empreendedorismo universidade-indústria-governo. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 31, n. 90, p. 23-48, 2017.
- FABIANI, Sidirley; SBRAGIA, Roberto. Tax Incentives for Technological Business Innovation in Brazil: The Use of the Good Law - Lei do Bem (Law nº 11.196/2005). *Journal of Technology Management & Innovation*, v. 9, n. 4, 2014.
- FREEMAN, Christopher. The national systems of innovation in historical perspective. *Cambridge Journal of Economics*, v. 19, p. 5-24, 1995.
- FREEMAN, Christopher; SOETE, L. *A economia da inovação industrial*. Campinas: Ed. Unicamp, 2008.
- FRIEDMAN, Milton. The social responsibility of business to increase its profits. *New York Times Magazine*, 1970.
- FURTADO, Celso. *Desenvolvimento e subdesenvolvimento*. São Paulo: Paz e Terra, 1961.
- FURTADO, Celso. *Dialética do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964.
- HUPFFER, Haide Maria; ASHTON, Elisa Guerra. Desenvolvimento deecoinovações a partir do ecodesign e o ordenamento jurídico brasileiro para a inovação. *EALR*, v. 7, n. 1, p. 165-183, jan./jun. 2016.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa de Inovação: PINTEC 2017*. Rio de Janeiro: 2020. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/ciencia-tecnologia-e-inovacao/9141-pesquisa-de-inovacao.html?=&t=o-que-e>. Acesso em: 12 abr. 2021.
- KEMPFER, Marlene; OLIVEIRA, Eduardo Ayres Diniz de. Desenvolvimento tecnológico e a indução jurídica em face da Constituição do Brasil de 1988. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 18, n. 2, p. 145-170, 2014.
- LAKS, Larissa Rodrigues. Extrafiscalidade e incentivos à inovação tecnológica. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 11, n. 2, p. 230-259, 2016.
- LIMOEIRO, Danilo; SCHNEIDER, Ben Ross. State-Led Innovation: SOEs, Institutional Fragmentation, and Policy Making in Brazil. *MIT-IPC Working Paper*, Cambridge, MA, v. 17, n. 4, 2017.
- LOBO, Thereza. Avaliação de processos e impactos em programas sociais: algumas questões para reflexão. In: RICO, Elizabeth Melo. *Avaliação de políticas sociais: uma questão em debate*. São Paulo: Cortez, 2001.
- LUNDVALL, Bengt-Ake. National innovation systems: analytical concept and development tool. *Industry and Innovation*, v. 14, n. 1, p. 95-119, 2007.
- MAGALHAES, Átila de Alencar Araripe; LIMA, Renata Albuquerque. Brasil: Estado intervencionista ou liberal? *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 11, n. 21, p. 59-84, 2019.
- MIRANDA, Idenilza Moreira. *Brasil: em busca de um novo padrão de desenvolvimento*. 2011. Tese (Doutorado em Sociologia) – Departamento de Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2011.
- NELSON, R.; ROSENBERG, N. Technical innovation and national systems. In: NELSON, R. (ed.). *National innovation systems: a comparative analysis*. New York: Oxford University, 1993.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Frascati Manual 2015: guidelines for collecting and reporting data on research and experimental development*. 2015. Disponível em: <https://www.oecd.org/publications/frascati-manual-2015-9789264239012-en.htm>. Acesso em: 11 abr. 2021.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Maximising the benefits of R&D tax incentives for innovation*. Disponível em: <https://www.oecd.org/sti/rd-tax-incentives-for-innovation.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2021.

- REICH, Robert. *Supercapitalismo: como o capitalismo tem transformado os negócios, a democracia e o cotidiano*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- RICHARDSON, R. J.; PERES, J. A. S.; WANDERLEY, J. C. V.; CORREIA, L. M.; PERES, M. H. M. *Pesquisa social: métodos e técnicas*. São Paulo: Atlas, 1999.
- SCHUMPETER, Joseph Alois. *A teoria do desenvolvimento econômico*. São Paulo: Abril Cultural, 1982.
- SILVA, Tissiana de Sousa; MILANI, Ana Maria Rita; ANTUNES, Verônica Nascimento Brito. Análise regional das políticas de apoio à CT&I: um estudo preliminar da estrutura científica e tecnológica do Nordeste. *Rev. Econ. NE*, Fortaleza, v. 50, n. 3, p. 107-123, jul./set. 2019.
- THEIS, Ivo Marcos; STRELOW, Daniel Rodrigo; LASTA, Tatiane Thaís. CT&I e desenvolvimento desigual no Brasil: é possível outro “modelo de desenvolvimento”? *Revista Tecnologia e Sociedade*, Curitiba, v. 13, n. 27, p. 43-61, jan./abr. 2017.
- TIDD, J.; BESSANT, J.; PAVITT, K. *Managing innovation: integrating technological, market and organizational change*. West Sussex: John Wiley & Sons, 1997.
- TUNES, Regina Helena. *Geografia da inovação: território e inovação no século XXI*. 2015. Tese (Doutorado em Geografia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.
- WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. *Índice global de inovação*. 2019. Disponível em: https://www.wipo.int/export/sites/www/pressroom/pt/documents/pr_2019_834.pdf. Acesso em: 12 abr. 2021.
- ZUCOLOTO, Graziela Ferrero; SANTANA, Bruna Goussain; VELOSO, Leandro Justino Pereira; KANNEBLEY JR., Sérgio. Lei do Bem e produtividade das firmas industriais brasileiras. In: TURCHI, Lenita Maria; MORAIS, José Mauro de. *Políticas de apoio à inovação tecnológica no Brasil: avanços recentes, limitações e propostas de ações*. Brasília: IPEA, 2017.

The cover features a photograph of a modern, multi-story building with a grid-like facade. In the foreground, a large, white, abstract sculpture of a seated figure is prominent. The sky is blue with scattered white clouds. The right side of the cover has a dark red background with a subtle, repeating pattern of stylized floral or scrollwork motifs.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Conflitos de Competência e
a Judicialização da Saúde no
Federalismo Brasileiro**

**Conflicts of jurisdiction and
the judicialization of health
care in the Brazilian federal
organization**

Jorge Leal Hanai

Luis Antônio Abrantes

Luiz Ismael Pereira

VOLUME 11 • Nº 3 • DEZ • 2021
NOVOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE
LICITAÇÕES E CONTRATOS

Conflitos de Competência e a Judicialização da Saúde no Federalismo Brasileiro*

Conflicts of jurisdiction and the judicialization of health care in the Brazilian federal organization

Jorge Leal Hanai**

Luis Antônio Abrantes***

Luiz Ismael Pereira****

Resumo

Na literatura de conflitos de competência, o federalismo é frequentemente apresentado como base para explicar o atendimento das demandas regionais de saúde. Neste artigo, analisaram-se as contestações dos entes federados frente às decisões de Tribunais Federais e Estaduais em relação à demanda de cidadãos por medicamentos e insumos de alto custo. Em termos metodológicos, empregaram-se a pesquisa documental e a análise de conteúdo sobre o *corpus* de 127 julgados do Supremo Tribunal Federal (STF). Para além das pré-categorias fundamentadas em literatura especializada, identificaram-se 10 subcategorias de análise que agrupam, sistematicamente, os argumentos dos Ministros do STF para o não provimento de recursos extraordinários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Em termos de distribuição geográfica, as contestações se concentraram na região Sul do país, tendo como parte ativa os Estados que, em comparação aos Municípios, apresentaram acentuada recorribilidade. Por contraste, no total, os municípios, ainda assim, foram entes federados pouco ativos nas contestações analisadas. A organização sistemática dos argumentos utilizados nos casos julgados apresenta-se como contributo para profissionais das áreas do Direito e Administração Pública.

Palavras-chave: Federalismo Cooperativo; Judicialização; Conflito de competência; Medicamentos de alto custo; Entes subnacionais.

Abstract

In the literature on conflicts of jurisdiction, federalism is often described as a standard upon which explanations are provided for ways to meet regional demands concerning health care. In this paper, disputes are analyzed in which federated organizations appeal decisions by State and Federal Courts regarding individuals; demands for high cost medications and consumables. The methods involve documentary research and content analysis of a corpus of 127 decisions by the Supreme Federal Court (STF). In addition to the categories that had been identified in the specialized theory a priori, 10

* Recebido em 28/03/2021
Aprovado em 22/08/2021

** Doutorando em Administração Pública e Governo (FGV/EAESP).
E-mail: jorge.leal@ufv.br

*** Doutor em Administração (UFLA).
E-mail: abrantes@ufv.br

**** Doutor em Direito Político e Econômico (Universidade Presbiteriana Mackenzie).
E-mail: luiz.ismael@ufv.br

subcategories have arisen in the analysis that systematically accommodate the claims of STF Justices for dismissing extraordinary appeals by the Federation, the States, the Federal District and the Municipalities. As for the geographical distribution of appeals, they are concentrated in the South of Brazil and reveal the protagonism of States in comparison with Municipalities in terms of marked recurrence. In contrast, municipalities represent federated organizations with little agency in the analyzed disputes. The systematic organization of the claims used in the decisions provides useful information for professionals in the fields of Law and Public Administration.

Keywords: Cooperative federalism; Judicialization; Conflicts of jurisdiction; High cost medications; Sub-national organizations.

1 Introdução

A partir da Constituição Federal de 1988, a saúde foi considerada um direito de todos e o seu provimento passou a ser competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Entretanto, Áquila Mendes e Rosa Maria Marques relacionam esse fato a uma “proteção social tardia” em relação aos países desenvolvidos.¹ As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, e têm como diretriz a descentralização e o atendimento integral que funciona, no Brasil, com base na configuração federalista operada pela divisão dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.² A partir desse marco legal e organizacional, foi criada a rede de atenção à saúde por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), cuja repartição de competências fundamenta-se na solidariedade interinstitucional, transformada em responsabilidade solidária pela prestação de serviços de saúde.³

Apesar da ampliação dos direitos sociais, é “sólido o entendimento de que a autonomia administrativa e financeira conferida aos entes federados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não acompanhou a real capacidade de provimento dos serviços públicos oferecidos por Estados e Municípios brasileiros”⁴. Com a ampliação do rol de direitos sociais como a educação, saúde, transporte, moradia, dentre outros, insurge como implicação prática substanciais desafios para a Administração Pública⁵ em relação à contenção dos chamados conflitos de competência.^{6 7 8 9}

Soma-se a isso a restrição orçamentária, com destaque para o novo regime fiscal instituído pela Emenda Constitucional n.º 95/2017, que estabeleceu limites individualizados para as despesas primárias. Além dessa restrição, o contexto organizacional é marcado pela falta de profissionais, pelo desafio do nível da escala “Brasil” e pela (des)articulação logística da assistência farmacêutica, que acentuam ainda mais a complexida-

¹ MENDES, A.; MARQUES, R.M. O financiamento do SUS sob os “ventos” da financeirização. *Ciênc. Saúde coletiva* [online], v. 14, n. 3, p. 843, 2009.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988.

³ ALMEIDA, Lilian. Responsabilidade solidária dos entes federativos pela obrigação de prestar serviço de saúde e vedação do chamamento ao processo: análise jurídica e econômica dos entendimentos do STF e STJ. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, v. 7, n. 2, p. 124–146, 2018.

⁴ ARRETCHE, Marta. Quando instituições federativas fortalecem o governo central? *Novos estudos CEBRAP*, n. 95, p. 39–57, 2013.

⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988.

⁶ HELLER, Gabriel. *Controle externo e separação de poderes na constituição de 1988*: fundamentos e eficácia jurídica das determinações e recomendações do Tribunal de Contas. UniCEUB, 2020. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/14503>. Acesso em: 29 nov. 2020.

⁷ NUNES, Danilo Henrique; ABÍLIO, Adriana Galvão; SILVA, Gustavo Costa. Conflitos entre o dever do Estado à prestação de saúde Universal e a Liberdade religiosa de testemunha de Jeová: estudos de caso do recurso extraordinário nº 979742/AM. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, v. 23, n. 37, 2020.

⁸ RIBEIRO, Wesley Carlos. A mediação como meio de resolução de conflitos na área de saúde. *Revista de Direito Sanitário*, v. 18, n. 3, p. 62, 2018.

⁹ SOARES, Márcia Miranda; MACHADO, José Ângelo. *Federalismo e políticas públicas*. 2018. Disponível em: <http://repositorio.enap.gov.br/jspui/handle/1/3331>. Acesso em: 29 nov. 2020.

de do ato (*Government in Action*) de prover saúde aos brasileiros e brasileiras. Desnecessário dizer que o fornecimento de medicamentos e insumos de alto custo passa a ser então, ameaçado em função desses atenuantes uma vez que o seu provimento perpassa pela apreciação do Poder Judiciário a respeito da judicialização para a sua aquisição^{10 11}, ou, nos termos de Tatiane de Fátima Silva Pessoa e Daniela Richter,¹² perpassa por forçar a eficácia das políticas de saúde em clamor direto ao Judiciário.

Apesar dos avanços e esforços organizacionais das formas sistêmicas de prover a saúde, a incapacidade de provimento de serviços públicos, ainda, impera com maior intensidade no âmbito municipal, ocasionando o crescimento de demandas ajuizadas no Poder Judiciário, a pleitear, especialmente, o custeio de medicamentos e insumos de alto custo. Fato é o aumento de 120% do número de novos processos ajuizados no Poder Judiciário brasileiro, passando de 3.066.526 em 2007 para 4.373.418 em 2018.¹³ O dado se destaca considerando-se que em 2009, o Supremo Tribunal Federal (STF) promoveu uma audiência pública objetivando a criação de parâmetros de decisão judicial para as políticas de saúde.

Nesse sentido, o papel do Poder Judiciário se refere à missão constitucional de declarar a inconstitucionalidade e, portanto, tornar nulos os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, os empreendendo por meio da postura funcional denominada, de modo polêmico, por revisionismo judicial.¹⁴ Sob essa perspectiva, o Poder Judiciário não apenas tende a interferir na atuação do Poder Executivo, como também deve passar a rever as suas decisões e, sobretudo, referendar a sua obediência no acatar as decisões exaradas por tribunais inferiores.¹⁵ Em face desse movimento revisionista, em relação às decisões emanadas por Tribunais Federais e Estaduais quando da condenação da União, Estados, Distrito Federal e Municípios de fornecer medicamentos e insumos de alto custo, a posição majoritária do STF tem sido a de não reformar decisões anteriores em função do dever do Estado de prover saúde ao cidadão.¹⁶

Partindo desse histórico de não reformar decisões dos tribunais inferiores, avançamos nos estudos sobre os argumentos jurídicos utilizados na sustentação dessa posição por parte da mais alta corte do país. Nesse sentido, o presente artigo situa-se na literatura das territorial politics lançadas à grande teoria dos argumentos (argumentative turn) — capitaneadas por célebres nomes da academia internacional em public policy studies, como Frank Fischer, John Forester, Hebert Gottweis, Steve Ove Hansson e Hirsch Gertrude Haddorn. Trata-se de combinar pressupostos teóricos do federalismo político e fiscal com o lume das disputas argumentativo-jurídicas, então medidas pela força, relevância e, especialmente, prevalência do desenho e funcionamento das políticas públicas a depender das capacidades e estratégias argumentativas dos entes da

¹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde. Uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem Direito e Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (org.). *Judicialização da saúde: a visão do poder Executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 31-88.

¹² Ver PESSÔA, Tatiane de Fátima Silva; RICHTER, Daniela. A judicialização da política de saúde como forma de garantir sua efetividade por parte do Estado frente à recente decisão do STF no Recurso Extraordinário (RE) 566471. *Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 6, n. 1, 2020.

¹³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça Pesquisa. *Judicialização da Saúde no Brasil: perfil de demandas, causas e propostas de solução*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/03/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020.

¹⁴ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist Papers*. Palgrave MacMillan, 2015.

¹⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁶ SCHEINVAR, Estela; AGUIAR, Katia; DO NASCIMENTO, Maria Livia, The judicialization of life: essays on transgressions, *Arquivos Brasileiros De Psicologia*, v. 70, p. 3–5, 2018.

federação.^{17 18 19 20 21} Em resgate ao importante estudo de Fernando Abrúcio, apontamos que se, por um lado, o federalismo bolsonarista nos apresenta características marcadamente antiooperativas, cuja menor participação da União aumenta os conflitos de competência com e entre os governos subnacionais, por outro, se faz necessário investigar como eram os conflitos de competência em contexto prévio à crise sanitária da COVID-19. Isso porque concordamos com Fernando Abrúcio de que a crise sanitária e a crise federativa caminham em conjunto para a máxima da descoordenação intergovernamental.²²

Um exemplo recente de (des)coordenação intergovernamental refere-se à emblemática dificuldade do Ministério da Saúde em providenciar, tempestivamente, medicamentos para mães de pacientes do Estado de São Paulo. Os resultados das falhas de gestão e (des)coordenação são claros: 400 mil pessoas com suas vidas postas em risco em função do atraso na entrega de fármacos essenciais ao tratamento das suas respectivas enfermidades. Aliás, os protestos do dia 7 de julho de 2021, na cidade de São Paulo, são o reflexo da política de assistência farmacêutica ineficaz compartilhada. Nesse caso, entre os governos Federal e Estadual.²³

Considerando-se que a judicialização é fenômeno manifesto em todo o país e não exclusivo a estados específicos (cuja solução perpassa pela coordenação federativa e redução dos conflitos de competência), questiona-se: em sede de Recurso Extraordinário (RE), quais são argumentos utilizados pelos entes federados em contraposição às decisões judiciais proferidas pelos tribunais inferiores? Quais interpretações podem ser extraídas com base nessas argumentações? Dessa forma, analisam-se, neste artigo, os argumentos dos entes federados a respeito do cumprimento de decisões judiciais a respeito das sentenças que os condenam a fornecer medicamentos e insumos de alto custo. Especificamente, (i) quantificaram-se os recursos efetuados pela Administração Pública no STF, cujo pleito visava reformar e/ou invalidar as sentenças proferidas por tribunais inferiores; bem como (ii) sistematizaram-se os argumentos utilizados pelos entes federados como justificativa para o não fornecimento de medicamentos e insumos de alto custo em conformidade com sentença já proferidas por tribunais inferiores.

¹⁷ O conceito de *territorial politics* é explorado em BROSCHEK, J.; PETERSON, B.; TOUBEAU, S. Territorial Politics and Institutional Change: A Comparative-Historical Analysis. *Publius: The Journal of Federalism*, v. 1, n. 48, 1-25, 2017. <https://doi.org/10.1093/publius/pjx059>.

¹⁸ BALDI, Brunetta. *Beyond the Federal Unitary Dichotomy* (Working Paper 99-7). Berkeley, CA: University of Califórnia, Berkeley, 1999. Disponível em: <https://escholarship.org/uc/item/05b607ng>. Acesso em: 30 jul. 2021.

¹⁹ FISCHER, Frank; FORESTER, John (ed.). *The argumentative turn in policy analysis and planning*. Durham, NC: Duke University Press, 1993.

²⁰ FISCHER, Frank; GOTTWEIS, Herbert. The argumentative turn in public policy revisited: twenty years later. *Critical policy studies*, v. 7, n. 4, p. 425-433, 2013.

²¹ HANSSON, Sven Ove; HADORN, Gertrude Hirsch (ed.). *The argumentative turn in policy analysis: Reasoning about uncertainty*. Springer, 2016.

²² ABRUCIO, F. L.; GRIN, E. J.; FRANZESE, C.; SEGATTO, C. I.; COUTO, C. G. Combate à COVID-19 sob o federalismo bolsonarista: um caso de descoordenação intergovernamental. *Revista de Administração Pública*, v. 54, n. 4, p. 663-677, jul. 2020.

²³ MÃES de pacientes que tomam remédio de alto custo protestam contra a falta de medicamentos em SP; 60% dos remédios estão com entrega pendente: Cerca de 400 mil pessoas foram afetadas. Dos 121 medicamentos distribuídos para farmácias de alto custo, 60% estão com entrega pendente. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/07/07/maes-de-pacientes-que-tomam-remedio-de-alto-custo-protestam-contr-a-falta-de-medicamentos-em-sp-60percent-dos-remedios-estao-com-entrega-pendente.ghtml>. Acesso em: 28 jul. 2021.

Há estudos que analisam a judicialização a partir dos planos de saúde^{24 25 26 27}, da atuação da defensoria pública²⁸, do relacionamento entre os juízes e os *policy-makers*²⁹, dos incentivos ao ajuizamento do direito à saúde³⁰, da assistência farmacêutica³¹, do acesso a medicamentos em regiões específicas do país³² e da ausência do registro de fármacos na Anvisa³³; bem como da abordagem do direito e das políticas públicas com o fim de pensar estratégias para a redução da judicialização da saúde³⁴. Em termos supranacionais, há, ainda, estudos que exploram a perspectiva comparada da judicialização da saúde no contexto latino-americano³⁵.

Pela abordagem do federalismo, avançamos em detalhar as muitas falhas no fornecimento de medicamentos levantadas por Danillo Henrique Nunes e Lucas de Souza Lehfeld³⁶, trazendo os conflitos de competência entre os entes subnacionais no contexto dos REs. Frente à incipiência de estudos nesse sentido e com base no diagnóstico dos argumentos utilizados, não somente por entes federados, mas também pela suprema corte em pleitos que demandam o fornecimento de medicamentos e insumos de alto custo, procedemos com o preenchimento desta lacuna. Destarte, o ineditismo do presente artigo insere-se não somente no preenchimento dessa lacuna como traz, em paralelo, utilidade prática para acadêmicos e profissionais das áreas da Administração pública e do Direito que poderão se valer da categorização dos argumentos organizados ao longo deste artigo.

²⁴ CARVALHO, Rafaela Magalhães Nogueira; PORTO, Antônio José Maristrello; RAMALHO, Bruno. Papel institucional dos canais de reclamação para a resolução extrajudicial de conflitos sobre planos de saúde: uma análise comparada. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 3, 2018.

²⁵ CHRIZOSTIMO, Raquel Marinho *et al.* Judicialização da saúde decorrente dos planos de pré-pagamento e o direito sanitário: revisão integrativa. *Revista Brasileira de Enfermagem*, v. 73, n. 3, 2020.

²⁶ MELO, Alisson José Maia; DANTAS, Nathalia Aparecida Sousa. A sustentabilidade econômico-financeira das operadoras de planos de saúde diante da concessão indiscriminada de tutelas de urgência no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 3, 2018.

²⁷ TRETTEL, Daniela Batalha; SCHEFFER, Mario Cesar. Judicialização de planos de saúde e posicionamentos dos tribunais: súmulas do Tribunal de Justiça de São Paulo e Superior Tribunal de Justiça sobre cobertura assistencial. *Revista de Direito do Consumidor*, 2020.

²⁸ SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. Atuação da defensoria pública na garantia do direito à saúde: a Judicialização como instrumento de acesso à saúde. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 3, 2018.

²⁹ DIAS, Eduardo Rocha; POMPEU, Gina Vidal Marcílio. The court and the delivery of medicines by unified health system in Brazil : recent developments in a difficult relationship between judges and policy-makers. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 3, 2018.

³⁰ CARVALHO, Victor Aguiar de. A judicialização da saúde sob o olhar da Análise Econômica do Direito: um exame dos incentivos ao ajuizamento e à solução extrajudicial de conflitos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 3, 2018.

³¹ ARAÚJO, Kammilla Eric Guerra de; QUINTAL, Carlota Maria Miranda. A judicialização do acesso aos medicamentos em belo horizonte : uma questão sobre equidade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 3, 2018; CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas, "Judicialization" of public health policy for distribution of medicines. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 25, n. 8, p. 1839-1849, 2009. Ver também SONODA, Lucas Yuji; HAWERROTH, Maria da Graça Lepre; MAIA, Maria Ambrosina Cardoso, A judicialização da saúde no acesso a medicamentos em uma cidade do interior de Minas Gerais. *Revista Eletrônica Acervo Saúde*, v. 12, n. 11, p. 4484-4484, 2020.

³² MACHADO, Marina Amaral de Ávila *et al.* Judicialization of access to medicines in Minas Gerais state, Southeastern Brazil, *Revista de Saúde Pública*, v. 45, n. 3, p. 590-598, 2011.

³³ Ver BOSA, Anderson Carlos; MAAS, Rosana Helena, Medicamentos não registrados: judicialização da saúde e o STF. *Revista Jurídica em Pauta*, v. 2, n. 1, p. 55-72, 2020. LAZARI, Igor De; BOLONHA, Carlos; DIAS, Sergio, Medicamentos sem registros na ANVISA: uma abordagem institucional. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 3, 2018.

³⁴ Ver BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde. Uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem Direito e Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (org.). *Judicialização da saúde: a visão do poder Executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 31-88.

³⁵ D'ÁVILA, Luciana Souza; ANDRADE, Eli Iola Gurgel; AITH, Fernando Mussa Abujamra. A judicialização da saúde no Brasil e na Colômbia: uma discussão à luz do novo constitucionalismo latino-americano. *Saúde e Sociedade*, v. 29, p. e190424, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.org/article/sausoc/2020.v29n3/e190424/>. Acesso em: 29 nov. 2020.

³⁶ NUNES, Danilo Henrique; LHFELD, Lucas Souza. Saúde e doenças raras: análise de judicialização acerca do acesso ao tratamento e suas limitações. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 1, 2021.

2 Descentralização fiscal

Em sua gênese, a teoria sobre federalismo fiscal esteve associada à descentralização e ao compartilhamento de responsabilidades entre os entes federados, norteadas, sobretudo, pela proposta de alcançar níveis de eficiência e equidade das ações do Estado.³⁷ A justificativa para essa busca se fundamenta na relação direta de causalidade entre o movimento da descentralização fiscal e o desenvolvimento dos países aderentes a esse movimento.³⁸ Estudos como o de Ding, Mcquoid e Karayalcin, Hao, Canavire-Bacarreza, Martinez-Vazquez e Yedgenov evidenciaram que a descentralização fiscal promove não apenas o desenvolvimento econômico como também o desenvolvimento social.³⁹ ⁴⁰ ⁴¹ Não obstante, o federalismo proporcionou, no contexto brasileiro, a descentralização sistematizada da atividade política e econômica, cujo reflexo é a competição política e econômica entre os entes federados por recursos para prover a saúde.⁴²

No entanto, devido ao não estabelecimento claro de responsabilidades a serem assumidas pelos entes federados nos movimentos constitucionalistas⁴³, há por consequência a inadequada distribuição de competências, acentuando, sobretudo, os conflitos de competência em função das desigualdades territoriais e dos diversos níveis de capacidade de provimento quando se trata da implementação de políticas públicas de saúde, por exemplo.⁴⁴

O cenário se agrava quando se considera não apenas a escassez dos recursos financeiros que comprometem a capacidade executória dos municípios brasileiros⁴⁵, mas a precariedade relativa à qualificação de pessoal e, de modo geral, a inexperiência em grande medida dos municípios em prover serviços de natureza diversa.⁴⁶ Essa competição por recursos financeiros tem se dado em função da necessidade de implementação de políticas públicas e do cumprimento do dever constitucional de prover saúde.⁴⁷

³⁷ Wallace Oates é professor da University of Maryland que tem contribuído para a literatura de federalismo fiscal. Nesse sentido, ver as duas principais referências do autor. OATES, Wallace. E. *Fiscal federalism*. New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1972 e OATES, Wallace. E. An Essay on Fiscal Federalism. *Journal of Economic Literature*, v. 37, n. 3, p. 1120–1149, 1999. Complementar com CHANDRA JHA, P. Theory of fiscal federalism: an analysis. *Journal of Social and Economic Development*, v. 17, n. 2, p. 241–259, out. 2015.

³⁸ OATES, Wallace. E. An Essay on Fiscal Federalism. *Journal of Economic Literature*, v. 37, n. 3, p. 1120–1149, 1999

³⁹ DING, Y.; MCQUOID, A.; KARAYALCIN, C. Fiscal decentralization, fiscal reform, and economic growth in china. *China Economic Review*, v. 53, p. 152–167, fev. 2019.

⁴⁰ CANAVIRE-BACARREZA, G.; MARTINEZ-VAZQUEZ, J.; YEDGENOV, B. Identifying and disentangling the impact of fiscal decentralization on economic growth. *World Development*, v. 127, p. 104742, mar. 2020.

⁴¹ Ver HAO, Yu; CHEN, Yu-Fu; LIAO, Hua; *et al.* China's Fiscal Decentralization and Environmental Quality: Theory and an Empirical Study – Erratum. *Environment and Development Economics*, p. 1–1, 2019. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/environment-and-development-economics/article/chinas-fiscal-decentralization-and-environmental-quality-theory-and-an-empirical-study-erratum/34A8DBBF1E05DFE92FBA2B1C77FB9E28>. Acesso em: 16 jan. 2020.

⁴² DOMINGUES, José Marcos. Federalismo Fiscal Brasileiro. *Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 26, 2007.

⁴³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. O município e o enigma da competência comum constitucional. *Revista da ESMESC*, v. 20, n. 26, p. 9–28, 2013. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/70>. Acesso em: 13 jan. 2020.

⁴⁴ Ver SOUZA, Celina Maria. Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988. *Revista de Sociologia e Política*, n. 24, p. 105–121, 2005 e SOUZA, Celina Maria. Coordenação, uniformidade e autonomia na formulação de políticas públicas: experiências federativas no cenário internacional e nacional. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 35, 2019.

⁴⁵ RAMOS, Edith Maria Barbosa; NETTO, Edson Barbosa de Miranda. O Federalismo e o Direito à saúde na Constituição Federal de 1988: limites e possibilidades ao estabelecimento de um autêntico federalismo sanitário cooperativo no Brasil. *Revista Jurídica*, v. 4, n. 49, p. 304–330, 2017.

⁴⁶ Ver SILVA NETO, João Felipe da. O Direito fundamental à saúde e o Federalismo do SUS. *Caderno Virtual*, v. 2, n. 43, 2019. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/3442>. Acesso em: 13 jan. 2020 e TEIXEIRA, Alex Fabiane. *Resultado fiscal dos municípios participantes de consórcios: uma análise sobre a influência da governança nas cortes de contas*. Tese (Doutorado) Universidade de Brasília (Unb), Brasília - DF, 2019. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/35740>. Acesso em: 13 jan. 2020.

⁴⁷ Ver SCHEINVAR, Estela; AGUIAR, Katia; DO NASCIMENTO, Maria Livia. The judicialization of life - essays on transgressions. *Arquivos Brasileiros De Psicologia*, v. 70, p. 3–5, 2018. Acesso em: 28 jul. 2021.

3 Os medicamentos e insumos para os tratamentos farmacológicos e terapêuticos são de alto custo para quem mesmo?

O termo “alto custo” denota caráter subjetivo e relativo para quem o interpreta. Afinal, o que é caro para dada pessoa pode não ser para outra. Isso porque as capacidades econômicas, ou, nos termos de Pierre Bourdieu, os distintos capitais econômicos, são variáveis que estão sob constante disputa, construção e articulação para dar cabo do funcionamento das diversas facetas da vida social, a incluir o modo com que as pessoas cuidam de si e dos seus, e acessam e recorrem a meios, especialmente econômicos e também jurídicos, para assim se proceder.⁴⁸ Com base nessa perspectiva sociológica e nos moldes do Tratado do Conhecimento dos sociólogos Peter Berguer e Thomas Luckmann, todos competem por recursos e inevitavelmente, pelo poder de comprar aquilo (os medicamentos e insumos de alto custo) que se faz necessário à sua sobrevivência ou ao “não morrer” — essa última concepção nitidamente presente em Achille Mbembe.⁴⁹ ⁵⁰ Embora o Estado não seja uma pessoa física, tal lógica de competição por recursos está longe de ser afastada das nossas análises. Aliás, é pela competição por recursos que conflitos de competências são acentuados.⁵¹

Em continuidade e em definição clássica (porém, não consensual), os “medicamentos de alto custo são aqueles cujo valor unitário mensal esteja acima de um salário mínimo, ou medicamentos de uso crônico indicado para doenças muito prevalentes (acima de 1% da população) cujo custo mensal seja superior a um terço de um salário mínimo”.⁵² Ao tomar como certa essa definição, o critério renda passa a ser o grande divisor de quais perfis socioeconômicos aproximam-se mais do público vulnerável e incapaz de proceder com o cuidado de si e dos seus. Ou, por outro lado, se constatada a sua hipossuficiência, trata-se de proceder com o funcionamento da vida social a partir da participação do Estado, sobretudo via financiamento direto da saúde, de modo a conformar a figura do Estado-provedor de medicamentos e insumos de alto custo.

Na prática, o “alto custo” atribuído aos produtos e serviços de saúde não mais devem ser referenciados e organizados pela capacidade financeira daqueles que os demandam, mas pela capacidade financeira e também orçamentária do agrupamento de pessoas, do social, ou melhor, do Estado em proceder com o financiamento do *bem-estar* do seu povo. Muito embora o critério “renda” conste explícita a seletividade e elegibilidade de dada parcela populacional (lida como população economicamente vulnerável) em “ganhar” na justiça o fornecimento de medicamentos e insumos de alto custo, entendemos por alto custo, tudo aquilo que impacta o bom funcionamento ou a saúde financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios brasileiros.

Pelo cálculo do custo *per capita* dos gastos em saúde, na prática, ao atender a demanda de um cidadão o Estado estaria deixando de atender tantos outros.⁵³ No entanto, seguimos o entendimento de João Biehl, professor da *Princeton University*, de que o todo, o social, é composto por pessoas e que negligenciar as suas demandas ou torná-las menos importantes é reconhecer os limites da grande Teoria da Escolha Racional,

⁴⁸ RICHARDSON, J. *Handbook of Theory and Research for the Sociology of Education*, Westport, CT: Greenwood, p. 241–58, 1986.

⁴⁹ Na introdução “Os problemas da sociologia do conhecimento” e no primeiro capítulo “A realidade da vida cotidiana”, os autores discutem a arena da competição por recursos. A complexidade das relações sociais também é interpretada pela dimensão temporal das diversas faces da vida social. Ver BERGUER, P. L.; LUCKMANN, T. *The Social Construction of Reality: A Treatise in the Sociology of Knowledge*. Garden City, NY: Anchor Books, 1966.

⁵⁰ Ver MBEMBE, Achille. *Necropolitics*. Duke University Press, 2019.

⁵¹ Ver CORREIA NETO, Celso de Barros; AFONSO, José Roberto Rodrigues; FUCK, Luciano Felício. A Tributação na Era Digital e os Desafios do Sistema Tributário no Brasil. *Revista Brasileira de Direito*, v. 15, n. 1, p. 145–167, 2019. Disponível em: <https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/3356>. Acesso em: 13 jan. 2020.

⁵² SOUZA, Mônica Vinhas; KRUG, Bárbara Corrêa; PICON, Pualo Dornelles; SCHWARTZ, Ida Vanessa Doederlin. Medicamentos de alto custo para doenças raras no Brasil: o exemplo das doenças lisossômicas. *Ciência Saúde Coletiva*, v. 15, n. 3, 2010. <https://doi.org/10.1590/S1413-81232010000900019>.

⁵³ O diálogo sobre o dever de o Estado garantir o atendimento das demandas de saúde de todos também consta presente em PESSÔA, Tatiane de Fátima Silva; RICHTER, Daniela. A judicialização da política de saúde como forma de garantir sua efetividade por parte do Estado frente à recente decisão do STF no Recurso Extraordinário (RE) 566471. *Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 6, n. 1, p.99, 2020.

que há muito se mostra incapaz de se aplicar a questões sensíveis invocadas pelos dilemas da saúde subfinanciada.⁵⁴

Por essa razão, argumentamos que a mudança da chave analítica deve se concentrar mais em como o Estado pode e deve se organizar para prover a saúde e reduzir os conflitos de competência entre os seus poderes (assunto da próxima seção), e menos em restringir o acesso dos cidadãos a medicamentos e insumos imprescindíveis para se viver ou sobreviver e conviver com certa enfermidade. Argumentamos que este é exatamente o limbo entre a administração pública recorrer ou não das decisões dos tribunais inferiores. Objetivamente, se se recorre, é porque, no mínimo, há dificuldades em atender os comandos daquele judiciário que se preocupa com o lado mais fraco, o menos capitalizado economicamente, o cidadão.

Em relação aos medicamentos para tratar doenças raras, muito provavelmente todos são economicamente incapazes de financiar, por exemplo, tratamentos que podem chegar a U\$ 1 milhão por ano e a compor orçamentos anuais totais dos países, de U\$ 350 bilhões, segundo a prestigiada *Blood Cancer Journal*, que inclusive, prevê o aumento entre 3 a 6% dos orçamentos públicos com gastos em medicamentos de alto custo no mundo.⁵⁵ Logo, sinalizamos que é a partir da perspectiva organizacional, que soluções devem ser buscadas no sentido de cristalizar uma saúde do social e não a saúde do possível e frágil aos percalços do mundo da política e dos governos de plantão que insistem em seu subfinanciamento. Essa visão deve, inclusive, lançar luz sobre a redução do relativismo inerente ao caro e ao alto custo, de tal sorte que o Estado possa assumir cada vez mais compromissos e obrigações no fornecimento de medicamentos e insumos em matéria de saúde a partir do planejamento orçamentário e da gestão das políticas públicas neste sentido. Afinal, se o Estado que representa o corpo do social, alegar não poder financiar as demandas de saúde do seu povo, quem as financiará?

4 Conflito de competência

Conflito federativo não é o mesmo que conflito entre entes federados. Para relembramos a diferença, vamos à definição incorporada na Ação Cível Originária 1.295 de relatoria do Ministro Dias Tofoli: “diferença entre *conflito entre entes federados* e *conflito federativo*: enquanto no primeiro, pelo prisma subjetivo, observa-se a litigância judicial promovida pelos membros da federação, no segundo, para além da participação desses na lide, a conflitualidade da causa importa em potencial desestabilização do próprio pacto federativo”. Destarte, é em observância ao potencial de desestabilização do pacto federativo e também dos esforços organizacionais e atos de prover a saúde que compreendemos haver o constante risco de ineficiência das políticas públicas de saúde. Sob esse lume, a disputa por posições estratégicas, recursos e responsabilidades se desdobrou em conflitos de ordem política e fiscal de tal sorte a emoldurar um *status quo* de tensão entre os próprios entes federados.⁵⁶ Nesse ínterim, Neto, Afonso e Fuck evidenciam que a existência de conflitos de competência tem se dado não somente entre os Poderes Estatais de modo amplo, mas também entre os entes subnacionais.⁵⁷

Os conflitos de competência legislativa e administrativa não são exclusivos da relação entre o Poder Judiciário e Executivo, pois, conforme destaca Stuart Butler, no caso norte americano, é nítido os impasses entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo quando a matéria é discutir o provimento de serviços de saú-

⁵⁴ Ver BIEHL, João; PETRYNA, Adriana. Tratamentos jurídicos: os mercados terapêuticos e a judicialização do direito à saúde. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro, v.23, n.1, p.173-192, jan./mar. 2016.

⁵⁵ VICENT RAJKUMAR, S. The high cost of prescription drugs: causes and solutions. *Blood Cancer Journal*. v. 10, n. 71, 2020. <https://doi.org/10.1038/s41408-020-0338-x>.

⁵⁶ Ver DOMINGUES, J. M. Federalismo Fiscal Brasileiro. *Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 26, 2007.

⁵⁷ Ver CORREIA NETO, Celso de Barros; AFONSO, José Roberto Rodrigues; FUCK, Luciano Felício. A Tributação na Era Digital e os Desafios do Sistema Tributário no Brasil. *Revista Brasileira de Direito*, v. 15, n. 1, p. 145–167, 2019. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/3356>. Acesso em: 13 jan. 2020.

de.⁵⁸ Sobre esse caso, na visão de Fox e Choi, essa discussão tem sido propulsora em propostas de reforma para o sistema federalista do país, como a de implementar o pagamento individual por serviços de saúde ao invés de planos universais que geram demandas no Judiciário americano.⁵⁹ Já na Europa, a Suprema Corte espanhola aponta para a necessidade de se pacificar quantidade substancial de divergências entre os entes federados ante a unanimidade de sentenças proferidas por tribunais inferiores em matérias, por exemplo, de saúde.⁶⁰

Por outro lado, isso inscreve desafios como a necessidade de integração coordenativa de todos os entes federados. Por essa razão, no federalismo cooperativo, o atendimento das demandas sociais passa a ser pautado na integração e no provimento de serviços em conjunto, que embora não constitua garantia, é alternativa profícua.⁶¹ A integração entre os entes federados se fundamenta no caráter solidário, que significa não somente a vontade em cooperar, mas o dever do Estado de atender demandas até o cumprimento da sua eficácia.⁶²

Cumprir destacar que, na gênese do federalismo americano, este não vislumbrou um sistema judicial capaz de nortear a ação dos Estados e administrar os conflitos de competência. Não significa, porém, negar que a existência de um Tribunal Superior a todos os outros situados nos sistemas judiciais apresenta-se como condição *sine qua non* à administração dos conflitos entre os poderes, dado que são inevitavelmente nos tribunais superiores que os embates federativos, *a priori*, são diluídos.⁶³

Quanto à criação desse Tribunal no Brasil, nos termos do art. 102 da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, compete ao STF a guarda da Constituição, cabendo-lhe atuar em causas e conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal⁶⁴. Sua operacionalização coloca em prática o sistema de balanços e contrapesos de modo a inibir as arbitrariedades e manter a separação dos poderes estatais.⁶⁵

5 Percorso metodológico

O percurso metodológico foi dividido em duas fases. Na primeira fase, operamos a pesquisa documental para levantar julgados do STF em matéria de fornecimento de medicamentos e insumos de alto custo.⁶⁶ Para capturar os julgados que versavam sobre essa temática, inserimos, no campo de busca do site do STF

⁵⁸ BUTLER, Stuart. M. Federalism as an Antidote to Polarization Over Health Care Policy. *JAMA*, v. 322, n. 12, p. 1131–1132, set. 2019.

⁵⁹ Ver FOX, A. M.; CHOI, Y. Political Economy of Reform under US Federalism: Adopting Single-Payer Health Coverage in New York State. *Health Systems & Reform*, v. 5, n. 3, p. 209–223, jul. 2019.

⁶⁰ Ver HARGUINDÉGUY, J.-B.; RODRÍGUEZ, G. S.; DÍAZ, J. C. Between justice and politics: the role of the Spanish Constitutional Court in the state of autonomies. *Territory, Politics, Governance*, v. 0, n. 0, p. 1–19, 18 dez. 2018 e LÓPEZ-LABORDA, J.; RODRIGO, F.; SANZ-ARCEGA, E. Consensus and dissent in the resolution of conflicts of competence by the Spanish Constitutional Court: the role of federalism and ideology. *European Journal of Law and Economics*, v. 48, n. 3, p. 305–330, dez. 2019.

⁶¹ Ver FRANZESE, Cibele. *Federalismo cooperativo no Brasil: da Constituição de 1988 aos sistemas de políticas públicas*. Tese (Doutorado) Fundação Getúlio Vargas (FGV), São Paulo, 2010. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/8219>. Acesso em: 13 jan. 2020 e ABRUCIO, Fernando; FRANZESE, Cibele. *Federalismo e políticas públicas: o impacto das relações intergovernamentais no Brasil*. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/242213262_Federalismo_e_politicas_publicas_o_impacto_das_relacoes_intergovernamentais_no_Brasil. Acesso em: 30 jul. 2021.

⁶² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁶³ BANKS, Christopher P.; BLAKEMAN, John C. *The U.S. Supreme Court and New Federalism: From the Rehnquist to the Roberts Court*, Lanham, Md: Rowman & Littlefield Publishers, 2012.

⁶⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988.

⁶⁵ Ver HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist Papers*. Place of publication not identified: Palgrave MacMillan, 2015.

⁶⁶ Utilizamos, parcialmente, a pesquisa documental proposta por HANAI, Jorge Leal; EMMENDOERFER, Magnus Luiz; CUNHA, Nina Rosa da Silveira. Análise Documental Ilustrada em Administração Pública: uma Proposta Operacional (Re)Aplicável. *Teoria E Prática Em Administração*, v. 10, n. 2, p. 23–41, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.21714/2238-104X2020v10i2-51394>. Acesso em: 28 jul. 2021.

(<http://portal.stf.jus.br/>), em “consulta de jurisprudência”, palavras-chave como “saúde”; “fornecimento”; “medicamento” e/ou “medicamentos” e “alto custo”. Essas são as *strings* que representam o protocolo de busca padrão para que qualquer terceiro consiga coletar os dados que utilizamos. O período de coleta dos dados se deu entre 4 e 21 de novembro de 2019. Nessa ocasião, os dados foram extraídos sem a determinação específica de períodos e sem a restrição de âmbito de atuação do poder público, ou seja, consideramos as contestações empreendidas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios brasileiros.

Uma advertência deve ser feita sobre a coleta de dados realizada: o site oficial do STF não contempla todos os julgados do Tribunal, mas sim escolhas a partir de critérios de relevância não muito claros para qualquer pesquisa empírica. Assim, os resultados adquiridos estão relacionados a uma *tendência* nas decisões que simboliza o sentido dado à norma em numerosos casos sobre o tema. Outro dado relevante que deve ser mencionado é que o STF, como todos os demais Tribunais brasileiros, trabalha com um acúmulo de casos pendentes que, embora possuam tendência de redução, dificultam a análise de antecipação de tutelas concedidas em grau recursal.⁶⁷ Para que se tenha um exemplo, o Relatório do Conselho Nacional de Justiça, *Supremo em Ação*, com última edição no ano de 2018, apontava a existência de 43.973 processos pendentes, sendo que os maiores índices estavam nas classes Recurso Extraordinário com Agravo (40,1%) e Recurso Extraordinário (20,1%).⁶⁸ A observação é destinada ao leitor atento para que não conclua que os casos analisados são a totalidade de julgados no período.

Logo, analisamos, na grande maioria dos julgados incorporados em nosso *corpus*, Recursos Extraordinários (REs) ajuizados pelos entes federados no STF. Embora os REs tenham, inicialmente, eficácia entre as partes da ação, o STF tem entendido que o controle difuso de constitucionalidade produz o mesmo efeito das decisões em controle concentrado por se tratar de posicionamento tomado pelo plenário do tribunal. Além disso, com a Emenda Constitucional n.º 45/2004 e a inclusão do efeito de repercussão geral, os RE passam a uma nova configuração no sistema recursal brasileiro, justificando a escolha metodológica. Para ficar claro, a primeira fase do percurso metodológico consta exemplificada na Figura 1. Antes de armazenar os julgados em nosso banco de dados, procedemos com a leitura das ementas dos documentos (Seta “C” da Figura 1), para, então, os organizar considerando: o número da sua identificação e a sua unidade federativa correspondente (Seta “A” da Figura 1) e os entes federados envolvidos ou partes envolvidas (Seta “B” da Figura 1).

⁶⁷ Embora de grande vantagem para a pesquisa empírica em Direito e como mecanismo de democratização de dados, a dificuldade em trabalhar com a base de dados de julgados do STF já foi notada por outros pesquisadores. Ver VEÇOSO, Fabiana Fernandes Carvalho *et al.* A Pesquisa em Direito e as Bases Eletrônicas de Julgados dos Tribunais: matrizes de análise e aplicação no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 1, n. 1, 2014, p. 105-139. Disponível em: <https://revistareed.emnuvens.com.br/reed/article/view/10>. Acesso em: 26 jul. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.19092/reed.v1i1.10>. Acesso em: 28 jul. 2021.

⁶⁸ Ver BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Supremo em Ação 2018: ano base 2017*. Brasília: CNJ, 2017. p. 38.

Figura 1. Exemplo de organização e categorização dos julgados analisados



Na segunda fase, procedemos com a leitura não somente dos acórdãos, mas também dos relatórios e votos dos Ministros quando do julgamento de Recursos Extraordinários. Para localizar os documentos, utilizou-se o redirecionamento de página que o próprio site do STF disponibiliza no indicador “abrir jurisprudência com inteiro teor” (Seta “D” da Figura 1). A partir da coleta dos dados, indicados na seta “A” da Figura 1, estes foram tabulados, organizados por regiões do país (Seta “A” da Figura 2) e armazenados *line by line* (Seta “B” da Figura 2) em *Excel workbook* no computador pessoal dos autores (Figura 2).

Figura 2. Exemplo dos dados tabulados e organizados por regiões do país

	A	B	C	D	E
		SUL		SUDESTE	
2	1	RE-AgR 1193032 / RS - RIO GRANDE DO SUL		1	ARE-AgR 1204676 / RJ - RIO DE JANEIRO
3	2	ARE-AgR 1173199 / RS - RIO GRANDE DO SUL		2	ARE-AgR 1196669 / SP - SÃO PAULO
4	3	Rcl-AgR 36402 / PR - PARANÁ		3	AI-AgR 868203 / MG - MINAS GERAIS
5	4	ARE-AgR 1147070 / RS - RIO GRANDE DO SUL		4	RE-AgR 1138298 / SP - SÃO PAULO
6	5	ARE-AgR-segundo 1015220 / SC - SANTA CATARINA		5	SS-AgR 5222 / SP - SÃO PAULO
7	6	ARE-AgR 957332 / PR - PARANÁ		6	ARE-AgR 1072872 / SP - SÃO PAULO
8	7	ARE-AgR 1090602 / PR - PARANÁ		7	ADI 3470 / RJ - RIO DE JANEIRO
9	8	ARE-AgR 1122383 / PR - PARANÁ		8	ADI 3937 / SP - SÃO PAULO
10	9	RE-AgR 1047362 / SC - SANTA CATARINA		9	ARE-AgR 1007002 / MG - MINAS GERAIS
11	10	ARE-AgR 1080347 / PR - PARANÁ		10	ARE-AgR 968012 / SP - SÃO PAULO
12	11	RE-AgR 1081914 / SC - SANTA CATARINA		11	RE-AgR 1009022 / RJ - RIO DE JANEIRO
13	12	AI-AgR 639436 / RS - RIO GRANDE DO SUL		12	ARE-AgR 964542 / RJ - RIO DE JANEIRO
14	13	AI-AgR 612898 / RS - RIO GRANDE DO SUL		13	ARE-AgR 977190 / MG - MINAS GERAIS
15	14	AI-AgR 797349 / RS - RIO GRANDE DO SUL		14	ARE-AgR 982557 / SP - SÃO PAULO
16	15	AI-AgR 808059 / RS - RIO GRANDE DO SUL		15	ARE-AgR 949341 / SP - SÃO PAULO
17	16	AI-AgR 700543 / RS - RIO GRANDE DO SUL		16	ARE-AgR 894085 / SP - SÃO PAULO
18	17	ARE-AgR 965343 / PR - PARANÁ		17	RE 733433 / MG - MINAS GERAIS
19	18	ARE-AgR 952614 / SC - SANTA CATARINA		18	ARE-AgR 892114 / MG - MINAS GERAIS
20	19	ARE-AgR-segundo 947143 / PR - PARANÁ		19	SL-AgR 815 / SP - SÃO PAULO
21	20	ARE-AgR-segundo 961771 / SC - SANTA CATARINA		20	AI-AgR 872882 / MG - MINAS GERAIS

Posteriormente, construímos um banco de dados com documentos de acórdãos na íntegra para que, a partir da sua leitura, pudesse se extrair informações como os argumentos utilizados tanto pelos entes fede-

rados, quanto pela suprema corte. Nesses casos, foram observadas as razões e contrarrazões em função da concessão ou não de medicamentos e insumos de alto custo.

Utilizamos quatro pré-categorias de análise estabelecidas com base em literatura especializada relacionada à “responsabilidade solidária entre os entes federados”; “comprovação de hipossuficiência”; “imprescindibilidade do medicamento” e “risco à ordem econômica da administração pública”. Para o seu tratamento e análise, utilizou-se o método da análise de conteúdo de Laurence Bardin com vistas a sistematizar os argumentos utilizados nos 127 julgados incorporados em nosso *corpus*.⁶⁹ Por fim, disponibilizamos os nossos dados como forma de garantir a repetibilidade e a reprodutibilidade da pesquisa. Fazemos isso de acordo com o CC0 “*Public Domain Dedication*” do Repositório de Dados da *Harvard Dataverse*, do qual armazenamos os dados da pesquisa.⁷⁰ De acesso público e gratuito, os dados em *Excel workbook* estão organizados em sete abas a mapear nosso processo de tratamento, categorização e subcategorização, a saber: “dados brutos”; “julgados por região do país”; “frequência de razões” (evidenciando a quantidade de vezes que os argumentos são invocados nos julgados analisados); “total de julgados do *corpus*”; “Medicamentos, insumos e doenças envolvidas”; “Base de rascunho” e “Medicamentos e insumos por região do país”.

Embora nosso recorte inicial tenha sido analisar, apenas, os medicamentos de alto custo, durante a coleta dos dados e a leitura dos acórdãos em sua integralidade, identificamos com base nos resultados que retornaram da palavra-chave “alto custo”, a demanda, também, por insumos de alto custo. Tais insumos vão desde a alimentação enteral, suplementar, latas de fórmula alimentar até absorventes masculinos e fraldas geriátricas descartáveis. Essa variedade de produtos demandados informa, no melhor do nosso conhecimento, a complexidade dos casos analisados e os desafios de gestão e coordenação interfederativa que orbitam sobre a judicialização da saúde. Essa adaptação de recorte analítico, durante a coleta de dados, se impôs pelo fato de que não necessariamente os julgados tratam exclusivamente da demanda de fármacos em seu uso isolado, mas do tratamento combinado com outros insumos, a exemplo dos supramencionados. Tais recortes de análises acabaram por ampliar, por assim dizer, o escopo da pesquisa que não se limitou aos medicamentos de alto custo.

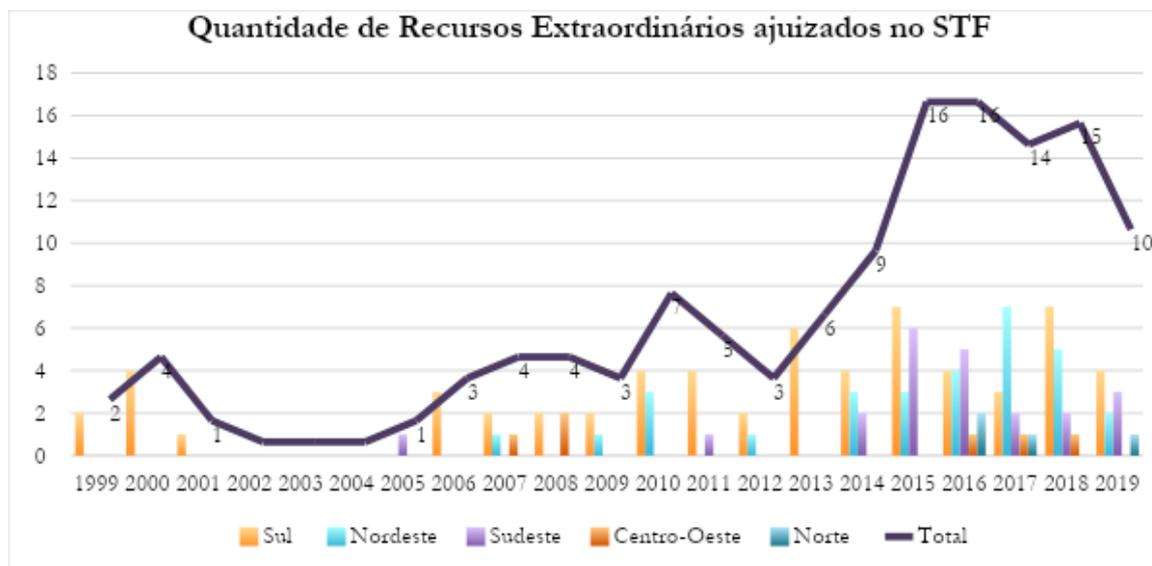
6 Resultados e discussão

Com base nos protocolos de busca explicitados na seção anterior, foram localizados 137 acórdãos. Desse quantitativo, 10 foram retirados do *corpus* da pesquisa por não tangenciar os recortes definidos neste artigo. Dos 127 restantes, observou-se que, a partir de 2006, houve aumento progressivo do quantitativo de contestações ajuizadas no STF contra as decisões proferidas por Tribunais Federal e/ou Estadual, sobretudo na Região Sul, conforme o Gráfico 1.

⁶⁹ Ver BARDIN, Laurence. *Análise de Conteúdo*. Coimbra: Almedina, 2011.

⁷⁰ Para acessar os dados da pesquisa, sugerimos conhecer as funcionalidades da Harvard Dataverse. Lá disponibilizamos 144 acórdãos, dentre eles, os 127 utilizados em nossa pesquisa. Ver HANAI, Jorge Leal. Banco de Julgados do Supremo Tribunal Federal (*Corpus* da pesquisa). *Harvard Dataverse*, v. 1, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.7910/DVN/MD32HE>. Acesso em: 28 jul. 2021.

Gráfico 1. Recorribilidade da administração pública no fornecimento de medicamentos de alto custo



Fonte: Hanai (2021).

Com exceção dos anos entre 2002 e 2004, apenas no ano de 2008, a região Sul se manteve quantitativamente equilibrada com a região Centro-Oeste em número de contestações ajuizadas no STF ante ao inconformismo das decisões de tribunais inferiores. A tendência de crescimento dessas contestações pela Administração Pública, a partir de 2005, corrobora o aumento da judicialização da saúde demonstrado no Relatório *Judicialização da Saúde*, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em sua edição de 2019.⁷¹ Essa constatação indica o alto grau de recorribilidade dos litígios envolvendo o fornecimento de medicamentos e insumos de alto custo, sendo os Estados, os entes federados cuja decisão finalística tiveram acórdãos desfavoráveis à Administração Pública. A parte “perdedora” nesses casos, são, comumente, os Estados, por assim dizer.

A Região Sul é a responsável por 49% do quantitativo de ações, contra 24% da região Nordeste, 17% da região Sudeste, 4% da região Centro-Oeste e 3% da região Norte. Observa-se que as ações ajuizadas em análise não se concentraram em regiões do país com o menor nível de renda *per capita*. O ano de 2015 se destacou pelo maior número de contestações (9), concentradas no Estado do Rio Grande do Sul (RS). Da região Sudeste, o Estado do Espírito Santo (ES) se apresenta como o único Estado do qual não se localizaram acórdãos, havendo o inverso nos casos do Estado de São Paulo (SP) e de Minas Gerais (MG).

Os resultados encontrados demonstram que, na comparação por regiões do país, a região Norte não apresentou concentração de litígios, ainda que sensivelmente mais alta do que a média quando comparada a região Nordeste, conforme já se afirmou no Relatório *Justiça Pesquisa*, do CNJ, publicado em 2018.⁷²

Esse contraste sugere que, no exame do fenômeno da judicialização, à luz do conflito de competência entre os entes federados, a concentração de recursos não segue a mesma distribuição regional que o quantitativo de processos ajuizados diretamente em Tribunais Federais e Estaduais. Os recursos apreciados pelo STF são oriundos, predominantemente, de entes federados das regiões Sul e Nordeste.

⁷¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça Pesquisa. *Judicialização da Saúde no Brasil*: perfil de demandas, causas e propostas de solução. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/03/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020.

⁷² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça Pesquisa. *Judicialização da Saúde no Brasil*: perfil de demandas, causas e propostas de solução. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/03/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020.

A baixa representatividade de governos localizados na região Norte, se deve, provavelmente, à proporção do contingente populacional e ao baixo acesso da população à justiça, conforme demonstra o Relatório *Judicialização da Saúde*, de 2019.⁷³ Avaliando os Municípios que se envolveram nesses litígios, constatou-se que a sua localização não se dá necessariamente nas capitais de suas respectivas localidades.

Para operar análise quanti e qualitativamente comparada *entre os entes federados* e compreender os motivos associados ao *recorrer* ou ao *não recorrer*, deve-se observar se tais posturas conflitivas estão direta ou indiretamente ligadas às capacidades estatais de geração de receita dos entes subnacionais, com as desigualdades regionais, com os repasses financeiros da União, com as transferências intergovernamentais ou até mesmo com a distribuição das emendas parlamentares (e também os seus critérios). Isto porque argumentamos que estes são fatores que requerem métodos de análises quantitativas e estudos de casos rigorosos mais robustos e delineados do que a nossa distribuição de frequência simples que apresenta outras finalidades: a de mapear os argumentos inscritos na órbita do *recorrer* e não do “*não recorrer*”. Cumpre lembrar que importa, para nossa análise, o *conflito federativo* já instaurado: especialmente por haver contestação em grau recursal. Logo, estamos empenhados na observância do *potencial* de desestabilização do pacto federativo e também dos esforços organizacionais e atos de prover a saúde. Ao final, nossa distribuição faz descrição dos argumentos sinalizando maior incidência do *status quo* de tensão entre os entes federados.⁷⁴ Por esse turno, nossos achados não negam a existência dos conflitos *entre os entes federados*, mas alcançam tão somente a consideração de Neto, Afonso e Fuck de haver conflitos de competência entre os Poderes Estatais de modo amplo.⁷⁵

Outro fator que deve ser considerado como variável é a existência de uma tendência crescente de estímulo à aplicação de novos expedientes institucionais e/ou processuais para estimular as seguintes práticas: a conciliação administrativa em matéria de acesso à saúde; uma decisão judicial mais técnica, ao menos em grau recursal; e a conciliação e a mediação em sede processual.

Maria Paula Dallari Bucci relata alguns desses mecanismos consensuais para a redução de demanda qualificada e que já geram impacto sobre esse represamento de ações.⁷⁶ Dentre essas soluções, temos a criação dos Comitês Interinstitucionais de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde (CIRADS), já implementados em diversos Estados com o fim de realizar análises prévias sobre a demanda do cidadão e as possíveis soluções no âmbito administrativo, tendo como projeto piloto o convênio criado no Estado do RN. Também a criação da Câmara de Resolução de Litígios da Saúde, no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, dentre outros. Essas medidas vão ao encontro das Recomendações do CNJ n.º 31/2010 e 36/2011, ambas com enfoque em estimular que os Tribunais criem meios de resolver as demandas de saúde de forma mais célere.

Além disso, podemos citar a criação dos Núcleos de Apoio Técnico nos Tribunais por estímulo do CNJ, bem como a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde – CONITEC, no âmbito do Ministério da Saúde. Em qualquer caso, coloca-se em variável o grau de interesse do Poder Executivo e de magistrados em soluções que sejam, de um lado, menos gravosas para os cofres públicos dos entes federados e, de outro, não impeçam a distribuição do direito à saúde de forma mais eficaz possível.

Dos 24 Municípios envolvidos em litígios analisados, apenas 9 são capitais de seus respectivos Estados. A intencionalidade em descumprir as decisões judiciais atrela-se à incapacidade generalizada de providenciar

⁷³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça Pesquisa. *Judicialização da Saúde no Brasil*: perfil de demandas, causas e propostas de solução. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/contendo/arquivo/2019/03/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020.

⁷⁴ Ver DOMINGUES, J. M. Federalismo Fiscal Brasileiro. *Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 26, 2007.

⁷⁵ Ver CORREIA NETO, Celso de Barros; AFONSO, José Roberto Rodrigues; FUCK, Luciano Felício. A Tributação na Era Digital e os Desafios do Sistema Tributário no Brasil. *Revista Brasileira de Direito*, v. 15, n. 1, p. 145–167, 2019. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/3356>. Acesso em: 13 jan. 2020.

⁷⁶ ver BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuições para a redução da judicialização da saúde. Uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem Direito e Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (org.). *Judicialização da Saúde: a visão do Poder Executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 76-85.

medicamentos e insumos de alto custo, quer por questões orçamentárias e logísticas, ou, até mesmo, pela indisponibilidade do fármaco necessário à eficácia do tratamento pleiteado. Importante destacar que essas considerações devem ser levadas a análise do caso concreto para que se tenha, por exemplo, um exame dos impactos financeiros e orçamentários das decisões judiciais, também, em grau recursal.

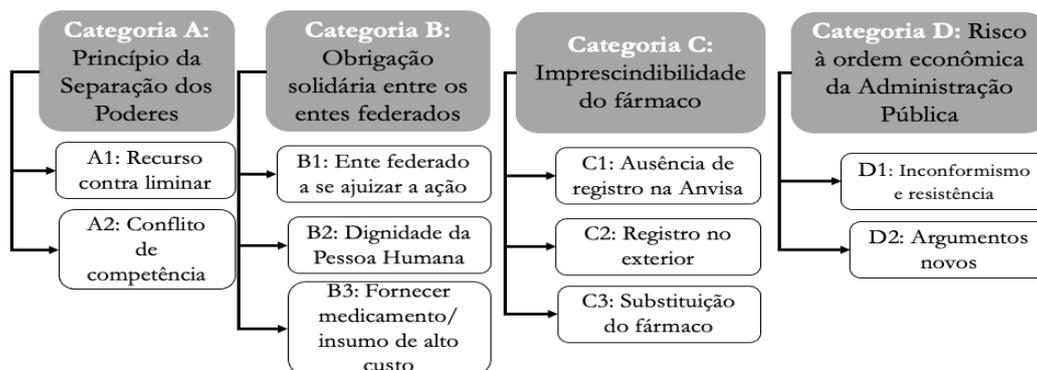
A dificuldade em prover, por exemplo, fármacos em tempo hábil se mostrou argumento substancial dos Municípios que demandaram a dilação de prazo para o seu fornecimento ao cidadão. Cumpre salientar que o entendimento jurisprudencial se pautou em casos já julgados, conhecidos como os de repercussão geral, sendo invocados para asseverar que o Estado deve agir tempestivamente para que o direito à vida não se frustrasse. Isso porque a dimensão temporal se impõe como preponderante para a garantia da eficácia do pedido feito pelo cidadão. A contar entre o tempo de importação e fornecimento ao cidadão, por exemplo, fármacos podem deixar de salvar vidas. Em complemento, ressalta-se que nem sempre as decisões do STF têm resgatado detalhes acerca do tipo de medicamento, tampouco das doenças e tratamentos a estas vinculados no pedido de fornecimento, tanto em citação no relatório quanto no próprio julgado em grau recursal. Por essa ressalva, é com a análise dos relatórios e votos dos Ministros que identificamos o total de apenas 49 medicamentos e insumos para o tratamento de 39 doenças do total de 127 acórdãos do *corpus*. Todos esses medicamentos e insumos localizados enquadram-se na concepção de alto custo adotada neste artigo. O conhecimento de tais medicamentos, insumos e doenças podem ser acessados nos dados abertos da pesquisa, caso se julgue necessário.

A emergência, quanto ao fornecimento dos fármacos, pode, por exemplo, ser constatada a partir dos tipos de doenças em litígio, como a fibrose pulmonar idiopática de caráter progressivo, que, em 70% dos casos, há chances de morte em um período de no máximo três anos. Em paralelo, isso inscreve desafios de gestão não somente em termos de recursos financeiros a serem mobilizados em conjunto com os três poderes, mas também na agilidade de se providenciar tempestivamente o fármaco necessário para o tratamento mais adequado.

Em sequência, nossos resultados corroboram o Relatório *Judicialização da Saúde*, de 2019, de que “em segunda instância, há algumas mudanças quanto às principais partes ativas e os Estados e Municípios começam a aparecer como principais recorrentes”. Isto é verdade, pois quando as decisões tomadas por Tribunais Federais e/ou Estaduais são recorridas, são os Estados e os Municípios os entes que mais questionam o fornecimento de medicamentos e insumos de alto custo. Sendo a União, por sua vez, o ente com menor quantidade de REs, na comparação.

Em atendimento aos objetivos deste estudo, buscou-se sistematizar os principais argumentos utilizados pela suprema corte e pelos entes federados como fundamentação para o provimento ou não dos 127 recursos extraordinários. Nesse esforço, emergiram dos dados 10 subcategorias (Figura 3) associadas às categorias estabelecidas previamente.

Figura 3. Categorias e subcategorias dos argumentos utilizados pelos entes e pelo STF



Fonte: Hanai (2021).

Na categoria A, os entes federados argumentam que o Poder Judiciário atuava como “invasor” na gestão das políticas públicas de saúde (Assistência Farmacêutica), sobretudo em relação ao fornecimento de medicamentos. Na ocasião, invocaram-se o Princípio da Legalidade, no sentido de que o mérito dos atos administrativos não constitui objeto de apreciação do Poder Judiciário, e que, portanto, configurava violação ao princípio da separação dos poderes.

Não obstante, identificamos julgados cujos motivos eram o de discutir liminares concedidas aos cidadãos no tocante ao caráter emergencial do fornecimento de medicamentos. Com isso, criou-se a “*subcategoria A1: Recurso contra liminar*”, que encontra fundamento na Súmula 735, do STF, que assevera que não cabe Recurso Extraordinário (RE) contra acórdão que defere medida liminar. Identificamos, ainda, conflitos de competência entre os entes federados e o Ministério Público. Sobre isso, o STF entendeu que o Ministério Público é parte legítima para atuar em conjunto com os demais entes nos processos de judicialização da saúde. Para esse tipo de conflito, criou-se a subcategoria *A2: Conflito de competência*.

Quando associado ao fornecimento gratuito de medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes, o tema 793 de Repercussão geral foi utilizado para fundamentar que a responsabilidade entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios é solidária no que tange o dever de fornecer fármacos e insumos específicos não apenas de custo reduzido, mas também aqueles de alto custo. Por essa razão, criou-se a “*categoria B: Obrigação solidária entre os entes federados*”. Em avanço, insta afirmar que as decisões do STF enfatizaram que o pleito pode ser ajuizado contra qualquer ente, seja em face da União, dos Estados, do Distrito Federal ou até mesmo dos Municípios. Por essa razão, criou-se a “*subcategoria B1: Ente federado a se ajuizar a ação*”. Para concentrar os casos em que o princípio da Dignidade da Pessoa Humana foi suscitado para fundamentar o não provimento de decisões tomadas anteriormente, foi criada a “*subcategoria B2: Dignidade da pessoa Humana*”.

Avaliando a obrigação do poder público em fornecer medicamentos de alto custo, indica-se, no julgamento, que é dever do Estado fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo. Para casos que levantaram essa questão, foi criada a “*subcategoria B3: fornecer medicamento de alto custo*”. Na categoria C, incluíram-se os julgados que invocaram a impossibilidade de se fornecer os medicamentos não contemplados pela Política Farmacêutica da rede pública, ou popularmente conhecida pela “lista do SUS” – Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME). Em resposta, o STF argumenta que a lista do SUS não é o único parâmetro a ser considerado na avaliação da necessidade do fornecimento de um medicamento, e que o caso concreto precisa ser analisado. Em 2007, o STF reconheceu a Repercussão geral no RE 566.471/RS, fixando o Tema 6 “Dever do Estado fornecer

medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo”. Ao final de 2020, o Tribunal negou provimento ao recurso, mas não havia decidido no mérito por divergências na fixação da tese que contém a expectativa de estabelecimento de “critérios de julgamento sistemáticos” e aplicáveis de forma universal.⁷⁷

Outro argumento comumente levantado e que deu origem à “*subcategoria C1: Sem registro na Anvisa*” foi o já abordado pelo tema de Repercussão Geral 500 do STF, que sublinha que o Estado não deve se abster de prover o medicamento ainda que este não tenha o registro na Anvisa. Quanto à existência de registro em órgão equivalente à Anvisa no exterior, criou-se a “*subcategoria C2: Com registro no exterior*”. Especificamente, nessa categoria, constam os julgados em que houveram dúvidas quanto à real necessidade do medicamento em pleito. A esse tipo de esclarecimento, a maioria das dúvidas não pôde ser sanada no âmbito do STF em razão da necessidade de apoio técnico para a decisão. Isso reforça a necessidade de se fortalecer análises técnicas que sirvam de base para a tomada de decisão judicial. Por outro lado, alguns casos levantaram debates acerca da possibilidade de se substituir o fármaco inicialmente sentenciado por Tribunal Federal e/ou Estadual por outro de eficácia semelhante. Para sistematizar os casos que tratam desse aspecto, criou-se a “*subcategoria E1: Necessidade de substituição do fármaco*”.

A possibilidade de se considerar possíveis medicamentos como substitutos para o tratamento de suas respectivas doenças também se apresentou como argumento recorrentemente nas defesas tanto de Ministros quanto dos entes federados. No entanto, majoritariamente, sob a condição de comprovação de eficácia por especialistas da área, aduziu-se que essa comprovação não era oportuna em sede de fase recursal no STF. Nesses termos, fica patente o sentido de se incorporar a assessoria do Núcleo de Assistência Técnica (NAT) no processo de decisão judicial, pois se teria, conforme Ribeiro e Hartmann, decisões céleres reduzindo o tempo de resposta dos laudos técnicos.⁷⁸

O risco à ordem econômica da Administração Pública, sustentado sob a exegese de causar desequilíbrio ao orçamento público, e, conseqüentemente, inviabilizar a implementação de outras políticas públicas para além daquelas da seara da saúde constituiu a razão pela qual se criou a “*Categoria D: Risco à ordem econômica da administração pública*”. As decisões em contrário versaram sobre a necessidade de se provar, por meio do amplo acervo documental da Fazenda Pública, que “grave lesão” será causada ao ente.

Além disso, posição do STF tem sido clara: a de manter as decisões de tutela antecipada dos tribunais federais e estaduais com base em casos de repercussão geral. Não repentinamente, aduções como “*não houve comprovação efetiva da ocorrência da denominada grave lesão, uma vez que doenças raras são objeto de ação do Estado*” foram frequentemente encontradas em votos dos Ministros do STF.

Na subcategoria D, que trata do inconformismo e resistência, incorporaram-se aqueles julgados em que os argumentos exarados pelos entes foram considerados insuficientes para modificar a decisão agravada. Nessa indignação, constatou-se o mero inconformismo e resistência do ente federado em pôr termo a processos que se arrastam ao longo do tempo em detrimento da eficiente prestação jurisdicional.

Diante desse inconformismo, constataram-se casos judiciais em que se fez presente a intenção protelatória de fornecer o medicamento e insumos de alto custo ao cidadão, a começar pelo uso em demasia de mecanismos jurídicos que não guardavam o menor mérito, senão o de protelar o cumprimento de decisão judicial de tribunal inferior. Quanto a esse comportamento, o STF compreendeu-o como conduta repudiável.

Destaca-se que a aplicação de multas gerais, e por danos morais, e o bloqueio de verbas públicas foram sanções recorrentes a respeito do julgamento de Recursos Extraordinários pela suprema corte. Para multas gerais, abrangeu-se o pagamento de multa de até 5% do valor corrigido da causa a ser pago pela parte

⁷⁷ VASCONCELOS, N.P. Solução do problema ou problema da solução? STF, CNJ e a judicialização da saúde. *REI – Revista Estudos Institucionais*, v. 6, n. 1, p. 96, abr. 2020.

⁷⁸ RIBEIRO, Leandro Molhano; HARTMANN, Ivar Alberto. Judicialization of the right to health and institutional changes in Brazil. *Revista De Investigações Constitucionais*, v. 3, n. 3, p. 35–52, 2016.

agravante à parte agravada. Observou-se, ainda, que a aplicação da multa inibitória (*contempt of court*) se fez necessária quando o ente, visando retardar a solução jurisdicional, utilizou, abusivamente, do direito de recorrer. Em se tratando da multa por danos morais, constatou-se a sua aplicação quando se condenou o ente ao pagamento de quantias à parte agravada, com o intuito de inibir conduta institucional indesejada.

Em relação à “subcategoria D2: Argumentos novos sustentados pelos entes federados”, destacaram-se os casos em que a ausência de novos argumentos ficou patente e insuficiente para subsidiar a reforma das decisões de Tribunais Federal e/ou Estadual. Considerando-se o caso julgado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), que sentenciou o Estado da Bahia a fornecer o *Myozyme* para o tratamento da glicogênese tipo II (Doença de Pompe, CID 74.0), isto ao custo aproximado de R\$ 920.000 (Novecentos e vinte mil reais), observou-se que, quando julgado pelo supremo, este manteve a sentença de condenação daquele Tribunal. É importante lembrar que a doença de Pompe é uma doença metabólica rara. De acordo com o estudo realizado por Constantino Papadopoulos, o uso do *Myozyme* apresenta eficácia com melhora da função respiratória daquele ou daquela acometida pela doença em estágios iniciais.⁷⁹ Inclusive, na ocasião, esse tratamento enzimático também foi recomendado pela profissional geneticista responsável pelo paciente para contrapor o argumento do Estado da Bahia que insistiu em dizer que a eficácia não se comprova com o uso do fármaco em adultos.

Em detalhamento, o Estado alegou, ainda, que o impacto no funcionamento das políticas públicas do Estado da Bahia seria percebido e agravado pelo *efeito multiplicador* daquela decisão no sentido de causar danos, enquanto precedente, em longo prazo também para a economia pública. No entanto, não ficaram claros os danos à economia pública, que, conforme ponderado pela corte, devem comprovar-se pelo Plano da Fazenda Pública (com base em todo o acervo documental daquele órgão que se fizer necessário para fundamentar os danos alegados, por exemplo). Isto é, não se provou ocorrência concreta dos efeitos perversos ao quadro de normalidade das finanças do Estado. Em resgate aos ditos do relator do caso, Ministro Cezar Peluzo, é importante também relembrar que o “o alto custo não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento [do fármaco]” (página 8 do Agravo na Suspensão de Tutela Antecipada 361 Bahia). O que salta aos olhos neste julgado é, portanto, que, mesmo com a existência de (STA 175, DJ 28.9.2009; STA 178, DJ 28.9.2009; STA 244, DJ 24.9.2009) outros episódios semelhantes a esse julgado, novos argumentos não foram invocados pelo Estado, justificando, assim, nossa subcategorização “D2” dos julgados repercutidos neste sentido.

Em conexão com estudos já realizados, Danilo Henrique Nunes e Lucas Souza Lehfeld apresentam, por exemplo, concepção da *European Organisation for Rare Diseases* sobre a eficácia dos fármacos não ser necessariamente dirigida para a cura, mas, também, para a redução da progressividade dos efeitos perversos das enfermidades raras.⁸⁰ Essa importante observação nos faz considerar que, embora o Decreto n.º 5.090/2004 (Farmácia Popular) tenha lançado bases importantes para a assistência farmacêutica em nosso país, e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária tenha sido criada pela Lei n.º 9.782, de 26 de janeiro em 1999, esses esforços organizacionais se somam ao Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional/Alto Custo desde janeiro de 2004. Embora o julgado supramencionado date do ano de 2010, há muito tempo já se discutia o dever de prover fármacos para o tratamento de doenças raras.

Em face do exposto, e para se ter melhor compreensão dos dados e do quão representativo são as categorias e subcategorias em nosso *corpus*, empreendeu-se simplificada distribuição percentual a demonstrar a quantidade de vezes com que os argumentos foram citados nos acórdãos analisados. Destarte, elaborou-se

⁷⁹ PAPADOPOULOU, Constantino et al. Effect of enzyme replacement therapy with alglucosidase alfa (Myozyme®) in 12 patients with advanced late-onset Pompe disease. *Molecular Genetics and Metabolism*, v. 122, n. 2, p. 81, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.ymgme.2017.06.007>. Acesso em: 28 jul. 2021.

⁸⁰ NUNES, Danilo Henrique; LEHFELD, Lucas Souza. Saúde e doenças raras: análise de judicialização acerca do acesso ao tratamento e suas limitações. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 1, p. 310, 2021. <https://doi.org/10.5102/rbpp.v11i1.6538>.

a Tabela 1 cujos identificadores das categorias e subcategorias seguem o mesmo padrão daqueles demonstrados na Figura 3.

Tabela 1. Frequência de argumentos dos entes e do STF por categoria e subcategoria

Categoria / Subcategoria	Citações nos acórdãos	Total de acórdãos (%)	Categoria / Subcategoria	Citações nos acórdãos	Total de acórdãos (%)
B	78	63,41	A	12	9,76
B1	69	56,10	D2	11	8,94
B2	62	50,41	C1	9	7,32
B3	41	33,33	D1	7	5,69
C3	37	30,08	C2	6	4,88
C	29	23,58	A2	3	2,44
D	14	11,38	A1	2	1,63

Fonte: Hanai (2021).

Em termos de frequência dos argumentos aduzidos nas interpelações de autoria dos entes federados, os dados demonstraram que a subcategoria B (obrigação solidária entre os entes federados) e a subcategoria B1 (ente federado a se ajuizar ação) se manifestaram respectivamente em 63% e 56 % dos acórdãos. Essa informação sugere que os entes não têm se atentado para a existência do tema de Repercussão geral 793, uma vez que este foi frequentemente utilizado para fundamentar que a obrigação em fornecer medicamentos de alto custo para pessoas hipossuficientes é solidária.

É desnecessário lembrar que Dalmo de Abreu Dallari acrescenta que essa integração entre os entes se fundamenta no caráter solidário que significa não só a vontade em cooperar, mas no dever de assim o fazer.⁸¹ A inadequada ou pelo menos a não clara distribuição de competências ressaltadas por Marta Arretche explica o porquê da subcategoria A2 (conflito de competência) ter tido argumentos razoavelmente frequentes nas aduções jurisprudenciais.⁸²

Em relação à frequência da subcategoria B1 (responsabilidade solidário entre os entes), ficou patente o quanto os entes federados têm dúvidas da legitimidade de o cidadão ajuizar ações nos três entes (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) quando se vislumbra o fornecimento de medicamento e insumos de alto custo. Dessa maneira, salienta-se que o sistema de *balanços e contrapesos* têm se operacionalizado nesse sentido, independentemente das recomendações dos entes, pois, quando se apela ao Judiciário, historicamente, não se condena, apenas, um, mas todos os entes, com orientações a percorrer por alternativas a serem definidas pelo federalismo cooperativo.

É nítido que a atuação do Poder Judiciário tem reforçado o compromisso do Estado de pôr termo no fornecimento de medicamentos e insumos de alto custo de modo independente aos conflitos de competência entre os entes subnacionais. Embora a comprovação da hipossuficiência tenha sido aclamada, há casos em que essa questão não tem sido considerada necessária, uma vez que a hipossuficiência é presumida.

A operacionalização da responsabilidade solidária obrigatória entre os entes federados pôde ser constatada pelas sanções que lhes foram aplicadas. A começar pela frequência de multas gerais aplicadas aos entes federados em que se constatou a intenção de abstenção ou até mesmo a intenção protelatória de não prover medicamento e/ou o insumo.

Relacionado à aplicação de multas gerais, quando constatado a intenção protelatória do ente, comumente este o é condenado ao pagamento de danos morais pela morosidade em fornecer o medicamento ou o

⁸¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁸² ARRETCHÉ, Marta. Quando instituições federativas fortalecem o governo central? *Novos estudos CEBRAP*, n. 95, p. 39–57, mar. 2013.

insumo de alto custo. Para tornar possível o pagamento da multa, a responsabilidade solidária se estendeu, ainda, à repartição do valor da multa a ser assumida entre a União, o Estado e o Município.

Esses resultados reforçam a sobreposição do Poder Judiciário sobre o Poder Executivo no sentido de disciplinar a sua atuação. As sanções são os *outputs* da competência do Poder Judiciário em agir sobre as instituições quando se pretende garantir não apenas a saúde *per se* no sentido de demandas pontuais, mas sobretudo, a vida do cidadão. Por essa razão, observamos tendência dos julgamentos para o não provimento dos Recursos Extraordinários (REs) como forma de assentar a operacionalização do sistema de freios e contrapesos – *check and balances* entre os poderes estatais.

7 Considerações finais

Ao sistematizar os argumentos utilizados por entes federados e pela Suprema Corte em categorias e subcategorias de análise, observou-se que, embora os entes federados tenham demonstrado certo inconformismo sobre as decisões dos Tribunais inferiores, as decisões do STF têm-se colocado como imperiosas, porém sem extrapolar o sistema de freios e contrapesos entre os poderes estatais. Isso porque decisões em favor do cidadão comum que litiga contra os entes federados se fundamentam no direito positivado na Constituição Federal de 1988 e na solidariedade necessária em relação ao fornecimento de medicamentos e insumos de alto custo.

Embora a escalada retórica, quer dos entes federados, quer da suprema corte tenha demonstrado o funcionamento do sistema de freios e contrapesos, a recorrente (re)afirmação das competências de cada ente e de cada esfera do poder público revela que essas instâncias de poder ainda gozam de dissonâncias orgânicas oriundas do processo de descentralização política e fiscal. Desse modo, a construção argumentativa do Poder Executivo tem se dado de modo míope, ao passo que evidenciam a preocupação de gestores estaduais e municipais em considerar questões meramente relativas à operacionalização do direito à saúde. Já o Poder Judiciário, em sua visão abrangente do tema, considera não somente a necessidade de se cumprir os ditos constitucionais, mas também de (re)direcionar a ação do Estado para áreas críticas, como a da saúde atuando, portanto, como um poder que inscreve desafios de gestão no âmbito do Poder Executivo.

Em termos de limitações de pesquisa, destacou-se a não representatividade do fenômeno da judicialização no país. Salienta-se esse ponto, embora a amostra considerada tenha abarcado o país como um todo, o estudo se restringiu ao exame da judicialização de medicamentos e insumos de alto custo. Além de não refletir o tema por completo, nosso estudo não procedeu à análise dos argumentos ministro-a-ministro, tampouco dos impactos das decisões nos entes subnacionais e nos desafios do SUS. Por essa razão, considerando-se que a judicialização não se resume somente aos conflitos de competência agravados em grau recursal, os resultados demonstrados neste artigo não se confundem com generalizações do fenômeno como um todo.

Para estudos futuros sugerimos, além dos pontos não contemplados pelo nosso artigo, o mapeamento e a análise dos argumentos ministro-a-ministro do STF, para que se tenha, ao final, panorama detalhado da posição histórica de cada magistrado em julgados sobre os medicamentos e insumos de alto custo em matéria de judicialização da saúde. Outro recorte passível de ser incorporado em estudos futuros é a judicialização de procedimentos cirúrgicos de alto custo e os pleitos por leitos hospitalares que também podem se mostrar custosos para o poder público. Ainda, recomendamos, fortemente, a mensuração qualitativa e quantitativa das decisões do Poder Judiciário considerando-se o impacto das medidas de estímulo à decisão técnica e à conciliação, conforme as recomendações do CNJ criadas a partir de 2010. Nesse contínuo, ressaltadas as especificidades nacionais e supranacionais, estudos comparados com países latino-americanos se apresentam como macro análises promissoras sobre o fenômeno da judicialização da saúde.

Referências

- ABRUCIO, Fernando. L.; GRIN, Eduardo. J.; FRANZESE, Cibele.; SEGATTO, C. I.; COUTO, Cláudio G. Combate à COVID-19 sob o federalismo bolsonarista: um caso de descoordenação intergovernamental. *Revista de Administração Pública*, v. 54, n. 4, p. 663-677, jul. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0034-761220200354>. Acesso em: 30 jul. 2021.
- ABRUCIO, Fernando; FRANZESE, Cibele. *Federalismo e políticas públicas: o impacto das relações intergovernamentais no Brasil*. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/242213262_Federalismo_e_politicas_publicas_o_impacto_das_relacoes_intergovernamentais_no_Brasil. Acesso em: 30 jul. 2021.
- ALMEIDA, Lilian. Responsabilidade solidária dos entes federativos pela obrigação de prestar serviço de saúde e vedação do chamamento ao processo: análise jurídica e econômica dos entendimentos do STF e STJ. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, v. 7, n. 2, p. 124-146, 2018. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/497>. Acesso em: 13 jan. 2020.
- ARAÚJO, Kammilla Eric Guerra de; QUINTAL, Carlota Maria Miranda. A judicialização do acesso aos medicamentos em Belo Horizonte: uma questão sobre equidade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 3, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5689>. Acesso em: 28 nov. 2020.
- ARRETCHE, Marta. Quando instituições federativas fortalecem o governo central? *Novos estudos CEBRAP*, n. 95, p. 39-57, 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0101-33002013000100003&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 13 jan. 2020.
- BALDI, Brunetta. *Beyond the Federal Unitary Dichotomy* (Working Paper 99-7). Berkeley, CA: University of Califórnia, Berkeley, 1999. Disponível em: <https://escholarship.org/uc/item/05b607ng>. Acesso em: 30 jul. 2021.
- BANKS, Christopher P.; BLAKEMAN, John C. *The U.S. Supreme Court and New Federalism: From the Rehnquist to the Roberts Court*. Lanham, Md: Rowman & Littlefield Publishers, 2012.
- BARDIN, Laurence. *Análise de Conteúdo*. Coimbra: Almedina, 2011.
- BERGUER, P. L.; LUCKMANN, T. *The Social Construction of Reality: A Treatise in the Sociology of Knowledge*. Garden City, NY: Anchor Books, 1966.
- BIEHL, João; PETRYNA, Adriana. Tratamentos jurídicos: os mercados terapêuticos e a judicialização do direito à saúde. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, p.173-192, jan.-mar. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-59702016000100011>. Acesso em: 29 nov. 2020.
- BIEHL, João; PETRYNA, Adriana. Tratamentos jurídicos: os mercados terapêuticos e a judicialização do direito à saúde. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, p. 173-192, jan./mar. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-59702016000100011>. Acesso em: 11 jan. 2021.
- BOSA, Anderson Carlos; MAAS, Rosana Helena. Medicamentos não registrados: judicialização da saúde e o STF. *Revista Jurídica em Pauta*, v. 2, n. 1, p. 55-72, 2020. Disponível em: <http://revista.urcamp.edu.br/index.php/revistajuridicaurcamp/article/view/3147>. Acesso em: 29 nov. 2020.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça Pesquisa. *Judicialização da Saúde no Brasil: perfil de demandas, causas e propostas de solução*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/contendo/arquivo/2019/03/f74c66d46cfea933bf-22005ca50ec915.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Supremo em Ação 2018*: ano base 2017. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2017/06/fd55c3e8cece47d9945bf147a7a6e985.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 4 jan. 2020.

BROSCHEK, J.; PETERSON, B.; TOUBEAU, S. Territorial Politics and Institutional Change: A Comparative-Historical Analysis. *Publius: The Journal of Federalism*, v. 1, n. 48, p. 1-25, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/publius/pjx059>. Acesso em: 11 jan. 2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuições para a redução da judicialização da saúde. Uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem Direito e Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (org.). *Judicialização da Saúde: a visão do Poder Executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 31-88.

BUTLER, Stuart M. Federalism as an Antidote to Polarization Over Health Care Policy. *JAMA*, v. 322, n. 12, p. 1131-1132, 2019. Disponível em: <https://jamanetwork.com/journals/jama/fullarticle/2751700>. Acesso em: 13 jan. 2020.

CANAVIRE-BACARREZA, Gustavo; MARTINEZ-VAZQUEZ, Jorge; YEDGENOV, Bauyrzhan. Identifying and disentangling the impact of fiscal decentralization on economic growth. *World Development*, v. 127, p. 104742, 2020. Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0305750X19303912>. Acesso em: 16 jan. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. O município e o enigma da competência comum constitucional. *Revista da ESMESEC*, v. 20, n. 26, p. 9-28, 2013. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/70>. Acesso em: 13 jan. 2020.

CARVALHO, Rafaela Magalhães Nogueira; PORTO, Antônio José Maristrello; RAMALHO, Bruno. Papel institucional dos canais de reclamação para a resolução extrajudicial de conflitos sobre planos de saúde: uma análise comparada. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 3, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5674>. Acesso em: 28 nov. 2020.

CARVALHO, Victor Aguiar de. A judicialização da saúde sob o olhar da Análise Econômica do Direito: um exame dos incentivos ao ajuizamento e à solução extrajudicial de conflitos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 3, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5676>. Acesso em: 28 nov. 2020.

CHANDRA JHA, Prakash. Theory of fiscal federalism: an analysis. *Journal of Social and Economic Development*, v. 17, n. 2, p. 241-259, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s40847-015-0009-0>. Acesso em: 13 jan. 2020.

CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. “Judicialization” of public health policy for distribution of medicines. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 25, n. 8, p. 1839-1849, 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0102-311X2009000800020&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 2 nov. 2019.

CHRIZOSTIMO, Raquel Marinho; SILVINO, Zenith Rosa; CHRIZOSTIMO, Miriam Marinho *et al.* Judicialização da saúde decorrente dos planos de pré-pagamento e o direito sanitário: revisão integrativa. *Revista Brasileira de Enfermagem*, v. 73, n. 3, 2020. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0034-71672020000300300&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 29 nov. 2020.

CORREIA NETO, Celso de Barros; AFONSO, José Roberto Rodrigues; FUCK, Luciano Felício. A Tributação na Era Digital e os Desafios do Sistema Tributário no Brasil. *Revista Brasileira de Direito*, v. 15, n. 1,

p. 145–167, 2019. Disponível em: <https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/3356>. Acesso em: 13 jan. 2020.

D'ÁVILA, Luciana Souza; ANDRADE, Eli Iola Gurgel; AITH, Fernando Mussa Abujamra. A judicialização da saúde no Brasil e na Colômbia: uma discussão à luz do novo constitucionalismo latino-americano. *Saúde e Sociedade*, v. 29, p. e190424, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.org/article/sausoc/2020.v29n3/e190424/>. Acesso em: 29 nov. 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIAS, Eduardo Rocha; POMPEU, Gina Vidal Marcílio. The court and the delivery of medicines by unified health system in Brazil : recent developments in a difficult relationship between judges and policy-makers. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 3, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5507>. Acesso em: 28 nov. 2020.

DING, Yi; MCQUOID, Alexander; KARAYALCIN, Cem. Fiscal decentralization, fiscal reform, and economic growth in china. *China Economic Review*, v. 53, p. 152–167, 2019. Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1043951X18301056>. Acesso em: 16 jan. 2020.

DOMINGUES, José Marcos. Federalismo Fiscal Brasileiro. *Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 26, 2007. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20115>. Acesso em: 13 jan. 2020.

FISCHER, Frank; FORESTER, John (ed.). *The argumentative turn in policy analysis and planning*. Durham, NC: Duke University Press, 1993.

FISCHER, Frank; GOTTSWEIS, Herbert. The argumentative turn in public policy revisited: twenty years later. *Critical policy studies*, v. 7, n. 4, p. 425-433, 2013. Acesso em: <https://doi.org/10.1080/19460171.2013.851164>. Acesso em: 28 jul. 2020.

FOX, Ashley M.; CHOI, Yongjin. Political Economy of Reform under US Federalism: Adopting Single-Payer Health Coverage in New York State. *Health Systems & Reform*, v. 5, n. 3, p. 209–223, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/23288604.2019.1635414>. Acesso em: 13 jan. 2020.

FRANZESE, Cibele. *Federalismo cooperativo no Brasil: da Constituição de 1988 aos sistemas de políticas públicas*. Tese (Doutorado) Fundação Getúlio Vargas (FGV), São Paulo, 2010. Disponível em: <http://biblioteca-digital.fgv.br/dspace/handle/10438/8219>. Acesso em: 13 jan. 2020.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist Papers*. Place of publication not identified: Palgrave MacMillan, 2015.

HANAI, Jorge Leal. Banco de Julgados do Supremo Tribunal Federal (*Corpus da pesquisa*). *Harvard Dataverse*, v. 1, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.7910/DVN/MD32HE>. Acesso em: 28 jul. 2021.

HANAI, Jorge Leal; EMMENDOERFER, Magnus Luiz; CUNHA, Nina Rosa da Silveira. Análise Documental Ilustrada em Administração Pública: uma Proposta Operacional (Re)Aplicável. *Teoria E Prática Em Administração*, v. 10, n. 2, p. 23–41, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.21714/2238-104X2020v10i2-51394>. Acesso em: 28 jul. 2021.

HANSSON, Sven Ove; HADORN, Gertrude Hirsch (ed.). *The argumentative turn in policy analysis: Reasoning about uncertainty*. Springer, 2016.

HAO, Yu; CHEN, Yu-Fu; LIAO, Hua; *et al.* China's Fiscal Decentralization and Environmental Quality: Theory and an Empirical Study – Erratum. *Environment and Development Economics*, p. 1–1, 2019. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/environment-and-development-economics/article/chinas-fiscal-decentralization-and-environmental-quality-theory-and-an-empirical-study-erratum/34A8DBBF1E05DFE92FBA2B1C77FB9E28>. Acesso em: 16 jan. 2020.

HARGUINDÉGUY, Jean-Baptiste; RODRÍGUEZ, Gonzalo Sola; DÍAZ, José Cruz. Between justice and politics: the role of the Spanish Constitutional Court in the state of autonomies. *Territory, Politics, Governance*, v. 0, n. 0, p. 1–19, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/21622671.2018.1557073>. Acesso em: 13 jan. 2020.

HELLER, Gabriel. *Controle externo e separação de poderes na constituição de 1988: fundamentos e eficácia jurídica das determinações e recomendações do Tribunal de Contas*. UniCEUB, 2020. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/14503>. Acesso em: 29 nov. 2020.

LAZARI, Igor De; BOLONHA, Carlos; DIAS, Sergio. Medicamentos sem registros na ANVISA : uma abordagem institucional. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 3, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4736>. Acesso em: 28 nov. 2020.

LÓPEZ-LABORDA, Julio; RODRIGO, Fernando; SANZ-ARCEGA, Eduardo. Consensus and dissent in the resolution of conflicts of competence by the Spanish Constitutional Court: the role of federalism and ideology. *European Journal of Law and Economics*, v. 48, n. 3, p. 305–330, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s10657-019-09631-8>. Acesso em: 28 nov. 2020.

MACHADO, Marina Amaral de Ávila; ACURCIO, Francisco de Assis; BRANDÃO, Cristina Mariano Ruas; *et al.* Judicialization of access to medicines in Minas Gerais state, Southeastern Brazil. *Revista de Saúde Pública*, v. 45, n. 3, p. 590–598, 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0034-89102011000300018&lng=en&nrm=iso&tlng=en. Acesso em: 2 nov. 2019.

MÃES de pacientes que tomam remédio de alto custo protestam contra a falta de medicamentos em SP; 60% dos remédios estão com entrega pendente: Cerca de 400 mil pessoas foram afetadas. Dos 121 medicamentos distribuídos para farmácias de alto custo, 60% estão com entrega pendente. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/07/07/maes-de-pacientes-que-tomam-remedio-de-alto-custo-protestam-contr-a-falta-de-medicamentos-em-sp-60percent-dos-remedios-estao-com-entrega-pendente.gh.html>. Acesso em: 28 jul. 2021.

MBEMBE, Achille. *Necropolitics*. Duke University Press, 2019.

MELO, Álisson José Maia; DANTAS, Nathalia Aparecida Sousa. A sustentabilidade econômico-financeira das operadoras de planos de saúde diante da concessão indiscriminada de tutelas de urgência no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 3, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5699>. Acesso em: 28 nov. 2020.

MENDES, A.; MARQUES, R.M. O financiamento do SUS sob os “ventos” da financeirização. *Ciênc. saúde coletiva* [online], v. 14, n. 3, p. 843. 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1413-81232009000300019>. Acesso em: 30 jul. 2021.

NUNES, Danilo Henrique; ABÍLIO, Adriana Galvão; SILVA, Gustavo Costa. Conflitos entre o dever do Estado à prestação de saúde universal e a liberdade religiosa de testemunha de Jeová: estudo de caso do recurso extraordinário nº 979742/AM. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, v. 23, n. 37, 2020. Disponível em: <https://revistas.anchieta.br/index.php/DireitosFundamentais/article/view/1518>. Acesso em: 30 jul. 2021.

NUNES, Danilo Henrique; LEHFELD, Lucas Souza. Saúde e doenças raras: análise de judicialização acerca do acesso ao tratamento e suas limitações. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 1, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v11i1.6538>. Acesso em: 30 jul. 2021.

OATES, Wallace E. An Essay on Fiscal Federalism. *Journal of Economic Literature*, v. 37, n. 3, p. 1120–1149, 1999. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2564874>. Acesso em: 16 jan. 2020.

OATES, Wallace E. *Fiscal federalism*. New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1972.

OATES, Wallace. E. An Essay on Fiscal Federalism. *Journal of Economic Literature*, v. 37, n. 3, p. 1120–1149, 1999. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/2564874?seq=1#metadata_info_tab_contents. Acesso em: 30 jul. 2021.

PAPADOPOULOU, Constatntino et al. Effect of enzyme replacement therapy with alglucosidase alfa (Myozyme®) in 12 patients with advanced late-onset Pompe disease. *Molecular Genetics and Metabolism*, v. 122, n. 2, p. 81, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.ymgme.2017.06.007>. Acesso em: 28 jul. 2021.

PESSÔA, Tatiane de Fátima Silva; RICHTER, Daniela. A judicialização da política de saúde como forma de garantir sua efetividade por parte do Estado frente à recente decisão do STF no Recurso Extraordinário (RE) 566471. *Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 6, n. 1, p. 91-107, 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0111/2020.v6i1.6656>. Acesso em: 28 jul. 2021.

RAMOS, Edith Maria Barbosa; NETTO, Edson Barbosa de Miranda. O Federalismo e o Direito à saúde na Constituição Federal de 1988: limites e possibilidades ao estabelecimento de um autêntico federalismo sanitário cooperativo no Brasil. *Revista Jurídica*, v. 4, n. 49, p. 304–330, 2017. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2296>. Acesso em: 13 jan. 2020.

RIBEIRO, Leandro Molhano; HARTMANN, Ivar Alberto. Judicialization of the right to health and institutional changes in Brazil. *Journal of Constitutional Research*, v. 3, n. 3, p. 35–52, 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i3.48160>. Acesso em: 28 jul. 2021.

RIBEIRO, Wesley Carlos. A mediação como meio de resolução de conflitos na área de saúde. *Revista de Direito Sanitário*, v. 18, n. 3, p. 62, 2018. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/144648>. Acesso em: 12 fev. 2020.

RICHARDSON, J. *Handbook of Theory and Research for the Sociology of Education*, Westport, CT: Greenwood, p. 241–58, 1986.

SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. Atuação da defensoria pública na garantia do direito à saúde : a Judicialização como instrumento de acesso à saúde. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 3, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5726>. Acesso em: 2 nov. 2019.

SCHEINVAR, Estela; AGUIAR, Katia; DO NASCIMENTO, Maria Livia. The judicialization of life - essays on transgressions. *Arquivos Brasileiros De Psicologia*, v. 70, p. 3–5, 2018. Acesso em: 28 jul. 2021.

SCHWARTZ, Ida Vanessa Doederlin. Medicamentos de alto custo para doenças raras no Brasil: o exemplo das doenças lisossômicas. *Ciência Saúde Coletiva*, v. 15, n. 3, 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1413-81232010000900019>. Acesso em: 28 jul. 2021.

SILVA NETO, João Felipe da. O Direito fundamental à saúde e o Federalismo do SUS. *Caderno Virtual*, v. 2, n. 43, 2019. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/3442>. Acesso em: 13 jan. 2020.

SOARES, Márcia Miranda; MACHADO, José Ângelo. *Federalismo e políticas públicas*. 2018. Disponível em: <http://repositorio.enap.gov.br/jspui/handle/1/3331>. Acesso em: 29 nov. 2020.

SONODA, Lucas Yuji; HAWERROTH, Maria da Graça Lepre; MAIA, Maria Ambrosina Cardoso. A judicialização da saúde no acesso a medicamentos em uma cidade do interior de Minas Gerais. *Revista Eletrônica Acervo Saúde*, v. 12, n. 11, p. e4484–e4484, 2020. Disponível em: <https://www.acervomais.com.br/index.php/saude/article/view/4484>. Acesso em: 29 nov. 2020.

SOUZA, Celina Maria. Coordenação, uniformidade e autonomia na formulação de políticas públicas: experiências federativas no cenário internacional e nacional. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 35, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00046818>. Acesso em: 28 jul. 2021.

SOUZA, Celina Maria. Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988. *Revista de Sociologia e Política*, n. 24, p. 105–121, 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0104-44782005000100008&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 13 jan. 2020.

TEIXEIRA, Alex Fabiane. *Resultado fiscal dos municípios participantes de consórcios: uma análise sobre a influência da governança nas cortes de contas*. Tese (Doutorado) Universidade de Brasília (Unb), Brasília - DF, 2019. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/35740>. Acesso em: 13 jan. 2020.

TRETEL, Daniela Batalha; SCHEFFER, Mario Cesar. Judicialização de planos de saúde e posicionamentos dos tribunais: súmulas do Tribunal de Justiça de São Paulo e Superior Tribunal de Justiça sobre cobertura assistencial. *Revista de Direito do Consumidor*, 2020. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1069>. Acesso em: 29 nov. 2020.

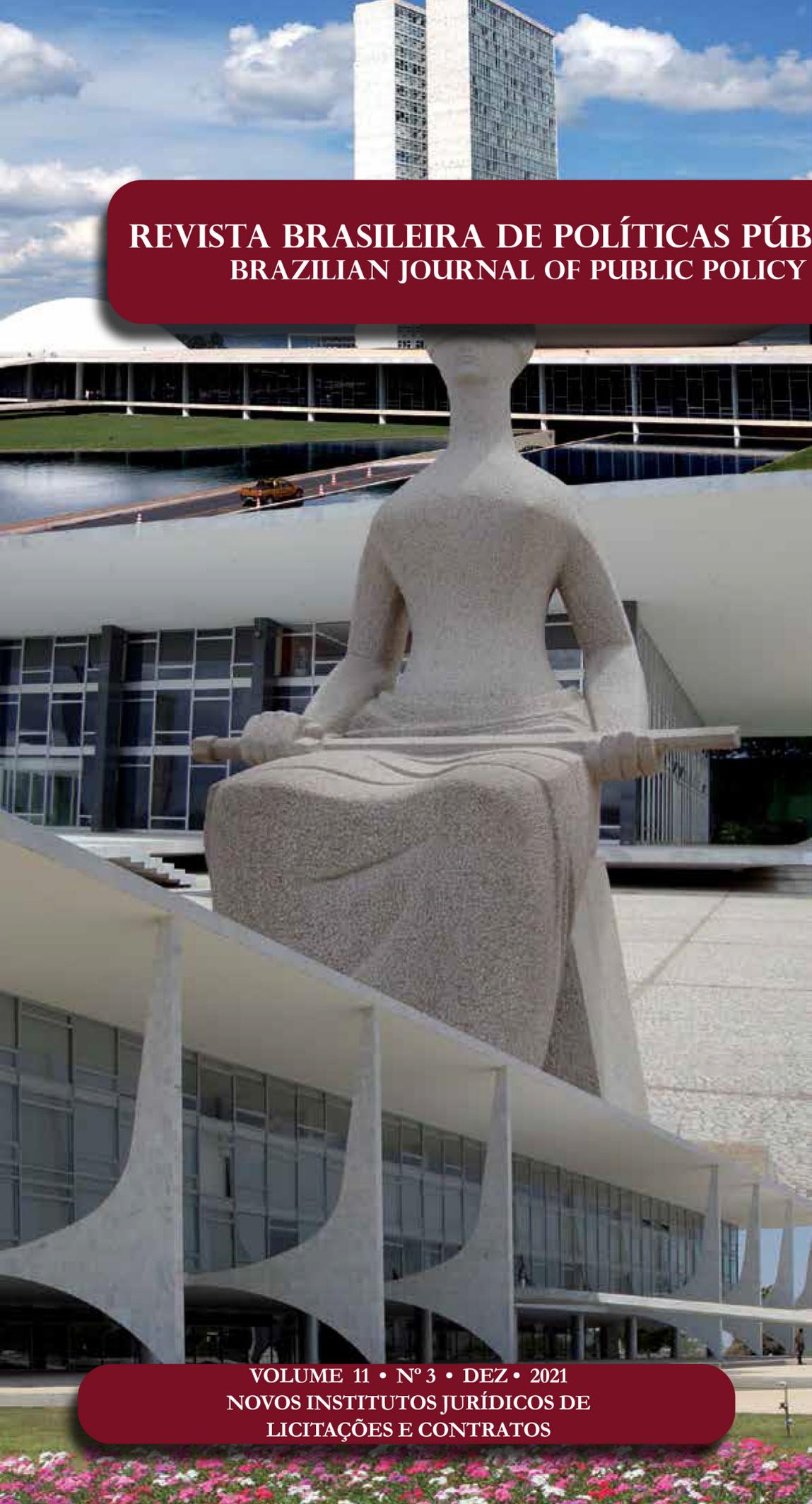
VASCONCELOS, N.P. solução do problema ou problema da solução? STF, CNJ e a judicialização da saúde. *REI – Revista Estudos Institucionais*, v. 6, n. 1, p. 83-108, abr. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.21783/rei.v6i1.461>. Acesso em: 28 jul. 2021.

VEÇOSO, Fabiana Fernandes Carvalho *et al.* A Pesquisa em Direito e as Bases Eletrônicas de Julgados dos Tribunais: matrizes de análise e aplicação no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 1, n. 1, 2014, p. 105-139. Disponível em: <https://revistareed.emnuvens.com.br/reed/article/view/10>. Acesso em: 26 jul. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.19092/reed.v1i1.10>. Acesso em: 28 jul. 2021.

VICENT RAJKUMAR, S. The high cost of prescription drugs: causes and solutions. *Blood Cancer Journal*, n. 10, v. 71, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1038/s41408-020-0338-x>. Acesso em: 28 jul. 2021.

Agradecimentos

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

O Ministério Público no enfrentamento dos reflexos da crise da covid-19: uma análise acerca da sua atuação judicial e extrajudicial no estado do Rio Grande do Norte

The public prosecution's office in facing the reflections of the covid-19 crisis: an analysis about its judicial and extrajudicial action in the state of Rio Grande do Norte

Raquel Maria da Costa Silveira

Ana Mônica Medeiros Ferreira

Flávio Luiz Carneiro Cavalcanti

Haroldo Helinski Holanda

VOLUME 11 • Nº 3 • DEZ • 2021
NOVOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE
LICITAÇÕES E CONTRATOS

O Ministério Público no enfrentamento dos reflexos da crise da covid-19: uma análise acerca da sua atuação judicial e extrajudicial no estado do Rio Grande do Norte*

The public prosecution's office in facing the reflections of the covid-19 crisis: an analysis about its judicial and extrajudicial action in the state of Rio Grande do Norte

Raquel Maria da Costa Silveira**

Ana Mônica Medeiros Ferreira***

Flávio Luiz Carneiro Cavalcanti****

Haroldo Helinski Holanda*****

* Recebido em 23/04/2021

Aprovado em 02/08/2021

Todos os autores são pesquisadores do projeto “Controle Judicial de Políticas Públicas a partir dos reflexos da pandemia da Covid-19: o papel do Poder Judiciário na etapa da implementação” (UFRN).

** Docente do Departamento de Políticas Públicas, atuando na Graduação em Gestão de Políticas Públicas e no Programa de Pós-Graduação em Estudos Urbanos e Regionais (UFRN), Doutora em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Pesquisadora do Observatório das Metrópoles (Núcleo Natal) e do Grupo de Pesquisa Estado e Políticas Públicas (UFRN).

E-mail: raquelmcsilveira@hotmail.com

*** Advogada. Professora do Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN) e Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNIRN). Doutora em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Doutoranda em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Portugal (FDUP). Pesquisadora do Observatório das Metrópoles (Núcleo Natal) e do Grupo de Pesquisa Estado e Políticas Públicas (UFRN).

E-mail: anamonicamf@gmail.com

**** Bacharel em Direito (UnP) e graduando em Gestão de Políticas Públicas (UFRN).

E-mail: flavio.carneiro.010@ufrn.edu.br

***** Bacharel em Ciências Contábeis (UnP) e graduando em Gestão de Políticas Públicas (UFRN).

E-mail: haroldohh@gmail.com

Resumo

O presente estudo objetivou compreender a atuação do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte a respeito do contexto da pandemia da COVID-19 entre março e setembro de 2020. Para tanto, foi realizado o levantamento das atividades do *Parquet* com base no portal de notícias do MPRN, considerando-se, na análise, o período de atuação; a classificação da medida; o tema; o recorte territorial da atuação; atores envolvidos e a etapa da política pública de cada medida analisada. Em seguida, classificaram-se as atividades do MPRN com base nas tipologias apontadas em Goulart¹; Coelho e Kozicki²; Silva³ e Da Ros⁴. Os resultados obtidos evidenciaram, de um lado, a preferência pelo diálogo a respeito das políticas públicas e da atuação extrajudicial em um contexto de crise sanitária e, de outro, a existência de conflitos internos que explicitaram a discricionariedade que caracteriza a atuação do Ministério Público no Brasil. Vale ressaltar que os dados se referem à atuação noticiada pela própria instituição, não abrangendo a totalidade do esforço realizado pelo MPRN no período da pesquisa.

Palavras-chave: Ministério Público; Atuação extrajudicial; Políticas públicas; Discricionariedade; COVID-19.

¹ GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia: teoria e práxis*. São Paulo: Led Editora de Direito, 1998.

² COELHO, Sérgio Reis; KOZICKI, Katya. O Ministério Público e as políticas públicas: definindo a agenda ou implementando as soluções? *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 40, n. 130, p. 373-394, jun. 2013.

³ SILVA, Cátia Aida. Promotores de justiça e novas formas de atuação em defesa de interesses sociais e coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 16, n. 45, p. 127-144, fev. 2001.

⁴ DA ROS, Luciano. Ministério público e sociedade civil no Brasil contemporâneo: em busca de um padrão de interação. *Revista Política Hoje*, Recife, v. 18, n. 1, 2009.

Abstract

This study aimed to understand the role of the Public Prosecutor's Office of the State of Rio Grande do Norte in the context of the COVID-19 pandemic between March and September 2020. Therefore, a survey of Parquet activities was carried out based on the portal of MPRN news, considering, in the analysis, the period of operation; the classification of the measure; the theme; the territorial cut of the performance; involved actors and the stage of public policy of each measure analyzed. Then, the activities of the MPRN were classified based on the typologies pointed out by Goulart; Coelho and Kozicki; Silva and Da Ros. The results obtained evidenced, on the one hand, the preference for dialogue regarding public policies and extrajudicial action in a context of sanitary crisis and, on the other, the existence of internal conflicts that explained the discretion that characterizes the performance of the Public Ministry in the Brazil. It is noteworthy that the data refer to the performance reported by the institution itself, not covering the entire effort made by the MPRN during the research period.

Keywords: Public Prosecutor's Office; Extrajudicial performance; Public policy; Discretion; COVID-19.

1 Introdução

A pandemia do coronavírus provocou crises e exacerbou desigualdades no Rio Grande do Norte. Além dos milhares de casos e das mortes provocadas pelo vírus, a necessidade de adoção de medidas restritivas provocou conflitos políticos e sociais no estado.

Nesse contexto, foi marcante a atuação realizada pelo Ministério Público estadual, sendo recorrentemente reportada a participação de um de seus representantes em reuniões com o Executivo estadual, ou, ainda, a realização de parcerias com outros atores. Foi intenso o diálogo realizado entre o Governo Estadual, Municípios, universidades, comitês científicos, setor produtivo, sociedade civil e Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte (MPRN). Contudo, as discordâncias entre os entes públicos e destes com atores privados também se mostraram evidentes. Mas, como se caracteriza a atuação do MPRN durante a crise? A massiva atuação representou, necessariamente, um extrapolamento das suas atribuições legais?

Nesse sentido, esta investigação objetivou compreender o perfil de atuação do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte no contexto da pandemia da covid-19 entre março e setembro de 2020.

O recorte temporal da pesquisa foi definido com base na observância do primeiro pico de casos no estado. O Rio Grande do Norte (RN) apresentou uma primeira onda de casos de março a setembro, com novo aumento entre os meses de outubro e novembro⁵. Assim, foi considerado o referido recorte temporal, que abrangue os primeiros registros de aumento e a primeira queda do número de casos no estado, observando-se o agravamento da pandemia em junho e julho de 2020.

Para fins de coleta de dados, realizou-se o levantamento das atividades do *Parquet* com base no portal de notícias do MPRN, considerando-se, na análise, o período de atuação; a classificação da medida; o tema; o recorte territorial da atuação; atores envolvidos e a etapa da política pública à qual se referiu a medida. Em seguida, foi possível classificar as atividades do MPRN com base nas tipologias apontadas inicialmente por Marcelo Pedroso Goulart⁶ e após por Sérgio Reis Coelho e Katya Kozicki⁷: Ministério Público demandista

⁵ VALENTIM, Ricardo *et al.* (org.). *Rio Grande do Norte: uma análise da epidemia da covid-19: análise da evolução da epidemia da covid-19 no estado do RN à luz da ciência de dados na saúde*. 2020. Disponível em: https://covid.lais.ufrn.br/publicacoes/Relatorio_covid-19-LAIS_UFRN_20201219.pdf Acesso em: 24 fev. 2021.

⁶ GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia: teoria e práxis*. São Paulo: Led Editora de Direito, 1998.

⁷ COELHO, Sérgio Reis; KOZICKI, Katya. O Ministério Público e as políticas públicas: definindo a agenda ou implementando as soluções? *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 40, n. 130, p. 373-394, jun. 2013.

e Ministério Público resolutivo; Cátia Silva⁸: Promotores de gabinete e Promotores de fatos e Luciano Da Ros⁹: Órgão tutelar; órgão de mediação e órgão protetor.

O artigo discute a expansão da função juspolítica protagonizada pelo Ministério Público com base no marco teórico mencionado, em decorrência da recente projeção da atuação judicial e extrajudicial da instituição no contexto da pandemia da COVID-19 com base na função exercida por Promotores e Procuradores de Justiça no Estado do Rio Grande do Norte. Trata-se de pesquisa que faz uso de raciocínio analítico, valendo-se de dados de natureza secundária, permitindo concluir que, para evitar o arbítrio e, consequentemente, desequilíbrios políticos e sociais, o Ministério Público adota um perfil institucional que potencializa a sua atuação, com foco na preparação para o exercício eficiente da condição de defensor do interesse público.

O presente artigo organiza-se, além desta introdução e das considerações finais, em três partes. Na primeira, será discutida a institucionalização da defesa do interesse público com base no papel do Ministério Público no Brasil. Em seguida, serão exploradas as características da atuação do MP e a sua relação com a discricionariedade, relacionando-se tais elementos com o contexto da pandemia da COVID-19. Por fim, serão apresentados os resultados da pesquisa realizada, possibilitando a análise da atuação do MPRN durante a crise sanitária.

2 A institucionalização da defesa do interesse público: o papel do Ministério Público no Brasil

O processo de redemocratização, no qual a elaboração da Constituição Federal de 1988 (CF88) foi inspirada, fez emergir o Ministério Público como uma instituição de grande prestígio na sociedade brasileira. Nos termos da carta cidadã, o órgão teve sua atuação ampliada para constituir-se como o meio mais eficiente de defesa do próprio regime democrático que se irrompia, para aplicação das leis e cumprimento dos direitos coletivos. Nesse sentido, o Ministério Público se notabilizou na luta pelos direitos dos cidadãos.

Antes da atual Constituição, incumbia ao Ministério Público o exercício de dupla função, representando judicialmente tanto o Estado quanto o interesse público, além de ser acusador na persecução penal¹⁰. Os incrementos em suas prerrogativas implicaram um processo de deslocamento constitucional e legal de suas funções em direção à defesa dos interesses de segmentos importantes da sociedade civil.

Sem dúvidas, trata-se de um novo perfil institucional atribuído nos termos dos artigos 127 e 129, da CF88, que lhe incumbem a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, promovendo a aplicação e a execução das leis. Portanto, as atribuições transbordam para além da responsabilidade pela ação penal pública junto aos tribunais.

Cabe, então, ao Ministério Público investigar e denunciar os atos contrários ao interesse público, na função de promotores e garantidores da cidadania. Nesse propósito de servir à sociedade e defender a coletividade, possui importante papel em prol da inclusão social.

Esse processo se dá em detrimento de atividades tradicionais, como órgão essencial à Justiça. Como dito por Abreu¹¹, “o Ministério Público deve ser o braço da inclusão do cidadão, atender mais ao público e buscar seu esforço distante do Poder Judiciário, sobremaneira moroso e lucrativo”. Diante disso, exige-se mais

⁸ SILVA, Cátia Aida. Promotores de justiça e novas formas de atuação em defesa de interesses sociais e coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 16, n. 45, p. 127-144, fev. 2001.

⁹ DA ROS, Luciano. Ministério público e sociedade civil no Brasil contemporâneo: em busca de um padrão de interação. *Revista Política Hoje*, Recife, v. 18, n. 1, 2009.

¹⁰ DA ROS, Luciano. Ministério público e sociedade civil no Brasil contemporâneo: em busca de um padrão de interação. *Revista Política Hoje*, Recife, v. 18, n. 1, 2009.

¹¹ ABREU, Alzira Alves de. *O que é o Ministério Público?* Rio de Janeiro: FGV, 2010. p.73.

eficácia social de sua atuação em função da existência da grande demanda reprimida de ações não resolvidas pelo Poder Judiciário¹².

Processualmente, a previsão da Ação Civil Pública por força da Lei n.º 7.347/85 agregou novas matérias passíveis da tutela judicial do Ministério Público, ampliando sobremaneira o raio de ação do órgão e finalmente colocando-o em contato direto com a representação judicial dos interesses de amplos segmentos da sociedade¹³.

O valor e a missão do Ministério Público se vinculavam à sua capacidade de intervenção judicial, notadamente na função de *custos legis* ou de persecução criminal¹⁴. Marcadamente após a promulgação da CF88, consolidou-se, então, um novo perfil institucional, assumindo relevantes funções na redefinição de seu papel perante a sociedade e o próprio sistema de justiça, compreendidas no eixo expansionista da noção de cidadania. Esse movimento demanda o reconhecimento de novos direitos e o aumento contínuo de reivindicações postas ao poder público, especialmente sobre a execução de políticas públicas. É percebido, então, um novo instrumento de concretização do interesse público.

Enquanto instituição autônoma e permanente projetada para a defesa dos interesses sociais e indisponíveis do Estado Democrático de Direito, o Ministério Público teve o rol de suas atribuições alargado, como também foi necessária a implementação de mecanismos de composição extrajudicial em sua atuação, consistindo em um foro privilegiado de resolução extrajudicial de conflitos que, via de regra, estavam na dependência da ação governamental e do Poder Judiciário para serem efetivados¹⁵.

Portanto, a CF88 trouxe atribuições ao Ministério Público por intermédio de seus Promotores e Procuradores; seja na área preventiva - enquanto tarefa de pacificação social e composição de conflitos - seja provocando a atuação jurisdicional, seja nela intervindo. Tanto numa das hipóteses como noutra, em todas suas atividades, o Ministério Público sempre deve atuar na defesa daquele interesse público primário, em busca de relevantes valores democráticos, em especial em busca do acesso do cidadão à prestação jurisdicional e à Justiça¹⁶.

Nesse novo cenário funcional, incluindo o papel de controle externo notadamente sobre o Poder Executivo, foi imprescindível a garantia de autonomia e independência funcional a seus membros frente a interesses políticos, e mesmo político-partidários, geralmente atrelados à defesa judicial dos interesses estatais.

Para Goulart¹⁷, o texto constitucional confere ao Ministério Público, portanto, uma missão de grande amplitude e relevância política, elevando a instituição ao patamar de co-construtor do projeto de democracia substantiva estabelecido pela CF88 exigindo uma atuação livre e independente para consolidação dos direitos sociais.

Essa mesma independência concedida pela Constituição Federal passa a ser alvo de críticas quando se expande para o exercício de suas funções politicamente engajadas. Compreendido como fenômeno de politização da justiça ou judicialização da política, aquele exercício abarca os efeitos da expansão de atuação dos órgãos do sistema de justiça no processo decisório das democracias contemporâneas¹⁸.

¹² GORDILHO, Heron José de Santana; SILVA, Marco Antonio Chaves da. Avaliando o novo Ministério Público Resolutivo. *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 85-99, jul./dez. 2018.

¹³ DA ROS, Luciano. Ministério público e sociedade civil no Brasil contemporâneo: em busca de um padrão de interação. *Revista Política Hoje*, Recife, v. 18, n. 1, 2009.

¹⁴ GORDILHO, Heron José de Santana; SILVA, Marco Antonio Chaves da. Avaliando o novo Ministério Público Resolutivo. *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 85-99, jul./dez. 2018.

¹⁵ GORDILHO, Heron José de Santana; SILVA, Marco Antonio Chaves da. Avaliando o novo Ministério Público Resolutivo. *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 85-99, jul./dez. 2018.

¹⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à Justiça e o Ministério Público*. 1989. Disponível em: <http://mazzilli.com.br/pages/artigos/acjusmp.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2021.

¹⁷ GOULART, Marcelo Pedros. *Ministério Público e democracia: teoria e práxis*. São Paulo: Led Editora de Direito, 1998.

¹⁸ MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002.

Assim, o engajamento político teria alcançado os membros do Ministério Público que se valeriam, tradicionalmente, do contencioso judicial para a defesa dos direitos sociais, implicando no entendimento de que se prefere essa via para a solução de conflitos.

A atuação do Ministério Público, marcadamente na defesa de direitos sociais, se pautaria na combinação de percepções pessimistas: hipossuficiência da sociedade de se defender autonomamente e sobre os poderes político-representativos que estariam corrompidos e/ou incapazes de cumprir suas funções¹⁹.

Em um aspecto endógeno, diz-se que há idealização do papel político do Ministério Público. Essa percepção se revela na incumbência de o MP representar a sociedade entendida como incapaz perante governos ineptos, que não cumprem o *enforcement* da lei, muito embora aos membros do *Parquet* não sejam outorgado mandato explícito e não contem com mecanismos de *accountability*²⁰.

Concomitante à crescente apropriação dos direitos de cidadania pela população, é verificado o desempenho de um papel de promotor de conscientização com vistas ao alargamento do acesso à justiça das demandas sociais, em especial as de natureza coletiva. Essa atuação denota que a institucionalização da democracia brasileira apresenta um déficit no seu modo de implementação. Isso resulta da predominância do Poder Executivo sobre o Legislativo e uma busca crescente de agentes sociais ao Poder Judiciário contra leis, práticas administrativas ou omissões tanto do Poder Executivo quanto do Legislativo²¹.

Independente e autônomo, mas não um quarto poder, o Ministério Público age em um complexo sistema de complementaridade e interdependência entre os poderes do Estado, a mídia, a sociedade civil organizada e os indivíduos²², redobrando sua relevância social como órgão constitucional considerado instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado. Ademais, conforme estabelecido no texto constitucional, é previsto o monopólio institucional das funções do Ministério Público, que somente podem ser exercidas por integrantes da carreira.

Ainda nesse sentido, o Ministério Público goza de ampla autonomia funcional e administrativa. A instituição tem competência e legitimidade para propor ao respectivo Poder Legislativo a criação e extinção dos seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira. Cumpre, ainda, ao próprio Ministério Público elaborar a sua proposta de orçamento dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias (art. 169, CF88).

Dessa forma, a independência funcional se reflete na possibilidade de cada membro definir suas prioridades e criar seus métodos próprios de trabalho, a ponto de se defender a inexistência de subordinação hierárquica no âmbito do Ministério Público. Nesse caminho, operam vários fatores, como suas convicções, saberes acumulados nas diferentes áreas de especialização e experiências adquiridas durante a carreira. É dizer, portanto, que, na formação do *ethos* próprio da ação dos promotores de justiça, as diferentes formas de atuação refletem distintas formações, opiniões políticas e cargos ocupados ao longo da profissão²³.

Ainda sobre a práxis ministerial, é relevante que se considere a sua autonomia, independência funcional e discricionariedade, constituindo-se esta como elemento primordial para a seleção e condução de casos concretos. A característica da discricionariedade afetaria sua atuação, refletindo-se, então, na garantia de direitos e nas políticas públicas, gerando consequências, inclusive, quanto ao próprio acesso à justiça. Isso porque o poder discricionário do membro do *Parquet* corresponde à permissividade de não investigar ou até mesmo processar, ceifando o encaminhamento de casos²⁴.

¹⁹ ARANTES, Rogério Bastos. Ministério Público na fronteira entre a justiça e a política. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 1, n. 197, p. 325-335, jul./dez. 2007.

²⁰ ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e Política no Brasil*. São Paulo: Educ, Sumaré, Fapesp, 2002.

²¹ VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

²² ABREU, Alzira Alves de. *O que é o Ministério Público?* Rio de Janeiro: FGV, 2010.

²³ SILVA, Cátia Aida. Promotores de justiça e novas formas de atuação em defesa de interesses sociais e coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 16, n. 45, p. 127-144, fev. 2001.

²⁴ OLIVEIRA, Vanessa Elias de; LOTTA, Gabriela; VASCONCELOS, Natália Pires de. Ministério Público, autonomia funcional

A independência funcional e a polissemia do termo interesse público, enquanto conceito jurídico indeterminado, concorrem para verificação dessa discricionariedade, refletindo no acesso à justiça, gerando a possibilidade de que Promotores e Procuradores escolham quais são os interesses e como serão protegidos. Assim, os membros do Ministério Público atuam como verdadeiros *gatekeepers* dos próprios serviços de justiça à população²⁵, seja no âmbito estadual, seja no âmbito nacional.

Assim, incita-se a análise de sua atuação em contextos específicos, remetendo a aspectos legais, gerenciais e contingenciais que permeiam as políticas públicas, materializando concepções até então abstratas de eficiência, justiça e responsividade²⁶.

Como se depreende, a discricionariedade do MP atinge o espectro alargado de atribuições e aparato do exercício de seu múnus, sobretudo quanto aos instrumentos extrajudiciais. Nesse contexto, analisamos a atuação institucional do MP e o exercício de suas funções considerando-se sua autonomia e atribuições para o enfrentamento da pandemia da COVID-19.

3 Características da atuação do Ministério Público: autonomia e atribuições entre limites e possibilidades na crise sanitária

Diante da pandemia provocada pelo novo coronavírus, os conflitos sociais evidenciaram-se no Brasil, requerendo-se, às vezes, a atuação do MP na defesa de Direitos Fundamentais e Sociais.

As medidas preventivas decorrentes da crise atingiram a convivência em comunidade em razão de sua transmissibilidade. Nesse contexto, emergiu a necessidade do isolamento e proteção sanitária em fronteiras entre países, até então minimizadas em face da globalização e seus intensos fluxos de mercadorias, pessoas e capitais.

Por sua vez, o Ministério Público teve suas fronteiras institucionais desafiadas para a defesa dos interesses metaindividuais, sobretudo, quando se demandam ações sobre políticas públicas com interferência em matéria originariamente reservada a gestores públicos. Nesse cenário, o debate em torno dos limites de atuação ministerial novamente ganhou destaque.

Em decorrência disso, a atuação do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), por intermédio da Recomendação Conjunta PRESI-CN n.º 2, de 18 de junho de 2020, evidenciou a legitimidade do Ministério Público para assegurar e defender, proativa e resolutivamente, os direitos fundamentais. Em seu texto, o órgão reafirmou a independência funcional de seus membros, ao passo que recomendou atenção para os limites das suas funções institucionais e a adoção de critérios na fiscalização de políticas públicas. A recomendação se destina a evitar a indevida invasão das atribuições alheias e a multiplicação de conflitos daí resultantes.

A referida recomendação se ampara no Estado Democrático de Direito brasileiro, voltado à garantia de direitos sociais como valores supremos de uma sociedade fraterna. Contudo, reconhece-se o aumento dos conflitos de atribuição entre os diversos ramos e unidades do Ministério Público no Brasil, o que se tornou mais evidente durante a pandemia provocada pelo novo coronavírus. Nesse sentido, o CNMP ressaltou que

e discricionariedade: ampla atuação em políticas públicas, baixa *accountability*. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 181-195, abr. 2020.

²⁵ OLIVEIRA, Vanessa Elias de; LOTTA, Gabriela; VASCONCELOS, Natália Pires de. Ministério Público, autonomia funcional e discricionariedade: ampla atuação em políticas públicas, baixa *accountability*. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 181-195, abr. 2020.

²⁶ OLIVEIRA, Vanessa Elias de; LOTTA, Gabriela; VASCONCELOS, Natália Pires de. Ministério Público, autonomia funcional e discricionariedade: ampla atuação em políticas públicas, baixa *accountability*. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 181-195, abr. 2020.

a efetivação das políticas públicas é atribuição exclusiva do Executivo, que o faz por meio de atos administrativos de gestão, reservando-se os atos judiciais ou de controle a finalidade distinta.

Nesse sentido, a recomendação do CNMP²⁷ explicitou que “a função ministerial é de controle e não de execução, e a decisão administrativa é parte fundamental da cadeia de execução da política pública” de forma que “a decisão administrativa em geral, e na execução de políticas públicas em particular, é atribuição exclusiva do gestor”.

De forma ainda mais evidente, o CNMP buscou orientar a conduta dos agentes ministeriais, destacando que a tomada de decisão acerca de um problema público cumpre ao gestor. Nesse sentido, a instituição aponta a necessidade de que promotores e procuradores busquem, em sua atuação, “compatibilizar a capacidade de iniciativa, a independência funcional dos membros do Ministério Público, a autonomia funcional e administrativa, a unidade do Ministério Público e a necessidade de uma atuação coordenada”²⁸.

Diante de tais elementos, a instituição recomenda aos membros do Ministério Público brasileiro que atentem para os limites de suas funções institucionais, evitando-se a invasão indevida das atribuições de outros atores e a multiplicação de conflitos. Nesse sentido, cabe, igualmente, aos membros do MP respeitar a autonomia administrativa do gestor na fiscalização de atos de execução de políticas públicas. A resolução em comento é resultante de um debate que há algum tempo vem sendo explicitado por teóricos do tema.

O artigo 4º da Resolução supracitada recomenda aos membros do Ministério Público brasileiro a ampliação do diálogo interinstitucional, especialmente com os órgãos fiscalizados, como meio de fortalecer o controle proativo e resolutivo da política pública, bem como viabilizar e racionalizar o acesso às informações.

Em outras palavras, a perspectiva de diálogo interinstitucional para dar maior efetividade às políticas públicas está de acordo com a ideia de Ministério Público resolutivo e mediador de conflitos discutida no âmbito teórico.

Nesse sentido e alinhado ao perfil constitucional desenhado para o Ministério Público, Goulart²⁹ sustenta que existem dois modelos de Ministério Público: o demandista e o resolutivo. Para esse autor, o Ministério Público demandista atua perante o Poder Judiciário como agente processual, transferindo a esse órgão a resolução de problemas sociais. Enquanto o Ministério Público resolutivo atua no plano extrajudicial, como um grande intermediador e pacificador da conflituosidade social.

Em sua análise, em relação aos diversos avanços advindos do período posterior ao ano de 1988, o Ministério Público demandista é o que, ainda, prevalece, o que de certa forma, afirma o autor, é desastroso, já que o Judiciário, ainda, responde muito mal às demandas que envolvam os direitos massificados³⁰.

Coelho e Kozicki³¹, por sua vez, refletiram sobre qual o papel destinado ao Ministério Público no que tange à resolução de problemas públicos. Os referidos autores partem de inquietação em torno da atuação ministerial como responsável pela criação de políticas públicas que foram sonegadas à sociedade civil, considerando-se que tais estratégias devem resultar de um processo complexo, que envolve tempo, equipamentos e recursos públicos.

Para os autores, a atuação ministerial que pauta o processo de formulação da política representa um excesso da atuação do Ministério Público. Dessa forma,

²⁷ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Recomendação Conjunta PRESI-CN nº 02, de 18 de junho de 2020*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-separador/atos-e-normas-resultados> Acesso em: 27 jan. 2021.

²⁸ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Recomendação Conjunta PRESI-CN nº 02, de 18 de junho de 2020*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-separador/atos-e-normas-resultados> Acesso em: 27 jan. 2021.

²⁹ GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia: teoria e práxis*. São Paulo: Led Editora de Direito, 1998.

³⁰ GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia: teoria e práxis*. São Paulo: Led Editora de Direito, 1998.

³¹ COELHO, Sérgio Reis; KOZICKI, Katya. O Ministério Público e as políticas públicas: definindo a agenda ou implementando as soluções?. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 40, n. 130, p. 373-394, jun. 2013.

A decisão judicial que julga procedente uma ação coletiva não tem, somente por esse motivo, ou seja, pela força da jurisdição, o poder de implementar uma política pública, substituindo, assim, o intrincado e demorado processo de sua formulação.

Como afirmam, a atuação do MP e as decisões judiciais devem restringir sua influência à definição da agenda, ressaltando os problemas a serem priorizados e pressionando a atuação estatal para a resolução dos conflitos³².

Na concepção de Coelho e Kozicki³³, a propósito de uma vocação democrática, o *locus* ministerial lida com problemas de distintas origens, dialoga com os mais diferentes grupos sociais e intermedia disputas e conflitos. Nesse sentido, a atuação do Ministério Público aprofunda o exercício de suas atribuições no intuito de resguardar o interesse público e de transformar a realidade.

Com base nisso, os autores aprofundam as análises e o debate acerca das duas classificações para a atuação do órgão ministerial sugerida por Goulart³⁴: Ministério Público demandista e Ministério Público resolutivo. A primeira refere-se à atuação tradicional perante o Poder Judiciário, “transferindo a este a resolução dos problemas sociais que chegam ao seu conhecimento”. A segunda classificação relaciona-se à atuação extrajudicial, voltada à resolução de contendas sociais a partir de instrumentos próprios, previstos legalmente, a exemplo do termo de ajuste de conduta, as recomendações, os acordos extrajudiciais etc.³⁵.

Aduzem, ainda, que ambas as atuações são fundamentais, quando realizadas na medida das competências o papel resolutivo exercido pelo Ministério Público é da maior relevância, principalmente nas questões que envolvem direitos coletivos, pois o Poder Judiciário brasileiro tem demonstrado certa aversão a esse tipo de ações, mesmo um despreparo para lidar com conflitos coletivos, o que se reflete no pequeno número de ações coletivas que são julgadas em comparação com as ações individuais, tornando imprescindível a atuação preventiva do Ministério Público³⁶.

Alguns questionamentos importantes originam-se das reflexões dos autores, e, com base nelas, podemos refletir: qual seria a postura adequada do Ministério Público na interação com os atores que permeiam as políticas públicas? Coelho e Kozicki³⁷ destacam ser inaceitável perceber o MP como um formulador ou um implementador de políticas públicas, devendo tal instituição, por sua vez, resguardar-se enquanto “um formador de pauta”.

Para o debate em torno desse tema, as ideias de Da Ros³⁸ nos oferecem outra possibilidade de análise. Para o referido autor, é possível perceber a atuação ministerial como órgão tutelar, órgão protetor ou órgão de mediação.

Na percepção como órgão tutelar, ressalta-se o papel negativo da atuação do órgão ministerial em face da sociedade civil. Isso porque, ao representar a sociedade civil, o Ministério Público buscaria substituí-la. Com isso, avoca-se, portanto, titular exclusivo com capacidade de proteger os interesses daquela e de agir em busca de um bem público que sobrepuja as motivações particulares.

³² COELHO, Sérgio Reis; KOZICKI, Katya. O Ministério Público e as políticas públicas: definindo a agenda ou implementando as soluções?. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 40, n. 130, p. 373-394, jun. 2013. p.376.

³³ COELHO, Sérgio Reis; KOZICKI, Katya. O Ministério Público e as políticas públicas: definindo a agenda ou implementando as soluções?. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 40, n. 130, p. 373-394, jun. 2013.

³⁴ GOULART, Marcelo Pedrosa. *Ministério Público e democracia: teoria e práxis*. São Paulo: Led Editora de Direito, 1998.

³⁵ COELHO, Sérgio Reis; KOZICKI, Katya. O Ministério Público e as políticas públicas: definindo a agenda ou implementando as soluções?. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 40, n. 130, p. 373-394, jun. 2013. p. 385.

³⁶ COELHO, Sérgio Reis; KOZICKI, Katya. O Ministério Público e as políticas públicas: definindo a agenda ou implementando as soluções?. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 40, n. 130, p. 373-394, jun. 2013. p. 385.

³⁷ COELHO, Sérgio Reis; KOZICKI, Katya. O Ministério Público e as políticas públicas: definindo a agenda ou implementando as soluções?. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 40, n. 130, p. 373-394, jun. 2013. p. 391.

³⁸ DA ROS, Luciano. Ministério público e sociedade civil no Brasil contemporâneo: em busca de um padrão de interação. *Revista Política Hoje*, Recife, v. 18, n. 1, 2009.

Por sua vez, tem-se uma visão otimista quando se projeta sobre o Ministério Público uma função protetora de minorias e de diversos grupos componentes da sociedade civil. Sob essa ótica, explicita-se um potencial transformador da realidade social a partir de sua atuação. Nesse caso, o MP representa uma instância que possibilita o diálogo entre os movimentos sociais e o Estado, e potencializa mudanças na relação Sociedade-Estado e na realidade social. Desse modo, é possível denotar o empenho com um ideal profundo de transformação e não apenas com a convencional meta de representação de interesses.

O terceiro enquadramento, enquanto órgão mediador, se revela na hipótese de o *Parquet* não poder ser delimitado como substituto da sociedade civil, tampouco como agente impulsionador de transformações sociais relevantes. Acredita-se, nesse caso, na sua atuação como

Órgão de mediação entre vários setores da sociedade e do Estado, sendo capaz, por sua posição estratégica na arquitetura institucional, de promover coordenação entre vários grupos de interesses e movimentos sociais sem se tornar, contudo, insensível a eles.³⁹

Como outra tipologia da atuação ministerial, destacam-se as classificações de Silva⁴⁰, em Promotores de gabinete e Promotores de fatos, focando nas atribuições dos Promotores de Justiça dentro do campo dos interesses metaindividuais.

Com base no modelo institucional criado nas décadas de 1980 e 1990, a autora define promotor de gabinete como aquele que, embora faça uso de procedimentos extrajudiciais em seu mister, atribui magnitude à proposição de medidas judiciais e ao exame e parecer dos feitos judiciais de que se encarrega. Assim, este não utiliza os procedimentos extrajudiciais como ferramentas de negociação, articulação e mobilização. No entanto, não se esquivava de realizar fiscalizações e de propor iniciativas específicas diante de irregularidades ou denúncias.

Ao revés, o promotor de fatos prioriza o uso de procedimentos extrajudiciais, instigando recursos comunitários, provocando organismos governamentais e não-governamentais na condição de articulador político. Por isso, o uso contínuo daqueles procedimentos geraria vínculo estreito entre o membro ministerial e órgãos do governo. Além disso, o promotor de fatos teria de, por hábito, definir prioridades e estabelecer estratégias, inclinando-se à execução de projetos.

Ambos consideram as medidas judiciais como a última solução, em razão da lentidão e imprevisibilidade dos resultados. Contudo, podem ser verificadas posições distintas motivadas pela insatisfação com as respostas do Poder Judiciário por fatores diversos: o *promotor de gabinete* tende a evitar medidas judiciais relacionadas aos poderes públicos, ou seja, demandas que envolvam implementação de programas e serviços públicos. O *promotor de fatos* também evita a via judicial, mas explora os procedimentos extrajudiciais para mobilizar, articular, pressionar e negociar junto a organismos governamentais e não-governamentais, priorizando demandas de impacto coletivo e alargando o seu papel como agente que atua conjuntamente com organizações sociais e grupos locais⁴¹.

As tipologias referidas destacam-se como importantes balizadores para o estudo da atuação do Ministério Público nas mais diversas realidades. Nesse sentido, a seguir, analisaremos o caso do Rio Grande do Norte no contexto da pandemia da COVID-19.

³⁹ DA ROS, Luciano. Ministério público e sociedade civil no Brasil contemporâneo: em busca de um padrão de interação. *Revista Política Hoje*, Recife, v. 18, n. 1, 2009. p. 42.

⁴⁰ SILVA, Cátia Aida. Promotores de justiça e novas formas de atuação em defesa de interesses sociais e coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 16, n. 45, p. 127-144, fev. 2001.

⁴¹ SILVA, Cátia Aida. Promotores de justiça e novas formas de atuação em defesa de interesses sociais e coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 16, n. 45, p. 127-144, fev. 2001. p. 139.

4 O Ministério Público do Rio Grande do Norte em tempos de pandemia

O Estado do Rio Grande do Norte teve o primeiro caso confirmado do novo coronavírus em doze de março do ano de 2020, no dia seguinte à declaração de pandemia pela Organização Mundial de Saúde. Até o terceiro mês após o registro oficial da doença na China, não se verificava ainda transmissão local no Estado. Em vinte e oito de março do mesmo ano, na cidade de Mossoró/RN, ocorreu o primeiro óbito confirmado em razão do novo coronavírus.

Assim como no cenário nacional, os casos apresentaram alta a partir do mês de março, até julho de 2020. Quanto à taxa de transmissibilidade, a marca dos primeiros mil infectados foi atingida em quarenta e oito dias. Bastaram mais treze dias para dobrá-la e apenas mais nove dias para atingir quatro mil infectados. Em primeiro de julho de 2020, nos termos do Informe Epidemiológico Coronavírus (Covid-19) n.º 101⁴², todas as 167 (cento e sessenta e sete) cidades potiguares registraram casos confirmados do novo coronavírus.

Em razão da pandemia, a rotina dos potiguares foi modificada. Nesse período, serviços deixaram de ser prestados presencialmente, órgãos públicos alteraram o horário e modo de funcionamento; escolas públicas interromperam o ano letivo, eventos foram suspensos e o comércio fechado. Na primeira quinzena de maio de 2020, os reflexos na rede hospitalar começaram a ser percebidos com superlotação e falta de leitos de UTI para tratamento de casos da COVID-19 na rede pública estadual de saúde da capital⁴³.

De acordo com o Informe Epidemiológico Coronavírus (Covid-19) n.º 137⁴⁴, o número de óbitos por COVID-19 acumulados até doze de agosto de 2020 alcançou 2.019 (duas mil e dezenove) ocorrências. Em comparação com dados da violência no Estado, superou os números de vítimas por homicídio verificados nos anos 2018 e 2019: 1.963 (mil novecentos e sessenta e três) e 1.446 (mil quatrocentos e quarenta e seis) vítimas, respectivamente⁴⁵.

De junho a setembro de 2020, o RN repetiu o comportamento epidemiológico dos demais Estados nordestinos. Nesse sentido, alcançou-se um pico principal da primeira onda de infecção em junho e julho, seguido de uma queda sistemática e alongada, em um comportamento típico do processo de infecções diárias, constantes e sustentadas⁴⁶.

Ao longo do referido período, foram identificados conflitos relativos ao atendimento aos infectados, bem como em relação às medidas que buscavam frear o contágio, a exemplo da suspensão de funcionamento das atividades econômicas. Se, de um lado, foi possível identificar a ocorrência de parcerias entre o governo estadual e universidades⁴⁷ na busca por soluções para as crises geradas pela COVID-19; por outro lado, as discordâncias entre entes públicos e destes com o setor privado foram marcantes⁴⁸.

⁴² RIO GRANDE DO NORTE. Secretaria de Estado de Saúde Pública. *Informe Epidemiológico Coronavírus (Covid-19) n.º 101, 01/07/2020*. Disponível em: <http://www.adcon.rn.gov.br/ACERVO/sesap/DOC/DOC00000000234435.PDF> Acesso em: 10 fev. 2021.

⁴³ CECI, Mariana. *Leitos gerais públicos de UTI estão lotados em Natal, diz SESAP*. 2020. Disponível em: <http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/leitos-gerais-pablicos-de-uti-esta-o-lotados-em-natal-afirma-sesap-rn/479618> Acesso em: 11 fev. 2021.

⁴⁴ RIO GRANDE DO NORTE. Secretaria de Estado de Saúde Pública. *Informe Epidemiológico Coronavírus (Covid-19) n.º 137, 12/08/2020*. Disponível em: <http://www.adcon.rn.gov.br/ACERVO/sesap/DOC/DOC00000000237557.PDF> Acesso em: 10 fev. 2021.

⁴⁵ GOMES, Luiz Henrique. Em cinco meses, covid matou mais que a violência no RN. *Tribuna do Norte*, 2020. Disponível em: <http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/em-cinco-meses-covid-matou-mais-que-a-violencia-no-rn/487192>. Acesso em: 11 fev. 2021.

⁴⁶ NASCIMENTO JUNIOR, José Dias do. *RN tem pico de infecção sem precedentes e contabilizados na semana de 15 de outubro de 2020*. 2020. Disponível em: <https://jd-donascimento.medium.com/rn-tem-pico-de-contamina%C3%A7%C3%A3o-sem-precedentes-na-semana-de-15-de-outubro-cd9651dd05c5> Acesso em: 10 fev. 2021.

⁴⁷ ALMEIDA, Lindijane de Souza Bento *et al.* As universidades públicas brasileiras no contexto da pandemia: iniciativas e parcerias no enfrentamento da covid-19. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, São Paulo, v. 25, n. 82, p. 82-100, set./dez. 2020.

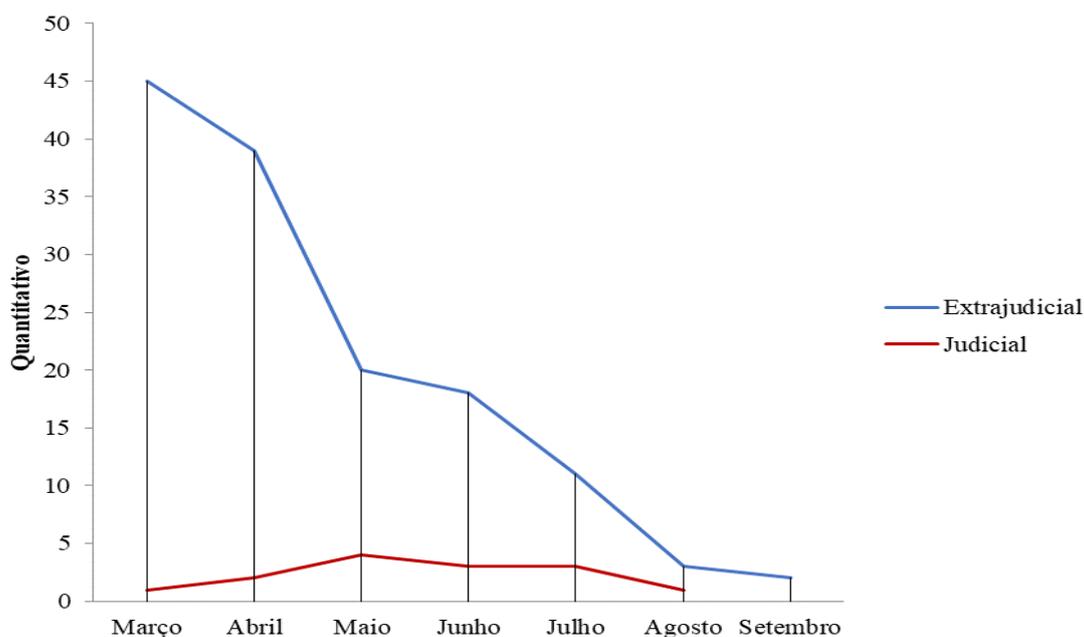
⁴⁸ SILVEIRA, Raquel Maria da Costa *et al.* Governança metropolitana em tempos de pandemia. In: CLEMENTINO, Maria do Livramento; ALMEIDA, Lindijane; SILVA, Brunno (orgs.). *Em tempos de pandemia: contribuições do Observatório das Metrôpoles: núcleo Natal*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2020.

Seja nos contextos de parcerias ou na mediação de conflitos, foi possível visualizar a atividade frequente do MPRN. Para fins de análise, o estudo da atuação do Ministério Público do Rio Grande do Norte, durante a pandemia da COVID-19, pautou-se na sistematização do conteúdo noticiado no portal de notícias <http://www.mprn.mp.br/portal/inicio/noticias> entre treze de março e treze de setembro de 2020. Ao todo, foram reportadas 152 (cento e cinquenta e duas) atividades, que não totalizam o universo da prática do MPRN no período, mas representam os destaques conferidos pela própria instituição.

O número de notícias relativas à pandemia da COVID-19 reportadas pelo sítio eletrônico reduziu-se ao longo dos meses, o que pode estar relacionado com a queda do número de casos no estado. Em março de 2020, 46 (quarenta e seis) atuações foram reportadas, enquanto que em agosto (último mês completo considerado na pesquisa), apenas 4 (quatro) foram atividades noticiadas. Até o dia treze de setembro, apenas 2 (duas) notícias haviam sido veiculadas.

A atuação do MPRN no período analisado se deu de forma, majoritariamente, extrajudicial. Do universo pesquisado, foram 138 (cento e trinta e oito) notícias de atuação ministerial fora do Poder Judiciário, correspondentes a 90,7% (noventa vírgula sete por cento) e 14 (catorze) reportagens que evidenciaram a judicialização, equivalente a 9,3% (nove vírgula três por cento). O gráfico abaixo evidencia que a atuação extrajudicial (relacionada com a COVID-19) teve forte declínio a partir do mês de abril, quando a atuação judicial iniciou discreto aumento.

Gráfico 1 – classificação da atuação do MPRN (março a setembro de 2020)



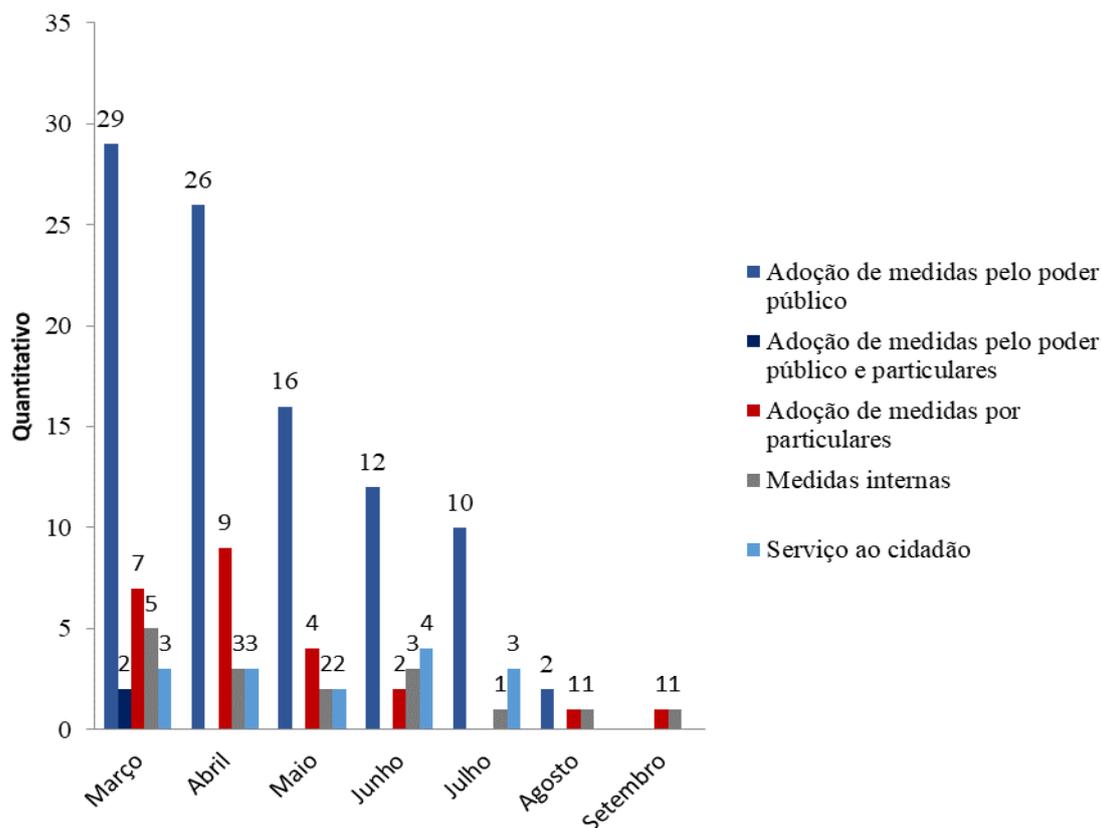
Fonte: elaboração própria com dados da pesquisa (2021).

Com foco tão somente no perfil de atuação, vale ressaltar que, no Gráfico 1, revela-se uma preferência do MPRN, ao decorrer do enfrentamento da crise sanitária, por medidas judiciais a partir do agravamento do cenário epidemiológico. A interpretação do gráfico não significa baixa atuação ministerial, mas sim apenas a redução do número de reportagens relativas à pandemia no período, inferindo-se uma atuação mais voltada ao monitoramento das políticas públicas do que à proposição de novas demandas.

Considerando-se o universo de notícias, é possível perceber que a maior parte da atuação estava voltada à adoção de medidas pelo poder público, seja em virtude da omissão ou de uma medida reportada como ilegal. Do total de 152 (cento e cinquenta e duas) atuações reportadas, 96 (noventa e seis), correspondentes a 63% (sessenta e três por cento), tinham como objeto a atuação estatal; 24 (vinte e quatro) enfocaram entidades particulares, equivalente a 15% (quinze por cento); 2 (duas) delas, ou seja 1,3% (um vírgula três por cento),

voltaram-se ao poder público e a particulares simultaneamente; e 30 (trinta), cerca de 6,5% (seis vírgula cinco por cento), consistiram em medidas internas ou na divulgação de serviços realizados pelo MPRN (Gráfico 2).

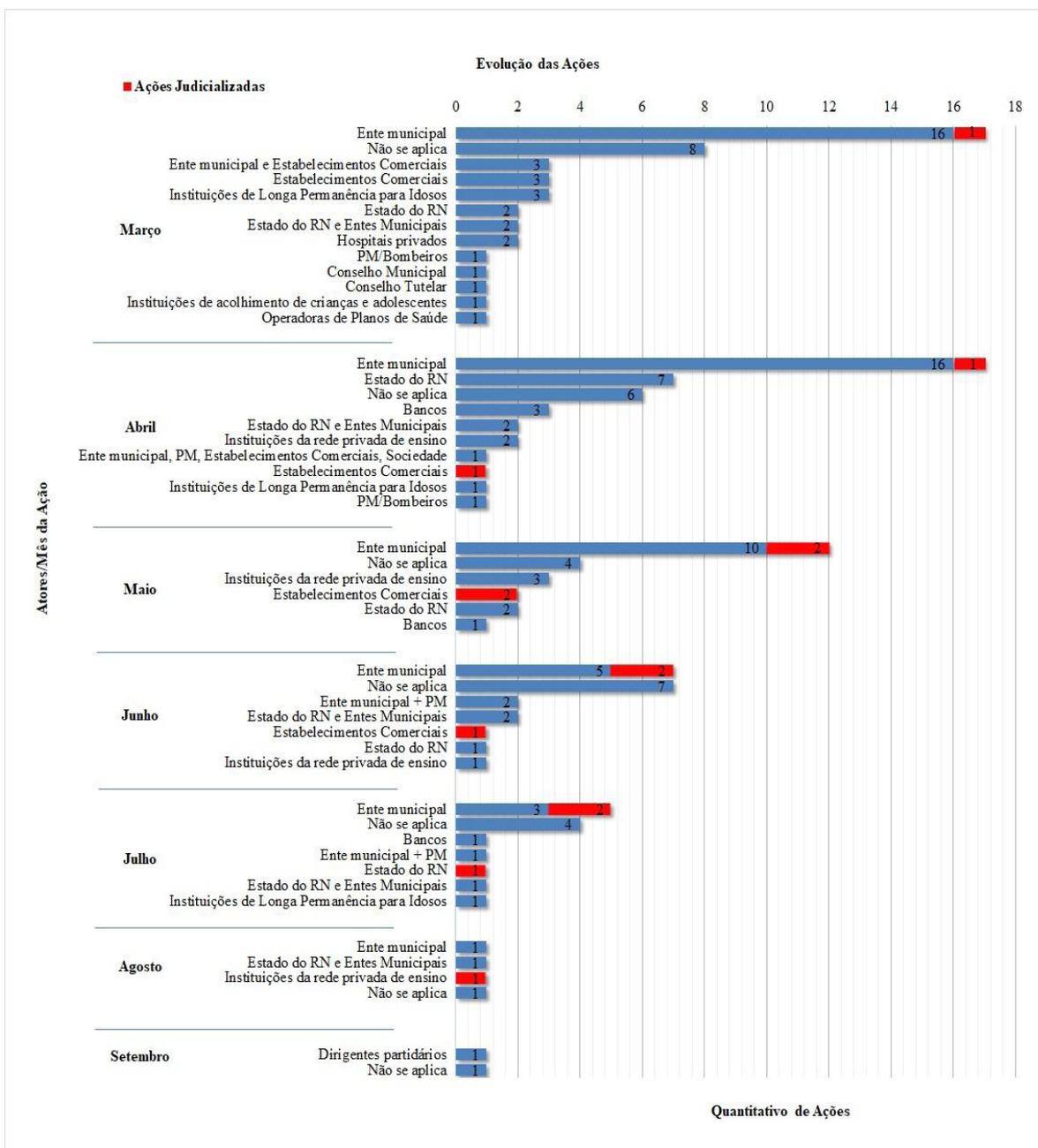
Gráfico 2 – quantitativo de atuações por objeto e mês



Fonte: elaboração própria com dados da pesquisa (2021).

Os entes municipais foram os atores mais demandados, seja judicial ou extrajudicialmente. O Gráfico 3 apresenta a distribuição do quantitativo de notícias considerando a classificação dos atores em categorias gerais. O rótulo “não se aplica” equivale a atuações administrativas internas, serviços ao cidadão e medidas que não se destinavam diretamente a nenhum ator específico. Ao todo, 74 (setenta e quatro) atuações envolviam entes municipais e 21 (vinte e uma) destinavam-se ao Governo do RN. A maior parte dessas atuações ocorreu entre os meses de março a junho e foram medidas extrajudiciais.

Gráfico 3 – atores demandados pelo MPRN por tipo de atuação e mês de análise (março a setembro de 2020)



Fonte: elaboração própria com dados da pesquisa (2021).

Foram catalogados 10 (dez) tipos de atuação: ajuizamento de ação civil pública (ACPs); colaboração com instituições; determinação interna; instauração de procedimento; nota conjunta; operação; orientação; recomendação; serviço ao cidadão e termo de ajustamento de conduta. A principal forma de atuação do MPRN entre os primeiros meses de pandemia foi a emissão de recomendação. Foram 90 (noventa) recomendações entre os meses pesquisados e 68% (sessenta e oito por cento) delas (61 atos) se concentraram entre os meses de março e abril de 2020, os quais correspondem aos primeiros dois meses de pandemia no estado. Em seguida, o segundo maior número de atuações se deu por determinações administrativas internas (16), concentradas entre os meses de março e junho (13), e o terceiro por meio de ações civis públicas, que totalizaram 13, concentradas, em sua maior parte (10 ACPs), nos meses de maio a julho de 2020.

Tabela 1 – quantitativo de atuações por tipo e mês (março a setembro de 2020)

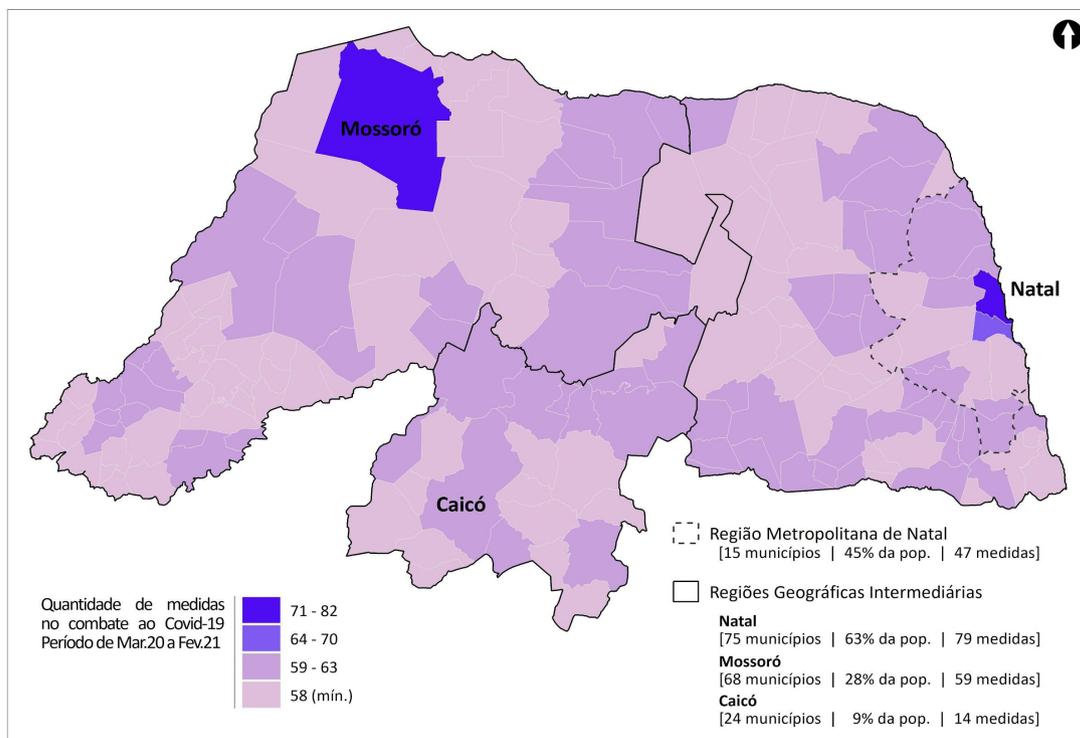
Tipos de atuação	Março	Abril	Maió	Junho	Julho	Agosto	Setembro	Total geral
Recomendação	32	29	13	9	5	1	1	90
Determinação interna	5	3	2	3	1	1	1	16
Serviço ao cidadão	4	2	2	4	2			14
ACP	1	1	4	3	3	1		13
TAC	1	3	3	1	1	1		10
Colaboração com instituições		2		1	1			4
Nota conjunta	1				1			2
Instauração de procedimento	1							1
Operação		1						1
Orientação	1							1
Total geral	46	41	24	21	14	4	2	152

Fonte: elaboração própria com dados da pesquisa (2021).

Das 90 (noventa) recomendações emitidas, 70 (setenta) tinham como objeto a atuação do poder público, equivalente a 78% (setenta e oito por cento); 18 (dezoito), ou seja, 20% (vinte por cento), voltavam-se ao setor privado e 2 (duas) delas, ou 2,2% (dois vírgula dois por cento), enfocaram a ação dos dois setores.

A atuação do MPRN foi difusa em todo o território estadual, embora as notícias tenham apontado uma concentração em Natal (a capital do estado) e Mossoró, as duas cidades mais populosas do RN. Para fins de análise, o mapa foi subdividido em 3 (três) regiões geográficas intermediárias, observando os núcleos urbanos principais e as cidades hierarquicamente dependentes: as regiões de Natal, Mossoró e Caicó. A região que tem como polo Natal abriga 75 (setenta e cinco) municípios e abrangeu 79 (setenta e nove) medidas, seguida pela região de Mossoró, com 68 (sessenta e oito) municípios e 59 (cinquenta e nove) menções nas reportagens e Caicó, que abrange 24 (vinte e quatro) municípios e 14 (quatorze) medidas. É possível perceber que o polo das regiões destacadas coincidiu com as localidades com o maior quantitativo de notícias reportadas, com exceção de Caicó. Na Região Metropolitana de Natal, por sua vez, destacaram-se os municípios de Natal e Parnamirim, primeiro e terceiro mais populosos do estado, respectivamente, concentrando, também, a atuação do MP durante o período analisado.

Mapa 1 – distribuição das medidas reportadas pelo MPRN no território do estado

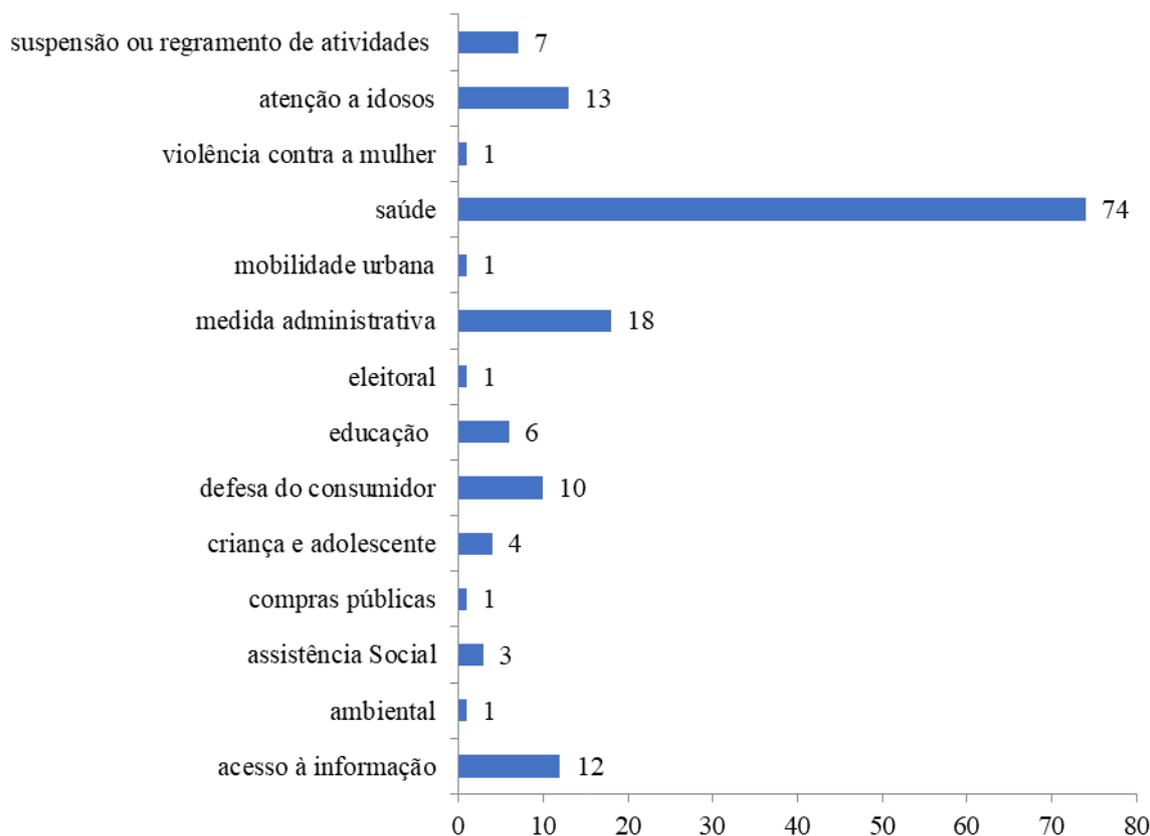


Fonte: elaboração própria com dados da pesquisa (2021).

As distintas gradações refletem o maior ou menor destaque conferido pelo portal de notícias em relação às atividades das promotorias, o que, por sua vez, pode ser decorrência de compassos e dinâmicas de atuação diferentes existentes na própria instituição. Tais diferenças também decorrem da autonomia conferida aos membros do MP e podem ser relacionadas como um efeito da discricionariedade que pode levar a desigualdades inscritas no próprio território.

Ainda buscando compreender o contexto em análise, foi elaborada uma classificação das reportagens de acordo com o fundamento e a finalidade. Com base nesse esforço, foi possível identificar que a maior parte da atuação se fundamentava no direito à saúde, sendo acompanhadas das medidas administrativas e da atuação voltada à garantia do direito do consumidor e com foco na suspensão de atividades.

Gráfico 4 – classificação das atividades por área de políticas públicas (março a setembro de 2020)



Fonte: elaboração própria com dados da pesquisa (2021).

Por fim, a pesquisa ainda se interessou em compreender a qual etapa das políticas públicas a atuação do MPRN se relacionava. A divisão de etapas se baseou no modelo de análise do ciclo de políticas públicas, o qual consiste em uma ferramenta heurística que subdivide o agir público em fases do processo político-administrativo. Há diferenças nas divisões das etapas na literatura sobre o tema. Por exemplo, Frey⁴⁹ destaca as fases de percepção e definição de problemas, “agenda-setting”, elaboração de programas e decisão, implementação de políticas e, finalmente, a avaliação e a eventual correção da ação.

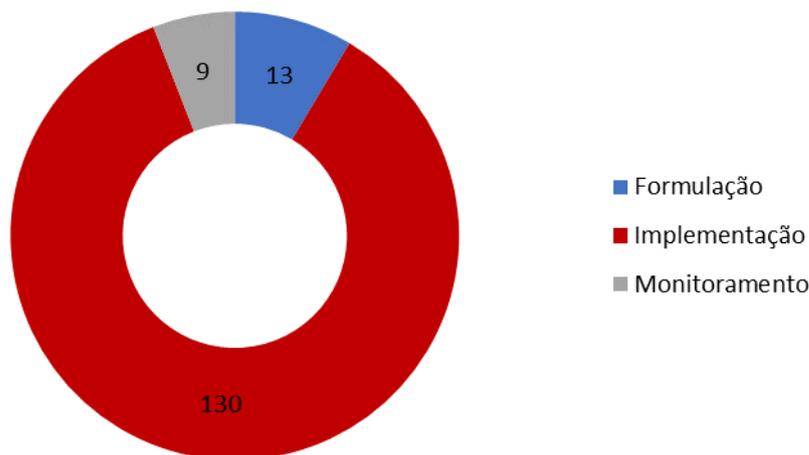
Na primeira etapa de percepção e definição de problemas, Frey⁵⁰ se refere a um grande número de demandas que se mostram apropriadas para um tratamento político. A etapa da “agenda-setting” é aquela em que uma demanda se torna, de fato, uma questão política a ser priorizada ou, como possibilidade, pode ser excluída ou adiada para um momento posterior. Na terceira etapa, elaboração de programas e de decisão, são escolhidas as alternativas para sanar os problemas e as questões políticas. Já a etapa de implementação consiste no momento de execução do planejamento realizado, organizando-se o aparelho administrativo e os recursos humanos, financeiros, materiais e tecnológicos para a concretização dos fins desejados. Por fim, a avaliação consiste em um julgamento acerca dos efeitos gerados pelas políticas, considerando critérios diversos como a eficiência, a eficácia e a efetividade.

⁴⁹ FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. *Revista Planejamento e Políticas Públicas*, Brasília, n. 21, p. 211-259, jun. 2000.

⁵⁰ FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. *Revista Planejamento e Políticas Públicas*, Brasília, n. 21, p. 211-259, jun. 2000.

De forma adaptada, na presente análise, as etapas foram consideradas como: definição de problemas; formulação; implementação; monitoramento e avaliação. Com base nos dados coletados, apenas 3 (três) fases concentraram a atuação do órgão pesquisado:

Gráfico 5 – distribuição da atuação por etapas das políticas públicas



Fonte: elaboração própria com dados da pesquisa (2021).

As medidas relativas à formulação, em regra, orientaram a adoção de novas estratégias de prevenção ao contágio do novo coronavírus; a elaboração e atualização de planos, programas, projetos e normativos, bem como a adoção de medidas (como a realização de campanhas). No âmbito da implementação, a atuação baseou-se na efetivação de normativos existentes e de políticas já formuladas, reforçando a importância de que as atividades de atores públicos e/ou privados observassem as diretrizes. No que tange ao monitoramento, destacam-se as ações de fiscalização, bem como aquelas que recomendaram a ação fiscalizatória por parte de organizações públicas.

Das 13 (treze) medidas constatadas na fase da formulação, nenhuma delas apresentou uma atuação que extrapolasse a competência fiscalizatória da instituição. As medidas restringiam-se a recomendar e orientar sobre a necessidade de adoção de medidas, sem estabelecer o conteúdo das políticas, respeitando-se, portanto, a atribuição exclusiva do Poder Executivo como responsável pela formulação das estratégias. Dessa forma, foi possível identificar o MPRN como “um formador de pauta”⁵¹, afastando-se de uma postura de mero formulador ou apenas implementador de políticas públicas. Assim, foi possível destacar o cumprimento e a observância da Recomendação Conjunta PRESI-CN n.º 2, de 18 de junho de 2020 (CNMP) em âmbito estadual no período pesquisado.

Após a visualização do cenário, com base nos dados apresentados, foi possível constatar, em síntese, uma atuação concentrada nos primeiros meses de pandemia (março a junho) e marcadamente extrajudicial. Entre março e agosto, a atuação teve como objeto principal as ações do poder público, existindo medidas, em menor proporção, voltadas às atividades do setor privado. No setor público, o destaque foram as medidas que abrangiam entes municipais como foco da atuação, seguindo-se do Governo Estadual. A maior parte delas, por sua vez, caracterizou-se como atuação extrajudicial voltada a ambas as escalas de governo. Foram 90 (noventa) recomendações expedidas no período pesquisado, contra 13 (treze) ACPs protocoladas em

⁵¹ COELHO, Sérgio Reis; KOZICKI, Katya. O Ministério Público e as políticas públicas: definindo a agenda ou implementando as soluções? *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 40, n. 130, p. 373-394, jun. 2013. p. 391.

desfavor de entidades públicas. As medidas adotadas abrangiam diversas áreas de atuação, concentrando-se, na etapa da implementação, ou seja, exigindo-se a execução de diretrizes já existentes.

O cenário estudado permitiu notar que, diante da pandemia, o poder discricionário do MPRN⁵² foi exercido e reafirmado, de forma geral, no sentido da pactuação. Os elementos contingenciais, certamente, favoreceram tal postura, confirmando os aspectos destacados por Oliveira, Lotta e Vasconcelos⁵³. No período da pesquisa, a discussão sobre o pacto federativo brasileiro esteve em evidência e o RN demonstrou casos que se classificaram como dissensos entre os entes municipais e o Governo Estadual. No seio dessas contendas, o MPRN atuou de forma a mediar tais conflitos entre os entes, bem como entre os setores público e privado⁵⁴.

A discricionariedade explicitou-se, inclusive, com base em dissensos evidenciados dentro da própria instituição que, embora tenham sido evidenciados após o recorte temporal desta pesquisa, merecem ser relatados. Já em 2021, após a publicação de novas medidas de contenção ao contágio do novo coronavírus pelo governo estadual (Decreto n.º 30.383 de 26 de fevereiro de 2021) divergentes das adotadas pela Prefeitura de Natal (Decreto n.º 12.179, de 6 de março de 2021), foi noticiada a impetração de Mandado de Segurança por promotor de Justiça da capital. O *writ* requereu a suspensão do toque de recolher estadual imposto e explicitou discordâncias entre o ente estadual e o Prefeito de Natal (contrário à restrição), notabilizando, também, a discricionariedade dos membros do MP, a qual pode, inclusive, gerar distintos posicionamentos internos.

No caso relatado, conforme noticiado pela mídia local, o Procurador-geral de Justiça (PGJ), atento ao agravamento da crise no estado, e considerando a relação de colaboração entre instituições, que vinha configurando a gestão da pandemia pelo Governo estadual, adentrou no processo, solicitando a desistência da ação e a sua extinção sem resolução do mérito⁵⁵. O argumento utilizado para tanto trazia elementos processuais como motivação, apontando-se que a competência para a impetração de mandado de segurança em desfavor de ato da Governadora perante o Tribunal de Justiça do RN seria do Procurador-geral de Justiça. Contudo, a leitura atenta do pedido de desistência interposto pelo PGJ demonstra a existência de entendimento, sobre a necessidade e legalidade do toque de recolher imposto pelo decreto estadual, contrário àquele defendido pelo Promotor de Justiça, na medida em que afirmou o PGJ⁵⁶:

por outro lado, ressalte-se que o 19º Promotor de Justiça da Comarca de Natal/RN, visando persuadir este Egrégio TJ-RN de que o estabelecimento do “toque de recolher” pelo decreto vergastado seria ilegal e inconstitucional, interpreta, equivocadamente, decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADPF n.º 672, que estabelece em sua parte dispositiva, claramente, a possibilidade de os Governos Estaduais, Distrital e Municipais, adotarem medidas restritivas à circulação de pessoas durante a pandemia, como forma de reduzir o número de infectados e de óbitos decorrentes da COVID-19.

Observou-se que a impetração do mandado de segurança significou o afastamento do Promotor de Justiça de uma função voltada à mediação, postura que caracterizou a atuação do MPRN durante a crise no

⁵² OLIVEIRA, Vanessa Elias de; LOTTA, Gabriela; VASCONCELOS, Natália Pires de. Ministério Público, autonomia funcional e discricionariedade: ampla atuação em políticas públicas, baixa *accountability*. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 181-195, abr. 2020.

⁵³ OLIVEIRA, Vanessa Elias de; LOTTA, Gabriela; VASCONCELOS, Natália Pires de. Ministério Público, autonomia funcional e discricionariedade: ampla atuação em políticas públicas, baixa *accountability*. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 181-195, abr. 2020.

⁵⁴ SILVEIRA, Raquel Maria da Costa *et al.* Governança metropolitana em tempos de pandemia. In: CLEMENTINO, Maria do Livramento; ALMEIDA, Lindijane; SILVA, Brunno (orgs.). *Em tempos de pandemia*. contribuições do Observatório das Metrópoles: núcleo Natal. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2020.

⁵⁵ MP-RN desautoriza promotor e pede desistência de ação que analisa toque de recolher. *Jurinews*, 2021. Disponível em: <https://jurinews.com.br/fogo-no-parquinho/mp-rn-desautoriza-promotor-e-pede-desistencia-do-ms-que-analisa-toque-de-recolher/> Acesso em: 12 mar. 2021.

⁵⁶ RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (Tribunal Pleno). *Pedido de desistência em Mandado de Segurança Cível n.º 0800094-47.2021.8.20.5400*. Relator: Des. Dirlemando Mota, 09 de março de 2021. Disponível em: <https://jurinews.com.br/wp-content/uploads/2021/03/Pedido-do-PGJ-de-desist%C3%A0ncia-do-MS.pdf> Acesso em: 12 mar. 2021.

estado. Por outro lado, a enérgica medida do Procurador Geral de Justiça reafirmou as bases da colaboração e o perfil identificado pela presente pesquisa. Contudo, o ocorrido representa a discricionariedade em seu sentido mais explícito. Se, por um lado, tal característica, decorrente da autonomia e independência funcional, pauta as escolhas acerca de quais casos “devem (e como devem) ser levados adiante pelo MP” e, dessa forma, “acabam abrindo ou fechando portas do Estado para determinados tipos de causas e de cidadãos”⁵⁷, o estudo do contexto potiguar evidenciou que tal característica pode, também, ser determinante para a própria coesão institucional.

Conforme destacado por Oliveira, Lotta e Vasconcelos⁵⁸, é justamente a independência funcional que gera a possibilidade de que cada membro possa definir suas prioridades e criar seus próprios métodos de atuação. Tal elemento marca a presença do MPRN na pandemia da COVID-19, sendo possível identificar que as diferentes formas de atuação decorrem de ideias, valores e percepções individuais sobre a crise.

Tais elementos, além de embasarem dissonâncias de atuações internas, também expressaram posicionamentos divergentes entre os atores do sistema de Justiça do estado. Nesse sentido, colaciona-se trecho da decisão Judicial que acatou a desistência requerida pelo MPRN e, ao mesmo tempo, explicitou a opinião do julgador acerca da política:

a esse respeito, ressalto, a título de obiter dictum, que, muito embora seja lícito ao Impetrante desistir, a qualquer momento, do mandado de segurança, e apesar do reconhecimento da legitimidade ativa do Procurador-Geral de Justiça como representante do Ministério Público para o presente mandado de segurança coletivo, o presente pedido de desistência não se conforma, a meu ver, com a necessária função institucional do Parquet na defesa da ordem democrática e dos direitos individuais indisponíveis.⁵⁹

A despeito de casos pontuais, como o acima referido, de modo geral, o estudo realizado permitiu identificar uma atuação aproximada da classificação de um “Ministério Público Resolutivo”⁶⁰, considerando-se a massiva atividade extrajudicial identificada por meio das 90 (noventa) recomendações noticiadas. Além disso, o perfil extrajudicial permitiu identificar os membros como “promotores de fatos”⁶¹, os quais, durante o período da pesquisa, estimularam e provocaram organismos governamentais, privados e não governamentais na condição de articuladores políticos e, também, de mediadores.

Ademais, nesse contexto, o Ministério Público do Rio Grande do Norte firmou importantes articulações interinstitucionais para acompanhar as medidas de enfrentamento à pandemia, bem como tem participado ativamente do comitê estadual que avalia diariamente o quadro da proliferação do vírus no estado. Como resultado desse esforço, a instituição publicou seis resoluções e três atos conjuntos, disciplinando as formas de trabalho para garantir a preservação da saúde de todos os integrantes e assegurar a prestação de serviço de qualidade para a população.

Entre as ações voltadas ao público, foi criada a Central de Atendimento ao Cidadão, que recebe as manifestações da população por meio de Whatsapp, ligação telefônica e correio eletrônico. Além disso, no site

⁵⁷ OLIVEIRA, Vanessa Elias de; LOTTA, Gabriela; VASCONCELOS, Natália Pires de. Ministério Público, autonomia funcional e discricionariedade: ampla atuação em políticas públicas, baixa *accountability*. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 181-195, abr. 2020. p. 186.

⁵⁸ OLIVEIRA, Vanessa Elias de; LOTTA, Gabriela; VASCONCELOS, Natália Pires de. Ministério Público, autonomia funcional e discricionariedade: ampla atuação em políticas públicas, baixa *accountability*. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 181-195, abr. 2020.

⁵⁹ RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. *Decisão monocrática em Mandado de Segurança Cível nº 0800094-47.2021.8.20.5400*. Relator: Des. Dirlemando Mota, 12 de março de 2021. Disponível em: <https://jurinews.com.br/wp-content/uploads/2021/03/DECIS%C3%83O-MS-coletivo-ilegitimidade-ativa-PmJ-homologa-desist%C3%AAncia-PGJ.pdf> Acesso em: 12 mar. 2021.

⁶⁰ COELHO, Sérgio Reis; KOZICKI, Katya. O Ministério Público e as políticas públicas: definindo a agenda ou implementando as soluções?. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 40, n. 130, p. 373-394, jun. 2013.

⁶¹ SILVA, Cátia Aida. Promotores de justiça e novas formas de atuação em defesa de interesses sociais e coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 16, n. 45, p. 127-144, fev. 2001.

institucional, o cidadão pode acessar todas as informações e serviços que o MPRN oferece e acompanhar a atuação institucional no combate ao coronavírus.

Entre as soluções inovadoras desenvolvidas para o enfrentamento da pandemia, também merece ser mencionado o aplicativo “Tô de Olho”, desenvolvido pelo MPRN em parceria com o Instituto Metrópole Digital, da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. A ferramenta traz informações sobre o quadro geral da pandemia no estado e pretende fazer um mapeamento das áreas de risco. Além disso, pela plataforma, qualquer cidadão pode mandar denúncias relativas ao descumprimento das normas de segurança à saúde para que sejam tomadas providências juntamente aos órgãos competentes.

Sugere-se, portanto, a ideia do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte enquanto importante órgão de mediação na perspectiva de Da Ros⁶². Conforme mencionado, para o referido autor, de forma geral, é possível perceber a atuação ministerial como “órgão tutelar”, “órgão protetor” ou “órgão de mediação”. Diante da superação da perspectiva meramente tutelar, este age além da proteção dos interesses coletivos e difusos, atuando em diversos momentos como um mediador dos conflitos sociais, o que ficou evidenciado no caso do RN durante o período analisado, principalmente quando privilegiou ações extrajudiciais e atuou como articulador político para pensar em estratégias colaborativas junto às gestões estadual e municipal para o enfrentamento da crise.

Nesse sentido, com base no referencial teórico adotado para a análise dos dados obtidos, a discricionariedade presente na instituição foi fator preponderante para o perfil identificado: um MP resolutivo^{63 64}, com a atuação de promotores de fato⁶⁵, caracterizando uma postura de mediação⁶⁶. Contudo, essa mesma discricionariedade tem o condão de alterar a dinâmica institucional harmônica e de promover desigualdades a partir de condutas rígidas e desatentas ao cenário político e social.

5 Considerações finais

A CF 88 trouxe, de um lado, um longo catálogo de direitos fundamentais e, de outro, redefiniu a atuação do Ministério Público, consagrando-o como instituição de defesa da sociedade e com a incumbência de velar pela efetividade daqueles direitos. A partir disso, no cumprimento de suas atribuições, as atividades do MP podem impactar nas políticas públicas, seja agindo em juízo ou fora dele. Sendo assim, revelam-se determinantes as garantias constitucionais da autonomia funcional e administrativa para o exercício de suas funções, conferindo-lhe discricionariedade e independência aos poderes públicos.

Seja na apreciação das relações sociais, seja na mediação de conflitos e tensões entre atores públicos, a atuação da instituição no contexto crítico e excepcional da pandemia do novo coronavírus buscou a efetividade de direitos em meio a uma gestão de crise complexa, com multiplicidade de atores envolvidos e de instâncias de decisão. Nesse contexto, foram verificados diferentes modelos de atuação do MPRN no desempenho de suas atribuições, permitindo sua classificação com base nas perspectivas de diversos autores.

Os instrumentos para sua atividade extrajudicial permitiram aos seus membros a adoção de estratégias inovadoras para solução de demandas, prestigiando uma atuação desburocratizada e voltada para a efeti-

⁶² DA ROS, Luciano. Ministério público e sociedade civil no Brasil contemporâneo: em busca de um padrão de interação. *Revista Política Hoje*, Recife, v. 18, n. 1, 2009.

⁶³ GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia: teoria e práxis*. São Paulo: Led Editora de Direito, 1998.

⁶⁴ COELHO, Sérgio Reis; KOZICKI, Katya. O Ministério Público e as políticas públicas: definindo a agenda ou implementando as soluções?. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 40, n. 130, p. 373-394, jun. 2013.

⁶⁵ SILVA, Cátia Aida. Promotores de justiça e novas formas de atuação em defesa de interesses sociais e coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 16, n. 45, p. 127-144, fev. 2001.

⁶⁶ DA ROS, Luciano. Ministério público e sociedade civil no Brasil contemporâneo: em busca de um padrão de interação. *Revista Política Hoje*, Recife, v. 18, n. 1, 2009.

vação dos direitos fundamentais, mesmo diante da complexidade inerente às políticas públicas em cenário pandêmico no Rio Grande do Norte. Atuando em várias etapas e áreas de políticas públicas, em colaboração com diferentes esferas de governo, o MPRN buscou assegurar os direitos coletivos, demonstrando capacidade de exercer suas atribuições de maneira efetiva, resguardando ao gestor público a responsabilidade de decisão.

Vale ressaltar que os resultados apresentados reforçaram estudos⁶⁷ sobre a discricionariedade que rege a atuação da instituição, indicando que tal característica pode se refletir em uma maior ou menor aproximação com o contexto de atuação, bem como com a possibilidade de geração de desigualdades.

Considerando-se continuidade do cenário de crise pesquisado, é fundamental o prosseguimento da investigação acerca do perfil de atuação do MPRN durante a crise da COVID-19, em relação à perspectiva de que surjam novas contribuições acerca do estudo da discricionariedade dentro da instituição. Além disso, sugere-se que novas análises possam ser realizadas no âmbito de outros estados, com o intuito de compreender se há uma padronização na atuação do Ministério Público a nível nacional.

Referências

- ABREU, Alzira Alves de. *O que é o Ministério Público?* Rio de Janeiro: FGV, 2010.
- ALMEIDA, Lindijane de Souza Bento *et al.* As universidades públicas brasileiras no contexto da pandemia: iniciativas e parcerias no enfrentamento da covid-19. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, São Paulo, v. 25, n. 82, p. 82-100, set./dez. 2020.
- ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e Política no Brasil*. São Paulo: Educ, Sumaré, Fapesp, 2002.
- ARANTES, Rogério Bastos. Ministério Público na fronteira entre a justiça e a política. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 1, n. 197, p. 325-335, jul./dez. 2007.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 27 jan. 2021.
- BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Recomendação Conjunta PRESI-CN nº 02, de 18 de junho de 2020*. Disponível em: <https://www.cnpm.mp.br/portal/atos-e-normas-separador/atos-e-normas-resultados> Acesso em: 27 jan. 2021.
- CECI, Mariana. *Leitos gerais públicos de UTI estão lotados em Natal, diz SESAP*. 2020. Disponível em: <http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/leitos-gerais-paublicos-de-uti-esta-o-lotados-em-natal-afirma-sesap-rn/479618> Acesso em: 11 fev. 2021.
- COELHO, Sérgio Reis; KOZICKI, Katya. O Ministério Público e as políticas públicas: definindo a agenda ou implementando as soluções?. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 40, n. 130, p. 373-394, jun. 2013.
- DA ROS, Luciano. Ministério público e sociedade civil no Brasil contemporâneo: em busca de um padrão de interação. *Revista Política Hoje*, Recife, v. 18, n. 1, 2009.
- FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. *Revista Planejamento e Políticas Públicas*, Brasília, n. 21, p. 211-259, jun. 2000.

⁶⁷ OLIVEIRA, Vanessa Elias de; LOTTA, Gabriela; VASCONCELOS, Natália Pires de. Ministério Público, autonomia funcional e discricionariedade: ampla atuação em políticas públicas, baixa *accountability*. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 181-195, abr. 2020.

GOMES, Luiz Henrique. Em cinco meses, covid matou mais que a violência no RN. *Tribuna do Norte*, 2020. Disponível em: <http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/em-cinco-meses-covid-matou-mais-que-a-violencia-no-rn/487192>. Acesso em: 11 fev. 2021.

GORDILHO, Heron José de Santana; SILVA, Marco Antonio Chaves da. Avaliando o novo Ministério Público Resolutivo. *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 85-99, jul./dez. 2018.

GOULART, Marcelo Pedrosa. *Ministério Público e democracia: teoria e práxis*. São Paulo: Led Editora de Direito, 1998.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à Justiça e o Ministério Público*. 1989. Disponível em: <http://mazzilli.com.br/pages/artigos/acjusmp.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2021.

MP-RN desautoriza promotor e pede desistência de ação que analisa toque de recolher. *JurineWS*, 2021. Disponível em: <https://jurinews.com.br/fogo-no-parquinho/mp-rn-desautoriza-promotor-e-pede-desistencia-do-ms-que-analisa-toque-de-recolher/> Acesso em: 12 mar. 2021.

NASCIMENTO JUNIOR, José Dias do. RN tem pico de infecção sem precedentes e contabilizados na semana de 15 de outubro de 2020. 2020. Disponível em: <https://jd-donascimento.medium.com/rn-tem-pico-de-contamina%C3%A7%C3%A3o-sem-precedentes-na-semana-de-15-de-outubro-cd9651dd05e5> Acesso em: 10 fev. 2021.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de; LOTTA, Gabriela; VASCONCELOS, Natália Pires de. Ministério Público, autonomia funcional e discricionariedade: ampla atuação em políticas públicas, baixa *accountability*. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 181-195, abr. 2020.

RIO GRANDE DO NORTE. Secretaria de Estado de Saúde Pública. *Informe Epidemiológico Coronavírus (Covid-19) nº 101, 01/07/2020*. Disponível em: <http://www.adcon.rn.gov.br/ACERVO/sesap/DOC/DOC00000000234435.PDF> Acesso em: 10 fev. 2021.

RIO GRANDE DO NORTE. Secretaria de Estado de Saúde Pública. *Informe Epidemiológico Coronavírus (Covid-19) nº 137, 12/08/2020*. Disponível em: <http://www.adcon.rn.gov.br/ACERVO/sesap/DOC/DOC00000000237557.PDF> Acesso em: 10 fev. 2021.

RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (Tribunal Pleno). *Pedido de desistência em Mandado de Segurança Cível nº 0800094-47.2021.8.20.5400*. Relator: Des. Dirlemundo Mota, 09 de março de 2021. Disponível em: <https://jurinews.com.br/wp-content/uploads/2021/03/Pedido-do-PGJ-de-desist%C3%Aancia-do-MS.pdf> Acesso em: 12 mar. 2021.

RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. *Decisão monocrática em Mandado de Segurança Cível nº 0800094-47.2021.8.20.5400*. Relator: Des. Dirlemundo Mota, 12 de março de 2021. Disponível em: <https://jurinews.com.br/wp-content/uploads/2021/03/DECIS%C3%83O-MS-coletivo-ilegitimidade-ativa-Pmj-homologa-desist%C3%Aancia-PGJ.pdf> Acesso em: 12 mar. 2021.

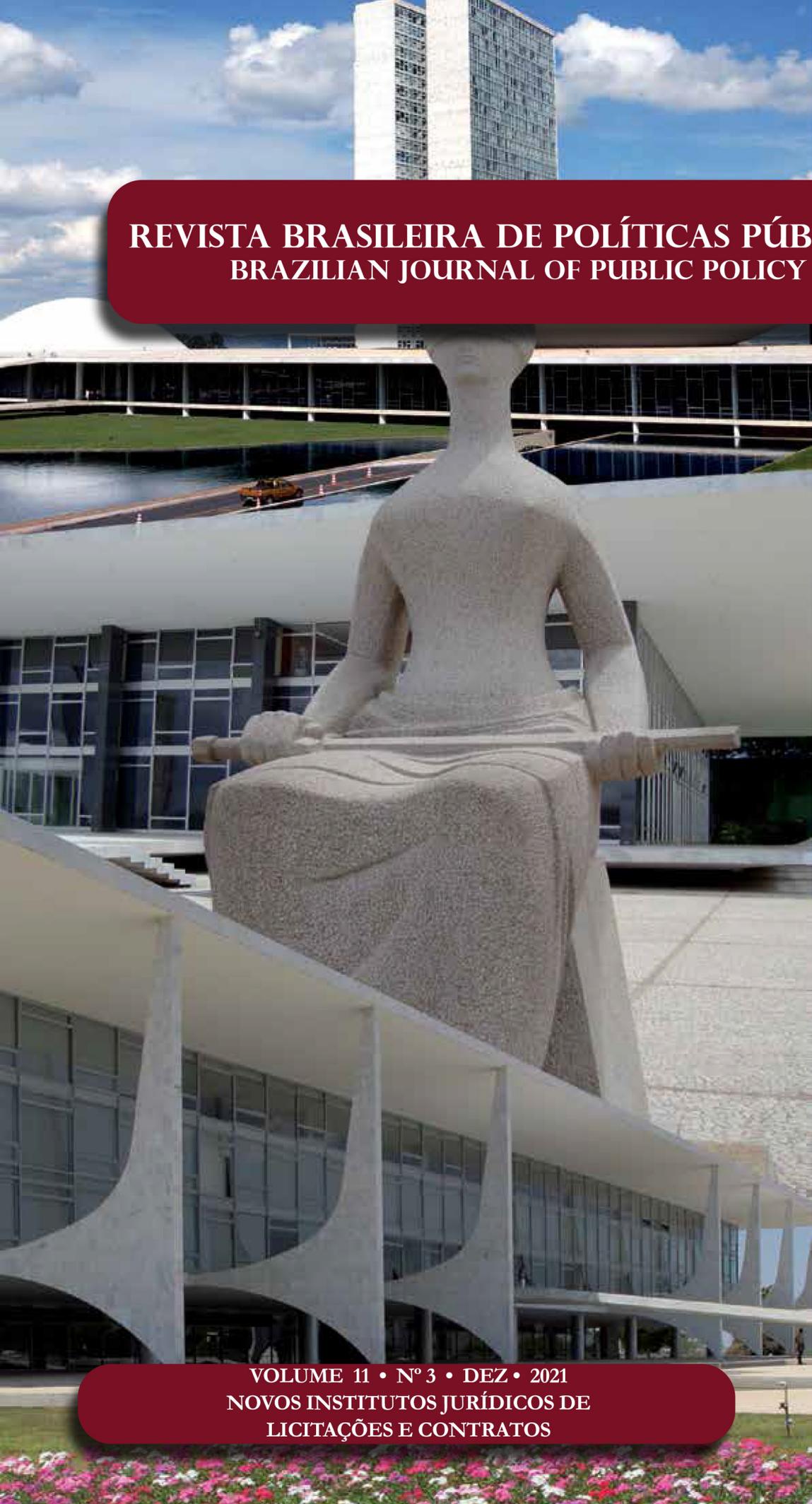
SILVA, Cátia Aida. Promotores de justiça e novas formas de atuação em defesa de interesses sociais e coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 16, n. 45, p. 127-144, fev. 2001.

SILVEIRA, Raquel Maria da Costa *et al.* Governança metropolitana em tempos de pandemia. In: CLEMENTINO, Maria do Livramento; ALMEIDA, Lindijane; SILVA, Bruno (orgs.). *Em tempos de pandemia: contribuições do Observatório das Metrôpoles: núcleo Natal*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2020.

VALENTIM, Ricardo *et al.* (org.). *Rio Grande do Norte: uma análise da epidemia da covid-19: análise da evolução da epidemia da covid-19 no estado do RN à luz da ciência de dados na saúde*. 2020. Disponível

em: https://covid.lais.ufrn.br/publicacoes/Relatorio_covid-19-LAIS_UFRN_20201219.pdf Acesso em: 24 fev. 2021.

VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**A consagração constitucional da
política falimentar**

**The constitutional consecration
of bankruptcy policy**

Nuno de Oliveira Fernandes

VOLUME 11 • Nº 3 • DEZ • 2021
NOVOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE
LICITAÇÕES E CONTRATOS

A consagração constitucional da política falimentar*

The constitutional consecration of bankruptcy policy

Nuno de Oliveira Fernandes**

Resumo

Face ao reconhecimento da imprescindibilidade do bom funcionamento da política falimentar para o desenvolvimento de uma economia, e ao fato de a consagração constitucional de uma política pública estabelecer limites de atuação aos atores da arena política, e, simultaneamente, permitir aos cidadãos exigirem políticas diferentes das que são prosseguidas: será que a política falimentar deverá ser alvo de consagração constitucional? Para responder a esse questionamento de pesquisa, por meio da análise de conteúdo, procede-se à identificação das constituições que realizam essa previsão, para, posteriormente, se proceder à caracterização da forma como se encontra consagrada. Por fim, realiza-se o *benchmark* dessa consagração em relação ao ambiente empresarial (*business-friendly*) e ao bem-estar social (*welfare*). Os resultados alcançados demonstram que a família legal, em que se insere a Constituição, induz a essa consagração; que 67 % das consagrações dizem respeito à destituição/incompatibilidade de cargos públicos para pessoas falidas/insolventes, e que, apenas, 1 % respeita à forma de legislar. A estimação pelo modelo dos mínimos quadrados (OLS) revelou que, atualmente, uma “boa política falimentar” não depende da sua previsão constitucional. Este trabalho, ao proceder à observação da consagração constitucional da política falimentar, permitirá à comunidade constitucionalista, e restantes intervenientes da política, ponderar a necessidade de efetivar o desenho constitucional da política falimentar como um instrumento de desenvolvimento económico.

Palavras-chave: Constituição; políticas públicas; política falimentar; falência; insolvência.

Abstract

Being recognized the indispensability of the good functioning of the bankruptcy policy for the development of an economy, and considering that the constitutional enshrinement of a public policy establishes limits the action of the actors in the political arena, and simultaneously allows citizens to demand policies different from those that have been pursued: should bankruptcy policy be subject to constitutional enshrinement? In the search of an answer to this research question, through content analysis, are identified the constitutions that carry out this prediction, to then characterize how

* Recebido em 26/05/2021
Aprovado em 22/11/2021

** Doutorando em Políticas Públicas (Iscte-Instituto Universitário de Lisboa).
E-mail: nunodeoliveirafernandes@gmail.com.

Nota do autor:

A base de dados, e os resultados obtidos nesta investigação, encontram-se disponíveis para consulta, e eventual replicação, em: <https://nuno-deoliveirafern.wixsite.com/site>.

Agradeço a Isabel Novais, Isabel Ricardo e António Teixeira pelos comentários e sugestões.

it is enshrined. Finally, the benchmark of this consecration in the good business environment (business-friendly) and in the social well-being (welfare) is performed. The results achieved demonstrate that the legal family, in which the constitution is inserted, induces this enshrinement. They further demonstrate that 67 % of the enshrinement concern the dismissal/incompatibility of public office for bankrupt/insolvent people, and only 1 % concern the way of legislating. The estimation by the least squares model (OLS) revealed that, currently, a “good bankruptcy policy” does not depend on its constitutional provision. This work, by observing the constitutional consecration of bankruptcy policy, will allow the constitutionalist community, and other policy stakeholders, to consider the need to implement the constitutional design of bankruptcy policy as an instrument of economic development.

Keywords: Constitution; public policy; bankruptcy policy; bankruptcy; insolvency.

1 Introdução

Para enfrentar o futuro com confiança vale pois a pena aprofundar o debate sobre a Constituição e as políticas públicas, procurando novos compromissos que permitam continuar a construir um país [...].¹

A Constituição é o contrato social que detalha como o povo deve coexistir com a política e como este pretende ser governado. É, portanto, um documento visionário, suportado no passado histórico da nação, que exprime a vontade e as aspirações do Povo.

A Constituição, prevendo a separação de poderes e projetando as respetivas instituições, cria a oportunidade de desenhar mecanismos de boa governação, de boa gestão dos recursos públicos, de estabelecer uma sociedade mais justa, mais transparente, com *accountability*², e de proteger os direitos e liberdades individuais.

Dessa forma, a Constituição é a “mãe de todas as leis”, é a “pedra angular” que mantém a nação unida, servindo de orientação às políticas públicas a prosseguir pelos governantes (presentes e futuros), com respeito pela individualidade de cada cidadão, mas refletindo a “alma” de todo um povo, e objetivando o crescimento econômico e consequente bem-estar social.

Por seu lado, a política falimentar é a política que determina em que condições os credores serão ressarcidos dos seus créditos, em última instância. Dessa forma, uma política falimentar bem desenhada facilita a compreensão da divisão de riscos e fornece incentivos, não somente para evitar a falência, mas também para evitar outras distorções de mercado.

Assim, a política falimentar, para além de afetar diretamente os devedores e os credores, afeta, também, os trabalhadores (com os respectivos agregados familiares) e outros *stakeholders*³, como sejam os clientes do

¹ RODRIGUES, Maria de Lurdes; SILVA, Pedro Adão e. A constituição e as políticas públicas em Portugal. *Sociologia, Problemas e Práticas*, v. 2016, p. 13-22, 2016.

² “[...] *accountability* encerra a responsabilidade, a obrigação e a responsabilização de quem ocupa um cargo em prestar contas seguindo os parâmetros da lei, estando envolvida a possibilidade de ónus, o que seria a pena para o não cumprimento dessa diretiva.” PINHO, José A. G.; SACRAMENTO, Ana R. S. *Accountability*: já podemos traduzi-la para o português?. *Revista de Administração Pública*, v. 43, n. 6, p. 1343-1368, 2009.

³ “Os mecanismos de *accountability* podem: (i) limitar o uso do poder e inibir abusos; (ii) incorporar e responder aos anseios de vários agentes com interesses legítimos no processo decisório (os *account-holders*); (iii) fazer com que a instituição adote decisões mais corretas, do ponto de vista substantivo; ou, finalmente, (iv) promover lealdade e obediência por parte dos *account-holders*.” RACHED, Danielle Hanna. *Accountability e desenho institucional: um “ponto cego” no direito público brasileiro*. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 1, p. 189-209, 2021.

³ O conceito de *stakeholders* surgiu, inicialmente, no livro *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, de FREEMAN, R. Edward, em 1984. Freeman, unindo os termos *stake* (interesse, participação, risco) e *holder* (aquele que possui), passou a definir todas as pessoas que são afetadas, direta ou indiretamente, pelas ações/decisões de uma organização. É comum ser traduzido para português como “partes interessadas”, embora esse conceito não seja tão abrangente quanto ao conceito pretendido por Freeman.

falido, os fornecedores do credor do falido etc., ou seja, a política falimentar afeta, direta ou indiretamente, toda a sociedade.

Adicionalmente, os efeitos da política falimentar são sentidos mesmo antes de a falência ocorrer: o credor, quando determina as condições em que vai fornecer o capital (nível de endividamento), é forçado a ponderar na forma que será ressarcido na circunstância do devedor inadimplir, ou seja, necessita avaliar o funcionamento do processo falimentar.

Desse modo, e sendo o efeito de alavancagem do crédito numa economia sobejamente reconhecido, a política falimentar, ao determinar as condições em que é fornecido o capital, influencia toda a competitividade econômica de um país. Neste sentido, a política falimentar: impulsiona o empreendedorismo; permite a captação de investimento estrangeiro; transmite a confiança necessária para a concessão de crédito; reabilita os agentes econômicos viáveis e liquida os falidos, tornando todo o mercado mais competitivo.

Mas será esta política falimentar merecedora de um destaque constitucional?

A resposta é encontrada na constituição escrita, que, há mais tempo ininterrupto, se mantém em vigor — Constituição norte-americana (1788)⁴ —, a qual autoriza o Congresso a “[e]stabelecer [...] leis uniformes de falência para todo o país.”⁵

Assim, afigura-se relevante observar a existência da previsão constitucional para a política falimentar nas diversas constituições “pelo mundo fora”, e, em caso positivo, observar de que forma se encontra consagrada.

Revela-se, também, preponderante identificar se a previsão constitucional da política falimentar é suscetível de influenciar o bom ambiente empresarial (*business-friendly*) de um país, bem como o seu bem-estar social (*welfare*).

Dessa forma, a presente investigação inicia-se por observar a unicidade de cada constituição, bem como a presença do mecanismo de difusão/transferência de políticas públicas entre constituições, para em seguida se dar nota da influência da política falimentar na economia de um país.

Posteriormente, procede-se à apresentação da metodologia de análise realizada, passando-se para a apresentação dos resultados alcançados. Na apresentação de resultados é, ainda, realizado o *benchmark*⁶ da consagração constitucional da política falimentar com o ambiente empresarial vivido, e com o bem-estar social, de cada um dos países, cuja constituição é alvo de análise.

2 A Constituição

Nós, o Povo [...] a fim de formar uma União mais perfeita, estabelecer a Justiça, assegurar a Tranquilidade doméstica, providenciar a defesa comum, promover o Bem-Estar geral e assegurar as Bênçãos da Liberdade para nós mesmos e nossa Posteridade, ordenamos e estabelecer esta Constituição [...]

⁴ A questão sobre qual é a constituição mais antiga no mundo é controversa, uma vez que a Constituição de San Marino, que data do ano de 1600, é composta por uma série de seis livros escritos em latim, coletivamente apelidados de “Estatutos de 1600”, portanto, mais antiga que a constituição norte-americana. No entanto, diversos historiadores e juristas, tal como o “*Comparative Constitutions Project*”, não a reconhecem como uma constituição, em virtude de os seus múltiplos textos não se enquadrarem na categoria de constituição, não obstante estes definirem a governação e as leis de San Marino. Para aprofundar o conceito e classificação das constituições, recomenda-se a leitura do Capítulo 1 de: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

⁵ § 4 da Secção 8 do Artigo 1.º da Constituição norte-americana.

⁶ *Benchmark*: teste que, partindo de um ponto/padrão que serve de referencial de análise, serve como base de avaliação ou de comparação.

⁷ Preâmbulo da Constituição Americana (1788).

A elaboração de uma Constituição é o projeto de excelência nacional! O momento em que o povo se reúne⁸ para determinar as regras fundamentais que regerão a sua vida coletiva futura e expressar os seus valores distintivos dos restantes países^{9,10}.

Mas o que é uma Constituição?

Uma constituição estabelece um sistema de governo, define os poderes e funções de suas instituições, fornece limites substantivos à sua operação e regula as relações entre as instituições e o povo. Ao fazer isso, as constituições restringem o governo: geram um conjunto de princípios invioláveis para quais as futuras legislações e atividades governamentais devem obedecer. Mas as constituições também permitem ao governo, dando poder às instituições e, em alguns casos, obrigando-as a promover o bem-estar social. [...] Espera-se agora que as Constituições sejam escritas e normalmente contidas em um único documento, embora ainda hoje nem sempre sejam escritas e não necessariamente contidas em um único documento.¹¹

Assim, as novas/renovadas nações — muitas vezes com regimes diferenciados dos anteriores, procurando obter reconhecimento para a sua nova democracia¹², que se revela indispensável para a obtenção de apoios políticos, apoios financeiros e/ou apoios comerciais, por parte de outras nações e/ou de organizações internacionais, — tornam a redação da sua Constituição uma prioridade, fazendo com que se viva, atualmente, numa época ímpar de construção constitucional¹³. Na verdade, observa-se que, em relação às cerca de 200 constituições existentes atualmente, 85 % delas foram escritas, ou reescritas, já no século XXI, sendo que 65 % (126 constituições) já o foram na segunda década deste novo milênio.

No entanto, esta “Era de Construção Constitucional” não é surpreendente, pois já Tomas Jefferson — “pai da constituição norte-americana” — argumentava que as constituições deveriam ser reescritas a cada geração, com a famosa declaração de que “os mortos não deveriam governar os vivos”. Jefferson, inclusive, propôs um prazo de dezenove anos de durabilidade para uma constituição, prazo que é surpreendentemente corroborado, mais de duzentos anos depois, no trabalho de Elkins, Ginsburg, & Melton¹⁴, em que é observado que o pico de “mortalidade constitucional” se situa nos dezassete anos.

Assim, não obstante a “curta esperança de vida” supraevenciada, quando uma nação desenha a sua “lei-mãe”, o faz a pensar no futuro, com a expectativa da sua maior longevidade, da sua maior inclusão, da sua maior modelagem de comportamentos, e por forma a corresponder às expectativas de todos.

E é efetivamente nessa modelagem de comportamentos, correspondendo às expectativas, que reside uma das maiores dificuldades, internas, na redação de uma Constituição. Assim, uma Constituição deve ser restritiva o suficiente para deter eventuais comportamentos “abusivos”¹⁵, mas não restrita ao ponto de enfraquecer a virtude cívica, destruindo a atitude positiva dos cidadãos e políticos, na sua relação com a

⁸ Em regra, por via de representação, podendo o mandato ser conferido *ex-ante* (por meio de votação para nomeação dos representantes) ou *ex-post* (por meio de votação para aprovar o texto constitucional).

⁹ PULIDO, Carlos Bernal. Criação constitucional sem Poder Constituinte: os limites conceituais do poder de substituição ou revisão da constituição. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 55-83, 2019.

¹⁰ Relativamente a essa afirmação, vale lembrar o debate contemporâneo entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo, o qual, não sendo o cerne da presente investigação, não será alvo de exploração. Para uma exploração inicial sobre essa temática, recomenda-se a leitura de: PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. A Constituição democrática: entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 333-349, 2019.

¹¹ GALLIGAN, Denis J.; VERSTEEG, Mila. Theoretical perspectives on the social and political foundations of constitutions. In: GALLIGAN, D. J.; VERSTEEG, M. (org.). *Social and political foundations of constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 3-48. p. 6.

¹² Pese embora, por vezes, não se venham a revelar verdadeiras democracias.

¹³ HART, Vivien. Democratic constitution making. *Defense*, n. 107, p. 1-12, 2003.

¹⁴ ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The endurance of national constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2009.

¹⁵ Na conceção do *homo economicus* na *public choice* de Buchanan & Tullock. BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. *The calculus of consent: logical foundations of constitutional democracy*. Indianapolis: Liberty Fund, 1999.

Constituição. Saliente-se que essa atitude positiva é indispensável para manter a eficiência da Constituição, e vital para a sua sobrevivência em longo prazo¹⁶.

Observa-se, assim, que a validade das leis, e dos restantes atos de um Estado, dependem da sua conformidade com a Constituição¹⁷. Dessa forma,

a Constituição tanto é lei fundamental dos “direitos, liberdades e garantias”, como dos direitos económicos, sociais e culturais; tanto é imperativo jurídico no que respeita ao estatuto dos órgãos de soberania, como quando trata da organização económica ou das relações sociais em geral¹⁸.

Então, a Constituição de um país estabelece as regras do seu jogo político¹⁹, bem como os limites para as decisões que resultam desse jogo²⁰, e, assim, as políticas públicas desenvolvidas encontram os seus fundamentos na Constituição²¹, permitindo aos cidadãos realizar exigências de novas/melhoradas políticas públicas, apenas tendo por base a Constituição^{22,23}.

Em suma, e reiterando, a Constituição é um documento ímpar em cada nação, marcado pela sua história, ajustado à sua realidade social e económica, e que condiciona toda a atividade governativa futura.

No entanto, da análise aos diversos textos constitucionais, observa-se a existência de normas jurídicas que são exportadas/importadas além-fronteiras, envolvendo instituições internacionais e redes transnacionais, que ajudam a construir e a veicular a norma jurídica no campo do direito, num verdadeiro processo de difusão de políticas públicas²⁴.

Esse processo de difusão, ou transferência, de políticas públicas, das quais são bons exemplos o Consenso de Washington ou o Consenso de Brasília, é um processo bastante antigo, havendo mesmo registros de difusão de políticas já no Período Helênico²⁵. De acordo com Lanni & Vermeule²⁶, os helênicos designavam estrangeiros para redigir os seus textos constitucionais, não por uma questão de conveniência, mas sim objetivando obter neutralidade sobre a sua própria cultura, e uma visão não influenciada pelas paixões e interesses locais. E não será displicente recordar que as novas constituições, em regra, são escritas num período pós-guerra ou em épocas de crises sociais e/ou económicas, ou seja, em épocas de elevadas paixões e interesses, e de “pouca” razão²⁷.

Não obstante essas razões de índole perfeccionista, na verdade, nas décadas mais recentes, tem-se observado um envolvimento crescente de atores internacionais, no momento da redação constitucional, ou a

¹⁶ FREY, Bruno S. A constitution for knaves crowds out civic virtues. *The Economic Journal*, v. 107, n. 443, p. 1043-1053, 1997.

¹⁷ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital Martins. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 43-44.

¹⁹ COPPEDGE, Michael *et al.* Conceptualizing and measuring democracy: a new approach. *Perspectives on Politics*, v. 9, n. 2, p. 247-267, 2011.

²⁰ COUTO, Cláudio Gonçalves; LIMA, Giovanna de Moura Rocha. Continuidade de políticas públicas: a constitucionalização importa?. *DADOS: Revista de Ciências Sociais*, v. 59, n. 4, p. 1055-1089, 2016.

²¹ RODRIGUES, Maria de Lurdes; SILVA, Pedro Adão e. A constituição e as políticas públicas em Portugal. *Sociologia, Problemas e Práticas*, v. 2016, p. 13-22, 2016.

²² GALLIGAN, Denis J.; VERSTEEG, Mila. Theoretical perspectives on the social and political foundations of constitutions. In: GALLIGAN, D. J.; VERSTEEG, M. (org.). *Social and political foundations of constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 3-48.

²³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

²⁴ SAATI, Abak. Participatory constitution-making as a transnational legal norm: why does it “stick” in some contexts and not in others?. In: SHAFFER, G.; GINSBURG, T.; HALLIDAY, T. C. (org.). *Constitution-making and transnational legal order*. New York: Cambridge University Press, 2019. p. 283-311.

²⁵ FARIA, Carlos Aurélio P. A difusão de políticas sociais como estratégia de inserção internacional: Brasil e Venezuela comparados. *Interseções: Revista de Estudos Interdisciplinares*, v. 14, n. 2, p. 335-371, 2012.

²⁶ LANNI, Adriaan; VERMEULE, Adrian. Constitutional design in the ancient world. *Stanford Law Review*, v. 64, n. 2, p. 907-949, 2012.

²⁷ ELSTER, Jon. Forces and mechanisms in the constitution-making process. *Duke Law Journal*, v. 45, n. 2, p. 364-396, 1995.

monitorizar o seu cumprimento. E assim, atores externos²⁸ — estados, organizações de direitos humanos, organizações internacionais²⁹, grupos religiosos e outros — procuram “ganhar terreno” no momento de construção constitucional, influenciando não apenas a conceção do sistema jurídico, mas, também, os direitos de propriedade, os direitos individuais e sociais, os direitos de gênero, os direitos das minorias, o lugar da religião, etc., ou seja, em subcampos específicos correspondentes ao seu próprio interesse³⁰.

Não obstante essa difusão de políticas públicas, observa-se que o institucionalismo presente nas economias políticas nacionais se mantém muito forte e, dessa forma, as abordagens necessárias operar pelas políticas públicas, para a obtenção da máxima eficiência, continuam a alterar-se de país para país³¹.

E, assim, desde Aristóteles, com o seu estudo sobre as cidades-estado gregas, centrado na política ideal, se desenvolvem estudos constitucionais comparativos. No entanto, com o Iluminismo, surge um novo conjunto de analistas constitucionais, dos quais se destacam Maquiavel, Montesquieu e John Stuart Mill, que realizam análises comparativas sobre o *design* normativo das constituições³².

A presente investigação insere-se exatamente nessa tipologia de estudos, i.e., é uma análise comparativa do *design* constitucional para a política falimentar.

3 A política falimentar

A lei falimentar é fundamental para o direito comercial e financeiro [...] é o indicador mais penetrante das doutrinas que dividem os sistemas jurídicos do mundo no contexto do direito financeiro. É a força destrutiva da falência que molda os princípios centrais do direito comercial e é a falência que é o teste final da capacidade de uma jurisdição para realizar a sua própria visão de justiça, equidade e civilização legal.³³

De acordo com Dye³⁴ uma política pública impacta na vida das pessoas, quer seja pela ação, quer seja pela omissão, do governo. E a omissão de uma política falimentar³⁵, apenas, foi possível até ao surgimento do mercantilismo³⁶, contemporâneo da ascensão do Absolutismo, caracterizado pela abertura das cidades, tensões e lutas em torno de dimensões centrais como: autoridade legítima, crescimento econômico, impostos, ou seja, adventista da modernidade, pois, até aqui, tratava-se de um processo *peer-to-peer*³⁷, i.e., um processo de execução sem intervenção estatal.

²⁸ Vulgarmente designados por Ordens Jurídicas Transnacionais – *Transnational Legal Orders* (TLO)

²⁹ E.g., Nações Unidas; Comissão de Veneza; *International Institute for Democracy and Electoral Assistance* (International IDEA); *Max Planck Institute of Comparative Public Law; International Law* (Heidelberg Alemanha) etc.

³⁰ GINSBURG, Tom; HALLIDAY, Terence C.; SHAFFER, Gregory. Constitution-making as transnational legal ordering. In: SHAFFER, G.; GINSBURG, T.; HALLIDAY, T. C. (org). *Constitution-making and transnational legal order*. New York: Cambridge University Press, 2019. p. 1-25.

³¹ HALL, Peter A.; SOSKICE, David. *Varieties of capitalism: the institutional foundations of comparative advantage*. New York: Oxford University Press, 2001.

³² GINSBURG, Tom. *Comparative constitutional design*. New York: Cambridge University Press, 2012.

³³ WOOD, Philip R. *Principles of international insolvency*. 2. ed. London: Sweet & Maxwell, 2007. p. vii.

³⁴ DYE, Thomas R. *Understanding public policy*. 14. ed. Florida: Pearson Education, 2013.

³⁵ A omissão aqui referida não é total, pois na verdade o Estado regulava o processo falimentar apenas não participava no processo, nem o ajustava por forma a dar resposta às expectativas dos cidadãos, pelo que até esta data não se poderia falar numa verdadeira política pública.

³⁶ É na atual Itália (Repúblicas de Génova, Florença, Milão e Veneza), no século XV, que foi criado o instituto da falência decretada judicialmente. Tratava-se de um processo em que o juiz determinava a apreensão dos bens do devedor, a guarda e o zelo dos bens apreendidos e dos seus frutos, até realizar a sua venda, e posteriormente procede à partilha do produto da venda entre os credores, habilitados num concurso creditório devidamente disciplinado pelo Estado, ou seja, os três pilares do processo de falência moderno. LEITÃO, L. M. T. M. *Direito da insolvência*. 17. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 26.

³⁷ Processo *peer-to-peer*: processo descentralizado que é realizado diretamente — sem intermediários — entre duas pessoas/organizações. Expressão com origem na informática, designando uma rede em que os computadores que comunicam e trocam dados entre si diretamente, prescindindo de qualquer servidor para gerir essa comunicação.

O bom funcionamento de um enquadramento da insolvência [...] constitui uma componente essencial de um bom ambiente empresarial, porquanto apoia o comércio e o investimento, contribui para a criação e manutenção de postos de trabalho e ajuda as economias a absorverem mais facilmente os choques econômicos indutores de elevados níveis de empréstimos improdutivos e de desemprego.³⁸

Diz-se eficiente uma política que obtém os resultados esperados com o menor consumo de recursos possíveis. E, assim, do ponto de vista econômico, uma política falimentar eficiente será uma política que permite a rápida reestruturação das empresas viáveis — empresas que fazem uma utilização eficiente dos seus recursos, gerando valor econômico —, e a célere liquidação das não viáveis — empresas que provocam destruição de valor —, permitindo, assim, a rápida realocação dos recursos aí empregues³⁹.

Já do ponto de vista do Direito das Obrigações, uma política falimentar eficiente será aquela que permita o máximo ressarcimento dos credores⁴⁰.

Com base nessas duas definições, Gamboa-Cavazos & Schneider⁴¹ defendem que a primeira questão a se considerar, quando se pensa na eficiência de uma política falimentar, é saber se se pretende uma eficiência *ex ante* ou *ex post*.

A eficiência *ex ante* deve impedir que o órgão de gestão e/ou os detentores do capital social contraíam empréstimos imprudentes, bem como que os credores concedam empréstimos demasiado arriscados⁴², i.e., que contraíam/sejam concedidos empréstimos com um nível ineficiente de alavancagem⁴³, induzindo, assim, à adoção de uma estrutura de capital ótima pelo devedor⁴⁴. Contudo, a eficiência *ex ante*, com o seu efeito dissuasor (como qualquer outra lei, e.g. lei criminal), não deverá impedir os empreendedores de iniciarem os seus novos negócios, fundamentais para o crescimento de qualquer economia⁴⁵.

Ou seja, a eficiência *ex ante* impacta o normal funcionamento do mercado de crédito, muito antes de existirem quaisquer sinais de falência⁴⁶. Se os credores acreditarem que estão menos protegidos num eventual processo falimentar, estes tenderão a incrementar os custos do crédito, ou poderão recusar-se a realizar qualquer empréstimo. Assim, para facilitar o fluxo de crédito, o processo falimentar deve proteger os direitos dos credores e permitir que os credores monitorizem as atividades dos devedores. Por outro lado, a eficiência *ex ante* não deve permitir que os direitos dos credores tolham a iniciativa empreendedora, impulsionando

³⁸ EUROPEAN COMMISSION. *COM/2016/0723 final - 2016/0359 (COD)*. Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos quadros jurídicos em matéria de reestruturação preventiva, à concessão de uma segunda oportunidade e às medidas destinadas a aumentar a eficiência. Publications Office of the EU, 2016. Disponível em: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/830b1911-b163-11e6-871e-01aa75ed71a1/language-pt>. Acesso em: 16 abr. 2019.

³⁹ WHITE, Michelle J. Economic analysis of corporate and personal bankruptcy law. *NBER Working Paper*, Cambridge, n. 11536, 2005. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w11536>. Acesso em: 22 set. 2017.

⁴⁰ CIRMIZI, Elena; KLAPPER, Leora; UTTAMCHANDANI, Mahesh. The challenges of bankruptcy reform. *World Bank Research Observer*, v. 27, n. 2, p. 185-203, 2012.

⁴¹ PATERSON, Sarah. Rethinking corporate bankruptcy theory in the twenty-first century. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 36, n. 4, p. 697-723, 2016.

⁴² WHITE, Michelle J. Public policy toward bankruptcy: me-first and other priority rules. *The Bell Journal of Economics*, v. 11, n. 2, p. 550-564, 1980.

⁴³ GAMBOA-CAVAZOS, Mario; SCHNEIDER, Frank. Bankruptcy as a legal process. *SSRN Electronic Journal*, [S.l.: s.n.], 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=979614. Acesso em: 9 set. 2019.

⁴⁴ Não são apenas estes autores que defendem a dicotomia da eficiência *ex ante* vs. eficiência *ex post*, mas são estes autores que defendem a sua ponderação prévia, e não como resultado da política adotada.

⁴⁵ CLAESSENS, Stijn; KLAPPER, Leora F. Bankruptcy around the world: explanations of its relative use. *American Law and Economics Review*, v. 7, n. 1, p. 253-283, 2005.

⁴⁶ WHITE, Michelle J. The costs of corporate bankruptcy: a U.S.–European comparison. In: BHANDARI, J. S.; WEISS, L. A. (org.). *Corporate bankruptcy: economic and legal perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. p. 467-500.

⁴⁷ HAUGEN, Robert A.; SENBET, Lemma W. The insignificance of bankruptcy costs to the theory of optimal capital structure. *The Journal of Finance*, v. 33, n. 2, p. 383-393, 1978.

⁴⁸ ESTRIN, Saul; MICKIEWICZ, Tomasz; REBMANN, Anna. Prospect theory and the effects of bankruptcy laws on entrepreneurial aspirations. *Small Business Economics*, v. 48, p. 977-997, 2017.

⁴⁹ FRANKS, Julian R.; NYBORG, Kjell G.; TOROUS, Walter N. A comparison of US, UK, and German insolvency codes. *Financial Management*, v. 25, n. 3, p. 86-101, 1996.

os empresários a iniciar atividades economicamente eficientes, e desencorajando estes de iniciarem projetos demasiadamente arriscados⁴⁸.

Já eficiência *ex post* garante que o maior valor seja devolvido aos credores, de acordo com os seus respectivos direitos contratuais. Assim, a eficiência *ex post* maximiza o valor do devedor, possui custos de processo baixos, e transfere o controle do devedor para os credores⁴⁹.

Por fim, num exercício de relacionar a eficiência *ex ante* e a eficiência *ex post*, Franks *et al.*⁵⁰ concluem que, se as decisões de investimento eficientes *ex post* forem alcançadas, então a eficiência *ex ante* também será alcançada. A base dessa asserção é de que qualquer reconstrução financeira que seja feita objetivando a eficiência *ex post* será antecipada no início do contrato. Assim, exemplificam os autores, os credores que esperam ser adversamente afetados por tal reconstrução (desvios negativos da prioridade absoluta) exigirão uma taxa de juros mais alta. A implicação é que qualquer reconstrução em caso de falência não deve afetar o investimento ideal *ex ante*.

Partindo dessas premissas, Garcia-Posada⁵¹, alertando para as perdas potenciais de eficiência associadas a baixas taxas de falência de empresas em Espanha, demonstra a existência de uma correlação positiva entre o bem-estar social (*welfare*) e a taxa de falências.

Em suma, o processo falimentar caracteriza-se por ser uma negociação entre os credores e o devedor⁵². E, dessa forma, a Lei Falimentar, ao estabelecer o ambiente em que essas negociações vão decorrer, condiciona o resultado dessas mesmas negociações⁵³. Para tal, em relação à política falimentar, é exigida uma abordagem integrada dos mecanismos legais e institucionais, os quais devem alinhar incentivos e desincentivos, num amplo espectro — comercial, corporativo, financeiro e social.

Destarte, como defende Hart⁵⁴, os objetivos da política falimentar devem ser consentâneos com o institucionalismo de cada país, pois criar leis muito elaboradas, cujas instituições nacionais não se encontrem preparadas para colocar em prática — “alinhar todas pelo mesmo diapasão” —, torna-se num obstáculo ainda maior que leis mais “fracas”, mas cuja implementação é efetiva⁵⁵.

Em face do descrito, observa-se que a consagração constitucional da política falimentar poderá ser preponderante ao determinar um processo falimentar que objetive a eficiência *ex ante* ou *ex post*, bem como dando-lhe o lugar de destaque, que esta necessita, no amplo espectro jurídico — comercial, corporativo,

⁴⁸ BOUGHANMI, Afef; NIGAM, Nirjhar. A survey of corporate bankruptcy reforms: lessons to be learnt for worldwide good practices. *European Journal of Interdisciplinary Studies*, v. 3, n. 3, p. 7-21, 2017.

⁴⁹ CLAESSENS, Stijn; DJANKOV, Simeon; MODY, Ashoka. Resolution of financial distress: an overview. In: CLAESSENS, S.; DJANKOV, S.; MODY, A. (org). *Resolution of financial distress: an international perspective on the design of bankruptcy laws*. Washington: World Bank Publications, 2001. p. xv–xxxiii.

⁵⁰ FRANKS, Julian R.; NYBORG, Kjell G.; TOROUS, Walter N. A comparison of US, UK, and German insolvency codes. *Financial Management*, v. 25, n. 3, p. 86-101, 1996.

⁵¹ GARCIA-POSADA, Miguel. Insolvency institutions and efficiency: the Spanish case. *Documentos de Trabajo, Working Paper Series*, Madrid, n. 1302, 2013.

⁵² “A liquidação é o procedimento básico de falência. Mesmo para as empresas que decidem reorganizar em vez de liquidar, o procedimento de liquidação define a estrutura para a negociação sobre uma reorganização.” WHITE, Michelle J. The corporate bankruptcy decision. *Journal of Economic Perspectives*, v. 3, n. 2, p. 129-151, 1989.

⁵³ BERKOVITCH, Elazar; ISRAEL, Ronen; ZENDER, Jaime F. The design of bankruptcy law: a case for management bias in bankruptcy reorganizations. *The Journal of Financial and Quantitative Analysis*, v. 33, n. 4, p. 441-464, 1998. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2331127>. Acesso em: 13 ago. 2019.

⁵⁴ HART, Oliver. Different approaches to bankruptcy. In: ANNUAL BANK CONFERENCE ON DEVELOPMENT ECONOMICS IN EUROPE: Governance, Equity and Global Markets, Paris, 1999. *Proceedings...* 2000. p. 105-114.

⁵⁵ “Um país que deseja uma falência eficiente deve regulamentar apenas o que pode impor. Procedimentos de reorganização sofisticados funcionam apenas em países ricos, com juízes e advogados experientes e um mercado líquido para os ativos das empresas em reorganização. Em países de renda média, um procedimento mais simples - liquidação - traz mais benefícios a todas as partes, incluindo funcionários e fornecedores. Em países pobres, o maior retorno vem em procedimentos de execução de dívidas [...]” WORLD BANK. *Doing business 2007*. 4. ed. Washington: World Bank Publications, 2007. p. 55.

financeiro e social —, fomentando o crescimento econômico e, em *ultima ratio*, o bem-estar social (*welfare*), fatos que se pretendem analisar na presente investigação.

4 Metodologia de análise

[...] é apenas com Lasswell, na primeira metade do século XX, que aplicou técnicas para o estudo da imprensa e da propaganda na 1ª Guerra Mundial, que a Análise de Conteúdo se desenvolve e torna-se um instrumento importante e diversificado de análise das comunicações orais, textuais ou imagéticas.⁵⁶

Conforme já foi referido, a tradição de estudar constituições como fenômeno social e político, e, como característica fundamental das nações, é aplicável a um conjunto de disciplinas de interesse contemporâneo, e.g. sociologia, história, direito, economia, ciência política e políticas públicas. Embora as contribuições empreguem uma variedade de métodos — comparativos, quantitativos, estudos de caso, ou relatos históricos de ideias e conceitos —, refletindo as origens, as disciplinas e os interesses de seus autores, o objetivo comum é identificar diferentes tipos de sistemas constitucionais e mostrar, por meio do estudo empírico, aspectos dos seus fundamentos sociais e políticos⁵⁷.

Portanto, o presente estudo, visando analisar a consagração constitucional da política falimentar, revela-se uma análise exploratória, documental e qualitativa. Desta forma, o método de análise adotado será a Análise de Conteúdo.

O propulsor desse método na análise, nas políticas públicas, foi Lasswell⁵⁸, defendendo que este possui a virtude de solucionar a problemática de descrição qualitativa em termos quantitativos, pugnado por uma “maior cientificidade” nas ciências sociais.

Assim, esse método, observando a frequência de um código ao longo de um texto, permite realizar inferências acerca do conteúdo da interação, no seu contexto social⁵⁹.

Na presente investigação, a análise de conteúdo inicia-se pela identificação dos termos a serem pesquisados — unidades de registro —, e, por meio da análise lexical, procede-se à sua identificação nos textos alvo de análise.

Seguidamente, procede-se à codificação dessa variável de inferência. Saliente-se que essa codificação, de acordo com Bardin⁶⁰, pode ser alcançada por meio de diferentes índices — presença ou ausência; frequência; frequência ponderada; e intensidade — ou de índices complementares/coocorrência — associação; equivalência; e oposição. Na presente investigação, será alcançada pela presença e coocorrência.

Posteriormente, procede-se à categorização da codificação realizada. Essas categorias visam agregar as variações da codificação em grupos pertinentes, homogêneos e de exclusão mútua. Importa, ainda, salientar que, contrariamente ao que sucede na análise quantitativa, na Análise de Conteúdo, as categorias surgirão por meio da interação entre o investigador e os dados⁶¹.

Por último, realiza-se a interpretação, e a inferência, dos resultados alcançados.

⁵⁶ OLIVEIRA, Lucy. Análise de texto automatizada e análise de conteúdo: abordagens combinadas e apontamentos sobre a produção latino-americana. In: ASSOCIAÇÃO LATINO-AMERICANA DE CIÊNCIAS POLÍTICAS (ALACIP), 2019. Monterrey, México. *Anais...* Disponível em: <https://alacip.org/cong19/241-oliveira-19.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2021.

⁵⁷ GALLIGAN, Denis J.; VERSTEEG, Mila. Theoretical perspectives on the social and political foundations of constitutions. In: GALLIGAN, D. J.; VERSTEEG, M. (org.). *Social and political foundations of constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 3-48.

⁵⁸ LASSWELL, Harold D. *Psychopathology and politics: the political writings of Harold Lasswell*. Illinois: The Free Press, 1951.

⁵⁹ CAREGNATO, Rita; MUTTI, Regina. Pesquisa qualitativa: análise de discurso versus análise de conteúdo. *Texto e Contexto Enfermagem*, v. 15, n. 4, p. 679-684, 2006.

⁶⁰ BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. São Paulo: Edições 70; Almedina Brasil, 2011.

⁶¹ CHARMAZ, Kathy. *Constructing grounded theory*. 2. ed. London: SAGE Publications, 2014.

Destarte, o universo de trabalho foi definido por recurso ao “Projeto *Constitute*”^{62,63} — uma fonte secundária de dados — mas a qual usufruiu da vantagem de possuir traduzidas, na mesma língua — inglês —, as constituições de 193 países⁶⁴.

Salienta-se o fato de, no “Projeto *Constitute*”, constarem as “Constituições” de países como a Arábia Saudita, Israel, e Reino Unido, os quais possuem constituições não escritas ou não codificadas (uma combinação dos atos escritos e convenções não escritas); e Nova Zelândia e Canadá que “acumulam um conjunto de documentos importantes ao longo dos anos até que, em algum ponto, os estudiosos determinam que a coleção é muito importante para não ser uma constituição”⁶⁵. Destaca-se, ainda, a ausência da “Constituição” da República de San Marino, a qual, conforme já foi referido, disputa com a constituição norte-americana o título da constituição mais antiga do mundo.

Para realização da pesquisa lexical foram adotados os termos:

- bankruptcy/bankrupt (falência/falido);
- insolvency/insolvent (insolvência/insolvente).

Em seguida procedeu-se à observação da frequência dessas unidades de registro. Simultaneamente, e ponderando na diferença de âmbito, subjacente à terminologia “Falência”⁶⁶ e “Insolvência”⁶⁷, foi observada a sua coocorrência.

As codificações obtidas foram classificadas de acordo com as seguintes categorias:

1. forma de legislar: quando define regras sobre a forma de legislar (e.g. criação de regras uniformes);
2. competência para legislar: quando define o órgão que tem competência para emanar legislação falimentar (e.g. congresso);
3. primazia da lei falimentar sobre a restante legislação: quando define que a lei falimentar se sobrepõe aos restantes normativos legais (e.g. a lei das expropriações não se sobrepõe ao direito falimentar);
4. causa de destituição/incompatibilidade de cargos públicos: quando define que é condição de inelegibilidade para um cargo público ter sido decretada a insolvência do candidato, ou quando determina que esta é condição de destituição de cargo público (e.g. é inelegível para Presidente de República um candidato que tenha sido alvo de sentença de insolvência);
5. outras: a existência de situações residuais, não enquadráveis nas quatro categorias prévias, obriga à existência deste *melting pot*.⁶⁸

Para auxiliar a realização dessa análise de conteúdo, há diversos *softwares* de Análise de Dados Qualitativos Assistidos por Computador (CAQDAS) disponíveis⁶⁹. Considerando que esses softwares “não impõem

⁶² ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *Constitute project*. Disponível em: <https://www.constituteproject.org>. Acesso em: 23 mar. 2020.

⁶³ Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en>. Acesso em: 14 fev. 2020.

⁶⁴ As 193 constituições foram alvo de recolha no dia 14 fev 2020, em: https://www.constituteproject.org/search?lang=en&status=in_force.

⁶⁵ ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The endurance of national constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 6.

⁶⁶ Falência: o devedor encontra-se economicamente inviável, i.e., é impossível a sua recuperação financeira. Para esse devedor, a única solução possível é liquidar o seu património, por forma a satisfazer os seus credores, e, assim, a terminologia “falência” encontra-se associada ao sistema falência-liquidação.

⁶⁷ Insolvência: o devedor encontra-se, pontualmente, impossibilitado de cumprir com as suas obrigações, em resultado de falta de liquidez, ou falta de crédito, no entanto é possível recuperar o devedor por meio de um processo de recuperação, e, dessa forma, a terminologia “insolvência” associa-se ao sistema falência-saneamento.

⁶⁸ Expressão com origem no cadinho ou crisol: recipiente em forma de pote, resistente a altas temperaturas, no qual são fundidos metais. Em sentido figurado, *melting pot* é um lugar onde existem diversas pessoas, com diferentes estilos de vida, culturas, religiões, raças etc.

⁶⁹ Mais de 20 de acordo com Saillard. SAILLARD, Elif Kuş. Systematic versus interpretive analysis with two CAQDAS packages:

qualquer abordagem metodológica, permitindo ao investigador aplicar diferentes estratégias de análise (indutiva ou dedutiva, interpretativa ou sistemática)⁷⁰, a escolha recaiu sobre o software MAXQDA (versão 20.3.0), face à ferramenta de análise estatística que este oferece na sua versão “*Analytics Pro*”.

5 Resultados

5.1 Codificação

Da análise das 193 constituições, constantes do “Projeto *Constitute*”⁷¹, foi observado que o termo “Falido” é o mais adotado (154 vezes), nas 65 constituições em que constam as codificações sob análise.

Tabela 5.1 – sumário da frequência absoluta simples dos códigos nas constituições

Código	Frequência por código		Presença por documento		Presença por família de código	
	absoluta	relativa	absoluta	relativa	absoluta	relativa
<i>Bankruptcy</i>	41	13,80%	25	22,32%	65	58,04%
<i>bankrupt</i>	154	51,85%	40	35,71%		
<i>Insolvency</i>	41	13,80%	17	15,18%	47	41,96%
<i>insolvent</i>	61	20,54%	30	26,79%		
Total:	297	100,00%	112	100,00%	112	100,00%
DOCUMENTOS com código(s)	65	33,68%				
DOCUMENTOS sem código(s)	128	66,32%				
DOCUMENTOS ANALISADOS	193	100,00%				
Família de Código	Presença por código / documento					
<i>Bankruptcy</i>	26	40,00%				
<i>Insolvency</i>	11	16,92%				
Coocorrência	28	43,08%				
Total:	65	100,00%				

Fonte: elaboração própria, com recurso ao MAXQDA.

Assim, observando-se que, apenas, um terço (65) das constituições (193) realizam a referências à “falência” e/ou “insolvência”, verifica-se que dois terços das constituições (128) não realizam qualquer referência, cuja distribuição geográfica pode ser observada na figura 5.1.

NVivo and MAXQDA. *Forum Qualitative Sozialforschung / Forum: Qualitative Social Research*, v. 12, n. 1, p. 1-21, 2011.

⁷⁰ SAILLARD, Elif Kuş. Systematic versus interpretive analysis with two CAQDAS packages: NVivo and MAXQDA. *Forum Qualitative Sozialforschung / Forum: Qualitative Social Research*, v. 12, n. 1, p. 1-21, 2011. p. 2.

⁷¹ ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *Constitute project*. Disponível em: <https://www.constituteproject.org>. Acesso em: 23 mar. 2020.

Figura 5.1 – previsão constitucional falimentar no mundo

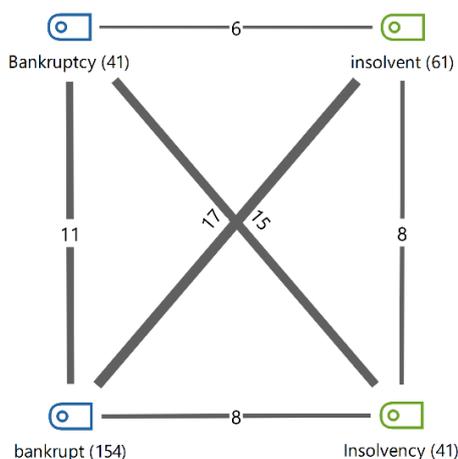


Fonte: elaboração própria, com recurso ao *excel*.

Observa-se, ainda, que a referência ao estado (“falido” e “insolvente”) surge 215 vezes (72 %), enquanto a referência à matéria jurídica/política (“falência” e “insolvência”) ocorre 82 vezes (28 %).

No que concerne à coocorrência dos termos “falência” e “insolvência”, esta pode ser representada da seguinte forma:

Figura 5.2 – representação gráfica da coocorrência dos códigos



Fonte: elaboração própria, com recurso ao MAXQDA.

Adicionalmente, e ponderando na dicotomia na adoção dos termos “falência” e “insolvência”, na Língua Portuguesa, em que o primeiro remete para a política falência-liquidação e o segundo para a política falência-saneamento, e considerando-se que a adoção da política falência-saneamento é aconselhada pelos principais organismos internacionais — desde o início deste século XXI^{72,73} —, importa analisar a sua adoção nas diversas constituições.

⁷² WORLD BANK. *Principles and guidelines for effective insolvency and creditor rights systems*. Washington: World Bank Publications, 2001.

⁷³ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Legislative Guide on Insolvency Law*. New York: United Nations, 2005.

Assim, verifica-se que a referência à “falência”/“falido” surge em 26 documentos; a referência à “insolvência”/“insolvente” surge em 11 documentos, e, nos restantes 28 documentos, se observa a coocorrência dos termos.

Da análise desses resultados, verificamos que as constituições que só adotam os termos “insolvência”/“insolvente” tiveram a sua redação revista já na segunda década do século XXI, com exceção para o Reino de Essuatíni (anterior Suazilândia), o qual estabeleceu a sua constituição em 2005, i.e., todas após o ano de 2000.

Já a coocorrência, observada por 28 vezes, é registrada em países que reviram a sua constituição a partir de 2007, com exceção de Bahamas (instituída em 1973), Austrália (revista em 1985), Micronésia (revista em 1990) e Gana (revista em 1996).

No entanto, e ponderando as divergências linguísticas a respeito do uso dos termos “falência” e “insolvência”, de país para país, sem que tal signifique uma efetiva alteração do paradigma falimentar⁷⁴, não nos é possível retirar outras ilações sobre a terminologia adotada.

Cada lei constitui, de facto, um sistema: tem um vocabulário para expressar conceitos, suas regras estão organizadas em categorias, tem técnicas para expressar regras e interpretá-las, está ligada a uma visão da própria ordem social que determina o caminho em qual a lei é aplicada e molda a própria função da lei nessa sociedade.⁷⁵

Essa afirmação, corroborando a conclusão anterior, é apresentada no livro em que, apesar da diversidade de leis pelo mundo, é observada a existência de certas leis que podem ser consideradas típicas e representativas de uma família legal, facilitando a análise no direito comparado. Já no que concerne à política falimentar, Claessens & Klapper⁷⁶ evidenciaram que a política falimentar varia, significativamente, face às diferentes tradições/famílias legais.

Dessa forma, embora a relevância da obra de René David, as famílias legais ali criadas — *Romano-Germanic family*, *Common law family*, e *Socialist law family* — já não se mostram adequadas aos “dias de hoje”⁷⁷.

Assim, seguiremos a classificação adotada pela “JuriGlobe – World Legal Systems”⁷⁸, da *University of Ottawa*, que procede à divisão em cinco famílias: *Civil law*; *Common law*; *Muslim*; *Customary*; *Mixed*.

Tabela 5.2 – previsão constitucional falimentar por famílias legais

Família legal	Total de constituições observadas	Com previsão constitucional falimentar	% nas constituições	% na previsão constitucional
<i>Mixed</i>	88	33	38%	51%
<i>Civil law</i>	77	11	14%	17%
<i>Common law</i>	24	21	88%	32%
<i>Muslim</i>	3	0	0%	0%

⁷⁴ Essa definição de falência e insolvência não é universal. Por exemplo, no Reino Unido a “falência só se aplica a um indivíduo, não uma entidade de parceria ou sociedade limitada. A insolvência, por outro lado, é um termo global usado para descrever todos os tipos de falha financeira. A falência é apenas um dos vários tipos de insolvência pessoal.” KIRK, David. What is the difference between bankruptcy and insolvency? *The Gazette*. Disponível em: <https://www.thegazette.co.uk/insolvency/content/100329#>. Acesso em: 8 set. 2016.

⁷⁵ DAVID, René; BRIERLEY, John E. C. *Major legal systems in the world today: an introduction to the comparative study of law*. 3. ed. London: Stevens & Sons, 1985. p. 19.

⁷⁶ CLAESSENS, Stijn; KLAPPER, Leora F. Bankruptcy around the world: explanations of its relative use. *American Law and Economics Review*, v. 7, n. 1, p. 253-283, 2005.

⁷⁷ MATTEI, Ugo. Three patterns of law: taxonomy and change in the world’s legal systems. *The American Journal of Comparative Law*, v. 45, n. 1, p. 5-44, 1997.

⁷⁸ Disponível em: <http://www.juriglobe.ca/eng/sys-juri/index-alpha.php>. Acesso em: 12 abr. 2021.

Família legal	Total de constituições observadas	Com previsão constitucional falimentar	% nas constituições	% na previsão constitucional
<i>Customary</i>	1	0	0%	0%
Total:	193	65	100%	100%

Fonte: elaboração própria.

Observa-se, então, que a família *Civil law* (“*Romano-Germanic family*” na classificação de René David), apesar de ser a família dominante é a que menor previsão constitucional falimentar realiza, e que, por outro lado, a família *Common law* é a que maior previsão constitucional realiza (32 %), sendo, mesmo, alvo de consagração em 88 % das constituições dessa família legal.

É de salientar que as constituições da família legal *Muslim* (muçulmana) não realizam a previsão constitucional falimentar, fato que se coaduna com a proibição da *riba*⁷⁹, resultante da *Sharia*, conforme descreve Hamoudi⁸⁰.

Por fim, importa observar a existência de eventuais elementos explicativos para a consagração constitucional falimentar.

Para o efeito, procedeu-se à estimação pelo modelo dos mínimos quadrados (OLS) da seguinte regressão linear:

$$\text{Codificação} = \beta_0 + \beta_1 \text{scope} + \beta_2 \text{words} + \beta_3 \text{executive} + \beta_4 \text{legislative} + \beta_5 \text{judicial} + \beta_6 \text{rights} + \beta_7 \text{family} + \mu \quad (5.1)$$

As variáveis β_1 a β_6 foram obtidas por recurso ao “*Comparative Constitutions Project (CCP)*”, no qual é apresentado um “*Ranking Constitucional*”⁸¹.

Desde já se salienta que serão excluídas do universo de análise, anteriormente utilizado (193 constituições), 5 países/constituições por não constarem desse *ranking* (Iémen; Líbia; Palau; Palestina; e São Vicente e Granadinas).

Adicionalmente, observa-se que o “*Ranking Constitucional*”, do CCP, não contempla a família legal em que se insere cada constituição. Assim, e ponderando na sua aparente capacidade preditiva, anteriormente demonstrada, foi adicionada a variável *dummy* “*family*” (“Família legal”).

Caracterizando as variáveis constantes da regressão linear, consideramos que:

Codificação [total de codificações] => variável dependente: Somatório das codificações observadas em cada constituição alvo de análise.

β_1 *scope* => tendo por base a obra “*The Endurance of National Constitutions*”⁸², mede os 70 principais tópicos de pesquisa do CCP, em percentagem.

β_2 *words* [*length (in words)*] => é o relatório do número total de palavras de cada constituição, medido pelo Microsoft Word (medição realizada pelo CCP).

⁷⁹ De acordo com o Alcorão, a *riba* exige o perdão da dívida, ou um atraso no pagamento, até que o devedor retorne à sua situação de solvência.

⁸⁰ HAMOUDI, Haider. The surprising irrelevance of islamic bankruptcy. *American Bankruptcy Institute Law Review*, n. 19, p. 505-522, 2011.

⁸¹ Disponível em: <https://comparativeconstitutionsproject.org/ccp-rankings/>. Acesso em: 14 abr. 2021.

⁸² ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The endurance of national constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2009.

β_3 *executive* [*executive power*] => é o indicador que observa os poderes executivos entregues a qualquer executivo nacional (presidente, primeiro-ministro ou outro designado para o governo).

Esse índice aditivo, desenhado no *working paper* “*Constitutional Constraints on Executive Lawmaking*”⁸³, varia entre 0 e 7, e captura a presença, ou a ausência, de sete categorias importantes na legislação executiva: (1) o poder de iniciar a legislação; (2) o poder de emitir decretos; (3) o poder de iniciar emendas constitucionais; (4) o poder de declarar estado de emergência; (5) poder de veto; (6) o poder de contestar a constitucionalidade da legislação; e (7) o poder de dissolver a legislatura (um resultado maior indica um maior poder executivo).

β_4 *legislative* [*legislative power*] => é o indicador que captura o grau formal de poder atribuído ao órgão legislativo pela constituição.

Esse índice foi extraído da obra “*The Endurance of National Constitutions*”⁸⁴, em que foram criadas um conjunto de variáveis binárias do CCP para coincidir com a pesquisa de 32 itens desenvolvida na obra “*The Handbook of National Legislatures: A Global Survey*”⁸⁵. A pontuação do índice resulta da média simples dos 32 elementos binários (um resultado maior indica um maior poder legislativo).

β_5 *judicial* [*Judicial Independence*] => este indicador observa a independência do poder judicial.

Esse índice aditivo, apresentado no paper “*Does De Jure Judicial Independence Really Matter? A Reevaluation of Explanations for Judicial Independence*”⁸⁶, varia entre 0 e 6, e objetiva capturar a presença constitucional, ou a ausência, de seis características pensadas para aumentar a independência judicial. As seis características são: (1) se a Constituição contém uma declaração explícita de independência judicial; (2) se a Constituição prevê que os juízes tenham nomeações vitalícias; (3) se as nomeações para o mais alto tribunal envolvem um conselho judicial, ou dois (ou mais) atores; (4) se a remoção da função é proibida ou limitada, de modo que exija a proposta de votação de uma maioria qualificada no poder legislativo, ou se apenas o conselho público ou judicial pode propor o afastamento e outro ator político é obrigado a aprovar tal proposta; (5) se a remoção se limita, explicitamente, a crimes e outras questões de má conduta, traição ou violações da constituição; e (6) se os salários judiciais estão protegidos de reduções.

β_6 *rights* [*Number of Rights*] => este indicador apresenta o número de direitos encontrados numa constituição.

Esse índice resulta dos trabalhos desenvolvidos por Elkins, Ginsburg & Melton, nos quais identificaram 117 direitos diferentes, inscritos nas diversas constituições. Esse índice indica o número de direitos encontrados numa constituição.

β_7 *family* [Família legal] => Este indicador captura a família legal em que se enquadra a constituição.

Trata-se de uma variável *dummy* que assume o valor 1 se a constituição pertencer às famílias legais *Common law*; e *Mixed*, que, conjuntamente, representam 83 % das consagrações constitucionais, e assume o valor 0 se pertencer às famílias legais *Civil law* (17 % das consagrações constitucionais); *Muslim*; e *Customary* (0 % das consagrações constitucionais).

μ => Corresponde ao valor do termo de perturbação, sendo esta uma variável aleatória não observável.

Para proceder à estimação, foi adotado o Método dos Mínimos Quadrados (OLS), e utilizado o programa econométrico GRETL, versão 2021a, para o efeito.

⁸³ ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *Constitutional constraints on executive lawmaking*. [S.l: s.n.], 2012.

⁸⁴ ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The endurance of national constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2009.

⁸⁵ FISH, M. Steven; KROENIG, Matthew. *The handbook of national legislatures: a global survey*. New York: Cambridge University Press, 2009.

⁸⁶ MELTON, James; GINSBURG, Tom. Does de jure judicial independence really matter? a reevaluation of explanations for judicial independence. *Journal of Law and Courts*, v. 2, n. 2, p. 187-217, 2014.

Assim, foram obtidos os seguintes resultados:

Tabela 5.3 – Modelo 1: Mínimos Quadrados (OLS), usando as observações 1-188 e com a variável dependente: Codificação

	<i>Coefficiente</i>	<i>Erro Padrão</i>	<i>rácio-t</i>	<i>valor p</i>	
const	5,80122	1,13156	5,127	<0,0001	***
I1scope	-6,80493	2,60727	-2,610	0,0098	***
I2words	0,0835730	0,0122658	6,814	<0,0001	***
I3executive	-0,343320	0,120477	-2,850	0,0049	***
I4legislative	-4,40422	1,85082	-2,380	0,0184	**
I5judicial	0,0571395	0,132259	0,4320	0,6662	
I6rights	0,00278706	0,0143186	0,1946	0,8459	
I7family	0,585799	0,406177	1,442	0,1510	
Média var. dependente		1,547872	D.P. var. dependente		3,191373
Soma resíd. quadrados		1015,405	E.P. da regressão		2,375108
R-quadrado		0,466858	R-quadrado ajustado		0,446125
F(7, 180)		22,51734	valor P(F)		9,71e-22
Log. da verosimilhança		-425,3009	Critério de Akaike		866,6019
Critério de Schwarz		892,4934	Critério Hannan-Quinn		877,0921

Fonte: elaboração própria, com recurso ao software GRETL.

Da análise aos resultados obtidos, verificamos que a regressão é globalmente significativa, para um nível de confiança de 95 %, e, individualmente, as variáveis explicativas são estatisticamente significativas, com exceção para as variáveis: “*Judicial Independence*” e “*Number of Rights*”.

É de salientar a associação negativa entre a variável dependente “Codificação” e as variáveis independentes “*Scope*”, “*Executive Power*” e “*Legislative Power*”, sendo de destacar a surpresa na variável “*Scope*”, em que era expectável uma associação positiva, i.e., era expectável encontrar a consagração constitucional falimentar, quanto melhor fosse o posicionamento no *ranking* constitucional. Por seu lado, nas variáveis “*Executive Power*” e “*Legislative Power*”, e acompanhando os resultados o trabalho de Elkins, Ginsburg, & Melton⁸⁷, era expectável encontrar uma associação negativa em resultado de uma maior independência Executiva e Legislativa face à Constituição.

Sem surpresas foi a associação positiva observada com a variável independente “*Length (in Words)*”, considerando que quanto maior o texto constitucional, maior o número de matérias que encontram consagração constitucional, bem como em relação à associação positiva da variável *dummy* “Família legal”, face aos resultados alcançados na Tabela 5.2.

O valor do coeficiente de determinação R² indica-nos que 46,69 % da variação total da variável dependente é explicada pelo modelo.

Destarte, a falta de capacidade das variáveis independentes explicarem variações na variável dependente, corrobora a afirmação de Ginsburg⁸⁸ de que “a construção constitucional é mais arte do que ciência”, ou seja, recorrendo aos resultados do modelo estimado, a construção constitucional seria 53 % de arte e 47 % de ciência.

⁸⁷ ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *Constitutional constraints on executive lawmaking*. [S.l: s.n.], 2012.

⁸⁸ GINSBURG, Tom. *Comparative constitutional design*. New York: Cambridge University Press, 2012. p. 2.

5.2 Categorização

Prosseguindo com a análise, procedeu-se à categorização dos códigos observados, nas 65 constituições que registaram ocorrências, obtendo-se os seguintes resultados.

Tabela 5.4 – sumário da frequência absoluta simples das categorias nas constituições

Categoria	Frequência por categoria		Presença por documento	
Forma de legislar	2	1,05%	2	1,92%
Competência para legislar	18	9,42%	13	12,50%
Primazia da lei falimentar	36	18,85%	32	30,77%
Destituição / incompatibilidade de cargos públicos	128	67,02%	52	50,00%
Outras	7	3,66%	5	4,81%
Total:	191	100,00%	104	100,00%
DOCUMENTOS com categoria(s)	65	33,68%		
DOCUMENTOS sem categoria(s)	128	66,32%		
DOCUMENTOS ANALISADOS	193	100,00%		

Fonte: elaboração própria, com recurso ao MAXQDA.

Analisando os resultados obtidos por categoria, observa-se a seguinte distribuição por países:

1. Forma de legislar é registrada em 2 países: Estados Unidos da América (adotada em 1792) e Palau (adotada em 1981), e as duas constituições definem que devem ser estabelecidas leis uniformes sobre as falências.
2. Competência para legislar é registrada em 13 países, sendo atribuída às seguintes instituições:
 - a. Parlamento: Austrália; Canadá; Índia; Malásia; Micronésia; Myanmar; Palau; Reino Unido; e Suécia
 - b. Congresso Federal (podendo as Províncias decretar leis especiais): Argentina
 - c. Parlamento Federal e Assembleias Provinciais: Nepal
 - d. Governos Nacional e Estaduais: Sudão do Sul
3. Primazia da lei falimentar é registrada em 32 países. Nessa categoria, o principal destaque vai para a sua coocorrência com a categoria seguinte (“Destituição/incompatibilidade de cargos públicos”) em 75 % dos registos (24 em 32);
4. Destituição/incompatibilidade de cargos públicos é observada em 52 das 65 constituições alvo de análise, i.e., 80 % das constituições que procedem à consagração constitucional falimentar, definem que este estado é impeditivo do bom desempenho de funções públicas.
5. A categoria “Outras”, sendo uma categoria residual, abarca os 7 registos, em 5 constituições, que não foram suscetíveis de um enquadramento homogêneo nas quatro categorias precedentes. Registam-se, nessa categoria, as seguintes situações:
 - a. competência para julgar situações de insolvência internacional: Nova Zelândia;
 - b. funções: “*Chief Bankruptcy Registrar*” – Reino Unido; “*Judge in Bankruptcy*” – Maurícia;
 - c. destino do património de um insolvente falecido: Reino Unido;
 - d. necessidade de atualização monetária desde o início do processo de falência até à data do pagamento dos créditos: Brasil;

- e. contribuição dos bancos para um fundo de resolução bancária: Bolívia;
- f. possibilidade dos trabalhadores de uma empresa falida, com esse património, formar uma empresa comunitária: Bolívia.

Em relação aos resultados obtidos, destacam-se, apenas dois países (3 % dos que realizam a consignação constitucional falimentar; 1 % da totalidade das constituições analisadas) que definem a forma de legislar. No entanto, a previsão realizada limita-se a imprimir um carácter uniforme dentro do seu território, ou seja, observa-se não haver qualquer previsão constitucional para um desenho da política pública falimentar.

Verifica-se, ainda, que 13 países (20 % dos que realizam a consignação constitucional falimentar; 7 % da totalidade) reservam a competência legislativa sobre essa matéria para os órgãos representativos dos cidadãos; e que 32 países (49 % dos que realizam a consignação constitucional falimentar; 17 % da totalidade) atribuem uma primazia à legislação falimentar sobre a restante legislação.

Esses dois fatos demonstram a importância atribuída à legislação falimentar naqueles países, no entanto, apenas atribuem destaque ao processo falimentar sobre a restante legislação, não ponderando a adoção da política falimentar como um instrumento constitucional.

Na categoria “Outras” — o *melting pot* —, destacam-se as inscrições do Brasil e da Bolívia, as quais evidenciam o forte enraizamento civilizacional do instituto falimentar.

Por último, resta referir o carácter condenatório que é atribuído ao “falido”/“insolvente”, i.e., 52 países (80 % dos que realizam a consignação constitucional falimentar; 27 % da totalidade) consideram que uma pessoa que seja alvo de um processo falimentar não possui condições para assumir funções de representante/servidor do povo. Saliente-se que essa previsão constitucional se encontra em claro contraponto com o apregoado *fresh start*⁸⁹, resultante da política falência-saneamento, a qual, conforme já foi referido, é aconselhada pelos principais organismos internacionais, desde o início deste século XXI^{90,91}.

Importa, ainda, salientar a existência de países que, não realizando a consagração constitucional desse impedimento, o fazem em outra legislação nacional, tal como sucede em Portugal que considera inelegíveis, para os órgãos das autarquias locais, os falidos e insolventes, salvo se reabilitados⁹², corroborando a ideia de Galligan & Versteeg⁹³ que a inscrição constitucional, num único documento, “não significa que o documento inclua todas as questões constitucionais, ou que todas as questões constitucionais possam ser resolvidas apenas por referência ao documento.”

5.3 Benchmark

Não obstante os resultados já alcançados com a presente análise, impõe-se realizar o *benchmark* dos países que realizam a consagração constitucional falimentar, e verificar se essa consagração influi na sua competitividade económica⁹⁴, bem como no seu bem-estar social⁹⁵.

⁸⁹ *Fresh start*: instituto que consiste no perdão das dívidas que não forem integralmente pagas no decurso do processo falimentar, permitindo ao insolvente reiniciar a sua vida livre da “bagagem” que o conduziu à insolvência.

⁹⁰ WORLD BANK. *Principles and guidelines for effective insolvency and creditor rights systems*. Washington: World Bank Publications, 2001.

⁹¹ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Legislative Guide on Insolvency Law*. New York: United Nations, 2005.

⁹² PORTUGAL. *Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14 de agosto de 2001*. Diário da República, Lisboa, 14 ago. 2001, Série I-A, n.º 188/2001, p. 2-14, 2001.

⁹³ GALLIGAN, Denis J.; VERSTEEG, Mila. Theoretical perspectives on the social and political foundations of constitutions. In: GALLIGAN, D. J.; VERSTEEG, M. (org.). *Social and political foundations of constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 3-48. p. 6.

⁹⁴ WHITE, Michelle J. The corporate bankruptcy decision. *Journal of Economic Perspectives*, v. 3, n. 2, p. 129-151, 1989.

⁹⁵ GARCIA-POSADA, Miguel. Insolvency institutions and efficiency: the Spanish case. *Documentos de Trabajo, Working Paper Series*, Madrid, n. 1302, 2013.

Assim, para observação da inferência da competitividade econômica, será adotado como instrumento de *benchmark* o Relatório *Doing Business* de 2020.

O Relatório *Doing Business*, do Banco Mundial “[...] usa estudos de caso padronizados para fornecer medidas quantitativas objetivas que podem ser comparadas em 190 economias”⁹⁶:

[as] economias são classificadas entre 1 e 190 em termos da facilidade de fazer negócios. Uma classificação mais alta, ou seja, mais próxima de 100, significa que as regulações do ambiente de negócios da economia são mais propícias à abertura e às atividades de uma empresa local. As classificações são determinadas com base na média [aritmética] entre as pontuações dos 10 tópicos que compõem o *Doing Business*, sendo que a pontuação de cada tópico tem o mesmo peso.⁹⁷

Assim, por cruzamento da categorização obtida com a classificação da economia no Relatório *Doing Business* 2020 (DB2020), espera-se observar a influência da consagração constitucional da política falimentar a respeito da competitividade econômica de um país.

E, para inferência do bem-estar social, será adotado como instrumento de *benchmark* o Relatório *Human Development* 2020⁹⁸, para identificar a influência da consagração constitucional da política falimentar no *welfare* de um país.

Esse relatório é sintetizado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento da seguinte forma:

[...] Relatório de Desenvolvimento Humano introduziu uma nova abordagem para o avanço do bem-estar humano. O desenvolvimento humano — ou a abordagem do desenvolvimento humano — trata-se de expandir a riqueza da vida humana, em vez de simplesmente a riqueza da economia em que os seres humanos vivem. É uma abordagem focada nas pessoas e em suas oportunidades e escolhas.⁹⁹

Em seguida procede-se à apresentação da categorização observada por país (colunas centrais), ordenadas pela classificação obtida no Relatório *Doing Business* de 2020 — DB2020 — (coluna mais à esquerda), e com a indicação da classificação obtida no Relatório *Human Development* de 2020 – HDI2020 – (coluna mais à direita).

Tabela 5.5 – benchmark: consagração constitucional; DB2020; HDI2020

DB2020	País	Forma de legislar	Competência para legislar	Prima- zia da lei falimentar	Destituição / incompatibilidade de cargos públicos	Outras	HDI2020
1	Nova Zelândia				4	1	14
2	Singapura				6		11
6	U.S.A.	1					17
8	Reino Unido		4	3	3	2	13
10	Suécia		2		4		7
12	Malásia		1		3		62
13	Maurícia			1	2	1	66
14	Austrália		1		2		8

⁹⁶ WORLD BANK. *Doing business* 2020. 17. ed. Washington: World Bank Publications, 2020. p. 18.

⁹⁷ Disponível em: <https://www.doingbusiness.org/en/about-us/faq>. Acesso em: 20 abr. 2021.

⁹⁸ UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2020 a próxima fronteira: o desenvolvimento humano e o Antropoceno*. New York, 2020. Disponível em: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2020_pt.pdf. Acesso em: 18 jan. 2021.

⁹⁹ UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *Relatório do Desenvolvimento Humano*. New York, 2020. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/humandev>. Acesso em: 18 jan. 2021.

DB2020	País	Forma de legislar	Competência para legislar	Prima- zia da lei falimen- tar	Destituição / incompatibili- dade de cargos públicos	Outras	HDI2020
21	Tailândia				1		79
23	Canadá		1		1		16
33	Turquia				1		54
56	Quênia				6		143
60	México			1			74
63	Índia		1		3		131
66	Brunei Darus- salam				1		47
71	Jamaica			1	2		101
74	Costa Rica			1			62
75	Jordânia				1		102
84	África do Sul				2		114
85	Zâmbia			1	4		146
87	Botswana			1	5		100
88	Malta			1	2		28
91	El Salvador			1			124
93	Santa Lúcia			1	4		86
94	Nepal		1				142
98	Samoa			2	1		111
99	Sri Lanka				1		72
100	Seicheles			1			67
102	Fiji			1	2		93
104	Namíbia				1		130
105	Trinidad e To- bago				4		67
108	Paquistão				1		154
109	Malawi				4		174
111	Domínica			1	2		94
113	Antígua e Bar- buda			1	4		78
116	Uganda				2		159
118	Gana			1	1		138
119	Bahamas			1	4		58
120	Papua-Nova Guiné				1		155
121	Essuatíni				4		138
122	Lesoto			1	2		165
124	Brasil			1		1	84
126	Argentina		2				46
128	Barbados			1	4		58

DB2020	País	Forma de legislar	Competência para legislar	Prima- zia da lei falimentar	Destituição / incompatibilidade de cargos públicos	Outras	HDI2020
129	Equador				1		86
130	São Vicente e Granadinas			1	2		97
131	Nigéria		1	2	4		161
134	Guiana			1			122
135	Belize			1	4		110
136	Ilhas Salomão			1	1		151
139	S. Cristóvão e Neves			1	4		74
140	Zimbábwe				1		150
145	Palau	1	1				50
146	Granada			1	4		74
150	Bolívia					2	107
155	Gâmbia			1	3		172
158	Micronésia		1				136
162	Suriname				1		97
163	Serra Leoa			1	1		182
164	Kiribati			1			134
165	Myanmar		1		2		147
168	Bangladesh				1		133
185	Sudão do Sul		1		2		185
#N/D	Nauru			1	1		#N/D
#N/D	Tuvalu			1	1		#N/D
Total de ocorrências (191):		2	18	36	128	7	
Constituições em que ocorre:		2	13	32	52	5	

Fonte: elaboração própria.

5.3.1 Resultados Doing Business

Em face da ordenação, da categorização observada, pelo *ranking* DB2020 – o qual se propõe identificar as economias mundiais mais *business-friendly* –, observa-se que cinco (5), das dez (10) economias melhor classificadas consagram, na sua constituição, os termos falência¹⁰⁰ e/ou insolvência¹⁰¹.

No entanto, verifica-se, também, uma grande disparidade entre os países que consignam na sua constituição os termos “falência” e/ou “insolvência”: a Nova Zelândia (1.^a classificada no DB2020) e Sudão do Sul [185.^o (em 190) no DB2020] (o mais recente país do mundo, formado em 2011).

¹⁰⁰ “Falência”: Estados Unidos da América (6.^o); e Suécia (10.^o).

¹⁰¹ Coocorrência dos termos “falência” e “insolvência”: Nova Zelândia (1.^o); Singapura (2.^o); e Reino Unido (8.^o).

Dessa forma, a não consagração constitucional da política falimentar parece não configurar um obstáculo ao bom desempenho econômico, pois, se cinco (5) das dez (10) economias melhor classificadas no DB2020 procedem a essa consagração, as outras cinco (5) das dez (10) “melhores” economias, não procedendo à consagração constitucional da política falimentar, também conseguem alcançar um “bom ambiente” para a realização de negócios, e, mesmo as que procedem à sua consagração constitucional, podem não alcançar um “bom ambiente” à realização de negócios.

Exemplo desta última asserção é o Sudão do Sul que, procedendo à sua previsão constitucional, não alcança melhor que 185.º lugar, i.e., o quinto país com a pior classificação no *ranking Doing Business 2020*.

Adicionalmente, importa salientar que apenas 17 % das consagrações constitucionais (11) se situa nos primeiros 25 % do *ranking* DB2020, e que a banda entre os 50 % e os 75 % do *ranking* DB2020 (da 100.ª à 147.ª posição) concentra 40 % das consagrações constitucionais falimentares (27).

Por fim, na tentativa de identificar possíveis elementos explicativos para a inferência da consagração constitucional falimentar, em relação ao desempenho econômico de um país, procedeu-se à estimação, pelo modelo OLS, da seguinte regressão linear:

$$DB2020Score = \beta_0 + \beta_1 forma + \beta_2 compet + \beta_3 primazia + \beta_4 incomp + \beta_5 outra + \mu \quad (5.2)$$

Desde já se salienta que foram excluídas do universo de análise, anteriormente utilizado (de 193 constituições), oito (8) países/economias por não serem alvo de classificação no Relatório *Doing Business 2020* [Andorra; Cuba; Coreia (República Popular Democrática da); Liechtenstein; Mônaco; Nauru; Turquemenistão; e Tuvalu].

Identificando as variáveis da regressão linear, mas dispensando a sua descrição uma vez que estas já foram devidamente caracterizadas no ponto “Metodologia de análise”:

$DB2020Score \Rightarrow$ resultado alcançado pelo país, de cada uma das constituições em análise, no Relatório *Doing Business 2020*.

$\beta_1 forma \Rightarrow$ Forma de legislar.

$\beta_2 compet \Rightarrow$ Competência para legislar.

$\beta_3 primazia \Rightarrow$ Primazia da lei falimentar.

$\beta_4 incomp \Rightarrow$ Destituição / incompatibilidade de cargos públicos.

$\beta_5 outra \Rightarrow$ Outras (*melting pot*).

$\mu \Rightarrow$ Corresponde ao valor do termo de perturbação, sendo esta uma variável aleatória não observável.

Para proceder à estimação, utilizou-se, novamente, o programa econométrico GRETL, versão 2021a, e obtiveram-se os seguintes resultados:

Tabela 5.6 – modelo 2: Mínimos Quadrados (OLS), usando as observações 1-185 e com a variável dependente: DB2020Score

	<i>Coefficiente</i>	<i>Erro Padrão</i>	<i>rácio-t</i>	<i>valor p</i>	
const	62,4425	1,17453	53,16	<0,0001	***
I1forma	5,40740	10,0126	0,5401	0,5898	
I2compet	2,00012	2,77455	0,7209	0,4719	
I3primazia	-3,42598	2,72882	-1,255	0,2109	
I4incomp	1,08739	0,870385	1,249	0,2132	
I5outra	5,36912	4,79197	1,120	0,2640	

Média var. dependente	63,00973	D.P. var. dependente	13,92257
Soma resíd. quadrados	34756,57	E.P. da regressão	13,93452
R-quadrado	0,025503	R-quadrado ajustado	-0,001718
F(5, 179)	0,936896	valor P(F)	0,458405
Log. da verosimilhança	-746,8122	Critério de Akaike	1505,624
Critério de Schwarz	1524,947	Critério Hannan-Quinn	1513,455

Fonte: elaboração própria, com recurso ao software GRETL.

Os resultados obtidos nesta análise foram bastante desanimadores. Ou seja, não obstante a regressão ser globalmente significativa, para um nível de confiança de 95 %, esta não possui qualquer poder explicativo na variável dependente ($R^2 = 2,6\%$). Na verdade, esse resultado não se revela surpreendente se for ponderado que o *ranking Doing Business* é composto por dez macro indicadores¹⁰², os quais se decompõem num total de 105 indicadores, sendo muitos deles indicadores compostos. Dessa forma, pretender explicar o desempenho de uma economia com, apenas, uma variável — consagração constitucional falimentar —, a qual não integra qualquer dos seus indicadores, revelava-se uma utopia.

Dessa forma, optou-se por reduzir a variável dependente ao macro indicador “*Resolving Insolvency*”, do mesmo Relatório *Doing Business* 2020, o qual é composto, apenas, por oito indicadores¹⁰³.

Assim, procedeu-se, novamente, à estimação pelo modelo OLS da seguinte regressão linear:

$$RI2020Score = \beta_0 + \beta_1 forma + \beta_2 compet + \beta_3 primazia + \beta_4 incomp + \beta_5 outra + \mu \quad (5.3)$$

Essa regressão é idêntica à regressão anterior (5.2), diferindo, apenas, em relação à variável dependente, a qual se caracteriza da seguinte forma:

$RI2020Score \Rightarrow$ resultado alcançado pelo país no macro indicador *Resolving Insolvency*, do Relatório *Doing Business* 2020.

Na tabela 5.7 apresenta-se o resultado obtido dessa estimação.

Tabela 5.7 – modelo 3: Mínimos Quadrados (OLS), usando as observações 1-185 e com a variável dependente: RI2020Score

	<i>Coefficiente</i>	<i>Erro Padrão</i>	<i>rácio-t</i>	<i>valor p</i>	
Const	44,8644	2,04648	21,92	<0,0001	***
I1forma	6,22277	17,4459	0,3567	0,7217	
I2compet	4,72557	4,83433	0,9775	0,3296	
I3primazia	-9,05122	4,75465	-1,904	0,0586	*
I4incomp	1,33691	1,51654	0,8816	0,3792	
I5outra	13,0374	8,34945	1,561	0,1202	

¹⁰² Starting a business; Dealing with construction permits; Getting electricity; Registering property; Getting credit; Protecting minority investors; Paying taxes; Trading across borders; Enforcing contract; Resolving insolvency.

¹⁰³ Commencement of proceedings; Management of debtor's assets index; Reorganization proceedings; Creditor participation; Outcome; Time; Cost; Recovery rate.

Média var. dependente	45,13189	D.P. var. dependente	24,40321
Soma resíd. quadrados	105517,6	E.P. da regressão	24,27929
R-quadrado	0,037029	R-quadrado ajustado	0,010131
F(5, 179)	1,376628	valor P(F)	0,235132
Log. da verosimilhança	-849,5343	Critério de Akaike	1711,069
Critério de Schwarz	1730,391	Critério Hannan- -Quinn	1718,899

Fonte: elaboração própria, com recurso ao *software* GRETL.

Mais uma vez, os resultados obtidos nessa análise foram desanimadores, i.e., apesar de a regressão ser globalmente significativa, para um nível de significância de 0,05, esta mantém a sua incapacidade explicativa na variável dependente ($R^2 = 3,7\%$).

Não obstante, e reconhecendo as limitações do modelo, importa observar o comportamento das variáveis independentes, em que estas são estatisticamente significativas, com exceção “Forma de legislar” (β_1 forma). Além disso, foi verificada uma associação positiva entre a variável dependente “RI2020Score” e as variáveis independentes, com exceção para a variável “Primazia da lei falimentar” (β_3 primazia).

Em relação aos resultados obtidos, revela-se surpreendente a associação negativa da variável independente “Primazia da lei falimentar”, considerando que uma boa política falimentar conduz à eficiência, em longo prazo, de uma economia¹⁰⁴, sendo de salientar que idêntica associação foi obtida com a variável dependente “DB2020Score”.

Releva, ainda, salientar a associação positiva da variável independente “Destituição/incompatibilidade de cargos públicos” quando seria expectável uma associação negativa, face ao *fresh start* resultante da política falência-saneamento, aconselhada pelos principais organismos internacionais, conforme anteriormente apresentado.

5.3.2 Resultados Human Development Index

Realizando a ordenação da Tabela 5.5 pela coluna mais à direita, i.e., ordenando pela classificação alcançada no ranking *HDI2020* — o qual se propõe ser uma medida sumária das dimensões-chave do desenvolvimento humano —, observa-se que, apenas, dois (2)¹⁰⁵, dos dez (10) países melhor classificados, procedem à consagração constitucional falimentar. E se se alargar essa base amostral aos vinte (20) países melhor classificados, apenas sete (7) realizam essa consagração.

Observa-se, ainda, uma distribuição regular das observações ao longo do universo, com exceção para os primeiros 25 %, em que se registam, apenas, 10 observações, i.e. 15 % do total de observações. As restantes 55 observações distribuem-se regularmente pelo restante universo de análise (26 % a 50 % - 20 observações; 51 % a 75 % - 18 observações; 76 % a 100 % - 17 observações).

Por fim, importa observar a existência de eventuais elementos explicativos da consagração constitucional falimentar no bem-estar social (*welfare*).

Assim, procede-se à estimação pelo modelo OLS da regressão linear em que a variável dependente é score alcançado no Relatório *Human Development 2020*:

¹⁰⁴ WHITE, Michelle J. Economic analysis of corporate and personal bankruptcy law. *NBER Working Paper*, Cambridge, n. 11536, 2005. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w11536>. Acesso em: 22 set. 2017.

¹⁰⁵ Suécia e Austrália, 7.º e 8.º no ranking *HDI2020*.

$$HDI2020Score = \beta_0 + \beta_1 forma + \beta_2 compet + \beta_3 primazia + \beta_4 incomp + \beta_5 outra + \mu \quad (5.4)$$

Essa regressão é idêntica às regressões anteriores (5.2) e (5.3), diferindo apenas na variável dependente, a qual se caracteriza da seguinte forma:

$HDI2020Score \Rightarrow$ resultado alcançado pelo país no Relatório *Human Development* 2020.

Salienta-se que foram excluídos do universo de análise (de 193 constituições), sete (7) países por não serem alvo de classificação no Relatório *Human Development* 2020 [Coreia (República Popular Democrática da); Kosovo; Mónaco; Nauru; Somália; Taiwan; e Tuvalu].

O resultado obtido desta estimação foi:

Tabela 5.8 – modelo 4: Mínimos Quadrados (OLS), usando as observações 1-186 e com a variável dependente: HDI2020Score

	<i>Coefficiente</i>	<i>Erro Padrão</i>	<i>rácio-t</i>	<i>valor p</i>	
Const	0,720918	0,0123616	58,32	<0,0001	***
I1forma	0,142288	0,105750	1,346	0,1802	
I2compet	0,0255881	0,0293049	0,8732	0,3837	
I3primazia	-0,0218087	0,0288199	-0,7567	0,4502	
I4incomp	0,00104167	0,00919002	0,1133	0,9099	
I5outra	0,0646218	0,0506131	1,277	0,2033	
Média var. dependente	0,724075		D.P. var. dependente	0,147464	
Soma resíd. quadrados	3,899022		E.P. da regressão	0,147178	
R-quadrado	0,030803		R-quadrado ajustado	0,003881	
F(5, 180)	1,144156		valor P(F)	0,338779	
Log. da verosimilhança	95,52438		Critério de Akaike	-179,0488	
Critério de Schwarz	-159,6943		Critério Hannan-Quinn	-171,2056	

Fonte: elaboração própria, com recurso ao software GRETL.

Mais uma vez, os resultados obtidos nesta análise foram desanimadores, i.e., apesar da regressão ser globalmente significativa, para um nível de confiança de 95 %, essa nova regressão mantém a incapacidade explicativa na variável dependente ($R^2 = 3,1$ %).

Não obstante, e mais uma vez reconhecendo as limitações do modelo, observou-se o comportamento das variáveis independentes, em que se verifica que todas as variáveis independentes são estatisticamente significativas, com exceção “Destituição/incompatibilidade de cargos públicos” ($\beta_4 incomp$). Verifica-se, à semelhança do que sucedeu nos dois modelos anteriormente analisados (em que a variável dependente é “ $DB2020Score$ ” e “ $RI2020Score$ ”), uma associação negativa entre a variável dependente e variável “Primazia da lei falimentar” ($\beta_3 primazia$).

6 Considerações finais

Hoje em dia há uma tendência dos cientistas políticos a discutirem problemas que, para o advogado, em todo o caso, parecem mais jurídicos do que políticos.¹⁰⁶

¹⁰⁶ DICEY, A. V.; HON, D. C. L. *Introduction to the study of the law of the constitution*. 10. ed. [S.l.]: The Macmillan Press, 1979. p. xxvi.

Dada a relevância da política falimentar para o bom desempenho econômico de um país, seria expectável que essa política pública encontrasse os seus pilares, e/ou as sua “balizas”, consagrados constitucionalmente, à semelhança do que se observa em outras políticas econômicas, e.g., a política monetária e a política fiscal. No entanto, tal não se veio a confirmar. Apenas um terço (1/3) das constituições possuem alguma referência falimentar, e apenas duas constituições estabelecem uma referência à política falimentar. Mesmo assim, essa referência, limita-se à obrigatoriedade de serem criadas leis uniformes sobre falências, sem qualquer referência ao desenho que a política falimentar deve assumir.

Não obstante esse resultado, foi escalpelizada a consagração falimentar nas sessenta e cinco (65) constituições em que esta foi observada, e, assim, verificou-se que, apenas, 28 % das consagrações dizem respeito à política ou à matéria jurídica. As restantes previsões constitucionais são relativas ao estado das pessoas, em regra objetivando impedir que os insolventes/falidos assumam cargos públicos, ou que esse estado seja causa para a sua destituição, e dessa forma censurando/estigmatizando socialmente as pessoas alvo desse processo por via da inibição do exercício dos seus direitos de cidadãos.

A inscrição constitucional desse estigma social, que ocorre em 80 % das constituições que procedem à consagração constitucional falimentar, revela-se incoerente com a política falência-saneamento, nomeadamente com o seu instituto do *fresh start* (política falimentar que tem vindo a ser aconselhada pelas principais organizações económicas internacionais, desde o início deste milénio), e mais surpreendente se revela se for ponderado que essa inscrição constitucional ocorre em 86 % dos países da *Common law* (18 em 21 países), família legal com maior tradição nesse instituto do *fresh start*.

Verificou-se, ainda, a necessidade de 50 % das constituições atribuírem primazia à lei falimentar sobre a restante legislação, dando-lhe o lugar de destaque necessário para o bom funcionamento do processo falimentar.

A tentativa de identificar elementos explicativos para a consagração constitucional falimentar revelou pouco poder explicativo, corroborando a ideia de que “o desenho constitucional é mais arte que ciência”. No entanto revelou uma associação negativa com o poder legislativo, e com o poder executivo, denotando que quanto mais poderes constitucionais sejam conferidos àquelas instituições, eventualmente, haverá menor necessidade de proceder à consagração constitucional falimentar.

No *benchmark* realizado, observou-se que cinco (5) das dez (10) economias com melhor classificação no Relatório *Doing Business* 2020 procedem à previsão falimentar constitucional, mas que a quinta (5.ª) economia com pior classificação também procede a essa previsão. Foi, ainda, observado que 40 % das consagrações se situa na banda dos 50 % e 75 % do *ranking Doing Business* (DB2020). Dessa forma, não foi possível obter qualquer resultado conclusivo sobre a influência da previsão falimentar constitucional para a obtenção de um ambiente mais *business-friendly*.

E idêntico resultado foi obtido no *benchmark* realizado com o Relatório *Human Development Index* (HDI2020), em que apenas dois (2) dos dez (10) países melhores classificados realizam a previsão falimentar constitucional, e a distribuição ocorre mais uniformemente ao longo do universo.

Na estimação pelo método OLS, adotando como variável dependente o *ranking* DB2020, e posteriormente o seu macro indicador “*Resolving Insolvency*” (RI2020), bem como o *ranking* HDI2020, não foi possível alcançar qualquer capacidade explicativa com as variáveis independentes, obtidas por meio da categorização realizada.

No entanto, não sendo este resultado surpreendente, essa estimação permitiu observar a forma de associação das variáveis independentes, e assim, é de destacar a associação positiva da variável independente “Competência para legislar”, e a associação negativa da variável independente “Primazia da lei falimentar”, ambas estatisticamente significativas, nas variáveis dependentes “*DB2020Score*”, “*RI2020Score*” e

“HDI2020Score”, fato indiciador de que uma boa política falimentar (a qual, de acordo com White¹⁰⁷, conduzirà à eficiência de uma economia, no longo prazo), não depende da sua previsão constitucional.

Em suma, os resultados alcançados permitem observar a não consagração constitucional da política falimentar nas constituições atualmente vigentes, deixando por responder se a consagração constitucional do desenho da política falimentar permitirá melhorar o ambiente para realização de negócios, impulsionando o crescimento econômico de um país, bem como um incremento do bem-estar social desse mesmo país.

Contudo, essa resposta somente poderá ser alcançada por meio de um *case study* sobre um país que efetivamente venha a realizar a consagração constitucional do desenho da sua política falimentar.

Referências

- BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. São Paulo: Edições 70; Almedina Brasil, 2011.
- BERKOVITCH, Elazar; ISRAEL, Ronen; ZENDER, Jaime F. The design of bankruptcy law: a case for management bias in bankruptcy reorganizations. *The Journal of Financial and Quantitative Analysis*, v. 33, n. 4, p. 441-464, 1998. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2331127>. Acesso em: 13 ago. 2019.
- BOUGHANMI, Afef; NIGAM, Nirjhar. A survey of corporate bankruptcy reforms: lessons to be learnt for worldwide good practices. *European Journal of Interdisciplinary Studies*, v. 3, n. 3, p. 7-21, 2017.
- BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. *The calculus of consent: logical foundations of constitutional democracy*. Indianapolis: Liberty Fund., 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital Martins. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- CAREGNATO, Rita; MUTTI, Regina. Pesquisa qualitativa: análise de discurso versus análise de conteúdo. *Texto e Contexto Enfermagem*, v. 15, n. 4, p. 679-684, 2006.
- CHARMAZ, Kathy. *Constructing grounded theory*. 2. ed. London: SAGE Publications, 2014.
- CIRMIZI, Elena; KLAPPER, Leora; UTTAMCHANDANI, Mahesh. The challenges of bankruptcy reform. *World Bank Research Observer*, v. 27, n. 2, p. 185-203, 2012.
- CLAESSENS, Stijn; DJANKOV, Simeon; MODY, Ashoka. Resolution of financial distress: an overview. In: CLAESSENS, S.; DJANKOV, S.; MODY, A. (org.). *Resolution of financial distress: an international perspective on the design of bankruptcy laws*. Washington: World Bank Publications, 2001. p. xv-xxxiii.
- CLAESSENS, Stijn; KLAPPER, Leora F. Bankruptcy around the world: explanations of its relative use. *American Law and Economics Review*, v. 7, n. 1, p. 253-283, 2005.
- COPPEDGE, Michael *et al.* Conceptualizing and measuring democracy: a new approach. *Perspectives on Politics*, v. 9, n. 2, p. 247-267, 2011.
- COUTO, Cláudio Gonçalves; LIMA, Giovanna de Moura Rocha. Continuidade de políticas públicas: a constitucionalização importa?. *DADOS: Revista de Ciências Sociais*, v. 59, n. 4, p. 1055-1089, 2016.
- DAVID, René; BRIERLEY, John E. C. *Major legal systems in the world today: an introduction to the comparative study of law*. 3. ed. London: Stevens & Sons, 1985.
- DICEY, A. V.; HON, D. C. L. *Introduction to the study of the law of the constitution*. 10. ed. [S.l.]: The Macmillan Press, 1979.

¹⁰⁷ WHITE, Michelle J. The corporate bankruptcy decision. *Journal of Economic Perspectives*, v. 3, n. 2, p. 129-151, 1989.

- DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- DOING BUSINESS. *Doing business: measuring business regulations*. Disponível em: <https://www.doingbusiness.org/en/doingbusiness>. Acesso em: 1 jan. 2020.
- DYE, Thomas R. *Understanding public policy*. 14. ed. Florida: Pearson Education, 2013.
- ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *Constitute project*. Disponível em: <https://www.constituteproject.org>. Acesso em: 23 mar. 2020.
- ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *Constitutional constraints on executive lawmaking*. [S.l: s.n.], 2012.
- ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The endurance of national constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2009.
- ELSTER, Jon. Forces and mechanisms in the constitution-making process. *Duke Law Journal*, v. 45, n. 2, p. 364-396, 1995.
- ESTRIN, Saul; MICKIEWICZ, Tomasz; REBMANN, Anna. Prospect theory and the effects of bankruptcy laws on entrepreneurial aspirations. *Small Business Economics*, v. 48, p. 977-997, 2017.
- EUROPEAN COMMISSION. *COM/2016/0723 final - 2016/0359 (COD)*. Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos quadros jurídicos em matéria de reestruturação preventiva, à concessão de uma segunda oportunidade e às medidas destinadas a aumentar a eficiência. Publications Office of the EU, 2016. Disponível em: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/830b1911-b163-11e6-871e-01aa75ed71a1/language-pt>. Acesso em: 16 abr. 2019.
- FARIA, Carlos Aurélio P. A difusão de políticas sociais como estratégia de inserção internacional: Brasil e Venezuela comparados. *Interseções: Revista de Estudos Interdisciplinares*, v. 14, n. 2, p. 335-371, 2012.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.
- FISH, M. Steven; KROENIG, Matthew. *The handbook of national legislatures: a global survey*. New York: Cambridge University Press, 2009.
- FRANKS, Julian R.; NYBORG, Kjell G.; TOROUS, Walter N. A comparison of US, UK, and German insolvency codes. *Financial Management*, v. 25, n. 3, p. 86-101, 1996.
- FREEMAN, Robert Edward. *Strategic management: a stakeholder approach*. New York: Cambridge University Press, 2010.
- FREY, Bruno S. A constitution for knaves crowds out civic virtues. *The Economic Journal*, v. 107, n. 443, p. 1043-1053, 1997.
- GALLIGAN, Denis J.; VERSTEEG, Mila. Theoretical perspectives on the social and political foundations of constitutions. In: GALLIGAN, D. J.; VERSTEEG, M. (org.). *Social and political foundations of constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 3-48.
- GAMBOA-CAVAZOS, Mario; SCHNEIDER, Frank. Bankruptcy as a legal process. *SSRN Electronic Journal*, [S.l: s.n.], 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=979614. Acesso em: 9 set. 2019.
- GARCIA-POSADA, Miguel. Insolvency institutions and efficiency: the Spanish case. *Documentos de Trabajo, Working Paper Series*, Madrid, n. 1302, 2013.
- GINSBURG, Tom. *Comparative constitutional design*. New York: Cambridge University Press, 2012.

GINSBURG, Tom; HALLIDAY, Terence C.; SHAFFER, Gregory. Constitution-making as transnational legal ordering. In: SHAFFER, G.; GINSBURG, T.; HALLIDAY, T. C. (org.). *Constitution-making and transnational legal order*. New York: Cambridge University Press, 2019. p. 1-25.

HALL, Peter A.; SOSKICE, David. *Varieties of capitalism: the institutional foundations of comparative advantage*. New York: Oxford University Press, 2001.

HAMOUDI, Haider. The surprising irrelevance of islamic bankruptcy. *American Bankruptcy Institute Law Review*, n. 19, p. 505-522, 2011.

HART, Oliver. Different approaches to bankruptcy. In: ANNUAL BANK CONFERENCE ON DEVELOPMENT ECONOMICS IN EUROPE: Governance, Equity and Global Markets, Paris, 1999. *Proceedings...* 2000. p. 105-114.

HART, Vivien. Democratic constitution making. *Defense*, n. 107, p. 1-12, 2003.

HAUGEN, Robert A.; SENBET, Lemma W. The insignificance of bankruptcy costs to the theory of optimal capital structure. *The Journal of Finance*, v. 33, n. 2, p. 383-393, 1978.

KIRK, David. What is the difference between bankruptcy and insolvency? *The Gazette*. Disponível em: <https://www.thegazette.co.uk/insolvency/content/100329#>. Acesso em: 8 set. 2016.

LANNI, Adriaan; VERMEULE, Adrian. Constitutional design in the ancient world. *Stanford Law Review*, v. 64, n. 2, p. 907-949, 2012.

LASSWELL, Harold D. *Psychopathology and politics: the political writings of Harold Lasswell*. Illinois: The Free Press, 1951.

LEITÃO, L. M. T. M. *Direito da insolvência*. 17. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

MATTEI, Ugo. Three patterns of law: taxonomy and change in the world's legal systems. *The American Journal of Comparative Law*, v. 45, n. 1, p. 5-44, 1997.

MELTON, James; GINSBURG, Tom. Does de jure judicial independence really matter? a reevaluation of explanations for judicial independence. *Journal of Law and Courts*, v. 2, n. 2, p. 187-217, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

OLIVEIRA, Lucy. Análise de texto automatizada e análise de conteúdo: abordagens combinadas e apontamentos sobre a produção latino-americana. In: ASSOCIAÇÃO LATINO-AMERICANA DE CIÊNCIAS POLÍTICAS (ALACIP), 2019. Monterrey, México. *Anais...* Disponível em: <https://alacip.org/cong19/241-oliveira-19.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2021.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. A Constituição democrática: entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 333-349, 2019.

PATERSON, Sarah. Rethinking corporate bankruptcy theory in the twenty-first century. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 36, n. 4, p. 697-723, 2016.

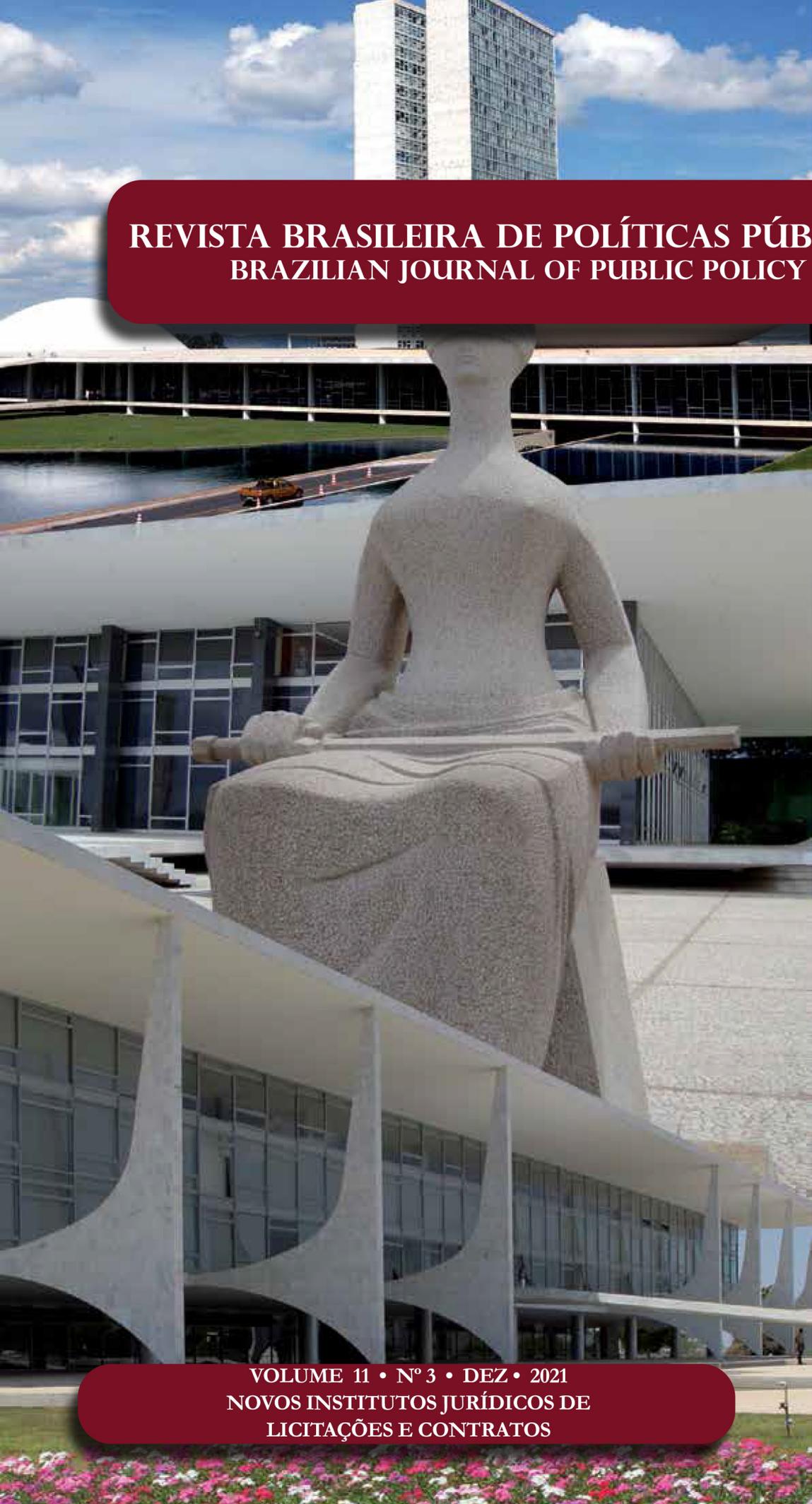
PINHO, José A. G.; SACRAMENTO, Ana R. S. Accountability: já podemos traduzi-la para o português?. *Revista de Administração Pública*, v. 43, n. 6, p. 1343-1368, 2009.

PORTUGAL. *Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14 de agosto de 2001*. Diário da República, Lisboa, 14 ago. 2001, Série I-A, n.º 188/2001, p. 2-14, 2001.

PULIDO, Carlos Bernal. Criação constitucional sem Poder Constituinte: os limites conceituais do poder de substituição ou revisão da constituição. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 55-83, 2019.

- RACHED, Danielle Hanna. Accountability e desenho institucional: um “ponto cego” no direito público brasileiro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 1, p. 189-209, 2021.
- RODRIGUES, Maria de Lurdes; SILVA, Pedro Adão e. A constituição e as políticas públicas em Portugal. *Sociologia, Problemas e Práticas*, v. 2016, p. 13-22, 2016.
- SAATI, Abrak. Participatory constitution-making as a transnational legal norm: why does it “stick” in some contexts and not in others?. In: SHAFFER, G.; GINSBURG, T.; HALLIDAY, T. C. (org.). *Constitution-making and transnational legal order*. New York: Cambridge University Press, 2019. p. 283-311.
- SAILLARD, Elif Kuş. Systematic versus interpretive analysis with two CAQDAS packages: NVivo and MAXQDA. *Forum Qualitative Sozialforschung / Forum: Qualitative Social Research*, v. 12, n. 1, p. 1-21, 2011.
- UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Legislative Guide on Insolvency Law*. New York: United Nations, 2005.
- UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *Relatório do Desenvolvimento Humano*. New York, 2020. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/humandev>. Acesso em: 18 jan. 2021.
- UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2020 a próxima fronteira: o desenvolvimento humano e o Antropoceno*. New York, 2020. Disponível em: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2020_pt.pdf. Acesso em: 18 jan. 2021.
- WHITE, Michelle J. Economic analysis of corporate and personal bankruptcy law. *NBER Working Paper*, Cambridge, n. 11536, 2005. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w11536>. Acesso em: 22 set. 2017.
- WHITE, Michelle J. Public policy toward bankruptcy: me-first and other priority rules. *The Bell Journal of Economics*, v. 11, n. 2, p. 550-564, 1980.
- WHITE, Michelle J. The corporate bankruptcy decision. *Journal of Economic Perspectives*, v. 3, n. 2, p. 129-151, 1989.
- WHITE, Michelle J. The costs of corporate bankruptcy: a U.S.–European comparison. In: BHANDARI, J. S.; WEISS, L. A. (org.). *Corporate bankruptcy: economic and legal perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. p. 467-500.
- WOOD, Philip R. *Principles of international insolvency*. 2. ed. London: Sweet & Maxwell, 2007.
- WORLD BANK. *Doing business 2007*. 4. ed. Washington: World Bank Publications, 2007.
- WORLD BANK. *Doing business 2020*. 17. ed. Washington: World Bank Publications, 2020.
- WORLD BANK. *Principles and guidelines for effective insolvency and creditor rights systems*. Washington: World Bank Publications, 2001.

II. POLÍTICAS PÚBLICAS, GRUPOS VULNERÁVEIS E LITÍGIOS ESTRUTURAIS

The cover image is a photograph of a modern architectural complex. In the foreground, a large, white, stone statue of a seated woman, possibly a personification of Justice or Law, is the central focus. She is holding a long, thin object, possibly a scroll or a sword, across her lap. Behind her is a large, multi-story building with a distinctive design, featuring a prominent white, curved structure that resembles a modernist architectural style. The building has large windows and a flat roof. In the background, a tall, white, rectangular tower rises against a blue sky with scattered white clouds. The overall scene is brightly lit, suggesting a sunny day. The image is framed by a dark red border on the right side, which contains the journal's title and other information.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Las limitaciones a los derechos de los grupos vulnerables y los sujetos de especial protección durante la pandemia

Limitations on the rights of vulnerable groups and subjects of special protection during the pandemic

Mary Luz Tobón Tobón

VOLUME 11 • Nº 3 • DEZ • 2021
NOVOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE
LICITAÇÕES E CONTRATOS

Las limitaciones a los derechos de los grupos vulnerables y los sujetos de especial protección durante la pandemia*

Limitations on the rights of vulnerable groups and subjects of special protection during the pandemic

Mary Luz Tobón Tobón**

Resumen

En este ensayo busco realizar un análisis sobre las limitaciones de los derechos de los grupos vulnerables y los sujetos de especial protección durante la pandemia, demostrando que pareciera que el coronavirus fuese un virus con corona, porque justo los más desfavorecidos son quienes asumen un alto costo en el ejercicio y disfrute de sus derechos. Por esta razón, utilizando una metodología socio-jurídica con un enfoque sociológico, como conclusión primigenia demuestro que la pandemia tiene graves repercusiones en el disfrute y ejercicio de los derechos humanos, y de manera especial a los grupos vulnerables tales como: la comunidad LGTBI, los ancianos, las personas con discapacidad, los niños, niñas y adolescentes, las mujeres, los indígenas y la población afrodescendiente, quienes han visto menguados sus recursos económicos y el acceso a los servicios, incluidos los de atención de la salud, la seguridad social, los alimentos, el agua, la educación y los servicios sociales. Si bien el derecho internacional permite ciertas restricciones a los derechos, estas deben ser estrictamente necesarias y proporcionales para ese fin, salvaguardando los derechos fundamentales como límites en sí mismos y estándares mínimos de protección y de reconocimiento por parte de los Estados.

Palabras clave: Pandemia; Grupos vulnerables; Sujetos de especial protección; Inequidad; Limitación de derechos; Covid-19.

Abstract

In this essay I seek to analyze the limitations of the rights of subjects of special protection caused by the use of exceptional powers throughout the Latin American continent during the pandemic, demonstrating that it seems that the coronavirus is a virus with a crown because it is precisely the most disadvantaged who assume a high cost in the exercise and enjoyment of their rights. For this reason, using a socio-legal methodology with a sociological approach, I seek to integrate the law with social reality, first analyzing the rights of freedom and its most severe restrictions such as curfews, preventive isolation, and forty, and subsequently the right to equality and the prohibition of non-discrimination in the light of international human rights

* Recibido em 29/05/2021
Aprovado em 22/11/2021

** Doctora en Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid, Especialista en Derecho Administrativo, Abogada de la Universidad de Antioquia. Docente Investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, Seccional Bogotá. Sus líneas de investigación son en estados de excepción y derechos humanos. En el año 2019 la Editorial del Grupo Ibañez publicó su tesis doctoral laureada, y denominada “Los estados de excepción: imposibilidad de suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales”.
Email: maryltobon@gmail.com

law, This will allow us to conclude that it is the vulnerable groups or subjects of special protection who have suffered the most serious violation of their rights during the pandemic, without the different Latin American governments having guaranteed their fundamental rights as limits in themselves and minimum standards of protection and recognition by the States.

Keywords: Pandemic; Vulnerable groups; Subjects of special protection; Inequity; Limitation of rights; Covid-19.

1 Introducción

Con la aparición de la pandemia se ha propagado la idea de que existe inseguridad global, que se atribuye al desarrollo de amenazas biológicas de destrucción masiva, que se cree derivan de organizaciones terroristas y otras organizaciones criminales y gobiernos que las apoyan. Esto ha llevado a los distintos estados a afirmar la necesidad de una seguridad globalizada y los debates se han caracterizado principalmente por la necesidad de una legislación nueva de emergencia y sus efectos en el equilibrio entre seguridad y libertad.

En efecto, a lo largo de la historia constitucional de Colombia y Latinoamérica, se han presentado diferentes transformaciones a nivel político, jurídico, económico y social; siendo necesario en los diferentes periodos presidenciales acudir a la figura del estado de excepción, para restablecer el orden y el equilibrio turbado por circunstancias que podrían llegar a poner en riesgo la seguridad de la nación o de cierto territorio, la crisis generada por el Covid-19 también ha puesto en riesgo el orden económico, social y político existente, por ello los gobiernos latinoamericanos de una u otra forma han acudido a la utilización de los poderes excepcionales para dar respuesta a la crisis, limitando los derechos de los ciudadanos durante las declaraciones de emergencia.

Así, en los estados contemporáneos existe “un estado de emergencia permanente, aunque no ha sido declarado en el sentido técnico, y con las formalidades requeridas por muchos Estados”¹. En este escenario de crisis o emergencia, se necesita un análisis sobre las limitaciones de los derechos² de los grupos vulnerables y los sujetos de especial protección, causadas a lo largo y ancho de todo el continente latinoamericano durante la pandemia. Por ello, en esta época de crisis es imperativo preguntarnos ¿cuáles son los grupos vulnerables o las personas que más han sufrido la limitación de sus derechos durante la pandemia causada por el Covid-19?

La contención de la pandemia por los distintos Estados ha demostrado la importancia del respeto y la aplicación efectiva de todos los derechos humanos³. El confinamiento (total o parcial) decidido progresivamente desde hace varios meses por casi todos los gobiernos del mundo, ha demostrado, a ciencia cierta la importancia del respeto y la aplicación efectiva de todos los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales), al tiempo que ha puesto de relieve numerosas violaciones de dichos derechos⁴.

En ese sentido, uno de los grandes avances de la protección internacional de los derechos humanos durante los estados de excepción, o durante las situaciones de crisis o de anormalidad, como ocurre con la pandemia, es el reconocimiento de los derechos fundamentales como límites y garantías en sí mismos, a

¹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Excepción*. Homo Sacer, II, I. Traducción de Flavia Costa e Ivana Costa, Buenos Aires: Adriana Hidalgo. 2005. p. 25.

² CARRASCO, Charlie; GONZALES, Martha; SANJINEZ, Jovian. Limitación de los derechos fundamentales en el estado de emergencia por la pandemia del COVID-19. *Cátedra Villarreal*, v. 8, n. 1. p. 24-29, 2020.

³ ÖZDEN, Melik. *Los derechos humanos en el contexto de la pandemia del Covid 19*. Genève, 2020, Consultado en: <https://www.cetim.ch/los-derechos-humanos-en-el-contexto-de-la-pandemia-del-covid-19/>

⁴ TORRES, Jorge. Reflexiones acerca del reconocimiento de nuevos derechos fundamentales en la pandemia sanitaria. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, v. 70, n. 278-2, p. 797-814, 2020.

partir de la dignidad humana⁵. Por tal motivo, la dogmática y jurisprudencia internacional durante la pandemia, enfrentan el reto de dotar a los derechos fundamentales de los grupos vulnerables y los sujetos de especial protección como límites infranqueables para contrarrestar las medidas desproporcionales adaptadas por el Poder Ejecutivo, pues el fuerte caudillismo presidencial y las débiles mayorías parlamentarias, unidos a la extrema riqueza y pobreza, el narcotráfico y los distintos grupos armados, hacen que los derechos de los grupos más desfavorecidos, sean vulnerados en forma reiterada por los distintos gobiernos, sin que las autoridades estatales realicen acciones de protección efectiva para garantizarlos.

Por lo anterior, con esta conceptualización se busca explicar por qué los estados de excepción decretados durante la pandemia ya fueran de iure o de facto, supusieron el establecimiento de normas excepcionales que permiten restringir los derechos⁶. Muchos países adoptaron cuarentenas, aislamientos obligatorios y toques de queda sin tener en cuenta que los derechos humanos deben regir en todo tiempo, incluso durante las situaciones de crisis, o la situación que enfrenta todo el mundo por causa del Covid-19.

Sin duda alguna, es necesario resaltar la importancia de los derechos fundamentales como límites infranqueables que rigen durante los estados de excepción, tal como lo ha resaltado la doctrina internacional⁷ Lo cual esta está en perfecta correspondencia con lo manifestado por gran parte de la doctrina colombiana⁸. En tal sentido, dotar de contenido a los derechos fundamentales de los grupos vulnerables y de los sujetos de especial protección durante la pandemia, estableciendo un sistema de límites y controles para protegerlos en todo tiempo, es una garantía necesaria y un reto imperativo para los juristas que buscan salvaguardar el Estado social y democrático de derecho.

La lógica de esos límites es muy simple. En una región como la Latinoamérica, históricamente caracterizada por sistemas presidencialistas o hiperpresidencialistas cuya nota principal es el predominio —a veces desmedido— del Órgano Ejecutivo (presidente) sobre el Legislativo⁹, los estados de excepción pueden constituir una severa tentación para mandatarios ansiosos de acrecentar su poder o concentrarlo¹⁰.

Varios estudios realizados durante la pandemia causada por la COVID-19 afirman que “no debemos olvidar que los países de América Latina tienen una historia de poderes de emergencia que fueron adoptados rápidamente en tiempos de crisis y luego retenidos por las autoridades ejecutivas, incluso muchos años

⁵ MENDIETA, David; TOBÓN, Mary Luz. La dignidad humana y el Estado social y democrático de derecho: el caso colombiano. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 10, n. 3, p. 278-289, 2018.

⁶ VELA, Marcos Antonio. Límites convencionales a los estados de excepción y respuestas a la pandemia. *Revista IIDH*, n. 72, p. 147, Jul./Dic. 2020.

⁷ CABANAS, Manuel. El Derecho de excepcionalidad español ante futuras pandemias. *El Derecho de excepcionalidad español ante futuras pandemias*, p. 35-60, 2021; GASPARETTO, Antonio. *Teoria e prática dos estados de exceção na história dos Estados Unidos*. 2021. p. 445-449. ROSATI, Horacio. Un círculo vicioso: impacto de las emergencias continuadas en el diseño institucional de Argentina. Emergencia y división de poderes. *Revista Latinoamericana de Derecho*, n. 1, p. 449-471. FERREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. The law of the exception: A typology of emergency powers. *International Journal of Constitutional Law*, v. 2, n. 2, p. 210-239, 2004. RÍOS, Lautaro. Defensa judicial de los derechos humanos en los estados de excepción. *Estudios constitucionales*, v. 7, n. 1, p. 277-296, 2009.

⁸ TOBÓN, Mary Luz; MENDIETA, David. Los límites establecidos al estado de conmoción interior en Colombia: un ejemplo a seguir en el contexto latinoamericano. *Estudios constitucionales*, v. 19, n. 1, p. 34-65, 2021.; TOBÓN, Mary Luz Tobón. *Los estados de excepción: imposibilidad de suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2019; BARRETO, José-Manuel. Epistemologies of the South and human rights: Santos and the quest for global and cognitive justice. *Ind. J. Global Legal Stud.*, v. 21, 2014; GIRALDO, Gustavo. *Quince años de estado de sitio en Colombia, 1958-1978*. Librería y Editorial América Latina, 1979; GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Constitucionalismo perverso. Normalidad y anomalía constitucional en Colombia: 1957-1997. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, v. 1, p. 317-368, 2001; HINCAPIÉ, Alexander; ESCOBAR, Bibiana. La felicidad o el fin olvidado de la política moderna. *Convergencia*, v. 26, n. 79, 2019; ARANGO RESTREPO, Ana Catalina ¿Son los estados de excepción el problema? El ejercicio de la función legislativa a partir de la delegación expresa del Congreso: el caso colombiano. *Revista Derecho del Estado*, n. 46, 2020.; JÁCOME, Jorge. *Estados de excepción y democracia liberal en América del Sur*. Argentina, Chile y Colombia (1930-1990). Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2015; LLANO, Jairo; GARCÍA, Germán. Globalización del derecho constitucional y constitucionalismo crítico en América Latina. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, v. 23, n. 2, p. 59-73, 2018; VIVAS, Tania. Le droit constitutionnel colombien a geometrie variable. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, Venezuela, v. 23, n. 2, p. 140-150, 2018.

⁹ BERNAL, Carlos. Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica. *Universidad Externado de Colombia*, p. 46-47, 2018, en RAMÍREZ, Gonzalo (ed.). *El derecho en el contexto de la globalización*, Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 222- 223.

¹⁰ VELA, Marcos Antonio. Límites convencionales a los estados de excepción y respuestas a la pandemia. *Revista IIDH*, n. 72, p. 147, Jul./Dic. 2020.

después de que la crisis se hubiera desvanecido por completo”¹¹. En efecto, “en la región muchos estados de excepción se han tergiversado por Gobiernos de corte autoritario, los cuales han abusado de estos para lograr fines que les son ajenos”¹². En lugar de defender al Estado democrático, los derechos y el orden constitucional, han servido para socavarlos”¹³. Así, no ha sido infrecuente que se recurra a diversas argucias para convertir a los estados de excepción en el paradigma de gobierno. “Y pareciera que la pandemia “revivió” a esos fantasmas del autoritarismo e hiperpresidencialismo, pues algunos Gobiernos encontraron en esta la excusa perfecta y el argumento ideal: debía cederse más poder a los presidentes para que pudieran tutelar eficazmente los derechos a la vida y la salud, incluso si eso significaba la violación de otros”¹⁴. Una auténtica paradoja, pues los derechos sirven como argumento para limitar al poder, no para permitir abusos o acrecentarlo.

Los Gobiernos han encontrado en la legislación de emergencia “un efectivo discurso de apelación al miedo para conducir la opinión pública”¹⁵ y obtener la siempre ansiada “licencia” o “permiso” proveniente de sus ciudadanos, ya que su ausencia es apreciada como un veto público de facto. Aunado a ello, también encontramos como las comunidades han sufrido la pandemia de manera desproporcional, vemos como por ejemplo la población LGTBI, las poblaciones afrodescendientes y los pueblos indígenas que histórica y estructuralmente han sido segregados a lo largo y ancho de todo el continente latinoamericano han sido y siguen siendo los grupos más vulnerables en esta época. Lo mismo ocurre, con los niños, niñas, adolescentes, mujeres, personas mayores, y personas con discapacidad física, mental o sensorial.

Estas reflexiones en la actualidad, resultan particularmente relevantes para establecer las obligaciones estatales en materia de Derechos Humanos y sobre todo en este contexto de patria y de personas en situación de vulnerabilidad, por ello quiero realizar este artículo enfocándome en las limitaciones de los derechos en Colombia y en el resto de los países latinoamericanos, ocasionadas debido a la utilización indebida de los poderes excepcionales, por parte de los distintos gobiernos, pues con la finalidad de prevenir el contagio del virus causado por el Covid-19, se han tomado medidas pero muchas de ellas resultan desproporcionadas e irrazonables a la luz del Estado social de derecho, la dignidad humana¹⁶, y el derecho a la igualdad material y la prohibición de discriminación de los grupos más vulnerables y los sujetos de especial protección durante la pandemia.

Por lo anterior, quiero referirme al impacto diferenciado de la pandemia, pues como todos sabemos la pandemia da lugar a la discriminación y a la desigualdad de las personas y grupos más vulnerables. En consecuencia, este artículo tiene como propósito analizar las limitaciones de los grupos más vulnerables y de los sujetos de especial protección durante la pandemia causada por el Covid-19, por ello, en un primer

¹¹ GARGARELLA, Roberto; ROA, Jorge. Diálogo democrático y emergencia en América Latina. Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPII) Research Paper, n. 2020-21, 2020. p. 5

¹² As leis promulgadas pelo Congresso com a finalidade de limitar o poder presidencial de emergência servem, na prática, para expandi-lo. Um exemplo disso é encontrado na Lei de Emergência Nacional (“National Emergency Act – NEA”), que foi aprovada em 1976 e na Lei Internacional dos Poderes Econômicos de Emergência (“International Emergency Economic Act – IEEPA”) esses poderes somente aumentaram. LEITE, José. Intervención federal en Estados Unidos: uso de la cláusula de seguridad, violencia doméstica y poderes presidenciales de emergencia. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 3, p. 283, 2019

¹³ FERRER, Eduardo. *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. Marcial Pons, España, 2013. p. 998.

¹⁴ NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional*. Astrea, Argentina, 2013. p. 481-482. Nino afirma que “[e]l desconocimiento de los derechos y garantías [...] casi nunca se presenta como una negativa lisa y llana a su validez, sino a través de planteos sobre su carácter ‘relativo’; el hecho de que deben ceder ante consideraciones de ‘bien común’; la necesidad de ‘reglamentar su ejercicio’; la de dar lugar al ‘poder de policía’ que tiene el gobierno; la de impedir los ‘abusos’ de tales derechos, o la de atender a situaciones de ‘emergencia’ en que el ‘ser nacional’ está en peligro”.

¹⁵ SUNSTEIN, Cass R., et al. *Laws of fear: Beyond the precautionary principle*. Cambridge: University Press, 2005. p. 89; y ELSTER, Jon. *Explaining social behavior: More nuts and bolts for the social sciences*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 380-385.

¹⁶ Para ampliar el tema de la dignidad como fundamento del Estado social de Derecho podrá consultar el siguiente artículo: MENDIETA, David; TOBÓN, Mary Luz. La dignidad humana y el Estado Social y Democrático de Derecho: el caso colombiano. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 10, n. 3, p. 278-289, 2018. ALVARADO, Carolina Blanco. El recordatorio a la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales atendiendo el escenario de la pandemia por el COVID 19, en el Estado Colombiano. *Novum Jus*, v. 15, n. 1, p. 17-40, 2021.

momento analizaré los derechos de libertad y sus restricciones más gravosas como son los toques de queda, el aislamiento preventivo, y la cuarenta, y con posterioridad las principales limitaciones a los derechos relacionadas con el derecho a la igualdad y la prohibición de la no discriminación a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, lo que nos permitirá concluir que son los grupos vulnerables o los sujetos de especial protección, quienes en mayor medida han sufrido la más grave vulneración de sus derechos durante la pandemia, sin que los distintos gobiernos latinoamericanos hayan garantizado sus derechos fundamentales como límites en sí mismos y estándares mínimos de protección y de reconocimiento por parte de los Estados.

2 El Covid-19 y las limitaciones a las libertades

El virus, que surgió en una ciudadela de China, se ha impuesto con el tiempo. Vimos con asombro cómo se amontonaban los cadáveres europeos, mientras el Papa Francisco daba la extremaunción en una plaza vaciada por el miedo. La enfermedad que mata a través del contacto social tocó el centro de la humanidad.¹⁷

La Corte Interamericana de derechos humanos el 9 de abril de 2020 emitió una Declaración de Derechos Humanos Sobre el Covid-19, en donde puntualiza una serie de problemas y desafíos que surgen como consecuencia de la pandemia, estableciendo la necesidad de que la respuesta de los Estados tiene que ser abordada desde una perspectiva de los derechos humanos, pues las medidas de emergencia no deben servir de pretexto para los abusos y las vulneraciones de los derechos humanos, y deben ser limitadas, proporcionales y razonables y cumplir con los demás requisitos que establece el derecho interamericano de los derechos humanos a los estados de excepción¹⁸.

En igual sentido, la Comisión Interamericana en la Resolución 1 del 10 de abril de 2020, también realizó una declaración con unas recomendaciones que sirven de parámetro para las respuestas estatales de nuestros Estados, afirmando que: “ante la gran crisis que enfrenta América y el mundo por la pandemia causada por el Covid-19, las medidas adoptadas por los Estados en la atención y contención del virus deben tener como centro el pleno respeto de los derechos humanos”¹⁹.

No obstante, tal como lo ha advertido la CIDH “durante la pandemia se han establecido medidas de distinta naturaleza que restringen los derechos de la libertad de expresión, el derecho de acceso a la información pública, la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, el derecho a la propiedad privada; y se ha recurrido al uso de tecnología de vigilancia para rastrear la propagación del coronavirus, y al almacenamiento de datos de forma masiva”²⁰.

En tal sentido, es sabido por todos, que la pandemia del COVID-19 puede afectar gravemente la plena vigencia de los derechos humanos de la población en virtud de los serios riesgos para la vida, la salud y la integridad personal así mismo, el impacto de estas restricciones a mediano y largo plazo en la sociedad, en las personas y en los grupos en situación de especial vulnerabilidad es desconocido²¹. Sobre la suspensión y la restricción de los derechos humanos durante la pandemia la CIDH ha expresado que

¹⁷ FLAUZINA, Ana Luiza; DE OLIVEIRA PIRES, Thula Rafaela. Políticas da morte: Covid-19 e os labirintos da cidade negra. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 10, n. 2, p. 75-92, 2020.

¹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *COVID-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales*. 2020. Disponible en: <http://repositorio.dpe.gob.ec/handle/39000/2526>.

¹⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Resolución 1 del 10 de abril de 2020*. Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. p. 3. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/073.asp>.

²⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Resolución 1 del 10 de abril de 2020*. Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. p. 4. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/073.asp>.

²¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Resolución 1 del 10 de abril de 2020*. Pandemia y Derechos

se han suspendido y restringido algunos derechos, y en otros casos se han declarado “estados de emergencia”, “estados de excepción”, “estados de catástrofe por calamidad pública”, o “emergencia sanitaria”, a través de decretos presidenciales y normativa de diversa naturaleza jurídica con el fin de proteger la salud pública y evitar el incremento de los contagios²².

No obstante, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la mencionada Resolución 1 de 2020 sobre “Pandemia y derechos humanos en las Américas” advierte que en uso de la declaratoria del estado de excepción “ el derecho internacional impone una serie de requisitos – tales como el de legalidad, necesidad, proporcionalidad y temporalidad– dirigidos a evitar que medidas como el estado de excepción o emergencia sean utilizadas de manera ilegal, abusiva y desproporcionada”²³, pues esto puede ocasionar graves violaciones a derechos humanos o afectaciones del sistema democrático de gobierno.

Si observamos la situación generada por el Covid-19 y las medidas que han adoptado los distintos gobiernos de turno a lo largo y ancho del continente americano, estas medidas merecen especial atención por parte de la ciudadanía. Pero también es imprudente subestimar el peligro de contagio, el colapso del sistema de salud, la economía, y el riesgo que tienen las personas de morir, sin olvidar la crisis que en general, vive el orden económico, social y político de nuestros países a consecuencia de la pandemia. Esto nos lleva al peligro de que ante la incertidumbre que existe en esta fase se normalicen políticas excepcionales, vulnerando los derechos de los ciudadanos en nombre de la seguridad pública.

Sin duda alguna, en este periodo las fronteras se han multiplicado y los derechos de la población migrante cada vez resultan menos protegidos. La filósofa Hannah Arendt sobre la libertad, una vez escribió que: “de todas las libertades específicas que pueden venir a nuestra mente cuando escuchamos la palabra ‘libertad’, la ‘libertad de movimiento’ es históricamente la más antigua y también la más elemental”²⁴. La verdad es que debemos reconocer que la libertad de movimiento es una condición previa para la libertad de cualquier otra cosa. Sin embargo, en tiempos de pandemia la libertad de movimiento está en riesgo, y se ve restringida por el bien común, y en particular por las medidas de aislamiento obligatorio que son adoptadas para los ancianos, los adultos con preexistencias y otros grupos de alto riesgo. También son problemáticas estas medidas, para las mujeres, cuyo hogar no es un refugio seguro por la violencia doméstica, para las personas en situación de discapacidad y para los desplazados, los refugiados, los emigrantes y todos aquellos que no tienen un hogar seguro.

Además, estas restricciones sin duda alguna han tenido un impacto económico y social significativo, sobre todo, en el sector turístico y hotelero de los distintos países latinoamericanos, que han visto disminuir sus ingresos de forma dramática. Esto ha sido constatado por la Cepal, quien en su Informe sobre el sector turístico en América Latina y el Caribe, dijo que: “las llegadas de turistas internacionales podrían disminuir entre un 58% y un 78% en 2020”. Lo cual altera enormemente este sector en el Caribe, y en muchas ciudades de América Latina²⁵.

Y es que “Junto con el virus, una política de miedo se extiende por todo el mundo y provoca medidas cada vez más restrictivas. Además de las consecuencias perjudiciales de la restricción de la libertad de circulación que ya experimentan los más vulnerables”²⁶. En ese sentido, es necesario realizar un llamado a los

Humanos en las Américas. p. 4. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/073.asp>.

²² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Resolución 1 del 10 de abril de 2020. Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. p. 4. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/073.asp>.

²³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Resolución 1 del 10 de abril de 2020. Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. p. 9. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/073.asp>.

²⁴ ARENDT, Hannah. *Los Hombres en Épocas Oscuras*. New York: Harcourt, Brace & World, Inc., 1968. p. 9.

²⁵ CEPAL. NACIONES UNIDAS. *Medidas de recuperación del sector turístico en América Latina y el Caribe*: una oportunidad para promover la sostenibilidad y la resiliencia. Julio, 2020, Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/45770-medidas-recuperacion-sector-turistico-america-latina-caribe-oportunidad-promover>.

²⁶ MEZZADRA, Sandro; STIERL, Maurice. Qué sucede con la libertad de movimiento durante el Covid 19. *Democracia Abierta*, 25 de marzo de 2020.

distintos tribunales y cortes constitucionales, para que ejerzan un juicio efectivo de control frente a estas medidas, pues el cierre de fronteras más que un alivio, podría causar graves violaciones a los derechos humanos.

La libertad de movimiento, por supuesto, también significa tener la libertad de no moverse. Y, a veces, incluso tener la libertad de autoconfinarse. Sin embargo, para muchos, a menudo los más vulnerables y privados de derechos, esta libertad elemental no se da, y debemos ser solidarios con aquellos que deben salir y abandonar su hogar, tal como ocurre en los campos inhumanos dentro de Europa o en sus fronteras externas, en Libia o en Venezuela, donde encontramos personas que tratan de escapar del sistema para encontrar la seguridad, seguridad frente a la guerra y la persecución, seguridad frente a la pobreza y el hambre, seguridad frente a la pandemia.

Si bien, el cierre de fronteras y la suspensión del ingreso al país de los extranjeros pueden prevenir el contagio del Covid 19, también lo es que estos tienen los mismos derechos fundamentales y libertades civiles que los nacionales, aunque no hayan entrado al país, pues todos los países han ratificado los tratados internacionales de derechos humanos y en esa medida han adquirido responsabilidad ante el incumplimiento de tales tratados²⁷.

Es evidente que el coronavirus es una pandemia que afecta gravemente los derechos y libertades ciudadanas, es tan *grave e inminente* que afecta la salud, la vida, la integridad, el empleo, el abastecimiento de bienes básicos, la economía y el bienestar de los ciudadanos. Por esta razón, es absolutamente necesario que en cada uno de nuestros pueblos latinoamericanos los gobernantes y a las demás autoridades puedan contar con las herramientas legales necesarias para enfrentar de manera eficaz la actual crisis, y en esa medida la declaratoria del estado de excepción, si a ella hubiere lugar, pueda cumplir con los estándares que impone el derecho internacional interamericano y los tribunales internacionales para poder contrarrestar el Covid-19.

Conforme a lo anterior, tampoco debe olvidarse que las medidas que adoptan restricciones o limitaciones a los derechos de libertad deben basarse en una evaluación cuidadosa del riesgo, realizando un test de proporcionalidad para determinar si las mismas son adecuadas, conducentes y necesarias, y si deben reconsiderarse periódicamente a medida que la situación evoluciona.

Una vez haya terminado la pandemia “una de las principales tareas del poder judicial en los próximos meses será garantizar que las restricciones a las libertades en una amplia gama de ámbitos se reduzcan lo antes posible y que la sociedad no se acostumbre a esas restricciones”²⁸. Sobre la libertad de locomoción, el Tribunal Constitucional Federal Alemán en su decisión del 15 y 17 de abril de 2020 dejó claro que: “La prohibición del ejercicio de este derecho sólo se podrá justificar sobre la base del principio de proporcionalidad, atendiendo siempre a las circunstancias específicas de cada caso”²⁹.

3 Las limitaciones al derecho a la igualdad de los grupos más vulnerables y los sujetos de especial protección durante la pandemia.

El mundo globalizado le ha exigido a la comunidad internacional la implementación de ciertos parámetros que permitan de una u otra forma desarrollar los principios de las sociedades democráticas, desde el pilar fundamental del respeto por la dignidad humana, lo cual implica en términos kantianos ser tratado

²⁷ Para ampliar el tema de la suspensión de derechos, podrá consultar: TOBÓN, Mary Luz Tobón. *Los estados de excepción: imposibilidad de suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2019.

²⁸ KÖLLING, Mario. Las instituciones democráticas y los derechos fundamentales en tiempos de covid-19 en Alemania. en PÁG. Biglino Campos y JF Durán Alba, F. Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional. Colección Obras colectivas. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC20>, v. 20, p. 18, 2020.

²⁹ BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 15. April 2020, - 1 BvR 828/20 -, Rn. 1-19, http://www.bverfg.de/e/rk20200415_1bvr082820.html.

como un fin en sí mismo, y con igualdad de oportunidades para todos, haciendo efectiva la justicia material y el principio de igualdad. No obstante, para algunos, el disfrute a cabalidad del derecho a la igualdad sigue siendo un objetivo lejano, y mucho más en tiempos de coronavirus, porque los más desfavorecidos y los más vulnerables, son los más afectados con la pandemia.

Sin duda alguna, aquellas personas que pertenecen a grupos que históricamente han sido discriminados, han sido y siguen siendo los más afectados por el trato diferenciado que generalmente se presenta con las medidas de emergencia, adoptadas por los distintos gobiernos latinoamericanos para enfrentar la crisis causada por el Covid-19. Sin embargo, muchas de estas medidas resultan contrarias a los valores constitucionales de la dignidad humana y la igualdad, en tanto le imponen una carga no exigible jurídica ni moralmente a estos grupos y a estas personas.

“Si queremos hablar de igualdad en una sociedad justa, pluralista e incluyente, debemos hacerlo desde la diversidad, y para hablar de diversidad debemos hacerlo desde la diferencia, abordando los discursos de la otredad”³⁰. Aceptar la existencia del otro no como un acto de sumisión, ni de aceptación pasiva; sino por el contrario, aprender a reconocernos como parte de un complejo sistema permeado por desigualdades, identificándolas, para poder comprender mejor las complejas cargas políticas, sociales y culturales que enfrentan los distintos Estados en esta época tan distinta, marcada por la crisis y la inestabilidad económica, social y política.

Además, se debe entender a la diversidad y la otredad como un componente fundamental de educación para la paz, lo cual es estratégico y determinante para los países latinoamericanos, que han sido afectados profundamente por la inestabilidad gubernamental y diversas violencias, pues no solo la violencia que ha surgido del conflicto armado, ha generado espacios de discriminación, sino la violencia sexual, la violencia doméstica, y otras violencias estructurales, que hacen parte del paisaje cotidiano.

Al respecto, tendríamos que preguntarnos además ¿qué otras violencias emergerán en nuestros países latinoamericanos con la pandemia? Podría ser una violencia estructural generada en una sociedad carente de necesidades básicas, donde los ricos cada vez son más ricos y los pobres cada vez son más pobres, afirmando la brecha de inequidad y desigualdad, ante la imposibilidad para muchos de tener un teletrabajo, un mínimo vital, el derecho a la educación, el acceso a internet con cobertura universal, un escritorio y un computador que puedan garantizar las necesidades básicas satisfechas.

En ese sentido, valga recordar que el principio de igualdad y no discriminación, se encuentra en la base del sistema internacional de protección de los derechos humanos, es un principio de orden transversal y se encuentra consagrado en los diversos instrumentos internacionales desde la Carta de las Naciones Unidas hasta los principales tratados de derechos humanos, entre ellos se encuentra la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, quienes le imponen a los Estados la obligación de adaptar el ordenamiento interno a la normatividad internacional, desde una perspectiva incluyente para proteger aquellas poblaciones que por sus especiales características, merecen una atención especial por parte de las autoridades.

Conforme a lo anterior, en el sistema universal el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establecen la obligación de cada Estado Parte de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio nacional, los derechos reconocidos en ambos Pactos, sin discriminación alguna *por* “raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra índole”.

³⁰ MENDIETA, David; TOBÓN, Mary Luz. La dignidad humana y el Estado Social y Democrático de Derecho: el caso colombiano. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 10, n. 3, p. 278-289.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General n° 18, definió el término “discriminación” empleado en el PIDESC como:

Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas³¹.

Sobre la desigualdad Goran Therborn dice que “es una violación de la dignidad humana porque niega la posibilidad de que todos los seres humanos desarrollen sus capacidades”³². Pero la desigualdad, toma muchas formas y surte muchos efectos, entre ellos la muerte prematura, la mala salud, las humillaciones, la discriminación y la exclusión de la vida social, pública, o familiar, la pobreza, el estrés, la inseguridad, y la falta de oportunidades. Los grupos vulnerables y los sujetos de especial protección han sufrido la desigualdad por distintos motivos económicos, sociales, políticos, raciales, físicos, morales, estos grupos han sido excluidos y marginados, dejando el entendimiento de la diversidad y la otredad a un lado. No los hemos reconocido, a pesar de que la mayoría de los estados latinoamericanos son democráticos y han adquirido la forma del Estado social de derecho.

La Ley Fundamental de Bonn de 1949 va a dar pasos muy importantes en el respeto y la necesidad de reconocer al otro desde la dignidad humana. Su misma norma de apertura (art. 1.1) proclama solemnemente: “La dignidad del hombre es intangible y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección”, y en el siguiente apartado, el mismo artículo (art. 1.2) añade: “Conforme a ello, el pueblo alemán reconoce los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”.

“Sobre la conceptualización de la dignidad humana, el Tribunal Constitucional alemán, mantiene el carácter intangible de la misma a la que considera un derecho fundamental, y encuentra en la fórmula de no-instrumentación una máxima orientación y no un recurso argumental autosuficiente”³³. En efecto, en cuanto el hombre es el valor supremo, el referente axiológico central de todo el orden constitucional, el pueblo alemán reconoce los derechos inviolables e inalienables del hombre, elevándolos a la categoría de fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo³⁴.

“Ser persona en palabras kantianas es ser un fin en sí mismo y se vulnera la misma, cuando la persona es convertida en un objeto o se constituye en un mero instrumento para el logro de otros fines, tal como ocurre con los estados totalitarios”³⁵. No obstante, tal como afirma Sotomayor “a lo largo de la historia la noción de dignidad se ha utilizado para crear espacios de indignidad creando sujetos indignos o inhumanos, como una manera de intensificar la intervención penal, y la actuación represiva por parte de los poderes públicos”³⁶, frente a algunos grupos de personas que, en particular, han sido y siguen siendo discriminados por razones históricas, políticas, económicas o sociales.

³¹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación General No. 18, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, No discriminación, 37º periodo de sesiones, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev. 7.* Disponible en: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html.

³² THERBORN, Goran. *Los campos de exterminio de la desigualdad.* Buenos Aires: Ed. Fondo de Cultura Económica, 2016. p. 9.

³³ GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez. *Dignidad de la persona y derechos fundamentales.* 2005. p. 40.

³⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos,* 2003. p. 16.

³⁵ MENDIETA, David; TOBÓN, Mary Luz. *La dignidad humana y el Estado Social y Democrático de Derecho: el caso colombiano.* *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito,* v. 10, n. 3, p. 281.

³⁶ ACOSTA, Juan Oberto Sotomayor; ARBOLEDA, Fernando León Tamayo. *Dignidad humana y derecho penal: una difícil convergencia. Aproximación al contenido constitucional de la norma rectora del artículo 1 del Código Penal colombiano.* *Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte,* n. 48, p. 21-53, 2017. p. 30.

Frente a los grupos vulnerables el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales a recomendado a los Estados parte que: “adopten medidas especiales y específicas, para proteger y mitigar los efectos de la pandemia en las personas mayores, las personas con discapacidad, los refugiados y las poblaciones afectadas por conflictos, así como las comunidades y los grupos sometidos a discriminación y desventajas estructurales”³⁷.

Se trata de medidas como, el suministro de agua, jabón y desinfectante a las comunidades que carecen de ellos; la puesta en práctica de programas específicos para proteger los empleos, los salarios y las prestaciones de todos los trabajadores, incluidos los trabajadores migrantes sin papeles; la imposición de una moratoria para los desalojos o las ejecuciones hipotecarias de viviendas durante la pandemia; la puesta en marcha de programas de ayuda social y de apoyo a los ingresos para garantizar la seguridad alimentaria y económica de todos los necesitados; la adopción de medidas especialmente adaptadas para proteger la salud y los medios de vida de los grupos minoritarios vulnerables, como los romaníes, así como los de los pueblos indígenas; y la garantía de un acceso asequible y equitativo para todos a los servicios de internet con fines educativos.

Además, “los países andinos han adquirido varios compromisos internacionales en materia de Seguridad Social y Salud, a través de convenios, pactos y declaraciones que ha ratificado con diferentes organismos internacionales de protección de derechos humanos y que han ingresado a su ordenamiento jurídico como parte del bloque de constitucionalidad”³⁸. Una de estas obligaciones, es el deber de respeto de las disposiciones y derechos contenidos en los diferentes instrumentos normativos del Sistema Interamericano en materia de protección a la seguridad social, relacionados especialmente con las pensiones y la salud.

Por lo anterior, a continuación, se analizarán las limitaciones a los derechos de los grupos más vulnerables o los sujetos de especial protección durante la pandemia.

3.1 Personas mayores de edad

Si bien es cierto, todo y todas estamos sufriendo por la desigualdad en el acceso de los derechos durante la pandemia, la situación de las personas mayores es aún más preocupante, porque no todas reciben una pensión, y muchas de ellas no gozan del derecho a la salud y a la seguridad social, lo cual es muy grave porque los índices de infección y de contagio de estas personas es mucho mayor, y se dan grandes números de discriminación y muerte en las residencias donde ellos habitan. Además, el aislamiento obligatorio afecta su salud mental, porque al estar aisladas se han visto obligadas a estar fuera del contacto con sus familiares. El teletrabajo y las herramientas digitales también implican un reto para ellos, quienes no cuentan con la educación y los conocimientos necesarios para enfrentarse a las nuevas tecnologías, tal como sucede con los docentes mayores universitarios.

Así mismo, otro factor que debemos tener en cuenta es el tema de la discriminación múltiple que se da en las personas mayores que pertenecen a comunidades de discriminación histórica, como ocurre con las personas mayores que pertenecen a la comunidad LGTBI o a las comunidades indígenas o afrodescendientes, o son mujeres, o son personas con discapacidad, o habitantes de calle, o están hacinados en las cárceles, todas estas son limitaciones en el disfrute y ejercicio de los derechos de las personas mayores, pero no han sido visibilizados, y en este sentido el trabajo de los órganos de protección nacional e internacional de derechos humanos, como son la Comisión y la Corte Interamericana debería estar orientado a visibilizar esta situación de discriminación intersectorial.

³⁷ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Declaración sobre la pandemia de la enfermedad por coronavirus (COVID-19) y los derechos económicos, sociales y culturales*. del 17 de abril de 2020. numeral 9. Disponible en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuW1AVC1NkPsgUedPIF1vfPMKXidSV%2FGyVFSAvr6nizxSlkm%2BMwII5sFYkMLQXUujELyY7Xqi78YhvjNQDYn3kjcLrPompmBOF6A4cOy%2BkRAHc>.

³⁸ MENDIETA, David; ¿Qué ha pasado con los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia del sistema general de seguridad social en salud de Colombia? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 87-102, 2020.

En ese sentido, es imperativo que los distintos Estados latinoamericanos ratifiquen la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores³⁹, esta Convención fue aprobada en 2015 y entró en vigor en el 2017 y hasta el momento sólo siete Estados de la OEA la han ratificado, ellos son Argentina, Bolivia, Ecuador, El Salvador, Costa Rica, Chile y Uruguay. En tiempos de pandemia todos los países están llamados a ratificar esta convención, porque a partir del décimo país que la ratifique se activará el mecanismo que permite presentar peticiones y quejas individuales ante la Corte Interamericana.

El artículo 32 de la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, es muy importante porque señala que los Estados tienen la obligación de fomentar una actitud positiva hacia la vejez, un trato digno y respetuoso para promover el reconocimiento de la experiencia, la sabiduría y la necesidad de integración de las personas mayores a la sociedad. No sé es tan sólo un adulto mayor, se puede ser un adulto mayor gay, lesbiana, o bisexual, pero también adulta mayor, bisexual, negra y discapacitada, y al hacer un análisis interseccional es importante para unir todos los diferentes prismas y categorías sospechosas al momento de entender las experiencias de discriminación de una persona.

Otro tema importante frente a la protección de los mayores, es la obligación especial que tienen los Estados de erradicar y prevenir cualquier tipo de discriminación por edad en el acceso a los protocolos médicos, en el acceso al derecho a la salud y a los tratamientos, cuidados intensivos y a las pruebas de descarte, pues la situación grave y estructural del Sistema de Salud en nuestros países latinoamericanos, no puede ser la justificación para discriminar por edad y condenar a la muerte a las personas mayores, porque si bien están en mayor grado de vulnerabilidad, no es justo que las personas mayores terminen su vida con miedo de contraer una enfermedad y no ser atendidos por un sistema de salud que obedece a intereses de lucro, más que a la debida protección de los derechos humanos de todos y todas sin ningún tipo de discriminación⁴⁰.

3.2 Personas con discapacidad

Es gravísima la desigualdad que sufren las personas con discapacidad durante la pandemia, debido a la discriminación estructural que enfrentan por las barreras que tienen para acceder a una sociedad construida para los normales, algunos dirían que éstos son anormales⁴¹, pero en realidad estas personas no solo sufren sus propias limitaciones, sino por la pobreza y la falta de inclusión a pesar de representar un 15% de la población a nivel mundial.

De este modo, los principales desafíos que han enfrentado las personas con discapacidad durante la pandemia se deben en primer lugar al impacto directo del virus, y en segundo lugar al impacto indirecto de las medidas de emergencia que han tomado los distintos gobiernos, y que han ocasionado un gran conflicto socioeconómico. Lo primero que debemos hacer es analizar el impacto directo del Covid-19 en las personas con discapacidad, nos preguntamos entonces ¿por qué las personas con discapacidad están en mayor riesgo de adquirir el virus, de infectarse y padecer o tener peores síntomas e incluso, de perder su vida a raíz de la infección?

Para algunos psicólogos esto se da porque estas personas son obligadas a recibir su tratamiento en instituciones de apoyo social, en hogares sociales o en general instituciones psiquiátricas, sin tener acceso a las medidas de saneamiento, por ejemplo, es muchísimo más difícil para una persona con discapacidad mantener las medidas de distancia social, toda vez que éstas necesitan asistencia personal o cuidadores para

³⁹ OEA. ASAMBLEA GENERAL. CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES. *Cuaderno Jurídico y Político*, v. 2, n. 7, p. 65-89, 2017. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilateralesinteramericanosa-70derechoshumanospersonasmayores.pdf

⁴⁰ TOBÓN, Mary Luz; GASPARETTO, Antonio. Las limitaciones al derecho de educación en tiempos de pandemia. Em: Medidas de EMERGÊNCIA na Administração Pública, 2020. p. 61-74.

⁴¹ FOUCAULT, Michel. *Los anormales*. Ediciones Akal, 2001.

desempeñar muchas de sus actividades cotidianas. Aunado a ello, los cuidadores, las cuidadoras y las redes de apoyo que son fundamentales para que las personas con discapacidad puedan enfrentar su vida con una mejor calidad de vida, desaparecieron durante la pandemia, dejando a las personas con discapacidad completamente abandonadas, entonces es necesario pensar en el miedo de estar personas, no solo el miedo a morir por la infección, si no es el miedo a morir por el abandono.

Valga resaltar, que “el capacitismo es una forma de valorar la vida de las personas con discapacidad de una manera menos positiva”⁴², es decir, el valor de la vida de las personas con discapacidad se considera menor que el del resto de la población, lo cual es una medida evidentemente discriminatoria, si reconocemos que hay barreras importantes para acceder a los servicios de salud, como, por ejemplo, las ayudas técnicas y los medicamentos necesarios para poder mantener su calidad de vida. Además de esto, el empleo informal de estas personas tiene una mayor tasa que las de los demás, y eso implica que tienen menos acceso a medidas de asistencia y protección social. Si estas personas no reciben apoyos por parte del Estado, tendrán muchas más posibilidades de caer en la pobreza o de agravar su situación laboral, al no poder reinsertarse en el mercado laboral.

3.3 Comunidades indígenas

La pandemia no solamente ha puesto en evidencia las profundas desigualdades existentes en nuestras sociedades frente a la comunidad indígena, sino que vemos que de norte a sur nuestro continente está marcado por las múltiples violencias que han emergido por la exclusión milenaria de estas comunidades que fueron colonizadas por nuestros ancestros, una colonización homogenizante que impuso sus reglas en todos los niveles, en lo político, en lo social, en lo cultural, en lo económico y por supuesto en lo físico, psicológico, ambiental, y espiritual.

Con esta colonización la discriminación racial históricamente ha sido institucionalizada por los distintos Estados latinoamericanos. Las comunidades indígenas han sido excluidas del ejercicio de la democracia y de la implementación y formulación de políticas públicas, olvidando el principio del pluralismo jurídico que protege la riqueza y la diversidad cultural de estas comunidades en nuestra región. En ese sentido, es necesario tener en cuenta la interseccionalidad⁴³ que se da en nuestros pueblos indígenas, analizando las distintas categorías o criterios sospechosos como son la pobreza y la orientación sexual de los individuos que son miembros de estas comunidades, pues si observamos la agenda global de las Naciones Unidas todavía hay muchos asuntos pendientes que nos impiden la posibilidad de acceder a una sociedad más justa y equitativa, estas materias tienen que ver con la salud, la educación, la economía, el empleo, la justicia, el trabajo, y la protección social.

Durante la pandemia las comunidades indígenas están en una mayor situación de vulnerabilidad, todos hemos visto en las noticias como en las comunidades amazónicas el virus del Covid-19 se ha propagado, y estas comunidades no han contado con la debida atención sanitaria por parte del Estado. Estas comunidades no tienen inmunidad, y debido a la pandemia una comunidad indígena podría desaparecer. De este modo, los pueblos indígenas enfrentan la crisis pandémica en una mayor situación de vulnerabilidad por las exclusiones del Sistema de Salud y la Seguridad Social, pero también porque las distancias geográficas son enormes. Estas comunidades carecen no solo de hospitales sino de los recursos y de las medidas sanitarias apropiadas, lo cual hace parte lamentablemente del excesivo grado de centralización que hay en nuestros países latinoamericanos.

⁴² MELLO, Anahi Guedes de. Deficiência, incapacidade e vulnerabilidade: do capacitismo ou a preeminência capacitista e biomédica do Comitê de Ética em Pesquisa da UFSC. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 21, p. 3265-3276, 2016.

⁴³ VERA GAJARDO, Antonieta. Un acercamiento interseccional al discurso de la tradición en casos de violencia a mujeres Mapuche. Editado por Universidad de los Andes. *Revista de Estudios Sociales*, n. 64, abr. 2018.

Sobre los indígenas el Comité de Derechos, Económicos y Sociales señaló que “Los pueblos indígenas, los refugiados, los solicitantes de asilo y los que viven en países o regiones afectados por conflictos son especialmente vulnerables durante esta pandemia. Muchos de ellos carecen de un acceso adecuado al agua, al jabón o al desinfectante, a las instalaciones de análisis de COVID-19, a los servicios de atención sanitaria y a la información”⁴⁴.

El 6 de febrero de 2020, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió un fallo en el caso Comunidades Indígenas de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina y declaró al Estado argentino responsable de infringir el derecho a la propiedad comunal, la identidad cultural, un ambiente saludable, una alimentación adecuada, y el acceso al agua como un derecho autónomo protegido por la Convención Americana. La pandemia de COVID-19 hace mucho más evidente, el derecho al agua, como desinfectante contra el virus⁴⁵.

También es necesario pensar en los cabildos urbanos, es decir, las comunidades que han sido desplazadas por la violencia del conflicto armado, y ahora como habitantes en las ciudades han visto menguados sus derechos a la salud, a la seguridad social, a la integridad, a la vida, a la vivienda digna, al mínimo vital en conexidad con la dignidad humana, porque muchas de estas familias tenían trabajos informales, y ahora no pueden trabajar ni tienen un lugar donde quedarse. Pero tampoco cuentan con las medidas sanitarias para prevenir el contagio como son los tapabocas, jabón, antibacterial, alcohol, guantes, pero tampoco pueden mantener el aislamiento preventivo, porque la mayoría están hacinados en los refugios y lugares de acogida.

Si observamos el tema, con una mirada de la etnicidad de género, encontramos casos de mujeres indígenas con casi nada de nivel educativo, y sin ninguna herramienta que les permita defenderse y acceder a la justicia, las mujeres indígenas están confinadas, y un cuarto de ellas tienen parejas violentas, y son expuestas a la violencia doméstica, por lo que ahora más que nunca es necesario tener en cuenta las recomendaciones que hacen los órganos de protección internacional de derechos y la Declaración de los Derechos sobre los Pueblos Indígenas del Convenio 169 de la OIT⁴⁶, pues es urgente una redistribución de los recursos, teniendo en cuenta los derechos humanos de todas las comunidades indígenas, quienes han sido excluidas históricamente por los Estados.

Pero lo más grave de la situación que enfrentan nuestros pueblos ancestrales es el peligro de desaparecer, así lo ha manifestado la CEPAL en su Informe sobre “El impacto del COVID-19 en los pueblos indígenas de América Latina-Abya Yala”, advirtiendo que:

La pandemia agrava también la dramática situación de los pueblos indígenas que, por su fragilidad demográfica, en combinación con otros factores de vulnerabilidad socioambiental y territorial, ya se enfrentaban a un riesgo real de desaparición, como han puesto de manifiesto los datos censales del Brasil, Colombia, el Estado Plurinacional de Bolivia y el Perú⁴⁷.

⁴⁴ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Declaración sobre la pandemia de la enfermedad por coronavirus (COVID-19) y los derechos económicos, sociales y culturales*. del 17 de abril de 2020. numeral 9. Disponible en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuW1AVC1NkPsgUedPIF1vfPMKXidSV%2FGyVFSAvr6nizxSlkm%2BMwII5sFYkMLQXUujELyY7Xqi78YhvjNQDYn3kjcLrPompmbBOF6A4cOy%2BkRAHc>.

⁴⁵ TORRES, Jorge Isaac. Reflexiones acerca del reconocimiento de nuevos derechos fundamentales en la pandemia sanitaria. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, v. 70, n. 278-2, p. 797-814, 2020.

⁴⁶ COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. *Convenio, N° 169 de la OIT: sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*. Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-05/Folleto-Convenio-169-OIT.pdf>.

⁴⁷ CEPAL. *El impacto del COVID-19 en los pueblos indígenas de América Latina-Abya Yala: entre la invisibilización y la resistencia colectiva*. 2020. Disponible en: https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/46543/S2000817_es.pdf.

3.4 Niños, niñas y adolescentes

“El derecho a la educación hace referencia no sólo a un derecho de las personas a recibir educación sino, como todo derecho humano, también implica obligaciones estatales específicas”⁴⁸. Este derecho comprende –desde el plexo normativo internacional– un catálogo de obligaciones a cargo de los Estados nacionales para: respetarlo, protegerlo, cumplirlo, realizarlo y garantizarlo. Para ello debe favorecer un desarrollo normativo para la educación, que contemple tanto el dictado de reglas y procedimientos, así como la también eficaces sistemas administrativos y judiciales, con acceso igualitario⁴⁹.

También es importante tener en cuenta el papel y el rol protagónico que tienen los órganos internacionales de protección a derechos humanos, como la Comisión y la Corte Interamericana, ellos están llamados a contribuir a la garantía de derechos dando pautas y recomendaciones que deberán ser seguidas por todos los Estados del continente latinoamericano. Los voceros de la Organización Mundial de la Salud han señalado que en las Américas muy posiblemente no podamos superar esta crisis antes de 2 años y durante estos dos años los derechos de las niñas, niños y adolescentes estarán en riesgo, pues con la pandemia las actividades que cotidianamente realizaban han sido limitadas o suspendidas, dejando en evidencia una desigualdad enorme para el ejercicio de los derechos fundamentales de los menores de edad de la región.

En ese sentido, la Corte Interamericana en su Declaración del 9 de abril señaló a los niños y las niñas como una de las poblaciones más vulnerables, sobre todo los de las comunidades indígenas o afrodescendientes. Durante la pandemia la mayoría de los Estados han tomado medidas de emergencia que implican el cierre de las escuelas y los jardines infantiles, pero no podemos olvidar que el entorno educativo no solamente es un lugar de estudio, sino que también es un entorno de salud y de protección, en el que muchos niños y niñas ven garantizados sus derechos a la alimentación y a la salud.

En nuestros países las escuelas son un lugar de protección porque evitan que los menores sean expuestos a la violencia sexual, a la violencia doméstica, a la explotación laboral y a otro tipo de maltratos y humillaciones por parte de sus familiares. Muchos niños y niñas de los países de nuestra región son enviadas a la escuela única y exclusivamente para que tengan la alimentación que allí les dan, y si tienen su alimentación las niñas quedan expuestas a trabajos forzados y matrimonios por conveniencia.

Las escuelas y los colegios también permiten que además de la educación, la recreación y la alimentación, los niños y los adolescentes tengan acceso a las vacunas y a los tratamientos médicos, protegiendo el derecho a la salud. Sin embargo, durante la pandemia todos estos derechos de los niños han sido limitados o restringidos, porque muchos niños y niñas carecen de acceso a la tecnología, muchos padres ni siquiera tienen recursos económicos para sufragar el costo del internet. De hecho, en las poblaciones más alejadas no hay una conexión a internet. Muchos niños tienen suspendido el derecho al acceso a la educación, muchos otros han desertado de las instituciones educativas, y otros hasta tienen que subirse a un árbol para poder tener conexión, tal como se puede apreciar en un video de you tube que nos muestra como una niña se sube a un árbol para poder tener conectividad, esto sucede en un municipio del Norte de Santander en Colombia, llamado el Tarro⁵⁰. En ese sentido, es necesario tener en cuenta que las cifras indican que en América Latina solamente 33% de los niños y niñas tienen acceso a internet⁵¹.

⁴⁸ TOMAŠEVSKI, Katarina. *Human rights obligations: making education available, accessible, acceptable and adaptable*. Right to education primers, n. 3, 2001.

⁴⁹ RUIZ, Guillermo. Marcas de la pandemia: El derecho a la educación afectado. *Revista Internacional de Educación para la Justicia Social*, v. 9, n. 3, p. 45-59, 2020.

⁵⁰ Ver video noticias Caracol Colombia: niña se sube a un árbol. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=ECC_hk5jRR4.

⁵¹ Es correcto afirmar que la implementación de soluciones tecnológicas para combatir la pandemia fue recibida con cautela por las entidades dedicadas a la protección de datos personales y, en muchos casos, rodeado de cuestionamiento judicial. WIMMER, Miriam. Límites y posibilidad del uso secundario de datos personales en las autoridades públicas: lecciones de la pandemia. *Revista Brasileña de Políticas Públicas*, v. 11, n. 1, p. 123-142, 2021. p. 128.

3.5 Discriminación por género, identidad y orientación sexual

Antes, durante y después de la pandemia la comunidad LGTBI ha sido víctima de bullying y acoso escolar a través de los medios virtuales, y las redes sociales, porque la mayoría de las veces, los medios de comunicación no tienen los filtros suficientes para limitar la divulgación de contenidos inapropiados, toda vez que éstos no tienen ningún tipo de censura, y la responsabilidad de los medios de comunicación es de resultado.

Con respecto, a la comunidad LGTBI, la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos en la Resolución 01/2020 ha recomendado a los Estados parte, que “se debe garantizar la inclusión de las personas LGTBI, en particular las personas trans que se encuentran en un ciclo de pobreza, exclusión y falta de acceso a la vivienda, en la formulación de políticas de asistencia social durante la pandemia –incluyendo acceso a vivienda y refugio seguro– así como en las eventuales medidas de reactivación económica”⁵².

Otro factor que debemos tener en cuenta es el tema de la discriminación múltiple, que se da en las personas mayores que pertenecen a comunidades de discriminación histórica, tal como ocurre con las personas mayores que pertenecen a la comunidad LGTBI o a las comunidades indígenas o afrodescendientes, o son mujeres, o son personas con discapacidad, o habitantes de calle, o los que están hacinados en las cárceles, todas estas son limitaciones en el disfrute y ejercicio de los derechos de las personas mayores, pero no han sido visibilizados, y en este sentido el trabajo de los órganos de protección nacional e internacional de derechos humanos, como son la Comisión y la Corte Interamericana debería estar orientado a visibilizar esta situación de discriminación intersectorial, o en distintos niveles. En este caso, el aislamiento preventivo no puede ser sinónimo de abandono y tienen que haber medidas que les permita a las personas que hacen parte de la comunidad LGTBI mantener la conexión con sus familiares, para evitar el daño a la salud mental y física de estas personas, que antes de la pandemia podían llevar a cabo todas sus actividades cotidianas, y hacer sus propios trámites como ir a los bancos, hacer el mercado etcétera. En este sentido, el feminismo decolonial es otra reflexión importante, porque va un paso más allá al examinar situaciones concretas desde el punto de vista de la interseccionalidad de raza, clase y género. Esto es para demostrar cómo el proceso de opresión puede tener una combinación múltiple de factores⁵³.

4 Conclusiones

Colombia y América Latina se están convirtiendo en el nuevo foco de contagio a nivel mundial, y los fríos datos que arrojan las estadísticas reflejan el drama que están viviendo las familias de las víctimas mortales del Covid-19, pero precisamente estas estadísticas son quienes nos muestran las personas o grupos de personas cuyos derechos se han visto afectados de manera desproporcional durante la pandemia, entre ellos se destacan las mujeres y niñas que enfrentan la violencia doméstica al interior de sus hogares, niños y niñas que ven su derecho a la educación truncado, las personas adultas mayores que han sido discriminadas en el acceso a la salud o al derecho a un mínimo vital, también se encuentran los migrantes que incluso antes de la pandemia no contaban con posibilidad de atención médica o eran reclusos en centros de atención de retención en condiciones de hacinamiento.

También encontramos como las comunidades han sufrido la pandemia de manera desproporcional, vemos como por ejemplo la población LGTBI, las poblaciones afrodescendientes y los pueblos indígenas que histórica y estructuralmente han sido segregados a lo largo y ancho de todo el continente latinoamericano

⁵² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Resolución 1 del 10 de abril de 2020*. Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. p. 4. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/073.asp>.

⁵³ ANDRADE, Daphne de Emilio Circunde Vieira; TEODORO, Maria Cecília Máximo. A colonialidade do poder na perspectiva da interseccionalidade de raça e gênero: análise do caso das empregadas domésticas no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 564-585, 2020. p. 572.

han sido y siguen siendo los grupos más vulnerables en esta época. Así mismo encontramos personas con discapacidad cuyas enfermedades no son una prioridad durante la pandemia, y los defensores de derechos humanos que ponen en riesgo su vida y su integridad para contribuir al Estado de derecho y la democracia.

Pero también, es necesario hacer un reconocimiento especial al personal de la salud, mujeres y hombres que todos los días con vocación de servicio están en primera línea ayudando a materializar el derecho a la salud y cuidando la vida de las personas infectadas, éstos son solo algunos ejemplos de personas que se encuentran en especial protección durante la pandemia, y a quienes el Estado les debe garantizar la protección adecuada, proporcionando los recursos sanitarios para prevenir el contagio.

Por todo lo anterior, en la actualidad debe haber un debate global sobre los límites constitucionales al uso de los poderes excepcionales, en especial cuando la crisis del coronavirus está siendo utilizada por los distintos gobiernos de turno, para afianzar un poder presidencial ilimitado, destruyendo el principio democrático, por la ineficiencia de un control político eficaz que pueda menguar las medidas adoptadas por el Gobierno para restringir los derechos fundamentales y las libertades ciudadanas.

Con gran extrañeza desde la aparición del Covid-19 asistimos al derrumbe del Estado Constitucional y democrático de Derecho. Y cada día vemos como las garantías ciudadanas se fugan por la puerta de atrás, cediendo ante un hiperpresidencialismo exacerbado que con un poder ilimitado, y desproporcionado impone su autoridad, por encima de los pilares fundamentales de la democracia.

Bibliografía

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Excepción*. Homo Sacer, II, I. Traducción de Flavia Costa e Ivana Costa, Buenos Aires: Adriana Hidalgo. 2005.

ALVARADO, Carolina Blanco. El recordatorio a la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales atendiendo el escenario de la pandemia por el COVID 19, en el Estado Colombiano. *Novum Jus*, v. 15, n. 1, p. 17-40, 2021.

ANDRADE, Daphne de Emílio Circunde Vieira; TEODORO, Maria Cecília Máximo. A colonialidade do poder na perspectiva da interseccionalidade de raça e gênero: análise do caso das empregadas domésticas no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 564-585, 2020.

ARANGO RESTREPO, Ana Catalina ¿Son los estados de excepción el problema? El ejercicio de la función legislativa a partir de la delegación expresa del Congreso: el caso colombiano. *Revista Derecho del Estado*, n. 46, 2020.

ARENDT, Hannah. *Los Hombres en Épocas Oscuras*. New York: Harcourt, Brace & World, Inc., 1968.

BARRETO, José-Manuel. Epistemologies of the South and human rights: Santos and the quest for global and cognitive justice. *Ind. J. Global Legal Stud.*, v. 21, 2014.

BERNAL, Carlos. Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica. *Universidad Externado de Colombia*, p. 46-47, 2018.

CABANAS, Manuel. El Derecho de excepcionalidad español ante futuras pandemias. *El Derecho de excepcionalidad español ante futuras pandemias*, p. 35-60, 2021.

CARRASCO, Charlie; GONZALES, Martha; SANJINEZ, Jovian. Limitación de los derechos fundamentales en el estado de emergencia por la pandemia del COVID-19. *Cátedra Villarreal*, v. 8, n. 1, p. 24-29, 2020.

CEPAL. *Dimensionar los efectos del COVID-19 para pensar en la reactivación*. 2020. p. 1-2. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/45445-dimensionar-efectos-covid-19-pensar-la-reactivacion>.

CEPAL. *El impacto del COVID-19 en los pueblos indígenas de América Latina-Abya Yala: entre la invisibilización y la resistencia colectiva*. 2020. Disponible en: <https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/46543/S2000817es.pdf>

CEPAL. NACIONES UNIDAS. *Medidas de recuperación del sector turístico en América Latina y el Caribe: una oportunidad para promover la sostenibilidad y la resiliencia*. Julio, 2020. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/45770-medidas-recuperacion-sector-turistico-america-latina-caribe-oportunidad-promover>.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Resolución 1 del 10 de abril de 2020. Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/073.asp>.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. *Convenio, N.º 169 de la OIT: sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*. Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-05/Folleto-Convenio-169-OIT.pdf>.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Declaración sobre la pandemia de la enfermedad por coronavirus (COVID-19) y los derechos económicos, sociales y culturales*. del 17 de abril de 2020. numeral 9.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación General No. 18, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos*. No discriminación, 37º período de sesiones, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev. 7.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES. *Cuaderno Jurídico y Político*, v. 2, n. 7, p. 65-89, 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *COVID-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales*. 2020. Disponible en: <http://repositorio.dpe.gob.ec/handle/39000/2526>

ELSTER, Jon. *Explaining social behavior: More nuts and bolts for the social sciences*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. The law of the exception: A typology of emergency powers. *International Journal of Constitutional Law*, v. 2, n. 2, p. 210-239, 2004.

FLAUZINA, Ana Luiza; DE OLIVEIRA PIRES, Thula Rafaela. Políticas da morte: Covid-19 e os labirintos da cidade negra. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 10, n. 2, p. 75-92, 2020.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos, 2003.

FERRER, Eduardo. *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. Marcial Pons, España, 2013.

FOUCAULT, Michel. *Los anormales*. Ediciones Akal, 2001.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, v. 1, p. 317-368, 2001.

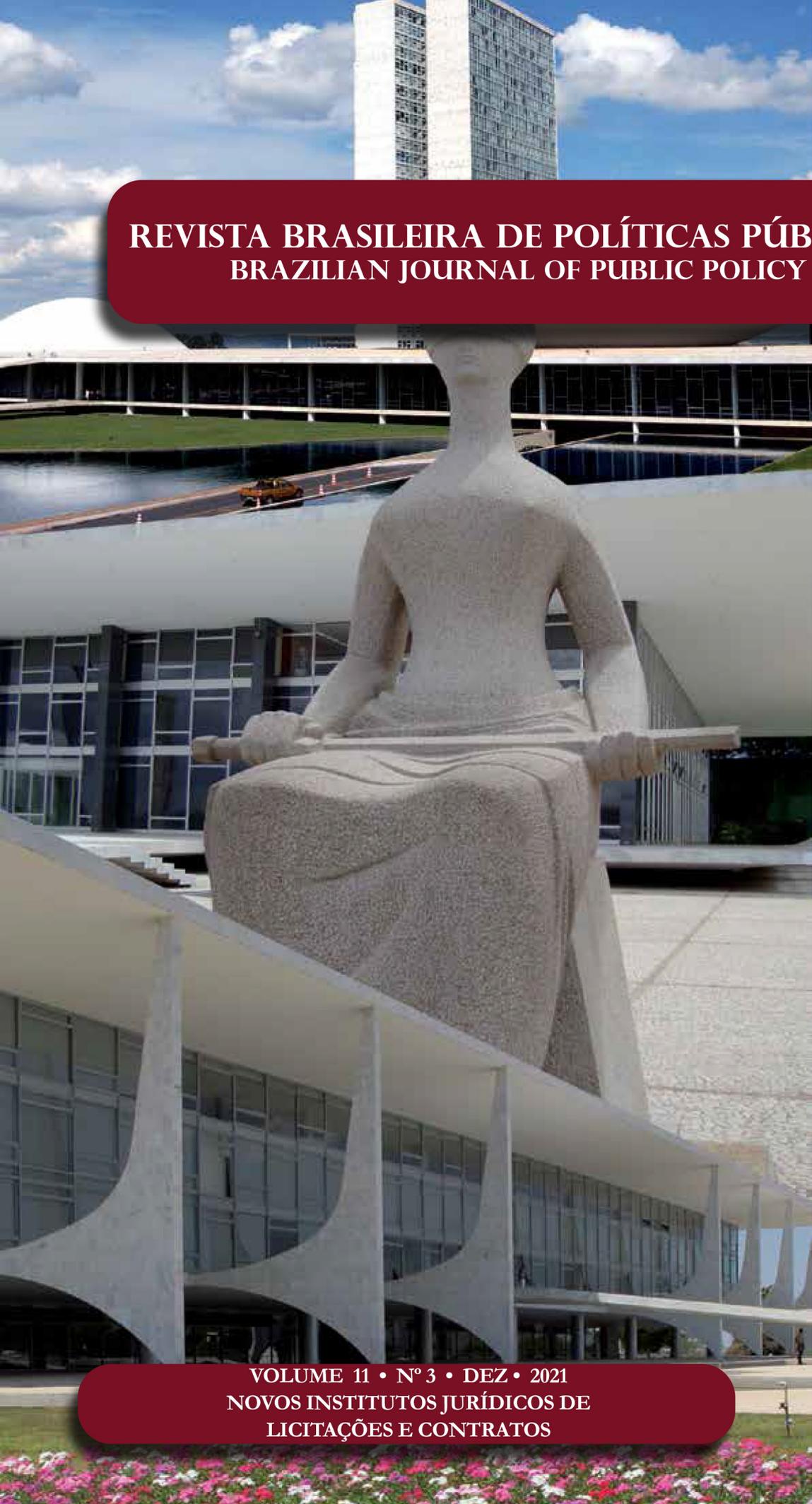
GARGARELLA, Roberto; ROA, Jorge. Diálogo democrático y emergencia en América Latina. Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper, n. 2020-21, 2020.

GASPARETTO, Antonio. *Teoria e prática dos estados de exceção na história dos Estados Unidos*. 2021.

GIRALDO, Gustavo. *Quince años de estado de sitio en Colombia, 1958-1978*. Librería y Editorial América Latina, 1979.

- GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez. *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. 2005.
- HINCAPIÉ, Alexander; ESCOBAR, Bibiana. La felicidad o el fin olvidado de la política moderna. *Convergencia*, v. 26, n. 79, 2019.
- JÁCOME, Jorge. *Estados de excepción y democracia liberal en América del Sur: Argentina, Chile y Colombia (1930-1990)*. Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2015.
- KÖLLING, Mario. Las instituciones democráticas y los derechos fundamentales en tiempos de covid-19 en Alemania. en PÁG. Biglino Campos y JF Durán Alba, F. Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional. Colección Obras colectivas. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC20>, v. 20, p. 1-21, 2020.
- LLANO, Jairo; GARCÍA, Germán. Globalización del derecho constitucional y constitucionalismo crítico en América Latina. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, v. 23, n. 2, p. 59-73, 2018.
- LEITE, José. Intervención federal en Estados Unidos: uso de la cláusula de seguridad, violencia doméstica y poderes presidenciales de emergencia. *Revista Brasileña de Políticas Públicas*, v. 9, n. 3, p. 274-293, 2019.
- MARTNER, Ricardo. *Es hora de que paguen más quienes más tienen*. Comisión Independiente para la Reforma de la Tributación Corporativa Internacional, Lima. Perú. Octubre, 2020.
- MENDIETA, David; ¿Qué ha pasado con los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia del sistema general de seguridad social en salud de Colombia? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 87-102, 2020.
- MENDIETA, David; TOBÓN, Mary Luz. La dignidad humana y el Estado Social y Democrático de Derecho: el caso colombiano. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 10, n. 3, p. 278-289, 2018.
- MELLO, Anahi Guedes de. Deficiência, incapacidade e vulnerabilidade: do capacitismo ou a preeminência capacitista e biomédica do Comitê de Ética em Pesquisa da UFSC. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 21, p. 3265-3276, 2016.
- MEZZADRA, Sandro; STIERL, Maurice. *Qué sucede con la libertad de movimiento durante el Covid 19*. Democracia Abierta, 25 de marzo de 2020.
- MELLO, Anahi Guedes de. Deficiência, incapacidade e vulnerabilidade: do capacitismo ou a preeminência capacitista e biomédica do Comitê de Ética em Pesquisa da UFSC. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 21, p. 3265-3276, 2016.
- NACIONES UNIDAS. Asamblea General (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.
- NACIONES UNIDAS. Asamblea General (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.
- NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional*. Astrea, Argentina, 2013.
- OEA. ASAMBLEA GENERAL. CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES. *Cuaderno Jurídico y Político*, v. 2, n. 7, p. 65-89, 2017. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilateralesinteramericana-70derechoshumanospersonasmayores.pdf.
- ÖZDEN, Melik. *Los derechos humanos en el contexto de la pandemia del Covid 19*. Genève, 2020, Consultado en: <https://www.cetim.ch/los-derechos-humanos-en-el-contexto-de-la-pandemia-del-covid-19/>
- OXFAM Internacional. *Quién paga la cuenta: Gravar la riqueza para enfrentar la crisis de la COVID-19 en América Latina y el Caribe*. Oxford. 27 de Julio de 2020. p. 2. Disponible en: <https://oxfamlibrary.openrepository.com/bitstream/handle/10546/621033/bp-quien-paga-la-cuenta-covid-19-270720-es.pdf>.

- RAMIREZ, Gonzalo. *El derecho en el contexto de la globalización*. Universidad Externado de Colombia, 2007.
- RÍOS, Lautaro. Defensa judicial de los derechos humanos en los estados de excepción. *Estudios constitucionales*, v. 7, n. 1, p. 277-296, 2009.
- ROSATTI, Horacio. Un círculo vicioso: impacto de las emergencias continuadas en el diseño institucional de Argentina. Emergencia y división de poderes. *Revista Latinoamericana de Derecho*, n. 1, p. 449-471.
- RUIZ, Guillermo. Marcas de la pandemia: El derecho a la educación afectado. *Revista Internacional de Educación para la Justicia Social*, v. 9, n. 3, p. 45-59, 2020.
- SOTOMAYOR, Juan Oberto; ARBOLEDA, Fernando León Tamayo. Dignidad humana y derecho penal: una difícil convergencia. Aproximación al contenido constitucional de la norma rectora del artículo 1 del Código Penal colombiano. *Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, n. 48, p. 21-53, 2017.
- SUNSTEIN, Cass R. et al. *Laws of fear: Beyond the precautionary principle*. Cambridge University Press, 2005.
- THERBORN, Goran. *Los campos de exterminio de la desigualdad*. Buenos Aires: Ed. Fondo de Cultura Económica, 2016.
- TOBÓN, Mary Luz Tobón. *Los estados de excepción: imposibilidad de suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2019.
- TOBÓN, Mary Luz; GASPARETTO, Antonio. Las limitaciones al derecho de educación en tiempos de pandemia. Em: Medidas de EMERGÊNCIA na Administração Pública, 2020. p. 61-74.
- TOBÓN, Mary Luz; MENDIETA, David. Los límites establecidos al estado de conmoción interior en Colombia: un ejemplo a seguir en el contexto latinoamericano. *Estudios constitucionales*, v. 19, n. 1, p. 34-65, 2021.
- TOMAŠEVSKI, Katarina. *Human rights obligations: making education available, accessible, acceptable and adaptable*. Right to education primers 200, n. 3.
- TORRES, Jorge Isaac. Reflexiones acerca del reconocimiento de nuevos derechos fundamentales en la pandemia sanitaria. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, v. 70, n. 278-2, p. 797-814, 2020.
- VELA, Marcos Antonio. Límites convencionales a los estados de excepción y respuestas a la pandemia, pág. 147 en Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Revista IIDH*, n. 72, Jul./Dic. 2020.
- VERA GAJARDO, Antonieta. Un acercamiento interseccional al discurso de la tradición en casos de violencia a mujeres Mapuche. Editado por Universidad de los Andes. *Revista de Estudios Sociales*, n. 64, abr. 2018.
- VIVAS, Tania. Le droit constitutionnel colombien a geometrie variable. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, Venezuela, v. 23, n. 2, p. 140-150, 2018.
- WIMMER, Miriam. Límites y posibilidad del uso secundario de datos personales en las autoridades públicas: lecciones de la pandemia. *Revista Brasileña de Políticas Públicas*, v. 11, n. 1, p. 123-142, 2021.



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Litígios estruturais e a proteção dos direitos dos povos indígenas durante a pandemia de Covid-19: contribuições do ICCAL

Structural reform litigation and the protection of indigenous peoples' rights in the Covid-19 pandemic: ICCAL contributions

Ana Carolina Lopes Olsen

Bianca M. Schneider van der Broecke

VOLUME 11 • Nº 3 • DEZ • 2021
NOVOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE
LICITAÇÕES E CONTRATOS

Litígios estruturais e a proteção dos direitos dos povos indígenas durante a pandemia de Covid-19: contribuições do ICCAL*

Structural reform litigation and the protection of indigenous peoples' rights in the Covid-19 pandemic: ICCAL contributions

Ana Carolina Lopes Olsen**

Bianca M. Schneider van der Broecke***

Resumo

Diante dos riscos que a pandemia de COVID-19 tem gerado para os direitos humanos de grupos vulneráveis, como povos indígenas, neste artigo, analisa-se a atuação do Supremo Tribunal Federal a respeito do processo e julgamento do litígio estrutural, contido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/2020, a fim de se verificarem as contribuições que podem surgir da interação com a jurisdição regional e de outros Estados no ambiente do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICCAL). Nesse intuito, empregando o método dedutivo e revisão crítica bibliográfica em jurisprudência e doutrina, a investigação se desenvolve com base no estudo dos institutos do constitucionalismo transformador e dos litígios estruturais enquanto ferramentas que operacionalizam os *standards* interamericanos em direitos humanos, bem como dos diálogos judiciais que demandam cooperação entre as jurisdições para realizar seus compromissos constitucionais. Em seguida, realizou-se o estudo do emprego dos litígios estruturais para proteção dos direitos de comunidades indígenas pelas cortes integrantes do ICCAL a fim de identificar contribuições. Por fim, um estudo pormenorizado das decisões adotadas na ADPF 709 demonstrou a abertura do STF aos parâmetros jurídicos do ICCAL, mediante o emprego de um processo estrutural que preza o diálogo institucional entre a corte, os agentes do Executivo e as comunidades indígenas, em atenção aos seus valores tradicionais. O STF parece estar no caminho para avançar na realização do constitucionalismo transformador no Brasil, podendo aprofundar seu diálogo com a Corte Interamericana e adotar estratégias de interação e aproximação com as comunidades afetadas.

Palavras-chave: litígio estrutural; constitucionalismo transformador; *Ius Constitutionale Commune* na América Latina; direitos humanos; povos indígenas.

Abstract

Given the risks that the COVID-19 pandemic has generated for the human rights of vulnerable groups, such as indigenous peoples, this article aims to

* Recebido em 30/05/2021
Aprovado em 22/11/2021

** Doutora em Direito pela PUC-PR. Mestre em Direito pela UFPR. Visiting Researcher no Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (2019). Membro da Rede ICCAL Brasil. Professora de Direito Constitucional e de Direitos Humanos no Centro Universitário Católica de Santa Catarina. E-mail: anac.olsen@gmail.com.

*** Doutora em Direito pela PUC-PR. Mestre em Direito pela UCAM-RJ. Bolsista no Programa de Excelência Acadêmica da CAPES (2018/2020). Integrante da Rede ICCAL Brasil. Advogada inscrita na OAB/PR. E-mail: biaschneidervdb@gmail.com.

undertake a contextualized critical analysis of the approach of the Brazilian Federal Supreme Court in the adjudication of the structural reform litigation ADPF 709/2020, in order to verify the contributions that can arise from the interaction with the regional jurisdiction and that of other states in the environment of the *Ius Constitutionale Commune in Latin America* (ICCAL). To this end, using the deductive method and a critical bibliographic review of jurisprudence and doctrine, the investigation is based on the study of the institutes of transformative constitutionalism and structural reform litigation as tools that operationalize inter-American human rights standards, as well as the judicial dialogues that demand cooperation among jurisdictions to fulfill their constitutional commitments. Next, we studied the use of structural reform litigation to protect the rights of indigenous communities by ICCAL member courts in order to identify their contributions. Finally, a detailed study of the decisions adopted in ADPF 709 demonstrated the STF's openness to the legal parameters of the ICCAL, through the use of a structural process that values institutional dialogue between the court, executive branch agents, and indigenous communities, with attention to their traditional values. The STF seems to be on the way to advancing the realization of transformative constitutionalism in Brazil, and may deepen its dialogue with the Inter-American Court and adopt strategies of interaction and approximation with the affected communities.

Keywords: structural reform litigation; transformative constitutionalism; *Ius Constitutionale Commune* in Latin America; human rights; indigenous peoples.

1 Introdução

As atuais constituições latino-americanas contêm um projeto emancipador e transformador, que atribui um papel central ao Estado em busca de reformas sociais progressistas. Os seus catálogos de direitos fundamentais, especialmente os de cunho prestacional e realização progressiva, indicam o comprometimento permanente das comunidades políticas com a afirmação da igualdade e da justiça social, a fim de superar os quadros de pobreza, exclusão e desigualdade que marcam a região. Essa estratégia jurídica de conversão das demandas sociais em previsões constitucionais, aliada ao fortalecimento dos sistemas de revisão judicial, trouxe a lume o fenômeno da judicialização da política e, com ele, o aparecimento de litígios estruturais.

Esse tipo de controvérsia judicial tem como características a identificação de uma situação de reiterada violação de direitos fundamentais de uma pluralidade de pessoas, decorrente da inércia ou inadequação do agir estatal e institucional para a concretização de políticas públicas¹, que exija a adoção de medidas complexas (ou estruturais) para a sua superação. A resolução dessas demandas depende da promoção de desbloqueios políticos e institucionais, a fim de dar cumprimento à dimensão objetiva de direitos fundamentais e, com isso, possibilitar mudanças sociais em grande escala. Nesse campo, surgiram novas e criativas técnicas decisórias, que tomam por base uma abordagem mais flexível e pragmática da jurisdição constitucional, mostrando-se frutíferas para resolver problemas de cunho coletivo e interesse público complexos, resultantes de falta de vontade política e de deficiências das burocracias estatais.

Além disso, nas últimas décadas, a busca por soluções para a implementação dos direitos sociais tem gerado um intenso câmbio de experiências entre ordens jurídicas nacionais, por meio do diálogo entre tribunais, bem como a sua abertura ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Essa perspectiva de integração jurídica da região tem como motor a ideia do “constitucionalismo transformador”, um modelo que

¹ É com base no conceito formulado por Maria Paula Dallari Bucci que se emprega o termo “política pública” no presente trabalho, *in verbis*: “política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados — processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial — visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

busca promover a transformação da realidade política e social por meio do fortalecimento da democracia, do Estado de Direito e dos direitos humanos. Tal abordagem regional sobre o constitucionalismo transformador está, recentemente, atrelada à proposta de um *Ius Constitutionale Commune* (ICCAL), considerando-se as disposições constitucionais equivalentes dos Estados sobre direitos fundamentais, que refletem os tratados de direitos humanos, em especial a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a sua aderência à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

Esse constitucionalismo multinível, que tem como escopo viabilizar a harmonização do Sistema Interamericano de Direitos Humanos em torno de *standards* comuns, sem desconsiderar as especificidades de cada país, e como pressuposto a ênfase no Poder Judiciário, enquanto propulsor de inovações transformadoras, tornou-se realidade no atual contexto pandêmico, quando se fez premente a proteção de grupos vulneráveis como os povos indígenas. No Brasil, o processo e julgamento do litígio estrutural, contido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 709/2020, que versa sobre a proteção de povos indígenas em face da pandemia de COVID-19, pode servir de paradigma para a inserção definitiva do STF nesse espaço de diálogos judiciais, demonstrando a importância do seu papel transformador e a realidade promissora do entrelaçamento em rede dos sistemas jurídicos nacionais ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Diante desse quadro, questiona-se: como um diálogo do STF com a Corte Interamericana de Direitos Humanos e outras cortes nacionais pode ajudar na implementação do constitucionalismo transformador pela via do litígio estrutural, envolvendo a proteção dos direitos dos povos indígenas, especialmente aqueles afetados pela pandemia de COVID-19? Tendo em vista que, nos moldes da jurisprudência comparada, isso ocorre com base em um modelo de ativismo dialógico que pressupõe, para além da interação interinstitucional, a participação cidadã, relativa à tomada de decisão, a hipótese a ser confirmada é que, com base no desenrolar da ADPF n. 709, verifica-se uma maior integração do STF aos *standards* de proteção dos direitos dessas populações, adotando estratégias próprias do constitucionalismo transformador, a fim de realizar a proposta de realização dos direitos humanos segundo o quadro teórico do ICCAL.

Este trabalho assenta-se no método dedutivo e em revisão crítica bibliográfica com base em textos doutrinários e jurisprudência comparada sobre o tema, e seguiu um caminho de três etapas. Em um primeiro momento, apresenta-se o contexto teórico que fundamenta a análise da atuação do STF na ADPF 709/2020, ou seja, o constitucionalismo transformador e a proposta dos litígios estruturais como ferramenta para sua realização. Essas categorias são apresentadas com base no panorama do *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano, em que os diálogos judiciais constituem um instrumento para a almejada troca argumentativa entre o STF e a jurisdição interamericana. Em seguida, analisam-se as técnicas decisórias para a resolução de litígios estruturais empregadas pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, para a proteção dos povos indígenas em um ambiente de diálogos judiciais. Por fim, realiza-se a análise da pioneira abordagem estrutural e dialógica adotada pelo STF para a superação das violações de direitos dos indígenas brasileiros durante a pandemia de COVID-19, na ADPF 709/2020.

A troca de experiências na seara do ICCAL demonstra que a eficácia da intervenção judicial estrutural, em relação à proteção de direitos humanos de grupos menos favorecidos, que não têm voz nem vez na agenda política, especialmente em momentos de retrocesso democrático, depende de uma gestão processual ativa e dialógica, pautada no potencial transformador dos tribunais para alcançar a desestabilização de práticas institucionais estagnadas e deficientes.

2 Panorama teórico: litígios estruturais como ferramenta do constitucionalismo transformador no ICCAL

A fim de compreender as potencialidades de um diálogo entre o STF e a Corte IDH para a proteção dos povos indígenas, em especial no contexto pandêmico, exploram-se, neste tópico, em um primeiro momento, as categorias do constitucionalismo transformador como movimento constitucional focado na proteção de grupos mais vulneráveis para a promoção da inclusão social, e o litígio estrutural como um instrumento valioso para a consecução desse propósito. Em seguida, analisa-se como essas categorias integram, juntamente aos diálogos judiciais, as ferramentas jurídicas do *Ius Constitutionale Commune* latino-americano, um projeto direcionado à proteção dos direitos humanos e à realização de uma democracia social em um Estado de Direito.

2.1 Constitucionalismo Transformador e litígios estruturais na perspectiva dos “direitos de desestabilização”

Constitucionalismo transformador é um conceito que, recentemente, emergiu no direito comparado, especialmente, mas não exclusivamente,² vinculado ao crescimento do ativismo judicial³ em países do Sul Global e aos ideais da justiça distributiva e da igualdade material, em contextos de judicialização da política⁴.

A primeira vez em que o termo “constitucionalismo transformador” apareceu no cenário jurídico acadêmico foi em 1998, em um artigo científico escrito pelo pesquisador estadunidense Karl E. Klare, sobre as aspirações transformadoras da Constituição da África do Sul pós-*apartheid* (1996)⁵ e sua forma de concretização.⁶ Como afirma o autor, as características essenciais do experimento sul-africano incluem o multiculturalismo, uma atenção especial às questões de gênero e de identidade sexual, a ênfase à participação e à transparência governamental, a proteção do meio ambiente e a extensão das credenciais democráticas para a “esfera privada”.⁷

² HAILBRONNER, Michaela. Transformative constitutionalism: not only in the Global South. *The American Journal of Comparative Law*, v. 65, n. 3, p. 527-565, fall 2017.

³ O termo “ativismo judicial” é aqui empregado no sentido de uma mudança comportamental por parte dos integrantes do Poder Judiciário, que passaram a atuar com uma maior autonomia no processo de tomada de decisão, em prol de um protagonismo institucional, diante de situações de omissão ou déficit funcional dos Poderes Executivo e Legislativo. KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial?: jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 96, p. 69-95, jul. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/f3KMkr8CHVjSCCGvqZdYfmk/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 29 maio 2021. p. 71-72.

⁴ Como explica Ran Hirschl, esse fenômeno da “judicialização da política” abarca, na verdade, três processos inter-relacionados. Em nível mais abstrato, refere-se à “*juridification of social relations*”. Um segundo e mais concreto aspecto da judicialização da política é a expansão da competência dos tribunais e juízes na determinação dos resultados de políticas públicas, especialmente em julgamentos no âmbito da proteção dos direitos constitucionais ou dos limites dos poderes Legislativo e Executivo. Judicialização desse tipo se manifesta principalmente no domínio do controle judicial de processos de formulação de políticas públicas a nível nacional e, nas últimas duas décadas, tem também se proliferado a nível internacional, principalmente com o estabelecimento de inúmeras cortes transnacionais e comissões que lidam com a proteção dos direitos humanos. Uma terceira classe de judicialização da política é a confiança nas cortes e juízes para lidar com o que se pode chamar de “*mega-politics*”: controvérsias políticas centrais que definem (e frequentemente dividem) políticas inteiras. O resultado tem sido a transformação das Cortes Supremas ao redor do mundo numa parte crucial dos respectivos aparatos nacionais de elaboração da política nesses países, processo que, em outro trabalho, o autor descreve como “*juristocracia*”. É no que se refere à segunda classificação de Hirschl que o fenômeno da judicialização da política se vincula ao projeto do constitucionalismo transformador e de um novo modelo de ativismo judicial, comprometido com a mudança social e com a legitimidade das cortes como peças-chave nessa transformação. HIRSCHL, Ran. The judicialization of politics. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (org.). *The Oxford handbook of law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p. 119-121.

⁵ A nova Constituição sul-africana teve como propósito primordial a superação do regime de segregação racial baseado na dominação de uma minoria branca (*Apartheid*), mediante o estabelecimento de um regime democrático e baseado na justiça social, assumindo, portanto, um compromisso indelével com os direitos fundamentais e a igualdade, esta compreendida em seu aspecto material (redistributivo) e não apenas formal.

⁶ KLARE, Karl E. Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, v. 14, n. 1, 1998.

⁷ KLARE, Karl E. Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, v. 14, n. 1, 1998. p.

Para Klare, o novo projeto político sul-africano inaugura a ideia de um constitucionalismo transformador, caracterizado pelo esforço para induzir mudanças sociais em grande escala, através de processos políticos não violentos fundamentados no Direito. E esse propósito emancipatório exige um novo olhar sobre o papel e as responsabilidades da jurisdição constitucional, que deveriam ser pensados com base no ponto de vista da promoção da igualdade material e de processos de tomada de decisão participativos e democráticos. Nesse sentido, o autor apresenta a ideia de uma “*transformative adjudication*” como um método de construção dos significados da Constituição politicamente engajado e transparente, compatível com as aspirações transformadoras do pacto social sul-africano.⁸

Essa forma específica que Klare afirma como ideal para interpretar a Constituição da África do Sul, segundo ele, consistiria em uma leitura “pós-liberal”, isto é, que se afasta da tradição liberal norte-americana, geralmente tomada como paradigma em outras democracias constitucionais, “*toward an empowered model of democracy*”.

A “*transformative adjudication*” seria uma prática inevitavelmente política e que depositaria na transparência sua fonte de legitimação.⁹ Nesse diapasão, o autor demonstra sua opção pela metodologia e orientação do movimento denominado *Critical Legal Studies* (CLS),¹⁰ que agitou a cena jurídica e acadêmica (Harvard e Yale) dos Estados Unidos nos anos 70 e 80, engendrando críticas ao positivismo e ao liberalismo, com base na concepção de que “Direito é Política”.¹¹ Um dos principais protagonistas do CLS foi Roberto Mangabeira Unger que, em 1986, publicou o livro-manifesto *The Critical Legal Studies Movement*¹² e, em 1987, avançando em sua reflexão teórica, escreveu a obra *False Necessity: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy*,¹³ em que formula um “sistema de direitos”, que consiste em um detalhado programa institucional de “empoderamento da democracia”.

Segundo o pensamento de Mangabeira Unger, esse sistema de direitos é capaz de implementar uma “visão de empoderamento individual e coletivo”, sendo expressão indissociável da tarefa de reconstrução institucional, em prol da eliminação das hierarquias e dos planos de divisão social, existentes na sociedade. Nesse contexto, os “direitos de desestabilização” são aqueles vinculados à execução de políticas públicas e mobilização dos poderes, e estão vinculados, de forma indissociável, aos “direitos de imunidade”, atinentes à ideia de proteção contra excessos e violações pela maioria, eleita democraticamente.¹⁴ Nas palavras do autor:

destabilization rights protect the citizen’s interest in breaking open the large-scale organizations or the extended areas of social practice that remain closed to the destabilizing effects of ordinary conflict and thereby sustain insulated hierarchies of Power and advantage. The combination of immunity rights with destabilization rights gives legal expression to the central institutional mechanism of the whole constitutional plan. The destabilization entitlement ties the collective interest in ensuring that all institutions and practices can be criticized and revised to the individual interest in avoiding oppression.¹⁵

151-152.

⁸ KLARE, Karl E. Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, v. 14, n. 1, 1998. p. 150-152.

⁹ KLARE, Karl E. Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, v. 14, n. 1, 1998. p. 164.

¹⁰ ROUX, Theunis. Transformative constitutionalism and the best interpretation of the South African Constitution: distinction without a difference?. *Stellenbosch Law Review*, v. 20, n. 2, p. 259. HAILBRONNER, Michaela. Transformative constitutionalism: not only in the Global South. *The American Journal of Comparative Law*, v. 65, n. 3, p. 527-565, fall 2017. p. 534.

¹¹ Sobre o tema, ver: GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao movimento Critical Legal Studies*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. e GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O Critical Legal Studies Movement de Roberto Mangabeira Unger: um clássico da filosofia jurídica e política. *Rev. Jur.*, Brasília, v. 8, n. 82, p. 49-63, dez./jan. 2007.

¹² UNGER, Roberto Mangabeira. *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

¹³ UNGER, Roberto Mangabeira. *False necessity: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987.

¹⁴ UNGER, Roberto Mangabeira. *False necessity: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987. p. 510-530.

¹⁵ UNGER, Roberto Mangabeira. *False necessity: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987. p. 530.

Como afirma Mangabeira Unger, esses direitos de desestabilização possuem homólogos nas variações do complexo de *injunctive relief*, encontrado no direito estadunidense contemporâneo, mais especificamente nas *injunctions* (provimentos mandamentais)¹⁶ que autorizam a intervenção judicial em políticas públicas e instituições sociais, como escolas, prisões, hospitais etc., para a sua reconstrução, em nome de ideais democráticos.¹⁷ Nesse sentido, o autor se refere à denominada *structural injunction remedy*,¹⁸ utilizada na jurisdição constitucional dos Estados Unidos após a paradigmática decisão *Bronn vs. Board of Education* (1954/1955),¹⁹ que fixou as diretrizes reconstrutivas necessárias para a eliminação da política de segregação racial no sistema público de ensino.

Como desdobramento desse caso, a partir do final da década de 1960, houve, nos Estados Unidos, o desenvolvimento e propagação do que Owen Fiss chamou de *structural reform litigation*. Os juízos federais distritais foram, então, acionados para promover a reforma das instituições sociais que estavam em desacordo com os princípios constitucionais. Ao invés da contenção e consequente tolerância às violações de *civil rights* em curso, o papel judicial foi definido em resposta ao fracasso dos atores políticos em determinadas áreas, em prejuízo a determinados grupos minoritários. Essa alteração judicial do equilíbrio de poder, que tem início no contexto da igualdade racial, se caracteriza por meio de uma conduta ativista dos membros do Poder Judiciário e se justifica e delimita com base na proteção dos direitos de grupos sociais que são vulneráveis a “perversões pelo processo majoritário”²⁰.

A sistemática negação de direitos fundamentais a um determinado grupo social vulnerável e sem representação política justificou o propósito preponderantemente transformador, inerente a essas ordens estruturais. Nesse sentido, esclarece Fiss, que “*procedure is not independent of substance. In the context of injunctive remedies, and perhaps other contexts as well, the civil rights era teaches that procedure is, and should be, ineluctably tied to the merits and nature of the underlying substantive claim*”²¹.

A partir do sucesso dessa experiência, nos anos que se seguiram, litigantes e advogados postularam a reorganização estrutural de outras instituições públicas dos Estados Unidos, que também operavam de forma a violar a Constituição. As lições da dessegregação escolar foram transferidas para outros contextos como o da proteção contra abusos policiais, da realização do ideal de tratamento humano nas prisões e nos hospitais psiquiátricos, e da equalização de gastos nos sistemas educacionais dos estados. E, em razão das inovações processuais advindas dessa forma de adjudicação, passaram a ser identificadas como litígio estrutural (ou *structural reform litigation*)²² aquelas demandas em que o juiz, exercendo a função de conferir

¹⁶ No sistema jurídico dos EUA, utiliza-se o conceito “remedy” para identificar os diversos tipos de determinações que os tribunais ordenam após o julgamento do mérito das reivindicações de um litigante, podendo incluir: (a) a determinação do ressarcimento de danos; (b) a declaração dos direitos e obrigações das partes; e (c) uma variedade de ordens denominadas de “injunctions”, que instruem o réu a cessar sua conduta prejudicial ou adotar uma conduta exigida por lei. Esse último tipo de ordem, especificamente, requer a existência de danos irreparáveis e a ausência de outras medidas adequadas para solucionar a lide. FISS, Owen; RESNIK, Judith. *Adjudication and its alternatives: an introduction to procedure*. New York: Foundation Press, 2003. p. 29 e ss.

¹⁷ UNGER, Roberto Mangabeira. *False necessity: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987. p. 531-532.

¹⁸ FISS, Owen M. *The civil rights injunction*. Bloomington: Indiana University Press, 1978. p. 9-10.

¹⁹ Essa class action (ação coletiva) representou o símbolo maior em termos de impacto criativo da denominada “Corte Warren”, pois encerra a doutrina do separate but equal, inaugurada pouco mais de 50 anos antes no julgamento do caso *Plessy v. Ferguson* de 1896, desestabilizando alguns valores tradicionais que tinham raízes profundas nos costumes do país. Na fase em que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América passou a ser presidida por Earl Warren, na denominada “Era Warren” (1953-1969), houve a ampliação dos direitos civis e políticos dos cidadãos para além das questões que envolviam a igualdade racial, por meio de uma atuação judicial expansiva. Como descreve Bernard Schwratz, a “Era Warren” representa um dos dois grandes períodos criativos do direito público estadunidense, desempenhando a tarefa de acompanhar o ritmo frenético de mudanças sociais do século XX, na esteira do New Deal. Para tanto, a Corte teve de realizar um papel transformador, geralmente considerado mais adequado ao legislador do que ao juiz e, neste processo, “rewrote much of the corpus of american constitutional law”. SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993. p. 263.

²⁰ COVER, Robert. The origins of judicial activism in the protection of minorities. *Yale Law Journal*, v. 91, 1981/1982. p. 1291.

²¹ FISS, Owen M. *The civil rights injunction*. Bloomington: Indiana University Press, 1978. p. 97.

²² Consoante elucidada Fiss, o processo judicial de caráter estrutural distinguiu-se do modelo tradicional de adjudicação, de cunho liberal-individualista, pensado para resolver litígios privados, porque além do caráter constitucional dos valores sociais em lide, en-

significado concreto e aplicação aos preceitos constitucionais, na operacionalização de políticas públicas, incumbia-se de reestruturar organizações burocráticas para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes.²³

Esse propósito preponderantemente transformador, inerente às ordens estruturais (*structural injunction*), faz que haja uma relação de correspondência com a ideia de *desestabilization rights*, como pontuou Mangabeira Unger. Na mesma toada, é com fulcro nos preceitos do *Critical Legal Studies Movement* e, com base nessa singular experiência concreta de transformação social, proveniente da jurisprudência dos Estados Unidos, em 1998, Klare inaugurou a concepção de um constitucionalismo transformador, apresentando uma leitura transformadora da Constituição da África do Sul de 1996, com fulcro na ideia da “*transformative adjudication*”.

Nesse passo, o constitucionalismo transformador ganhou sentido como um “contra-modelo”²⁴, ou uma leitura pós-liberal²⁵, isto é, um conceito que busca superar o paradigma do constitucionalismo liberal estadunidense, especialmente pré-*New Deal*, segundo o qual as constituições deveriam, apenas, restringir o poder do Estado e salvaguardar a liberdade individual. O constitucionalismo transformador é possível, apenas, nas sociedades que exigem um papel ativo para o Estado na condução de transformações sociais em larga escala e que usam sua Constituição como uma ferramenta para fazer cumprir esse intento. Como consequência do compromisso com mudanças fundamentais dirigidas pelo Estado, regimes transformadores tomam como norte direitos fundamentais com estrutura positiva (prestacional) e que geram deveres estatais justicáveis, para a sua proteção ou promoção, em prol da realização do projeto constitucional.

Como inferiu Klare, as aspirações transformadoras da Constituição da África do Sul e o contexto institucional existente implicariam novas concepções acerca do papel e das responsabilidades da jurisdição constitucional, que sugerem que os juízes também trabalhem em prol da realização dos projetos políticos.²⁶ E, de fato, a atuação da Corte Constitucional passou a ser a peça-chave para o constitucionalismo transformador que surgiu no país após a transição democrática. O protagonismo institucional desse tribunal, para a concretização das promessas constitucionais pós-Apartheid, desenvolveu-se por meio de uma abordagem flexível e pragmática, pautada por um modelo dialógico-deliberativo, que se assenta num sistema de cooperação entre o Judiciário e os demais poderes, bem como na transparência e na participação dos cidadãos afetados²⁷, com enfoque no potencial constitucional dos juízes para promover uma democracia inclusiva e responsiva, bem como neutralizar obstáculos específicos do processo político²⁸.

volviam um embate entre o Judiciário e as burocracias estatais importantes para alguns setores da sociedade. FISS, Owen. The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, nov. 1979. p. 17.

²³ FISS, Owen. The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, nov. 1979. p. 18.

²⁴ HAILBRONNER, Michaela. Transformative constitutionalism: not only in the Global South. *The American Journal of Comparative Law*, v. 65, n. 3, p. 527-565, fall 2017. p. 545.

²⁵ KLARE, Karl E. Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, v. 14, n. 1, 1998. p. 151.

²⁶ KLARE, Karl E. Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, v. 14, n. 1, 1998. p. 156.

²⁷ Na tentativa de equilibrar a implementação de direitos fundamentais e os processos democráticos de tomada de decisão, a partir da ideia de que o governo tem o dever de consultar as partes afetadas pelas suas políticas públicas, a Corte Constitucional sul-africana criou novos mecanismos procedimentais, como a *active judicial management* (gestão judicial ativa) e o *meaningful engagement* (“compromisso significativo”), amplamente utilizados para a resolução de litígios estruturais que envolvem a concretização da faceta prestacional de direitos fundamentais. Cite-se como exemplo os famosos casos *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom* (2000), *Minister of Health v. Treatment Action Campaign* (2002) e *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street Johannesburg v. City of Johannesburg and others* (2008), que envolveram a efetivação de direitos à saúde e à moradia. Sobre o tema: VAN DER BROOKE, Bianca M. Schneider; KOZICKI, Katya. O “Compromisso Significativo” (Meaningful Engagement) e a promoção do pluralismo democrático na concretização judicial dos direitos fundamentais sociais na África do Sul. *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 20, n. 2, p. 267-289, jul./dez. 2019.

²⁸ DIXON, Rosalind. Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. p. 53-55.

2.2 A transnacionalização do projeto do constitucionalismo transformador e a proposta do *Ius Constitutionale Commune* latino-americano

O projeto do constitucionalismo transformador e a sua instrumentalização por meio da outorga de direitos de desestabilização, mediante sentenças dialógicas de Tribunais ativistas,²⁹ também teve eco em países latino-americanos, onde, assim como na África do Sul, as Constituições são, por necessidade, documentos transformadores.³⁰ Em suas especificidades históricas, políticas e sociais, os sistemas de direitos estabelecidos nesses países, após a transição democrática, comungam de um profundo projeto emancipatório, que busca superar a desigualdade e o déficit de proteção de direitos humanos fundamentais, atribuindo um papel chave ao Estado na busca pela mudança social.³¹

Diferentemente do que acontece em países desenvolvidos — onde as instituições detêm uma infraestrutura básica, os recursos e a capacidade técnica para se ocuparem dos problemas de ordem pública — há, além da falta de vontade política, falta de capacidade dos organismos estatais responsáveis para implementar, de forma efetiva, as políticas públicas, que devem instrumentalizar a concretização das promessas constitucionais.³² Diante desse contexto, intervenções judiciais estruturais, que buscam superar quadros complexos de inconstitucionalidade, revelam-se como um instrumento decisivo para levar a cabo processos de transformação social no âmbito latino-americano, tornando-se uma das mais extremadas manifestações da judicialização da política na região, na atualidade.³³

Os sistemas de direitos, previstos nas Constituições desses países em desenvolvimento, ao reconhecerem um amplo catálogo de direitos fundamentais e conferindo destaque aos de cunho prestacional e realização progressiva, criam “direitos de desestabilização”, com o potencial de romper a paralisia burocrática e o mau funcionamento institucional para proteger os cidadãos. Como explica Jorge Ernesto Roa Roa, em contextos como o latino-americano, a ideia de um constitucionalismo transformador atrela-se à concepção de que os tribunais são agentes de transformação social e ostentam um papel relevante para a proteção dos direitos. Nesse sentido:

el objetivo es que las judicaturas sean espacios de deliberación (adicionales) em los que se piense colectivamente sobre la mejor manera de distribuir recursos escasos, construir el Estado de bienestar y resolver desacuerdos sociales complejos em torno a la forma de enfrentar fenómenos como la pobreza, la exclusión o la desigualdade.³⁴

Um dos exemplos mais marcantes do constitucionalismo transformador na América Latina é a Colômbia, onde o processo de reforma constitucional de 1991 teve como propósito a promoção de uma democracia participativa, por meio do empoderamento dos cidadãos para um envolvimento direto e efetivo nos processos decisórios públicos e privados, e o fortalecimento das instituições públicas, especialmente o Judiciário.³⁵

²⁹ RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Juicio a la exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales em el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015. p. 233.

³⁰ GARGARELLA, Roberto. Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?. *Perfiles Latinoamericanos*, n. 28, jul./dic. 2006. p. 19-20.

³¹ Ainda que a Constituição de 1988 não seja completamente transformadora, pois manteve muitos aspectos das estruturas institucionais anteriores, a leitura transformadora de seu projeto de inclusão social e combate às desigualdades é o que melhor se adequa à proposta de seus objetivos.

³² RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Juicio a la exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales em el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015. p. 231.

³³ GUTIÉRREZ BELTRÁN, Andrés M. *El amparo estructural de los derechos*. 2016. Tese (Doutorado em Direito e Ciência Política) – Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2016. p. 37.

³⁴ ROA, Jorge Ernesto Roa. El rol del juez constitucional em el constitucionalismo transformador latinoamericano. *MPIL Research Paper Series*, n. 11, 2020. p. 11-13.

³⁵ CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. Judicial activism in a violent context: the origin, role, and impact of the Colombian Constitutional Court. *Washington University Global Studies Law Review*, v. 3, n. esp., 2004. p. 534 e ss.

Consoante Rodolfo Arango, o constitucionalismo transformador colombiano busca a mudança da realidade política e social, para a criação das condições necessárias para a consolidação da democracia e do Estado de Direito, por meio de um projeto político de longo prazo, que envolve a promulgação, interpretação e execução de medidas para transformar as instituições e as relações de poder. E essa abordagem concretiza-se de forma flexível e pragmática, sendo instrumentalizada por uma concepção de justiça constitucional como procedimento participativo e dialógico, que exige adoção de novas ferramentas metodológicas para o impedimento de atuações deficientes ou omissivas, que violem os direitos fundamentais de amplos setores da sociedade.³⁶

A atuação da Corte Constitucional da Colômbia, em relação à resolução de litígios estruturais, pauta-se em um modelo de “ativismo dialógico”, caracterizado pela promoção da cooperação e coordenação entre os atores governamentais e não governamentais afetados, possibilitando o debate público sobre a questão em julgamento e a construção conjunta das medidas estruturais necessárias à superação do quadro de inconstitucionalidade.³⁷ Dentre as novas técnicas processuais desenvolvidas por meio de ordens e procedimentos participativos, encontra-se a declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional”, que teve como principal expoente a paradigmática *sentencia T-025/2004*, sobre a situação de emergência humanitária dos deslocados internos (*desplazados*) pelo conflito armado colombiano.³⁸

A experiência do constitucionalismo transformador colombiano, relativo à resolução de litígios estruturais, migrou para jurisdições constitucionais de outros países da América Latina, encontrando ressonância em julgados no Peru³⁹, Argentina⁴⁰ e Costa Rica⁴¹. Em relação ao Brasil, houve, em 2015, o “empréstimo constitucional”⁴² do mecanismo procedimental adotado pela Corte Constitucional colombiana em litígios estruturais, a partir da declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional” (ECI) do sistema carcerário pátrio, pelo Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347, ainda pendente de julgamento de mérito.⁴³ Além disso, mais recentemente e, mesmo sem ter se utilizado da técnica do ECI, o STF adotou, claramente, uma forma de intervenção judicial de viés estrutural na ADPF 635/2020, que discute as graves lesões a preceitos fundamentais praticadas pelo Estado do Rio de Janeiro na elaboração e na implementação de sua política de segurança pública; na ADPF 742/2020, sobre o enfrenta-

³⁶ ARANGO, Rodolfo. Fundamentos del Ius Constitutionale Commune en América Latina: derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional. In: FIERRO, Héctor Fix; VON BOGDANDY, Armin; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). *Ius Constitutionale Commune em América Latina*: rasgos, potencialidades y desafíos. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014. p. 34-35.

³⁷ RODRÍGUEZ GARAVITO, César. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica*: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. p. 235-237.

³⁸ RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Cortes y Cambio Social*: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010.

³⁹ Sobre o tema, ver: VÁSQUEZ ARMAS, Renato. La técnica de declaración del “Estado de cosas Inconstitucional”: fundamentos y análisis de su aplicación por el Tribunal Constitucional Peruano. *Ius et Veritas*, v. 41, p. 128-147, 2010. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12114/12680>. Acesso em: 29 maio 2021.

⁴⁰ Sobre o tema, ver: DELGADO RODRÍGUEZ, Camilo A. *Discutamos*: la intervención judicial em las políticas públicas em el marco de los casos estructurales de vulneración de derechos sociales: análisis de caso Argentina, Colombia e India. 2017. Dissertação (Mestrado) – Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia, 2017.

⁴¹ Sobre o tema, ver: MIRANDA BONILLA, Haideer. Las sentencias estructurales em la actuación de la Sala Constitucional de Costa Rica. *Revista IUS Doctrina*, v. 11, n. 2, 2018. Disponível em: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/35777/36506>. Acesso em: 29 maio 2021.

⁴² Nesse passo, utiliza-se o conceito de Virgílio Afonso da Silva, no sentido da migração (ou “empréstimo”) de ideias constitucionais, que propicia a integração horizontal entre ordens jurídicas nacionais, por meio do diálogo entre tribunais, ou seja, do livre câmbio de experiências, ideias, teorias. SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 519-524.

⁴³ Sobre o tema, ver: VAN DER BROOCKE, Bianca M. Schneider; KOZICKI, Katya. A ADPF 347 e o “Estado de Coisas Inconstitucional”: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 53, p. 148-181, jul./dez. 2018.

mento da pandemia de COVID-19 no que concerne à população quilombola; e, na ADPF 709/2020, sobre a proteção de povos indígenas em face da pandemia, objeto do presente estudo.

Nas últimas três décadas, verifica-se uma maior interação horizontal entre os países da região, considerando-se a sua ampla convergência normativa em torno dos princípios basilares do Direito Internacional dos Direitos Humanos e o substrato comum trazido pelos desafios provenientes da desigualdade política e social, da pobreza e do subdesenvolvimento. Esse diálogo regional abarca as experiências locais relacionadas à aplicação das disposições constitucionais, tomando-as como fonte de inspiração e legitimação para a jurisprudência e doutrinas políticas e legais.⁴⁴

Com enfoque nessas expressões de transnacionalização do direito constitucional, atualmente, na América Latina, o constitucionalismo transformador está atrelado à proposta do *Ius Constitutionale Commune*⁴⁵ na medida em que a realidade social marcada pela exclusão e pela desigualdade social clamam pela efetividade das normas de direitos humanos, bem como por uma democracia social. Nesse *Ius Commune*, entrelaçam-se os sistemas jurídicos nacionais ao sistema interamericano de direitos humanos com base no vetor material marcado pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a fim de criar uma rede de atores — juristas, juízes, sociedade civil — que trabalham, argumentativamente, com o escopo de viabilizar as demandas por respeito aos direitos humanos, à democracia e ao Estado de Direito.⁴⁶

Partindo da premissa de um constitucionalismo multinível em que os Estados aderem a sistemas internacionais, a atuação dos magistrados se dá em forma de uma rede⁴⁷, em que sentenças produzidas nas esferas nacionais dialogam com a jurisprudência produzida pelas cortes constitucionais de outros Estados do sistema, assim como com aquela produzida pela Corte Interamericana. Os órgãos jurisdicionais nacionais e regionais mantêm sua esfera de competência no enfrentamento da violação de direitos humanos, mas cooperam entre si pela via dos diálogos judiciais, pois devem estar pautados por um sentido material comum (um conjunto plural de normas constitucionais e regionais efetivadas para produzir inclusão social).

Os diálogos judiciais são interações entre cortes de distintas jurisdições por meio das quais trocam fundamentos e razões de decidir dirigidas à interpretação e aplicação das normas de direitos humanos.⁴⁸ Esses diálogos cumprem uma função essencial em ambientes de pluralismo jurídico como os sistemas constitucionais multinível, pois viabilizam a harmonização do sistema em torno de *standards* comuns, sem aniquilar particularidades nacionais.⁴⁹ Nessa perspectiva, técnicas decisórias que contribuem para o constitucionalismo transformador, como os mecanismos procedimentais inovadores desenvolvidos para a resolução de litígios estruturais, podem ser comunicadas pelos diálogos judiciais e adaptadas segundo o sistema constitucional de cada Estado.

⁴⁴ GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. Transformative constitutionalism in Latin America: a dialogic route to utopia?. *Iconnect Blog*, apr. 13, 2018. Disponível em: <http://www.icconnectblog.com/2018/04/transformativo-constitucionalismo-em-latino-america-a-dialogo-route-to-utopia/>. Acesso em: 21 maio 2021.

⁴⁵ BOGDANDY, Armin von, et. Al. *Ius Constitutionale Commune en America Latina: Observations on Transformative Constitutionalism*. In: BOGDANDY, Armin von; et. al. (ed.) *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 27-48.

⁴⁶ VON BOGDANDY, Armin et al. *Ius Constitutionale Commune en America Latina: observations on transformative constitutionalism*. In: VON BOGDANDY, Armin et al. (ed.) *Transformative constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 27-48. p. 28-30.

⁴⁷ Sobre definição de constitucionalismo em rede, ver MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer?. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 253-285, 2019. p. 262. No caso brasileiro, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos tem o status de norma supralegal, não integrando formalmente o bloco de constitucionalidade. Todavia, suas normas se encontram acima das normas infraconstitucionais, justificando um controle de convencionalidade, a fim de verificar uma compatibilização no sistema jurídico nacional, assim como devem orientar a interpretação e aplicação das normas constitucionais.

⁴⁸ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Pluralismo no Ius Constitutionale Commune latino-americano: diálogos judiciais sobre direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 43.

⁴⁹ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos na construção dialogada do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2 p. 302-363, 2019. p. 314 e ss.

No *Ius Constitutionale Commune* latino-americano, em que os Estados aderem à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), os diálogos judiciais têm uma vinculação mitigada. Assim, esses Estados, dentre os quais o Brasil⁵⁰, devem considerar a jurisprudência produzida por essa corte a fim de contribuir para o ideal comum de inclusão e democracia social, o que não significa aplicação automática dos precedentes interamericanos, mas uma articulação argumentativa com as orientações neles trazidas, sempre que o quadro fático e jurídico for compatível.⁵¹ Trata-se da eficácia *res judicata* das decisões interamericanas que gera, para as jurisdições nacionais, o dever de considerar suas sentenças como elemento do *corpus iuris* interamericano, orientando a compatibilização do seu conteúdo com as normas domésticas.⁵²

A construção desses *standards*, assim, não é obra singular da corte regional, mas deve resultar de um diálogo que permita colher das experiências nacionais soluções relevantes a serem consideradas por todas as cortes do sistema.⁵³ O afastamento das barreiras que impedem a realização dos direitos é um aprendizado conjunto a ser feito por todas as cortes em regime de cooperação. E as cortes nacionais somente têm a ganhar com o diálogo com a corte interamericana: “o uso do direito regional e dos precedentes da Corte Interamericana por cortes nacionais via e regra fortalece sua independência frente a pressões internas e permite a consolidação dos mecanismos de freios e contrapesos inerentes aos regimes democráticos”.⁵⁴

Nessa prática se revela a cooperação que deve pautar os diálogos judiciais no âmbito interamericano: trocas argumentativas entre as jurisdições nacionais e regional, informadas por uma cortesia judicial que reconhece, nos atores dos distintos níveis do sistema, interlocutores importantes. No lugar de autoridades finais sobre a interpretação das normas de direitos humanos, uma abertura para considerações discursivas a respeito da norma mais favorável e espaço para eventuais críticas.⁵⁵ A ideia é gerar cooperação para uma construção dialógica de *standards* de direitos humanos de modo que o emprego de litígios estruturais se torna objeto de uma estratégia a ser dialogada.

Mais além, essa cooperação se materializa na própria dinâmica do Princípio da Subsidiariedade, que pauta as relações entre Estados e órgãos regionais no ICCAL. Segundo a subsidiariedade em um viés cooperativo⁵⁶, as sentenças nacionais decidem sobre direitos humanos de responsabilidade do Estado, a fim fomentar

⁵⁰ Brasil aderiu à Convenção Americana sobre Direitos Humanos pela via do Decreto n. 678/1992, e reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana a partir de 1998 pela via do Decreto n. 4463/2002. BRASIL. *Decreto n. 678 de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. BRASIL. *Decreto n. 4463 de 8 de novembro de 2002*. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969.

⁵¹ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Pluralismo no Ius Constitutionale Commune latino-americano: diálogos judiciais sobre direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 68.

⁵² MAC-GREGOR, E. Ferrer. Hacia la formación jurisprudencial interamericana de un *Ius Constitutionale Commune* Americanum: eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay). In: VON BOGDANDY, Armin; FIX-FERRO, Héctor; ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*. México: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2014. p. 350.

⁵³ Além dos diálogos entre cortes nacionais e a corte regional, considerados verticais por Anne-Marie Slaughter, verificam-se também diálogos horizontais espontâneos entre as cortes nacionais. É possível, ainda, haver uma triangularização em que um entendimento proveniente de uma corte nacional influencia uma sentença regional, que por sua vez poderá influenciar outras decisões nacionais, de outros Estados. SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transnational adjudication. *University of Richmond Law Review*, n. 29, p. 99-137, 1994. Disponível em: <http://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol29/iss1/6>. Acesso em: 16 maio 2021.; OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Pluralismo no Ius Constitutionale Commune latino-americano: diálogos judiciais sobre direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 59.

⁵⁴ RODILLES, Alejandro. The law and politics of the pro persona principle in Latin America. In: VON BOGDANDY, Armin *et al.* (ed.). *Transformative constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 153-174. p. 154.

⁵⁵ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Pluralismo no Ius Constitutionale Commune latino-americano: diálogos judiciais sobre direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 170-171.

⁵⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes; FACHIN, Melina Girardi. Diálogo judicial cooperativo en el *Ius Constitutionale Commune* para la defensa de los derechos humanos. In: ROA, Jorge Ernesto Roa; OLSEN, Ana Carolina Lopes (org.). *La democracia y los derechos humanos bajo amenaza: defensas dialógicas*. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2021. p. 15-51.

uma solução capaz de prevenir ou sanar violações e reparar integralmente os danos. Quando perduram as violações e o Estado não se desincumbe de sua responsabilidade como ator na linha de frente para a proteção e a promoção dos direitos, entram em cena, em regime subsidiário, os órgãos interamericanos.

Nesse contexto, tem se destacado o papel ativo que a Corte IDH vem assumindo em relação à solução de controvérsias de ordem pública que interferem no exercício dos direitos humanos, convertendo-se em uma verdadeira “*hacedora de políticas públicas*”.⁵⁷ E um dos grupos sociais mais vulneráveis nos diversos países da região, que tem sofrido com a violação reiterada e sistemática de direitos em nível nacional, decorrente da inércia ou inadequação do agir estatal e institucional para a concretização de políticas públicas que lhe protejam e favoreçam, de forma ainda mais premente na atual pandemia de COVID-19, são os povos indígenas.

3 A proteção dos povos indígenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Com base na compreensão dos litígios estruturais como uma ferramenta para avançarem os compromissos constitucional e convencionalmente assumidos pelos Estados latino-americanos, esta seção apresenta num primeiro momento, como a Corte IDH tem empregado essa ferramenta, notadamente pela via dos mecanismos de cumprimento de decisões estruturais. No segundo tópico, o estudo foca na análise dos litígios estruturais para a proteção dos direitos de povos indígenas na região, demonstrando como a comunidade jurisdicional interamericana (tanto regional quanto nacional) tem enfrentado a matéria, a fim de ressaltar a relevância dos diálogos judiciais para uma construção jurisprudencial cooperativa.

3.1 Litígios Estruturais e o Papel Transformador da Corte IDH

Em inúmeras oportunidades, a Corte IDH tem ordenado a implementação de políticas públicas por meio de ordens estruturais, com o intuito de garantir o gozo efetivo dos direitos consagrados no *Pacto de San José da Costa Rica*, desempenhando um novo papel que vai além do seu mandato original de interpretar as normas de direitos humanos e definir a sua aplicação aos casos concretos. Como explica Alexandra Huneus, a partir dos anos 2000, essa Corte passou a desenvolver um sistema de revisão judicial que enfatiza “*the leadership of judges alongside active participation by victims and the non-governmental organization that represent them*”,⁵⁸ em demandas envolvendo reformas estruturais em Estados com déficit democrático e institucional.

Segundo a autora, com a virada do milênio, as decisões desse tribunal internacional abandonaram o modelo declaratório e começaram a ordenar não apenas remédios destinados a compensar as vítimas, mas também garantias de não repetição a fim de promover uma mudança na estrutura do Estado, para que a situação que originou a violação de direitos humanos não voltasse a ocorrer.⁵⁹ Nesse intuito, a Corte passou a emitir medidas judiciais que, explicitamente, demandam reformas em políticas governamentais e instituições disfuncionais, passando a supervisionar a sua implementação.

⁵⁷ GUTIÉRREZ BELTRÁN, Andrés M. *El amparo estructural de los derechos*. 2016. Tese (Doutorado em Direito e Ciência Política) – Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2016. p. 104.

⁵⁸ HUNEEUS, Alexandra. Reforming the State from Afar: structural reform litigation at the human rights courts. *Yale Journal of International Law*, v. 40, n. 1, p. 2-40, 2015. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/4d5f/bed8fa90823b85873b7941a451aef66ac49.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p. 05.

⁵⁹ HUNEEUS, Alexandra. Reforming the State from Afar: structural reform litigation at the human rights courts. *Yale Journal of International Law*, v. 40, n. 1, p. 2-40, 2015. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/4d5f/bed8fa90823b85873b7941a451aef66ac49.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p. 8-10.

Desde então, a Corte IDH assume uma função transformadora,⁶⁰ que tem, no litígio estrutural, uma importante ferramenta, notadamente em casos relacionados à proteção de grupos sociais vulneráveis como indígenas. A Corte vai além de julgar violações de direitos humanos no passado para buscar evitar que situações presentes de violação perdurem ou se agravem, buscando, inclusive, reverter padrões sistemáticos ou superar deficiências institucionais.⁶¹ Esse “mandato transformador” decorre, segundo Bogdandy, do próprio papel assinalado à Corte pela Convenção Americana, que prevê competência para exarar sentenças obrigatórias a fim de cobrar dos Estados a efetivação do compromisso previsto nos artigos 1.1 e 2 de adotar medidas aptas a realizar direitos humanos.⁶²

No caso da discriminação estrutural histórica de que têm sido vítimas os povos indígenas na América Latina⁶³, o papel transformador da Corte se mostra especialmente relevante. Ainda que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Protocolo de San Salvador tenham sido tímidos em relação à proteção de direitos específicos desses grupos vulneráveis, a Corte encontrou na interpretação evolutiva e integradora desses documentos o espaço para articular sua implementação em conjunto com outros tratados de que os Estados partes no sistema são signatários,⁶⁴ notadamente a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho.⁶⁵

Ao julgar os casos de violência aos direitos de povos indígenas apresentados pela Comissão, a Corte IDH passou a atuar, de forma estratégica e transformadora, veiculando-os no formato de litígios estruturais. Isso se verifica (i) na transcendência necessária ao enfrentamento do caso abrangendo uma coletividade ou até um número indeterminado de pessoas, (ii) na fixação de medidas de reparação integral não repetição,

⁶⁰ PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: context, challenges and perspectives*. In: VON BOGDANDY, Armin *et al.* (ed.). *Transformative constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 49-65. Ainda OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos na construção dialogada do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2 p. 302-363, 2019. p. 318.

⁶¹ ABRAMOVICH, Víctor. De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Sur: Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 6, n. 11, p. 6-39, 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000200002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 maio 2021. p. 27.

⁶² VON BOGDANDY, Armin. O mandato transformador do Sistema Interamericano: legalidade e legitimidade de um processo jurígenico extraordinário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 232-252, 2019.

⁶³ Essa discriminação decorre de graves mazelas das sociedades latino-americanas: miséria profunda, violência étnico-racial muitas vezes deixada impune, dificuldade de acesso à justiça e aos canais políticos, perseguição pelos agentes públicos quando protestam e se insurgem, vulnerabilidade diante de investimentos econômicos privados e exploração ambiental. GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Judicialización de la discriminación estructural contra pueblos indígenas y afrodescendientes en América Latina: conceptualización y tipología de un diálogo interamericano. In: VON BOGDANDY, Armin; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law, 2017. p. 336. ABRAMOVICH, Víctor. De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Sur: Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 6, n. 11, p. 6-39, 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000200002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 maio 2021. p. 16-17.

⁶⁴ O fundamento para esta prática é deduzido do princípio da boa fé na interpretação dos tratados, bem como a previsão da possibilidade de serem levados em consideração para a interpretação dessas normas outros tratados conexos a que tenham aderido o Estado (artigo 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados) assim como a proibição de aplicar parâmetros internos menos protetivos que aquelas previstas em outros tratados de direitos humanos de que o Estado seja parte (artigo 29.b da Convenção Americana). GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Judicialización de la discriminación estructural contra pueblos indígenas y afrodescendientes en América Latina: conceptualización y tipología de un diálogo interamericano. In: VON BOGDANDY, Armin; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law, 2017. p. 339-340.

⁶⁵ O caso paradigma foi *Awas Tingni vs. Nicarágua*, de 2001: “*Todo esto forma parte de la cosmovisión indígena que en la actualidad está siendo recogida por el derecho positivo y se está construyendo un derecho internacional indígena. Lo comprenden los Trabajos de las Naciones Unidas, en el Proyecto de Declaración de los Derechos de los Indígenas, lo comprende la Organización de Estados Americanos, en el Proyecto de Derechos Indígenas, lo recoge la Organización Internacional del Trabajo, en el Convenio 169. [...] El Convenio de la OIT los recoge en forma general e impone el reto de traducir estas normas en reglamentaciones a nivel nacional para que sean efectivas*”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79. p. 26-27.

abrangendo a criação/extinção/modificação de normas jurídicas, implementação de políticas públicas e treinamento de agentes, e ainda (iii) na ampla deliberação com vítimas e agentes estatais nos procedimentos de cumprimento de sentença.⁶⁶

Segundo o primeiro aspecto, observa-se que, mesmo em se tratando de casos envolvendo uma vítima individualizada, a decisão surte efeitos para além das partes envolvidas. Um exemplo refere-se ao caso *Germán Escué Zapata vs. Colômbia*, sobre a morte violenta de um líder indígena por forças paramilitares, em que a Corte IDH determinou que o Estado colombiano doasse verbas para a formação de um fundo comunitário, a ser batizado com o nome da vítima, cabendo à comunidade indígena aplicar esses valores em obras e serviços de seu interesse, conforme seus usos, costumes e tradições.⁶⁷

O segundo elemento diz respeito às determinações de reparação integral e as garantias de não repetição. Na perspectiva da reparação integral, a composição dos danos sofridos pela vítima implica mais que o pagamento de indenizações pecuniárias para abarcar, igualmente, medidas de outras naturezas, capazes de fazer frente aos problemas estruturais que geram as violações. Dentre essas medidas se enquadram a restituição de direitos, a reabilitação das vítimas afetadas, atos simbólicos capazes de reparar o sofrimento imaterial das vítimas, obrigações de investigar e punir os responsáveis.

As garantias de não repetição, por sua vez, são encontradas em mais da metade das sentenças interamericanas desde 2015,⁶⁸ evidenciando o potencial transformador dos provimentos da Corte. Trata-se de medidas endereçadas às causas estruturais que desencadearam as violações de direitos, podendo abarcar treinamento de agentes estatais, criação, modificação ou extinção de leis, dentre tantas outras⁶⁹ e gerar efeitos para terceiros não identificados especificamente no processo.⁷⁰

Observando a tutela de direitos indígenas, um caso paradigmático foi *Plan de Sánchez vs Guatemala*, de 2004, no qual forças do exército, auxiliadas por grupos paramilitares, massacraram cerca de 250 pessoas da comunidade indígena Achi-Maia. A gravidade da situação, aliada à inoperância do Estado, motivou a Corte IDH a determinar, para além da obrigação de investigar e punir os responsáveis bem como indenizar as vítimas, a criação e implementação de um programa de moradia para as vítimas e seus familiares e programas educacionais destinados à preservação do idioma e da cultura Achi-Maia.⁷¹

Finalmente, o terceiro ponto diz respeito ao procedimento de cumprimento da sentença. Nele, a Corte IDH tem acesso às instituições nacionais como Defensorias Públicas, Ministério Público, Organizações Não Governamentais e membros da sociedade civil, além de representantes do Estado. No procedimento de cumprimento de sentença, previsto no artigo 69.1 do Regulamento Interno da Corte, o Estado presta contas dos avanços e dificuldades para a implementação das medidas definidas na sentença, em um processo dialógico que conta com a participação dos representantes das vítimas e da Comissão Interamericana de

⁶⁶ HUNEEUS, Alexandra. Reforming the State from Afar: structural reform litigation at the human rights courts. *Yale Journal of International Law*, v. 40, n. 1, p. 2-40, 2015. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/4d5f/bed8fa90823b85873b7941a451aef66ac49.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p. 13-14.

⁶⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Escué Zapata Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165. parágrafo n. 168.

⁶⁸ LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina; HURTADO, Mónica. Las garantías de no repetición en la práctica judicial interamericana y su potencial impacto en la generación del derecho nacional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 149, p. 725-775, 2017. p. 729.

⁶⁹ SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo. Algunas reflexiones em cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: VON BOGDANDY, Armin; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Ius Constitutionale Commune em América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law, 2017. p. 464-470.

⁷⁰ LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina; HURTADO, Mónica. Las garantías de no repetición en la práctica judicial interamericana y su potencial impacto en la generación del derecho nacional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 149, p. 725-775, 2017. p. 731.

⁷¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C n. 116. parágrafos 90-111.

Direitos Humanos (CIDH). Nesse processo se viabiliza o acesso às informações da realidade nacional e a Corte assume um papel articulador entre as partes a fim de que as medidas de reparação e não repetição sejam implementadas.

Nessa fase, verifica-se o incremento da legitimidade transformadora da Corte, na medida em que ela congrega os possíveis afetados pela decisão por meio de diálogos inclusivos, propiciando que eles definam um plano de ação possível de ser implementado. É na mescla de “*hard*” e “*soft power*” que a vocação transformadora da Corte se revela, logrando desestabilizar bloqueios e dificuldades de comunicação que comprometem as reformas.⁷²

3.2 Perspectivas de diálogo judicial na proteção dos povos indígenas

A proteção dos direitos das populações indígenas tem se efetivado pela via de litígios estruturais na sede da Corte IDH, mas também nas jurisdições nacionais, o que pode viabilizar um diálogo horizontal⁷³ entre as cortes para trocas de experiências.

Um caso emblemático foi a sentença T-302 adotada pela Corte Constitucional da Colômbia em 2017, que declarou o “Estado de Coisas Inconstitucional” em relação às condições de vida ao povo indígena *Wayúu*, residente no *Departamento de La Guajira*. Nesse caso, a Corte Constitucional constatou, por meio de informações, documentos e visita *in loco*, uma violação generalizada, injustificada e desproporcional dos direitos fundamentais à água potável, à alimentação e segurança alimentar e à saúde das crianças desse povoado, causada por várias razões, dentre as quais se destacam falhas estruturais dos poderes públicos nacional e local.

Em dezembro de 2015, a CIDH já havia exarado uma resolução contendo medidas cautelares, que solicitava à Colômbia adotar as providências necessárias para preservar a vida e a integridade pessoal das crianças e adolescentes de comunidades do povo *Wayúu*.⁷⁴ Contudo, o Poder Executivo não deu cumprimento, de maneira efetiva e com a urgência requerida, às medidas ditadas pela CIDH. Além disso, crianças e adolescentes continuaram morrendo por desnutrição e falta de água potável, o que levou à judicialização da questão a nível nacional.

O remédio judicial apresentado pela Corte Constitucional na T-302/2017 determinou que fossem tomadas as medidas estruturais adequadas e necessárias para a construção participativa e deliberativa de uma política pública que respeitasse os parâmetros mínimos constitucionais aplicáveis, para a garantia dos direitos das crianças do povo *Wayúu*, de acordo com o cronograma de prazos por ela estipulados. Para tanto, a Corte definiu quais autoridades públicas teriam o encargo de apresentar um plano para superar o ECI, contendo a formulação, execução e avaliação da política pública da qual depende o gozo dos direitos tutelados; estabeleceu a necessidade de participação das autoridades indígenas e das organizações não governamentais envolvidas com a proteção dessa população; bem como definiu quais entidades deveriam fazer o monitoramento da execução dessas medidas.

Os parâmetros de processo e de resultado a serem levados em conta para a feitura do Plano foram expressamente assinalados na própria *sentencia* T-302/2017. Ademais, foi delegada ao Juízo de Primeira Instância a competência para a supervisão judicial do cumprimento das ordens estruturais emitidas na sen-

⁷² HUNEEUS, Alexandra. Reforming the State from Afar: structural reform litigation at the human rights courts. *Yale Journal of International Law*, v. 40, n. 1, p. 2-40, 2015. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/4d5f/bed8fa90823b85873b7941a451aacf66ac49.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p. 34-35.

⁷³ SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transnational adjudication. *University of Richmond Law Review*, n. 29, p. 99-137, 1994. Disponível em: <http://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol29/iss1/6>. Acesso em: 16 maio 2021.

⁷⁴ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Resolução n. 60 de 11 de dezembro de 2015*. Medidas Cautelares n. 51/15. Asunto niñas, niños y adolescentes de las comunidades de Uribia, Manaure, Riohacha y Maicao del Pueblo Watúu, asentados em el departamento de La Guarija, respecto de Colombia.

tença, reservando-se à Corte Constitucional a possibilidade de assumir a supervisão e de solucionar qualquer controvérsia gerada em relação à interpretação da sua decisão e sua forma de execução.

Também a respeito da proteção dos direitos de povos indígenas, em demandas envolvendo reformas estruturais de políticas públicas, a atuação da Corte IDH se pauta pela atuação dialógica dos juizes, que incentivam a participação e a deliberação. Há o monitoramento da execução da decisão por meio de *compliance reports*, formulados parte pelo Estado e acrescidos de informações prestadas pelas vítimas ou organização que as representem e pela CIDH, bem como mediante *closed hearings*, que contam com a participação das partes, num diálogo contínuo a fim de alcançar superação do quadro de desconformidade institucional.⁷⁵ Nessas audiências, consoante ressalta Huneeus:

[...] the judges play a role not of adjudication or policymaking but of mediators counseling the parties toward agreement. In these sessions, the judges leave the bench to sit around a table with the parties and, over the course of the session, guide them towards a shared plan of action, which then becomes the guide for subsequent supervisions, and the subject of court enforcement.⁷⁶

Um exemplo desse tipo de abordagem foi o caso *Comunidad Moiwana v. Suriname* (2005), que envolveu o massacre de, pelo menos, trinta e nove membros de uma comunidade rural afro-indígena, patrocinado pelo Estado do Suriname, por causa da reivindicação de terras. Enquanto o caso estava sendo tratado no âmbito da CIDH, o foco era a falha estatal em processar e providenciar a devida compensação pelo crime. A atuação da Corte IDH, no entanto, também deu enfoque ao direito de propriedade desse povoado e suas condições sociais. Isso porque, após o massacre, os membros dessa comunidade indígena foram forçados a abandonar suas terras tradicionais e a tentar sobreviver em outro lugar, como deslocados internos ou como exilados na Guiana Francesa.⁷⁷

A Corte ordenou oito ações remediadoras ao Estado do Suriname, a fim de compensar e garantir a sobrevivência dos *Moiwana*: i) a investigação e punição dos crimes subjacentes; ii) encontrar e identificar os restos mortais das vítimas; iii) conceder à *Comunidad Moiwana* o título de propriedade coletiva de suas terras tradicionais; iv) garantir aos membros da comunidade acesso seguro caso eles optem por retornar às suas terras tradicionais; v) criar um fundo de desenvolvimento para reconstruir a propriedade da comunidade e fornecer serviços de saúde e educação; vi) emitir um pedido público de desculpas, (vii) criar um monumento público em memória do massacre; e (viii) fornecer reparações monetárias.⁷⁸

Consoante Huneeus, o caso *Moiwana* se qualifica como um litígio estrutural porque o julgamento desafia uma política governamental que se aplica a uma comunidade inteira, possibilita *injunctive relief* que ordena reformas ao Poder Público e envolve o Tribunal em uma supervisão de longo prazo dessas mudanças estruturais. Isso porque, em casos contenciosos como esse, após o julgamento, inicia-se a fase que a Corte passa a monitorar o cumprimento das suas determinações, por meio de informações fornecidas pelas três partes.⁷⁹ Depois de receber o autorrelatório do Estado sobre a implementação das medidas corretivas, a Corte ofe-

⁷⁵ HUNEEUS, Alexandra. Reforming the State from Afar: structural reform litigation at the human rights courts. *Yale Journal of International Law*, v. 40, n. 1, p. 2-40, 2015. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/4d5f/bed8fa90823b85873b7941a451aef66ac49.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p. 25-30.

⁷⁶ HUNEEUS, Alexandra. Reforming the State from Afar: structural reform litigation at the human rights courts. *Yale Journal of International Law*, v. 40, n. 1, p. 2-40, 2015. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/4d5f/bed8fa90823b85873b7941a451aef66ac49.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p. 31.

⁷⁷ HUNEEUS, Alexandra. Reforming the State from Afar: structural reform litigation at the human rights courts. *Yale Journal of International Law*, v. 40, n. 1, p. 2-40, 2015. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/4d5f/bed8fa90823b85873b7941a451aef66ac49.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p. 26.

⁷⁸ HUNEEUS, Alexandra. Reforming the State from Afar: structural reform litigation at the human rights courts. *Yale Journal of International Law*, v. 40, n. 1, p. 2-40, 2015. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/4d5f/bed8fa90823b85873b7941a451aef66ac49.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p. 27.

⁷⁹ Cumpre esclarecer que a pesquisa realizada por Alexandra Huneeus identificou 55 (cinquenta e cinco) casos de reforma estrutural na Corte Interamericana de Direitos Humanos até 2013. HUNEEUS, Alexandra. Reforming the State from Afar: structural reform litigation at the human rights courts. *Yale Journal of International Law*, v. 40, n. 1, p. 2-40, 2015. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/4d5f/bed8fa90823b85873b7941a451aef66ac49.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

rece aos representantes das vítimas e à CIDH a oportunidade de comentar e fornecer mais informações. A partir dessa informação, determina se o Estado cumpriu ou não cada uma das medidas reparatórias ordenadas na sentença original. Se o estado ainda não cumpriu totalmente, o Tribunal publica um relatório de conformidade indicando as medidas que, ainda, precisam ser tomadas. Tais relatórios não constituem, apenas, avaliações de conformidade, mas também guias de implementação. E, às vezes, a Corte IDH também conclui que não dispõe de informações suficientes para fazer uma avaliação e pede mais informações.⁸⁰

Em *Comunidad Moiwana v. Suriname*, a Corte IDH emitiu seu primeiro *compliance report* em 2007. O documento reuniu resumos das informações e comentários fornecidos por cada uma das três partes com a avaliação do Tribunal sobre o nível de cumprimento de cada ordem nessa reunião. Em 2009, a Corte emitiu um segundo relatório, observando que o Estado não havia fornecido as informações exigidas e convocando as partes para uma audiência privada na Costa Rica em janeiro de 2010. Após essa reunião, a Corte IDH emitiu o seu terceiro *compliance report*.

Essas audiências privadas se revelam como importantes espaços de participação das partes no diálogo em curso para o cumprimento das ordens estruturais, já que é o momento em que as três partes se reúnem com os juízes para conversar sobre a sua implementação. Além disso, nessas sessões, os juízes desempenham um papel não de adjudicação ou formulação de políticas, mas de mediadores, aconselhando as partes a chegarem a um acordo. Como aponta Huneeus, “*the judges leave the bench to sit around a table with the parties and, over the course of the session, guide them towards a shared plan of action, which then becomes the guide for subsequent supervisions, and the subject of court enforcement*”.⁸¹

Mais além, em três casos envolvendo comunidades indígenas do Paraguai, a Comunidade Yakye Axa (2005)⁸², Comunidade Indígena Sawhoyamaxa (2006)⁸³ e a Comunidade Xákmok Kásek (2010)⁸⁴, o processo de cumprimento de sentença permitiu que a Corte IDH adotasse uma conduta proativa para a verificação das medidas adotadas pelo Estado. Esses casos foram reunidos em virtude da similitude das obrigações designadas ao Estado, bem como do estado de abandono a que foram deixadas as vítimas, privadas de acesso a suas terras ancestrais, vivendo à beira de rodovias sem alimentação, água potável e condições dignas de moradia.

Passados vários anos das decisões de mérito, o inadimplemento perdurava. Assim, em 2016, a Corte IDH decidiu que caberia ao seu Secretario iniciar “*las gestiones dirigidas a coordinar con Paraguay la posibilidad de realizar una visita a dicho país con el fin de obtener información relevante y precisa para supervisar el cumplimiento de las medidas de reparación pendientes*”.⁸⁵

As visitas ocorreram em 2017, tendo se deslocado um magistrado da Corte IDH, o juiz Pazmiño Freire, e advogados do departamento de cumprimento de sentenças interamericanas, para se encontrar com repre-

⁸⁰ HUNEEUS, Alexandra. Reforming the State from Afar: structural reform litigation at the human rights courts. *Yale Journal of International Law*, v. 40, n. 1, p. 2-40, 2015. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/4d5f/bed8fa90823b85873b7941a451aef66ac49.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p. 28.

⁸¹ HUNEEUS, Alexandra. Reforming the State from Afar: structural reform litigation at the human rights courts. *Yale Journal of International Law*, v. 40, n. 1, p. 2-40, 2015. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/4d5f/bed8fa90823b85873b7941a451aef66ac49.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021. p. 31.

⁸² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

⁸³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C-146.

⁸⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.

⁸⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Resolución del Presidente de 1 de septiembre de 2016*. Casos de las Comunidades Indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaxa y Xákmok Kásek vs. Paraguay. Supervisión de cumplimiento de sentencias. Parágrafo 19.

sentantes do Estado (funcionários e ministros dos mais variados setores) e organizações não governamentais representantes das vítimas bem como cada uma das três comunidades indígenas envolvidas.⁸⁶

A própria Corte Constitucional paraguaia apoiou as diligências, declarando as reuniões de interesse nacional. Essas visitas permitiram à Corte constatar que as terras indígenas haviam sido desmatadas e parte das indenizações não haviam sido pagas. Todavia, o abastecimento das comunidades com alimentação, saneamento básico, serviços de saúde e fornecimento de água potável fora providenciado pelo Estado, representando um avanço significativo no cumprimento da sentença. Com relação às terras da Comunidade Xákmok Kásek, na supervisão que havia ocorrido em 2015 o Estado ainda não havia providenciado a demarcação integral das terras. Mas, tendo sido informado da visita a se realizar no ano de 2017, logrou assentar a Comunidade ao menos em parcela de suas terras originais.⁸⁷

É possível reconhecer que a visita presencial de integrantes da Corte nas terras em disputa, em conversa pessoal com as comunidades indígenas, serviu como impulso para as autoridades estatais implementarem as obrigações determinadas nas sentenças. O ambiente dialógico que se estabeleceu na oportunidade também foi importante para que todos os agentes estatais envolvidos se conscientizassem da importância de suas ações.

No que se refere à resolução de litígios estruturais no âmbito da Corte IDH, o ambiente de colaboração e diálogo para a construção de soluções consensuais é relevante para o desfecho do caso, com a implementação das medidas efetivamente transformadoras. Como observa Abramovich,

a autoridade das decisões e da jurisprudência dos órgãos do Sistema depende em parte da legitimidade social alcançada e da existência de uma comunidade de atores interessados que acompanha e difunde seus parâmetros e decisões. Não se trata de incidir por meio de força coativa, da qual carece, mas de uma força persuasiva que deve construir e preservar.⁸⁸

Referidos casos, ainda, se tornam de especial relevância para um diálogo horizontal com as Cortes nacionais que, assim como o STF, precisam enfrentar a proteção das tribos indígenas na medida em que avançam na tutela dos direitos sociais desses grupos como alimentação, água potável⁸⁹ e acesso à saúde.⁹⁰ Especialmente para as populações vulneráveis como os indígenas, distantes de serviços de atendimento à saúde e, muitas vezes, com saúde mais frágil para o enfrentamento de viroses e outras doenças⁹¹, a garantia

⁸⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Casos de las Comunidades Indígenas Yakey Axa, Sawboyamaxa y Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de agosto de 2017.

⁸⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de mayo de 2019.

⁸⁸ ABRAMOVICH, Víctor. De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Sur: Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 6, n. 11, p. 6-39, 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000200002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 maio 2021. p. 23.

⁸⁹ A partir do caso *Lhaka Honhat vs. Argentina* (2020) ficou determinado que cabe aos Estados prover “uma quantia adequada de água potável para evitar a morte por desidratação, reduzir os riscos de doenças, bem como proporcionar o consumo, a alimentação, e requisitos de higiene pessoais e domésticos.” ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia; IGNÁCIO, Renata Rossi. Covid-19 e direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA): impacto dos padrões interamericanos. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 11, n. 1, p. 59-90, jan./abr. 2020. p. 77.

⁹⁰ Em 2016 os Estados membros da OEA haviam firmado a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, a qual reconhece no artigo XVIII, o direito à saúde desses povos, segundo seus usos e costumes, a ser protegido e garantido pelo Estado. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas*, aprovada pela Assembleia Geral em 15 de junho de 2016. Disponível em: https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf. Acesso em: 17 maio 2021.

⁹¹ Em Informe sobre situação dos direitos dos povos indígenas da Panzamazônia, a Comissão Interamericana observou que o povo ianomâmi correu grave risco de ser dizimado por um surto de sarampo na região em 2019. COMISSION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas y Tribales de la Panzamazônia*. Aprobado el 29 de septiembre de 2019. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Panamazonia2019.pdf>. Acesso em: 18 maio 2021. p. 85, parágrafo 153.

de tais direitos fundamentais prestacionais se torna imperativa. No caso da atual pandemia de COVID-19, salva vidas.

De fato, há um alinhamento não declarado, mas perceptível, da jurisdição interamericana com a jurisprudência mais progressista de tribunais nacionais, como a Corte Constitucional da Colômbia. E o STF não fica de fora desse ambiente de integração. Embora a passos lentos, a atuação da corte tem se voltado para a tutela de direitos fundamentais, especialmente de minorias, tendo em vista o seu *déficit* de representação política. E, no atual momento de erosão democrática que o Brasil vivencia, a abertura da pauta desse tribunal para a agenda da proteção dos povos indígenas, mediante o processo e julgamento do litígio estrutural contido na ADPF/709, tem o condão de representar a assunção de um papel transformador.

4 A ADPF 709 e o (possível) papel transformador do STF para a proteção dos povos indígenas em face da pandemia de Covid-19

No caso da proteção das populações indígenas diante da ameaça presente na pandemia de COVID-19, a atuação subsidiária do Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem se revelado presente nas denúncias que chegam ao conhecimento da CIDH.⁹² Até o momento, tem-se notícia de suas medidas cautelares em trâmite: Medida Cautelar 563/20 em favor da proteção dos povos indígenas Yanomami e Ye'kwana, que gerou a Resolução n. 35/2020⁹³, e a Medida Cautelar n. 754/20 em favor dos povos Guajajara e Awá, para a qual foi exarada a Resolução n. 1/2021.⁹⁴ As denúncias tratam do risco à saúde e à integridade física desses grupos indígenas em virtude da omissão do Estado no fornecimento de serviços de saúde adequados e proteção de seu território contra invasores não autorizados. As orientações fornecidas pela Comissão podem e devem contribuir para a elaboração de medidas pelos agentes públicos brasileiros a fim de proteger esses grupos vulneráveis.

As populações indígenas brasileiras têm sido tradicionalmente negligenciadas, como evidencia o Informe da CIDH sobre o Brasil, decorrente da visita realizada em 2018. Apesar dos avanços representados pelos marcos normativos da Constituição Federal de 1988, bem como a adesão à Convenção n. 169 da OIT, a Comissão percebeu o retrocesso nas políticas e normas de proteção dos territórios indígenas, flexibilizando o acesso a grupos privados com interesses econômicos, o enfraquecimento de instituições destinadas à proteção dos povos indígenas como a FUNAI, e a falta de investigação adequada e punição de responsáveis por violações de direitos. No tocante à saúde dos povos indígenas, mesmo sem ter previsto a pandemia de Covid-19, a CIDH já alertava para o Estado garantir o direito à saúde em coordenação com os povos indígenas e tribos, observando as práticas tradicionais em um enfoque intercultural.⁹⁵

Diante desse quadro, em 1º de julho de 2020, foi protocolizada perante o Supremo Tribunal Federal a ADPF 709, formulada com o apoio da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ

⁹² O ICCAL prima pela importância da atuação da sociedade civil na condução dos temas de direitos humanos à Comissão Interamericana, a qual tem sua atuação pautada no “victim centered approach”, em que as vítimas ocupam lugar central fundada no princípio da norma mais favorável e no incremento da dignidade humana. ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia; IGNÁCIO, Renata Rossi. Covid-19 e direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA): impacto dos padrões interamericanos. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 11, n. 1, p. 59-90, jan./abr. 2020. p. 65.

⁹³ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Resolução n. 35/2020, adotada na Medida Cautelar n. 563-20*. Publicada em 17 de julho de 2020. Membros dos Povos Indígenas Yanomami e Ye'kwana em relação ao Brasil. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2020/35-20MC563-20-BR.pdf>. Acesso em: 16 maio 2021.

⁹⁴ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Resolução n. 1/2021 adotada na Medida Cautelar No 754-20*. Membros dos Povos Indígenas Guajajara e Awá da Terra Indígena Araribóia em relação ao Brasil. Publicada em 14 de janeiro de 2021. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/1-21MC754-20-BR.pdf>. Acesso em: 16 maio 2021.

⁹⁵ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informe sobre situação de direitos humanos no Brasil*, de 12 fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Brasil2021-es.pdf>. Acesso em: 16 maio 2021. p. 29-35; 202.

e assinada, em conjunto, pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB e seis partidos políticos com representação no Congresso Nacional⁹⁶. As providências postuladas referem-se ao equacionamento de graves violações a preceitos fundamentais da Constituição Federal brasileira, relacionadas a um conjunto de atos comissivos e omissivos do Estado no combate à pandemia pelo novo coronavírus, que implicariam alto risco de contágio e de extermínio de diversos povos indígenas.

Tais comunidades, como argumentam os peticionários, reúnem componentes que as tornam mais predispostas ao vírus do que a população em geral, já que detêm maior vulnerabilidade imunológica por serem historicamente mais suscetíveis a doenças infectocontagiosas; sociocultural, visto que seu modo de vida tradicional é geralmente marcado por um intenso contato comunitário; e política, porque se tratam de grupos minoritários, sem voz e nem vez na arena política. E esse cenário de alto risco para os povos indígenas restou comprovado com base nos dados empíricos da APIB, em que se verifica que o índice de letalidade da COVID-19 entre os povos indígenas é de 9,6%, enquanto entre a população brasileira geral, é de 5,6%.

Nesse sentido, dentre os fundamentos apresentados para a arguição, encontra-se a referência à mencionada Resolução n. 01/2020 da CIDH, sobre “Pandemia e Direitos Humanos”, em que restou reconhecido que grupos em situação de especial vulnerabilidade, como os povos indígenas, sentem mais fortemente os impactos do vírus, dada a realidade desigual e de violência generalizada a que estão submetidos. Além disso, a petição faz menção à Declaração Conjunta expedida em maio pela CIDH e representantes das Nações Unidas para os direitos humanos na América do Sul, em que exortam os Estados da região a:

a respeitarem as medidas de auto-isolamento adotadas pelos povos indígenas — sejam elas tradicionais ou resultantes da pandemia, como os cordões sanitários —, bem como a fornecer-lhes material de proteção individual de maneira segura. Também é de extrema importância compartilhar com os povos indígenas informações culturalmente apropriadas e em seus próprios idiomas ou dialetos, que sejam verdadeiras e oportunas em relação à contingência

[...]

Numa etapa seguinte, as medidas de mitigação e recuperação de danos devem valorizar em seu projeto, implementação e avaliação as prioridades de desenvolvimento dos povos indígenas [...]. É especialmente importante que os Estados garantam processos de consulta prévia, livre e informada, culturalmente apropriados e de boa fé para os povos e comunidades indígenas sobre qualquer nova política de recuperação que possa afetar seus direitos e interesses legítimos.⁹⁷

Em decisão monocrática cautelar proferida em 09 de julho de 2020 e referendada em 05/08/2020,⁹⁸ o Min. Relator Roberto Barroso deixou clara a disposição para o diálogo com as decisões e os *standards* interamericanos.

Vale lembrar que pela via de um diálogo judicial cooperativo, as sentenças interamericanas comunicam ao Supremo Tribunal Federal os mecanismos utilizados pela Corte na proteção das populações indígenas, propiciando espaço de aprendizado e aprimoramento do emprego estratégico dos litígios estruturais. Mais além, a experiência nacional nessa seara, como no caso da ADPF n. 709, pode incrementar ou dimensionar os standards de proteção dos direitos dessas populações, assim como contribuir na formação de técnicas decisórias próprias dos litígios estruturais, em uma autêntica influência *bottom up* identificada por Góngora-Mera.⁹⁹ O diálogo entre as jurisdições tem um potencial transformador para destravar os bloqueios políticos e institucionais nos Estados, por meio da troca de expertises na outorga de direitos de desestabilização.

⁹⁶ Partido Socialista Brasileiro – PSB, Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, Partido Comunista do Brasil – PCdoB, Rede Sustentabilidade – REDE, Partido dos Trabalhadores – PT e Partido Democrático Trabalhista – PDT.

⁹⁷ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Declaração conjunta sobre a proteção do COVID-19 aos povos indígenas amazônicos*. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2020/126.asp>. Acesso em: 10 maio 2021.

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADPF 709, Min. Rel. Roberto Barroso, j. em 05.08.2020, DJe n. 244, de 07 out. 2020.

⁹⁹ GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Diálogo coevolutivo. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola; FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A. (coord.). *Diccionario de derecho procesal, constitucional y convencional*. 2. ed. México: Universidad

Com efeito, a decisão monocrática adotada na ADPF n. 709 determinou que fosse garantido aos indígenas a entrega de cestas alimentares, o acesso à água potável e ao saneamento, à vigilância e informação em saúde, bem como assistência integral e diferenciada de saúde em respeito à sua identidade cultural, a fim de fazer frente à escassez de recursos materiais e pessoais.¹⁰⁰ Ainda que não tenha feito menção expressa aos casos interamericanos analisados, fica evidente um diálogo judicial implícito com base na convergência de conteúdo.

Outro aspecto relevante — que revela atenção aos parâmetros do ICCAL de combate à exclusão social e de valorização da posição da vítima — pode se depreender do reconhecimento da legitimidade ativa da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB para propor a ADPF 709, na condição de “entidade de classe” de âmbito nacional (art. 13, inciso IX, da CF), não obstante a jurisprudência do tribunal já ter limitado, em momentos anteriores, essa configuração, apenas, àquelas entidades representativas de pessoas que desempenham a mesma atividade econômica ou profissional. A superação de tal interpretação restritiva tomou por base a ideia de abertura do controle de constitucionalidade concentrado às associações defensoras de direitos humanos, bem como a observância aos artigos 230 e 231 da Constituição, que asseguram aos indígenas a representação judicial direta de seus interesses e o respeito à sua organização social, crenças e tradições.

Também se verifica uma íntima conexão da decisão brasileira com os parâmetros interamericanos nas premissas que expressamente a fundamentaram: i) os princípios da precaução e da prevenção, no que respeita à proteção à vida e à saúde; ii) a necessidade de diálogo institucional entre o Judiciário e o Poder Executivo, em matéria de políticas públicas decorrentes da Constituição; e iii) a imprescindibilidade de diálogo intercultural, a respeito de questões que envolvam os direitos de povos indígenas.

A primeira diretriz integra a própria jurisprudência do STF, que pacificou o entendimento sobre a necessidade de as decisões judiciais se pautarem por tais princípios em casos que envolvem riscos ao direito à vida e à saúde. A respeito dos princípios da precaução e da prevenção, o Min. Relator levou em conta o risco iminente de extermínio em massa de povos indígenas em decorrência da expansão da pandemia por COVID-19. E, em tais circunstâncias, de alegação de risco ao direito à vida e à saúde, a jurisprudência do STF tem entendido que as decisões judiciais devem se pautar por tais princípios, ou seja, em caso de dúvida, devem ser adotadas as medidas mais protetivas de que se disponha e vedar aquelas cuja segurança seja incerta.¹⁰¹ No mesmo sentido, na Opinião Consultiva n. 23 de 2017, os princípios da prevenção e da precaução foram enunciados pela Corte IDH como determinantes da proteção dos direitos humanos dos povos indígenas, devendo os Estados zelar por um meio ambiente saudável, tendo em vista a necessidade de serem preservadas suas terras ancestrais para lhes garantir uma vida digna.¹⁰²

No que tange à segunda diretriz, ao estabelecer a necessidade de diálogo institucional, o Ministro Relator afirma que as medidas requeridas, por envolverem “a mobilização de múltiplas instituições e agentes, com expertise técnica e experiência em suas respectivas áreas de atuação”, demandam capacidades institucionais que o Supremo não detém. Além disso, compromete-se em buscar “tanto quanto possível, atuar como um *facilitador* de decisões e de medidas que idealmente devem envolver diálogos com o Poder Público e com os povos indígenas, sem se descuidar, contudo, dos princípios da precaução e da prevenção”. Nesse diapasão, a busca de uma solução consensual e dialogada para a superação de um quadro complexo de inércia ou ina-

Nacional Autónoma de México, 2014. p. 590-594.

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADPF 709, Min. Rel. Roberto Barroso, j. em 05.08.2020, DJe n. 244, de 07 out. 2020.

¹⁰¹ Nesse sentido: ADPFs 668 e 669, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 31.03.2020; ADI 5.592, rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 11.09.2019; ADI 4.066, rel. Min. Rosa Weber, j. 24.08.2017; RE 627.189, rel. Min. Dias Toffoli, j. 08.06.2016.

¹⁰² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, parágrafo 48.

dequação do agir estatal, relativo à concretização de políticas públicas para a proteção dos povos indígenas, revela a identificação de um litígio estrutural, bem como a opção por um procedimento de viés dialógico.

Por último, quanto à terceira diretriz, o reconhecimento da necessidade de participação dos povos indígenas a respeito da tomada de decisões que lhes afetem, demonstra o cumprimento à já mencionada Convenção n. 169, da OIT, vinculante para o Brasil, bem como *standard* já consolidado no *corpus iuris interamericano*.¹⁰³ A fim de possibilitar essa participação, a decisão cautelar reconheceu o direito à criação de uma “Sala de Situação” para a gestão da epidemia, em relação aos povos indígenas isolados e de recente contato, nos termos do previsto na Portaria Conjunta n. 4.094/2018, do Ministério da Saúde e da FUNAI. Com a missão de subsidiar a tomada de decisões, tal órgão deveria ser composto por representantes do Ministério Público Federal, da Defensoria Pública da União, de representantes indígenas indicados pela APIB, bem como das demais autoridades que a União entender pertinentes.

Além disso, ainda em observância ao contido nos artigos 1º, 1 e 2, 2º, 1 e 3º, 1 da Convenção n. 169 da OIT, foram deferidas medidas cautelares para a extensão do Subsistema Indígena de Saúde aos povos aldeados situados em terras não homologadas, bem como aos indígenas não aldeados (urbanos) sem condições de acesso ao SUS geral.

Se esse breve cotejo já demonstra a sintonia da decisão adotada pelo STF e a jurisprudência interamericana, mais precisamente a respeito do uso estratégico do litígio estrutural, é igualmente possível verificar o diálogo. A principal determinação contida no bojo da decisão proferida pelo STF em sede cautelar foi para que a União elaborasse e implementasse: i) um Plano de Barreiras Sanitárias para a proteção e promoção da saúde dos Povos Indígenas Isolados e de Recente; e ii) um Plano Geral de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas brasileiros. Ambos com a participação de entes públicos, do Conselho Nacional de Direitos Humanos, dos representantes das comunidades indígenas, bem como o apoio técnico da Fundação Oswaldo Cruz e do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva – ABRASCO, na condição de consultores *ad hoc*, para a construção de soluções de consenso. Estabeleceu-se que esse último plano deveria contemplar, inclusive, a avaliação da viabilidade de retirada de invasores de terras indígenas ou medidas alternativas à remoção, e o exame da viabilidade e eventual planejamento da expansão do atendimento do Subsistema de Saúde Indígena para indígenas não aldeados. E que a execução do plano deveria ser monitorada por todos os referidos atores governamentais e não governamentais, em conjunto.

Para a formulação do primeiro Plano, foi instalada a Sala de Situação, com a participação de representantes do governo, da ABRASCO, da FIOCRUZ, da APIB, da Procuradoria-Geral da República, da Defensoria-Geral da União, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e de um observador indicado pelo Min. Relator. Após apenas uma reunião não muito bem-sucedida, houve a apresentação de duas versões do Plano, com a intimação desses atores governamentais e não governamentais, em cada fase, para as devidas colocações, sugestões e complementações. Em sua análise, o Relator reconheceu que, além de ser genérico quanto às ações propostas, o Plano apresentado pela União se estendia, longamente, sobre ações passadas já realizadas, que não integravam seu objeto, dado que “o propósito da medida determinada em cautelar é a implementação de ações futuras, que contemplem as ações já realizadas ou em curso”.¹⁰⁴

Diante disso, foi aberto novo prazo para que o governo disponibilizasse informações e aperfeiçoasse o Plano. Ademais, foi determinada a criação de Grupo de Trabalho Técnico, integrado pelas equipes da ABRASCO e da FIOCRUZ e com base na coordenação do Juízo, voltado à produção de Termo de Referência, que delimite, objetivamente, os elementos que deveriam ser observados pelos planos e ações da União, de modo a fornecer subsídios para que o Relator possa decidir sobre a matéria com celeridade e objetividade.

¹⁰³ Recomendações n. 54 e 56 da Resolução 1/2020 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *ADPF 709*, Min. Rel. Roberto Barroso, j. em 05.08.2020, DJe n. 244, de 07 out. 2020.

Em 31 de agosto, o terceiro Plano de Barreiras Sanitárias, apresentado pela União, foi parcialmente homologado pelo STF, observados os ajustes de objeto, prazo e condições estabelecidos em sua decisão, sem prejuízo do seu aperfeiçoamento durante o curso da sua implementação. Como asseverou o Min. Relator, trata-se de processo judicial em que se busca

implementar medidas de altíssimo nível de complexidade, que demandam, como visto acima, detalhamento, atuação de diversos níveis federativos e um universo amplíssimo de órgãos e agentes estatais. Há, ainda, ao que tudo indica, uma situação de considerável precariedade das estruturas voltadas à tutela dos direitos dos povos indígenas, o que dificulta tais providências.

Contudo, o contexto pandêmico exige a tomada de medidas imediatas e concretas que salvem vidas. Nesse diapasão, foi determinada a reativação da Sala de Situação Nacional, que se encontrava inoperante, e o estabelecimento de reuniões com periodicidade fixa, compatível com a necessidade de responder à evolução da pandemia.¹⁰⁵

Em relação ao Plano Geral de Enfrentamento e Monitoramento da COVID-19 para Povos Indígenas, depois de apresentada uma primeira versão insuficiente, a União apresentou uma segunda versão, a qual foi submetida à análise e sugestões da ABRASCO, da FIOCRUZ, da APIB, da Procuradoria-Geral da República, da Defensoria-Geral da União e do CNJ. A nova versão, também, foi considerada insatisfatória, sendo-lhe negada homologação, por não traçar um plano com elementos concretos, critérios objetivos, metas, quantitativos, indicadores, cronograma de execução e resultados esperados, que impliquem a efetiva assunção de um compromisso pela União e permitam seu monitoramento pelo Juízo.

Diante disso, o Min. Roberto Barrosos determinou que, sem prejuízo da implementação imediata das medidas já determinadas, se produzisse uma nova proposta de Plano Geral, sob a coordenação do Ministério da Justiça e Segurança Pública, com a participação do Ministério da Saúde, da FUNAI e da SESAI, e sem prejuízo da participação do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, traçando as suas linhas gerais.¹⁰⁶

Ademais, a fim de possibilitar a troca de informações, o acompanhamento do avanço da pandemia e o ajuste e definição de novas ações, com a participação dos Povos Indígenas, foi determinada à União a convocação para nova reunião da Sala de Situação Nacional e que, a partir dessa reunião de retomada, as reuniões ordinárias observassem a periodicidade mínima quinzenal, conforme cronograma a ser igualmente apresentado pela União ao Juízo.

Em 26 de novembro de 2020, foi apresentada a terceira versão do Plano de Enfrentamento e Monitoramento da COVID-19 para Povos Indígenas e, após a avaliação pelos atores que atuam no processo, houve novamente a negativa à sua homologação, por persistirem deficiências essenciais à sua exequibilidade, efetividade e monitorabilidade. Contudo, diante da situação pandêmica que segue expondo a risco a saúde

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *ADPF 709*, Min. Rel. Roberto Barroso, j. em 05.08.2020, DJe n. 244, de 07 out. 2020.

¹⁰⁶ As determinações do Relator foram as seguintes: i) constituir um documento único, dividido em 3 partes (sem prejuízo dos eixos já contemplados na atual minuta), a saber: Parte 1: medidas gerais destinadas a todos os Povos Indígenas; Parte 2: medidas específicas, voltadas ao atendimento e expansão dos serviços de saúde aos Povos Indígenas situados em TIs não homologadas; e Parte 3: medidas específicas destinadas ao isolamento de invasores e à contenção de novas invasões.

⁽ⁱⁱ⁾ Limitar-se a providências em curso e a medidas futuras, suprimindo aquelas já concluídas, uma vez que o propósito do documento é planejar ações de enfrentamento à pandemia, e não efetivar uma prestação de contas (além do que a mistura entre ações passadas e futuras compromete a sua clareza).

⁽ⁱⁱⁱ⁾ Suprimir alusões a ações de turismo. Eventuais planos para a retomada da economia após a pandemia não são objeto da questão em debate, a não ser que interfiram sobre a saúde dos Povos Indígenas.

^(iv) Tomar por ponto de partida as considerações e propostas constantes da Nota Técnica em Resposta à Intimação n. 3073/2020 (doc. 445) e da Nota Técnica sobre Medidas Complementares para Contenção e Isolamento de Invasores em Sete TIs Críticas (doc. 446), ofertadas por ABRASCO e FIOCRUZ. Considerar, ainda, as críticas e sugestões apresentadas por PGR, DPU, CNJ e APIB, parcialmente sintetizadas acima. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *ADPF 709*, Min. Rel. Roberto Barroso, j. em 05.08.2020, DJe n. 244, de 07 out. 2020.

e a vida dos povos indígenas, o Relator determinou a execução provisória do Plano Geral, tal como se encontrava, até que concluídos os ajustes necessários. Ao mesmo tempo em que delimitou sete elementos e providências que deveriam ser tomados como parâmetro para a feitura do quarto plano.

Finalmente, em 16 de março de 2021, devido a necessidade premente de aprovação do Plano Geral de Enfrentamento à COVID-19 para Povos Indígenas, a grande dificuldade de resposta dos órgãos envolvidos, por conta da sua profunda desarticulação e de seu déficit estrutural, o Min. Relator decidiu pela homologação parcial da quarta versão do Plano Geral, observadas as determinações traçadas na decisão.

Quanto à execução e ao monitoramento, restou determinado que a União apresentasse um Plano de Execução e Monitoramento do Plano Geral, devendo indicar prazos compatíveis com o enfrentamento da pandemia e detalhamento que possibilitasse o monitoramento ao Juízo das suas ações. A coordenação das ações foi conferida ao Ministério da Justiça, sem prejuízo da responsabilidade de cada pasta por suas próprias atribuições.

Esse Plano de Execução e Monitoramento ainda não foi apresentado. E, até o momento de fechamento do presente estudo, não foi convocada Audiência Pública no bojo da ADPF 709, embora já tenham se habilitado como *amicus curiae* onze organizações não-governamentais envolvidas com a proteção dos direitos humanos dos povos indígenas brasileiros¹⁰⁷.

A tentativa de construção consensual de planos eficazes e exequíveis, com a efetiva participação de representantes do governo e das comunidades indígenas, consoante o determinado na ADPF 709, consoante o Min. Barroso, representa “uma experiência pioneira de diálogo institucional (entre o Judiciário e o Executivo) e de diálogo intercultural (entre a nossa cultura e as tradições indígenas)”¹⁰⁸. Justamente por isso, esse tipo de intervenção judicial estrutural, na jurisdição constitucional brasileira, ainda enfrenta resistências de ordem política e institucional, para além dos obstáculos decorrentes da falta de coordenação e capacidade técnica dos entes envolvidos.

Não obstante, respeitadas as especificidades da cultura e do sistema jurídico local, o que se vislumbra até aqui é a adoção de um modelo de gestão processual ativa e dialógica,¹⁰⁹ para a resolução do litígio estrutural contido no bojo da ADPF 709, que se preocupa com a efetivação dos *standards* interamericanos, ao mesmo tempo em se aproxima de estratégias empregadas no âmbito de sistemas jurídicos nacionais da América Latina, assim como no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, para a implementação das medidas transformadoras necessárias para a cessação das violações dos direitos dos povos indígenas.

A atuação de Cortes nacionais latino-americanas, como a colombiana e, mais recentemente, a brasileira, com a ADPF 709, e da Corte IDH na resolução de litígios estruturais que envolvem a formulação e implementação de políticas públicas para a concretização dos direitos fundamentais de comunidades indígenas, tem demonstrado elementos em comum que fogem daquele modelo tradicional de intervenção corretiva e monológica do tipo *top-down*. Essa abordagem judicial dialógica e colaborativa, que enfatiza a deliberação entre as partes interessadas na construção de soluções consensuais, o monitoramento e revisão contínua do desempenho dos entes responsáveis e a transparência, ao mesmo tempo em que respeita a legitimidade democrática dos demais poderes constituídos, instrumentaliza o constitucionalismo transformador, possi-

¹⁰⁷ São elas: Associação Brasileira De Antropologia – ABA; Fundação Nacional Do Índio – FUNAI; Conselho Indigenista Missionário – CIMI; Conectas Direitos Humanos – Associação Direitos Humanos Em Rede; ISA Instituto Socioambiental; Movimento Nacional De Direitos Humanos – MNDH; Conselho Indígena Tapajós E Arapiuns; Terra De Direitos; Comissão Guarani Yvyrupa; Fórum De Presidentes De Conselhos Distritais De Saúde Indígena – FPCONDISI; e União Dos Povos Indígenas Do Vale Do Javari (UNIVAJA).

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADPF 709, Min. Rel. Roberto Barroso, j. em 05.08.2020, DJe n. 244, de 07 out. 2020.

¹⁰⁹ VAN DER BROOCKE, Bianca M. Schneider. *Litígios estruturais, estado de coisas inconstitucional e gestão democrática do processo: um papel transformador para o controle judicial de políticas públicas*. Londrina: Editora Thoth, 2021.

bilitando a desestabilização e abertura de instituições e políticas públicas em mau funcionamento, que, de alguma forma, se encontram imunes aos mecanismos políticos convencionais de correção.

5 Considerações finais

A Pandemia de COVID-19 nos países latino-americanos agudizou as desigualdades sociais e violências estruturais que marcam suas sociedades, sua relação com o Estado e as instituições. Nesse quadro, as comunidades indígenas se viram especialmente afetadas — seja por serem historicamente discriminadas, seja pela condição de vulnerabilidade econômica e social a que estão submetidos. No Brasil, essas comunidades estão frequentemente submetidas ao enfrentamento violento com garimpeiros e madeireiros interessados em explorar economicamente suas terras, levando com eles o risco de contágio de doenças como a COVID-19. Ademais, essas comunidades têm difícil acesso aos serviços de saúde e muitos estão submetidos à desnutrição. Essa realidade passou a ser tratada pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 709, um processo que assumiu as características de um litígio estrutural na medida em que as determinações ali estabelecidas atingem e se dirigem a uma diversidade de atores sociais, bem como visam superar violações massivas e reiteradas a direitos fundamentais, mediante ordens de caráter complexo e que exigem uma articulação colaborativa e dialógica entre todos os envolvidos, em busca da construção de soluções consensuais e eficientes.

Nesse panorama, o presente estudo intentou verificar em que medida um diálogo do STF com as demais cortes integrantes do sistema interamericano poderia contribuir para a realização do constitucionalismo transformador, com base no emprego de novas técnicas decisórias na intervenção judicial estrutural, a fim de proteger as comunidades indígenas na pandemia de COVID-19. A partir da análise realizada pelo método dedutivo, e mediante pesquisa bibliográfica em doutrina e jurisprudência, foi possível confirmar a hipótese de que a adoção pelo STF de um ativismo dialógico para a resolução do litígio estrutural, em relação ao processo da ADPF n. 709, tem revelado uma abertura ao diálogo com as cortes interamericanas e notadamente com a implementação dos *standards* de proteção das comunidades indígenas, buscando enfrentar os problemas complexos de ordem institucional que têm propiciado riscos de violação aos direitos desses povos.

O STF tem passado a reconhecer essa modalidade especial de litígio para o enfrentamento de entraves à realização dos direitos humanos, em virtude das falhas estruturais que marcam as políticas públicas brasileiras, como a superlotação carcerária, a violência policial e a proteção dos povos quilombolas. Entretanto, foi na análise da ADPF n. 709 que se pôde verificar uma efetiva abertura da corte constitucional aos *standards* interamericanos, e mesmo às estratégias processuais empregadas para a sua realização, como a exigência da construção consensual de planos complexos de ação estatal, por meio do incentivo à interação e à deliberação entre todos os atores responsáveis com as comunidades indígenas, em respeito às suas particularidades culturais, bem como a estipulação do monitoramento da execução das medidas estruturais a serem concretizadas. Como tem evidenciado esse processo, com suas sucessivas etapas e agudo escrutínio jurisdicional acerca do implemento das ordens estruturais determinadas em sede cautelar, o STF vem se aproximando do ICCAL e buscando enfrentar, ativa e dialogicamente, os déficits de realização do projeto constitucional brasileiro, lido em sua perspectiva transformadora. Ainda que a diligência dos órgãos do Executivo seja mínima e seu comprometimento precário, como se tem verificado ao longo desse procedimento judicial, a gestão processual ativa e dialógica do STF tem o condão de desbloquear a inação estatal.¹¹⁰

A intervenção judicial estrutural empregada pelo STF na ADPF n. 709 muito se aproxima das estratégias empregadas pela Corte Constitucional da Colômbia no julgamento de litígios estruturais, como na mencio-

¹¹⁰ Cabe salientar que a análise da efetividade das medidas determinadas na ADPF n. 709 foge ao escopo do presente trabalho, focado, mais especificamente, na relação dialógica do STF com a jurisprudência interamericana mediante o emprego dos litígios estruturais em um ambiente de constitucionalismo transformador.

nada T-302/2017 sobre salvaguarda dos direitos do povo indígena Wayúu. A Corte demandou das autoridades executivas a criação de um plano de ação para superar o Estado de Coisas Inconstitucional, delimitando os objetivos e parâmetros gerais a serem observados e estabelecendo a necessidade de participação das autoridades indígenas e das organizações não governamentais envolvidas com a proteção dessa população. Reservou-se — assim como tem feito o STF — a condição de facilitadora (ou mediadora) para supervisionar e dirimir controvérsias na implementação do plano, bem como definiu quais entidades deveriam fazer o monitoramento do cumprimento das medidas estruturais delineadas. No entanto, numa postura mais descentralizadora, delegou competência ao juízo local para a supervisão da fase de execução do julgado. A delegação de atribuições para a prática de atos processuais não decisórios a outros Tribunais e a juízos de primeiro grau de jurisdição está prevista no art. 21, II, do Regimento Interno do STF e poderia ser utilizada como meio de dinamizar a resolução de um litígio estrutural que envolve vários estados da federação, como a ADPF 709.

Também a atuação da Corte IDH evidencia essa função jurisdicional mediadora, especialmente na fase do cumprimento de sentenças estruturais, como se verificou nos casos da Comunidade Moiwana *vs.* Suriname e nos três casos envolvendo as comunidades indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaya e Xákmok Kásek contra o Paraguai. Ainda que a categoria processual da supervisão da fase de execução das decisões não se verifique nos mesmos moldes no direito brasileiro, revela-se a importância do ambiente de diálogo criado pela Corte IDH para possibilitar uma articulação entre todos os grupos envolvidos e afetados na implementação das medidas determinadas.

Importante salientar que, precisamente nesses casos envolvendo o Paraguai, o constitucionalismo transformador empregado pela Corte IDH assumiu uma nova dimensão ativista, que deslocou os membros da Corte de sua sede em San Jose da Costa Rica, para os terrenos do Chaco Paraguai. Verificando a baixa adesão do Estado no cumprimento das medidas previstas na sentença, a Corte realizou uma visita pessoal às comunidades indígenas, da qual participaram também os agentes estatais. Naquele caso, a presença dos membros da Corte no local dos conflitos foi determinante para o avanço no cumprimento das ordens estruturais. Tal prática de visita *in loco*, que também se verificou no caso T-302/2017 da Corte colombiana, aproxima os julgadores das comunidades de vítimas bem como dos destinatários das obrigações em direitos humanos, conferindo maior legitimidade e eficácia ao seu papel transformador.

Essa é mais uma lição a ser aprendida pelo STF, tendo em vista que, muitas vezes, os planos de ação demandados na ADPF n. 709 restaram frustrados. Às vezes, pode ser necessário que a justiça, de fato, se desloque para acompanhar a realização de suas determinações, indo a campo para acompanhar as medidas estatais (ou a falta delas). É certo que o volume de processos que chega aos magistrados do STF é colossal. Porém, em sua função transformadora, também reside a eleição de prioridades. E, no arranjo constitucional brasileiro e interamericano, essa prioridade é, indiscutivelmente, a proteção da pessoa e dos grupos humanos, em especial os mais vulneráveis.

Referências

ABRAMOVICH, Víctor. De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Sur: Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 6, n. 11, p. 6-39, 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000200002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 maio 2021.

ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia; IGNÁCIO, Renata Rossi. Covid-19 e direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA): impacto dos estándares interamericanos. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 11, n. 1, p. 59-90, jan./abr. 2020.

ARANGO, Rodolfo. Fundamentos del Ius Constitutionale Commune en América Latina: derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional. In: FIERRO, Héctor Fix; VON BOGDANDY, Armin; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). *Ius Constitutionale Commune em América Latina*: rasgos, potencialidades y desafíos. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014. p. 34-35.

BRASIL. *Decreto n. 4463 de 8 de novembro de 2002*. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969.

BRASIL. *Decreto n. 678 de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *ADPF 709*, Min. Rel. Roberto Barroso, j. em 05.08.2020, DJe n. 244, de 07 out. 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. Judicial activism in a violent context: the origin, role, and impact of the Colombian Constitutional Court. *Washington University Global Studies Law Review*, v. 3, n. esp., 2004.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Declaração conjunta sobre a proteção do COVID-19 aos povos indígenas amazônicos*. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2020/126.asp>. Acesso em: 10 maio 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informe sobre situação de direitos humanos no Brasil*, de 12 fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Brasil2021-es.pdf>. Acesso em: 16 maio 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Resolução n. 1/2021 adotada na Medida Cautelar No 754-20*. Membros dos Povos Indígenas Guajajara e Awá da Terra Indígena Araribóia em relação ao Brasil. Publicada em 14 de janeiro de 2021. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/1-21MC754-20-BR.pdf>. Acesso em: 16 maio 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Resolução n. 35/2020, adotada na Medida Cautelar n. 563-20*. Publicada em 17 de julho de 2020. Membros dos Povos Indígenas Yanomami e Ye'kwana em relação ao Brasil. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2020/35-20MC563-20-BR.pdf>. Acesso em: 16 maio 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Resolução n. 60 de 11 de dezembro de 2015*. Medidas Cautelares n. 51/15. Asunto niñas, niños y adolescentes de las comunidades de Uribia, Manaure, Riohacha y Maicao del Pueblo Watúu, asentados em el departamento de La Guarija, respecto de Colombia.

COMISSIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas y Tribales de la Panzamazonía*. Aprobado el 29 de septiembre de 2019. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Panamazonia2019.pdf>. Acesso em: 18 maio 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Sawboyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C-146.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de mayo de 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Escué Zapata Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C n. 116.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Casos de las Comunidades Indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaya y Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de agosto de 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017*. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A No. 23.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Resolución del Presidente de 1 de septiembre de 2016*. Casos de las Comunidades Indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaya y Xákmok Kásek vs. Paraguay. Supervisión de cumplimiento de sentencias.

COVER, Robert. The origins of judicial activism in the protection of minorities. *Yale Law Journal*, v. 91, 1981/1982.

DELGADO RODRÍGUEZ, Camilo A. *Discutamos: la intervención judicial em las políticas públicas em el marco de los casos estructurales de vulneración de derechos sociales: análisis de caso Argentina, Colombia e India*. 2017. Dissertação (Mestrado) – Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia, 2017.

DIXON, Rosalind. Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. p. 53-55.

FISS, Owen M. *The civil rights injunction*. Bloomington: Indiana University Press, 1978.

FISS, Owen. The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, nov. 1979.

FISS, Owen; RESNIK, Judith. *Adjudication and its alternatives: an introduction to procedure*. New York: Foundation Press, 2003. p. 29 e ss.

GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. Transformative constitutionalism in Latin America: a dialogic route to utopia?. *Iconnect Blog*, apr. 13, 2018. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2018/04/transformativ-constitutionalism-in-latin-america-a-dialogic-route-to-utopia/>. Acesso em: 21 maio 2021.

GARGARELLA, Roberto. Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?. *Perfiles Latinoamericanos*, n. 28, jul./dic. 2006.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao movimento Critical Legal Studies*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O Critical Legal Studies Movement de Roberto Mangabeira Unger: um clássico da filosofia jurídica e política. *Rev. Jur.*, Brasília, v. 8, n. 82, p. 49-63, dez./jan. 2007.
- GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Diálogo coevolutivo. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola; FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A. (coord.). *Diccionario de derecho procesal, constitucional y convencional*. 2. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014. p. 590-594.
- GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Judicialización de la discriminación estructural contra pueblos indígenas y afrodescendientes en América Latina: conceptualización y tipología de um diálogo interamericano. In: VON BOGDANDY, Armin; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Ius Constitutionale Commune em América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law, 2017.
- GUTIÉRREZ BELTRÁN, Andrés M. *El amparo estructural de los derechos*. 2016. Tese (Doutorado em Direito e Ciência Política) – Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2016.
- HAILBRONNER, Michaela. Transformative constitutionalism: not only in the Global South. *The American Journal of Comparative Law*, v. 65, n. 3, p. 527-565, fall 2017.
- HIRSCHL, Ran. The judicialization of politics. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (org.). *The Oxford handbook of law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p. 119-121.
- HUNEEUS, Alexandra. Reforming the State from Afar: structural reform litigation at the human rights courts. *Yale Journal of International Law*, v. 40, n. 1, p. 2-40, 2015. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/4d5f/bed8fa90823b85873b7941a451aaef66ac49.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.
- KLARE, Karl E. Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, v. 14, n. 1, 1998.
- KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial?: jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 96, p. 69-95, jul. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/f3KMkr8CHVjSCCGvqZdYfmk/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 29 maio 2021.
- LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina; HURTADO, Mónica. Las garantías de no repetición em la práctica judicial interamericana y su potencial impacto en la generación del derecho nacional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 149, p. 725-775, 2017.
- MAC-GREGOR, E. Ferrer. Hacia la formación jurisprudencial interamericana de un Ius Constitutionale Commune Americanum: eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay). In: VON BOGDANDY, Armin; FIX-FERRO, Héctor; ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Ius Constitutionale Commune em América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*. México: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2014.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o Ius Constitutionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer?. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 253-285, 2019.
- MIRANDA BONILLA, Haideer. Las sentencias estructurales em la actuación de la Sala Constitucional de Costa Rica. *Revista IUS Doctrina*, v. 11, n. 2, 2018. Disponível em: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/ius-doctrina/article/view/35777/36506>. Acesso em: 29 maio 2021.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Pluralismo no Ius Constitutionale Commune latino-americano: diálogos judiciais sobre direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

OLSEN, Ana Carolina Lopes; FACHIN, Melina Girardi. Diálogo judicial cooperativo en el Ius Constitutionale Commune para la defensa de los derechos humanos. In: ROA, Jorge Ernesto Roa; OLSEN, Ana Carolina Lopes (org.). *La democracia y los derechos humanos bajo amenaza: defensas dialógicas*. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2021. p. 15-51.

OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos na construção dialogada do Ius Constitutionale Commune na América Latina. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2 p. 302-363, 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas*, aprovada pela Assembleia Geral em 15 de junho de 2016. Disponível em: https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf. Acesso em: 17 maio 2021.

PIOVESAN, Flávia. Ius Constitutionale Commune en América Latina: context, challenges and perspectives. In: VON BOGDANDY, Armin *et al.* (ed.). *Transformative constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 49-65.

ROA, Jorge Ernesto Roa. El rol del juez constitucional em el constitucionalismo transformador latinoamericano. *MPIL Research Paper Series*, n. 11, 2020.

RODILLES, Alejandro. The law and politics of the pro persona principle in Latin America. In: VON BOGDANDY, Armin *et al.* (ed.). *Transformative constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 153-174.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. p. 235-237.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Juicio a la exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales em el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.

ROUX, Theunis. Transformative constitutionalism and the best interpretation of the South African Constitution: distinction without a difference?. *Stellenbosch Law Review*, v. 20, n. 2, p. 259.

SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo. Algunas reflexiones em cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: VON BOGDANDY, Armin; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Ius Constitutionale Commune em América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law, 2017.

SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993.

SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 519-524.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transnational adjudication. *University of Richmond Law Review*, n. 29, p. 99-137, 1994. Disponível em: <http://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol29/iss1/6>. Acesso em: 16 maio 2021.

UNGER, Roberto Mangabeira. *False necessity: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987.

UNGER, Roberto Mangabeira. *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

VAN DER BROOCKE, Bianca M. Schneider. *Litígios estruturais, estado de coisas inconstitucional e gestão democrática do processo: um papel transformador para o controle judicial de políticas públicas*. Londrina: Editora Thoth, 2021.

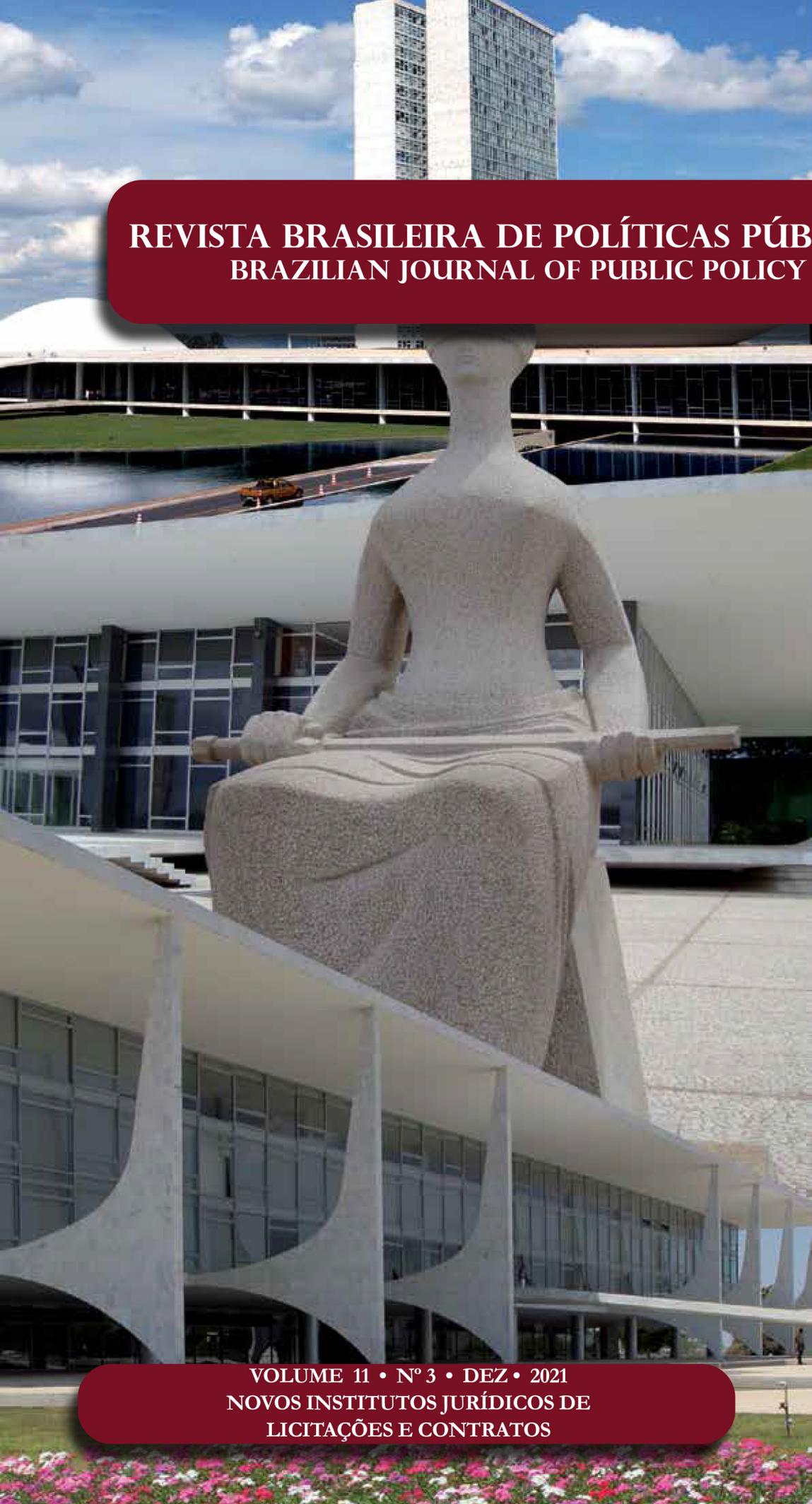
VAN DER BROOCKE, Bianca M. Schneider; KOZICKI, Katya. A ADPF 347 e o “Estado de Coisas Inconstitucional”: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 53, p. 148-181, jul./dez. 2018.

VAN DER BROOCKE, Bianca M. Schneider; KOZICKI, Katya. O “Compromisso Significativo” (Meaningful Engagement) e a promoção do pluralismo democrático na concretização judicial dos direitos fundamentais sociais na África do Sul. *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 20, n. 2, p. 267-289, jul./dez. 2019.

VÁSQUEZ ARMAS, Renato. La técnica de declaración del “Estado de cosas Inconstitucional”: fundamentos y análisis de su aplicación por el Tribunal Constitucional Peruano. *Ius et Veritas*, v. 41, p. 128-147, 2010. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12114/12680>. Acesso em: 29 maio 2021.

VON BOGDANDY, Armin *et al.* Ius Constitutionale Commune en America Latina: observations on transformative constitutionalism. In: VON BOGDANDY, Armin *et al.* (ed.). *Transformative constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 27-48.

VON BOGDANDY, Armin. O mandato transformador do Sistema Interamericano: legalidade e legitimidade de um processo jurisgenético extraordinário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 232-252, 2019.

The cover features a photograph of a modern, white building with a large, seated stone statue in the foreground. The statue is a woman in a long dress, holding a book. The building has a distinctive architectural style with a curved facade and large windows. The sky is blue with some clouds. The entire cover is framed by a dark red border with a subtle floral pattern.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Epistemicídio das narrativas negras e litígio estrutural: instrumentos extrajudiciais para dissolução do problema no sistema educacional

Black narratives epistemicide and structural litigation: extrajudicial instruments to solve the problem in the educational system

Vitor Fonsêca

Caroline da Silva Soares

VOLUME 11 • Nº 3 • DEZ • 2021
NOVOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE
LICITAÇÕES E CONTRATOS

Epistemicídio das narrativas negras e litígio estrutural: instrumentos extrajudiciais para dissolução do problema no sistema educacional*

Black narratives epistemicide and structural litigation: extrajudicial instruments to solve the problem in the educational system

Vitor Fonsêca**

Caroline da Silva Soares***

Resumo

O presente estudo analisa o epistemicídio das narrativas negras no sistema educacional brasileiro, que ainda persiste mesmo após a promulgação da Lei n.º 10.639/2003, a qual torna obrigatório o ensino de História e Cultura Afro-Brasileira, com o objetivo de resgatar a contribuição do povo negro nas áreas social, econômica e política pertinentes à História do Brasil no currículo escolar. Com a utilização de levantamento bibliográfico dos últimos 5 (cinco) anos, em sua grande maioria, além do estudo de documentos legislativos e análise de dados publicados, investiga-se o epistemicídio como um litígio estrutural e a necessidade de reestruturação do aparelho educacional para interromper a produção dos danos apontados. Ao final, propõe-se a utilização de alguns instrumentos extrajudiciais existentes no processo civil coletivo brasileiro, que se mostram de grande contribuição para a dissolução do problema.

Palavras-chave: epistemicídio; litígio estrutural; educação; instrumentos extrajudiciais.

Abstract

This paper analyses the epistemicide of the black narratives in the Brazilian Educational System, which persists even after the enactment of Law no. 10.639/2003, which makes obligatory the teaching of Afro-Brazilian History and Culture, aiming to rescue the contribution of the black people at the social, economic and political areas concerning Brazilian History in the school curriculum. With the use of bibliographic survey from the last five years, other than the study of legislative history and data analysis, this paper investigates the epistemicide as a structural dispute and also the restructuring need of the educational apparatus to put a stop to the production of the aforementioned damages. Lastly, this paper proposes the use of some

* Recebido em 03/04/2021
Aprovado em 11/06/2021

** Doutor (PUC/SP). Professor e Coordenador do Núcleo de Processo da Faculdade La Salle Manaus. Promotor de Justiça (AM).
E-mail: vitorfonseca@gmail.com.

*** Graduada em Direito na Universidade do Estado da Bahia. Pesquisa realizada durante o Projeto “Afilhada(o) Acadêmica(o)” do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP).
E-mail: carolinesoares2@gmail.com.

existing extrajudicial instruments of the Brazilian collective civil procedure, which present themselves as a great contribution to the dissolution of the problem.

Keywords: epistemicide; structural dispute; education; extrajudicial instruments.

1 Introdução

O objeto do presente estudo é o epistemicídio como nuance da inferiorização racial que pauta toda a ordem social instituída, especialmente no sistema educacional. Considerando-se como marco teórico o pensamento de Sueli Carneiro¹, o epistemicídio trata do processo de múltiplas fontes de anulação e desqualificação da capacidade cognitiva, confiança intelectual e discriminação dos povos contra hegemônicos, sobretudo da população negra, fruto de um passado (muito presente) escravocrata e colonial, que resulta diversos danos na subjetividade e coletividade desses sujeitos.

A luta do Movimento Negro resultou na promulgação da Lei Federal n.º 10.639/2003 que instituiu, ainda que tardiamente, no currículo escolar o ensino de História e Cultura Afro-Brasileira, o que poderia, em tese, contribuir com o combate ao epistemicídio. Entretanto, a referida lei não trouxe resultados significativos, devendo-se isso aos inúmeros fatores capazes de qualificar o problema como um litígio estrutural, haja vista o próprio funcionamento da estrutura educacional produzir violações de direitos individuais e coletivos. Por conseguinte, necessita-se de uma atuação conjunta dos legitimados e interessados por meio de múltiplos instrumentos, em especial, extrajudiciais, para resolução.

O objetivo deste estudo é justamente identificar esse epistemicídio como litígio estrutural e sugerir a utilização de instrumentos estruturantes para essa mudança paradigmática no ensino. Para isso, foram utilizados levantamento bibliográfico, estudo legislativo e análise de dados que evidenciam a perpetuação do problema relativo à estrutura educacional e propõem-se instrumentos extrajudiciais de atuação das instituições, sobretudo públicas, como alternativa para a construção de uma educação emancipadora.

Primeiramente, define-se o que é epistemicídio e suas consequências para população negra por meio de uma perspectiva histórica. Na sequência, mostram-se os caminhos que antecederam a promulgação da Lei n.º 10.639/03, e, por fim, identifica-se o problema como um litígio estrutural e apresentam-se instrumentos extrajudiciais para sua dissolução.

2 Epistemicídio: definição e consequências

Inicialmente, é preciso tratar das diversas dimensões do racismo na estrutura global de civilização, pois toda organização social atual é fruto da construção histórica fundada nas disputas deflagradas ao decorrer do tempo. Partindo dessa premissa, o sequestro, o transporte e a escravização de africanos nas Américas influenciaram, diretamente, a construção desses sujeitos como pessoas humanas. Grosfoguel afirma que o epistemicídio foi inerente ao genocídio, uma vez que, durante o processo de escravização, os Outros — povos não hegemônicos, como aqueles vindos de África e nativos da terra — eram proibidos de pensar, rezar ou praticar suas cosmologias, conhecimentos e visão de mundo. Nesse cenário, a inferioridade epistêmica teria sido crucial para proclamar a inferioridade social biológica e posicionar os africanos abaixo da linha de humanidade.²

¹ CARNEIRO, A. S. *A construção do outro como não-ser como fundamento do ser*. 2005. Tese (Doutorado) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 97.

² GROSFOGUEL, R. A estrutura do conhecimento nas universidades ocidentalizadas: racismo/sexismo epistêmico e os quatro genocídios/epistemicídios do longo século XVI. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 31, n. 1, abr. 2016.

Em outras palavras, o processo genocida implicou o primeiro critério fundamental para a construção de papéis, lugares e níveis de poder da sociedade construída, a começar pela exploração das Américas, ou seja, a estruturação do modo básico de classificação universal de toda a população mundial. Além disso, o processo de colonização também teve duas implicações decisivas: povos despojados de suas identidades históricas (agora colonial e negativa) e exclusão da história da produção cultural desses povos para a humanidade.³ Njeri considera que esse processo foi uma quebra identitária e gerou o esvaziamento da pertença subjetiva⁴.

Dito isso, a realidade histórica de negação completa do Outro inclui a rejeição de seus saberes, cultura e trajetória, para que haja a construção desse novo sujeito colonizado, escravizado e racializado. Assim, dá-se início ao problema do epistemicídio. Nesse texto, o conceito de epistemicídio é alicerçado no pensamento de Sueli Carneiro que, ao aprofundar o conceito de Boaventura Sousa Santos, teoriza que tal processo é muito mais do que anulação e desqualificação do conhecimento dos povos subjugados, pois persiste na produção de indigência cultural na negação de acesso à educação, especialmente no que se refere à qualidade, pela produção de inferiorização intelectual, pelos mecanismos de deslegitimação do negro como portador e produtor de conhecimento, bem como pelo rebaixamento da capacidade cognitiva pela carência de material, somado ao comprometimento da autoestima pela discriminação no processo educativo. Dessa forma, “o epistemicídio fere de morte a racionalidade do subjugado ou a seqüestra, mutila a capacidade de aprender”.⁵

Nesse processo, anteriormente à possível morte física desses corpos negros, morre o sujeito individual e coletivo pertencente a uma categoria política de identificação e identidade; para os agora categorizados como negros, após nova construção identitária racial, resta a negação de sua racionalidade. Como efeito dessa negação, é imposta nova concepção do “Ser”, pautada na máxima da universalidade do conhecimento, caminhos e existência, resultando na criação da hegemonia e superioridade da visão ocidental de mundo, ou seja, eurocentrada, inicialmente pautada no viés religioso de justificação e agregado ao viés científico de discriminação.

Quão grave é a perda de uma identidade para um povo? As consequências são inúmeras e severas. A autora Sueli Carneiro, ao retomar a construção teórica de Santos, expõe que esse processo de supressão e privação intencional, chamados por ela de conhecimentos subjugados ou sepultados, resulta no empobrecimento irreversível do horizonte e das possibilidades de conhecimento e na liquidação sistemática das alternativas, seja no plano epistemológico ou no plano prático, quando não compatíveis com as práticas hegemônicas.⁶

A necessidade dessa retomada histórica é a seguinte: a prática epistemicida se reinventa. Ao classificar o Outro como inferior, liquidando tudo que lhe pertence, seja a cultura, práticas, conhecimentos incompatíveis com a hegemonia proposta, mesmo após a abolição da escravatura e todos os eventos e conquistas históricas dos povos colonizados, o epistemicídio permanece. Mudam-se as máscaras, porém o princípio é o mesmo: legitimar um único saber e aniquilar os saberes contra hegemônicos. À vista disso, suas características ressurgem com novas roupagens em todos os âmbitos da vida das pessoas racializadas, difundindo-se, também, no processo educacional.

Logo, os novos artifícios do epistemicídio, introjetado por meio da repetição e internalização dos paradigmas eurocêntricos, continua construindo os ideais de superioridade e inferioridade, ditando os lugares em que pertencem os descendentes de senhores e os descendentes de escravizados, ainda naturalizados pela história contada apenas sob a perspectiva dos senhores. Nesse sentido, Sueli Carneiro aponta que, após a abolição da escravatura e surgimento da república, sob influência do racismo científico “[e]ntram em cena

³ QUIJANO, A. *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais*. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 127.

⁴ NJERI, A. Reflexões artístico-filosóficas sobre a humanidade negra. *Revista Ítaca*, n. 36, p. 164-226, 2020. p. 168.

⁵ CARNEIRO, A. S. *A construção do outro como não-ser como fundamento do ser*. 2005. Tese (Doutorado) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 97.

⁶ CARNEIRO, A. S. *A construção do outro como não-ser como fundamento do ser*. 2005. Tese (Doutorado) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 101.

os procedimentos de contenção, exclusão, assimilação na relação dos negros com os processos educacionais frente à sua nova condição de liberto indesejável como cidadão”.⁷

As dimensões de danos desse genocídio histórico vivido pelos africanos são inúmeras, identificadas por Njeri em vários campos: espiritualidade, herança, tradição, cultura, agência, identidade, economia, política, arte, moral, ética e educação. Como resultado, expõe que “os africanos sofrem o trauma histórico da sua desumanização e reproduzem as violências, contribuindo — e muitas das vezes facilitando o trabalho — para o genocídio”.⁸ Com base nisso, propõe que a prática pedagógica deve considerar, intrinsecamente, o reflexo das consequências que ainda se fazem presente nos dias atuais, na qualidade, no acesso, na permanência ou também no conteúdo, sendo este o objeto deste artigo.

Dessa maneira, a educação antirracista e emancipadora deve preparar o sujeito negro para lucidez e criticidade diante da realidade que o acomete. Do mesmo modo, tem a incumbência de permitir sua autodeterminação e autoproteção enquanto ser humano. Ao definir o que seria educação emancipadora, Njeri elucida como sendo aquela que se preocupa com a pluralidade de formas de ser e estar no mundo, que abandona o olhar excludente único e homogeneizador universal da perspectiva eurocêntrica sobre a compreensão de educar.⁹

3 O apagamento de narrativas contra hegemônicas e a Lei n.º 10.639/2003

Com a narrativa histórica acima proposta, identifica-se o aparelho educacional como fonte, como diz Sueli Carneiro, de múltiplos aniquilamentos ou subordinação da razão para os racialmente inferiorizados, ao condicioná-los numa posição de negação de seres produtores de conhecimento, tanto nos instrumentos pedagógicos como nas relações sociais no cotidiano escolar.¹⁰

Tais problemáticas estão também associadas aos conteúdos pedagógicos disseminados, ponto crucial para construção do pensamento que se propõe. Acerca deles, aponta-se que os conteúdos não aprendidos na escola, por omissão, cooperam com os processos de negação descritos. Assim, os conteúdos relativos à história dos processos políticos ditados pela racialidade, que poderiam servir de subsídio em prol das lutas emancipatórias, constituem-se de “saberes sepultados”.¹¹

Ribeiro, com base em Silva, aponta os materiais didáticos como fruto da neutralização histórica da colaboração dos povos negros na formação social, econômica e cultural brasileira. Neles, os Outros são vistos desempenhando papéis subalternos, o que pode contribuir para o desenvolvimento de um processo de autorrejeição e de rejeição ao seu grupo étnico/racial.¹² O resgate das narrativas contra hegemônicas para os alunos negros serviria para combater a sensação de inferioridade e a ausência de pertencimento social, construindo uma nova maneira de ser e estar na sociedade.

⁷ CARNEIRO, A. S. *A construção do outro como não-ser como fundamento do ser*. 2005. Tese (Doutorado) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 102.

⁸ NJERI, A. Educação afrocêntrica como via de luta antirracista e sobrevivência na Maafa. *Revista Sul-Americana de Filosofia e Educação (RESAFE)*, v. 31, p. 4-17, 2019. p. 7.

⁹ NJERI, A. Educação afrocêntrica como via de luta antirracista e sobrevivência na Maafa. *Revista Sul-Americana de Filosofia e Educação (RESAFE)*, v. 31, p. 4-17, 2019. p. 7.

¹⁰ CARNEIRO, A. S. *A construção do outro como não-ser como fundamento do ser*. 2005. Tese (Doutorado) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 324.

¹¹ CARNEIRO, A. S. *A construção do outro como não-ser como fundamento do ser*. 2005. Tese (Doutorado) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 283.

¹² RIBEIRO, K. *Kemet, Escolas e Arcádeas: a importância da filosofia africana no combate ao racismo epistêmico e a Lei 10.639/03*. 2017. Tese (Mestrado em Filosofia e Ensino) – Centro Federal de Educação Tecnológica, Rio de Janeiro, 2017. p. 33.

Diante das marcas deixadas pelo passado escravocrata brasileiro, nos anos 1980, surgem diversos estudos que comprovaram o lugar do período escolar como o mais perverso na vida de pessoa negra, seja criança, jovem ou adulto. Nos anos 1990, as discussões se ampliaram, no que tange à educação, e a pauta foi incluída nos debates políticos do Movimento Negro.¹³

Com a tratativa em ebulição e por iniciativa do Movimento Negro, surgiu, como fruto da luta no Brasil, a Lei n.º 10.639 de 09 de Janeiro de 2003, a qual torna obrigatório o ensino de História e Cultura Afro-Brasileira em todo currículo escolar, em especial o estudo da História da África e dos Africanos, a luta dos negros no Brasil, a cultura negra brasileira e o negro na formação da sociedade nacional, para o resgate da contribuição do povo negro nas áreas social, econômica e política pertinentes à História do Brasil, nas áreas de Educação Artística e de Literatura e Histórias Brasileiras.

Em 2008, surgiu o Plano Nacional de Implementação das Diretrizes Curriculares Nacionais para Educação das Relações Étnico Raciais, Ensino de História e Cultura Afro-Brasileira e Africana¹⁴. Nesse mesmo ano, foi promulgada a Lei n.º 11.645/08, que legislou sobre a inclusão das narrativas dos povos indígenas, em sua cultura e história, nos estabelecimentos de ensino fundamental e de ensino médio, públicos ou privados.

O Plano traz como objetivos específicos: 1) desenvolver ações estratégicas para formação de professores para aplicação das leis; 2) colaborar e construir com os sistemas de ensino, conselhos educacionais, coordenações pedagógicas, gestores educacionais, professores e outros, políticas públicas e processos pedagógicos para implementação, promoção da pesquisa e produção de materiais didáticos e paradidáticos que valorizem a cultura afro-brasileira e diversidade; 3) colaborar na construção de indicadores para acompanhamento pelos poderes públicos e sociedade civil; 4) criar e consolidar agendas propositivas junto aos diversos atores do referido plano para disseminação dessas leis.

Por óbvio, a promulgação de Leis não garante sua efetividade. Ainda são muitos os desafios para alcançar o que é proposto. Entretanto, em geral, os autores estudados recebem a norma de maneira positiva. Ribeiro compreende a lei como ferramenta primordial para a reconstrução da imagem do continente africano, possibilitando, para a criança negra, referências positivas da sua história, tornando os alunos menos refratários à diversidade étnico-racial.¹⁵

Santos observa que a lei foi um reconhecimento da importância das lutas antirracistas dos movimentos sociais negros, bem como constata as injustiças e discriminações raciais contra os negros no Brasil e um pontapé para construção de ensino democrático. Porém, observa a lei como genérica, pois não garante uma implementação adequada ao não estabelecer metas para implementação, além de não tratar sobre a necessidade de qualificação dos docentes, nem de reformulação dos programas de ensino das universidades e cursos de graduação, principalmente os de licenciatura para formação de professores aptos para ministrarem História e Cultura Afro Brasileira.¹⁶

Siqueira Marques expõe que essa inclusão rompe com o silêncio da escola sobre a subalternização dos saberes dos afro-brasileiros, mito da democracia racial, racismo e preconceito racial. Do mesmo modo, a lei tensiona os docentes a adotarem práticas pedagógicas interculturais e a refletirem sobre a “legitimidade dos conhecimentos de matriz europeia e colonizadora por meio de currículos escolares hegemônicos e

¹³ RIBEIRO, K. *Kemet, Escolas e Arcádeas: a importância da filosofia africana no combate ao racismo epistêmico e a Lei 10.639/03*. 2017. Tese (Mestrado em Filosofia e Ensino) – Centro Federal de Educação Tecnológica, Rio de Janeiro, 2017. p. 27-28.

¹⁴ Informação extraída do portal do MEC. Disponível em: http://etnicoracial.mec.gov.br/images/pdf/diretrizes_curric_educ_etnicoraciais.pdf. Acesso em: 14 nov. 2020.

¹⁵ RIBEIRO, K. *Kemet, Escolas e Arcádeas: a importância da filosofia africana no combate ao racismo epistêmico e a Lei 10.639/03*. 2017. Tese (Mestrado em Filosofia e Ensino) – Centro Federal de Educação Tecnológica, Rio de Janeiro, 2017. p. 22.

¹⁶ SANTOS, S. A. A Lei 10.639/03 como fruto da luta anti-racista do Movimento Negro. In: BRASIL. *Educação anti-racista: caminhos abertos pela Lei Federal n. 10.639/03*. Brasília: MEC/SECAD, 2005. p. 21-37. p. 32-33.

monoculturais”.¹⁷ Há bastante tempo já se defende a necessidade de elaborar um currículo com base na “diversidade”, com: a) formação adequada de professores; 2) planejamento de novos currículos; 3) desenvolvimento de materiais adequados e; 4) a análise e revisão crítica das práticas vigentes¹⁸. Por fim, a lei suscita a reflexão para o currículo e formação do docente, no que tange à legitimação da lógica monocultural, subalternização da diferença, discriminação racial e preconceito.

Diante da perspectiva exposta, o instrumento legislativo, em geral, apresenta-se como proposta relevante e pertinente, mas infelizmente incompleta. Ademais, o Plano Nacional de Implementação das Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação das Relações Etnicorraciais e para ensino de História e Cultura Afrobrasileira e Africana apresenta-se como complemento da lei, mas não alcança a efetividade necessária para a mudança estrutural que o tema demanda, como será melhor detalhado nas próximas seções.

4 O epistemicídio nas escolas como um litígio estrutural

O epistemicídio da população negra pode ser entendido como um litígio estrutural, seja pela perpetuação histórica, pelos danos irreparáveis e imensuráveis a esse grupo social, bem como pela legitimação das desigualdades raciais ao renegar a contribuição desses povos para formação social, econômica e cultural do Brasil, já identificada pela promulgação da Lei n.º 10.639/03.

Essa conclusão pode ser extraída de uma das definições de litígios estruturais como litígios coletivos que decorrem da maneira em que uma estrutura burocrática opera. Com base nessa concepção, o próprio funcionamento da estrutura produz a violação de direitos que gera o litígio coletivo, seja pela causa, permissão ou perpetuação. Um ponto relevante é que, na hipótese de a violação ser apenas removida, há a possibilidade de somente ser aparentemente ou momentaneamente resolvido e também não serem observados resultados significativos, propiciando o ressurgimento do litígio no futuro.¹⁹

A complexidade do litígio envolvido e a maneira com que ele atinge subgrupos sociais distintos, com intensidade e formas diferentes, indicam a necessidade de alteração do funcionamento da estrutura que perpetua tal violação. Assim, caso não seja realizada mudança estrutural, o problema não será essencialmente resolvido e ainda haverá o risco de retorno ao estado anterior à tentativa de resolução²⁰.

Esses litígios também são atravessados pela presença de violações estruturais de direitos, por meio de diversas práticas e dinâmicas institucionalizadas, resultado de uma causa complexa. Partindo desse ponto, as medidas estruturais, ao envolver conflitos multipolares de alta complexidade, têm a necessidade de reorganizar a instituição em totalidade, nos processos internos, estrutura burocrática e mentalidade de seus agentes²¹.

Ao fazer a intersecção das definições de litígio estrutural com o epistemicídio das narrativas negras no sistema educacional, depreende-se que o problema pode ser concebido como litígio estrutural. Já foi dito que o epistemicídio decorre do funcionamento da estrutura burocrática na qual a educação está inserida, sendo responsável pela permissão e perpetuação da violação. Ao tentar promover a sua dissolução somente ao promulgar a Lei Federal n.º 10.639/03, o Estado não previu etapas para a implementação de resultados

¹⁷ MARQUES, E. P. S. A implementação da Lei 10.639/03 no Estado de Mato Grosso do Sul e a formação continuada de professores: uma perspectiva emancipatória e decolonial. *Revista Contemporânea de Educação*, v. 12, n. 23, p. 51-68, 2017. p. 53-56.

¹⁸ FREITAS, P. A Lei 10.639, o ensino de história e a cultura afro-brasileira. *OPSI*, v. 10, n. 1, p. 15-28, 2010. p. 20.

¹⁹ VITORELLI, E. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, v. 284, n. 10, p. 333-369, out. 2018. p. 6-7.

²⁰ VITORELLI, E. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, v. 284, n. 10, p. 333-369, out. 2018. p. 6-7.

²¹ NUNES, L. S. *et al.* Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos. In: FARIA, J. C. *et al.* (org.). *Novas tendências, diálogos entre direito material e processo*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 365-383. p. 368-369.

significativos para o problema ser de fato resolvido. Dessa forma, permanece a violação de direitos do subgrupo social, relativa à população negra.

Ressalta-se que o ponto relevante se trata da necessidade de reorganização do aparelho educacional como um todo. Como o marco legislativo não trata dessas questões, o Plano supracitado apresenta o complemento para aplicação da Lei Federal nas escolas, que, em tese, supriria a problemática da efetividade do instrumento legislativo.

A pressão dos movimentos negros e, conseqüentemente, suas articulações com políticos mais sensíveis à questão racial brasileira tiveram como resultado a inclusão, por meio de leis setoriais, de disciplinas sobre a História dos Negros no Brasil e a História do Continente Africano nos ensinos fundamental e médio das redes estaduais e municipais de ensino. São ao todo sete Leis de Estados e Municípios, além do Distrito Federal, promulgadas em período anterior a legislação federal — entre 1989 e 1996 — que tratam sobre a inserção dos conteúdos nas escolas: Constituição do Estado da Bahia (5 de outubro de 1989), Lei Orgânica do Município de Belo Horizonte (21 de março de 1990), Lei n.º 6.889 (5 setembro de 1991) do município de Porto Alegre, Lei n.º 7.685 (17 de janeiro de 1994) do Município de Aracaju, Lei n.º 2.639 (16 de março de 1998) do Município de Teresina e a Lei n.º 1.187 (13 de setembro de 1996) do Distrito Federal.²²

O advento de Leis Federais e leis locais, porém, não resolveu o problema do epistemicídio. Dados empíricos coletados por Siqueira Marques constataam concretamente que os velhos discursos epistemicidas ainda se fazem presentes no meio escolar. Os dados foram recolhidos por meio da equipe pedagógica da Rede Estadual de Ensino do Mato Grosso do Sul e contou com 572 profissionais, dentre professores do primeiro ao nono ano do ensino fundamental, gestores escolares, coordenadores pedagógicos, bibliotecários e assistentes de bibliotecas.²³

A título de exemplo do estudo acima, destacam-se os seguintes depoimentos coletados na pesquisa:

a) sobre aspectos desfavoráveis à implementação da Lei;

Acho desfavorável, pelo fato de *os próprios afro-brasileira, africana e indígena [serem] preconceituosos com eles mesmos*. A época da discriminação acabou, mas eles insistem em achar que o mundo os despreza. E sobre os deficientes? E as pessoas especiais? Não têm importância? Têm leis? Têm. Têm acessibilidade? Têm. Mas o povo cumpre? Não!!! Essas pessoas são muito mais discriminadas do que o étnico-racial [...] (Professora de ciências) (grifos da autora).²⁴

Outros depoimentos também relatam como desfavorável o número reduzido de aulas para cumprimento do conteúdo programado e ausência de desenvolvimento de projetos sobre diversidade cultural, além de declarações no sentido de “fica parecendo que o negro e o índio não conseguem se defender da sociedade existente. Pois, diante disso, a opressão continuará” e “A raça negra pode ser encarada como favorecida pelos demais alunos da unidade escolar”.²⁵

a) sobre as dificuldades à implementação da Lei apontadas;

As principais dificuldades apontadas como entraves à implementação dos conteúdos são a falta de capacitação da equipe escolar, acesso a fontes de pesquisa atualizadas, quantidade limitada de recursos didáticos e tecnológicos diante da demanda massiva de alunos. A falta de articulação entre as ações da Secretaria Esta-

²² SANTOS, S. A. A Lei 10.639/03 como fruto da luta anti-racista do Movimento Negro. In: BRASIL. *Educação anti-racista: caminhos abertos pela Lei Federal n. 10.639/03*. Brasília: MEC/SECAD, 2005. p. 21-37. p. 26-33.

²³ MARQUES, E. P. S. A implementação da Lei 10.639/03 no Estado de Mato Grosso do Sul e a formação continuada de professores: uma perspectiva emancipatória e decolonial. *Revista Contemporânea de Educação*, v. 12, n. 23, p. 51-68, 2017. p. 62.

²⁴ MARQUES, E. P. S. A implementação da Lei 10.639/03 no Estado de Mato Grosso do Sul e a formação continuada de professores: uma perspectiva emancipatória e decolonial. *Revista Contemporânea de Educação*, v. 12, n. 23, p. 51-68, 2017. p. 63.

²⁵ MARQUES, E. P. S. A implementação da Lei 10.639/03 no Estado de Mato Grosso do Sul e a formação continuada de professores: uma perspectiva emancipatória e decolonial. *Revista Contemporânea de Educação*, v. 12, n. 23, p. 51-68, 2017. p. 64.

dual de Educação, resistência dos professores ao tema e a falta de espaços eficientes para reflexão da prática também são considerados fatores importantes para a má aplicação do dispositivo legislativo.²⁶

b) preconceito e discriminação racial no contexto escolar.

Os depoimentos relacionados ao preconceito e à discriminação racial no contexto escolar mostram que há professores acreditando que, quanto mais o assunto é abordado, mais suscita preconceito, como também quanto mais é falado, mais tempo ele durará. Assim, acreditam que a lei na verdade tem um efeito oposto à proposta, e, inclusive, afirmam que a lei passa a ideia de existência de duas raças no mundo, o negro e o branco.²⁷

Esses dados levantados por Siqueira Marques não são isolados e foram confirmados por outros estudos. Em levantamento realizado com dez professores de Geografia²⁸, muitos deles relataram que, ao falarem sobre a África, os alunos respondiam que havia fome no continente africano porque “eles são macumbeiros”, evidenciando a influência religiosa sobre o preconceito dos próprios alunos. Em outro estudo descritivo, foi demonstrado que, durante treinamento de professores da rede pública, foram expostas as dificuldades dos professores em debater em sala de aula a ideia da miscigenação, não aquela romantizada da “democracia racial”, mas aquela advinda do estupro de mulheres negras²⁹.

A partir desses resultados, a pesquisa empírica demonstra duas nuances do dano em que a Lei Federal tenta mitigar: ausência de educação plural para formação de pessoas, principalmente aquelas que desenvolverão o papel educador, mas também explicita que, mesmo após 14 anos da promulgação do marco legislativo, problemas como as descontínuas políticas governamentais e a ausência de equipes capacitadas para garantir a formação continuada de professores nas secretarias de educação fazem com que esse litígio estrutural continue a ser perpetuado na estrutura educacional.

Assim, o problema persiste mesmo com a vigência da lei causando danos não somente à população negra, mas também aos sujeitos hegemônicos que são direcionados a produzir violências, reverberando discriminações e preconceitos de forma geral. Sendo assim, é de extrema necessidade uma mudança estrutural que fomente a grande virada paradigmática no combate à inferioridade racial instituída e possibilite, pelo viés educacional, uma possível recuperação da humanidade (de ser humano) dos povos contra hegemônicos, em especial da população negra. Reconhecer o papel do povo negro como sujeito humano “implica ruptura com o epistemicídio a fim de se produzirem formas de pensar/fazer conhecimento que viabilizem a autonomia dos indivíduos de modo a reverter toda forma de negação de sua dignidade”³⁰.

5 As estratégias estruturantes no combate ao epistemicídio nas escolas

Com fundamento na premissa do racismo epistêmico no sistema educacional como litígio estrutural, depreende-se que apenas a promulgação de normas federais, estaduais ou municipais, ou até uma decisão judicial favorável que determine a aplicação dos dispositivos legislados, não será suficiente para corrigir um problema histórico, social e estrutural como foi apresentado.

²⁶ MARQUES, E. P. S. A implementação da Lei 10.639/03 no Estado de Mato Grosso do Sul e a formação continuada de professores: uma perspectiva emancipatória e decolonial. *Revista Contemporânea de Educação*, v. 12, n. 23, p. 51-68, 2017. p. 65.

²⁷ MARQUES, E. P. S. A implementação da Lei 10.639/03 no Estado de Mato Grosso do Sul e a formação continuada de professores: uma perspectiva emancipatória e decolonial. *Revista Contemporânea de Educação*, v. 12, n. 23, p. 51-68, 2017. p. 65.

²⁸ ROCHA, G. H. C. Dificuldades para implementação da Lei 10.639: a influência dos valores religiosos sobre os temas apresentados no texto da lei. *Revista Tamoiás*, v. 7, n. 1, p. 51-59, 2011. p. 54.

²⁹ GILLAM, R. Learning to transgress: Law 10.639 and teacher training classrooms in São Paulo, Brazil. *Transforming Anthropology*, v. 24, n. 1, p. 70-79, 2016.

³⁰ NEVES, C. S. O lixo vai falar: racismo, sexismo e invisibilidades do sujeito negro nas narrativas de direitos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 10, n. 2, p. 124-141, 2020. p. 133.

Com base na compreensão de que os litígios complexos não comportam soluções simplistas, as chamadas “*structural injunctions*” apresentam-se como um importante instrumento, teorizado pela doutrina norte-americana, em que muitas decisões sobre questões coletivas demandam soluções que estão além da concepção tradicional processual de deferimento ou indeferimento, portanto, exigem “respostas difusas, com várias imposições ou medidas que se imponham gradativamente”.³¹

Arenhart também evidencia a grande frequência com a qual são utilizados os chamados “provimentos em cascata”. O autor, ao tratar da perspectiva judicial do assunto, traz que é típico das medidas estruturais que haja uma primeira decisão, mais genérica, que fixará, de maneira geral, as diretrizes para proteção do direito, por conseguinte, posteriormente, exigirá que outras decisões sejam prolatadas, para solução de problemas e questões pontuais que surgem a partir da primeira decisão, mas também para especificar alguma ação necessária³². Isso demonstra a necessidade de acompanhamento contínuo do litígio estrutural. Afinal, não se constrói política pública, especialmente de desconstrução de práticas racistas, apenas com uma decisão judicial.

Para que atinja seu objetivo, a complexidade do litígio estrutural também exige participação das partes envolvidas de forma potenciada, para dar legitimidade às decisões e, mais importante, para que se atinja a solução ideal para o equacionamento do conflito. Dessa maneira, são de extrema relevância instrumentos de solução consensual, que valorizem o diálogo entre as partes, tais como: consultas, audiências públicas, admissão (solicitação oficiosa) de *amici curiae*, dentre outros.³³

Nesse sentido, a atuação propulsora dos movimentos sociais negros e de intelectuais negros da área tem sido crucial para promoção de mudanças e inclusão dessas pautas mais subjetivas, mas como demonstradas de suma relevância para a formação de pessoas³⁴. Dessa forma, o papel das consultas e audiências públicas relativo ao procedimento extrajudicial e dos *amici curiae* em relação ao procedimento judicial podem proporcionar, para além de uma maior legitimidade, uma verdadeira construção conjunta para atingir a finalidade. O *amicus curiae*, por exemplo, propulsiona efetiva atuação social em matérias de relevante interesse público, permitindo verdadeira participação política por meio do processo,³⁵ além de promover a colheita de pareceres de especialistas os quais a Ciência Jurídica não poderá ofertar, de suma necessidade para o sucesso da intervenção jurisdicional.³⁶

Em questões envolvendo políticas públicas como essa, visualiza-se, beneficentemente, a celebração de convênios entre Ministério Público, Defensoria Pública e instituições públicas e/ou privadas para alcance de objetivos em comum. Há também a realização de convênios de cooperação técnica entre universidades, institutos científicos e órgãos públicos, bem como convênios de atuação integrada do Ministério Público com demais pactuantes, objetivando a promoção de determinadas políticas públicas.³⁷

Destaca-se: o processo judicial não é primordial nem é o único caminho para a solução desse litígio estrutural, pois o processo civil coletivo brasileiro dispõe de uma série de instrumentos para resolução de litígios de forma extrajudicial, que auxiliam numa atuação menos burocrática que a judicial para solução das problemáticas coletivas e que buscam os mesmos objetivos de forma menos coercitiva para valorização do

³¹ ARENHART, S. C. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 225, n. 38, p. 389-410, nov. 2013.

³² ARENHART, S. C. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 225, n. 38, p. 389-410, nov. 2013.

³³ NUNES, L. S. et al. Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos. In: FARIA, J. C. et al. (org.). *Novas tendências, diálogos entre direito material e processo*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 365-383. p. 372.

³⁴ SANTOS, R. E. M. et al. Scales of political action and social movements in education: the case of the Brazilian Black Movement and Law 10.639. *Globalisation, Societies and Education*, v. 14, n. 1, p. 30-48, 2016.

³⁵ CABRAL, A. P. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 234, p. 111-142, out. 2003. p. 120.

³⁶ CARVALHO, S. N. *Processos coletivos e políticas públicas: mecanismos para a garantia de uma prestação jurisdicional democrática*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 244-246.

³⁷ RODRIGUES, G. A. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

diálogo na efetivação de direitos. Como se sabe, a busca por resultados mais efetivos deve garantir a primazia de meios extrajudiciais e deixar o judiciário para ser utilizado em caráter residual ou subsidiário³⁸.

Por conseguinte, é de extrema importância a criação de mecanismos de diálogos entre as partes envolvidas, como as secretarias de educação, municipais e estaduais, os gestores públicos, docentes, usuários e grupos de interesses, como os movimentos sociais da causa negra, todos com papel fundamental para a promoção dos direitos agora reconhecidos nas legislações, como já demonstrado.

Nesse diapasão, entidades públicas, como o Ministério Público, por meio de uma atuação extrajudicial, podem buscar de maneira célere para a efetivação dos direitos fundamentais sociais por meio de procedimentos promovidos extrajudicialmente pelos agentes ministeriais, possibilitando a negociação com a Administração Pública ou com a iniciativa privada. Possibilita-se, então, que sejam dissolvidos os embaraços que mais dificultam a implementação da lei federal, como, por exemplo, “as demandas sociais, fixação de prazos e adequações orçamentárias”³⁹.

5.1 Audiências públicas

A audiência pública mostra-se como um instrumento de suma importância para solucionar litígios que envolvem uma coletividade, pois o seu caráter consultivo garante a transparência e a participação dos atingidos pelas medidas a serem tomadas, com maior legitimidade e aproximação da realidade⁴⁰. Por meio da audiência pública, em momento anterior à aprovação de projetos importantes ou de grande impacto social ou acerca das medidas de caráter geral, os envolvidos são chamados para debate oral e informal presidido pelo órgão responsável.⁴¹

Sendo assim, o instrumento é uma grande oportunidade de recolher junto à sociedade local e ao Poder Público os subsídios necessários para tomada de decisões e encaminhamentos acerca do litígio. Com a audiência pública, pode-se, então, identificar quais as exatas demandas sociais, ouvir os verdadeiros interessados no assunto e então instaurar procedimentos, elaborar Planos de Ação e Projetos Estratégicos Institucionais, para garantir a efetividade dos direitos e interesses da coletividade sem a necessidade de recorrer ao Judiciário⁴². Basta imaginar, por exemplo, o impacto de uma audiência pública com a participação do movimento negro para o resgate de pautas históricas e religiosas de uma comunidade local para elaboração de um plano pedagógico educacional de uma pequena cidade que somente valoriza datas comemorativas de heranças culturais eurocêntricas e de religiões judaico-cristãs, predominante no território nacional. Parece importante também pensar no papel de uma audiência pública sobre a avaliação pelos próprios professores, pais e alunos em torno do currículo efetivamente ensinado nas escolas, especialmente sobre aprendizados e pensamentos estereotipados sobre o continente africano, tais como a natureza da África como uma “selva tropical” ou da “civilização” trazida pelos europeus na época da colonização⁴³.

³⁸ ZENKNER, M. Ministério Público e solução extrajudicial de conflitos. In: RIBEIRO, C. V. A. (org.). *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 320.

³⁹ CAMBI, E.; VASCONCELOS, J. A. Desjudicialização de políticas públicas e o Novo Código de Processo Civil: contributo do Ministério Público e da advocacia pública à solução extrajudicial de conflitos. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Curitiba, v. 16, n. 64, p. 225-251, abr. 2016. p. 241.

⁴⁰ GRAVONSKI, A. A. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 329.

⁴¹ RODRIGUES, G. A. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

⁴² GRAVONSKI, A. A. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 331.

⁴³ FREITAS, P. A Lei 10.639, o ensino de história e a cultura afro-brasileira. *OPSI*, v. 10, n. 1, p. 15-28, 2010. p. 21.

5.2 Procedimento administrativo

O Procedimento Administrativo (P.A.), regulamentado pela Resolução n. 174 do CNMP, é visto como mais flexível e capaz de resolver situações não tão bem definidas, com prazo mais longo que o inquérito civil. Sua finalidade é acompanhar e fiscalizar, de forma continuada, as políticas públicas ou instituições e também embasar atividades diversas daquelas sujeitas ao inquérito civil.⁴⁴

O instrumento parte da colheita de informações, por meio de documentos, oitivas e reuniões técnicas. Assim, ao reunir dados relevantes para a atuação, o Ministério Público pode agir para promover ações que diminuam a inércia burocrática e/ou política, com a possibilidade de serem celebrados micro acordos nas reuniões, registrados em ata, que podem ser depois cobrados. Estes acordos são aptos a produzir melhoria do comportamento institucional de forma contínua e progressiva, promovendo a soma de esforços para encontrar soluções que levem a instituição a desenvolver melhor o seu papel.⁴⁵

Por conseguinte, o P.A. pode promover reuniões técnicas com as secretarias de educação, em nível estadual ou municipal, para desenvolvimento de ações estratégicas de formação continuada de professores e criação de uma agenda com propostas para difundir os conteúdos. Do mesmo modo, o P.A. tem o potencial de atuar na construção de indicadores para acompanhamento pelos poderes públicos e sociedade civil do andamento da resolução do litígio. Como seu prazo é mais largo, o P.A. é instrumento adequado para o acompanhamento em longo prazo da implementação de políticas públicas como um litígio estrutural para a mudança de um currículo educacional e/ou capacitação de professores frente ao epistemicídio negro.

5.3 Recomendação estrutural

Outra possibilidade de atuação em problemas estruturais é a chamada Recomendação Estrutural, concebida como ato unilateral em que o Ministério Público noticia a sua perspectiva quanto à legalidade ou ilegalidade de uma conduta, ao passo que recomenda que ela seja modificada. Esse instrumento é garantido por meio da Lei Complementar n.º 75/93, artigo 6ª, inciso XX, no qual é assegurada a competência do Ministério Público para expedir recomendações, tanto para melhora de serviços públicos, como na defesa de interesses, direitos e bens, fixando prazo razoável para adoção de providências.⁴⁶

Esse instrumento não obriga o cumprimento dos termos pelo recomendado, porém atua como uma advertência formal no que diz respeito às possibilidades sancionatórias do descumprimento.⁴⁷ A exigência de publicidade à recomendação e de uma resposta escrita e fundamentada ao membro do Ministério Público, dão não somente uma força moral, como também força política.⁴⁸ Assim, quando focada no ponto central do problema e somada a um diálogo fortalecido com os gestores, pode impulsionar a transformação necessária para o rompimento da inércia que impedia a transformação e dissolução do litígio, em conjunto com os demais atores políticos e sociais.⁴⁹

A Recomendação Estrutural pode declarar que os conteúdos suprimidos devem ser incluídos nos programas de ensino das universidades e cursos de graduação, como também impulsionar a cobrança em

⁴⁴ VITORELLI, E. Medidas estruturais extrajudiciais implementando mudanças estruturais pela via do consenso. In: VITORELLI, Edilson et al. *Coletivização e unidade do direito*. Londrina-PR: Editora Thoth, 2020. v. 2. p. 287-310. p. 296.

⁴⁵ VITORELLI, E. Medidas estruturais extrajudiciais implementando mudanças estruturais pela via do consenso. In: VITORELLI, Edilson et al. *Coletivização e unidade do direito*. Londrina-PR: Editora Thoth, 2020. v. 2. p. 287-310. p. 297.

⁴⁶ VITORELLI, E. Medidas estruturais extrajudiciais implementando mudanças estruturais pela via do consenso. In: VITORELLI, Edilson et al. *Coletivização e unidade do direito*. Londrina-PR: Editora Thoth, 2020. v. 2. p. 287-310. p. 297-298.

⁴⁷ RODRIGUES, G. A. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

⁴⁸ MAZZILLI, H. N. *O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 337-338.

⁴⁹ VITORELLI, E. Medidas estruturais extrajudiciais implementando mudanças estruturais pela via do consenso. In: VITORELLI, Edilson et al. *Coletivização e unidade do direito*. Londrina-PR: Editora Thoth, 2020. v. 2. p. 287-310. p. 298-299.

relação à reestruturação dos livros didáticos e paradidáticos, seja para aquisição daqueles já existentes que valorizam a pluralidade de saberes ou a promoção de pesquisa e produção desses conteúdos. Uma Recomendação Estrutural pode, por exemplo, sugerir a adoção de novos mapas e novas cartografias da região para as escolas, incluindo comunidades quilombolas e comunidades tradicionais, no lugar de “mapas oficiais”, permitindo que os próprios grupos se mapeiem⁵⁰, ou ainda sugerir a indicação prioritária de livros didáticos com conteúdos referentes a terras quilombolas (o que nem sempre acontece)⁵¹.

5.4 Compromisso (ou termo) de ajustamento de conduta

Outro instrumento possível é o Compromisso (ou Termo) de Ajustamento de Conduta (TAC), um acordo celebrado entre os legitimados coletivos públicos, conforme estabelecido na Lei n.º 7.237/1985, e os agentes da conduta considerada ilícita.⁵² O TAC possui dois efeitos principais, quais sejam: a determinação da responsabilidade pelo cumprimento do pacto firmado e a configuração de título executivo extrajudicial.⁵³

Seria possível, por exemplo, que o Ministério Público e uma Secretaria Municipal firmassem consensualmente um TAC com objetivo de elaborar planos de ações estratégicas de implementação dos conteúdos propostos pelas Leis, seja para a construção de conselhos educacionais especializados, como a criação de políticas de formação continuadas de gestores de educação. Em nível federal, seria possível fomentar a reestruturação da matriz curricular de todos os cursos de graduação e licenciatura, com foco principal, em termos iniciais, naqueles que ministram História e Cultura Afro Brasileira. Mais importante: na celebração consensual do TAC, o próprio Poder Executivo pode indicar um cronograma com implementação de metas para o atendimento da lei federal e uma possível checagem de resultados futuros. Ninguém pode duvidar que um acordo consensual e bilateral como esse é melhor do que uma decisão adjudicada unilateralmente pelo Poder Judiciário.

5.5 Notas sobre a atuação judicial

Mesmo com todo esse aparato instrumental de técnicas extrajudiciais, a judicialização do litígio estrutural pode ser necessária. No entanto, essa iniciativa deve ser reservada apenas para o momento em que forem esgotados os instrumentos extrajudiciais de solução do litígio estrutural.

Por intermédio de uma Ação Civil Pública de caráter estrutural, poderão ser fixadas as diretrizes e as ações estratégicas de modo a suscitar a resolução do litígio, de forma a garantir o direito da população negra e promover a mudança social para a mitigação do epistemicídio nas escolas. Com base em uma decisão estrutural que constate o estado de desconformidade com o conteúdo programático, há o estabelecimento de um marco de ilegalidade e uma meta a ser atingida. Após isso, inicia-se a etapa das medidas para alcance do objetivo determinado. Os autores salientam que, para obter êxito nesse segundo momento, é fundamental a estipulação de prazo, modo e grau de reestruturação a ser implementado, regime de transição e a forma pela qual será realizada a avaliação/fiscalização permanente das medidas estruturantes.⁵⁴

Instrumentos como a litigância estratégica coletiva, após não obtenção de êxito nas tratativas extrajudiciais, pode ser favorável em caso de litígios estruturais. Basta observar o Caso Creche em São Paulo, em que

⁵⁰ BOYNARD, L. M. Por uma desconstrução única de mundo: alternativas cartográficas para aplicação da Lei 10.639. *Revista Tamboios*, v. 7, n. 1, p. 113-124, 2011. p. 119.

⁵¹ CORREA, G. S. Conteúdos possíveis a partir da Lei 10.639: as geografias das comunidades remanescentes de quilombo no território brasileiro. *Revista Tamboios*, v. 7, n. 1, p. 37-50, 2011. p. 43-44.

⁵² VITORELLI, E. Medidas estruturais extrajudiciais implementando mudanças estruturais pela via do consenso. In: VITORELLI, Edilson et al. *Coletivização e unidade do direito*. Londrina-PR: Editora Thoth, 2020. v. 2. p. 287-310. p. 302-303.

⁵³ RODRIGUES, G. A. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

⁵⁴ DIDIER JR., F. et al. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 303, n. 5, p. 45-81, maio 2020. p. 53-55.

o Grupo de Trabalho Interinstitucional sobre Educação Infantil (GTIEI) formado por diversas entidades públicas e privadas, incluindo a Defensoria Pública de São Paulo e Ministério Público, por meio da litigância estratégica complexa, contesta, por meio do Judiciário, o déficit de vagas, qualidade do ensino público, nível de investimento do Município em educação infantil. Nessa atuação, foram utilizados diversos instrumentos, dentre os quais: ações civis públicas, TAC para implementação de direitos, mandados de segurança para acesso e transparência nos dados públicos.⁵⁵

6 Considerações finais

Diante do exposto, depreende-se o epistemicídio como um problema histórico que se reinventa a partir da estrutura burocrática institucional e da formação da sociedade, sobretudo brasileira, o que produz danos inestimáveis aos grupos contra hegemônicos, como a população negra. Tratar esse tipo de litígio, sem a realização de uma mudança paradigmática estruturante, resulta na oportunização para o seu ressurgimento com novas roupagens, ou pior, na não produção de alteração notável.

Os dados trazidos demonstram que, diante de um litígio estrutural, como o epistemicídio de narrativas negras, apenas a promulgação de lei federal ou decisão judicial favorável não se mostra suficiente para a erradicação do problema. Ao negar aplicação à lei, dá-se margem à perpetuação das consequências até hoje sentidas na pele desses sujeitos, pois decorre do passado escravocrata e colonial da história do Brasil.

Por outro lado, pode-se concluir que existem diversos instrumentos capazes de atuar ativamente na resolução desse litígio estrutural. Pensando o epistemicídio como um litígio estrutural, é possível promover uma educação antirracista e emancipadora considerando-se quais são as raízes intrínsecas e históricas para uma resolução eficaz, mediante a elaboração de um plano estratégico de atuação conjunta e gradual mediante diálogo fortalecido com as entidades, as instituições e todos os interessados.

Para a dissolução do problema do epistemicídio das narrativas negras no sistema educacional, sugerem-se como instrumentos extrajudiciais de eficácia estruturante: a) o acompanhamento da implementação dessa nova política pública da Lei n.º 10.639/2003 por intermédio de procedimento administrativo (P.A.); b) a realização de audiências públicas para o levantamento de demandas sociais, especialmente dos movimentos negros; c) a celebração de soluções consensuais via compromisso de ajustamento de conduta, quando for o caso, com a valorização do diálogo interinstitucional; d) a expedição de recomendação estrutural, em caso de relutância na via consensual, para a adoção das medidas necessárias para a aplicação da lei, como a capacitação dos professores e a alteração de currículos; e e) em último caso, a propositura de ação judicial.

Com isso, conclui-se que é preciso uma atuação ativa e criativa das instituições competentes para combater o racismo nas suas incontáveis nuances, diante dos diversos danos causados às pessoas negras desde a escola. Quando realizada de forma estrutural, uma reforma do sistema educacional para incluir a história contra hegemônica pode ser de grande valia para o combate ao epistemicídio das narrativas negras. Por fim, salienta-se que não há uma receita certa e infalível para dissolução do problema, porém, conforme demonstrado, existem técnicas extrajudiciais vigentes que contribuem para a construção de uma perspectiva humanitária do sujeito negro no Brasil, a partir da sua retomada como Ser no sistema escolar.

⁵⁵ COSTA, S. H. Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo. *Civil Procedure Review*, v. 7, n. 2, p. 38-68, maio/ago. 2016. p. 50-51.

Referências

- ARENHART, S. C. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 225, n. 38, p. 389-410, nov. 2013.
- BOYNARD, L. M. Por uma desconstrução única de mundo: alternativas cartográficas para aplicação da Lei 10.639. *Revista Tamoios*, v. 7, n. 1, p. 113-124, 2011.
- CABRAL, A. P. Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 234, p. 111-142, out. 2003.
- CAMBI, E.; VASCONCELOS, J. A. Desjudicialização de políticas públicas e o Novo Código de Processo Civil: contributo do Ministério Público e da advocacia pública à solução extrajudicial de conflitos. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Curitiba, v. 16, n. 64, p. 225-251, abr. 2016.
- CARNEIRO, A. S. *A construção do outro como não-ser como fundamento do ser*. 2005. Tese (Doutorado) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.
- CARVALHO, S. N. *Processos coletivos e políticas públicas: mecanismos para a garantia de uma prestação jurisdicional democrática*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- CORREA, G. S. Conteúdos possíveis a partir da Lei 10.639: as geografias das comunidades remanescentes de quilombo no território brasileiro. *Revista Tamoios*, v. 7, n. 1, p. 37-50, 2011.
- COSTA, S. H. Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo. *Civil Procedure Review*, v. 7, n. 2, p. 38-68, maio/ago. 2016.
- DIDIER JR., F. *et al.* Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 303, n. 5, p. 45-81, maio 2020.
- FREITAS, P. A Lei 10.639, o ensino de história e a cultura afro-brasileira. *OPSI*, v. 10, n. 1, p. 15-28, 2010.
- GILLAM, R. Learning to transgress: Law 10.639 and teacher training classrooms in São Paulo, Brazil. *Transforming Anthropology*, v. 24, n. 1, p. 70-79, 2016.
- GRAVONSKI, A. A. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- GROSGOUEL, R. A estrutura do conhecimento nas universidades ocidentalizadas: racismo/sexismo epistêmico e os quatro genocídios/epistemicídios do longo século XVI. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 31, n. 1, abr. 2016.
- MARQUES, E. P. S. A implementação da Lei 10.639/03 no Estado de Mato Grosso do Sul e a formação continuada de professores: uma perspectiva emancipatória e decolonial. *Revista Contemporânea de Educação*, v. 12, n. 23, p. 51-68, 2017.
- MAZZILLI, H. N. *O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- NEVES, C. S. O lixo vai falar: racismo, sexismo e invisibilidades do sujeito negro nas narrativas de direitos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 10, n. 2, p. 124-141, 2020.
- NJERI, A. Educação afrocêntrica como via de luta antirracista e sobrevivência na Maafa. *Revista Sul-Americana de Filosofia e Educação (RESAFE)*, v. 31, p. 4-17, 2019.
- NJERI, A. Reflexões artístico-filosóficas sobre a humanidade negra. *Revista Ítaca*, n. 36, p. 164-226, 2020.

NUNES, L. S. *et al.* Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos. *In: FARIA, J. C. et al. (org.). Novas tendências, diálogos entre direito material e processo.* Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 365-383.

QUIJANO, A. *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais.* Buenos Aires: CLACSO, 2005.

RIBEIRO, K. *Kemet, Escolas e Arcádeas: a importância da filosofia africana no combate ao racismo epistêmico e a Lei 10.639/03.* 2017. Tese (Mestrado em Filosofia e Ensino) – Centro Federal de Educação Tecnológica, Rio de Janeiro, 2017.

ROCHA, G. H. C. Dificuldades para implementação da Lei 10.639: a influência dos valores religiosos sobre os temas apresentados no texto da lei. *Revista Tamoios*, v. 7, n. 1, p. 51-59, 2011.

RODRIGUES, G. A. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

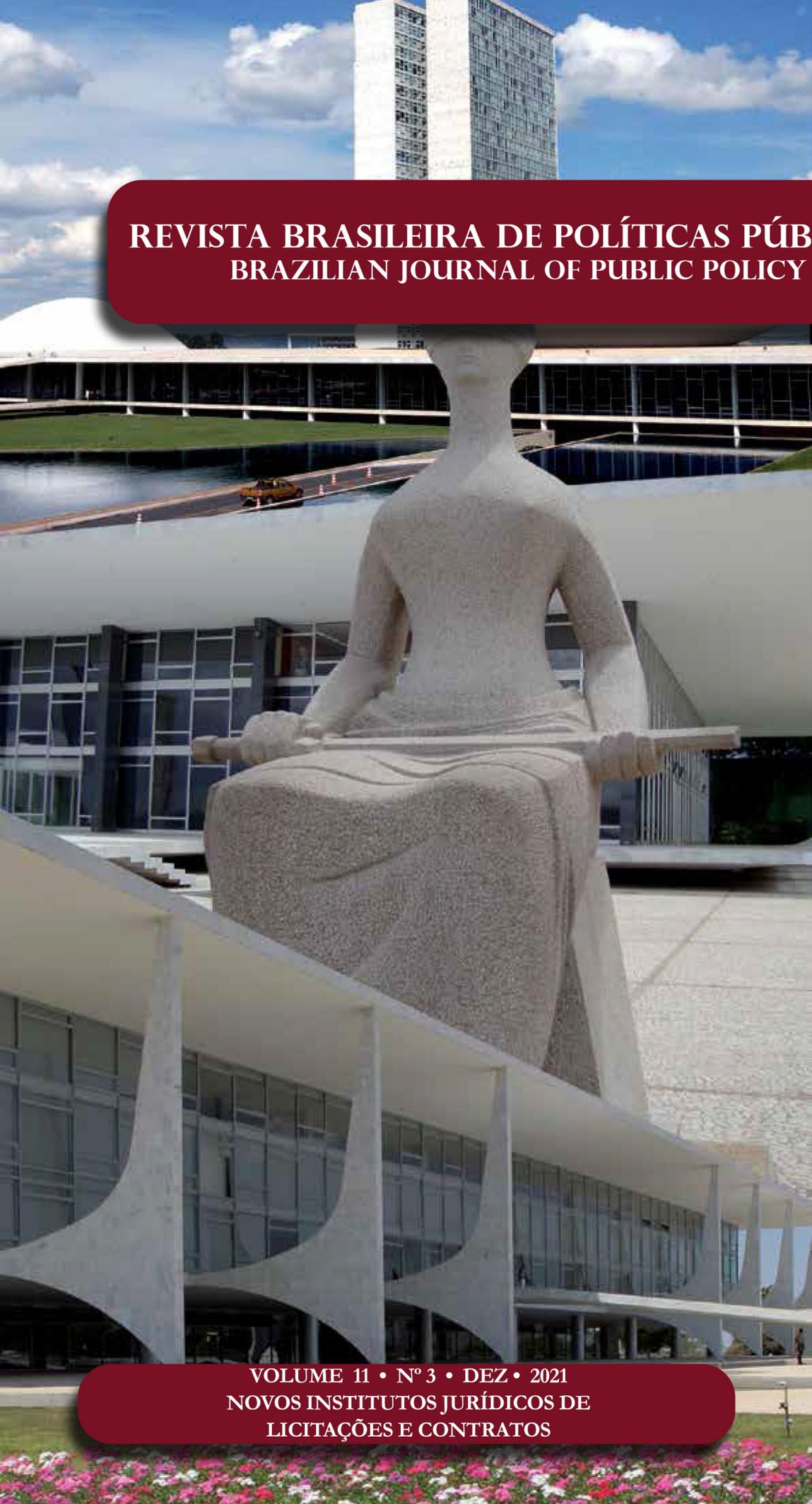
SANTOS, R. E. M. *et al.* Scales of political action and social movements in education: the case of the Brazilian Black Movement and Law 10.639. *Globalisation, Societies and Education*, v. 14, n. 1, p. 30-48, 2016.

SANTOS, S. A. A Lei 10.639/03 como fruto da luta anti-racista do Movimento Negro. *In: BRASIL. Educação anti-racista: caminhos abertos pela Lei Federal n. 10.639/03.* Brasília: MEC/SECAD, 2005. p. 21-37.

VITORELLI, E. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, v. 284, n. 10, p. 333-369, out. 2018.

VITORELLI, E. Medidas estruturais extrajudiciais implementando mudanças estruturais pela via do consenso. *In: VITORELLI, Edilson et al. Coletivização e unidade do direito.* Londrina-PR: Editora Thoth, 2020. v. 2. p. 287-310.

ZENKNER, M. Ministério Público e solução extrajudicial de conflitos. *In: RIBEIRO, C. V. A. (org.). Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais.* São Paulo: Atlas, 2010.



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Trajétoias e diretrizes das
políticas públicas nacionais para
a população infante-juvenil em
situação de rua**

**Pathways and guidelines of
national public policies for
children and adolescents in
street situation**

Wânia Cláudia Gomes Di Lorenzo Lima

Cynthia Xavier de Carvalho

Maria Creusa de A. Borges

VOLUME 11 • Nº 3 • DEZ • 2021
NOVOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE
LICITAÇÕES E CONTRATOS

Trajetórias e diretrizes das políticas públicas nacionais para a população infanto-juvenil em situação de rua*

Pathways and guidelines of national public policies for children and adolescents in street situation

Wânia Cláudia Gomes Di Lorenzo Lima**

Cynthia Xavier de Carvalho***

Maria Creusa de A. Borges****

Resumo

A conjuntura de crianças e adolescentes em situação de rua é vista como uma violação flagrante dos direitos sociais, relacionados ao direito à vida, envolvendo direitos civis e políticos. Apesar de a elaboração de ações sistematizadas que integram as Políticas Públicas para essa população ser direcionada ao Estado, há um grande desafio em conectar as linhas de ação, criando projetos multifacetados de intervenções estatais. No presente artigo, investigam-se os programas e as propostas federais, com base nas normas vinculadas às políticas públicas para crianças e adolescentes em situação de rua, publicadas desde 2003. Realizou-se uma pesquisa bibliográfica de caráter histórico-normativa, com arcabouço analítico, por meio eletrônico e manual, em indexadores, portais, buscadores acadêmicos, bases de dados e visitas às bibliotecas virtuais. As normas vinculadas às políticas públicas para a população-alvo foram classificadas em cinco dimensões: econômica, educacional, sociofamiliar, integridade física e pessoal e selecionadas em torno de combinações de palavras-chave em blocos. Nos últimos anos, houve progresso relativo à criação de um sistema normativo voltado para a população em extrema pobreza. No entanto, o problema maior ainda se concentra na dificuldade de articulação entre as diversas demandas que emergem na realidade das ruas. Além disso, não há lei com conteúdo normativo explícito e sistêmico a qual envolva todas as dimensões e necessidades específicas para crianças e adolescentes em situação de rua.

Palavras-chaves: Bases normativas. Políticas públicas. Crianças e adolescentes. Situação de rua.

Abstract

The situation of children and adolescents living on the streets is seen as a flagrant violation of social rights, related to the right to life, involving civil and political rights. Despite being directed to the State to elaborate systematized actions that integrate Public Policies for this population, there is a great

* Recebido em 10/04/2021
Aprovado em 25/06/2021

** Doutorado em Ciências Jurídicas pela UFPB. Professora da Faculdade Estácio de Sá - João Pessoa. Professora do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). João Pessoa - PB, Brasil.
E-mail: wclorenzo@terra.com.br.

*** Doutorado em Sociologia pela UFPB. Professora do Núcleo de Gestão, Universidade Federal de Pernambuco/Centro Acadêmico do Agreste (UFPE - CAA). Caruaru - PE, Brasil.
E-mail: cynthia.carvalho@ufpe.br.

**** Doutorado em Sociologia pela UFPE. Professora do Departamento de Direito Privado do Centro de Ciências Jurídicas e Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (Mestrado e Doutorado em Direito) da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). João Pessoa - PB, Brasil.
E-mail: mcaborges@gmail.com.

challenge in connecting the lines of action, creating multifaceted projects of State interventions. In this work, we highlight the historical-normative course of public policies since 2003, reviewing the norms linked to public policies for street children and adolescents. The focus was on federal programs and proposals, which were methodologically classified into five dimensions: economic, educational, socio-family, physical and personal integrity. The results showed that, in recent years, there has been progress in the creation of a normative system aimed at the population in extreme poverty, however the biggest problem still focuses on the difficulty of articulating the various demands that emerge in the reality of the streets. In addition, there is no law with explicit and systemic normative content that involves all the dimensions and specific needs studied in this work for street children and adolescents.

Keywords: Normative bases; Public policy; Children and adolescents; street situation

1 Introdução

A questão da “infância e juventude em situação de rua” deve ser colocada no centro do debate político-administrativo. Ela se manifesta por diferentes ângulos, demandando tutela do Estado por meio de ações individuais de proteção específica e controle jurisdicional das políticas públicas, decorrente da dimensão do direito ou interesse individual (ou coletivos).

As diretrizes e os objetivos das políticas públicas se concretizam pelo caráter diretivo dos programas governamentais, relativos à atribuição do Poder Executivo, mas cabe ao Poder Legislativo organizar, em leis de caráter geral e abstrato, a execução destas políticas. Goza o poder estatal executivo de liberdade discricionária para a aplicabilidade das políticas públicas, devido à variedade de condições administrativas para a sua execução. Se o foco da coletiva tem direitos reflexos de dimensão individual, necessita-se da sua jurisdicionalização, contribuindo para a ruptura da hegemonia real do Poder Executivo face à escolha de implantar ou não direitos sociais.

O estudo versa sobre o campo diferenciado de intervenção pública acerca de um universo específico da população — o problema de crianças e adolescentes em situação de rua. Foca-se nos fundamentos que norteiam as políticas adotadas no Brasil como instrumento de garantia dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes em condição de vulnerabilidade. O objetivo é fornecer um panorama das bases normativas que integraram e integram as políticas e os programas lançados pelo Estado, em nível federal, destacando como tentaram alcançar a questão da situação de rua.

A tese levantada é a de que há um sistema normativo norteador de políticas públicas para a população em situação de rua, que atende crianças e adolescentes, no entanto, não articula os fatores multidimensionais que as envolvem, bem como é falho em proteção jurídica para a sua exigibilidade de implantação na gestão pública.

Visando atingir o objetivo, o estudo se baseia numa revisão bibliográfica com foco histórico, documental e normativo, de caráter analítico, com pesquisa realizada por meio eletrônico e manual em indexadores, portais governamentais, buscadores acadêmicos, bases de dados, revistas e bibliotecas virtuais.

Para tanto, parte-se da revisão das diretrizes federais nos documentos oficiais destinados às políticas públicas para a população de rua a partir de 2003. Abrange-se o período dos Governos Federais dos presidentes Luiz Inácio Lula da Silva, Dilma Rousseff, Michel Temer e do atual governo de Jair Messias Bolsonaro, compreendendo o cenário inicial da pandemia do novo Coronavírus.

Trabalham-se as legislações por meio de blocos temáticos, optando, didaticamente, pela construção de 05 dimensões: econômica, educacional, sociofamiliar, integridade física e pessoal, que serão descritas no transcorrer desse trabalho. Consideram-se, para referência conceitual, crianças e adolescentes em situação

de rua que já tiveram vínculos familiares fragilizados ou rompidos e que possuem, na rua, mesmo transitória, uma relação como espaço de moradia e referência no seu cotidiano social. A análise da categoria “intervenção estatal” concentra-se em entender o significado das políticas públicas para crianças e adolescentes em condição de vulnerabilidade, bem como o contexto em que se apresenta na estrutura do Estado, na edificação da proteção e na organização do direito infanto-juvenil.

2 políticas para crianças e adolescentes em situação de rua

A situação de rua é um retrato do descompasso entre a garantia de direitos normatizados no Brasil e a efetivação deles, visivelmente violando princípios constitucionais. Quando se chega a uma política estatal de institucionalização com crianças e adolescentes, anteriormente, houve falhas na inserção ou ausência de políticas públicas para a construção da cidadania, voltadas para o convívio familiar e para inserção social.

As políticas públicas são instrumentos previstos no Sistema de Garantias de Direitos da Criança e do Adolescente para atuação estatal como assegurador dos direitos fundamentais, tendo como pilar o olhar da Proteção Integral. Para Mônica Leal¹, elas são “instrumentos de atuação (política) voltados à realização dos direitos fundamentais (jurídicos)”, dados por opções políticas, associadas à noção de discricionariedade.

O ponto chave se concentra como uma opção para realização de determinados fins: os direitos fundamentais. Segundo Petri², as políticas públicas são diretrizes para ações de indivíduos, organizações e Estado e devem ser entendidas como um conjunto de processos que culminam na escolha racional e coletiva de prioridades, para definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito. Canela Júnior³ as define como todos os atos legislativos e administrativos necessários à satisfação espontânea dos direitos econômicos e sociais. Pousa Júnior⁴, ao tratar de crianças e adolescentes como pessoas em situação de rua, divide os programas sociais em:

políticas desenvolvimentistas, que se concentram nas políticas de crescimento econômico e social do país, entra aqui a luta contra a pobreza; **políticas emancipatórias**, também desencadeadas a partir de políticas voltadas para a superação da pobreza, exigem novos arranjos institucionais capazes de promover a articulação entre políticas setoriais e formas mais amplas de participação do público; **política redistributiva**, se dividem em políticas estruturais e compensatórias, a primeira combina as políticas a partir da redistribuição de ativos (acesso ao crédito, impacto a longo e médio prazo), enquanto as compensatórias corrigem temporariamente, a posteriori com impacto de curto prazo.⁵

Não se tem como pensar nos problemas da infância e juventude sem analisar a estrutura de ações das políticas públicas e a responsabilidade do Poder Estatal para a criação de espaço que viabilize a formulação e controle, por meio da participação popular na gestão administrativa. Para Rizzini, Noiffe e Baptista⁶, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) entende que ambos devam estar assegurados por políticas de proteção, promoção e direitos, bem como as suas respectivas famílias.

¹ LEAL, Mônica Clarissa Henning. A dignidade humana e o princípio da proporcionalidade como fundamentos e como parâmetro para o controle jurisdicional de políticas públicas. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narcisio Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery. *Dignidade Humana, direitos sociais e não-positivismos inclusos*. Florianópolis: Qualis, 2015; pág. 144.

² PETRI, Maria José Constantino. *O direito das crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária: responsabilidade da família, da comunidade e do estado*. Tese - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

³ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do direito coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo poder judiciário*. Tese - Programa de pós-graduação em Direito, Universidade de São Paulo, 2009.

⁴ POUSA JÚNIOR, Efren Fernandez. *População em situação de rua: perspectivas atuais no resgate da cidadania e reinserção social*. Dissertação - Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2012.

⁵ POUSA JÚNIOR, Efren Fernandez. *População em situação de rua: perspectivas atuais no resgate da cidadania e reinserção social*. Dissertação - Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2012; pág. 13.

⁶ RIZZINI, Irene; NOIFFE, Luciana; BAPTISTA, Rachel. *Experiência de promoção do direito à convivência familiar e comunitária no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2006.

O próprio ECA⁷, ao discorrer sobre diretrizes da política de atendimento, determina a descentralização administrativa, municipalização das ações e participação popular na formulação, controle e fiscalização das políticas, por intermédio dos conselhos dos direitos da criança e do adolescente nos três níveis da federação: Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA), Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONDECA) e Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA). Esses órgãos são colegiados, permanentes, de caráter deliberativo e composição paritária e de gestores de políticas públicas, previstos na Lei n.º 8.242/91, fundamentais na elaboração de políticas destinadas à condição de vulnerabilidade.

Ao interpretar os artigos 87 e 88 do ECA, alterados pela Lei n.º 13.257, de 2016⁸, verifica-se a manutenção de fundos orçamentários dos conselhos, e também se projeta um sistema articulado, com criação de programas descentralizados político-administrativos referentes à garantia das políticas sociais básicas e programas especializados, destinados à proteção especial.

Enquanto os Conselhos são responsáveis pela definição da política de atendimento e controle do orçamento, em conexão com as políticas de Assistência Social, o Estatuto institui Conselhos Tutelares (CT) com papel de zelar, para que as medidas de proteção, apoio e orientação às crianças e adolescentes sejam cumpridas⁹.

As demandas da população em situação de rua geram a necessidade de diversos focos interligados, visando cessar as privações básicas. Para Petri¹⁰, as políticas públicas se exteriorizam por meio de planos, que podem ser de caráter geral (como o Plano Nacional de Saúde ou o Plano de Educação) ou específico (quando foca na violência sexual, na população de rua...). O instrumento normativo do plano é a lei, em que se estabelecem objetivos, instrumentos institucionais e condições para implementação.

Com a Constituição Federal (CF) de 1988 e a criação do ECA, o atendimento à criança e ao adolescente alterou-se significativamente, em especial no que diz respeito à inserção dos diplomas legais complementares para efetivação das políticas públicas. Em relação à assistência social, a CF, por meio do art. 194, qualificou, em relação à seguridade social, e, para referendar o texto constitucional, no ano de 1993, a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), alterada pela Lei n.º 12.435 de 2011, definiu o Sistema Único de Assistência Social (SUAS).

De acordo com essa legislação, há delimitação material entre os três entes federativos para efetivação das políticas públicas. Para Strapasson e Pamplona¹¹, a LOAS define a competência municipal para a execução de projetos de enfrentamento à pobreza e ações assistenciais emergenciais. Sendo assim, o poder público municipal passou a ter a tarefa de manter serviços e programas de atenção à população de rua, garantindo padrões básicos de dignidade e não violência para a concretização de mínimos sociais e dos direitos de cidadania.

No ano de 2005, o art. 23 da LOAS foi alterado por meio da Lei n.º 11.258, incluindo, na organização de serviços da Assistência Social, a necessidade de programas de amparo: “[...] às crianças e adolescentes em situação de risco pessoal e social, em cumprimento ao disposto no art. 227 da CF e na Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 [...] às pessoas que vivem em situação de rua”¹². A articulação da saúde com a assistência

⁷ BRASIL. *Lei Federal nº 8.069*, de 19 de setembro de 1990. Brasília, 1990.

⁸ BRASIL. *Lei Federal nº 13.257*, de 08 de março de 2016. Brasília, 2016a.

⁹ FONSECA, Franciele Fagundes et al. As vulnerabilidades na infância e adolescência e as políticas públicas brasileiras de intervenção. *Revista Paul Pediatría*, v. 31, n. 2, p. 258-64, 2013. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/rpp/v31n2/19.pdf> Acesso em: 18 jul. 2016.

¹⁰ PETRI, Maria José Constantino. *O direito das crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária*: responsabilidade da família, da comunidade e do estado. Tese - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

¹¹ STRAPASSON, Karoline; PAMPLONA, Danielle Anne. O direito em contradição: direitos humanos, atuação estatal e população em situação de rua. *Revista Política Pública*, São Luís, v. 18, n. 2, p. 439-456, jul./dez. 2014.

¹² BRASIL. *Lei Federal nº 11.258*, de 30 de dezembro de 2005. Brasília, 2005.

social é fundamental para o atendimento a essa população. A Lei Orgânica de Saúde (LOS), Lei n.º 8.080, de 28/12/1990, estabelece como dever do Estado assegurar a universalidade do acesso à saúde por políticas que promovam a integralidade de assistência com vista à sua promoção, proteção e recuperação¹³.

Outros marcos normativos impulsionaram políticas destinadas à população infanto-juvenil em situação de rua: o Estatuto da Juventude, Lei n.º 12.852, de 05/08/2013¹⁴; Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), de 06/07/2015¹⁵; Lei de Políticas Públicas para a Primeira Infância, Lei n.º 13.257, de 08/03/2016¹⁶.

Entrecruzam o contexto das crianças e adolescentes em situação de rua vários documentos de políticas públicas e legislações, que serão alocados em cinco dimensões (quadro 2), conforme as maiores necessidades desse público. O objetivo é abordar, didaticamente, os documentos que podem dar legitimidade à intervenção estatal. Destaca-se que essas dimensões não têm perfeita distinção entre elas.

Quadro 1 – dimensões conforme as necessidades de crianças e adolescentes em situação de rua¹⁷

Dimensões	Abrangência
Da pessoa	Legislações mais gerais voltadas para o contexto da criança e do adolescente ou para a população de rua. Na impossibilidade de identificar a linha de diretriz básica que caracteriza a ação principal, mas podendo identificar objetivamente a população-alvo, essas legislações serão categorizadas na Dimensão Pessoa.
Econômica	Remete a recursos financeiros voltados para manutenção individual ou melhoria da renda doméstica, reparação econômica dessa população. Pode incluir, ainda, proposta com extensão macro de combate à pobreza, voltada ao desenvolvimento econômico do país, além de formas de financiamento para ações sociais que envolvam a população em situação de rua.
Educacional	Alcança as ações de inserção dessa população na educação básica e/ou no ensino profissionalizante. Projetos que viabilizem a inserção da criança na escola ou de criação de novos modelos de escola para as crianças e adolescentes em situação de rua. Agrupam-se os guias de orientações técnicas, por tais documentos terem finalidade educacional para a construção de serviços de atendimento a essa população.
Integridade física	Remete ao bem-estar e à saúde física da população de rua, com projetos que viabilizam saúde, alimentação e moradia.
Sociofamiliar	Abarca propostas de reintegração às famílias. Contempla não somente o retorno às famílias, mas também a criação de novos laços em múltiplos arranjos familiares e em acolhimento institucional temporário.

A seguir (quadro 2), as legislações para criança e adolescente em situação de rua foram reunidas em grupos de dimensões, sendo cada eixo referencial para o estudo.

¹³ BRASIL. *Lei Federal n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Brasília, 1990b.

¹⁴ BRASIL. *Lei Federal n.º 12.852, de 05 de agosto de 2013*. Brasília, 2013a.

¹⁵ BRASIL. *Lei Federal n.º 13.146, de 06 de julho de 2015*. Brasília, 2015.

¹⁶ BRASIL. *Lei Federal n.º 13.257, de 08 de março de 2016*. Brasília, 2016a.

¹⁷ LIMA, Wânia C. G. Di Lorenzo. Crianças e adolescentes em situação de rua: propostas pedagógicas como instrumento de materialização do direito ao desenvolvimento. In: BORGES, Maria C. Araújo; SANCHES, Samyra H. Dal Farra Napolini. *Direito, Educação, Ensino e Metodologia Jurídicos I* (Recurso eletrônico on-line). Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=a3e8b5e0becdbf1>. Acesso em: 20 jul. 2015.

Quadro 2 – documentos direcionadores das políticas públicas e suas dimensões¹⁸

LEGISLAÇÃO / DATA	CONTEÚDO	DIMENSÃO
Lei n.º 10.836/2004 / Data: 09/01/2004.	Programa Bolsa-Família (PBF).	Econômica
Lei n.º 11.258 que alterou o art. 23 da Lei n.º 8.742/1993 / Data: 30/12/2005.	Inclui na LOAS a previsão expressa de programas para população em situação de rua na política de Assistência Social.	Pessoa
Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome / Data: 12/2006.	Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária.	Sociofamiliar
Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome / Data: 06/2009.	Orientações Técnicas para os Serviços de acolhimento para Crianças e Adolescentes.	Sociofamiliar
Resolução n.º 109/2009 do Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) / Data: 11/11/2009.	Centro de Referência Especializado para População em Situação de Rua (Centro POP). (Previsão no art. 7º do Decreto n.º 7.053 de 23 de dezembro de 2009).	Pessoa
Decreto Presidencial n.º 7.053 / Data: 23/12/2009.	Política Nacional para Inclusão Social da População de Rua.	Pessoa
Portaria n.º 3.305/09 – Ministério da Saúde / Data: 24/12/2009.	Comitê Técnico de Saúde da População em Situação de Rua.	Integridade física
Rede Nacional Primeira Infância (RNPI) – CONANDA / Data: aprovado em dezembro de 2010; revisado e atualizado em 2020.	Plano Nacional Primeira Infância (PNPI).	Pessoa
Portaria n.º 843 – Ministério de Estado do Desenvolvimento Social e Combate à Fome / Data: 28/12/2010.	Dispõe sobre o cofinanciamento federal, por meio do Piso Fixo de Média Complexidade – PFMC, dos serviços socioassistenciais ofertados pelos Centros de Referência Especializados de Assistência Social – CREAS e pelos Centros de Referência Especializados para População em Situação de Rua.	Econômica
Orientações Técnicas – Secretaria Nacional de Renda e Cidadania e Secretaria Nacional de Assistência Social; Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome – MDS / Data: 29/11/2011.	Orientações Técnicas: Centro de Referência Especializado para População em Situação de Rua – Centro POP, SUAS e População em Situação de Rua. Volume 3.	Educacional
Portaria n.º 122 – Ministério da Saúde / Data: 05/11/2011.	Programa Consultório de Rua.	Integridade física

¹⁸ LIMA, Wânia C. G. Di Lorenzo; BORGES, Maria C. de Araújo. Crianças e adolescentes em situação de rua: propostas pedagógicas como instrumento de materialização do direito ao desenvolvimento. In: BORGES, Maria C. Araújo; SANCHES, Samyra H. Dal Farra Naspolini. *Direito, Educação, Ensino e Metodologia Jurídicos I* (Recurso eletrônico on-line). Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=264>> Acesso em: 20 jul. 2015.

LEGISLAÇÃO / DATA	CONTEÚDO	DIMENSÃO
Ministério da Saúde – Secretaria de Atenção Básica à Saúde – Departamento de Atenção Básica/ Data: 2012.	Manual sobre Cuidado à Saúde junto à População em Situação de Rua.	Integridade física
Portaria n.º 595 – Ministério das Cidades / Data: 12/2013.	Define a população em situação de rua como alvo prioritário para participar de programas de habitação, como o “Minha Casa Minha Vida”.	Integridade física
Resolução n.º 2 – Ministério da Saúde – Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa / Data: 27/02/2013.	Plano Operativo para Implementação de Ações em Saúde da População em Situação de Rua.	Integridade física
Portaria n.º 35 – Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome / Data: 23/04/2014.	Altera a Portaria n.º 843, de 28 de dezembro de 2010, do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, que dispõe sobre o cofinanciamento federal, por meio do Piso Fixo de Média Complexidade – PFMC, dos serviços socioassistenciais ofertados pelos Centros de Referência Especializados de Assistência Social – Creas e pelos Centros de Referência Especializados para População em Situação de Rua.	Econômica
Portaria n.º 693 – Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República / Data: 25/11/2014.	Estabelece regras e critérios de execução e monitoramento do Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego no âmbito da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República – Pronatec Direitos Humanos.	Educação
Decreto n.º 7.492/11 , alterado pelo Decreto 8.794 / Data: 02/06/2011.	Plano Brasil sem Miséria.	Econômica
Resolução Conjunta n.º 1 do CNAS/CONANDA / Data: 15/12/2016.	Dispõe sobre o conceito e o atendimento de criança e adolescente em situação de rua e inclui o subitem 4.6, no item 4, do Capítulo III do documento Orientações Técnicas: Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes.	Pessoa
Resolução n.º 173 – CONANDA. Grupo de Trabalho – Crianças e adolescentes em situação de rua do CONANDA - Campanha nacional de enfrentamento à situação de moradia nas ruas de crianças e adolescentes / Data: 10/2017.	Diretrizes nacionais para o atendimento a crianças e adolescentes em situação de rua.	Pessoa

LEGISLAÇÃO / DATA	CONTEÚDO	DIMENSÃO
Resolução n.º 31 – Comissão Inter-gestores Tripartite – Ministério da Saúde. Data: 30/ 11/ 2017.	Dispõe sobre o II Plano Operativo (2017-2019) das ações de saúde previstas na Política Nacional para a População em Situação de Rua no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).	Integridade Física
Decreto n.º 9.894 / Data: 27/06/2019.	Dispõe sobre o Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento da Política Nacional para a População em Situação de Rua.	Pessoa
Portaria n.º 1.553 – Ministério da Saúde / Gabinete do Ministro / Data: 01/07/2019.	Credencia Municípios a receberem incentivos financeiros referentes às equipes de Consultório na Rua (eCR).	Integridade física
Lei n.º 13.982 – Altera a Lei n.º 8.742, de 07/12/1993 / Data: 02/04/2020.	Dispõe sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC) e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus (Covid-19).	Econômica
Decreto n.º 10.316, que regulamenta a Lei n.º 13.982, de 02/04/2020 / Data: 07/04/2020.	Estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus (Covid-19).	Econômico
Portaria n.º 04 – Ministério da Cidadania / Secretaria Especial do Desenvolvimento Social/Secretaria Nacional de Assistência Social / Data: 22/10/2020.	Orientações técnicas em conjunto para a atuação intersetorial e integrada entre a rede socioassistencial e as Comunidades Terapêuticas no enfrentamento da pandemia causada pelo Coronavírus (Covid-19), juntamente à população em situação de rua, usuária abusiva de substâncias psicoativas.	Pessoa
Portaria n.º 54 – Ministério da Cidadania / Secretaria Especial do Desenvolvimento Social / Secretaria Nacional de Assistência Social / Data: 01/04/2020.	Recomendações gerais aos gestores e trabalhadores do Sistema Único de Assistência Social (SUAS) dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, com o objetivo de garantir a continuidade da oferta de serviços e atividades essenciais da Assistência Social, com medidas e condições que garantam a segurança e a saúde dos usuários e profissionais do SUAS, no enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do Coronavírus (Covid-19), no âmbito do Sistema Único de Assistência Social.	Integridade Física

LEGISLAÇÃO / DATA	CONTEÚDO	DIMENSÃO
Portaria n.º 69 – Secretaria Nacional de Assistência Social / Data: 14/05/2020.	Recomendações gerais para a garantia de proteção social à população em situação de rua, inclusive imigrantes, no contexto da pandemia do novo Coronavírus (Covid-19).	Pessoa
Portaria n.º 369 – Ministério da Cidadania / Gabinete do Ministro / Data: 29/04/2020.	Dispõe acerca do atendimento do Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal – Cadastro Único, disposto pelo Decreto n.º 6.135, de 26 de junho de 2007, no Distrito Federal e nos municípios que estejam em estado de calamidade pública ou em situação de emergência reconhecidos pelos governos estadual, municipal, do Distrito Federal ou federal, inclusive a Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional declarada pela Organização Mundial da Saúde, em 30 de janeiro de 2020, em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (Covid-19).	Econômica
Resolução n.º 40 – Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos / Conselho Nacional dos Direitos Humanos / Data: 13/10/2020.	Dispõe sobre as diretrizes para promoção, proteção e defesa dos direitos humanos das pessoas em situação de rua, de acordo com a Política Nacional para População em Situação de Rua.	Pessoa
Recomendação conjunta n.º 1 – Conselho Nacional de Justiça; Conselho Nacional do Ministério Público, Ministério da Cidadania, Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos / Data: 16/ 05/ 2020.	Dispõe sobre cuidados a crianças e adolescentes com medida protetiva de acolhimento, no contexto de transmissão comunitária do novo Coronavírus (Covid-19), em todo o território nacional e dá outras providências.	Sociofamiliar

Atualizado pelas autoras (2021)

Tais dimensões se correlacionam, criando tensões para assumir o perfil de sua cobertura. Com base nos problemas e características que afetam a população foco, discute-se a abrangência das legislações por blocos, isso porque o quadro mostra que alguns programas elaborados pelos últimos governos se destinaram diretamente à população em situação de rua, outros voltaram-se para o contexto de desenvolvimento infanto-juvenil. Ainda, constata-se uma política de geração de renda como estratégia de intervenção de combate ao ciclo da pobreza. Recentemente, têm-se também vinculado as políticas emergenciais de caráter geral, focadas nos efeitos da situação pandêmica, mas com alcance à população em situação de rua. Para facilitar a análise desse contexto, o próximo item inicia-se pelo percurso normativo da dimensão pessoa.

2.1 Dimensão da pessoa

A CF, no seu artigo 203, reconhece a Assistência Social como política pública, direito do cidadão e dever do Estado, além de garantir a universalização dos direitos sociais. Em sintonia com a CF, a LOAS, modificada pela Lei n.º 11.258/2005, trouxe o cenário das ruas para a organização da Assistência Social, determinando, por meio do art. 23, a criação de programas de amparo, tanto para crianças e adolescentes em situação de risco pessoal e social como, especificamente, para as pessoas em situação de rua. O direito

à assistência social, por meio da proteção social, é constitucional e previsto no artigo 203, I, para todos que dele necessitem.

O guia de atuação ministerial em defesa dos direitos das pessoas em situação de rua conclui que a assistência social deverá ser prestada a todos os que dela necessitem, para a provisão dos mínimos sociais e o atendimento às necessidades básicas de que tratam a CF e a LOAS. Mínimo existencial é tratado como “um conjunto de fatores e direitos que são condições para uma existência digna”; qualquer omissão ou insuficiência na oferta de serviços que garantam o mínimo existencial é violação do dever do Estado de promover a dignidade da pessoa humana.

Acrescenta-se ao Sistema Brasileiro de Proteção Social (SBPS) a Política Nacional para Inclusão Social da População de Rua (Decreto Presidencial n.º 7.053/2009), que, além de prever a criação de Centros de Referência, com avanço na criação de redes de acolhimento temporário, estabeleceu diretrizes da atuação governamental para essa população.

A Política Nacional para Inclusão Social previu a criação de política de atendimento temporário integrada ao SUAS, cabendo ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) — atualmente incorporado ao Ministério da Cidadania — promover a reestruturação e ampliação da rede de acolhimento com transferência de recursos aos municípios, Estados e Distrito Federal. Tal política é estabelecida por serviços municipais especializados em abordagem social, instalados nos Centros de Referência Especializado para População em Situação de Rua (Centro POP) e Centro de Referência Especializado da Assistência Social (CREAS). Esses são unidades de Proteção Social Especializada (PSE) de Média Complexidade, de natureza pública e estatal, as quais ofertam serviço para pessoas que utilizam as ruas como espaço de moradia/sobrevivência. Segundo o governo federal, há cadastrados 219 Centros POP e 1.431 serviços de abordagem de rua¹⁹.

As redes de acolhimento temporário compõem um conjunto de Serviço Especializado em Abordagem Social, em especial para adolescentes e adultos, visando ao desenvolvimento de sociabilidades, na perspectiva de fortalecimento de vínculos interpessoais e/ou familiares que oportunizem a construção de novos projetos de vida. O problema é que a rede de acolhimento temporário não alcança por completo as necessidades das crianças, voltando-se mais para ações de acolhimento noturno, provendo dormitórios esporádicos. Tal proposta, além de não atender às necessidades de convivência familiar, provoca evasão.

O atendimento à infância tem como ponto norteador as ações propostas no Plano Nacional pela Primeira Infância (PNPI), criado em 2010 e alterado, em 2020, pela Lei n.º 13.257/2016 (Lei de Políticas Públicas para a Primeira Infância), que, por sua vez, também altera o ECA. Tal plano visa garantir o atendimento dos direitos da criança de até seis anos, propondo metas para serem executadas em um período de até doze anos (2011 a 2022), com nova proposta abrangendo o período de 2020 a 2030, bem como elaboração de planos estaduais, distrital e municipais²⁰.

Em 2017, o CONANDA, a Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (SNDCA/MDH) e a Campanha Nacional Criança “não é de Rua” lançaram o documento-guia “Diretrizes Nacionais para o Atendimento a Crianças e Adolescentes em Situação de Rua”. A publicação traz 64 diretrizes, que resultaram na Resolução n.º 187 do Conanda e nas conjuntas com o Conselho Nacional da Assistência Social (CNAS), Resoluções Conjuntas Conanda/CNAS n.º 1/2016 e n.º 1/2017 — um instrumento de orientação da rede de assistência social e demais políticas de atendimento à criança e ao adolescente em condição de vulnerabilidade trazida pela rua²¹.

¹⁹ BRASIL. *Monitoramento CENTROPOP*. 2017. Disponível em: <<https://monitoramento.presidencia.gov.br/observatorio/web/observatorio/crack/mapa/CentroPop>>. Acesso em: 09 fev. 2017.

²⁰ BRASIL. *Plano Nacional Primeira Infância: 2010-2022 | 2020-2030*. Rede Nacional Primeira Infância (RNPI); ANDI Comunicação e Direitos. 2ª ed. (revista e atualizada). Brasília, DF: RNPI/ANDI, 2020a. Disponível em <https://andi.org.br/wp-content/uploads/2021/07/andi-plano-nacional-pela-primeira-infancia-pnpi-web.pdf>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2022.

²¹ CONSELHO NACIONAL DE DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (CONANDA). *Conanda Lança Diretrizes*

Posteriormente, o Decreto n.º 9.894, de 27/07/2019²², reestruturou o Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento da Política Nacional para a População em Situação de Rua, realocando-o como órgão consultivo do atual Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. O documento alterou seis artigos, do 9º ao 14, do Decreto n.º 7.053, de 23/12/2009, à Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento.

Atualmente, o reflexo do cenário pandêmico da Covid-19 aflora, ainda mais, a vulnerabilidade da população em situação de rua. As condições de vida dessas pessoas — sem acesso à alimentação adequada, higiene, limpeza, moradia segura e a sua permanência constante em locais públicos — levam à exposição ainda maior à contaminação e à gravidade de sequelas provocadas pela infecção do novo Coronavírus. Dessa forma, chamam atenção duas portarias importantes de articulação e estratégias para essa situação emergencial.

A primeira, Portaria n.º 69, de 14/05/2020²³, da Secretaria de Assistência Social, traz, por intermédio da Nota Técnica n.º 13/2020, recomendações gerais para a garantia de proteção social à população em situação de rua, inclusive imigrantes, no contexto da pandemia do novo Coronavírus, Covid-19. Considera a nota que as condições de vida dessas pessoas em situação de rua são ainda mais preocupantes pela exposição a riscos nos espaços públicos (sujeitas à violência, ao precário acesso à alimentação, à falta de locais adequados e seguros para dormir e fazer sua higiene pessoal, à falta de acesso a itens de higiene e limpeza e de condições para higienização de suas roupas, pertences, alimentos etc.) e pelas dificuldades de se manter o distanciamento social (a falta de moradia e o caráter coletivo dos serviços de acolhimento dificultam o distanciamento social).

Nela, observa-se o direcionamento para que as localidades elaborem Plano(s) de Contingência e Organização no âmbito do SUAS, com descrição de algumas medidas, entre elas, estão: orientações e informações sobre a pandemia e sobre serviços e locais de atendimento do SUAS; disponibilidade de itens básicos de subsistência; espaços e materiais para a realização de higiene pessoal (banheiros e chuveiros) e higienização de roupas; segurança de acolhida, por meio do acesso a Serviços de Acolhimento, moradia provisória, alojamento ou outras alternativas; inclusão no Cadastro Único e acesso a programas sociais e benefícios, a exemplo do Programa Bolsa Família, auxílio emergencial criado no contexto da pandemia e Benefício de Prestação Continuada (BPC); atenção especial àqueles que integrem grupos de risco, visando à sua proteção; atendimento e encaminhamentos à rede de saúde, inclusive nos casos de suspeita ou contaminação pelo novo Coronavírus.

A segunda, Portaria n.º 04, de 22/10/2020²⁴, do Ministério da Cidadania/Secretaria Especial do Desenvolvimento Social/Secretaria Nacional de Assistência Social, é direcionada mais especificamente para população em situação de rua usuária abusiva de substâncias psicoativas. Nesta, é aprovada a Nota Técnica n.º 47/2020, com orientações e recomendações gerais para a atuação intersetorial e integrada entre a rede socioassistencial e as Comunidades Terapêuticas (CTs), requerendo atenção diferenciada e articulada do poder público, para execução de ações ágeis e estratégicas do Projeto «Acolhimento em Comunidades Terapêuticas de usuários de álcool e outras drogas que se encontram em situação de rua». A nota orienta a disponibilização de vagas para o acolhimento dessas pessoas e faz recomendações de ações intersetoriais e integradas entre os Centros de Referência de Assistência Social (CRAS), Centros de Referência Especializados de Assistência Social (CREAS), Centros de Referência para População em Situação de Rua (Centro Pop), equipes

Nacionais para o Atendimento a Crianças e Adolescentes em Situação de Rua. Disponível em: <<https://www.direitosdacrianca.gov.br/noticias-2017/conanda-lanca-diretrizes-nacionais-para-o-atendimento-a-criancas-e-adolescentes-em-situacao-de-rua>> . Acesso em: 08 out. 2019.

²² BRASIL. *Decreto n.º 9.894*, de 27 de junho de 2019. Brasília, 2019.

²³ BRASIL. *Portaria conjunta n.º 69*, de 18 de maio de 2020, do Ministério da Cidadania/Secretaria Especial do Desenvolvimento Social/Secretaria Nacional de Assistência Social. Diário Oficial da União, edição 93 (seção 1, página 379), 2020b.

²⁴ BRASIL. *Portaria Conjunta n.º 04*, de 22 de outubro de 2020, do Ministério da Cidadania/Secretaria Especial do Desenvolvimento Social/Secretaria Nacional de Assistência Social. Diário Oficial da União, edição 204 (seção 1, página 385), 2020c.

de abordagem social, entre outros; e a Rede de Atenção Psicossocial (RAPS), composta pelas Comunidades Terapêuticas, Residências Terapêuticas, pelos Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), entre outros.

Ainda sobre os dispositivos recentes, destaca-se a resolução n.º 40, de 13/10/2020²⁵, do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos/Conselho Nacional dos Direitos Humanos, a qual se “destina a estabelecer diretrizes para promoção, proteção e defesa dos direitos humanos das pessoas em situação de rua, crianças, adolescentes, adultas e idosas...” (art. 1º). Além das diretrizes gerais, o documento aborda a questão dos Direitos Humanos, especificando alguns direitos fundamentais, com peculiaridades para essa população, por exemplo: Direito à Cidade, Direito à Moradia; Assistência Social; Segurança Pública; Sistema de Justiça; Educação; Saúde; Direito das Mulheres; LGBTI; Trabalho; Segurança Alimentar e Nutricional; Cultura, Esporte e Lazer.

De qualquer modo, há preocupação com a normatização de políticas de atendimento emergencial para a população de rua. Há inquietação com o contágio e a transmissão do vírus diante da vulnerabilidade maior dessa população, mas a política de atendimento deve abranger, de forma geral, minimizando os efeitos da situação e contemplando, cada vez mais, direitos para essa população.

2.2 Dimensão econômica

A preocupação com a igualdade de renda, a fim de atenuar o efeito da pobreza e conseguir a emancipação e dignidade humana das pessoas em condição de exclusão econômica, fez surgir as políticas públicas econômicas compensatórias. Para Risatto, Martins e Almeida²⁶, a concepção de políticas compensatórias é de que existe uma minoria em desvantagem, situada abaixo de uma “linha de pobreza”, divisória utilizada para definir o público-alvo de tais políticas. A população de rua constitui a situação mais grave de desigualdade econômica e social.

A mais usual política compensatória se reflete nos programas de transferência de renda. No Brasil, eles se relacionam mais com a necessidade de enfrentamento emergencial da pobreza absoluta, que adquiriu destaque nas agendas públicas, do que propriamente com um programa que busca compensar os desajustes das mudanças do mundo do trabalho e das desigualdades reflexas da situação de nova pobreza²⁷.

O Programa Bolsa Família (PBF) passou a ser um dos maiores instrumentos de política social em número de beneficiários no Brasil²⁸. Criado pela Medida Provisória n.º 132/2003 e instituído pela Lei n.º 10.836, em 09/01/2004, no governo de Luiz Inácio da Silva, unificou alguns programas de transferência direta de renda com condicionalidades, beneficiando famílias em situação de pobreza e de extrema pobreza²⁹. O PBF atende a famílias inseridas no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal. O benefício varia com a composição e renda da família³⁰.

²⁵ BRASIL. *Resolução n.º 40*, de 05 de novembro de 2020, do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Diário Oficial da União, edição 211 (seção 1, página 144), 2020d.

²⁶ RISSATO, Denise; MARTINS, Fernando José; ALMEIDA, Janaína Aparecida de Mattos. *Políticas públicas compensatórias: uma discussão preliminar*. Trabalho apresentado no 5º Seminário Nacional Estado e Políticas Sociais. Unioeste, Cascavel, 2011.

²⁷ CARNEIRO, Annova Míriam Ferreira. *A centralidade da família no Programa Bolsa Família: análise referenciada no programa em São Luís – MA*. Tese – Doutorado em Políticas Públicas. Universidade Federal do Maranhão, 2010.

²⁸ RISSATO, Denise; MARTINS, Fernando José; ALMEIDA, Janaína Aparecida de Mattos. *Políticas públicas compensatórias: uma discussão preliminar*. Trabalho apresentado no 5º Seminário Nacional Estado e Políticas Sociais. Unioeste, Cascavel, 2011.

²⁹ O Programa Nacional de Renda Mínima vinculado à Educação – Bolsa-Escola (Lei 10.219, 11/04/2001) e o Programa Nacional de Acesso à Alimentação (PNAA) – Cartão Alimentação (Lei 10.689, 13/06/2003), transferência de renda não condicionada; o Programa Nacional de Renda Mínima vinculada à Saúde – Bolsa-Alimentação (MP 2.206-1, 06/09/2001), transferência de renda condicionada às ações da família em prol da educação e saúde; o Programa Auxílio-Gás (Decreto 4.102, 24/01/2002); e Cadastro Único do Governo Federal (Decreto 3.877, 24/07/2001).

³⁰ BRASIL. Ministério da Cidadania – Secretaria Especial de Desenvolvimento Social. *Bolsa Família repassa R\$ 2,6 bilhões de reais aos beneficiários em fevereiro*, 2019a. Disponível em: <<http://mds.gov.br/area-de-imprensa/noticias/2019/fevereiro/bolsa-familia-repassa-r-2-6-bilhoes-de-reais-aos-beneficiarios-em-fevereiro>>. Acesso em: 11 set. 2019.

Silva³¹ aborda, como aspecto positivo do PBF, a ampliação do programa de transferência de renda para famílias sem filhos e moradores de rua, expondo que o PBF não foca, apenas, determinadas fases de vida e/ou estados fisiológicos, e sim o combate à pobreza. A inserção de moradores de rua no PBF, no entanto, ainda é um desafio, devido à dificuldade de colocação dessa população no Cadastro Único de Programas Sociais, que oportunizam o ingresso em programas sociais promovidos pelo Governo Federal.

A política redistributiva do PBF foi um dos eixos do Plano Brasil sem Miséria (BSM), no governo Dilma Rousseff, preconizando a proteção à família inteira, ao invés do indivíduo, focalizado nas famílias vulneráveis. A proposta foi considerar todo o grupo familiar e, juntamente com os recursos financeiros para complementação da renda, estimular as famílias a frequentar e utilizar os serviços da rede pública de saúde, educação e assistência social³². O BSM, instituído pelo Decreto n.º 7.492/11, de 02/06/2011, visou, por meio da articulação de políticas, programas e ações, à superação da situação de extrema pobreza da população brasileira. As alterações (Decreto n.º 8.794/16) visaram: à elevação de renda familiar *per capita* dessa população; à ampliação do acesso aos serviços públicos; à geração de ocupações e renda por meio de ações de inclusão produtiva³³.

Apesar dos benefícios, há discussão sobre a eficácia desses programas, cercada por vieses e polêmicas. De um lado, há a visão de que o PBF é uma política compensatória, baseada no assistencialismo. Para Druck e Figueiras³⁴, o Bolsa Família constitui política assistencialista, clientelista e manipuladora do ponto de vista político, que pode ser reduzida e/ou retirada, ao sabor dos interesses de cada governo. De outro lado, há a visão de impacto positivo desses programas, que parte do pressuposto de que conceder crédito às famílias implica ampliação do acesso ao consumo de bens e serviços, melhorando a capacidade das pessoas de fazer escolhas³⁵. Sobre o olhar favorável, Costa³⁶ compreende que o Bolsa Família é uma política de transferência de renda condicionada ao cumprimento de contrapartidas comportamentais, o que significa a corresponsabilidade das famílias, especificamente nas áreas de saúde e educação.

Ainda na dimensão econômica, em 12/2006, o MDS lançou a Portaria 381, prevendo o cofinanciamento de serviços continuados de acolhimento institucional para população de rua, com municípios de mais de 250 mil habitantes. A portaria estabeleceu critérios/procedimentos para o repasse de recursos financeiros aos municípios, destinados à expansão dos serviços socioassistenciais cofinanciados pelo Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS), no âmbito do SUAS, ao desenvolvimento e aprimoramento da gestão dos Centros de Referência de Assistência Social (CRAS) e Centros de Referência Especializados de Assistência Social (CREAS), no exercício de 2006. Essa portaria impulsionou financeiramente a criação dos CREAS para Moradores de Rua (CREAS POP), já descritos na dimensão pessoa.

Em dezembro de 2010, o MDS, por meio da Portaria n.º 843, alterada pela Portaria n.º 35, de 23/04/2014, instituiu o cofinanciamento federal sobre o Piso Fixo de Média Complexidade (PFMC) dos serviços socioassistenciais ofertados pelos CREAS e Centros de Referência Especializados para População em Situação de Rua. Tais portarias fixaram os recursos repassados aos Estados e municípios para a criação e a manutenção dos serviços socioassistenciais de proteção social especial, incluindo os tratados para a população de rua.

³¹ SILVA, André Ricardo Fonsêca. *Impacto do programa bolsa família na luta fundiária da comunidade quilombola da Caiana dos Crionlos*: um estudo sobre cidadania. Tese – Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas e Formação Humana, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERFJ, Rio de Janeiro, 2015.

³² BRASIL. *Lei Federal n.º 10.836*, de 09 de janeiro de 2004. Brasília, 2004.

³³ CAMPELLO, Tereza; FALCÃO, Thiago; COSTA, Patrícia Vieira. *O Brasil Sem Miséria*. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2014.

³⁴ DRUCK, Graça; FIGUEIRAS, Luiz. Política social focalizada e ajuste fiscal: as duas faces do governo Lula. *Revista Katálysis*, Florianópolis, v. 10, n. 1, p. 24-34, jan./jun. 2007 (Página 31).

³⁵ DOMINGOS, Renata Martins. *O direito à segurança de renda e o programa bolsa família*: medidas de proteção e desproteção social no município de João Pessoa entre 2004 e 2014. Dissertação - Programa de pós-graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2015.

³⁶ COSTA, Rosita Soares Pereira. *Bolsa família*: Avaliação do impacto do programa sobre a pobreza no Brasil. Tese - Programa de Pós-Graduação em Economia da Universidade de Brasília – UnB, Brasília, 2015

Cumpramos ressaltar a importância das políticas macroeconômicas no combate à pobreza, as quais refletem no problema da situação de rua. Elas se constituem em um conjunto de medidas estatais que afetam o comportamento dos agregados econômicos, como renda, produto, nível geral de preços e emprego. Segundo Vasconcellos³⁷, envolvem “a atuação do governo sobre a capacidade produtiva e despesas planejadas, com o objetivo de permitir que a economia opere a pleno emprego, com baixas taxas de inflação e com uma distribuição de renda justa”. Esse foco não é dado nessa obra, mas não se pode deixar de refletir que uma das vertentes teóricas de explicação da “situação de rua”, proposta por Ferreira³⁸, relaciona-se a fatores “macro” — macrossociais e macroeconômicos —, como os processos de globalização econômica, urbanização acelerada e contexto dos movimentos sociais.

Segundo a “Pesquisa Nacional de Amostras por Domicílio Contínuo”³⁹, cerca de 170 mil pessoas entraram no grupo de extrema pobreza do país (com menos de R\$ 1,90 por dia). O Nordeste foi a única região com aumento da concentração de renda (Índice de Gini), com perda de renda para os 10% mais baixos e renda alta para 1% mais rico. Nesse contexto, a pandemia impõe desafios para essa parte mais pobre e, em especial, para uma parcela da população que se encontra em situação de vulnerabilidade.

A Portaria n.º 369/2020⁴⁰, do Ministério da Cidadania, dispôs acerca do atendimento do Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal no Distrito Federal e nos municípios que estejam em estado de calamidade pública, inclusive a Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional declarada pela Organização Mundial da Saúde, em 30 de janeiro de 2020, em decorrência da infecção humana pelo novo Coronavírus (Covid-19). A partir dessa portaria, estabeleceram-se critérios e operacionalização, prevendo o repasse de recursos financeiros, visando à ampliação de capacidade de resposta do SUAS às demandas da população em situação de vulnerabilidade e risco social, ocasionada pela Covid-19.

Vale salientar que, de acordo com a PNAD-Contínua⁴¹, o Brasil, que hoje tem uma população estimada de 211.755.692 habitantes, teve uma taxa de desemprego equivalente a 14,6% no 3º trimestre de 2020, ou seja, 14,1 milhões de desempregados, aumentando 2,8 pp em relação ao mesmo período do ano anterior (as mulheres representavam 50,9%). Como o IBGE também informa o percentual de pessoas afastadas do mercado de trabalho por desânimo, o número de desempregados pode não ter sido mais significativo, porque muitos pararam de procurar emprego em 2020, ou ficaram indisponíveis, devido à pandemia. Isso pode repercutir diretamente sobre os processos e programas de produtividade e inclusão no trabalho para a população em situação de rua neste momento.

Diante desse cenário, foi então instituído o Auxílio Emergencial, por meio da Lei n.º 13.982/2020⁴², regulamentada pelo Decreto n.º 10.316/2020, instituindo, entre outros aspectos, um benefício financeiro para trabalhadores individuais, microempreendedores individuais, autônomos e desempregados, para fornecer proteção emergencial durante o período de crise provocada pela Covid-19, em torno de R\$ 600,00 mensais, pagos durante três meses.

Com desafios políticos e econômicos para continuidade do auxílio emergencial no ano de 2021 e face ao avanço da pandemia e ao aumento da pobreza, a situação tende a impor perdas mais significativas para a população mais vulnerável. Em recente reportagem, destacou-se que, no contexto de desigualdade e pobre-

³⁷ VASCONCELLOS, Marcos Antônio Sandoval de. *Fundamentos de Economia*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 91.

³⁸ PEREIRA, Felipe. *Nas entranhas*. Em São Paulo as pessoas já não moram somente embaixo, mas dentro de buracos de pontes e viadutos. Publicado em 19 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://tab.uol.com.br/edicao/pelas-entranhas/index.htm#page2>. Acesso em: 07/02/2021.

³⁹ IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua* – PNAD Contínua trimestral. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/17270-pnad-continua.html?=&t=o-que-e>. Acesso em: 05/02/2021.

⁴⁰ BRASIL. *Portaria n.º 369*, de 30 de abril de 2020, do Ministério da Cidadania. Diário Oficial da União, edição 82 (seção 1, página 17), 2020e.

⁴¹ IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua* – PNAD Contínua trimestral. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/17270-pnad-continua.html?=&t=o-que-e>. Acesso em: 05/02/2021.

⁴² BRASIL. *Lei Federal n.º 13.982*, de 02 de abril de 2020. Brasília, 2020f.

za, mais pessoas estão em situação de rua no Brasil. Em São Paulo, as pessoas vivem sob viadutos e dentro de buracos em pontes e viadutos⁴³.

A necessidade de isolamento social e de maior controle da higiene, com lavagem frequente das mãos e uso de álcool a 70%, difundidos como mecanismos de controle do contágio da COVID – 19, desvelou, ainda mais, a desigualdade socioeconômica dessa população que já vem de um quadro de extrema vulnerabilidade, sendo desprovida das condições sanitárias mínimas. Muitos tinham como fonte geradora econômica a mendicância, as doações e os trabalhos informais prestados em feiras livres, comércios, praças e ruas. Os decretos com restrições diminuíram o movimento de pessoas que poderiam chegar mais próximos para ajudá-los e fecharam muitos lugares onde era possível desenvolver algumas atividades informais para obter seu sustento. As medidas rígidas de recolhimentos como a de *lockdown*, limitação de horário de permanência em lugares coletivos e suspensão de atividades em geral, ampliaram o desafio de sobrevivência para essa população. Di Lorenzo Lima, Carvalho & Borges⁴⁴ comentam sobre a contradição em se difundir o lema “fique em casa” enquanto essa população não tem sequer onde ficar, nem o que comer.

2.3 Dimensão educacional

A dimensão educacional agrega estratégias de políticas de superação da vulnerabilidade da criança ao processo educacional institucionalizado. A análise parte da capacidade de se criarem/recriarem métodos para a inserção dessa população na educação básica/profissionalizante.

O direito à educação é reconhecido na legislação. Além da CF de 1988 e do ECA, há lei que regulamenta o direito à educação, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), de 1996. O artigo 32, *caput*, da LDB reza que o ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, terá por objetivo a formação básica do cidadão.

Rizzini⁴⁵ afirma que a trajetória escolar de meninos e meninas de rua costuma ser irregular e confusa. Alguns tentam frequentar a escola, mas, durante o ano letivo, acabam desistindo. A escola — com horário predeterminado de chegada e de saída, com conteúdos programáticos longe da realidade da vivência na rua, além das experiências dos outros grupos escolares, geralmente com um grau mais acentuado de enquadramento social e familiar — constitui barreira na adaptação da população infanto-juvenil de rua.

Para Bandeira, Koller e Hutz⁴⁶, a vivência da rua tem demonstrado outras formas de aprendizagem e desenvolvimento, adequadas a uma metodologia própria de ensino. Alguns programas e projetos de políticas públicas buscaram adequação das estruturas de escolarização na rua. Em 2014, ocorreu a expansão do Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (Pronatec), com a criação do Pronatec Pop Rua, visando à qualificação profissional das pessoas em situação de rua e à sua inserção no mercado de trabalho⁴⁷. O problema refere-se ao fato de que, em algumas cidades, houve obstáculos para a efetivação do programa no que se refere à empregabilidade, por falta de parceria dos empresários⁴⁸.

⁴³ PEREIRA, Felipe. *Nas entranhas*. Em São Paulo as pessoas já não moram somente embaixo, mas dentro de buracos de pontes e viadutos. Publicado em 19 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://tab.uol.com.br/educacao/pelas-entranhas/index.htm#page2>. Acesso em: 07/02/2021.

⁴⁴ DI LORENZO LIMA, W. C. G., CARVALHO, C. X. de, & BORGES, M. C. de A. (2021). Situação de rua no referencial da sociedade de risco: o direito à liberdade e ao desenvolvimento. *Revista Brasileira De Sociologia do Direito*, 8(2), p. 212-238. <https://doi.org/10.21910/rbsd.v8i2.376>.

⁴⁵ RIZZINI, Irene. *Os Deserdados da Sociedade – Os ‘Meninos de Rua’ na América Latina*. Rio de Janeiro: USU – Editora Universitária, 1995.

⁴⁶ BANDEIRA, Denise Rushcel; KOLLER, Silva Helena; HUTZ, Cláudio Sinom. Desenvolvimento psicossocial e profissionalização: uma experiência com adolescentes de risco. *Psicologia Reflexão e Crítica*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 185-207, 1996.

⁴⁷ BRASIL. *Portaria SDH nº 693*, de 25 de novembro de 2014. Brasília, 2014. Disponível em: <https://abmes.org.br/arquivos/legislacoes/Port-SDH-693-2014-11-25.pdf>. Acesso em 04/04/2021.

⁴⁸ CARTA CAPITAL. *Em São Paulo, programa para moradores de rua enfrenta obstáculos*, 2014. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/programa-para-profissionalizar-moradores-de-rua-em-sp-esbarra-na-empregabilidade-8441/> Acesso em:

As propostas de inovação educacional para a população de rua são baseadas no modelo de educação fundamentado na Pedagogia Social, em que a educação é feita a partir de objetos e conhecimentos socialmente produzidos e de caráter interdisciplinar, articulando-se a outras áreas do conhecimento, como a Sociologia, Antropologia, Psicologia e História da Educação⁴⁹.

Encontram-se na literatura relatos de tentativa de recriar a educação tradicional com inserção da educação social, em diferentes Estados brasileiros, fragmentados em propostas assistenciais, governamentais e não governamentais de educação e profissionalização de pessoas em situação de rua. Um exemplo é o Programa de Educação de Rua (PER), descrito por Rocha e Todesco⁵⁰, quando levantaram a trajetória de proposta pedagógica com crianças e adolescentes nas ruas de São Paulo.

Visto isso, associa-se à dimensão educacional o guia de orientações técnicas para atuação no Centro de Referência Especializado para População em Situação de Rua (Centro POP). O documento-guia, publicado no dia 29/11/2011, tinha a finalidade educacional para construção de serviços de atendimento impulsionando a criação de guias estaduais e do Ministério Público para a defesa dos direitos das pessoas em situação de rua.

Segundo relatório da UNICEF (2021), com dados da Pnad sobre a situação educacional na pandemia, em outubro de 2020, foi registrado o percentual de 3,8% (1.380.891) de crianças e adolescentes entre 6 e 17 anos que frequentavam a escola, seja no ensino presencial ou remoto. Conforme exposto, esse percentual foi superior ao apresentado em 2019 (2%). Além disso, 11,2% dos estudantes afirmaram estar na escola, confirmaram que não tiveram acesso às atividades escolares, contabilizando um total de aproximadamente 5,5 milhões de crianças e adolescentes sem adequado acesso à escola ou educação de qualidade.

Seja qual for o método educacional empregado, é notório que o distanciamento das crianças e adolescente em situação de extrema vulnerabilidade das escolas fica ainda mais evidente em tempo de pandemia. Com a suspensão das aulas presenciais, o isolamento social e o redirecionamento da educação para o ensino híbrido, a população infanto-juvenil em situação de rua enfrenta desafios para o alcance da educação formal ainda distantes de serem solucionados pela gestão escolar pública. Isto devido ao fato de que a nova conjuntura didática do ensino à distância que a pandemia exige recai em problemas tecnológicos, de estrutura ambiental e social, que se entrelaçam em discussões mais amplas sobre a inclusão digital e inclusão escolar no país.

Desse modo, diversos fatores podem ser elencados para a distância dessa população à era atual da escola virtual, híbrida, ou mesmo das possibilidades que têm sido apontadas acerca do *homeschooling*. São fatos que demandam acesso a aparatos tecnológicos específicos (equipamentos, internet de última geração, entre outros), além de um ambiente doméstico adequado para atenção e concentração que se exige na assimilação dos conteúdos ofertados, mas que se sabe, não consiste na realidade de muitos que vivenciam as circunstâncias da situação de rua. Ainda, há o problema da alimentação, em muitos casos, referentes a merendas escolares que encontram os nutrientes energéticos de sobrevivência.

Tudo isso se agrava devido às dificuldades de adaptação e de estrutura de funcionamento que o ensino à distância exige nesse tempo de pandemia, especialmente pelos problemas que a rede pública de ensino vem enfrentando. A UNESCO⁵¹, em relatório publicado em setembro de 2019, diz que a crise do Covid-19

10 out. 2019.

⁴⁹ CARVALHO, Josué de Oliveira; CARVALHO, Lindalva R. S. O. *A educação social no Brasil: contribuições para o debate*. Trabalho apresentado no I Congresso Internacional de Pedagogia Social. 2006. Disponível em: <http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?pid=MSC000000092006000100024&script=sci_arttext&tlng=pt> Acesso em: 24 abr. 2017.

⁵⁰ ROCHA, Patrícia Rodrigues; TODESCO, Carla Alexandra do Amaral. *Programa de educação de rua*: Fundação Projeto Travessia. Trabalho apresentado no 1º Congresso Internacional de Pedagogia Social, março 2006.

⁵¹ UNESCO. *A Comissão Futuros da Educação da Unesco apela ao planejamento antecipado contra o aumento das desigualdades após a COVID-19*. Paris: Unesco, 16 abr. 2020. Disponível em: <https://pt.unesco.org/news/comissao-futuros-da-educacao-da-unesco-apela-ao-planejamento-antecipado-o-aumento-das>. Acesso em: 4 jun. 2020.

afetou mais de 90% dos estudantes no mundo. Consagra a UNICEF⁵², em relatório sobre a acessibilidade do aprendizado remoto, o problema do número de crianças em locais em que o calendário das escolas e a manutenção das atividades de educação foram interrompidos devido à ocorrência da pandemia como uma emergência global, apresentando um número de 463 milhões de crianças em todo o mundo, desde a pré-escola até o ensino médio, sem continuidade nas suas atividades escolares. Segundo o relatório, pelo menos, 31% das crianças em idade escolar não foram alcançadas por programas de aprendizagem remota, sobretudo devido à falta de bens domésticos necessários ou de políticas focadas nas suas necessidades.

2.4 Dimensão integridade física

As pessoas que estão em situação de rua sofrem severas alterações no seu estado físico e no mental, dadas as precárias condições de alimentação, higiene, moradia, cuidados pessoais e exposição ao uso de drogas e álcool. A missão de aliviar o sofrimento humano e abraçar o bem-estar físico e mental, aparentemente vinculada ao acesso à saúde pública — ainda tão distante para essa população —, abrange políticas de aproximação à moradia digna, à alimentação saudável, de trabalho e de acesso à saúde pública.

A saúde das pessoas em situação de rua foi uma preocupação na instalação da Política Nacional para Inclusão Social da População de Rua. A Portaria n.º 3.305 do Ministério da Saúde (MS), de 24/12/2009, instituiu o Comitê Técnico de Saúde da População em Situação de Rua, formado por representantes da sociedade civil, movimentos sociais e gestores do Ministério da Saúde. Dentre as atribuições do Comitê estabelecidas no artigo 2º, há ações de garantia do acesso, por essa população, aos serviços do SUS. O avanço foi dado pela Portaria n.º 122 do Ministério da Saúde, de 05/01/2011, criando o Programa Consultório de Rua.

O Ministério da Saúde, por meio da Secretaria de Atenção Básica à Saúde, lançou, em 2012, o Manual sobre Cuidado à Saúde juntamente à População em Situação de Rua, indicando diversas profissões para a composição dos Consultórios na Rua. Posteriormente, esse Ministério, por intermédio da Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa (Seget-MS), aprovou, pela Resolução n.º 2 da Comissão Intergestores Tripartite do MS, de 27/02/2013, o plano operativo para implementação de ações em saúde para essa população. O plano definiu “diretrizes e estratégias de orientação para enfrentamento das iniquidades e desigualdades em saúde dessa população no âmbito do Sistema Único de Saúde”.

Para Macareta, Magalhães e Resende⁵³, com a nova política de atendimento à saúde, a população de rua ganha espaço no SUS, com proposta de atendimentos na rua e em unidades fixas, envolvendo questões de saúde (ferimentos e enfermidades — tuberculose, hanseníase, HIV...), associadas a transtornos psicóticos graves e vulnerabilidades sociais extremas, uma realidade diferente de padrões estabelecidos.

Matraca, Araújo-Jorge e Wimmer⁵⁴ ressaltam a participação do Agente Comunitário de Saúde de/na RUA como pilar da equipe. Isso porque o problema de saúde da população de rua não se concentra nas dificuldades de acesso ao modelo intervencionista de tratamento a patologias, mas também no alcance da saúde pública preventiva, no acompanhamento do desenvolvimento físico e mental da criança e do adolescente. Sem isso, eles crescem praticamente desprovidos da possibilidade de se construírem diagnósticos precoces.

⁵² UNICEF. *Covid-19: are children able to continue learning during school closures? a global analysis of the potential reach of remote learning policies using data from 100 countries*. <https://www.unicef.org/brazil/media/10006/file/remote-learning-factsheet.pdf>. Acesso em: 04/06/2021.

⁵³ MACARETA, Iacã; MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander; RESENDE, Noelle Coelho. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Org). *Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua*. Belo Horizonte: Editora D Plácito, 2014, p. 293 .

⁵⁴ MATRACA, Marcus Vinicius Campos; ARAÚJO-JORGE, Tania Cremonini; WIMMER, Gert. O PalhaSUS e a Saúde em Movimento nas Ruas: relato de um encontro. *Revista Interface – comunicação, saúde e educação*, Botucatu (SP) ano 18, supl 2, p. 529-1536, 2014. Disponível em: <<http://interface.org.br/edicoes/v-18-supl-2-2014>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

Importa salientar que, com o objetivo de ampliar o escopo dessas ações, a Portaria n.º 1.553, de 01/07/2019 do Ministério da Saúde⁵⁵, abriu espaço para que os municípios pudessem credenciar os programas para receberem incentivos financeiros, referentes às equipes de Consultório na Rua (eCR).

Falar em saúde também requer a discussão sobre as condições de moradia e de higiene, o direito à moradia digna é pressuposto para a dignidade humana, desde 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e recepcionada pela CF de 1988, pela Emenda Constitucional n.º 26/00, em seu artigo 6º, *caput*.

Do ponto de vista de preocupação com a política de moradia, a Portaria n.º 595, de 12/2013, do antigo Ministério das Cidades, definiu a população em situação de rua como alvo prioritário de programas de habitação, como o “Minha Casa Minha Vida” (PMCMV), que foi instituído em 2009, pela Lei n.º 11.977, para reduzir o déficit habitacional, ampliando subsídio para a faixa de pessoas com renda familiar até três salários-mínimos e adotando medidas para reduzir o custo da habitação (desoneração tributária para a habitação de interesse social, barateamento do seguro e criação do Fundo Garantidor da Habitação).

O PMCMV compreende dois subprogramas: Programa Nacional de Habitação Urbana (PNHU) e Programa Nacional de Habitação Rural (PNHR), com estrutura operacional em linhas por faixa de renda dos beneficiários. Na primeira faixa, está o grupo de renda familiar mensal mínima. A seleção é feita pelas prefeituras municipais ou Distrito Federal, pelos critérios da Lei Federal n.º 11.977/2009. Essa Lei estabelece preferência para: (a) famílias residentes em áreas de risco, insalubres, desabrigadas; (b) famílias com mulheres responsáveis pela unidade familiar; e (c) famílias com pessoas portadoras de necessidades especiais⁵⁶.

No PMCMV enquadram-se também as pessoas em situação de rua, mas é um desafio: muitos não têm renda, ou, quando têm, são inconstantes, não podendo se comprometer com contrapartidas financeiras; as cotas geralmente não são cumpridas pelas prefeituras, ou, quando são, não atendem à demanda; poucos são contemplados, porque a base da inserção é o sorteio; há um longo processo burocrático até a entrega da unidade habitacional. Além disso, as crianças e os adolescentes que se encontram em situação de rua não podem aderir, de forma pessoal, ao programa e constantemente estão na rua sem seus pais/responsáveis, restando, como políticas de atendimento, voltar para o *habitat* da família, ou serem inseridos em acolhimento institucional/familiar⁵⁷.

É possível encontrar outras tentativas de políticas habitacionais para moradores de rua, como a locação social ou auxílio-moradia — benefício temporário, para remoção de famílias domiciliadas em áreas de risco, desabrigadas por vulnerabilidade temporária ou calamidade pública. Trata-se de um recurso assistencial mensal, por tempo determinado, equivalente ao custo de um aluguel popular, em caráter de urgência. Como a responsabilidade do aluguel é da pessoa em situação de vulnerabilidade, há dificuldade em conseguir formalmente alugar uma residência, devido aos entraves burocráticos dos contratos de aluguéis e de preconceitos quanto à situação social. Além disso, ao alugar um imóvel, geralmente, com o valor estipulado de uma moradia popular, aquele não é acompanhado pelos móveis e utensílios, aumentando a dificuldade de estruturação do lar.

Além da habitação, a saúde física inclui a alimentação adequada, um direito contemplado no artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e no Comentário Geral n.º 12 da ONU. Tal direito é contemplado nas políticas públicas de Segurança Alimentar e Nutricional (SAN), abraçadas pelo Programa Bolsa Família.

⁵⁵ BRASIL. Portaria n.º 1.553, de 04 de julho de 2019, do Ministério da Saúde. Diário Oficial da União, edição 127 (seção 1, página 84), 2019b.

⁵⁶ MARQUES, Laura Marques de. *Minha Casa Minha Vida: Análise da percepção de valor sobre as áreas comuns*. Dissertação – Programa de Pós-Graduação em Planejamento Urbano e Regional. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

⁵⁷ MARQUES, Laura Marques de. *Minha Casa Minha Vida: Análise da percepção de valor sobre as áreas comuns*. Dissertação – Programa de Pós-Graduação em Planejamento Urbano e Regional. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

A segurança alimentar e nutricional, que adquiriu centralidade nas agendas governamentais dos últimos anos, com a Lei Orgânica de Segurança Alimentar (LOSAN), Lei Federal n.º 11.346/2006, e com a EC 64, integrou, no art. 6º da CF, o direito à alimentação⁵⁸. A alimentação adequada passou a ser considerada um direito dos cidadãos e um dever do Estado, tornando obrigatórias medidas para redução da fome, priorizando as pessoas em situação de insegurança alimentar e nutricional⁵⁹.

A Política Nacional para a População em Situação de Rua, descrita nos objetivos do art. 7º, vincula-se a “implementar ações de segurança alimentar e nutricional suficientes para proporcionar acesso permanente à alimentação pela população em situação de rua à alimentação, com qualidade”⁶⁰. A alimentação das crianças e dos adolescentes em situação de rua geralmente associa-se à mendicância e a trabalhos informais. É comum a busca de alimentos em sobras de restaurantes e feiras, por ações filantrópicas e programas sociais de distribuição de alimentos, a exemplo dos sopões. Entende-se que o direito à alimentação somente alcança uma verdadeira dimensão humana quando contempla as necessidades funcionais e a garantia da saúde integral^{61 62}.

Sobre a dimensão bem-estar físico e mental, há, na falta de acesso ao mercado de trabalho, uma característica das pessoas em situação de rua. Com o foco na infância e juventude, o problema é o acesso precoce ao mundo de trabalho irregular. A exploração da mão de obra infantil, a hipervulnerabilidade para trabalho degradante e impactos para o desenvolvimento pessoal são preocupações das políticas públicas para infância e juventude.

No Brasil, a CF de 1988 dispõe, no art. 7º, XXXIII, alterado pela EC n.º 20, de 1998, a proibição “de trabalhos noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos”. Em consonância, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) readequou a redação do art. 403, dispondo que é proibido qualquer trabalho a menores de dezesseis anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos. Destaca-se, ainda, que o Decreto n.º 3.597, de 12/09/2000, da Presidência da República, promulga a Convenção 182 e a Recomendação 190 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para a sua eliminação.

Sobre a integridade física, é importante destacar as normativas publicadas em caráter excepcional para o enfrentamento pandêmico. Nela, há a Portaria de n.º 54, publicada em 1º de abril de 2020, pelo Ministério da Cidadania / Secretaria Especial do Desenvolvimento Social / Secretaria Nacional de Assistência Social, a qual aprova, por meio de nota técnica, recomendações gerais aos gestores e trabalhadores do Sistema Único de Assistência Social (SUAS) dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, com o objetivo de garantir a continuidade da oferta de serviços e atividades essenciais da Assistência Social, com medidas e condições que garantam a segurança e a saúde dos usuários e profissionais do SUAS.

Particularmente o documento trouxe recomendações gerais para o funcionamento do Centro de Referência Especializado para População em Situação de Rua (CENTRO POP), durante a situação de emergência em saúde pública, as quais englobam, entre outros: equipamentos abertos e suspensão temporária de atividades coletivas; medidas para evitar aglomeração, a exemplo de atendimento presencial com distanciamento de pelo menos um metro entre as pessoas; utilização de ambientes amplos, arejados e limpos, podendo ser, inclusive, locais abertos, como varandas, quintais e tendas, observadas as condições de privacidade;

⁵⁸ BRASIL. *Lei Federal n.º 11.346*, de 15 de setembro de 2006. Brasília, 2006.

⁵⁹ MÜLLER, Marcela. *O direito social fundamental à alimentação adequada e sua proteção no contexto das organizações internacionais*. 2014. Dissertação – Programa de Pós-Graduação em Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Itaúna. Itaúna, 2014.

⁶⁰ BRASIL. *Decreto Lei n.º 7.053*, de 23 de dezembro de 2009. Brasília, 2009.

⁶¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁶² VAZ, José Eduardo Parlato Fonseca. *O Direito Social à Alimentação*. Associação Brasileira de Direito Processual. 2010. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/37-artigos-ago-2010/3661-o-direito-social-a-alimentacao>> Acesso em: 15 jun. 2017.

acesso à alimentação, aos espaços para higiene pessoal e a *kits* de higiene, de forma organizada, evitando aglomerações; limpeza sistemática do ambiente e a observância de recomendações sanitárias locais quanto à guarda de pertences individuais, considerando o tempo de sobrevivência do vírus em objetos; encaminhamentos para serviços de acolhimento ou para outras alternativas de acolhimento a esta população, além de atendimentos às demandas de saúde; ações das equipes de abordagem social com uso de carro de som, megafones e outros meios, para facilitar o trabalho nos espaços públicos.

2.5 Dimensão sociofamiliar

O delineamento da dimensão sociofamiliar abarca as ações de reintegração familiar de crianças e adolescentes em situação de rua, no processo de retorno às suas famílias de origem (natural ou extensa), após terem passado por acolhimento institucional, familiar ou somente pela rua. Abrange também a criação de novos laços em famílias substitutas, constituídas por múltiplos arranjos familiares.

As políticas fundadas nas orientações do ECA devem objetivar a preservação de vínculos familiares e comunitários, opondo-se à institucionalização de crianças e adolescentes, o que contribui para o afastamento familiar e comunitário. O Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, publicado em 2006, pelo MDS, foi um importante documento que reflete a responsabilidade das políticas sociais, em especial, o atendimento às famílias em situação de maior vulnerabilidade social e pessoal. Entre as suas diretrizes, existe a responsabilidade do Estado nas políticas integradas de apoio à família.

Seron⁶³ argumenta que o rompimento fortuito com a família natural, estabelecendo a destituição do poder familiar, somente pode ocorrer em último caso, quando for constatado que existe, de fato, algo maior que impeça a permanência da criança e do adolescente na família de origem. Para Suziani Lemos⁶⁴, uma das tarefas mais desafiadoras e difíceis para os profissionais do Direito reside nas demandas do Poder Judiciário as quais envolvam pedido de suspensão ou destituição do poder familiar. A dificuldade está em identificar o melhor para a criança, diante da complexidade do conflito.

Entre os objetivos do Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária (PNCFC), está “a necessidade de articulação e integração das políticas, programas, projetos, serviços e ações de apoio sociofamiliar”⁶⁵. Parte-se da integralidade da rede psicossocial de proteção como paradigma de busca das potencialidades da família, protagonista da situação de rua, com inúmeros fatores sociais e econômicos que levam à vulnerabilidade.

O CONANDA e o CNAS, por meio da Resolução Conjunta com outros órgãos, publicaram o CNAS/CONANDA n.º 1, de 18 de junho de 2009, com as Orientações Técnicas para os Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes, regulamentando a organização e a oferta de serviços de acolhimento. Em 2013, houve o processo de expansão e reordenamento desses serviços para crianças, adolescentes e jovens até 21 anos, com a publicação das Resoluções n.º 15 e 17, pela Comissão Intergestores Tripartite (CIT) e da aprovação das Resoluções n.º 23 e 31, pelo Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS).

Pela Resolução Conjunta CNAS/CONANDA n.º 1 (15/12/2016), o documento “Orientações Técnicas: Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes” foi modificado, sendo incluído o subitem 4.6, no

⁶³ SERON, Paulo César. Destituição do poder e drogadição: a psicologia e as intervenções familiares. In: Congresso Internacional da Psicologia da UEM: Psicologia e direitos humanos: formação, atuação e compromisso social, VI, 2015, Maringá – PR. *Anais...* Maringá, 2015. Disponível em: <<http://cippsi.vwi.co.br/anais/publicacoes/letter/d>>. Acesso em: 06 abr. 2017.

⁶⁴ LEMOS, Suziani de Cássia Almeida. *A família e a destituição do poder familiar* - um estudo psicanalítico. Dissertação – Programa de Pós-Graduação em Psicologia, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia – MG, 2015.

⁶⁵ BRASIL. *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária (PNCFC)*. 2006. Disponível em: <https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/Plano_Defesa_Criancas-Adolescentes%20.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.

Capítulo III. Nele, crianças e adolescentes em situação de rua compõem um público que requer serviços diferenciados de atendimento e níveis de cuidado peculiar.

Os serviços de proteção social atuam por meio dos CRAS, com famílias e indivíduos em seu contexto comunitário, objetivando fortalecer os vínculos familiares e o convívio sociofamiliar e comunitário. Os de alta complexidade são aqueles que garantem proteção integral, moradia, alimentação, higienização e trabalho protegido para famílias e indivíduos que se encontram sem referência e, ou, em situação de ameaça, necessitando ser retirados de seu núcleo familiar/comunitário. A ponderação entre a necessidade e a possibilidade de reintegração familiar deve ser tratada nas políticas de atendimento sem perder de vista que o direito à convivência familiar não pode se limitar à família natural, sendo esta prioridade, mas não a única probabilidade.

Essa visão foi fortalecida ainda mais com a publicação da Recomendação Conjunta n.º 1, publicada em 16 de abril de 2020, pelo Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público, Ministério do Estado da Cidadania, Ministério do Estado da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos⁶⁶. Tais recomendações levantam a possibilidade de medidas e procedimentos emergenciais que assegurem a continuidade da oferta dos serviços de acolhimento, a prevenção da transmissibilidade do novo Coronavírus, Covid-19, e a proteção de crianças, adolescentes e profissionais do Sistema Único de Assistência Social – SUAS.

Entre as medidas e procedimentos, estão: a priorização de procedimentos para concessão de guarda provisória a pretendentes previamente habilitados para adoção de crianças e adolescentes em serviços de acolhimento, que estão em estágio de convivência para adoção; reintegração familiar de crianças e adolescentes em serviços de acolhimento institucional, quando observadas as condições seguras para cuidado e proteção juntamente à família de origem, nuclear ou extensa; funcionamento emergencial com cuidado do fluxo diário de entrada e saída de profissionais, adaptação do espaço físico, reorganização dos serviços nas instituições de acolhimento e atendimento em subgrupos de até dez crianças e/ou adolescentes; sensibilização das Famílias Acolhedoras habilitadas, para que possam acolher mais de uma criança ou adolescente. Além do mais, reforça a figura do padrinho afetivo e levanta a chance, em caráter excepcional, depois de esgotadas as possibilidades de manutenção da medida de acolhimento institucional, da permanência da criança ou adolescente, por decisão judicial, na residência de cuidadores diretos, de demais profissionais do serviço de acolhimento ou de padrinhos afetivos⁶⁷.

Todas as recomendações contidas no documento visam assegurar condições adequadas das instituições de acolhimento para o enfrentamento do contágio do Covid, bem como buscar meios alternativos para diminuir o fluxo de crianças e adolescentes nas instituições, retirando-as de qualquer possibilidade de aglomeração.

3 Considerações finais

Os poucos registros das efetivas ações governamentais federais traçadas diretamente para a infância e juventude em situação de rua necessitaram aqui integrar conceitos e dimensionar critérios, para entender melhor a evolução das diretrizes e do conjunto normativo das escolhas governamentais de políticas públicas destinadas a essa população-alvo.

⁶⁶ BRASIL. *Recomendação Conjunta n.º 1*, de 17 de abril de 2020, do Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público, Ministério da Cidadania, Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Diário Oficial da União, edição 74-A (seção 1 – extra, página 1), 2020g.

⁶⁷ BRASIL. *Recomendação Conjunta n.º 1*, de 17 de abril de 2020, do Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público, Ministério da Cidadania, Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Diário Oficial da União, edição 74-A (seção 1 – extra, página 1), 2020g.

Observou-se que existe, sim, um sistema normativo norteador, base para implantação de políticas públicas que visem à reintegração familiar e social de crianças e adolescentes em situação de rua. Houve um redirecionamento das diretrizes dessas políticas nos últimos anos, dadas como passo inicial em 2009 e ampliadas agora com a situação e as demandas que envolvem o cenário da pandemia do novo Coronavírus. O foco de mudanças foi a criação de políticas para um sistema de amparo pessoal e familiar, em substituição às antigas políticas de institucionalização de menores nas ruas.

As dimensões didaticamente escolhidas para investigação histórica normativa não podem ser vistas de forma isolada, devem ser interligadas aos direitos fundamentais que estão sendo violados na condição de rua.

A questão ainda está longe de ser superada, as diretrizes normativas não nos asseguram a implantação e a obrigação de execução de tais políticas. Descobre-se, portanto, que a legislação vigente é ineficiente no sentido de cobrar a responsabilização dos Estados e municípios, pelo cumprimento das diretrizes normativas federais dos direitos da criança e do adolescente em situação de rua. Há necessidade de mecanismos jurídicos mais contundentes de cobrança para a responsabilização dos gestores públicos. Necessita-se, contudo, mais ainda, que a população entenda que o problema envolve todos: sociedade, família e Estado.

Referências

aBRAMOVICH, Victor. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. *Revista Internacional de direitos humanos – SUR*, ano 2, n. 2, p. 188-223, 2005.

BANDEIRA, Denise Rushcel; KOLLER, Silva Helena; HUTZ, Cláudio Sinom. Desenvolvimento psicossocial e profissionalização: uma experiência com adolescentes de risco. *Psicologia Reflexão e Crítica*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 185-207, 1996.

BRASIL. *Ações da Política Nacional*. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, 2014. Disponível em: <<https://www.mdh.gov.br/navegue-por-temas/populacao-em-situacao-de-rua/acoes-da-politica-nacional>>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. *Decreto Lei n.º 7.053*, de 23 de dezembro de 2009. Brasília, 2009.

_____. *Guia de políticas públicas de juventude*. Brasília: Secretaria Geral da Presidência da República, 2006. Disponível em: <<http://bibjuventude.ibict.br/jspui/bitstream/192/117/1/guiajuventude1.pdf>> Acesso em: 06 jul. 2014.

_____. *Lei Federal n.º 8.069*, de 13 de julho de 1990. Brasília, 1990a.

_____. *Lei Federal n.º 8.080*, de 19 de setembro de 1990. Brasília, 1990b.

_____. *Lei Federal n.º 11.258*, de 30 de dezembro de 2005. Brasília, 2005.

_____. *Lei Federal n.º 13.146*, de 06 de julho de 2015. Brasília, 2015.

_____. *Lei Federal n.º 13.257*, de 08 de março de 2016. Brasília, 2016a.

_____. *Lei Federal n.º 12.852*, de 05 de agosto de 2013. Brasília, 2013a.

_____. *Lei Federal n.º 12.696*, de 25 de julho de 2012. Brasília, 2012.

_____. *Lei Federal n.º 10.836*, de 09 de janeiro de 2004. Brasília, 2004.

_____. *Lei Federal n.º 13.982*, de 02 de abril de 2020. Brasília, 2020f.

_____. Ministério da Cidadania – Secretaria Especial de Desenvolvimento Social. *Bolsa Família repassa R\$ 2,6 bilhões de reais aos beneficiários em fevereiro*, 2019a. Disponível em: <<http://mds.gov.br/area-de-impre>

sa/noticias/2019/fevereiro/bolsa-familia-repassa-r-2-6-bilhoes-de-reais-aos-beneficiarios-em-fevereiro> Acesso em: 11 set. 2019.

_____. *Monitoramento CENTROPOP*. 2017. Disponível em: <<https://monitoramento.presidencia.gov.br/observatorio/web/observatorio/crack/mapa/CentroPop>>. Acesso em: 09 fev. 2017.

_____. *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária (PNCFC)*. 2006. Disponível em: <https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/Plano_Defesa_CriancasAdolescentes%20.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. *Plano Nacional Primeira Infância: 2010-2022 | 2020-2030*. Rede Nacional Primeira Infância (RNPI); ANDI Comunicação e Direitos. 2ª ed. (revista e atualizada). Brasília, DF: RNPI/ANDI, 2020a. Disponível em <https://andi.org.br/wp-content/uploads/2021/07/andi-plano-nacional-pela-primeira-infancia-pnpi-web.pdf>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2022.

_____. *Política Nacional para inclusão social da População em situação de rua*. 2008b. Disponível em: <<http://www.recife.pe.gov.br/noticias/arquivos/2297.pdf>> Acesso em: 25 set. 2016.

_____. *Portaria conjunta n.º 69*, de 18 de maio de 2020, do Ministério da Cidadania/Secretaria Especial do Desenvolvimento Social/Secretaria Nacional de Assistência Social. Diário Oficial da União, edição 93 (seção 1, página 379), 2020b.

_____. *Portaria Conjunta n.º 04*, de 22 de outubro de 2020, do Ministério da Cidadania/Secretaria Especial do Desenvolvimento Social/Secretaria Nacional de Assistência Social. Diário Oficial da União, edição 204 (seção 1, página 385), 2020c.

_____. *Portaria da SDH n.º 693*, de 25 de novembro de 2014. Brasília, 2014. Disponível em: <https://abmes.org.br/arquivos/legislacoes/Port-SDH-693-2014-11-25.pdf>. Acesso em 04/04/2021.

_____. *Portaria n.º 369*, de 30 de abril de 2020, do Ministério da Cidadania. Diário Oficial da União, edição 82 (seção 1, página 17), 2020e.

_____. *Portaria n.º 1.553*, de 04 de julho de 2019, do Ministério da Saúde. Diário Oficial da União, edição 127 (seção 1, página 84), 2019b.

_____. *Recomendação Conjunta n.º 1*, de 17 de abril de 2020, do Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público, Ministério da Cidadania, Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Diário Oficial da União, edição 74-A (seção 1 – extra, página 1), 2020g.

_____. *Resolução n.º 40*, de 05 de novembro de 2020, do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Diário Oficial da União, edição 211 (seção 1, página 144), 2020d.

CAMPELLO, Tereza; FALCÃO, Thiago; COSTA, Patricia Vieira. *O Brasil Sem Miséria*. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2014. Disponível em: <https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/brasil_sem_miseria/livro_o_brasil_sem_miseria/livro_obrasilsemmiseria.pdf> Acesso em: 21 ago. 2017.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do direito coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo poder judiciário*. Tese – Programa de pós-graduação em Direito, Universidade de São Paulo, 2009.

CARNEIRO, Annova Míriam Ferreira. *A centralidade da família no Programa Bolsa Família: análise referenciada no programa em São Luís – MA*. 2010. Tese – Doutorado em Políticas Públicas. Universidade Federal do Maranhão, 2010.

CARTA CAPITAL. *Em São Paulo, programa para moradores de rua enfrenta obstáculos*, 2014. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/programa-para-profissionalizar-moradores-de-rua-em-sp-situacao-de-rua-empregabilidade-8441/>> Acesso em: 10 out. 2019.

CARVALHO, Josué de Oliveira; CARVALHO, Lindalva R. S. O. *A educação social no Brasil: contribuições para o debate*. Trabalho apresentado no I Congresso Internacional de Pedagogia Social. 2006. Disponível em: <http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?pid=MSC0000000092006000100024&script=sci_arttext&tlng=pt> Acesso em: 24 abr. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Guia de Atuação Ministerial: defesa dos direitos das pessoas em situação de rua*. Brasília: CNMP, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (CONANDA). *Conanda lança Diretrizes Nacionais para o Atendimento a Crianças e Adolescentes em Situação de Rua*. Disponível em: <<https://www.direitosdacrianca.gov.br/noticias-2017/conanda-lanca-diretrizes-nacionais-para-o-atendimento-a-criancas-e-adolescentes-em-situacao-de-rua>> . Acesso em: 08 out. 2019.

COSTA, Rosita Soares Pereira. *Bolsa família: Avaliação do impacto do programa sobre a pobreza no Brasil*. Tese – Programa de Pós-Graduação em Economia da Universidade de Brasília – UnB, Brasília, 2015.

DOMINGOS, Renata Martins. *O direito à segurança de renda e o programa bolsa família: medidas de proteção e desproteção social no município de João Pessoa entre 2004 e 2014*. Dissertação – Programa de pós-graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2015.

DRUCK, Graça; FIGUEIRAS, Luiz. Política social focalizada e ajuste fiscal: as duas faces do governo Lula. *Revista Katálysis*, Florianópolis, v. 10, n. 1, p. 24-34, jan./jun. 2007.

DI LORENZO LIMA, Wania. Cláudia Gomes, CARVALHO, Cynthia Xavier de, & BORGES, Maria C. de Araújo. Situação de rua no referencial da sociedade de risco: o direito à liberdade e ao desenvolvimento. *Revista Brasileira De Sociologia do Direito*, 8(2), p. 212-238. <https://doi.org/10.21910/rbsd.v8i2.376>. 2021.

FERREIRA, Frederico Poley Martins. Crianças e adolescentes em situação de rua e seus macro determinantes. *Revista Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 20, n. 2, p. 338-349, 2011. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/sausoc/v20n2/07.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2017.

FONSECA, Franciele Fagundes et al. As vulnerabilidades na infância e adolescência e as políticas públicas brasileiras de intervenção. *Revista Paul Pediatría*, v. 31, n. 2, p. 258-64, 2013. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/rpp/v31n2/19.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2016.

IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD Contínua trimestral*. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/17270-pnad-continua.html?=&t=o-que-e>. Acesso em: 05/02/2021.

LEAL, Mônica Clarissa Henning. A dignidade humana e o princípio da proporcionalidade como fundamentos e como parâmetro para o controle jurisdicional de políticas públicas. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narcisio Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery. *Dignidade Humana, direitos sociais e não-positivismos incluso*. Florianópolis: Qualis, 2015.

LEMOS, Suziani de Cássia Almeida. *A família e a destituição do poder familiar – um estudo psicanalítico*. Dissertação – Programa de Pós-Graduação em Psicologia, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia – MG, 2015.

LIMA, Wânia C. G. Di Lorenzo. Crianças e adolescentes em situação de rua: propostas pedagógicas como instrumento de materialização do direito ao desenvolvimento. In: BORGES, Maria C. Araújo; SANCHES, Samyra H. Dal Farra Napolini. *Direito, Educação, Ensino e Metodologia Jurídicos I* (Recurso eletrônico on-line). Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=a3e8b5e0becdbfb1>. Acesso em: 20 jul. 2015.

LIMA, Wânia C. Gomes Di Lorenzo. *Meninos(as) da rua ou meninos(as) do estado: um estudo sobre a postura intervencionista estatal no enfrentamento da situação de rua*. Tese – Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas. Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2017.

MACARETA, Iacã; MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander; RESENDE, Noelle Coelho. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Org.). *Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua*. Belo Horizonte: Editora D'Plácito, 2014.

MARQUES, Laura Marques de. *Minha Casa Minha Vida: Análise da percepção de valor sobre as áreas comuns*. Dissertação - Programa de Pós-Graduação em Planejamento Urbano e Regional. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

MATRACA, Marcus Vinicius Campos; ARAÚJO-JORGE, Tania Cremonini; WIMMER, Gert. O Palha-SUS e a Saúde em Movimento nas Ruas: relato de um encontro. *Revista Interface – comunicação, saúde e educação*, Botucatu (SP) ano 18, supl 2, p. 529-1536, 2014. Disponível em: <<http://interface.org.br/edicoes/v-18-supl-2-2014>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

MÜLLER, Marcela. *O direito social fundamental à alimentação adequada e sua proteção no contexto das organizações internacionais*. 2014. Dissertação – Programa de Pós-Graduação em Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Itaúna. Itaúna, 2014.

PEREIRA, Felipe. *Nas entranhas*. Em São Paulo as pessoas já não moram somente embaixo, mas dentro de buracos de pontes e viadutos. Publicado em 19 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://tab.uol.com.br/edicao/pelas-entranhas/index.htm#page2>. Acesso em: 07/02/2021.

PETRI, Maria José Constantino. *O direito das crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária: responsabilidade da família, da comunidade e do estado*. Tese – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

POUSA JÚNIOR, Eflen Fernandez. *População em situação de rua: perspectivas atuais no resgate da cidadania e reinserção social*. Dissertação - Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2012.

RISSATO, Denise; MARTINS, Fernando José; ALMEIDA, Janaína Aparecida de Mattos. *Políticas públicas compensatórias: uma discussão preliminar*. Trabalho apresentado no 5º Seminário Nacional Estado e Políticas Sociais. Unioeste, Cascavel, 2011. Disponível em: <http://cacphp.unioeste.br/projetos/gpps/midia/seminario6/arqs/Resumo_politicas_seguridade/Resumo_politicas_publicas_compensatorias_discussao_preliminar.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2017.

RIZZINI, Irene; NOIFFE, Luciana; BAPTISTA, Rachel. *Experiência de promoção do direito à convivência familiar e comunitária no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2006.

RIZZINI, Irene. *Os Deserdados da Sociedade – Os ‘Meninos de Rua’ na América Latina*. Rio de Janeiro: USU – Editora Universitária, 1995.

ROCHA, Patrícia Rodrigues; TODESCO, Carla Alexandra do Amaral. *Programa de educação de rua: Fundação Projeto Travessia*. Trabalho apresentado no 1º Congresso Internacional de Pedagogia Social, março 2006.

SERON, Paulo César. Destituição do poder e drogadição: a psicologia e as intervenções familiares. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DA PSICOLOGIA DA UEM: Psicologia e direitos humanos: formação, atuação e compromisso social, VI, 2015, Maringá – PR. *Anais...* Maringá, 2015. Disponível em: <<http://cippsi.vwi.co.br/anais/publicacoes/letter/d>>. Acesso em: 06 abr. 2017.

SILVA, André Ricardo Fonsêca. *Impacto do programa bolsa família na luta fundiária da comunidade quilombola da Caiana dos Crioulos: um estudo sobre cidadania*. Tese – Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas e Formação Humana, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERFJ, Rio de Janeiro, 2015.

STRAPASSON, Karoline; PAMPLONA, Danielle Anne. O direito em contradição: direitos humanos, atuação estatal e população em situação de rua. *Revista Política Pública*, São Luís, v. 18, n. 2, p. 439-456, jul./dez. 2014.

UNESCO. *A Comissão Futuros da Educação da Unesco apela ao planejamento antecipado contra o aumento das desigualdades após a COVID-19*. Paris: Unesco, 16 abr. 2020. Disponível em: <https://pt.unesco.org/news/comissao-futuros-da-educacao-da-unesco-apela-ao-planejamento-antecipado-o-aumento-das>. Acesso em: 4 jun. 2020.

UNICEF. *Covid-19: are children able to continue learning during school closures? a global analysis of the potential reach of remote learning policies using data from 100 countries*. <https://www.unicef.org/brazil/media/10006/file/remote-learning-factsheet.pdf>. Acesso em: 04/06/2021.

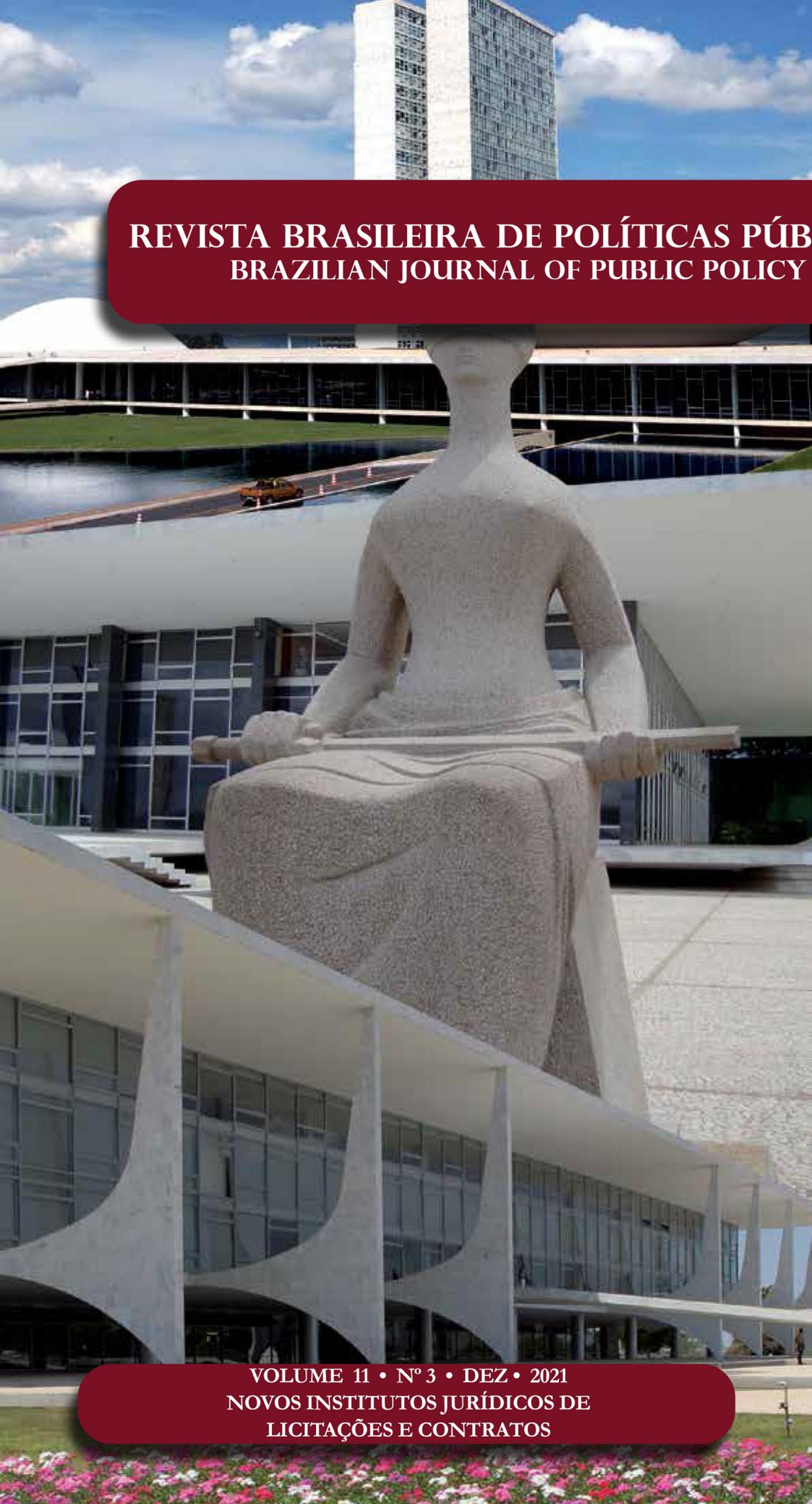
VASCONCELLOS, Marcos Antônio Sandoval de. *Fundamentos de Economia*. São Paulo: Saraiva, 2005.

VAZ, José Eduardo Parlato Fonseca. *O Direito Social à Alimentação*. Associação Brasileira de Direito Processual. 2010.

The logo for CEUB (Centro Universitário de Brasília) features the letters 'CEUB' in a bold, white, sans-serif font. The letter 'B' is stylized with a vertical line through its center, resembling a Greek letter beta.

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

The cover image shows a large, modern, white building with a prominent, abstract, curved facade. In the foreground, a large, white, stone statue of a seated woman is visible. The statue is holding a long, thin object, possibly a scroll or a book, across her lap. The background shows a clear blue sky with some clouds and a tall, modern building in the distance.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Emprendimiento como Fuente de Ingresos para las Víctimas del Conflicto Armado en el Marco de la Ley 1448 de Colombia. Reflexiones de la Implementación en el Valle del Cauca

Entrepreneurship as a Source of Income for the Victims of the Armed Conflict Under Law 1448 of Colombia. Reflections on the Implementation in the Valle del Cauca

Saulo Bravo García

Luz Marina Restrepo García

VOLUME 11 • Nº 3 • DEZ • 2021
NOVOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE
LICITAÇÕES E CONTRATOS

Emprendimiento como Fuente de Ingresos para las Víctimas del Conflicto Armado en el Marco de la Ley 1448 de Colombia. Reflexiones de la Implementación en el Valle del Cauca*

Entrepreneurship as a Source of Income for the Victims of the Armed Conflict Under Law 1448 of Colombia. Reflections on the Implementation in the Valle del Cauca

Saulo Bravo García**

Luz Marina Restrepo García***

Resumen

El objetivo de este estudio consiste en analizar como la falta de articulación interinstitucional y la decisión por emprender tienen un efecto sobre la fuente de ingresos y el equilibrio económico durante el periodo 2017 – 2019 para las víctimas del conflicto armado en el marco de la ley 1448 de 2011 en el Valle del Cauca. Para cumplir dicho objetivo, se empleó una metodología, que se concentró en tres etapas. La primera de ellas se relaciona con la definición del tema de investigación incorporado dentro de los pasos lógicos y partes claves que conforman el anteproyecto. Posteriormente, se definió la ruta que condujera a los resultados del análisis de este estudio y en este sentido, se buscó el soporte teórico, en el que se definieron los pasos y los instrumentos para la toma de la información. Se pudo verificar que la falta de articulación interinstitucional dificulta que los emprendedores, víctimas del conflicto armado, obtengan ingresos sostenibles y que con su actividad no logran un equilibrio económico.

Palabras clave: gestión pública; reparación integral; víctima del conflicto armado; generación de ingresos; emprendimiento.

Abstract

The aim of this study is to analyze how the lack of inter-institutional articulation and the decision to undertake to have an effect on the source of income and economic balance during the period 2017 - 2019 for victims of the armed conflict in the framework of Law 1448 of 2011 in Valle del Cauca. To meet this objective, a methodology was used, which focused on three stages. The first one is related to the definition of the research topic incorporated within the logical steps and key parts that make up the preliminary project. Subsequently, the route that led to the results of the analysis of this study

* Recibido em 06/06/2021
Aprovado em 22/11/2021

** Doctor en Administración de Empresas y Diploma de Estudios Avanzados de la Universidad de Sevilla.
E-mail: sbravo@usc.edu.co

*** Magister en Gestión Pública de la Universidad Santiago de Cali.
E-mail: luz.restrepo01@yahoo.com

was defined and in this sense, the theoretical support was sought, in which the steps and instruments for collecting the information were defined. It was found that the lack of inter-institutional articulation makes it difficult for entrepreneurs, victims of the armed conflict, to obtain sustainable income and that with their activity they do not achieve an economic balance.

Keywords: public management; comprehensive reparation; victim of the armed conflict; income generation; entrepreneurship.

1 Introducción

Con la vigencia de la Ley 1448 de 2011, el Estado colombiano crea la Unidad de Víctimas con el objetivo que coordine todas las acciones necesarias para reparar de manera integral y satisfactoria a las víctimas del conflicto armado.

Cuando una persona considera que se le han vulnerado sus derechos en marco del conflicto armado, el Estado por medio de las entidades públicas como las personerías, defensorías o la misma Unidad de Víctimas, les recibe su declaración de los hechos con el fin de evaluar y determinar si efectivamente se le reconoce como víctima. En caso de que el reconocimiento sea afirmativo, se inicia un proceso de reparación ya sea de manera individual o colectiva en componentes como ayuda humanitaria, salud, educación, vivienda, generación de ingresos, entre otros. De acuerdo a los componentes que se deben reparar en cada persona, la Unidad de Víctimas articula para que las instituciones converjan con el fin de realizar las acciones de acuerdo a su alcance y competencia.¹

Para este artículo se enfocará el análisis en el componente generación de ingresos, donde intervienen entidades como el Ministerio de Trabajo, el Sena, Prosperidad Social, Alcaldías Municipales, Gobernaciones, Ministerio de Agricultura, Cajas de Compensación, ONG's, entre otros.

Es fuerte el impacto que se ha generado desde la crisis que ha surgido por el conflicto armado en Colombia, el problema que se planteó en este caso es como la falta de articulación interinstitucional dificulta que los emprendedores, víctimas del conflicto armado, tengan una fuente de generación de ingresos sostenible en el tiempo.

Desde donde se han presentado alternativas a la población de sostenibilidad considerando como principal elemento una fuente de generación de ingresos que conduzca a una estabilización socioeconómica, por lo que se consideraron dos formas opcionales de ingreso que son la vinculación laboral y el emprendimiento. Sin embargo, los tiempos de respuesta por parte del Estado, no han sido ajustados a la realidad de las necesidades que presentan las víctimas.

Existen entidades determinadas que hacen esfuerzos en función de la disminución de la problemática planteada, pero su capacidad no se ve suficiente en la demanda de personas afectadas en el conflicto, dentro de estas instituciones el Sena tiene establecida una ruta de atención con enfoque diferencial que parte de la Orientación Ocupacional y a partir de allí se les brinda formación ajustada a sus requerimientos, servicio público de empleo a través de la Agencia Pública de Empleo y asesoría en emprendimiento. En el aspecto de vinculación laboral, sirve como puente entre las empresas que buscan cubrir una vacante y el buscador de empleo. En cuanto a emprendimiento, su alcance llega hasta brindarle asesoría para la elaboración de un

¹ OLAYA GOEZ, Paula Andrea. *Proceso de Individuación y Subjetivación de Cinco Mujeres que Llegan a Cali en medio del conflicto armado*. 2014. Disertación (Maestría en Sociología) – Facultad de Ciencias Sociales y Económicas, Universidad del Valle, Cali, 2014. Disponible en: <http://bibliotecadigital.univalle.edu.co/bitstream/10893/7585/1/0508699-p-14-ms.pdf>.

plan de negocios y buscar fuentes de financiación. Los entes territoriales como las Alcaldías y las Gobernaciones también realizan esta función².

Entidades como Prosperidad Social, Ministerio de Agricultura y los entes territoriales, realizan programas de empleabilidad, con el fin de atender este componente que en ocasiones da una solución de ingresos a la población pero en otras ocasiones se doblan los esfuerzos institucionales de manera innecesaria donde se pierde la efectividad de los programas, por lo que se hace necesario que las estrategias establecidas desde la política de Estado permitan generar resultados en etapas tempranas con el fin de mejorar la calidad de vida a las víctimas del conflicto armado y dando cumplimiento con la ley 1448 de 2011 donde se estipula en el componente de generación de ingresos que comprende vinculación laboral y el emprendimiento como opción para la fuente de generación de ingresos. No obstante estos lineamientos requieren de seguimiento en los procesos de implementación que permitan retroalimentar actividades en función de la reparación integral y la influencia de proyectos generadores de ingresos y reparación, por tanto, esta investigación se enfocará en el análisis del emprendimiento como fuente de ingresos durante el período 2017 – 2019 para las víctimas del conflicto armado en el marco de la ley 1448 de 2011 en el Valle del Cauca, cuyo propósito intentará demostrar cuáles han sido los resultados y su eficiencia en la implementación dentro del proceso de reparación integral.

Por lo anterior, el documento se ordena de la siguiente manera: en primer lugar, se presenta un análisis previo sobre la literatura científica que permitió visualizar la aproximación conceptual de lo que es la política pública enfocada la ley de víctimas y sus implicaciones en el emprendimiento como fuente de generación de ingresos. En este apartado se muestran, además, las características de la ley describiendo sus opciones enfocadas al desarrollo del emprendedor; en segundo lugar, se plantea la metodología e hipótesis empleadas durante el estudio; en tercer lugar, se presentan los principales resultados, comprobación de las hipótesis, finalmente su discusión y conclusiones del estudio.

2 Generalidades de políticas públicas

2.1 Conceptos y enfoques

El término políticas públicas se describe según la literatura como un conjunto de objetivos, decisiones y acciones que aplican los gobiernos como parámetro para la solución de problemas en los ciudadanos incluyéndose él mismo en el momento de tomar una decisión pública^{3,4}. Es un arte porque se determina en la gestión dicotómica de los líderes en actividades de cumplimiento público, quienes deben tomar decisiones de desarrollo en etapas de políticas públicas y se puede visualizar como ciencia por el proceso de aplicación en las diferentes actividades que redundan en la ejecución pública⁵. El Estado cuenta con una estructura organizacional denominada administración pública conformada por una estructura orgánica compuesta por diversos organismos que sirven como entes facilitadores en soluciones al bienestar social y el control al desarrollo de proyectos y programas enfocados en mejorar el aspecto social de las comunidades partiendo del contexto parametrizado en las políticas públicas, esta genera sostenibilidad y equilibrio disciplinario de

² CONGRESO DE COLOMBIA. *Ley 448 de 2011*: Artículo 51 y 130, de 10 de junio, por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. 10 de junio de 2011. Disponible en: <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/ley-1448-de-2011/13653>.

³ TAMAYO SÁEZ, Manuel. El análisis de las políticas públicas. In: BAÑÓN, Rafael; CARRILLO, Ernesto. *La nueva administración pública*. Madrid: Alianza Editorial, 1997. p. 281-311. Disponible en: https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/Políticas-Publicas/tamayo_analisis_de_polit_publ.tif.pdf.

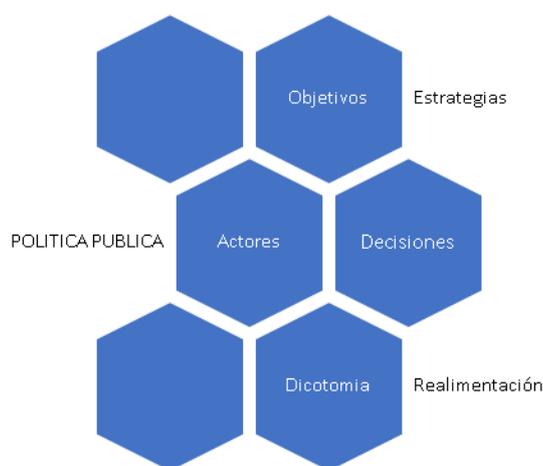
⁴ KITZMUELLER, Markus; SHIMSHACK, Jay. Economic Perspectives on Corporate Social Responsibility. *Journal of Economic Literature*, v. 50, n. 1, p. 51-84, 2012. Disponible en: doi:10.1257/jel.50.1.51.

⁵ VARGAS ARÉBALO, Cidar. Análisis de las políticas públicas. *Perspectivas*, v. 19 p. 127-136, ene./jun. 2007. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/4259/425942453011.pdf>.

conducta social en una nación⁶, en un análisis conceptual concluyen que para detectar la buena aplicación de las políticas públicas, se requiere un riguroso seguimiento que evalúe su eficiencia⁷, mientras que, por su lado en un estudio de la misma característica determina que la rendición de cuentas debe comprenderse no sólo en su dimensión político-administrativa, sino como un elemento de gestión en el manejo de los fondos públicos⁸, lo que indica que la evaluación debe involucrar un enfoque metodológico y técnicas con rigor y tratamiento científico en el tratamiento de revisión y ejecución gubernamental⁹. De igual forma, se evidencian a las articulaciones de gobierno de trabajo en red como un sistema a través del cual las participaciones de actores cumplen funciones¹⁰ y se incluyen en actividades de función pública convirtiéndose en un elemento fundamental en el ámbito democrático¹¹.

Asimismo, se emplean las políticas basadas en evidencia, las cuales desempeñan un papel importante en la mejora y desarrollo de las políticas^{12,13}, como también, existen unas prácticas enfocadas en el seguimiento y evaluación de las políticas públicas¹⁴.

Gráfico 1 - Sinergia en función de la construcción y aplicación de la política pública



Fuente: elaboración propia.

⁶ PINILLA, Jaime; GARCÍA-ALTÉS, Anna. La evaluación de políticas públicas: Informe SESPAS 2010. *Gaceta sanitaria*, v. 24, p. 114-119, dic. 2010. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S021391111000169X>.

⁷ MONDRAGÓN, Jaione. La evaluación de los programas públicos: objeto, contenido y aplicación de diferentes instrumentos para la evaluación. In: BAÑÓN, R. (ed.). *La evaluación de la acción y de las políticas públicas*. Díaz de Santos, 2003. p. 3-12. Disponible en: https://books.google.com/books?hl=en&lr=&id=9QE4SRJV-HUC&oi=fnd&pg=PR9&dq=buena+aplicaci%C3%B3n+de+las+pol%C3%ADticas+de+las+pol%C3%ABlicas,+se+requiere+un+riguroso+seguimiento+que+eval%C3%BAe+su+eficiencia+mientras+&ots=Meh7V_ZE-3&sig=aQbymz9qujqViiE0rV62_N6ALFI&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false.

⁸ FRANCISKOVIC, Jubitza. Retos de la gestión pública: presupuesto por resultados y rendición de cuentas. *Journal of Economics, Finance and Administrative Science*, v. 18, p. 28-32, 2013. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2077188613700283>.

⁹ BUENO SUÁREZ, Carlos; OSUNA LLANEZA, José Luis. Reflexiones epistemológicas y metodológicas para la evaluación de políticas públicas. *Andamios: Revista de Investigación Social*, v. 10, n. 21, p. 95-117, ene./abr. 2013. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/628/62828836005.pdf>.

¹⁰ BLANCO, Ismael; GOMÀ, Ricard. La crisis del modelo de gobierno tradicional: reflexiones en torno a la governance participativa y de proximidad. *Gestión y Política Pública*, v. 12, n. 1, p. 5-42, 2003. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/133/13312101.pdf>.

¹¹ CASTELAO CARUANA, María Eugenia. Las políticas públicas y su visión de la economía social y solidaria en Argentina. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, v. 61, n. 227, 2016. Disponible en: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rmcpsys/article/view/49598>.

¹² CAMPBELL, Siobhan; BENITA, Siobhan; COATES, Elizabeth; DAVIES, Phil; PENN, Gemma. *Analysis for policy: evidence-based policy in practice*. London: HM Treasury, 2007. Disponible en: <https://www.srhr-ask-us.org/publication/analysis-policy-evidence-based-policy-practice/>.

¹³ FLORES, Pedro. El enfoque de la política basado en la evidencia: análisis de su utilidad para la educación de México. *Revista mexicana de investigación educativa*, v. 18, n. 56, p. 265-290, 2013. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-66662013000100012&script=sci_arttext.

¹⁴ BERTRANOU, Julián. El seguimiento y la evaluación de políticas públicas. Modelos disponibles para producir conocimiento y mejorar el desempeño de las intervenciones públicas. *Millcayac Revista Digital de Ciencias Sociales*, v. 6, n. 10, p. 151-188, 2019. Disponible en: <https://revistas.uncu.edu.ar/ojs3/index.php/millca-digital/article/view/1730>.

El gráfico 1, demuestra la forma interrelacionada como podrían estar los actores del cuerpo directivo del ámbito público y representantes de las comunidades afectadas, quienes sugieren desde sus respectivos campos de acción soluciones que surgen desde los objetivos planteados en armonía de estrategias implementadas mediante la dicotomía administrativa de la política pública y sus niveles de realimentación en función de su efectividad.

2.1.1 Explicación de la Ley 1448 de 2.011

La historia colombiana, se ha caracterizado por vivir un conflicto armado interno y al que el gobierno de turno, ha buscado darle fin a dicho fenómeno. Sin embargo, la presencia de diferentes grupos armados al margen de la ley y la debilidad institucional, ha dificultado el cese de la violencia en el país¹⁵. La ley 975 de Justicia y Paz en el 2005¹⁶, es una muestra de los intentos que, en materia de reparación, Colombia viene realizando. Para el año 2010 y con el inicio de gobierno de Juan Manuel Santos, se continúa con la ofensiva militar contra los grupos guerrilleros, pero además se les da el reconocimiento a las víctimas mediante la adopción e implementación de la Ley 1448 o Ley de Víctimas y de Restitución de Tierras en julio de 2011 y también se inicia el proceso de paz con las Farc en el año 2012^{17, 18}.

Esta ley tiene por objeto establecer un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas, individuales y colectivas en beneficio de las víctimas de las violaciones contempladas en el artículo 3 donde

consideran víctimas para los efectos de esta ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1 de enero de 1.985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas Internacionales de Derechos Humanos, ocurridos con ocasión del conflicto armado interno¹⁹.

La Unidad para las Víctimas es la coordinadora de las entidades que hacen parte del Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas – SNARIV, identificando toda la oferta institucional disponible y dirigida a la población incluida en el Registro Único de Víctimas²⁰. Se brinda una atención con enfoque diferencial implementando programas, proyectos y acciones que den cumplimiento a la Ley 1448 del 2011. Se encuentra conformado por entidades públicas de orden nacional y territorial y demás organizaciones públicas o privadas, que contribuyan de acuerdo a su competencia en el proceso de reparación integral de las víctimas. Dentro del SNARIV se encuentran instituciones como: Archivo General de la Nación, Agencia de la Reincorporación Bancóldex, Banco Agrario de Colombia, Centro de Memoria Histórica, Contraloría, Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH, Defensoría del Pueblo, Departamento Nacional de Planeación, Prosperidad Social, Fiscalía General de la Nación, Ministerio de Agricultura, Finagro, Instituto

¹⁵ NIÑO, César. Breve historia del conflicto armado en Colombia. *Revista de paz y conflictos*, v. 10, n. 1, p. 327-330, 2017. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/2050/205052042015.pdf>.

¹⁶ CONGRESO DE COLOMBIA. *Ley 975 de 2005*: por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios. 25 de julio de 2005. Disponible en: <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/ley-975-del-25-de-julio-de-2005/14849>.

¹⁷ CENTRO DE MEMORIA HISTÓRICA. Los orígenes, las dinámicas y el crecimiento del conflicto armado. In: *¡Basta ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad: informe general grupo de memoria histórica*. 2016. p. 111-194. Disponible en: http://centrodememorialhistorica.gov.co/descargas/informes2013/bastaYa/capitulos/basta-ya-cap2_110-195.pdf.

¹⁸ RODRIGUEZ TOVAR, Sergio Enrique. *Transferencia y acceso a la tierra en contextos de violencia: análisis empírico para el municipio de Guadalajara de Buga, 2001-2013*. 2016. Disertación (Maestría en Economía Aplicada) – Facultad de Ciencias Sociales y Económicas, Universidad del Valle, Cali, 2016. Disponible en: <http://bibliotecadigital.univalle.edu.co/bitstream/10893/9897/1/0534285-ME-2016-2.pdf>.

¹⁹ GONZÁLEZ, Julio. Verdad, justicia, paz y reparación en la mitología penal: a propósito de la ley 975 de 2005. *Estudios políticos*, Medellín, n. 27, p. 45-63, 2005. Disponible en: <https://bibliotecadigital.udea.edu.co/handle/10495/8718>.

²⁰ UNIDAD PARA LAS VÍCTIMAS. *Fondo para la reparación s las víctimas*. S.f. Disponible en: <http://www.unidadvictimas.gov.co/es/fondo-para-la-reparaci%C3%B3n-las-v%C3%ADctimas/80>.

Colombiano de Bienestar Familiar, Icetex, Ministerio de Cultura, Ministerio de Educación, Ministerio de Hacienda, Ministerio de Justicia, Ministerio de Salud, Ministerio de Tics, Ministerio de Vivienda, Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio de Trabajo, Policía Nacional, Procuraduría General de la Nación, Registraduría Nacional del Estado Civil, Servicio Nacional de Aprendizaje, Unidad de Restitución de Tierras, entre otras²¹.

Teniendo en cuenta que dicha ley se determinó con una vigencia de diez años, el gobierno nacional debía garantizar su financiación y mediante el Conpes 3712 del mismo año²², determina el Plan de Financiación para la sostenibilidad de la Ley 1448 y así dar cumplimiento al principio de sostenibilidad llevando a cabo medidas de ayuda humanitaria, atención, asistencia y reparación.

En el artículo 25 de la misma ley, se plantea que la reparación comprende medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica. Dentro de los componentes se encuentran aspectos como la salud, educación, vivienda, asistencia funeraria, generación de ingresos, entre otros, que de manera individual o colectiva conduzcan al restablecimiento socioeconómico de la población víctima del conflicto armado^{23,24}.

Esta necesidad sentida ya se venía estableciendo en el país con leyes como la 387 de 1997 donde se plantea crear medios de subsistencia por parte de la población desplazada para su reestabilización socioeconómica, el Decreto 173 de 1998 donde se identifican fuentes de financiación, pero no hubo una adecuada articulación interinstitucional²⁵. En el año 2004, con la Sentencia T 025 la Corte Constitucional declaró la existencia de un Estado de Cosas Inconstitucional por el incumplimiento por parte del Estado de ser garante de los derechos fundamentales para la población víctima como consecuencia del conflicto armado. Posterior a la Ley 1448 de 2011, a finales del mismo año, el Ministerio del Interior genera el Decreto 4800 para definir los mecanismos adecuados en la implementación de las medidas de asistencia, atención y reparación integral a las víctimas definidas en el artículo 3° de la Ley 1448 de 2011²⁶.

En el artículo 130 de la ley 1448 de 2011, se establece que el Sena y el Ministerio de Protección Social (hoy Ministerio de Trabajo) “diseñará programas y proyectos especiales para la generación de empleo rural y urbano con el fin de apoyar el autosostenimiento de las víctimas, el cual se implementará a través del Plan Nacional para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas”²⁷.

Dando cumplimiento, el Estado colombiano ha realizado programas de empleabilidad a nivel rural y urbano en lo relacionado con la vinculación laboral y el emprendimiento, tal y como se puede observar en la Tabla 1, que se presenta a continuación.

²¹ SNARIV. *Entidades que conforman el sistema nacional de atención y reparación integral a las víctimas*. S.f. Disponible en: <http://www.portal-snariv.gov.co/node/1000#:~:text=Departamento%20Nacional%20de%20Planeaci%C3%B3n%20DDNP,fng.gov.co%2FES>.

²² COLOMBIA. Mininterior. *Conpes 3712 de 2011*: plan de financiación para la sostenibilidad de la Ley 1448 de 2011. 1 de diciembre 2011. Disponible en: <https://www.mininterior.gov.co/content/conpes-3712-de-2011>.

²³ ARÉVALO, Estefanía; SOTOMAYOR, Carolina. La restitución de tierras consagrada en la Ley 1448 de 2011, a la luz de la teoría neoconstitucionalista. *Revista Academia y Derecho*, v. 7, n. 13, p. 91-118, 2016. Disponible en: <http://190.143.117.169/ojs/index.php/derecho/article/view/124>.

²⁴ SERRANO GÓMEZ, Rocío; ACEVEDO PRADA, Milena. Reflexiones en torno a la aplicación de la Ley 1448 de 2011 y la restitución de tierras en Colombia. *Revista de la facultad de derecho y ciencias políticas*, Medellín, v. 43, n. 118, p. 533-566, ene./jun. 2013. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v43n119/v43n119a03.pdf>.

²⁵ ZARAMA VÁZQUES, Ernesto. *Generación de ingresos para la población desplazada en Colombia*: perspectivas desde abajo. Santiago de Chile, 2009. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6158/1/S0900694_es.pdf.

²⁶ COLOMBIA. Minjusticia. *Decreto 4800 de 2011*: por el cual se reglamenta la Ley 1448 de 2011 y se dictan otras disposiciones. 20 de diciembre 2011. Disponible en: <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/decreto-4800-de-2011/13108>.

²⁷ CONGRESO DE COLOMBIA. *Ley 448 de 2011*: Artículo 51 y 130, de 10 de junio, por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. 10 de junio de 2011. Disponible en: <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/ley-1448-de-2011/13653>.

Tabla 1 - Programas de empleabilidad rural y urbano

PROGRAMA	ALIADOS	VIGENCIA	POBLACIÓN OBJETO	FUENTE DE INGRESOS
Educándonos para la paz ²⁸	Liderado por el Ministerio del Trabajo con la cooperación y asistencia técnica de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y a la Cultura (OEI).	12 de diciembre de 2016 - 31 de diciembre de 2018.	3.025 víctimas en 16 ciudades: Armenia, Barrancabermeja, Barranquilla, Bogotá, Bucaramanga, Cali, Cartagena, Cúcuta, Manizales, Medellín, Montería, Pasto, Pereira, Popayán, Villavicencio y Santa Marta en programas de formación en Software Cocina, Diseño Gráfico Digital, Administración, Contabilidad y Finanzas, Mercadeo y Ventas, Salud, Call y Contact Center y Hotelería y Turismo. A la fecha 3.074 estudiantes han terminado su proceso lectivo y adelantan la práctica laboral.	Fortalecimiento vocacional para la inserción laboral.

²⁸ COLOMBIA. Mintrabajo. *Educándonos para la paz*. 2016. Disponible en: <https://www.mintrabajo.gov.co/el-ministerio/reparacion-integral-victimas/formacion-para-el-trabajo-y-vocacional/educandonos-para-la-paz>.

PROGRAMA	ALIADOS	VIGENCIA	POBLACIÓN OBJETO	FUENTE DE INGRESOS
TransFórmate ²⁹	Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior – ICE-TEX	Diciembre de 2013 – Diciembre 2017	4625 jóvenes participantes entre 16 y 28 años que se encuentran en etapa de reparación de Apartadó, Envigado, Medellín, Rionegro, Barranquilla, Soledad, Bogotá, D.C., Montería, Neiva, Santa Marta, Villavicencio, Cúcuta, Barrancabermeja, Bucaramanga, Sincelejo, Buenaventura, Cali, Guadalupe de Buga, Palmira, Tuluá.	Orientación vocacional para la inserción laboral.
Orientados hacia la Paz ³⁰	Organización Iberoamericana de Seguridad Social OISS.	2018	Orientación vocacional dirigido a 600 jóvenes entre 16 y 21 años víctimas del conflicto armado que se encuentran en etapa de reparación.	Orientación vocacional para la inserción laboral.

²⁹ COLOMBIA. Mintrabajo. *TransFórmate*. 2013. Disponible en: <https://www.mintrabajo.gov.co/el-ministerio/reparacion-integral-victimas/formacion-para-el-trabajo-y-vocacional/transformate>.

³⁰ COLOMBIA. Mintrabajo. *Orientados hacia la paz*. 2018. Disponible en: <https://www.mintrabajo.gov.co/el-ministerio/reparacion-integral-victimas/formacion-para-el-trabajo-y-vocacional/orientados-hacia-la-paz>.

PROGRAMA	ALIADOS	VIGENCIA	POBLACIÓN OBJETO	FUENTE DE INGRESOS
Somos rurales y Emprendiendo sueños (antes Sumando Paz) ³¹	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo- PNUD	2014-2020	Familias en Antioquia, Arauca, Bolívar, Cauca, Cesar, Casanare, Cundinamarca, Córdoba, Caquetá, Magdalena, Nariño, Norte de Santander, Putumayo, Quindío, Risaralda, Sucre, Santander, Tolima y Valle del Cauca.	Somos Rurales promueve la implementación de emprendimientos que garanticen la inserción económica de las familias rurales. Por cuenta de su enfoque diferencial, busca la inclusión productiva de las personas con discapacidad que habitan en zonas rurales. Emprendiendo Sueños apoya la implementación de medidas de reparación colectiva. Sectores económicos distintos a los agropecuarios a través del fortalecimiento técnico, empresarial, organizacional, social y comercial.

³¹ PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. *Emprendimiento y empleabilidad para familias rurales víctimas del conflicto armado*: Desarrollo Incluyente Rural para familias víctimas del conflicto. 2020. Disponible en: <https://www.co.undp.org/content/colombia/es/home/projects/emprendimiento-y-empleabilidad-para-familias-rurales-victimas-de.html>.

PROGRAMA	ALIADOS	VIGENCIA	POBLACIÓN OBJETO	FUENTE DE INGRESOS
Emprendiendo Retornos ³²	Corporación Nuevo Arco Iris - CNAI	Mayo 2017 a Diciembre 2017.	63 unidades productivas de familias priorizadas que se encontraban en proceso de reubicación o retorno. Estas unidades productivas son de Bogotá, Florencia (Caquetá), Puerto Inírida (Guainía), Pasto (Nariño), Colón (Putumayo), Rionegro (Antioquia), Ibagué (Tolima) y Puerto Carreño (Vichada).	Emprendimientos que ha potenciado la participación de víctimas como gestores y proveedores de servicio.
Colombia Em- prende ³³	Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y a la Cultura (OEI).	2018	En los departamentos de Antioquia, Caldas, Cauca, Córdoba, Cundinamarca, Meta, Nariño, Norte de Santander, Putumayo, Quindío, Risaralda, Santander, Tolima y Valle del Cauca.	Unidades productivas para su fortalecimiento productivo

³² COLOMBIA. Mintrabajo. *Emprendiendo retornos*. 2017. Disponible en: <https://www.mintrabajo.gov.co/el-ministerio/reparacion-integral-victimas/emprendimiento/emprendiendo-retornos>.

³³ OEI. *Programa Colombia Em-
prende*. 2020. Disponible en: <https://oei.int/oficinas/colombia/noticias/pre-inscripcion-fase-i-del-programa-colombia-emprende>.

PROGRAMA	ALIADOS	VIGENCIA	POBLACIÓN OBJETO	FUENTE DE INGRESOS
El futuro es de los jóvenes ³⁴	Organización Internacional del Trabajo -OIT y la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura -OEI	26 julio - 31 diciembre 2019	Fortalecimiento de habilidades blandas, transversales y de orientación vocacional frente a los proyectos de vida, dirigida a 650 jóvenes que se encuentran en proceso de indemnización de los municipios de Aguachica, Agustín Codazzi, Barrancabermeja, Carmen de Bolívar, Ciénaga, Cúcuta, Dos Quebradas, Fundación, Florencia, Neiva, Pitalito, Pereira, Popayán, San Diego, Santa Marta, Soledad, Villavicencio y Yopal.	Orientación vocacional y fortalecimiento de habilidades blandas que faciliten la inserción en el mercado laboral.

Fuente: elaboración propia a partir de información de Ministerio del Trabajo y aliados.

Con respecto al tema de generación de ingresos y teniendo en cuenta los componentes de reparación, el objeto de estudio se centra en generación de ingresos y tomando el emprendimiento como uno de los ejes claves en este aspecto.

2.1.2 Emprendimiento

2.1.2.1 Conceptos

El emprendedor juega un papel importante al tener la capacidad de generar ideas y plantear alternativas con base a las oportunidades presentes en el entorno, contribuyendo así al desarrollo empresarial tanto con la creación de organizaciones como también aportando a la configuración socioeconómica de las regiones al acceso a recursos a los más pobres para que constituyan sus propias empresas^{35,36}. La relación entre la autoeficacia empresarial y la intención empresarial está mediada por la actitud hacia el emprendimiento y

³⁴ OIT. *Proyecto el futuro de los jóvenes*. 2019. Disponible en: https://www.ilo.org/lima/programas-y-proyectos/WCMS_731346/lang-es/index.htm.

³⁵ BRAVO GARCÍA, Saulo. Análisis de las características de un emprendedor en proceso de incubación y no incubados. *Sotavento M.B.A.*, v. 21, p. 40-48, ene./jun. 2013. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/sotavento/article/view/3435/3122>.

³⁶ DUARTE, Tito; RUIZ, Myriam. Emprendimiento, una opción para el desarrollo. *Scientia Et Technica*, v. 15, n. 43, p. 326-331, 2009. Disponible: <https://www.redalyc.org/pdf/849/84917310058.pdf>.

control conductual percibido³⁷, la relación existente entre progreso y crecimiento económicos y el papel relevante que desempeñan los emprendedores³⁸. De igual forma, existen factores que intervienen en el emprendimiento entre los más importantes están: factores endógenos y exógenos³⁹. Además, es importante destacar que, los emprendimientos productivos apuntalan desde su origen la inclusión social, al dar lugar a bienes o servicios con el objeto de que los procesos de producción y la inserción en el mercado, propicien el desarrollo personal y la integración social de las personas que se hallan excluidos⁴⁰.

2.1.2.2 Tipos de emprendimiento

Existen diversidad de clasificación de los emprendimientos dentro de la literatura teniendo en cuenta diferentes aspectos al momento de categorizarlos y la dinámica en donde se desarrollen.

El tipo de emprendimiento tiene una relación directa con la motivación a emprender y resultado de esto se diferencia el emprendimiento por oportunidad y el emprendimiento por necesidad⁴¹. En el primer caso es aquella que se da para aprovechar una oportunidad de negocio identificada y en el segundo sucede cuando no se logra fácilmente vincularse laboralmente a una empresa o no satisface las expectativas^{42, 43, 44, 45}.

De acuerdo al tipo de economía en el que se desarrollan los emprendimientos, influyen en la clase en que estos se generan. En las economías débiles o en los países que se encuentran en vía de desarrollo, predominan los emprendimientos por necesidad^{46, 47} y en las economías más fuertes, se propician los emprendimientos por oportunidad⁴⁸.

³⁷ DOANHA, Duong Cong; TRANG, Tran Van. Entrepreneurial self-efficacy and intention among vietnamese students: a meta-analytic path analysis based on the theory of planned behavior. *Management Science Letters*, v. 9, p. 1847-1862, 2019. Disponible en: https://www.growingscience.com/msl/Vol9/msl_2019_154.pdf.

³⁸ GALINDO-MARTÍNA, Miguel Ángel; MÉNDEZ-PICAZO, María Teresa; CASTAÑO-MARTÍNEZ, María Soledad. Crecimiento, progreso económico y emprendimiento. *Journal of Innovation & Knowledge*, v. 1, p. 62-68, 2016. Disponible en: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/190693/1/1023020734.pdf>.

³⁹ JIMÉNEZ-SILVA, Walter; LARREA-ALTAMIRANO, Janeth; NAVARRETE-FONSECA, Mario; CASTRO-AYALA, Edisson. Emprendimientos innovadores a partir de competencias cognitivas en estudiantes universitarios. *Revista venezolana de gerencia*, v. 24, n. 85, 2019. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=29058864004>.

⁴⁰ OCA ROJAS, Y. M. M. Perspectivas del emprendimiento social y redes socioproductivas de pequeños productores en Venezuela. *Revista de ciencias sociales*, v. 26, n. 1, p. 300-312, ene./mar. 2020. Disponible en: <https://produccioncientificaluz.org/index.php/rccs/article/view/31326/32376>.

⁴¹ GEM. *Global Entrepreneurship Monitor 2014: Global Report*. Disponible en: <https://www.gemconsortium.org/report/gem-2014-global-report>.

⁴² REYNOLDS, Paul D.; BYGRAVE, William D.; AUTIO, Erkki; COX, Larry W.; HAY, Michael. *Global entrepreneurship Monitor: 2002 executive report*. Kansas City: Kauffman Center for Entrepreneurial Leadership, 2002. Disponible en: http://www.esbri.se/gemglobalreport_2002.pdf.

⁴³ BENZ, Matthias. Entrepreneurship as a non-profit seeking activity. *International Entrepreneurship and Management Journal*, v. 5, p. 23-44, 2009. Disponible en: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11365-006-0031-y>.

⁴⁴ DEVINS, D. Enterprise in deprived areas: what role for start-ups?. *International Journal of Entrepreneurship and Small Business*, v. 8, p. 486-498, 2009. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/260338809_Is_Informal_Sector_Entrepreneurship_Necessity_or_Opportunity-driven_Some_Lessons_from_Urban_Brazil.

⁴⁵ GIACOMIN, Olivier; JANSSEN, Frank; GUYOT, Jean-Luc; LOHEST, Olivier. *Opportunity and/or necessity entrepreneurship?: the impact of the socio-economic characteristics of entrepreneurs*. Munich: MPRA, 2011. Disponible en: https://mpr.aub.uni-muenchen.de/29506/2/MPRA_paper_29506.pdf.

⁴⁶ CANCINO, Christian; BONILLA, Claudia. Financiamiento público al emprendimiento chileno: un análisis chileno. *Trend Management*, p. 156-161, 2011.

⁴⁷ LARROULET, Cristián; RAMÍREZ, Macarena. Emprendimiento: factor clave para la nueva etapa de Chile. In: DURÁN, P. (ed.). *Emprendimiento e innovación en Chile*. Santiago: Facultad de Economía y Negocios, Universidad del Desarrollo, 2008. p. 15-38. Disponible en: https://www.academia.edu/14148885/Emprendimiento_e_Innovaci%C3%B3n_en_Chile_Una_Tarea_Pendiente.

⁴⁸ AMORÓS, José Ernesto; FERNÁNDEZ, Csitóbal; TAPIA, Juan. Quantifying the relationship between entrepreneurship and competitiveness development stages in Latin America. *International Entrepreneurship and Management Journal*, v. 8, p. 249-270, 2012. Disponible en: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11365-010-0165-9>.

2.1.2.3 Tendencias de supervivencia de emprendimiento

A pesar de que Colombia es una nación emprendedora, un estudio de Confecámaras en el 2016 afirma que la supervivencia de las empresas es del 78.3% en su primer año de creación, 61% de sobrevivencia en el tercer año y del 42.9% en el quinto año y sólo el 40% de las empresas siguen funcionando a partir de los cinco años de su creación⁴⁹.

En la creación de empresas, lidera el sector de consumo que se caracteriza por bajos niveles de innovación, poca transmisión del conocimiento y similitud en los productos, además de poca generación de empleos, mientras que el sector de la transformación y servicios impulsa a la creación de nuevos empleos.

3 Metodología

La metodología de esta investigación se concentró en tres etapas. La primera de ellas se relaciona con la definición del tema de investigación incorporado dentro de los pasos lógicos y partes claves que conforman el anteproyecto. Posteriormente, se definió la ruta que condujera a los resultados del análisis de este estudio. En este sentido, se buscó el soporte teórico y se definieron los pasos y los instrumentos para la toma de la información y su posterior análisis. Por lo tanto, se llevó a cabo el siguiente proceso:

- Identificación de fuentes secundarias idóneas en información de literatura científica desde las bases de datos de Science Direct, Scopus, Google Scholar e Informe Académico que permitieron mediante el meta-análisis, identificar el objeto y sujeto de estudio.
- Ubicación geográfica de población con características tenidas en cuenta para el estudio como fuentes primarias.
- Aplicación del instrumento denominado estudio del arte de las unidades productivas de los años 2017 al 2019, diseñado por el programa de Atención a Población Víctima del Conflicto Armado del Sena.
- Análisis e interpretación de resultados a través de la Matriz del estado del arte de las unidades productivas.

Como una segunda etapa, se realizó un análisis de las características que componen la ley 1448 de 2011 relacionada con la implementación en los procesos de reparación a las víctimas del conflicto armado interno en cuanto al componente de generación de ingresos. Este estudio se presenta como un análisis de caso en el Valle del Cauca.

3.1 Hipótesis

3.1.1 Hipótesis 1

La falta de articulación interinstitucional dificulta que los emprendedoras, víctimas del conflicto armado, tengan una fuente de generación de ingresos sostenible en el tiempo.

⁴⁹ CONFECAMARAS. *Nacimiento y Supervivencia de las empresas en Colombia*. 2016. Disponible en: https://www.confecamaras.org.co/phocodownload/Cuadernos_de_analisis_economico/Cuaderno_de_An%00%B0lisis_Economico_N_11.pdf.

3.1.2 Hipótesis 2

La población víctima del conflicto armado que decide emprender al igual que otro tipo de población, en el momento de desarrollar su actividad, no logra un equilibrio económico.

4 Resultados y discusión

4.1 Estructura de herramienta utilizada

El Sena como una de las entidades competentes y pertenecientes al SNARIV en el 2020, aplicó una herramienta de diagnóstico para conocer el estado de 57 unidades productivas atendidas en el Valle del Cauca durante los años 2017 a 2019. Esta herramienta contiene la siguiente estructura⁵⁰.

Figura 1 - Herramienta de Diagnóstico Empresarial

HERRAMIENTA DE DIAGNOSTICO EMPRESARIAL DE UNIDADES PRODUCTIVAS	
FECHA DE APLICACIÓN DE ENCUESTA	
REGIONAL	
CENTRO DE FORMACION	
NOMBRE DEL EMPRENDEDOR	
NRO DOCUMENTO	
TELÉFONO DE CONTACTO	
DIRECCIÓN DEL EMPRENDEDOR	
CORREO ELECTRONICO	
GRUPO ÉTNICO	
NOMBRE DE LA UNIDAD PRODUCTIVA	
DIRECCIÓN DE LA UNIDAD PRODUCTIVA	
ACTIVIDAD ECONÓMICA	
SECTOR	
PRODUCTO/SERVICIO	
SUBPRODUCTOS	
PROFESIONAL RESPONSABLE DE LA APLICACIÓN DE LA ENCUESTA	
DATOS DE CONTACTO ALTERNO	

Fuente: el Sena (2020)

En este fragmento se compila las características demográficas de los emprendedores y sus unidades productivas.

Por otro lado, se realiza un análisis de los indicadores, donde se consideran aspectos de operación con un peso del 15%, factores administrativos con un peso del 15%, mercado con un peso del 20%, contable y financiero con un peso del 20% y fuentes de financiación con un peso del 30%. Para todos los indicadores se maneja una escala de No cumple = 0, Cumple parcialmente = 1, Cumple totalmente = 2 que se resumen en la siguiente tabla:

Tabla 2 - Indicadores y peso porcentual

INDICADORES	PESO PORCENTUAL
Aspectos de Operación	15
Aspectos Administrativos	15
Aspectos de Mercado	20
Aspectos Contable y Financiero	20
Fuentes de Financiación	30
TOTAL	100

Fuente: elaboración propia.

⁵⁰ SENA. *Herramienta de diagnóstico en alianza con el sistema nacional de atención y reparación integral a las víctimas (SNARIV)*. 2020.

A continuación, se dará una breve descripción de los indicadores, mediante las siguientes figuras:

Figura 2 - Aspectos de operación

ASPECTOS DE OPERACIÓN	Cumple totalmente= 2 Cumple parcialmente= 1 No cumple= 0	PUNTAJE TOTAL 15%	% PARTICIPAC.	% CUMPLIM.	OBSERVACIONES CUALITATIVAS (HALLAZGOS)
Cuenta con conocimientos técnicos en el área de la unidad productiva	0	0,0%	20,0%	0,0%	
Cuenta con instalaciones para el funcionamiento de su unidad productiva	0		20,0%	0,0%	
Cuenta con las maquinaria, herramientas o tecnología necesaria para el desarrollo de su unidad productiva	0		15,0%	0,0%	
Tiene identificada su capacidad de producción o prestación del servicio	0		10,0%	0,0%	
Cuenta con fichas técnicas de los productos	0		5,0%	0,0%	
Cuenta con proveedores formales para la fabricación de sus productos	0		10,0%	0,0%	
Aplica normas de seguridad en el trabajo e higiene en su unidad productiva	0		15,0%	0,0%	
Aplica políticas ambientales en su unidad productiva	0		5,0%	0,0%	

Fuente: el Sena (2020)

En los aspectos de operación y con un peso del 15%, se disgregan factores como conocimientos técnicos, capacidad de producción, normas de seguridad en el trabajo y demás elementos relevantes a considerar.

Figura 3 - Aspectos Administrativos

ASPECTOS ADMINISTRATIVOS	Cumple totalmente= 2 Cumple parcialmente= 1 No cumple= 0	PUNTAJE TOTAL 15%	% PARTICIPAC.	% CUMPLIM.	OBSERVACIONES CUALITATIVAS (HALLAZGOS)
Cuenta con metas y objetivos.	2	100,0%	20,0%	20,0%	
Cuenta con un plan de negocio formulado que dirección su operación	2		20,0%	20,0%	
Su unidad productiva genera mas de un empleo	2		5,0%	5,0%	
Aplica conocimientos básicos del servicio al cliente en su negocio	2		20,0%	20,0%	
Identifica las necesidades de fortalecer sus competencias para el manejo del negocio	2		15,0%	15,0%	
Tiene identificado las debilidades y fortalezas de su negocio	2		20,0%	20,0%	

Fuente: el Sena (2020)

En los aspectos administrativos y con un peso del 15%, se consideran factores como definición de metas y objetivos, generación de empleo, entre otros importantes dentro de la administración de un negocio.

Figura 4 - Aspectos de Mercado

ASPECTOS DE MERCADO	Cumple totalmente= 2 Cumple parcialmente= 1 No cumple= 0	PUNTAJE TOTAL 20%	% PARTICIPAC.	% CUMPLIM.	OBSERVACIONES CUALITATIVAS (HALLAZGOS)
Cuenta su negocio con algún tipo de publicidad	2	100,0%	20,0%	20,0%	
Tiene identificada sus clientes potenciales	2		10,0%	10,0%	
Identifica su competencia en el mercado.	2		10,0%	10,0%	
Cuenta con un catálogo de productos o de servicios	2		20,0%	20,0%	
Su producto o servicio cuenta con algún componente innovador	2		15,0%	15,0%	
Cuenta con estrategias de promoción de su producto	2		15,0%	15,0%	
Cuenta con una proyección de ventas	2		10,0%	10,0%	

Fuente: el Sena (2020)

En los aspectos de mercado y con un peso del 20%, se consideran factores de publicidad, innovación, estrategias de promoción y demás variables importantes.

Figura 5 - Aspectos Contables y Financieros

ASPECTOS CONTABLES Y FINANCIEROS	Cumple totalmente= 2 Cumple parcialmente= 1 No cumple= 0	PUNTAJE TOTAL 20%	% PARTICIPAC.	% CUMPLIM.	OBSERVACIONES CUALITATIVAS (HALLAZGOS)
Cuenta con registro de ingresos y gastos	2	100,0%	25,0%	25,0%	
Tiene definido los costos y gastos para el funcionamiento de su negocio	2		25,0%	25,0%	
La ventas que realiza le permiten que su negocio sea sostenible	2		30,0%	30,0%	
Tiene definido inventarios de materia primas e insumos	2		10,0%	10,0%	
Tiene definido inventarios de producto terminado	2		10,0%	10,0%	

Fuente: el Sena (2020)

En los aspectos contables y financieros y con un peso del 20%, se consideran factores como el registro de ingresos, gastos y costos, sostenibilidad del negocio, entre otros.

Figura 6 - Fuentes de Financiación

FUENTES DE FINANCIACION	Cumple totalmente= 2 Cumple parcialmente= 1 No cumple= 0	PUNTAJE TOTAL 30%	% PARTICIPAC.	% CUMPLIM.	OBSERVACIONES CUALITATIVAS (HALLAZGOS)
Su negocio fue implementado con recursos propios	2	100,0%	30,0%	30,0%	
Su negocio fue implementado con otras fuentes de financiación	2		70,0%	70,0%	

Fuente: el Sena (2020)

En el aspecto de fuentes de financiación y con un peso del 30%, se tiene en cuenta la implementación del negocio con recursos propios u otras fuentes de financiación.

Figura 7 - Resultado Ponderado

TOTAL GENERAL		85,0%
PROMEDIO		80,0%
RESULTADO		
EN PELIGRO		
INDEFENSA		
FORTALECIDA		

Fuente: el Sena (2020)

Una vez realizado el diagnóstico, se obtiene el total general y el promedio del resultado teniendo en cuenta los pesos porcentuales en cada aspecto. De acuerdo a ese resultado, la unidad productiva, se considera en *peligro, indefensa o fortalecida*.

4.2 Matriz estado del arte de unidades productivas

Como complemento a la herramienta aplicada, se desarrolla una matriz con el fin de identificar el estado del arte de las unidades productivas que efectivamente se lograron contactar y realizar la aplicación de dicha herramienta. En la primera parte se identifica la fecha de reporte, regional, vigencia (2017, 2018 o 2019), nombre del gestor quien aplica la encuesta y datos básicos del emprendedor que son reservados ya que son víctimas del conflicto armado:

Figura 8 - Matriz estado del arte de unidades productivas

Fecha de Reporte	Regional	Vigencia a reportar	Nombre del Gestor que aplicó la encuesta	Datos de contacto del Emprendedor			
				Nombre	Nro Documento	Nro teléfono	Correo Electronico

Fuente: el Sena (2020)

En la siguiente parte, se identifica el estado (indefensa, en peligro o fortalecida), los aspectos que requiere el fortalecimiento de acuerdo a los indicadores y las necesidades de formación identificadas:

Figura 9 - Aspectos a fortalecer la unidad productiva

Estado	Aspectos en la que requiere fortalecimiento (marque X)					Necesidades de Formación Identificadas
	Operación	Administrativos	Mercadeo	Contables y financieros	Financiamiento	

Fuente: el Sena (2020)

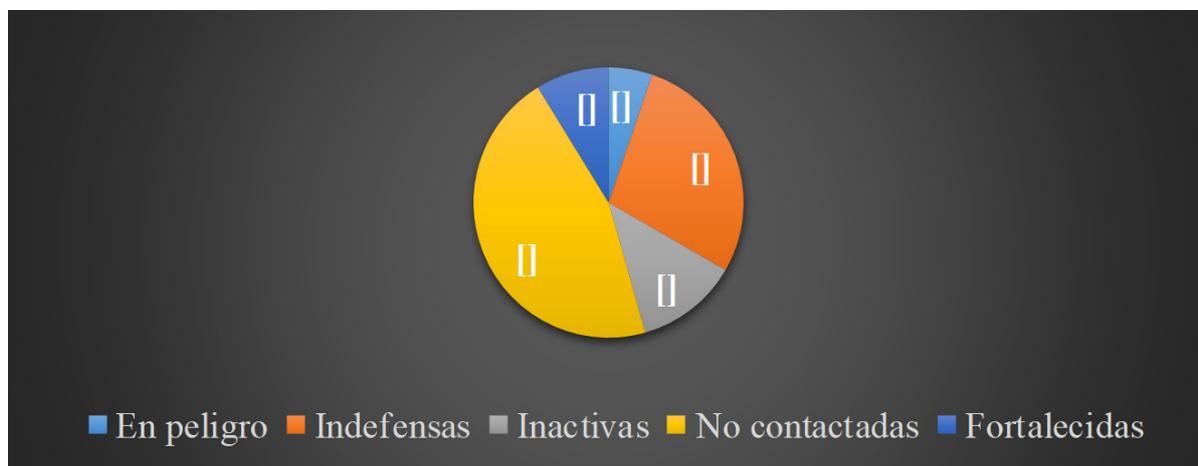
4.3 Apéndice

A continuación, se describen los resultados de la aplicación de la herramienta utilizada y la matriz del estado del arte de las unidades productivas.

4.3.1 Aplicación de la herramienta de diagnóstico

La herramienta fue aplicada a las unidades productivas, caracterizadas por los diferentes emprendimientos del Valle del Cauca, la que arrojó el siguiente resultado:

Gráfico 2 - Estado de las Unidades Productivas



Fuente: elaboración propia.

Del total de las unidades productivas, 3 equivalente al 5,26%, se encontraban en peligro, 16 equivalente al 28,07% se encontraban indefensas, 7 equivalente al 12,28% se encontraban inactivas, 26 equivalente al 45,62% no pudieron ser contactadas y 5 equivalente al 8,77% se encontraban fortalecidas.

4.3.2 Estado del arte de las unidades productivas

En este aspecto, se hace una breve descripción del resultado que arrojó la aplicación de la herramienta y el estado de las unidades productivas.

Gráfico 3 - Unidades productivas atendidas 2017-2019



Fuente: elaboración propia.

De las 57 unidades productivas atendidas en el período 2017-2019, se logró la aplicación de la herramienta a 24, que representan el 42% del total, 7 se encontraban inactivas, que representan el 12,28% del total y 26 no pudieron ser contactadas, que representan el 45,61% del total.

4.3.3 Comprobación de hipótesis

De acuerdo al informe de Confecámaras en el 2016, sólo el 40% de las empresas creadas sobreviven en el quinto año de creación, mientras que en el estudio realizado se demuestra que el 8,77% se encontraban

fortalecidas⁵¹, lo que hace suponer que existen factores determinantes que aún hacen falta consolidar de tal manera que permitan al ecosistema de emprendimiento brindar una articulación que contribuya a la puesta en marcha de las ideas de negocios y fortalecimiento de empresas generadas por las víctimas del conflicto armado y que sus ingresos sean sostenibles para su reestabilización socioeconómica. En este sentido, se puede comprobar la siguiente hipótesis:

La falta de articulación interinstitucional dificulta que los emprendedores, víctimas del conflicto armado, tengan una fuente de generación de ingresos sostenible en el tiempo.

Según los resultados de las gráficas presentadas en el apéndice, se puede percibir que pueden influir diferentes factores que limitan la puesta en marcha, crecimiento y consolidación de ideas emprendedoras, debido a que prevalecen los emprendimientos por necesidad y no por oportunidad, especialmente en el sector de consumo donde no se genera mucho impacto en la innovación, transmisión de conocimiento y creación de nuevos empleos⁵².

De acuerdo al estudio realizado se identificaron que de las unidades productivas 3 se encontraban en peligro, 16 indefensas y 7 inactivas para un total de 26 en riesgo del total de las 57, lo que equivale al 45,61% que no tienen una sostenibilidad continua en el tiempo. Además, otras 26 unidades productivas que representa el 45,62%, no pudieron ser contactadas por lo que no permitió identificar su estado al momento de la aplicación de la herramienta de diagnóstico. Por tanto, se puede suponer que, por diversos factores, los emprendedores que son población víctima del conflicto armado no generan negocios que sean una solución al componente de generación de ingresos dentro de su proceso de reparación, comprobando la siguiente hipótesis:

La población víctima del conflicto armado que decide emprender al igual que otro tipo de población, en el momento de desarrollar su actividad, no logra un equilibrio económico.

4.3.4 Discusiones

Después del estudio realizado sobre el emprendimiento como fuente de generación de ingresos para las víctimas del conflicto armado y teniendo en cuenta la actividad experimentada en la gestión realizada en el campo de asesoría y seguimiento a los programas que realizan las entidades pertenecientes al SNARIV, se puede revisar la sinergia interinstitucional que se presenta y que puede inferir en propuestas de mejoramiento que redunde en el beneficio de la población sujeto de reparación con el fin de lograr su reestabilización socioeconómica.

5 Conclusiones

La ley 1448 de 2011 define los componentes de reparación integral para las víctimas del conflicto armado y dentro del aspecto de generación de ingresos se establece la vinculación laboral y el emprendimiento. En cuanto al emprendimiento y durante el período de 2017-2019, en el Valle del Cauca se atendieron iniciativas de negocio como respuesta a la necesidad de generar fuentes de ingresos para el sostenimiento de las víctimas que de manera individual o colectiva se encuentran en búsqueda de soluciones para cubrir sus necesidades básicas.

⁵¹ CONFECAMARAS. *Nacimiento y Supervivencia de las empresas en Colombia*. 2016. Disponible en: https://www.confecamaras.org.co/phocadownload/Cuadernos_de_analisis_economico/Cuaderno_de_An%D0%B0lisis_Economico_N_11.pdf.

⁵² GEM. *Global Entrepreneurship Monitor 2017: Global Report*. Disponible en: <https://www.gemconsortium.org/report/gem-2017-2018-global-report>.

La literatura analizada, a través de la implementación de fuentes secundarias, en las que se incluyeron bases de datos como: Science Direct, Scopus, Google Scholar e informes académicos, permitieron ubicar dentro del contexto de hallazgos realizados por otros autores, lo cual facilitó la interpretación de los resultados en coherencia y relación de la aplicación de la Ley de Víctimas y el componente de reparación sobre generación de ingresos, incluyendo al emprendimiento como uno de los ejes claves en este aspecto.

La interpretación generada a partir del meta-análisis generó insumos de variables incluidas en la herramienta de diagnóstico empresarial y la matriz del estado del arte de las unidades productivas, permitiendo así llegar a información relevante, en el que se evidenció que, un porcentaje muy bajo de las empresas que hicieron parte del estudio, al quinto año se encontraban fortalecidas. De igual forma, se identificó que los emprendimientos prevalecen por necesidad y no por oportunidad, y esta situación se pudo ver reflejada al momento en el que los emprendedores generan poca inversión en aspectos como innovación y transmisión del conocimiento, ocasionado así limitaciones en cuanto a la puesta en marcha, crecimiento y consolidación de sus ideas emprendedoras. Lo anterior, permitió la interpretación y comprobación de las hipótesis planteadas.

De igual forma, se hace necesario profundizar en el tema de la Ley 1448 y sus componentes de reparación como futuras línea de investigación y especialmente en el aspecto de generación de ingresos, identificando estrategias de seguimiento y fortalecimiento de las unidades productivas de la población víctima del conflicto armado.

Referencias

AMORÓS, José Ernesto; FERNÁNDEZ, Crsitóbal; TAPIA, Juan. Quantifying the relationship between entrepreneurship and competitiveness development stages in Latin America. *International Entrepreneurship and Management Journal*, v. 8, p. 249-270, 2012. Disponible en: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11365-010-0165-9>.

ARÉVALO, Estefania; SOTOMAYOR, Carolina. La restitución de tierras consagrada en la Ley 1448 de 2011, a la luz de la teoría neoconstitucionalista. *Revista Academia y Derecho*, v. 7, n. 13, p. 91-118, 2016. Disponible en: <http://190.143.117.169/ojs/index.php/derecho/article/view/124>.

BENZ, Matthias. Entrepreneurship as a non-profit seeking activity. *International Entrepreneurship and Management Journal*, v. 5, p. 23-44, 2009. Disponible en: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11365-006-0031-y>.

BERTRANOU, Julián. El seguimiento y la evaluación de políticas públicas. Modelos disponibles para producir conocimiento y mejorar el desempeño de las intervenciones públicas. *Millcayac Revista Digital de Ciencias Sociales*, v. 6, n. 10, p. 151-188, 2019. Disponible en: <https://revistas.uncu.edu.ar/ojs3/index.php/millca-digital/article/view/1730>.

BLANCO, Ismael; GOMÀ, Ricard. La crisis del modelode gobierno tradicional: reflexiones en torno a la governance participativa y de proximidad. *Gestión y Política Pública*, v. 12, n. 1, p. 5-42, 2003. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/133/13312101.pdf>.

BRAVO GARCÍA, Saulo. Análisis de las características de un emprendedor en proceso de incubación y no incubados. *Sotavento M.B.A.*, v. 21, p. 40-48, ene./jun. 2013. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/sotavento/article/view/3435/3122>.

BUENO SUÁREZ, Carlos; OSUNA LLANEZA, José Luis. Reflexiones epistemológicas y metodológicas para la evaluación de políticas públicas. *Andamios: Revista de Investigación Social*, v. 10, n. 21, p. 95-117, ene./abr. 2013. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/628/62828836005.pdf>.

CAMPBELL, Siobhan; BENITA, Siobhan; COATES, Elizabeth; DAVIES, Phil; PENN, Gemma. *Analysis for policy: evidence-based policy in practice*. London: HM Treasury, 2007. Disponible en: <https://www.srhr-ask-us.org/publication/analysis-policy-evidence-based-policy-practice/>.

CANCINO, Christian; BONILLA, Claudia. Financiamiento público al emprendimiento chileno: un análisis chileno. *Trend Management*, p. 156-161, 2011.

CASTELAO CARUANA, María Eugenia. Las políticas públicas y su visión de la economía social y solidaria en Argentina. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, v. 61, n. 227, 2016. Disponible en: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rmcps/article/view/49598>.

CENTRO DE MEMORIA HISTÓRICA. Los orígenes, las dinámicas y el crecimiento del conflicto armado. In: *¡Basta ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad: informe general grupo de memoria histórica*. 2016. p. 111-194. Disponible en: http://centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/bastaYa/capitulos/basta-ya-cap2_110-195.pdf.

COLOMBIA. Mininterior. *Conpes 3712 de 2011: plan de financiación para la sostenibilidad de la Ley 1448 de 2011*. 1 de diciembre 2011. Disponible en: <https://www.mininterior.gov.co/content/conpes-3712-de-2011>.

COLOMBIA. Minjusticia. *Decreto 4800 de 2011: por el cual se reglamenta la Ley 1448 de 2011 y se dictan otras disposiciones*. 20 de diciembre 2011. Disponible en: <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/decreto-4800-de-2011/13108>.

COLOMBIA. Mintrabajo. *Educándonos para la paz*. 2016. Disponible en: <https://www.mintrabajo.gov.co/el-ministerio/reparacion-integral-victimas/formacion-para-el-trabajo-y-vocacional/educandonos-para-la-paz>.

COLOMBIA. Mintrabajo. *Emprendiendo retornos*. 2017. Disponible en: <https://www.mintrabajo.gov.co/el-ministerio/reparacion-integral-victimas/emprendimiento/emprendiendo-retornos>.

COLOMBIA. Mintrabajo. *Grupo Interno de Trabajo Para las Víctimas y la Equidad Laboral con Enfoque de Género: reparación para las víctimas del conflicto armado en Colombia*. S.f. Disponible en: <http://www.mintrabajo.gov.co/web/guest/el-ministerio/victimas-y-equidad-laboral-con-enfoque-de-genero?inheritRedirect=true>.

COLOMBIA. Mintrabajo. *Orientados hacia la paz*. 2018. Disponible en: <https://www.mintrabajo.gov.co/el-ministerio/reparacion-integral-victimas/formacion-para-el-trabajo-y-vocacional/orientados-hacia-la-paz>.

COLOMBIA. Mintrabajo. *TransFórmate*. 2013. Disponible en: <https://www.mintrabajo.gov.co/el-ministerio/reparacion-integral-victimas/formacion-para-el-trabajo-y-vocacional/transformate>.

CONFECAMARAS. *Nacimiento y Supervivencia de las empresas en Colombia*. 2016. Disponible en: https://www.confecamaras.org.co/phocadownload/Cuadernos_de_analisis_economico/Cuaderno_de_An%00%B0lisis_Economico_N_11.pdf.

CONGRESO DE COLOMBIA. *Ley 448 de 2011: Artículo 51 y 130, de 10 de junio, por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones*. 10 de junio de 2011. Disponible en: <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/ley-1448-de-2011/13653>.

CONGRESO DE COLOMBIA. *Ley 975 de 2005: por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios*. 25 de julio de 2005. Disponible en: <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/ley-975-del-25-de-julio-de-2005/14849>.

DEVINS, D. Enterprise in deprived areas: what role for start-ups?. *International Journal of Entrepreneurship and Small Business*, v. 8, p. 486-498, 2009. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/260338809_

Is_Informal_Sector_Entrepreneurship_Necessity-_or_Opportunity-driven_Some_Lessons_from_Urban_Brazil.

DOANHA, Duong Cong; TRANG, Tran Van. Entrepreneurial self-efficacy and intention among vietnamese students: a meta-analytic path analysis based on the theory of planned behavior. *Management Science Letters*, v. 9, p. 1847-1862, 2019. Disponible en: https://www.growing-science.com/msl/Vol9/msl_2019_154.pdf.

DUARTE, Tito; RUIZ, Myriam. Emprendimiento, una opción para el desarrollo. *Scientia Et Technica*, v. 15, n. 43, p. 326-331, 2009. Disponible: <https://www.redalyc.org/pdf/849/84917310058.pdf>.

FLORES, Pedro. El enfoque de la política basado en la evidencia: análisis de su utilidad para la educación de México. *Revista mexicana de investigación educativa*, v. 18, n. 56, p. 265-290, 2013. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-66662013000100012&script=sci_arttext.

FRANCISKOVIC, Jubitz. Retos de la gestión pública: presupuesto por resultados y rendición de cuentas. *Journal of Economics, Finance and Administrative Science*, v. 18, p. 28-32, 2013. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2077188613700283>.

GALINDO-MARTÍNA, Miguel Ángel; MÉNDEZ-PICAZO, María Teresa; CASTAÑO-MARTÍNEZ, María Soledad. Crecimiento, progreso económico y emprendimiento. *Journal of Innovation & Knowledge*, v. 1, p. 62-68, 2016. Disponible en: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/190693/1/1023020734.pdf>.

GEM. *Global Entrepreneurship Monitor 2014: Global Report*. Disponible en: <https://www.gemconsortium.org/report/gem-2014-global-report>.

GEM. *Global Entrepreneurship Monitor 2017: Global Report*. Disponible en: <https://www.gemconsortium.org/report/gem-2017-2018-global-report>.

GIACOMIN, Olivier; JANSSEN, Frank; GUYOT, Jean-Luc; LOHEST, Olivier. *Opportunity and/or necessity entrepreneurship?: the impact of the socio-economic characteristics of entrepreneurs*. Munich: MPRA, 2011. Disponible en: https://mpra.ub.uni-muenchen.de/29506/2/MPRA_paper_29506.pdf.

GONZÁLEZ, Julio. Verdad, justicia, paz y reparación en la mitología penal: a propósito de la ley 975 de 2005. *Estudios políticos*, Medellín, n. 27, p. 45-63, 2005. Disponible en: <https://bibliotecadigital.udea.edu.co/handle/10495/8718>.

JIMÉNEZ-SILVA, Walter; LARREA-ALTAMIRANO, Janeth; NAVARRETE-FONSECA, Mario; CASTRO-AYALA, Edison. Emprendimientos innovadores a partir de competencias cognitivas en estudiantes universitarios. *Revista venezolana de gerencia*, v. 24, n. 85, 2019. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=29058864004>.

KITZMUELLER, Markus; SHIMSHACK, Jay. Economic Perspectives on Corporate Social Responsibility. *Journal of Economic Literature*, v. 50, n. 1, p. 51-84, 2012. Disponible en: doi:10.1257/jel.50.1.51.

LARROULET, Cristián; RAMÍREZ, Macarena. Emprendimiento: factor clave para la nueva etapa de Chile. In: DURÁN, P. (ed.). *Emprendimiento e innovación en Chile*. Santiago: Facultad de Economía y Negocios, Universidad del Desarrollo, 2008. p. 15-38. Disponible en: https://www.academia.edu/14148885/Emprendimiento_e_Innovaci%C3%B3n_en_Chile_Una_Tarea_Pendiente.

MONDRAGÓN, Jaione. La evaluación de los programas públicos: objeto, contenido y aplicación de diferentes instrumentos para la evaluación. In: BAÑÓN, R. (ed.). *La evaluación de la acción y de las políticas públicas*. Díaz de Santos, 2003. p. 3-12. Disponible en: https://books.google.com.co/books?hl=en&lr=&id=9QE4SRJV-HUC&oi=fnd&pg=PR9&dq=buena+aplicaci%C3%B3n+de+las+pol%C3%ADticas+p%C3%BAblicas,+se+requiere+un+riguroso+seguimiento+que+eval%C3%BAe+su+eficiencia+mientras+&ots=Meh7V_ZE-3&sig=aQbymz9qujqVüE0rV62_N6ALFI&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false.

NIÑO, César. Breve historia del conflicto armado en Colombia. *Revista de paz y conflictos*, v. 10, n. 1, p. 327-330, 2017. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/2050/205052042015.pdf>.

OCA ROJAS, Y. M. M. Perspectivas del emprendimiento social y redes socioprodutivas de pequeños productores en Venezuela. *Revista de ciencias sociales*, v. 26, n. 1, p. 300-312, ene./mar. 2020. Disponible en: <https://produccioncientificaluz.org/index.php/rcs/article/view/31326/32376>.

OEI. *Programa Colombia Emprende*. 2020. Disponible en: <https://oei.int/oficinas/colombia/noticias/pre-inscripcion-fase-i-del-programa-colombia-emprende>.

OIT. *Proyecto el futuro de los jóvenes*. 2019. Disponible en: https://www.ilo.org/lima/programas-y-proyectos/WCMS_731346/lang-es/index.htm.

OLAYA GOEZ, Paula Andrea. *Proceso de Individuación y Subjetivación de Cinco Mujeres que llegan a Cali en medio del conflicto armado*. 2014. Disertación (Maestría en Sociología) – Facultad de Ciencias Sociales y Económicas, Universidad del Valle, Cali, 2014. Disponible en: <http://bibliotecadigital.univalle.edu.co/bitstream/10893/7585/1/0508699-p-14-ms.pdf>.

PINILLA, Jaime; GARCÍA-ALTÉS, Anna. La evaluación de políticas públicas: Informe SESPAS 2010. *Gaceta sanitaria*, v. 24, p. 114-119, dic. 2010. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S021391111000169X>.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. *Emprendimiento y empleabilidad para familias rurales víctimas del conflicto armado: Desarrollo Incluyente Rural para familias víctimas del conflicto*. 2020. Disponible en: <https://www.co.undp.org/content/colombia/es/home/projects/emprendimiento-y-empleabilidad-para-familias-rurales-victimas-de.html>.

REYNOLDS, Paul D.; BYGRAVE, William D.; AUTIO, Erkko; COX, Larry W.; HAY, Michael. *Global entrepreneurship Monitor: 2002 executive report*. Kansas City: Kauffman Center for Entrepreneurial Leadership, 2002. Disponible en: http://www.esbri.se/gemglobalreport_2002.pdf.

RODRIGUEZ TOVAR, Sergio Enrique. *Transferencia y acceso a la tierra en contextos de violencia: análisis empírico para el municipio de Guadalajara de Buga, 2001-2013*. 2016. Disertación (Maestría en Economía Aplicada) – Facultad de Ciencias Sociales y Económicas, Universidad del Valle, Cali, 2016. Disponible en: <http://bibliotecadigital.univalle.edu.co/bitstream/10893/9897/1/0534285-ME-2016-2.pdf>.

SENA. *Herramienta de diagnóstico en alianza con el sistema nacional de atención y reparación integral a las víctimas (SNARIV)*. 2020.

SERRANO GÓMEZ, Rocío; ACEVEDO PRADA, Milena. Reflexiones en torno a la aplicación de la Ley 1448 de 2011 y la restitución de tierras en Colombia. *Revista de la facultad de derecho y ciencias políticas*, Medellín, v. 43, n. 118, p. 533-566, ene./jun. 2013. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v43n119/v43n119a03.pdf>.

SNARIV. *Entidades que conforman el sistema nacional de atención y reparación integral a las víctimas*. S.f. Disponible en: <http://www.portalsnariv.gov.co/node/1000#:~:text=Departamento%20Nacional%20de%20Planeaci%C3%B3n%20DDNP,fng.gov.co%2FES>.

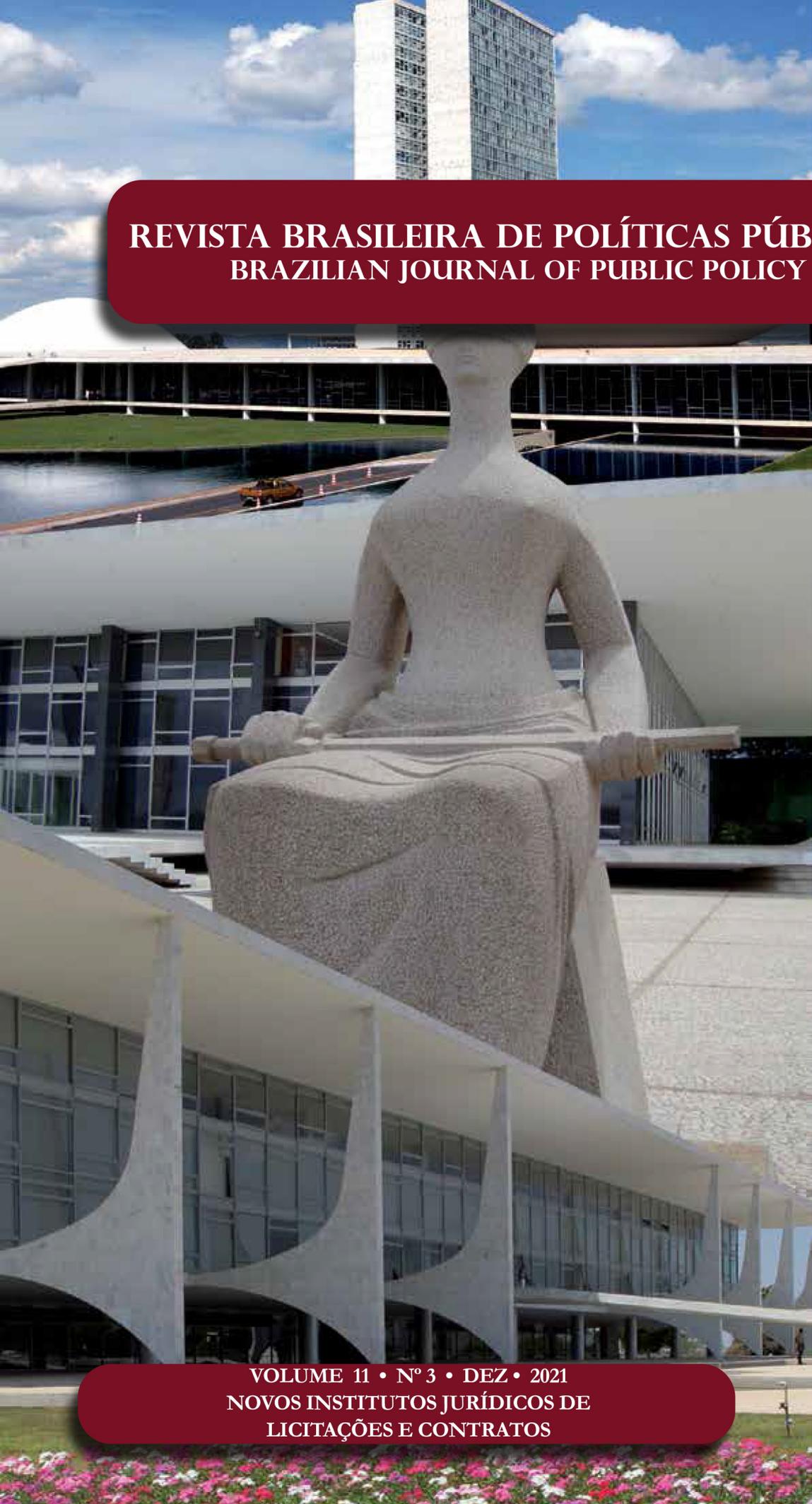
TAMAYO SÁEZ, Manuel. El análisis de las políticas públicas. In: BAÑÓN, Rafael; CARRILLO, Ernesto. *La nueva administración pública*. Madrid: Alianza Editorial, 1997. p. 281-311. Disponible en: https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/PoliticasyPublicas/tamayo_analisis_de_polit_public.tif.pdf.

UNIDAD PARA LAS VÍCTIMAS. *Fondo para la reparación s las víctimas*. S.f. Disponible en: <http://www.unidadvictimas.gov.co/es/fondo-para-la-reparaci%C3%B3n-las-v%C3%ADctimas/80>.

VARGAS ARÉBALO, Cidar. Análisis de las políticas públicas. *Perspectivas*, v. 19 p. 127-136, ene./jun. 2007. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/4259/425942453011.pdf>.

ZARAMA VÁZQUES, Ernesto. *Generación de ingresos para la población desplazada en Colombia: perspectivas desde abajo*. Santiago de Chile, 2009. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6158/1/S0900694_es.pdf.

**III. POLÍTICAS PÚBLICAS E
AÇÃO RESTAURATIVA**



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Justiça restaurativa como ação comunicativa: equilíbrio entre sistema e mundo da vida

Restorative justice as communicative action: balance between system and world of life

Daniela Carvalho Almeida da Costa

Luciana Leonardo Ribeiro Silva de Araújo

VOLUME 11 • Nº 3 • DEZ • 2021
NOVOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE
LICITAÇÕES E CONTRATOS

Justiça restaurativa como ação comunicativa: equilíbrio entre sistema e mundo da vida*

Restorative justice as communicative action: balance between system and world of life

Daniela Carvalho Almeida da Costa**

Luciana Leonardo Ribeiro Silva de Araújo***

Resumo

O presente artigo científico tem por objetivo investigar como a Justiça Restaurativa e o consenso atuam de forma a atenuar a crise sistêmica do direito penal. Por meio de um método dialético e qualitativo, mediante pesquisa bibliográfica, e utilizando como principal marco teórico a obra “Teoria do Agir Comunicativo”, de Jürgen Habermas, busca-se demonstrar que, por se aproximar da situação ideal de fala, o procedimento restaurativo ajudaria a equilibrar o desengate entre o sistema penal e o mundo da vida e, por conseguinte, abrandaria a crise sistêmica criminal. Inicia-se tecendo esclarecimentos sobre os conceitos de sistema e mundo da vida, demonstrando como ocorreu a colonização deste por aquele por meio da evolução da sociedade moderna. Posteriormente, será abordada a crise do sistema criminal, analisando-se, especialmente, a superlotação do sistema carcerário e os índices de violência no mundo ocidental. Na sequência, serão apresentados os tipos de ação social, a diferença entre ação estratégica e ação comunicativa, para, finalmente, destacar a racionalidade comunicativa como forma de superação da crise sistêmica. Por fim, serão explanados aspectos teóricos da Justiça Restaurativa, como uma nova forma de enxergar o crime, o sujeito ativo e a própria justiça, os quais serão confrontados com os postulados da situação ideal de fala, concluindo-se que, por meio desses mesmos postulados, os processos restaurativos catalisam a situação ideal de fala, o que constitui, portanto, uma forma de trazer o equilíbrio entre mundo da vida e sistema.

Palavras-chave: Ação comunicativa; Sistema; Mundo da vida; Justiça restaurativa.

Abstract

This scientific article aims to investigate how Restorative Justice and consensus act to mitigate the systemic crisis in criminal law. Through a dialectic and qualitative method, by bibliographic research, and using Jürgen Habermas’ work “The Theory of Communicative Action” as the main theoretical framework, it seeks to demonstrate that, by approaching the ideal situation of speech, the restorative procedure would help to balance the disengagement between penal system and world of life and, therefore, would mitigate criminal systemic crisis. This paper begins by weaving clarifications on the

* Recebido em 19/04/2021
Aprovado em 20/06/2021

** Doutora e Mestre em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade de São Paulo – USP. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidad de Salamanca. Professora Associada da Universidade Federal de Sergipe, vinculada ao Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direito (PRODIR/UFS) e à graduação em direito. Membro da Comissão Executiva e de Articulação Institucional para difusão da Justiça Restaurativa no Estado de Sergipe. Membro do Corpo de Avaliadores da Revista Direito GV, Membro do Corpo de Avaliadores da Revista Membro do Corpo de Pareceristas do Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IB-CCrim). Líder do Grupo de Pesquisa “Estudos sobre Violência e Criminalidade na Contemporaneidade” (CNPq/UFS), Sergipe, Aracaju.
E-mail: dancacosta@hotmail.com

*** Mestre em Direito pela Universidade Federal de Sergipe – UFS. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Anhanguera – UNIDERP; Analista de Direito no Ministério Público do Estado de Sergipe.
E-mail: lucianaufs@gmail.com

concepts of system and world of life, demonstrating how it was colonized by the latter through modern society evolution. Then, criminal system crisis will be addressed, analyzing, in particular, prison system overcrowding and violence rates in western world. Subsequently, types of social action, difference between strategic and communicative action will be presented to ultimately highlight communicative rationality as a way to overcome systemic crisis. Finally, theoretical aspects of Restorative Justice will be explained, such as a new way of seeing crime, the active subject and justice itself, which will be confronted with the postulates of the ideal situation of speech, concluding that, through this postulates, restorative processes catalyze the ideal situation of speech, being, therefore, a way to bring the balance between world of life and system.

Keywords: Communicative action; System; World of life; Restorative justice.

1 Introdução

O sistema criminal registra uma crise sem precedentes. Superlotação carcerária, inflação legislativa e desobediência às garantias penais e processuais são, apenas, alguns sintomas mais perceptíveis da ruína deste, que demonstram a incapacidade do direito penal em comunicar e alcançar os fins a que se destina.

A Justiça Restaurativa se mostra como um caminho promissor para a atenuação dessa crise sistêmica, mas como as engrenagens restaurativas atuariam para aplacar essa crise? Com base nessa reflexão e na Teoria do Agir Comunicativo, de Jürgen Habermas, demonstra-se que, por se aproximar da situação ideal de fala, o procedimento restaurativo, por meio da utilização de uma racionalidade comunicativa, que visa ao consenso entre os interessados, ajudaria a equilibrar o desengate entre o sistema penal e o mundo da vida e, por conseguinte, abrandaria a crise sistêmica criminal.

Para isso, conceitua-se sistema e mundo da vida, estabelecendo a diferenciação entre ambos por meio da evolução das sociedades, para entendermos a colonização do mundo da vida pelo sistema nas complexas sociedades modernas e como se dá a crise sistêmica. Num segundo momento, analisa-se a crise do sistema penal retributivo, baseado num modelo punitivo, em que há a desapropriação do conflito das partes interessadas e sua consequente apropriação pelo Estado, com especial ênfase à superlotação do sistema carcerário, os índices de violência e de reincidência no mundo ocidental.

Posteriormente, serão abordados os tipos de ação social, a diferença entre ação estratégica e comunicativa e os elementos importantes para a conceituação desta, tais como as pretensões de validade, a situação ideal de fala e a força ilocucionária do agir comunicativo; demonstrando, por conseguinte, a possibilidade de superação da crise sistêmica pela racionalidade comunicativa.

Por fim, será tecida uma exposição sobre a Justiça Restaurativa, seus princípios, valores e modelos, apresentando-a como uma nova forma de enxergar o crime, o ofensor e a justiça em si, sugerindo que o procedimento restaurativo, por se aproximar da situação ideal de fala, proposta por Habermas, seria um caminho para a superação da crise sistêmica do Direito Penal.

A presente pesquisa foi estruturada por meio de revisão bibliográfica, em especial da obra “Teoria do Agir Comunicativo”, de Jürgen Habermas. Trabalha-se com o conceito de sistema e de crise para explicar o colapso do direito penal moderno e sugerir a Justiça Restaurativa como proposta de mudança de paradigma para superação da crise e consequente equilíbrio entre o sistema e o mundo da vida, com base na comparação entre Justiça Restaurativa e ação comunicativa.

2 Sistema e mundo da vida

Para compreender a ação comunicativa é preciso entender o movimento dialético da sociedade moderna, que traz em seu seio dois elementos cruciais: o mundo da vida e o mundo do sistema, que convivem simultaneamente e se encontram sobrepostos, mas que se diferenciam segundo a complexidade social.

O mundo da vida é a moldura simbólica de referência da ação comunicativa, em que predominam as interações mediadas pela linguagem, podendo ser imaginado, metaforicamente, como um quadro branco a ser preenchido pelos falantes segundo suas convicções pessoais, seu conhecimento e pelas regras sociais, constituindo “uma rede de pressupostos intuitivos, transparentes, familiares e, ao mesmo tempo, destituídos de limites, a serem preenchidos, para que uma manifestação atual possa adquirir sentido, isto é, ser válida ou inválida”¹.

Os componentes estruturais do mundo da vida são a cultura, a sociedade e a personalidade. A cultura seria o conjunto de conhecimentos, que auxiliaria a interpretação; a sociedade é vista como a ordem legítima, que assegura a solidariedade em grupo; e a personalidade é formada pelas competências individuais que afirmam a identidade do agente:

A cultura constitui o estoque ou reserva de saber, do qual os participantes da comunicação extraem interpretações no momento em que tentam se entender sobre algo no mundo. Defino a sociedade por meio das ordens legítimas pelas quais os participantes da comunicação regulam sua pertença a grupos sociais, assegurando a solidariedade. Interpreto a personalidade como o conjunto de competências que tornam um sujeito capaz de fala e de ação - portanto, que o colocam em condições de participar de processos de entendimento, permitindo-lhe afirmar sua identidade².

Assim, o mundo vivo contribui para a manutenção da solidariedade social e da personalidade do indivíduo, organizando a ação em torno de valores compartilhados por ambos, quando os participantes chegam a um consenso acerca de determinado fato ou proposição criticável através da ação comunicativa. Grosso modo poderia se afirmar que o mundo vivo corresponderia ao espaço familiar e à esfera de espaço público³.

Entretanto, o mundo da vida não pode ser confundido com o de referência dos falantes. Os agentes da comunicação se movimentam dentro de seu próprio mundo de vida, mas fazem referência a outros, que podem ser objetivo, social ou subjetivo. O mundo objetivo são os fatos ou acontecimentos que podem ser validados como verdadeiros ou falsos; o mundo social são as interações entre pessoas que podem ser referidas como pretensões de validade normativa; e o mundo subjetivo corresponde a como os agentes expressam suas vivências⁴.

Assim, o mundo da vida é ao mesmo tempo o horizonte da consciência e o pano de fundo da comunicação linguística, sendo sinônimo de integração social. Já a integração sistêmica funciona de forma diferente - tem o predomínio do modelo de ação racional teleológica, visando a um agir instrumental ou estratégico, com busca de meios para o atingimento de determinado fim.

O sistema pode ser compreendido como conexão de ações racionais mediadas por relações de poder e de capital como meios deslinguistizados e que visam a uma finalidade. O sistema atua de forma a regular as consequências não pretendidas da ação estratégica por meio de mecanismos burocráticos ou de mercado, que limitam o escopo das decisões voluntárias, corresponderia às empresas e à esfera de poder estatal⁵.

¹ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista*. São Paulo: Martins Fontes, 2016. v. 2. p. 240.

² HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista*. São Paulo: Martins Fontes, 2016. v. 2. p. 252-253.

³ INGRAM, David. *Habermas e a dialética da razão*. 2. ed. Brasília: UnB, 1994. p. 153.

⁴ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2016. p. 71.

⁵ INGRAM, David. *Habermas e a dialética da razão*. 2. ed. Brasília: UnB, 1994. p. 153.

A complexidade sistêmica das instituições sociais acompanha a diferenciação das estruturas do mundo da vida (cultura, sociedade e personalidade) e do mundo de referência (objetivo, social e subjetivo), o que pode ser percebido por meio da evolução social.

Nas sociedades tribais, integradas pelo parentesco, não havia a distinção nítida entre mundo da vida e sistema. A distribuição de papéis e tarefas era muito primária e ocorria no meio doméstico. Com a expansão de grupos familiares, o estabelecimento do matrimônio entre membros de diferentes clãs e o exercício de poder transmitido a pessoas segundo o critério da hereditariedade, temos um primeiro nível de diferenciação do sistema.

No entanto, a separação entre sistema e mundo da vida se dá com mais nitidez a partir do momento em que o Estado passa a entrar em cena. Com o surgimento da lei formal e com a organização da sociedade em torno da mão forte do Estado, o exercício de poder fica cada vez mais desacoplado da estrutura familiar para ser anexado a funções públicas correspondentes aos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo. Por fim, o capitalismo institui o quarto e último mecanismo de diferenciação do sistema, elevando o mercado à categoria de sistema autorregulado que funciona segundo a regra da oferta e da procura⁶.

Assim, é possível constatar que a complexidade do sistema é condicionada pela racionalização do mundo vivo. Nas sociedades mais primitivas, a integração do sistema se subordinava à integração social; com o advento do Estado, o sistema se torna cada vez mais independente do mundo vivo, impondo-lhe restrições; e, finalmente, na sociedade moderna, o mundo vivo parece se reduzir a um subsistema, o que Habermas denominou de colonização do mundo da vida. Esse processo ocorre quando os imperativos do sistema se libertam e acabam com a capacidade hermenêutica do mundo da vida, tornando-o um instrumento:

Nesse nível de análise tem início o processo de desengate entre sistema e mundo da vida, de tal modo que o mundo da vida, inicialmente coextensivo a um sistema social pouco diferenciado, é rebaixado gradativamente ao nível de um subsistema, ao lado de outros subsistemas. Nesse ponto, os mecanismos sistêmicos se desprendem cada vez mais das estruturas sociais mediante as quais se realiza a integração social. Conforme vimos, as sociedades modernas atingem um nível de diferenciação sistêmica em que organizações que atingiram a autonomia passam a se relacionar entre si por meios de comunicação que não dependem mais da linguagem. E tais mecanismos sistêmicos controlam relações sociais desatreladas das normas e valores.⁷

A colonização do mundo da vida leva à crise. Não uma crise atribuída ao sujeito ou à consciência cultural, mas que surge na complexidade do próprio sistema, quando este não é capaz de oferecer uma quantidade de respostas suficientes para a solução de problemas na medida requerida para a sua autoconservação⁸.

Esse desequilíbrio gera uma crise de legitimação e motivação centradas no componente social do mundo vivo, diminuindo a solidariedade. Para evitar uma crise maior, o Estado lança mão de estratégias de planejamento ideológico e despolitização da sociedade civil, que minam os componentes cultural e de personalidade do sistema, deixando-o cada vez mais padronizado e impessoal por meio da formalização legal da ação⁹.

A colonização do mundo vivo promove um paradoxo no seio da sociedade moderna, resumido por David Ingram da seguinte forma:

o paradoxo das leis que promovem a liberdade *versus* as que a restringem consiste, na verdade, no fato de que as leis sociais que buscam garantir recursos materiais para o exercício de direitos civis e democráticos igualitários só se tornam efetivas com a organização formal da vida particular das pessoas dependentes, com base contratual e não consensual. Quando o Estado interfere na vida privada dos cidadãos, ameaçando

⁶ INGRAM, David. *Habermas e a dialética da razão*. 2. ed. Brasília: UnB, 1994. p. 166-167.

⁷ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista*. São Paulo: Martins Fontes, 2016. v. 2. p. 277-278.

⁸ SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Jürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 37-38.

⁹ INGRAM, David. *Habermas e a dialética da razão*. 2. ed. Brasília: UnB, 1994. p. 209.

suspender seus serviços se eles não cumprirem os termos de um contrato, esses cidadãos se sentem menos como pessoas e mais como coisas colhidas por um cálculo de vantagens e desvantagens¹⁰.

Ou seja, a crise se dá na medida em que o sistema não mantém um equilíbrio com o mundo da vida, pois cria-se uma ficção intra-sistemática que não guarda correspondência com a vida das pessoas, as quais devem estabelecer a solidariedade social com base no consenso, e não no contrato.

3 Crise do sistema criminal

O direito penal, calcado no modelo retributivo, contém uma contradição aparente no interior de seu próprio sistema: ao mesmo tempo em que traz previsões para aplicação de punição aos infratores da lei também quer fornecer garantias à liberdade do indivíduo contra o poder punitivo do Estado. Então se indaga: para que serve o direito penal?

Quanto à função da pena, há duas correntes filosóficas básicas que buscam justificá-la: a retributiva, de matriz kantiana, que propugna a função meramente punitiva da sanção; e a utilitarista, defendida por Cesare Beccaria, que afirma que a finalidade da pena seria a prevenção de novos delitos.

No entanto, para entender a racionalidade do sistema penal moderno, se faz necessário adicionar a essas teorias a de Von Feuerbach, que transforma a pena em consequência lógica e necessária de um sistema jurídico frente a uma transgressão grave, ao enunciar que não há crime sem pena legalmente cominada. A pena, enfim, se torna uma obrigação moral, prática, jurídica, necessária e lógica para o combate ao crime¹¹.

Em contrapartida, o Direito Penal Moderno também protege o indivíduo da ingerência do arbítrio punitivo estatal, criando uma série de garantias penais e processuais, cujo objetivo seria assegurar o direito penal como *ultima ratio*. O garantista Luigi Ferrajoli elenca as principais garantias do direito penal: o Princípio da Retributividade ou da Consequencialidade da Pena em relação ao delito; o Princípio da Legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; o Princípio da Necessidade ou da Economia do Direito Penal; o Princípio da Lesividade ou da Ofensividade do Evento; o Princípio da Materialidade ou da Exterioridade da Ação; o Princípio da Culpabilidade ou da Responsabilidade Pessoal; o Princípio da Jurisdicionalidade, também no sentido lato e no sentido estrito; o Princípio Acusatório ou da Separação entre Juiz e Acusação; o Princípio do Ônus da Prova ou da Verificação; e o Princípio do Contraditório ou da Defesa, ou da Falseabilidade¹².

As funções da pena e as garantias consistem nas formas básicas de configuração do sistema penal. Por meio das penas, se quer proteger a sociedade, a vítima e a moral, contra o criminoso; ao passo que as garantias buscam amparar o indivíduo e o infrator contra a ingerência punitiva do Estado. Essas duas noções correspondem a proteções de cunho negativo, pois a primeira visa proteger o mal com um mal e a segunda pretende, simplesmente, regradar e limitar a pena sem aceitar outras formas de composição dos conflitos criminais¹³.

Poderia se imaginar que essas duas noções são contraditórias, mas a contradição é apenas aparente, haja vista que as garantias reforçam o sistema de penas vigente, pois nos fazem imaginar que o sistema criminal funciona de forma correta e justa desde que a pena seja aplicada em obediência às regras do jogo.

¹⁰ INGRAM, David. *Habermas e a dialética da razão*. 2. ed. Brasília: UnB, 1994. p. 209.

¹¹ PIRES, Álvaro. La “Línea Maginot” en el derecho penal: la protección contra el crimen versus la protección contra el Príncipe. *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, n. 2001/A, p. 71-96, 2001. p. 73.

¹² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 74-75.

¹³ PIRES, Álvaro. La “Línea Maginot” en el derecho penal: la protección contra el crimen versus la protección contra el Príncipe. *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, n. 2001/A, p. 71-96, 2001. p. 73.

Segundo Álvaro Pires, a racionalidade penal moderna nos fez desenvolver uma espécie de Linha de Maginot¹⁴ ao redor das garantias:

Esta mentalidad consiste en creer que esas garantías son suficientes para “impedir el fracaso” contra la razón represiva y la injerencia indebida del Príncipe; y, peor aún, consiste en creer que ellas constituyen una base muy sólida para la construcción de un derecho penal nuevo, moderado y complejo.

En el fondo, la “mentalidad de la línea Maginot” revela un problema no resuelto de doble personalidad: en una faceta de nuestra personalidad, no estamos *emancipados* de las teorías de la pena y tendemos también a conservar un derecho penal, desde el principio y ante todo, completamente punitivo: pero, en la otra faceta, deseamos también un verdadero derecho penal moderado y del ciudadano. Y creemos que oponiendo la tarea de asegurar las garantías jurídicas negativas a la tarea de “combatir el crimen” o de afirmar en forma abstracta los valores de la pena, podremos resolver nuestro dilema: realizar nuestro ideal de moderación sin abandonar el proyecto fundador de una justicia casi exclusivamente represiva vehiculizada por las teorías de la pena¹⁵.

Assim, é criada uma espécie de ilusão sobre a eficácia das garantias penais - elas dão a aparência de um processo criminal justo e da pena como única forma de rebater o crime, não entrando, portanto, em rota de colisão com as teorias da pena: são teorias que se retroalimentam, pois basta haver um devido processo legal para que a pena seja imposta, ainda que esta seja uma pena desumana.

Esta é a grande crise do sistema retributivo: a existência de tantas garantias positivadas que se demonstram inócuas, pois o final do processo resulta numa prisão ofensiva à dignidade da pessoa humana.

Pensar o direito penal com base nessa racionalidade impede o ideal de uma verdadeira reforma sistêmica a fim de superar a crise, que se demonstra perceptível a partir das estatísticas que relacionam a taxa de encarceramento e o nível de criminalidade.

Segundo levantamento do *World Prison Brief*, publicado em 2018, o Brasil é o terceiro país que mais encarcera no mundo, com 714.899 presos, perdendo apenas para os Estados Unidos, com uma população carcerária de 2 milhões de pessoas, e para a China, que mantém pouco mais de 1 milhão de presidiários¹⁶.

No Brasil, a situação de superlotação carcerária é ainda mais grave: no último levantamento do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, datado de 2016, constatou-se um déficit total de 303.112 mil vagas no sistema prisional e uma taxa de ocupação média de 171,62% em todo o país¹⁷. Ou seja, além de termos muitas pessoas presas, faltam vagas. Com penitenciárias lotadas além de seu limite de capacidade, consequentemente temos um ambiente insalubre, perigoso e de difícil controle, que acaba sendo tomado por facções do crime organizado.

Ademais, deve-se considerar, também, o cenário de violência a que a população está submetida: em 2018 foram registrados 57.956 homicídios, uma taxa de 27,8 mortes violentas por cem mil habitantes, de acordo com o Atlas da Violência¹⁸.

¹⁴ A Linha Maginot foi uma grande muralha de concreto com artilharia pesada e instalações subterrâneas, construída pela França após a Primeira Guerra Mundial, ao longo da fronteira deste país com a Alemanha, para se proteger de um ataque frontal alemão. Ocorre que, na Segunda Guerra, os nazistas sequer precisaram enfrentar a artilharia pesada desta Linha, invadindo a França pela Floresta de Ardenas, na Bélgica. Tal episódio fez com que a Linha Maginot se tornasse sinônimo de defesa inútil na estratégia militar.

¹⁵ PIREZ, Álvaro. *La “Línea Maginot” en el derecho penal: la protección contra el crimen versus la protección contra el Príncipe. Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, n. 2001/A, p. 71-96, 2001. p. 78-79.

¹⁶ WALMSLEY, Roy. *World prison population list*. 2018. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wpppl_12.pdf Acesso em: 11 jun. 2020.

¹⁷ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*: Junho/2017. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf> Acesso em: 16 mar. 2021.

¹⁸ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Atlas da Violência 2020*. 2020. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/3519-atlasdaviolencia2020completo.pdf> Acesso em: 16 mar. 2021.

Por meio desses simples cruzamentos de dados, é possível constatar o nível da crise do sistema criminal brasileiro: apesar da alta taxa de encarceramento, a violência não diminui, pelo contrário, aumenta; na mesma proporção da população carcerária, o que demonstra a falência da finalidade preventiva da pena.

Outro dado interessante diz respeito aos níveis de reincidência. A mais recente pesquisa nacional, realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, aponta para um índice de reincidência de 24,4%¹⁹. Aproximadamente 90% desses reincidentes foram condenados à pena privativa de liberdade²⁰. A análise dessa estatística permite concluir que a famigerada função ressocializadora da pena também é falaciosa.

Mais da metade da população carcerária brasileira é composta por homens jovens (54%), negros (63,6%), com ensino fundamental incompleto (51,3%), o que demonstra o alto grau de seletividade do sistema punitivo²¹. Não por coincidência esta é a população igualmente mais atingida pela violência: em 2017, 75,7% das vítimas de homicídios foram homens negros²².

Nesse sentido, a prisão, como atestado pelos dados mencionados, constitui mero “depósito de indivíduos isolados do resto da sociedade, neutralizados em sua capacidade de ‘causar mal’ a ela”²³.

O cenário de superlotação carcerária, reincidência e seletividade punitiva não está adstrito somente à realidade brasileira. Em toda a América Latina, a situação é grave: segundo relatório elaborado pelo ILANUD, 23 países latinoamericanos estavam com suas unidades prisionais lotadas no período de 2011. Outro dado relevante é a taxa de presos provisórios, que na Bolívia refere-se a cerca de 79% e, no Paraguai, 71%²⁴.

Os países ocidentais desenvolvidos também não escapam da crise sistêmica: na Inglaterra, por exemplo, a taxa de reincidência é de 59%²⁵; nos Estados Unidos, 77%²⁶. Com relação aos selecionados pelo sistema criminal, quase metade da população carcerária dos Estados Unidos é composta por negros (40%)²⁷.

Michel Foucault resume bem a problemática da crise do sistema penal:

[...] a ideia de uma reclusão penal é explicitamente criticada por muitos reformadores. Porque é incapaz de responder à especificidade dos crimes. Porque é desprovida de efeito sobre o público. Porque é inútil à sociedade, até nociva: é cara, mantém os condenados na ociosidade, multiplica-lhe os vícios. Porque é difícil controlar o cumprimento de uma pena dessas e corre-se o risco de expor os detentos à arbitrariedade de

¹⁹ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Reincidência Criminal no Brasil*: relatório de pesquisa. 2015. p. 23. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf Acesso em: 16 mar. 2021.

²⁰ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Reincidência Criminal no Brasil*: relatório de pesquisa. 2015. p. 111. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf Acesso em: 16 mar. 2021.

²¹ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*: Junho/2017. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf> Acesso em: 16 mar. 2021.

²² INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Atlas da Violência 2020*. 2020. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/3519-atlasdaviolencia2020completo.pdf> Acesso em: 16 mar. 2021.

²³ BARATTA, Alessandro. *Ressocialização ou controle social*: uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado. 2014. Disponível em: <http://www.ceuma.br/portal/wp-content/uploads/2014/06/BIBLIOGRAFIA.pdf> Acesso em: 10 dez. 2020.

²⁴ CARRANZA, Elias. Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer? *Anuario de Derechos Humanos*, n. 8, p. 31-66, 2012. DOI: 10.5354/0718-2279.2012.20551 Disponível em: <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/20551> Acesso em: 15 jun. 2020.

²⁵ ROLIM, Marcos. Justiça Restaurativa e Segurança Pública. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 9, n. 49, p. 159-177, abr./maio, 2008. p. 159-177.

²⁶ DUROSE, Matthew R. *et al.* Multistate criminal history patterns os prisoners relaeased in 30 states. *Bureau of Justice Statistics*, set. 2015. Disponível em <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/mschprrts05.pdf> Acesso em: 15 jun. 2019.

²⁷ SAWYER, Wendy; WAGNER, Peter. *Mass Incarceration: The Whole Pie 2020*. Disponível em: <https://www.prisonpolicy.org/reports/pie2020.html> Acesso em: 15 mar. 2021.

seus guardiões. Porque o trabalho de privar um homem de sua liberdade e vigiá-lo na prisão é um exercício de tirania²⁸.

Em verdade, o sistema penal, sob o pretexto de proteção da sociedade, internaliza o próprio instrumento que contém o germe da destruição: a violência²⁹. Logo, constata-se que o sistema criminal, baseado na punição, não é capaz de pacificar conflitos, ao passo que as teorias da pena e as garantias não fornecem respostas condizentes para a autoconservação do sistema. A ruptura desse impasse requer uma outra racionalidade, capaz de tensionar o sistema penal em busca de sua paulatina reconfiguração: a racionalidade comunicativa.

4 A ação comunicativa em busca do consenso racional

Apesar do contexto de crise sistêmica, Habermas acredita que o caminho para a superação desta é a racionalidade, que não corresponderia à razão apática e positivista, mas à razão que abrange a decisão existencial, que observa

O contexto vital na qual está inserida, isto é, os momentos de espontaneidade, de esperança, de sensibilidade contra o sofrimento e a opressão, do afeto para com a maioria, da vontade de emancipação, da felicidade pelo encontro da identidade.³⁰

As ações sociais podem ser classificadas em quatro tipos: a estratégica, a normativa, a dramática e a comunicativa. Na ação estratégica, o agente busca o meio mais eficiente para o alcance da finalidade desejada; a ação normativa é aquela cuja intenção se traduz na conformação das condutas a normas e valores compartilhados; a ação dramática se refere à projeção de uma imagem pública; e, por fim, a ação comunicativa se dá quando dois agentes desejam chegar a um acordo voluntário de modo cooperativo³¹.

No mundo da vida predominam as interações comunicativas, mediadas pela linguagem, ao passo que, no mundo dos subsistemas sociais, prepondera o modelo de ação racional-teleológico, orientado pelo êxito e por regras técnicas de um saber empírico³². Considerando-se que a dicotomia entre sistema e mundo da vida já foi trabalhada no presente artigo, nos centraremos na análise do antagonismo entre ação estratégica e comunicativa.

A ação estratégica, juntamente à instrumental, se insere no agir racional-teleológico, orientado para a consecução de um fim. Tanto a ação estratégica quanto a instrumental são guiadas pelo êxito, mas o agir instrumental diz respeito à utilização de objetos para a consecução de determinado fim com base em regras técnicas, enquanto o agir estratégico implica a escolha racional de meios para influenciar na decisão do outro:

chamamos instrumental uma ação orientada pelo êxito quando a consideramos sob o aspecto da observância de regras técnicas da ação e quando avaliamos o grau de efetividade de uma intervenção segundo uma concatenação entre estados e acontecimentos; chamamos tal ação estratégica quando a consideramos sob o aspecto da observância de regras de escolha racional e quando avaliamos o grau de efetividade da influência exercida sobre as decisões de um oponente racional³³.

²⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. nascimento da prisão. 33. ed. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 95.

²⁹ BORGES, Clara Maria Roman; OLSHANOWSKI, Nikolai. Abordagens do sistema penal a partir da obra de Roberto Esposito. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 63, n. 3, p. 189-212, set./dez., 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v63i3.60497> Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/60497> Acesso em: 09 set. 2020.

³⁰ INGRAM, David. *Habermas e a dialética da razão*. 2. ed. Brasília: UnB, 1994. p. 65.

³¹ INGRAM, David. *Habermas e a dialética da razão*. 2. ed. Brasília: UnB, 1994. p. 53.

³² NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*: uma relação difícil. 3. ed. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2016. p. 75.

³³ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*: racionalidade da ação e racionalização social. São Paulo: Martins Fontes, 2016. v. 1. p. 495-496.

O agir comunicativo é aquela ação orientada pelo entendimento intersubjetivo por meio da linguagem, na qual os participantes buscam o consenso em torno dos seus mundos de referência, conciliando os seus respectivos planos de ação com base em definições comuns sobre a situação vivida:

Chamo comunicativas às interações nas quais as pessoas envolvidas se põem de acordo para coordenar seus planos de ação, o acordo alcançado em cada caso medindo-se pelo reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validez. No caso de processos de entendimento mútuo linguísticos, os atores erguem com seus atos de fala pretensões de validez, mais precisamente, pretensões de verdade, pretensões de correção e pretensões de sinceridade, conforme se refiram a algo no mundo objetivo (enquanto totalidade dos estados de coisas existentes), a algo no mundo social comum (enquanto totalidade das relações interpessoais legitimamente reguladas de um grupo social) ou a algo no mundo subjetivo próprio (enquanto totalidade das vivências a que têm acesso privilegiado)³⁴.

O ato de fala coloca a frase em relação com o mundo de referência (objetivo, social e subjetivo). Nesse sentido, o falante, ao enunciar uma frase, necessariamente ergue pretensões de validez: de veracidade, de correção e de sinceridade. A pretensão de verdade do conteúdo proposicional se refere ao mundo objetivo e se dá por meio dos atos de fala constatativos; já a pretensão de correção do conteúdo normativo e valorativo concerne ao mundo social; e, por fim, a pretensão de sinceridade faz alusão a aspectos do mundo subjetivo, mediante atos de fala expressivos³⁵.

Assim, os agentes que pretendem o consenso devem emitir os enunciados de maneira que possam compreender-se um ao outro por meio de uma forma de expressão inteligível e devem ter a intenção de comunicar uma proposição verdadeira, a fim de despertar a confiança mútua e para que os participantes possam partilhar o conhecimento. Por fim, o falante deve escolher um discurso correto segundo as normas e valores comuns, de forma que seja aceitável pelo ouvinte³⁶.

Dessa forma, ao erguer pretensões de validez, os agentes se conectam e o ato de fala ganha força ilocucionária:

Tal concepção prevê que sujeitos aptos a falar e agir possam fazer referência a mais que um mundo; e que, ao se entenderem uns com os outros sobre alguma coisa em um mundo único, embasem sua comunicação sobre um sistema de mundos que suponham de maneira compartilhada³⁷.

Por meio do ato de fala, o agente não expressa, apenas, um conteúdo proposicional, mas executa uma ação, ou seja, quando se fala, há sempre a expectativa de realização de uma ação pela fala e a pretensão de legitimar aquilo que se expressa por meio de argumentos. No entanto, quando as pretensões de validade tornam-se problemáticas, sendo necessário examinar se são ou não legítimas, passa-se da ação comunicativa ao discurso, a fim de reestabelecer, por meio da argumentação, o consenso racional³⁸.

Então fica a pergunta: como distinguir um consenso ingênuo/falso de um consenso racional? Para Habermas, o discurso e a antecipação da situação ideal de fala são dois parâmetros para responder tal questionamento. A situação ideal de fala, livre de coação externa, é uma suposição que se faz no próprio discurso e que implica uma distribuição simétrica da utilização dos atos de fala, podendo ser dividida em quatro postulados: da igualdade comunicativa; da igualdade da fala; da veracidade e sinceridade; e da correção normativa.

³⁴ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 79.

³⁵ SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Jürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 97.

³⁶ GOMES, Luiz Roberto. *O consenso na teoria do agir comunicativo de Habermas e suas implicações para a educação*. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas-SP, 2005. p. 77.

³⁷ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social*. São Paulo: Martins Fontes, 2016. v. 1. p. 484.

³⁸ GOMES, Luiz Roberto. *O consenso na teoria do agir comunicativo de Habermas e suas implicações para a educação*. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas-SP, 2005. p. 87-88.

Na situação ideal de fala, os agentes devem ter igualdade de oportunidades para usar os atos de fala, da mesma forma que deve ser oportunizado a todos os participantes do discurso a chance de interpretar, de fazer comentários, recomendações e de problematizar as pretensões de validade. Ademais, a todos deve ser ofertada a possibilidade de expressar os seus sentimentos, ideias e intenções. Por fim, os participantes podem opor-se, permitir, proibir, fazer e retirar promessas³⁹.

Assim, a situação ideal de fala deve ser utilizada como parâmetro do discurso - quanto mais próximo ele estiver da situação ideal de fala, mais verdadeiro e racional ele será.

5 Justiça restaurativa e situação ideal de fala

Jürgen Habermas estabelece uma relação direta entre violência e disfunção comunicacional:

Nós, no ocidente, vivemos em sociedades pacíficas e prósperas; e, no entanto, elas comportam uma violência estrutural à qual, até certo ponto, nos acostumamos, isto é, a desigualdade social desproporcionada, a discriminação degradante, o empobrecimento e a marginalização. Precisamente porque nossas relações sociais são permeadas de violência, ação estratégica e manipulação, existem dois outros fatores que não deveríamos ignorar. Por um lado, a práxis de nossa vida cotidiana conjunta repousa sobre uma sólida base de convicções fundamentais comuns, verdades culturais auto-evidentes e expectativas recíprocas. Aqui, a coordenação da ação passa pelos jogos de linguagem comuns, por meio de reivindicações de validade pelo menos implicitamente reconhecidas no espaço público de razões mais ou menos boas. Por outro lado, e por isso, os conflitos surgem da distorção na comunicação, do mal entendido e da incompreensão, da insinceridade e da impostura [...] A espiral de violência começa como uma espiral de comunicação distorcida que leva, por meio da incontrolável espiral de desconfiança recíproca, à ruptura da comunicação⁴⁰.

Se o conflito nasce da penetração nociva do agir estratégico nas relações sociais e da distorção da comunicação, o agir comunicativo e o consenso devem ser o antídoto para reverter este movimento.

Esta é a proposta da Justiça Restaurativa para diminuir os efeitos da crise do sistema criminal: ao encarar o delito como conflito entre pessoas, enxergando as questões subjacentes à ação delitiva, tenta-se o restabelecimento da paz por meio do diálogo e do consenso.

Costumamos interpretar o conflito como uma perturbação no fluxo natural dos relacionamentos, nos olvidando, entretanto, de seu potencial transformador, propulsor de mudanças pessoais e sociais e, por conseguinte, do desenvolvimento humano.

Para melhor enxergar o potencial transformador do conflito, precisamos mudar as lentes de nosso olhar, deixando de manter o foco somente na parte visível da contenda, focalizando, também, o que está por trás, pois o conflito é formado por uma situação imediata, além dos padrões subjacentes, do contexto e de uma estrutura conceitual, que reúne todos esses elementos para um maior entendimento sobre a arquitetura do relacionamento⁴¹.

A situação imediata corresponde ao conteúdo do conflito, o que está aparente e que visa a uma solução premente. A abordagem resolutiva, comumente utilizada na seara jurídica, trabalha tão somente o conteúdo do conflito e parte da necessidade de pôr fim ao indesejado; ao passo que a abordagem transformativa analisa, além do problema aparente, as questões subjacentes ao conflito, ou seja, os padrões mais profundos

³⁹ GOMES, Luiz Roberto. *O consenso na teoria do agir comunicativo de Habermas e suas implicações para a educação*. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas-SP, 2005. p. 91.

⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. Fundamentalismo e terror: um diálogo com Jürgen Habermas. In: BORRADORI, Giovanna. *Filosofia em tempo de terror: diálogos com Jürgen Habermas e Jacques Derrida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 47-48.

⁴¹ LEDERACH, John Paul. *Transformação de conflitos: teoria e prática*. São Paulo: Palas Athena, 2012.

do relacionamento, considerando-se, ainda, o contexto no qual o conflito se expressa e busca, por meio de um entendimento mais amplo sobre a estrutura do relacionamento, terminar o indesejado para construir o desejado⁴².

Importante ressaltar que a transformação de conflitos deve ser capaz de criar processos que reduzam a violência e aumentem a justiça nas interações sociais, por meio da paz. Nesse sentido, a paz não deve ser compreendida como um fim a ser alcançado, mas como uma estrutura-processo, ou seja, como uma qualidade relacional dinâmica que deve conduzir as interações pessoais e a forma como se estruturam os padrões sociais, políticos, econômicos e culturais por meio de uma abordagem não violenta⁴³.

A abordagem não violenta se faz necessária para a construção de algo novo através da escalada do conflito. Nesse diapasão, o diálogo, que traduz a ideia de interação direta entre pessoas ou grupos com capacidade de comunicação para a troca de ideias e para a busca de soluções, ocupa um lugar central, pois se o conflito altera os padrões de comunicação e de interação, o diálogo deve intervir para minimizar as comunicações disfuncionais e maximizar a compreensão mútua⁴⁴.

Nesse ponto, deve ser ressaltado que o diálogo e o consenso constituem a base do processo restaurativo, o qual devolve o conflito às partes, entendidas não somente como ofensor e vítima, mas englobando, também, os membros da comunidade, os quais participam, ativamente, da resolução das questões levantadas pelo cometimento de um crime, com a ajuda de um facilitador, cuja tarefa é auxiliar a comunicação entre as partes⁴⁵.

A adesão dos participantes deve ser livre e espontânea e a assunção de responsabilidade pelo ofensor é medida que se impõe, devendo ele entender como sua ação afetou a vítima e a comunidade. Ao final do procedimento restaurativo, alcançado o consenso entre os envolvidos, deve ser registrado um acordo de reparação de danos, ainda que simbólica, e as questões subjacentes devem ser igualmente abarcadas pelo acordo, a fim de reparar a teia social rompida pelo evento danoso e reintegração do ofensor e da vítima à comunidade.

A Justiça Restaurativa implica um conjunto de princípios e valores, não havendo hierarquia entre estes. Assim, da mesma forma que se busca a cura da vítima, almeja-se igualmente a do ofensor, devendo este ser estimulado a assumir a responsabilidade sobre seus atos. A Justiça Restaurativa não visa, somente, a um acordo de restituição, mas tem por objetivo reparar relacionamentos, seja entre vítima e ofensor ou entre este e a sociedade.

Segundo Howard Zehr, as metas dos programas de justiça restaurativa consistem em: entregar as decisões-chave acerca do conflito às partes interessadas, fazer dessa experiência um processo transformador e de cura dos envolvidos, e reduzir a probabilidade de futuras ofensas⁴⁶.

São apontadas pela doutrina especializada as seguintes práticas: a mediação vítima-ofensor, as conferências de família e os círculos de construção de paz. A mediação vítima-ofensor, prática mundialmente difundida e uma das técnicas mais utilizadas da Justiça Restaurativa, consiste em um encontro prévio com a vítima e com o ofensor, separadamente, e, após o consentimento mútuo, dá-se continuidade ao processo, consistindo este em um diálogo entre as partes, conduzido por um facilitador com a finalidade de chegar a um acordo entre os envolvidos, podendo haver a participação de membros da família, como apoiadores⁴⁷.

⁴² LEDERACH, John Paul. *Transformação de conflitos: teoria e prática*. São Paulo: Palas Athena, 2012.

⁴³ LEDERACH, John Paul. *Transformação de conflitos: teoria e prática*. São Paulo: Palas Athena, 2012. p. 33-35.

⁴⁴ LEDERACH, John Paul. *Transformação de conflitos: teoria e prática*. São Paulo: Palas Athena, 2012.

⁴⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social da ONU*. Disponível em: http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_UNU_2002.pdf Acesso em: 06 maio 2020.

⁴⁶ ZEHR, Howard. *Justiça restaurativa: teoria e prática*. São Paulo: Palas Athena, 2012. p. 49-50.

⁴⁷ ZEHR, Howard. *Justiça restaurativa: teoria e prática*. São Paulo: Palas Athena, 2012. p. 58.

Já a conferência de família se concentra no apoio ao ofensor, visando à conscientização e a mudança de comportamento deste, havendo, ainda, uma ampliação do papel da família, não como apoiadores, mas como participantes diretamente envolvidos, gerando, portanto, empoderamento familiar⁴⁸.

Os círculos de construção de paz, modelo mais usual no Brasil, tem por inspiração as práticas de resolução de conflitos das comunidades aborígenes do Canadá. Nesse modelo, há uma ampliação no número de participantes, adicionando-se membros da comunidade; a escuta respeitosa é simbolizada por meio do chamado “bastão da fala” ou “objeto da palavra”, que é um objeto que passa paulatinamente pelas mãos dos participantes para oportunizar a fala de todos (enquanto uma pessoa o sustenta e fala, os demais não a interrompem) e há uma declaração inicial onde são explicitados determinados valores que deverão ser observados ao longo de todo o processo circular⁴⁹.

Independentemente da técnica adotada, todas devem estrita observância aos valores obrigatórios propostos por Braithwaite: a voluntariedade de participação das partes; o empoderamento dos envolvidos, que se veem como peça fundamental no processo decisório; a não-dominação, ou seja, o tratamento isonômico dos participantes; e a obediência aos limites das sanções, a fim de que não sejam degradantes ou desumanas⁵⁰.

Além destes, destacam-se outros pressupostos, tais como o reconhecimento da responsabilidade pelo ofensor e a presença de um facilitador, que, por sua vez, não impõe o acordo, mas está presente para orientar o processo, mantendo a equidade e o respeito entre as partes. Nesses modelos as pessoas são estimuladas a contar suas histórias de vida, expressar seus sentimentos, explorar o fato conflituoso e, por fim, chegar a uma decisão consensual⁵¹.

Ao encarar o conflito não somente por meio da situação imediata e enfatizar também os padrões subjacentes, o contexto e a estrutura conceitual do relacionamento, buscando a construção de uma transformação mais efetiva do conflito, a Justiça Restaurativa, por meio da comunicação não violenta e da oportunidade simétrica de fala, cria um ambiente propício e seguro para a construção do consenso, instrumentalizando, pois, a ação comunicativa.

Para tanto, basta comparar as características dos procedimentos restaurativos com os pressupostos da situação ideal de fala. A situação ideal de fala, tal qual a Justiça Restaurativa, se encontra livre de coação externa, havendo uma distribuição simétrica da utilização dos atos de fala.

Poderia se imaginar que a Justiça Restaurativa, por ser conduzida por um terceiro estranho às partes, não seria totalmente isenta de coação. Entretanto, o facilitador cumpre somente o papel de desobstrução da comunicação e condução do processo, sendo-lhe incumbida a tarefa de criar um ambiente seguro para o diálogo e monitorar a qualidade deste, para que não haja atitudes desrespeitosas pelas partes.

Para entender o papel do facilitador, podemos compará-lo à metáfora da parteira enunciada por Sócrates na obra “Teeteto”:

Sócrates – a minha arte obstétrica tem atribuições iguais às das parteiras, com a diferença de eu não par-tejar mulher, porém homens, e de acompanhar as almas, não os corpos, em seu trabalho de parto. Porém a grande superioridade da minha arte consiste na faculdade de conhecer de pronto se o que a alma dos jovens está na iminência de conceber é alguma quimera e falsidade ou fruto legítimo e verdadeiro. Neste particular, sou igualzinho às parteiras: estéril em matéria de sabedoria, tendo grande fundo de verdade a censura que muitos me assacam, de só interrogar os outros, sem nunca apresentar opinião pessoal sobre nenhum assun-

⁴⁸ ZEHR, Howard. *Justiça restaurativa: teoria e prática*. São Paulo: Palas Athena, 2012. p. 58-59.

⁴⁹ ZEHR, Howard. *Justiça restaurativa: teoria e prática*. São Paulo: Palas Athena, 2012. p. 61-62.

⁵⁰ BRAITHWAITE, John. Principles of Restorative Justice. In: VON HIRSCH, A. et al. (eds.). *Restorative justice and criminal justice: competing or reconcilable paradigms?* Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003. p. 8-9.

⁵¹ ZEHR, Howard. *Justiça restaurativa: teoria e prática*. São Paulo: Palas Athena, 2012. p. 56.

to, por carecer, justamente, de sabedoria. E a razão é a seguinte: a divindade me incita a partejar os outros, porém me impede de conceber [...]. O que é fora de dúvida é que nunca aprenderam nada comigo; neles mesmo é que descobrem as coisas belas que põem no mundo, servindo, nisso tudo, eu e a divindade como parteira⁵².

Sócrates seria “como a parteira”, ele não teria sabedoria, sua tarefa seria extrair o conhecimento do seu interlocutor, tal qual a parteira traz ao mundo um novo ser. Da mesma forma, o facilitador trabalha com a maiêutica para fazer emergir o consenso entre as partes para que estas ganhem vida e possam re-agir ao conflito, mas o consenso deve ser alcançado pelo esforço dos interessados, da mesma forma que é a mulher quem dá à luz a seu próprio filho. Ao facilitador não cabe sugerir o acordo, mas utilizar instrumentos para desobstruir a comunicação entre os interessados, sendo o seu labor livre de coação.

A distribuição simétrica dos atos de fala é coordenada no processo restaurativo pelo facilitador e, nos círculos de construção de paz, o mediador conta com um instrumento importante: o objeto da palavra ou bastão da fala, que serve para regulamentar o diálogo entre os participantes do círculo. Tal instrumento é passado de mão em mão em volta do perímetro do círculo, somente a pessoa que segura o objeto da palavra pode falar, às demais cabe escutar atentamente. Tal dinâmica permite ao detentor do objeto falar sem interrupções e dá a oportunidade ao ouvinte de praticar a escuta ativa sem precisar pensar necessariamente em uma resposta para rebater o falante:

O objeto da palavra é um equalizador poderoso. Permite que cada participante tenha igual oportunidade de falar e carrega o pressuposto de que cada participante tem alguma coisa importante para oferecer ao grupo. À medida que passa fisicamente de mão em mão, o objeto da palavra tece um fio de conexão entre os membros do círculo. O objeto reduz o controle do facilitador e, conseqüentemente, compartilha o controle do processo com todos os participantes⁵³.

Assim, no processo restaurativo, por meio do facilitador e do uso do objeto da palavra, é assegurada aos agentes a igualdade de oportunidades para usar os atos de fala, da mesma forma que é oportunizada a todos os participantes do discurso a chance de interpretar, de fazer comentários e recomendações e de problematizar as pretensões de validade. Nesse diapasão, importante mencionar que o participante não é obrigado a falar toda vez que ostentar o objeto da palavra, somente se estiver confortável para assim fazê-lo. Ademais, os agentes podem tecer comentários desde que sejam respeitadas as diretrizes estabelecidas pelos membros do círculo restaurativo. As diretrizes são fixadas pelos membros do círculo após a cerimônia de abertura e dizem respeito à forma como os participantes desejam conduzir o diálogo.

A Justiça Restaurativa também propicia às partes a possibilidade de expressar os seus sentimentos, ideias e intenções, pois permite aos participantes explorar fatos, emoções e resoluções, criando-se um ambiente seguro e propício para que cada qual se mostre sem máscaras, explorando as suas crenças, contando histórias sobre a própria vida e enfrentando o evento danoso ocorrido, a fim de se buscar conjuntamente uma solução para o conflito. Por fim, os participantes podem opor, permitir, proibir, fazer e retirar promessas, até que se chegue a um consenso, que comporá os termos do acordo restaurativo.

Assim, constata-se que todos os postulados da situação ideal de fala são preenchidos pelas práticas restaurativas: o da igualdade comunicativa e da igualdade da fala, garantidos pelo papel do facilitador e pelo objeto da palavra; o da veracidade e sinceridade, pelo próprio ambiente seguro e de confiança criado pelo modelo; e, por fim, o da correção normativa, a partir do momento em que os participantes proferem discursos, com o objetivo de ajustar seus próprios valores e chegar a uma decisão consensual.

⁵² PLATÃO. *Teeteto*. 3. ed. Belém: Editora Universitária UFPA, 2001. p. 47.

⁵³ PRANIS, Kay. *Círculos de justiça restaurativa e de construção de paz: guia do facilitador*. Porto Alegre: TJRS, Departamento de Artes Gráficas, 2011. p. 17.

Por meio desses postulados, é possível que a Justiça Restaurativa trabalhe o conflito em sua inteireza: a partir do momento em que se assegura aos envolvidos a simetria da fala, permite que estes abordem a situação imediata em um primeiro momento; como se cria um ambiente seguro ao diálogo e à verdade, as questões subjacentes vão surgindo à medida que a comunicação flui, sendo possível entender o contexto e a estrutura do relacionamento para a construção do consenso.

A partir do momento em que todos os participantes têm voz ativa na configuração do acordo, o seu cumprimento fica mais fácil, pois a construção do consenso se dá de forma legítima com a participação ativa dos interessados, não sendo uma decisão imposta verticalmente pelo Estado. O diálogo em busca do consenso é um poderoso instrumento que une as pessoas e, por conseguinte, fortalece a solidariedade social. Em situações de conflito, ele é ainda mais importante, pois desmistifica-se a figura do ofensor como um sujeito degenerado e sem recuperação. Por meio dessa troca de narrativas, é possível perceber a humanidade do ofensor, que também se liga à humanidade, percebendo o sofrimento que causou à vítima, pois as narrativas

Unificam as histórias pessoais em torno de eventos compartilhados, contribuindo, assim, para manter a identidade social e individual. Elas são parte integral das funções comunicativas da reprodução cultural, da coordenação das ações e da socialização⁵⁴.

Nesse sentido, considerando-se que a ação comunicativa se insere no mundo da vida, opondo-se ao agir estratégico que permeia os sistemas, a Justiça Restaurativa, por estar compreendida no paradigma comunicativo, catalisando a situação ideal de fala, pode ser um meio para equilibrar o mundo da vida e o sistema criminal, revertendo o processo de colonização daquele por este, se tornando, portanto, um importante instrumento institucional e de política criminal.

A finalidade institucional da Justiça Restaurativa se dá na medida em que esta representa um aprimoramento do funcionamento dos órgãos estatais de persecução penal por adicionar eficiência na missão de coibição do crime, por ser um meio menos dispendioso de reação ao delito e por ser um mecanismo que adiciona valores mais humanitários ao sistema de justiça criminal.

Nessa perspectiva, a Justiça Restaurativa é, ainda, importante instrumento de política criminal, podendo apresentar uma nova hermenêutica do fenômeno criminal, quebrando paradigmas há muito tempo postos, de forma a reduzir o controle penal formal⁵⁵.

6 Considerações finais

O modelo retributivo de justiça criminal há muito demonstrou ser disfuncional: a pena não atinge a maior parte das finalidades a que se propõe, não contempla a assistência às vítimas e não reintegra o ofensor à sociedade; ao contrário, demonstra-se somente como uma forma de anular pessoas do convívio social, fazendo da prisão um depósito de excluídos.

A Justiça Restaurativa propõe uma nova forma de encarar o conflito, com potencial para tensionar o sistema criminal, de modo a torná-lo mais humano, envolvendo vítima, ofensor e comunidade, de forma voluntária, na resolução do conflito, buscando a reparação do dano, a responsabilização do ofensor e o apoio a este e à vítima.

Ao devolver o conflito às partes, que chegariam a uma decisão consensual sobre o conflito, a Justiça Restaurativa se insere no paradigma da ação comunicativa, baseada no diálogo que visa o consenso. Tal forma

⁵⁴ INGRAM, David. *Habermas e a dialética da razão*. 2. ed. Brasília: UnB, 1994. p. 155.

⁵⁵ ILANUD. *Sistematização e avaliação de experiências de justiça restaurativa*. 2006. Disponível em: <https://erc.undp.org/evaluation/documents/download/3751> Acesso em: 16 mar. 2021.

de ação é oposta ao agir estratégico, que objetiva o êxito e se baseia em regras técnicas. A ação comunicativa faz parte das relações do mundo da vida, ao passo que o agir estratégico permeia o mundo dos sistemas.

Como visto, a diferenciação entre sistema e mundo da vida se deu pela modernização da sociedade, a ponto de ocorrer o domínio daquele sobre o mundo vivo, tendo este sido transformado em um subsistema. No entanto, tal movimento levou a uma crise sistêmica, sendo que a saída ou redução da crise somente pode se dar pelo resgate do mundo da vida através de uma racionalidade comunicativa.

Para se ter um parâmetro sobre o nível de verdade do discurso, se faz necessário utilizar a noção de situação ideal de fala, que é formada por quatro postulados: o da igualdade comunicativa; o da igualdade da fala; o da veracidade e sinceridade; e, por fim, o da correção normativa.

Analisando-se os processos restaurativos, constatou-se que a Justiça Restaurativa muito se aproxima da situação ideal de fala, garantindo aos participantes a igualdade comunicativa e de fala, por meio do papel do facilitador e do objeto da palavra, criando um ambiente seguro e de confiança no qual as partes possam expor os seus sentimentos e contar suas histórias, para, enfim, chegarem a uma decisão consensual construída por todos os agentes de comunicação.

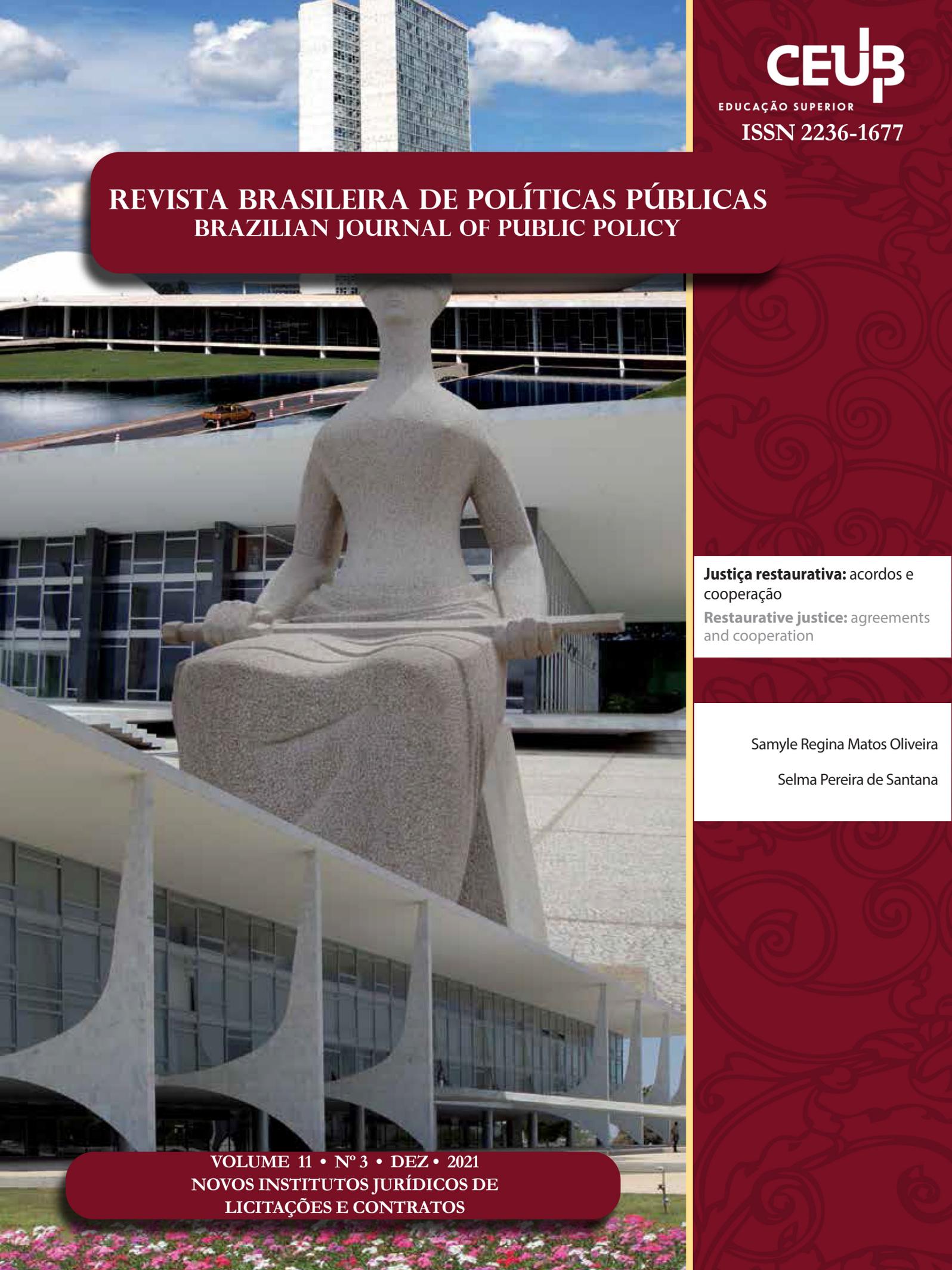
Conclui-se que a Justiça Restaurativa trabalha com os postulados de uma racionalidade comunicativa que catalisa a situação ideal de fala, sendo, portanto, uma forma de trazer o equilíbrio entre mundo da vida e sistema.

Referências

- BARATTA, Alessandro. *Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado*. 2014. Disponível em: <http://www.ceuma.br/portal/wp-content/uploads/2014/06/BIBLIOGRAFIA.pdf> Acesso em: 10 dez. 2020.
- BORGES, Clara Maria Roman; OLSCHANOWSKI, Nikolai. Abordagens do sistema penal a partir da obra de Roberto Esposito. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 63, n. 3, p. 189-212, set./dez., 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v63i3.60497> Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/60497> Acesso em: 09 set. 2020.
- BRAITHWAITE, John. Principles of Restorative Justice. In: VON HIRSCH, A. et al. (eds.). *Restorative justice e criminal justice: competing or reconcilable paradigms?* Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 225, de 31 de maio de 2016*. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289> Acesso em: 04 jun. 2020.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: Junho/2017*. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf> Acesso em: 16 mar. 2021.
- CARRANZA, Elias. Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer? *Anuario de Derechos Humanos*, n. 8, p. 31-66, 2012. DOI: 10.5354/0718-2279.2012.20551 Disponível em: <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/20551> Acesso em: 15 jun. 2020.
- COSTA, Daniela Carvalho Almeida da; MACHADO JÚNIOR, Elisio Augusto de Souza. Justiça Restaurativa: um caminho possível na superação da racionalidade penal moderna? *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 63, n. 1, p. 65-91, abr. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v63i1.54226> Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/54226> Acesso em: 09 set. 2020.

- DUROSE, Matthew R. *et al.* Multistate criminal history patterns os prisoners relaeased in 30 states. *Bureau of Justice Statistics*, set. 2015. Disponível em <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/mschpprts05.pdf> Acesso em: 15 jun. 2019.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 33 ed. Petrópolis: Vozes, 2007.
- GOMES, Luiz Roberto. *O consenso na teoria do agir comunicativo de Habermas e suas implicações para a educação*. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas-SP, 2005.
- GOUVEIA, João Tiago de Freitas. *A justiça restaurativa como mediador entre o sistema e o mundo a vida habermasiana*. Dissertação (Mestrado em Crime, Diferença e Desigualdade) – Universidade do Minho, Portugal, 2006.
- HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- HABERMAS, Jürgen. Fundamentalismo e terror: um diálogo com Jürgen Habermas. In: BORRADORI, Giovanna. *Filosofia em tempo de terror: diálogos com Jürgen Habermas e Jacques Derrida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social*. São Paulo: Martins Fontes, 2016. v. 1.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista*. São Paulo: Martins Fontes, 2016. v. 2.
- ILANUD. *Sistematização e avaliação de experiências de justiça restaurativa*. 2006. Disponível em: <https://erc.undp.org/evaluation/documents/download/3751> Acesso em: 16 mar. 2021.
- INGRAM, David. *Habermas e a dialética da razão*. 2. ed. Brasília: UnB, 1994.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Atlas da Violência 2020*. 2020. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/3519-atlasdaviolencia2020completo.pdf> Acesso em: 16 mar. 2021.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Reincidência Criminal no Brasil: relatório de pesquisa*. 2015. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf Acesso em: 16 mar. 2021.
- JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine *et al.* (orgs). *Justiça restaurativa*. Brasília: PNUD, 2005.
- LEDERACH, John Paul. *Transformação de conflitos: teoria e prática*. São Paulo: Palas Athena, 2012.
- MACHADO, Máira Rocha. Beccaria e a racionalidade penal moderna na história dos saberes sobre o crime e a pena, de Álvaro Pires. In: MACHADO, Máira Rocha *et al.* (org.). *Instituições do direito penal de Basileu Garcia*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 109-124.
- MORAES JÚNIOR, Manoel Ribeiro de. Linguagem e ação comunicativa: uma introdução fundamental à teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas. *Aufklärung*, João Pessoa, v. 5, n. 3, p. 155-166, 2018.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2016.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social da ONU*. Disponível em: http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf Acesso em: 06 maio 2020.
- PIRES, Álvaro. La “Línea Maginot” en el derecho penal: la protección contra el crimen versus la protección contra el Príncipe. *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, n. 2001/A, p. 71-96, 2001.

- PLATÃO. *Teeteto*. 3. ed. Belém: Editora Universitária UFPA, 2001.
- PRANIS, Kay. *Círculos de justiça restaurativa e de construção de paz: guia do facilitador*. Porto Alegre: TJRS, Departamento de Artes Gráficas, 2011.
- RODRIGUES, Icles. *Histórias e memórias da Segunda Guerra Mundial e do pós-guerra no Leste Europeu a partir do heavy metal: análise da obra da banda Sabaton*. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2016.
- ROLIM, Marcos. Justiça Restaurativa e Segurança Pública. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 9, n. 49, p. 159-177, abr./maio, 2008.
- SAWYER, Wendy; WAGNER, Peter. *Mass Incarceration: The Whole Pie 2020*. Disponível em <https://www.prisonpolicy.org/reports/pie2020.html> Acesso em: 15 mar. 2021.
- SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Jurgen Habermas: razão comunicativa e emancipação*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- WALMSLEY, Roy. *World prison population list*. 2018. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wppl_12.pdf Acesso em: 11 jun. 2020.
- XAVIER, José Roberto Franco. Reformar a justiça penal a partir de seu sistema de pensamento: por uma sociologia das ideias penais. *Revista Direito & Práxis*, v. 6, n. 12, p. 438-463, 2015.
- ZEHR, Howard. *Justiça restaurativa: teoria e prática*. São Paulo: Palas Athena, 2012.
- ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008.



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Justiça restaurativa: acordos e
cooperação

Restorative justice: agreements
and cooperation

Samyle Regina Matos Oliveira

Selma Pereira de Santana

VOLUME 11 • Nº 3 • DEZ • 2021
NOVOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE
LICITAÇÕES E CONTRATOS

Restorative justice: agreements and cooperation

Samyle Regina Matos Oliveira**

Selma Pereira de Santana***

Resumo

Este artigo objetiva demonstrar que a Resolução 225/2016 do CNJ, em seu art. 3º, III, amplia a possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa. Defende-se, contudo, a ideia de que acordo decorrente da Justiça Restaurativa constitui um negócio jurídico (conceito lógico-jurídico) que pode produzir efeitos, entre juízos cooperantes, no âmbito da Cooperação Judiciária Nacional (art. 6º, inciso XIX da Resolução 350/2020 do CNJ), aplicando-se a conflitos que possuam repercussões em diferentes competências (além da seara criminal). Adota-se, neste trabalho, o método de revisão bibliográfica, normativa e documental, com uma abordagem hipotético-dedutiva. Com base no levantamento realizado, é possível, concluir, portanto, que, apesar dos espaços normativos que a Justiça Restaurativa tem no ordenamento jurídico brasileiro, ainda é preciso i) vencer a resistência oferecida pelos próprios profissionais do sistema de justiça e dos operadores do direito, em geral, às transformações propostas pela JR; ii) avaliar quais os processos restaurativos que são capazes de equalizar os valores e princípios da Justiça Restaurativa, com a necessidade de racionalização dos processos; iii) ampliar o debate sobre a aplicação da Justiça Restaurativa no âmbito dos tribunais, com seriedade, a fim de identificar os limites para sua aplicação em determinada área.

Palavras-chave: Cooperação Judiciária Nacional; Justiça Restaurativa; Negócio Jurídico

Abstract

This article aims to demonstrate that CNJ Resolution 225/2016, in its art. 3rd, III, expands the possibility of applying Restorative Justice. It defends, however, the idea that an agreement resulting from the Restorative Justice constitutes a legal business (logical-legal concept) that can produce effects, among cooperating judges, within the scope of National Judicial Cooperation (art. 6, item XIX of Resolution 350 / 2020 of the CNJ), applying conflicts that have repercussions on different competences (in addition to the criminal field). The work adopts the method of bibliographic, normative and documentary review, with a hypothetical-deductive approach. Based on the survey carried out, it is therefore possible, therefore, that despite the normative spaces that Restorative Justice has in the Brazilian legal system, it is still necessary to i) Overcoming resistance to the professionals of the

* Recebido em 26/03/2021
Aprovado em 23/05/2021

** Doutoranda em Direito pela UFBA. Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Professora e Coordenadora na Universidade Tiradentes, Sergipe. Advogada. Líder do grupo de pesquisa cadastrado no CNPq “Novos Paradigmas de Justiça e a Cooperação Judiciária Nacional”.
E-mail: samyle.adv@gmail.com.

*** Doutora e Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professora da graduação e do PPGD UFBA. Promotora do Ministério Público Militar da União. Líder do grupo de pesquisa cadastrado no CNPq “Justiça Restaurativa”.
E-mail: selmadesantana@gmail.com.

justice system and the operators of the law, in general, to the changes proposed by JR; ii) evaluate which restorative processes are capable of equalizing the values and principles of Restorative Justice, with the need to rationalize the processes; iii) Extend the debate on the application of Restorative Justice in the scope of the courts, with seriousness, in order to identify the limits for its application in a given area.

Key-words: National Judicial Cooperation; Restorative Justice; Agreement

1 Introdução

A Resolução 225/2016 do CNJ é o ato normativo que disciplina a Justiça Restaurativa (JR) no âmbito dos tribunais. É mais comum encontrar as discussões sobre o tema na área criminal, isso porque a própria Resolução 12/2002 da ONU, marco internacional, aponta como processo restaurativo qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetada por um crime, participam, ativamente, da resolução das questões oriundas dele, geralmente com a ajuda de um facilitador.

Cumprido salientar, todavia, que o presente artigo trata da Justiça Restaurativa no âmbito judicial, não adstrita, pois, e tão somente, aos conflitos de natureza criminal. Nesse sentido, levanta-se a seguinte questão: é possível que o acordo proveniente da Justiça Restaurativa ou do processo restaurativo produza efeitos, entre juízos cooperantes, que possuam competências distintas? A título de exemplo, não seria possível que o acordo restaurativo firmado pelas partes que se enfrentam no âmbito criminal em razão de um crime de violência doméstica contra mulher — e, na esfera cível discutissem sobre a guarda dos filhos menores — contemplasse questões de ambos os processos?

Para a compreensão desse questionamento sustenta-se que sim, ou seja, o acordo decorrente da Justiça Restaurativa e que contempla aspectos fundamentais dos conflitos que possuam repercussões em diferentes competências (além da seara criminal) produza efeitos nos juízos cooperantes, no âmbito da Cooperação Judiciária Nacional¹ (art. 6º, inciso XIX da Resolução 350/2020 do CNJ e Resolução 225/2016 do CNJ, art. 3º, III). Desse modo, é possível defender, também, que o acordo restaurativo é um negócio jurídico que, a depender do conteúdo, pode ser material ou processual.

Por fim, além disso, este artigo, desenvolvido a partir de uma revisão bibliográfica, normativa e documental, com uma abordagem hipotético-dedutiva, objetiva contribuir, ainda, com a uniformidade, no âmbito nacional, do conceito de Justiça Restaurativa, prevista no rol das “considerações” da Resolução 225/2016.

2 A construção das bases normativas da Justiça Restaurativa no Brasil

O ato normativo que disciplina a Justiça Restaurativa no Brasil, no âmbito dos tribunais, é a Resolução 225/2016 do CNJ. Outras resoluções, no entanto, no âmbito internacional e nacional precederam e abriram espaço para a atual regulamentação, bem como algumas leis.

¹ A Recomendação n.º 38 do CNJ, em 2011, destacou, em suas considerações, a cooperação judiciária como um mecanismo contemporâneo, desburocratizado e ágil para o cumprimento de atos judiciais fora da esfera da competência do juízo requerente ou em intersecção com ele. Antonio Cabral destaca a importância que todas as partes cooperarem entre si, ou seja, que a cooperação não se limite à relação entre os juízes ou mesmo do juiz com as partes, devendo as atitudes que unem os órgãos judiciais serem também abrangidas pelo princípio da cooperação. CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz Natural e Eficiência Processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

Observa-se que as contribuições trazidas pela Lei 9.099/95 (Sobre os juizados especiais cíveis e criminais), a Lei n.º 13.140, de 2015 (sobre a mediação e a autocomposição de conflitos) e pela própria Lei n.º 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil) foram fundamentais para a expansão das práticas consensuais de resolução de conflitos².

O termo “Justiça Restaurativa” também tem sido utilizado para a resolução de conflitos escolares, hospitalares e empresariais, e, até mesmo, conflitos de comunidade³. Conforme pode ser observado, a construção de um conceito de JR transita entre a teoria e a prática. Em outras palavras, há quem diga que “a justiça restaurativa é uma prática ou, mais precisamente, um conjunto de práticas em busca de uma teoria”⁴. Mas, há, também, quem defenda a existência de um conceito aberto da Justiça Restaurativa que caminha pela concepção do encontro entre a vítima e ofensor (e pessoas envolvidas), da reparação, da transformação e dos valores restaurativos⁵.

No presente artigo, prevalece o entendimento que, do ponto de vista jurídico, a incomum abertura conceitual não contribui com a expansão da Justiça Restaurativa no âmbito dos tribunais. Isso não significa que a filosofia restaurativa — princípios e valores — não deva ser difundida dentro e fora do poder judiciário. Muito pelo contrário, essa expansão é fundamental para a promoção de uma cultura de paz (ODS 16 – Paz, justiça e instituições eficazes), porém a Justiça Restaurativa não deve ser confundida com a filosofia de vida restaurativa.

A partir dessas breves considerações, serão analisadas as seguintes bases normativas: Resolução 12/2002 da ONU, Resolução 125/2010 do CNJ, Resolução 118 do CNMP e Resolução 225/2016.

2.1 As contribuições da Resolução da ONU para o desenvolvimento e implementação de medidas de Mediação e Justiça Restaurativa

A Resolução n.º 12/2002 da Organização das Nações Unidas (ONU) estabeleceu princípios básicos para utilização de programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal e contribuiu para a criação do marco regulatório da Justiça Restaurativa no Brasil, a Resolução 225/2016 do CNJ.

A Resolução n.º 12/2002 da ONU prevê no item I – *Terminologia* que “Programa de Justiça Restaurativa significa qualquer programa que use processos restaurativos e objetive atingir resultados restaurativos”. O “processo restaurativo” significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor — e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime — participam, ativamente, da resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (*conferencing*) e círculos decisórios (*sentencing circles*) (item 2). Resultado restaurativo significa um acordo construído no processo restaurativo (art. 3)

A intensidade e multiplicidade de normas jurídicas para regular o comportamento cotidiano dos indivíduos fomenta o surgimento de normas que organizam o próprio Estado e suas funções, sobretudo a jurisdicional, que se reveste de uma importância significativa na medida em que busca sanar os conflitos decorrentes da própria vida em sociedade.

² Na área penal, pode-se mencionar: a Lei 9.807/99 (sobre a colaboração premiada como acordo), a Lei 12.850/13 (sobre o procedimento consensual como meio especial de obtenção de provas para o enfrentamento de organizações criminosas e crimes transnacionais), a Lei 12.846/13 (acerca da possibilidade de se formalizar acordos de leniência em matéria anticorrupção □ Lei Anticorrupção Empresarial) e a Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime), com o Acordo de Não Persecução Penal no CPP (art. 28-A).

³ ACHUTTI, Daniel Silva. Justiça restaurativa no Brasil: Possibilidades a partir da experiência belga. *Civitas – Revista de Ciências Sociais*, Porto Alegre, v. 13, n. 1, p. 154-181, abr. 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-60892013000100154&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 jan. 2021.

⁴ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e mediação penal: O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 10.

⁵ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

Esse processo, contudo, de apreensão do direito por parte do Estado, que culminou com uma verdadeira monopolização da produção jurídica, vê-se, na atualidade, obrigado a coexistir com fontes normativas oriundas das relações de direito internacional, a exemplo do *soft law*, normas internacionais não vinculantes, mas norteadoras de situações jurídicas recomendadas aos países-membros envolvidos, especialmente aquelas voltadas à resolução de conflitos — como a Resolução n.º 12/2002 da ONU —, caso da justiça restaurativa. Em outras palavras, o *soft law* (Resolução n.º 12/2002 da Organização das Nações Unidas (ONU)) pode adquirir uma consolidação jurídica, tornando-se *hard law* (Resolução 225/2016 do CNJ).

É nesse sentido que, ao falar sobre a Teoria Geral do Processo e as transformações relacionadas à Teoria das Fontes do Direito, Didier Júnior⁶ afirma que os sistemas jurídicos contemporâneos mostram, como característica saliente, a harmonização entre enunciados normativos casuísticos — expressados nas leis — e cláusulas gerais, que reforçam o poder criativo da atividade jurisdicional.

Observa-se, ainda, que, não obstante o direito brasileiro dispor acerca da incorporação de certas modalidades de normas internacionais, as normas de *soft law*, em virtude de seu caráter não vinculante, não gozam do mesmo status que as outras fontes de direito internacional, também por conta da preferência pelas disposições legais (legalismo), ressaltada por Achutti⁷, como elemento característico da cultura brasileira.

Hoje, estão apensados ao Projeto de Lei (PL) n.º 8.045, de 2010 sobre a reforma do Código de Processo Penal, os projetos de Lei n.º 7.006/2006 sobre os procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais e o PL n.º 2.976/2019 que disciplina a Justiça Restaurativa⁸. Porém, enquanto não houver a publicação de lei específica, fica a cargo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) delimitarem seus aspectos, âmbitos de incidência, princípios e formas de atuação, por meio de resoluções.

2.2 O papel das resoluções do CNJ e do CNMP para a implementação da Justiça Restaurativa

O Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público são órgãos de natureza administrativa, sendo o primeiro responsável por um controle interno e o segundo por um controle externo. Há quem defenda que os atos normativos dos conselhos são importantes fontes processuais⁹. O poder normativo do CNJ decorre do artigo 103-B, §4º, I, CF/88 e o do CNMP encontra respaldo no artigo 130-A, § 2º, I, CF/88. Especificamente sobre a Justiça Restaurativa, é fundamental mencionar as contribuições das Resoluções dos respectivos conselhos, inclusive, por serem até então, as únicas formas de regulamentação no Brasil.

2.2.1 A Resolução n.º 125/2010 do CNJ e a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário

Em seu artigo 1º, a Resolução 125/2010 prevê a instituição da “Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos

⁶ “Cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado”. [...] Segundo Didier Júnior, não há um sistema jurídico exclusivamente estruturado em cláusulas gerais (que causariam uma sensação de insegurança) ou em regras casuísticas (que tornariam o sistema sobremaneira rígido e fechado, nada adequado a complexidade da vida contemporânea). DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Teoria geral do processo, essa desconhecida*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p.172.

⁷ ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um modelo de administração de conflitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 244.

⁸ Já há, inclusive, um projeto substitutivo do Novo CPP prevendo a Justiça Restaurativa a partir do art. 114 e seguintes. Disponível em < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01uy1mohg9p1xz7l4syw9ozae915778288.node0?codteor=1998273&filename=Tramitacao-PL+8045/2010 . Acesso em 20 de junho de 2021.

⁹ DIDIER JR., Fredie. *Cooperação Judiciária Nacional – esboço de uma teoria para o Direito brasileiro (artigos 67-69, CPC)*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 20.

por meios adequados à sua natureza e peculiaridade”. Merecem destaque na Resolução, o artigo 7º que prevê a criação dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Núcleos), com a possibilidade de estímulo a programas de mediação comunitária (art. 70, § 2º), desde que esses centros comunitários não se confundam com os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania previstos nessa Resolução — bem como o at. 8º que disciplina sobre a criação do Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejuscs).

Com a emenda n. 01 à Resolução 125/2010 do CNJ, em 2013, a Justiça Restaurativa encontrou espaço na redação do §3º que previa que os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos poderiam centralizar e estimular programas de mediação penal¹⁰ ou qualquer outro processo restaurativo, desde que respeitados os princípios básicos e processos restaurativos previstos na Resolução n.º 12/2002 da ONU e a participação do titular da ação penal em todos os atos. Posteriormente, a redação do §3º foi alterada com a emenda 2 de 2016. A mudança foi decorrente da constatação de que a Justiça Restaurativa não poderia ser confundida com a mediação penal e, por ter peculiaridades, deveria ser, portanto, objeto de estudo jurídico específico. A esse respeito, é oportuno destacar que, ainda em 2016, o CNJ editou a Resolução 225, responsável por instituir a Política Nacional da Justiça Restaurativa.

Outro ponto que não pode deixar de ser citado é o aspecto vinculante dos anexos da Resolução 125/2010 que trazem diretrizes curriculares para os cursos de capacitação básica dos terceiros facilitadores (conciliadores e mediadores), bem como o Código de Ética que traz como princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação (artigo 1º). O Código de Ética, também, disciplina as regras que regem o procedimento (artigo 2º), sendo elas: Informação; Autonomia da vontade; Ausência de obrigação de resultado; Desvinculação da profissão de origem; Compreensão quanto à conciliação e à mediação.

Pode-se observar, contudo, a partir do exposto, que muitos princípios da Justiça Restaurativa, bem como os valores, aproximam-se dos princípios e regras de procedimento da conciliação e mediação. Desse modo, é preciso reconhecer que a Resolução 125/2010 representou um avanço na promoção de uma cultura de paz, além de se tornar um marco, em especial, em relação à proposta da terceira onda do acesso à justiça sugerida por Cappelletti e Garth¹¹ que consiste em um acesso à justiça por meio de métodos adequados. “Poder-se-ia dizer que a enorme demanda latente por métodos que tornem os novos direitos efetivos forçou uma nova meditação sobre o sistema de suprimento — o sistema judiciário”.

O reconhecido o papel potencializador da Resolução 125/2010 do CNJ para a atuação do Poder Judiciário ficou evidente nas mudanças estruturais e procedimentais, bem como em outras resoluções editadas posteriormente.

2.2.2. A Resolução n.º 118/2014 do CNMP e a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição

A Resolução n.º 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do MP e dá outras providências. Em seu texto, a negociação, a mediação, a conciliação, as convenções processuais e as práticas restaurativas são consideradas instrumentos efetivos de pacificação social, resolução e prevenção de litígios, controvérsias e problemas.

O capítulo III da referida Resolução merece especial destaque, pois traz recomendações de quando aplicar os diferentes instrumentos de solução de controvérsias. No art. 8º “a negociação é recomendada para

¹⁰ Diversos autores nacionais e estrangeiros debruçaram-se no estudo da mediação. A título de exemplo, destaca-se: SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e mediação penal: O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; ÁLVAREZ, Gladys Stella. *La mediación y el acceso a justicia*. Rubinzal: Culzoni, 2009.

¹¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 70.

as controvérsias ou conflitos em que o Ministério Público possa atuar como parte na defesa de direitos e interesses da sociedade, em razão de sua condição de representante adequado e legitimado coletivo universal”. De acordo com o parágrafo único do referido dispositivo, “a negociação pode, ainda, ser recomendada para a solução de problemas referentes à formulação de convênios, redes de trabalho e parcerias entre entes públicos e privados, bem como entre os próprios membros do Ministério Público”.

A mediação, por sua vez, “é recomendada para solucionar controvérsias ou conflitos que envolvam relações jurídicas nas quais é importante a direta e voluntária ação de ambas as partes divergentes” (art. 9º). No parágrafo único, a Resolução recomenda “que a mediação comunitária e a escolar que envolvam a atuação do Ministério Público sejam regidas pela máxima informalidade possível”.

No art. 10, fica clara a possibilidade de utilizar a mediação como mecanismo de prevenção de conflitos, ou seja, anterior à judicialização, ou mesmo, nos casos judicializados e, ainda, na atuação em geral, visando ao aprimoramento da comunicação e dos relacionamentos. Na sequência, o art. 11. recomenda a conciliação para solucionar “controvérsias ou conflitos que envolvam direitos ou interesses nas áreas de atuação do Ministério Público como órgão interveniente e nos quais sejam necessárias intervenções propondo soluções para a resolução das controvérsias ou dos conflitos”.

Os dispositivos, contudo, que abordam as práticas restaurativas são os artigos 13 e 14 da Resolução 118/2014 do CNMP. A redação presente no artigo 13 estabelece que tais práticas “são recomendadas nas situações para as quais seja viável a busca da reparação dos efeitos da infração por intermédio da harmonização entre o(s) seu(s) autor(es) e a(s) vítima(s), com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos”. Contudo, diferentes atores sociais, incluindo o Ministério Público, o infrator, a vítima e quaisquer outras pessoas ou setores, públicos ou privados, da comunidade afetada, com a ajuda de um facilitador, podem participar, conjuntamente, de encontros, visando à formulação de um plano restaurativo, conseqüentemente, a reparação ou minoração do dano, bem como a reintegração do infrator e a harmonização social (art.14).

Não obstante as importantes correlações estabelecidas, o art. 15 recomenda, ainda, as convenções processuais “toda vez que o procedimento deva ser adaptado ou flexibilizado para permitir a adequada e efetiva tutela jurisdicional aos interesses materiais subjacentes, bem assim para resguardar âmbito de proteção dos direitos fundamentais processuais”. Na sequência, o art. 16 estabelece que “poderá o membro do Ministério Público, em qualquer fase da investigação ou durante o processo, celebrar acordos visando constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais” e, ainda nesse sentido, a artigo 17 prevê que a celebração das referidas convenções ocorra de modo dialogal e colaborativo, “com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos por intermédio da harmonização entre os envolvidos, podendo ser documentadas como cláusulas de termo de ajustamento de conduta”¹².

Sobre o assunto, Cabral¹³ afirma que os membros do MP e investigados, ou acusados, podem e devem celebrar convenções processuais de maneira a flexibilizar o procedimento, “adaptando-o à vontade das partes, e imprimir eficiência à tramitação do processo penal”. Entende, ainda, que

[...] acordos processuais em matéria penal podem ser inseridos, juntamente com disposições sobre o direito material, em qualquer instrumento convencional, como acordos de colaboração premiada, acordos de leniência ou outros instrumentos negociais com repercussão penal (pensemos aqueles do direito econômico, como o acordo de leniência dos arts. 86 e 87, parágrafo único, da Lei no 12.259/2012)¹⁴.

¹² Interessante destacar um TAC celebrado, em 2020, pelo MPF, MPT e MPSP com a Volkswagen, principalmente, no que diz respeito ao ajuste de conduta que se insere no marco da Justiça de Transição, **com inspiração restaurativa** (inciso IV do Considerando). Disponível em: https://static.poder360.com.br/2020/09/TAC_Final_VW_Assinado_Sem_Anexo.pdf. Acesso em: 10 fev. 2020.

¹³ CABRAL, Antonio do Passo. Acordos Processuais no Processo Penal. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 64, p. 87, abr./jun. 2017.

¹⁴ CABRAL, Antonio do Passo. Acordos Processuais no Processo Penal. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 64, p. 87, abr./jun. 2017.

Dito isto, importa ressaltar que as práticas restaurativas podem resultar em acordos (artigos 13 e 14) envolvendo vítima e ofensor ou mesmo membros de uma comunidade ou, ainda, terceiros que possam contribuir com a solução do conflito, mas também os acordos entre as partes podem versar sobre a participação ou não em processo restaurativo, ou mesmo, sobre a suspensão do processo quando o caso for encaminhado a um programa de justiça restaurativa. Portanto, embora não seja usual essa abordagem, é possível concluir que a natureza jurídica desses acordos é a de negócio jurídico que, a depender do seu conteúdo, pode ser material ou processual. Do mesmo modo, o pacto de mediação prévia obrigatória (art. 2º, §1º, Lei 13.140/2015)¹⁵ já foi mencionado na doutrina como exemplo de negócio jurídico-processual típico¹⁶, bem como o acordo de colaboração premiada, reconhecido pelo próprio legislador como tal, no art. 14 da lei 13.964/2019 que inseriu o art. 3º-A da lei 12.850/2013.

Em que pese diversos autores do Processo Penal demonstrem inúmeras preocupações com o modelo de justiça penal negociada, não se pode negar que se trata de uma realidade. Sobre o assunto, Alves¹⁷ lembra que a justiça penal consensual é gênero do qual a justiça restaurativa, a justiça negociada e a justiça colaborativa são espécies¹⁸.

No entanto, a reflexão ora colocada é: quando há o encontro entre vítima, ofensor e, em alguns casos, com membros da comunidade e, desse encontro, resulta um acordo pautado em obrigações para reparação do dano, dentre outras medidas, não é possível falar em negociação? Ou, ainda, se é possível vislumbrar a aplicação da JR com base no inciso V do artigo 28-A da lei 13.694/2019 (Pacote Anticrime) que trata do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), sendo este um evidente exemplo de justiça penal negociada, por que não reconhecer a natureza de negócio jurídico de um acordo restaurativo?¹⁹

Os acordos restaurativos podem ser firmados em diferentes fases processuais, inclusive, antes da judicialização com a possibilidade de homologação pelo magistrado. Há a possibilidade que, nos crimes de menor potencial ofensivo, o acordo restaurativo possa extinguir o processo, e, nos crimes de médio e alto potencial ofensivo, o termo pode ser considerado na fixação da pena.

Desse modo, consoante preceitua o art. 16 da Resolução 118/2014 e a parte final do conceito de convenção (acordo) processual elaborado por Cabral²⁰, os acordos restaurativos tanto podem resolver o conflito como também constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais. Ao fazer a análise de um caso tratado pelo programa de Justiça Restaurativa do TJDF, “estupro de vulnerável por três homens, um deles menor de idade”, Tiveron²¹ concluiu que as reparações pela via restaurativa, advindas de um acordo

¹⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Ensaíos Sobre os Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 28.

¹⁶ Além dos negócios típicos, há, ainda, os negócios atípicos amparados pelo art. 190 do CPC e na cláusula geral de negociação sobre o processo.

¹⁷ ALVES, Jamil C. Justiça consensual e *plea bargaining*. In: Cunha, Rogério Sanches et al. (coord.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 194.

¹⁸ Vinícius Vasconcelos entende como sinônimos de um modelo de justiça criminal que se baseia por acordos entre o acusador e imputado, objetivando acelerar a obtenção a condenação, os seguintes termos: justiça negociada, consensual, pactuada, transacionada, barganhada, acordada. VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negociada: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

¹⁹ É certo que tal compreensão deverá enfrentar as discussões acerca da preocupação com o comprometimento do processo, sobretudo, no que diz respeito ao consentimento “voluntário” do ofensor, riscos de uma confissão “interessada” que gere prejuízos a alguns direitos e garantias do acusado. Além disso, o novo manual da ONU de 2020 prevê requisitos de validade para o acordo restaurativo, que serão amplamente discutidos ao longo do trabalho, tais como: a garantia de que a participação de um ofensor não seja evidência de culpa, a voluntariedade e razoabilidade dos acordos, a segurança das partes, a confidencialidade dos procedimentos, a supervisão judicial da incorporação dos resultados dos acordos decorrentes de programas de justiça restaurativa ao sistema judicial decisões ou julgamentos, a garantia de que a falha em chegar a um acordo por si só não seja usada contra o infrator em processos de justiça criminal e a garantia de que não pode haver aumento da punição por não implementação de um acordo. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/20-01146_Handbook_on_Restorative_Justice_Programmes.pdf. Acesso em: 10 dez. 2020.

²⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 85.

²¹ TIVERON, Raquel. *Justiça Restaurativa. A emergência da cidadania na dicção do direito. A construção de um novo paradigma da justiça criminal*. Brasília, DF: Thesaurus, 2014. p. 449.

firmado pelas partes (ofensores, vítima e familiares), foram fundamentais para administrar o conflito em sua gênese. Após o procedimento restaurativo, a vítima demonstrou interesse em prestar novas declarações para a presença da justiça criminal. “Neste caso, a ação penal seguiu o seu curso até a sentença definitiva, com julgamento parcialmente procedente da denúncia ministerial, que resultou na absolvição de um dos acusados e na condenação do outro”²². O acordo previu que a vítima, com apoio dos familiares, voltasse ao Fórum para refazer o seu testemunho, por ter omitido o seu consentimento em ter relações sexuais com um dos réus; previu que a vítima fosse à corporação militar de um dos ofensores para esclarecer que ele não havia mantido relações sexuais, não tinha pretensão de manter e nem a obrigou a entrar no carro, já que, em virtude do fato, o ofensor corria o risco de ser expulso da corporação; previu o pagamento de passagens para a vítima participar de tratamento psicológico, por parte do autor das relações sexuais consentidas (porém, ainda consideradas como crime pelo fato de a vítima ter 13 anos de idade), bem como que este prestasse serviço por, pelo menos, 3 meses em uma instituição de amparo à mulheres vítimas de violência doméstica ou mulheres solteiras grávidas; por fim, o acordo também conteve a oferta de um tratamento psicoterápico na rede pública por um período de 12 meses.

Se as convenções processuais (ou acordos) podem ser compreendidas como um negócio jurídico bilateral no qual a vontade das partes se une para um interesse comum²³, ou mesmo como um negócio jurídico plurilateral²⁴, os diplomas normativos que estabelecem sobre as convenções processuais (arts. 6º, IV e V, e 7º, Seção V, nos arts. 15 a 17) também se aplicam aos acordos restaurativos que versem sobre o processo.

A respeito do conceito de negócio jurídico, vale lembrar que Fredie Didier Junior²⁵ assevera que ele não está adstrito ao âmbito do direito privado. Segundo o autor:

o conceito, portanto, do negócio jurídico pode ser decomposto da seguinte forma: (i) cuida-se de espécie de ato jurídico em sentido lato, já que a exteriorização da vontade é o cerne do núcleo do seu suporte fático; (ii) a vontade exteriorizada atua também no exercício do poder de escolha no âmbito da eficácia jurídica, dentro dos limites predeterminados pelo sistema jurídico.

Em outras palavras, apesar de no acordo estar presente o autorregramento da vontade, expressão adotada por Pontes de Miranda²⁶, esta somente pode atuar nos espaços deixados pelo sistema. “A irradiação dos efeitos jurídicos negociais depende, assim, do sistema jurídico das normas que o compõem”²⁷.

A justiça penal negocial²⁸ tem se fortalecido nas últimas décadas, bem como as discussões sobre a autonomia da vontade das partes também presentes em outras áreas do direito. A identificação desses espaços no direito civil, processual civil, administrativo e do trabalho, por exemplo, é fundamental, uma vez que os acordos restaurativos não estão adstritos à seara criminal.

Esse fortalecimento dos meios autocompositivos favorece o debate sobre a Justiça Restaurativa que busca, essencialmente, “reduzir, sempre que possível, o uso do sistema penal e os efeitos das interpretações criminalizantes por ele geradas, e incrementar a democracia através de um maior protagonismo das partes na administração dos conflitos”²⁹.

²² TIVERON, Raquel. *Justiça Restaurativa*. A emergência da cidadania na dicção do direito. A construção de um novo paradigma da justiça criminal. Brasília, DF: Thesaurus, 2014. p. 456.

²³ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Ensaios Sobre os Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 29.

²⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 85

²⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Ensaios Sobre os Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 29.

²⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 54.

²⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Ensaios Sobre os Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 120.

²⁸ São mencionados como exemplos da realidade brasileira, na doutrina, a lei 9.099/95, a lei 12.850/2013, dentre outros. Gomes entende que a negociação, típica do modelo norte-americano (*plea bargaining*) não é aceita pela Justiça Restaurativa. É importante esclarecer que não se intenciona, com este trabalho, afirmar que a Justiça Restaurativa é negociação, muito pelo contrário, é importante deixar claro que ela não é negociação, assim como também não é conciliação e nem mesmo mediação. Porém, o acordo restaurativo possui obrigações firmadas entre as partes, sendo visto, portanto, neste trabalho, como negócio jurídico (GOMES, Luiz Flávio. *Justiça penal restaurativa - perspectivas e críticas*. Prática Jurídica. - Ano 7, n. 74 (maio 2008), p. 5).

²⁹ ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*: contribuições para um modelo de administração de conflitos no

2.2.3 A Resolução n.º 225/2016 do CNJ e a Política Nacional da Justiça Restaurativa

A partir das importantes contribuições das Resoluções 125/2010 do CNJ e Resolução 118/2014 do CNMP, em 2016, o CNJ editou a Resolução 225 que hoje é o ato normativo que disciplina a Política Nacional de Justiça Restaurativa³⁰. Considerou-se, para a criação do referido ato, as recomendações da Organização das Nações Unidas, expressas nas Resoluções 1999/26, 2000/14 e 2002/12, a complexidade dos fenômenos conflito e violência e suas múltiplas dimensões e a possibilidade de homologação dos acordos celebrados nos procedimentos próprios quando regidos sob os fundamentos da Justiça Restaurativa (arts. 72, 77 e 89 da Lei 9.099/1995), como a composição civil, a transação penal ou a condição da suspensão condicional do processo de natureza criminal.

Além disso, também considerada, para a criação desse ato normativo, a previsão do art. 35, II e III, da Lei 12.594/2012 que favoreceu a utilização dos meios de autocomposição de conflitos e estabeleceu que as práticas, ou medidas restaurativas, fossem usadas prioritariamente para o atendimento aos adolescentes em conflito com a lei; bem como a compreensão do acesso à justiça (art. 5º, XXXV da CF/88), mencionada anteriormente nos comentários à Resolução 125/2010, que consiste em uma busca por “soluções efetivas de conflitos por intermédio de uma ordem jurídica justa e compreende o uso de meios consensuais, voluntários e mais adequados a alcançar a pacificação de disputa”.

Cumprе salientar, todavia, que, embora a “[...] necessidade de buscar uniformidade, no âmbito nacional, do conceito de Justiça Restaurativa [...]” esteja no rol dos “considerandos” da Resolução 225/2016, o caminho para alcançar tal intento é longo. No artigo 1º, o ato normativo conceitua a Justiça Restaurativa, conforme compartilhado no primeiro tópico deste artigo, mas, nesse momento, os destaques serão para os artigos, parágrafos e incisos que mencionam sobre os acordos e as fases processuais em que os procedimentos restaurativos podem ser realizados.

Nessa perspectiva, o art. 1º §2º destaca que “o procedimento restaurativo pode ocorrer de forma alternativa ou concorrente com o processo convencional, devendo suas implicações ser consideradas, caso a caso, à luz do correspondente sistema processual [...]”, o que permite lembrar do que foi dito no tópico anterior a respeito da irradiação dos efeitos jurídicos negociais e da relação de dependência com o sistema jurídico das normas que o compõem.

A Justiça Restaurativa é orientada por vários princípios, alguns dos quais também presentes na mediação e elencados na Resolução 125/2010. O artigo 2º da Resolução 225/2016 destaca, contudo:

[...] a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a voluntariedade, a imparcialidade, a participação, o empoderamento, a consensualidade, a confidencialidade, a celeridade e a urbanidade.

Especificamente sobre a celeridade, princípio objeto de controversa opinião quando o assunto é Justiça restaurativa, vale mencionar as observações feitas por Tiveron³¹ na análise de “dois casos dramáticos”. A autora aponta que “não há evidências concretas de que um procedimento restaurativo seja mais demorado e oneroso ou menos célere que um processo judicial”. Vale salientar que “na prática brasileira, os juízes costumam fixar o prazo máximo de três meses para conclusão da intervenção restaurativa, o que é obedecido (e, por vezes, em menor tempo)”, segundo relato da autora.

Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 45.

³⁰ Em 2019, a **Resolução n.º 288 do CNJ** passou a definir a política institucional do Poder Judiciário para a promoção da aplicação de alternativas penais, com enfoque restaurativo, em substituição à privação de liberdade. E em novembro do mesmo ano a **Resolução n.º 300**, também do CNJ, estabeleceu prazos para que os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais organizem a implantação da Justiça Restaurativa, com o **acréscimo dos artigos 28-A e 28-B à Resolução CNJ no 225/2016**.

³¹ TIVERON, Raquel. *Justiça Restaurativa*. A emergência da cidadania na dicção do direito. A construção de um novo paradigma da justiça criminal. Brasília, DF: Thesaurus, 2014. p. 463.

Por outro lado, na compreensão de Vera Regina Andrade³², “a Justiça Restaurativa tem o seu tempo, a sua temporalidade e não pode ser atropelada pela velocidade nem pelo produtivismo-eficientismo e, onde o for, será um natimorto”. Afirmo, ainda, que, “em sua plenitude não é uma justiça célere (porque não está destinada, unicamente, a entregar um produto) mas uma justiça exigente, porque é uma justiça processual e vivencial”. O presente artigo identifica-se mais com o posicionamento desta autora, nesse sentido.

Como, ainda, não há amparo legal para suspensão do processo criminal ou do prazo prescricional, esse prazo não pode ser extenso. Porém, o Projeto de Lei n.º 2.976, de 2019 (que disciplina a Justiça Restaurativa), apensado ao PL 8045/2010, prevê no art. 4º que “iniciado o procedimento de justiça restaurativa, o inquérito policial, o procedimento investigatório ou o processo penal ficarão suspensos pelo prazo de até seis meses, podendo este ser prorrogado, justificadamente, por igual período”. No parágrafo único está prevista, ainda, a suspensão do inquérito policial, procedimento investigatório ou processo penal implicará a suspensão do curso dos respectivos prazos prescricionais.

Definições como essas são imprescindíveis para garantir direitos, sem gerar prejuízos.

Outro ponto importante para que o conflito seja trabalhado no âmbito da Justiça Restaurativa é o que está contido da redação do § 1º do art. 2º da Resolução, que diz ser “[...] necessário que as partes reconheçam, ainda que em ambiente confidencial incomunicável com a instrução penal, como verdadeiros os fatos essenciais, sem que isso implique admissão de culpa em eventual retorno do conflito ao processo judicial”.

A interpretação desse dispositivo traz algumas preocupações, principalmente, com o acréscimo do artigo 28-A pela lei 13.694/2019 (Pacote Anticrime) que trata do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). É possível vislumbrar a aplicação da JR com base no inciso V do artigo 28-A. Porém, se houver acordo, é importante pensar na confissão (que não é obrigatória no encontro da JR e, sim, reconhecer como verdadeiros os fatos essenciais). O *caput* do 28-A destaca que “[...] tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos [...]”. A questão central que se discute é se, em caso de descumprimento do acordo, a confissão seria considerada válida e poderia servir de base para uma futura denúncia³³.

Nesse sentido, também vale lembrar que é assegurada às partes a retratação, a qualquer tempo, até a homologação do procedimento restaurativo (§2º do art. 2º) e que este somente pode ocorrer mediante prévio consentimento, livre e espontâneo, de todos os seus participantes.

Ainda no tocante ao acordo decorrente do procedimento restaurativo, o §5º do art. 2º estabelece que “deve ser formulado a partir da livre atuação e expressão da vontade de todos os participantes, e os seus termos, aceitos voluntariamente, conterão obrigações razoáveis e proporcionais, que respeitem a dignidade de todos os envolvidos”.

A Resolução 225/2016 prevê, ainda, que

[...] poderão ser encaminhados procedimentos e processos judiciais, em qualquer fase de sua tramitação, pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública, das partes, dos seus Advogados e dos Setores Técnicos de Psicologia e Serviço Social (art. 7º).

A possibilidade de que os conflitos sejam encaminhados, em qualquer fase de tramitação, também implica dizer que os procedimentos restaurativos podem ocorrer antes da judicialização dos conflitos. Nesse caso, “[...] fica facultado às partes diretamente interessadas submeterem os acordos e os planos de ação à homologação pelos magistrados responsáveis pela Justiça Restaurativa, na forma da lei” (art. 12).

³² ANDRADE, Vera Regina Pereira de et al. (coord.). *Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do Poder Judiciário*. Sumário Executivo Justiça Pesquisa: direitos e garantias fundamentais. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018. p. 146.

³³ ACHUTTI, Daniel. *Acordo de não persecução penal e justiça restaurativa*. 2020. (12m45s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=gzGBSeJ3eFM>. Acesso em: 30 de nov. 2020.

Por fim, é preciso fazer um destaque, à parte, do que está contido no art. 3º, III da Resolução 225/2016 que estabelece a competência do CNJ de “organizar programa com o objetivo de promover ações de incentivo à Justiça Restaurativa”, pautado no “caráter interinstitucional, contemplando mecanismos de cooperação capazes de promover a Justiça Restaurativa junto das diversas instituições afins, da academia e das organizações de sociedade civil”.

3 Os acordos restaurativos e a Cooperação Judiciária Nacional

O acordo restaurativo pode ser definido como aquele que resulta de um processo restaurativo (pode ser a mediação penal, círculos de construção de paz e outros). Conforme dito anteriormente, é mais comum em conflitos na área criminal. Há uma carência, contudo, de discussão sobre a natureza jurídica dos acordos restaurativos, sua validade e seus efeitos.

Desse modo, a partir da compreensão, ora adotada neste artigo, os acordos restaurativos têm a natureza de negócio jurídico (conceito lógico-jurídico). Considerando-se essa abordagem, será avaliada a possibilidade de sua utilização por juízes cooperantes, no âmbito da Cooperação Judiciária Nacional, o que implica analisar o alcance da aplicação da Justiça Restaurativa como método de resolução de conflitos de naturezas diversas da criminal.

3.1 O acordo restaurativo como negócio jurídico

Considerando-se a compreensão de Nogueira³⁴, que “o negócio jurídico se apresenta como uma espécie de fato jurídico, legitimando-se, assim, o seu tratamento como conceito jurídico fundamental (lógico-jurídico)”, busca-se utilizar a Teoria do Negócio Jurídico, como conceito da Teoria Geral do Direito, para compreender os acordos provenientes de processos restaurativos.

Nesse sentido, Didier Júnior³⁵ defende que “os conceitos jurídicos fundamentais (*lógico-jurídicos*) têm uma dupla função: servem de base à elaboração dos conceitos *jurídico-positivos* e auxiliam o operador do direito a compreender, interpretar e aplicar o ordenamento jurídico”. Ainda sobre o assunto, acrescenta que “a noção de negócio jurídico (conceito *lógico-jurídico*) é pressuposto de diversas espécies de contrato, cujos conceitos são jurídico-positivos”.³⁶

Assim, ao lado do negócio jurídico, como conceito lógico-jurídico, há v.g., o negócio jurídico civil, negócio jurídico administrativo, negócio jurídico processual etc., como noções dogmático-jurídicas, cada qual com seus pressupostos jungidos às contingências históricas e variações de tempo e espaço, conforme estabelecido em cada ordem jurídica em particular³⁷.

Podem-se apontar, portanto, duas possibilidades de noções dogmático-jurídicas para os acordos restaurativos: a de negócio jurídico material ou negócio jurídico processual. A primeira situação ocorre quando o acordo restaurativo tem por objeto o conflito, ou seja, negocia-se a solução do caso, com foco no resultado³⁸. A segunda ocorre quando o objeto do acordo (negócio jurídico) é o processo, negociam-se as regras do processo e não o resultado³⁹.

³⁴ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Jurídicos Processuais*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 139.

³⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Teoria geral do processo, essa desconhecida*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 64.

³⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Teoria geral do processo, essa desconhecida*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 65.

³⁷ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Jurídicos Processuais*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 140.

³⁸ Pode ser o caso do acordo que tem como seus efeitos a extinção de punibilidade da infração de menor potencial ofensivo ou que não envolva violência e grave ameaça à pessoa; a redução da pena até a metade ou sua substituição por pena restritiva de direitos de infração penal diversa das descritas anteriormente.

³⁹ Um exemplo interessante é a suspensão convencional do processo, prevista no art. 313, II do Código de Processo Civil que pode ocorrer em virtude de um processo restaurativo. TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. *Promessa de não processar e de não*

Uma vez esclarecidas essas premissas, é preciso avaliar os requisitos de validade para o acordo restaurativo.

A Resolução 12/2002 da ONU (artigo 01) prevê garantias processuais fundamentais que devem ser aplicadas aos programas de justiça restaurativa e, particularmente, aos processos restaurativos.

a) Em conformidade com o Direito nacional, a vítima e o ofensor devem ter o direito à assistência jurídica sobre o processo restaurativo e, quando necessário, tradução e/ou interpretação. Menores deverão, além disso, ter a assistência dos pais ou responsáveis legais. b) Antes de concordarem em participar do processo restaurativo, as partes deverão ser plenamente informadas sobre seus direitos, a natureza do processo e as possíveis consequências de sua decisão; c) Nem a vítima nem o ofensor deverão ser coagidos ou induzidos por meios ilícitos a participar do processo restaurativo ou a aceitar os resultados do processo.

O Manual da ONU de 2020 também destaca, como requisitos para a validade do método como prática restaurativa: o consentimento do ofensor e da vítima; a existência suficiente da autoria do causador do dano; a garantia de que a participação de um ofensor não é evidência de culpa; a voluntariedade e razoabilidade dos acordos; a segurança das partes; a confidencialidade dos procedimentos; a supervisão judicial da incorporação dos resultados dos acordos decorrentes de programas de Justiça Restaurativa ao sistema judicial de decisões ou julgamentos; a garantia de que a falha em chegar a um acordo por si somente não deve ser usada contra o infrator em processos de justiça criminal e a garantia de que não pode haver aumento da punição por não implementação de um acordo.

Essas garantias e requisitos guardam relação com a existência, a validade e eficácia do acordo restaurativo que, por sua vez, também se conectam com os requisitos de existência, validade e eficácia do negócio jurídico.

A Justiça Restaurativa pressupõe a prevalência da vontade das partes em direito público, o que é perfeitamente possível. Afinal, “o que caracteriza o autorregramento da vontade é poder-se, com ele, compor o suporte fático dos atos jurídicos como elemento nuclear da vontade. **Não importa em qual ramo do direito**”⁴⁰(grifo nosso).

No Direito Civil, o art. 104 do Código Civil de 2002 aponta que a validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei. Na Justiça Restaurativa, podem participar dos acordos restaurativos pessoas capazes ou menores com a assistência dos pais ou responsáveis legais. Além disso, entende-se por *razoabilidade* dos acordos termos que contenham objeto lícito, possível, determinado ou determinável, é o caso do cumprimento de obrigações como pagamento de indenizações, restituição de bens ou objetos, compromisso de cordialidade e respeito, compromisso de realizar tratamento médico ou psiquiátrico. Contudo, os acordos têm conteúdos prescritos ou não defesos em lei. Em que pese a subjetividade inerente às questões dos sentimentos das vítimas, reforça-se que *nem a vítima nem o ofensor deverão ser coagidos ou induzidos, por meios ilícitos, a participar do processo restaurativo ou a aceitar os resultados do processo*⁴¹. Segundo Oliveira⁴²:

[...] verifica-se que as balizas legais impostas na legislação penal devem, também, ser observadas como limites do acordo restaurativo, não podendo este prever cláusulas que restrinjam ou imponham obrigações ao ofensor por lapso temporal que ultrapasse o patamar máximo de pena previsto no preceito penal secundário, sendo possível, todavia, ser estipulada abaixo do mínimo legal.

postular: o pactum de non petendo reinterpretado. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 128. O PL 2976/2019 prevê, no art. 4º, que “Iniciado o procedimento de justiça restaurativa, o inquérito policial, o procedimento investigatório ou o processo penal ficarão suspensos pelo prazo de até seis meses, podendo este ser prorrogado, justificadamente, por igual período. Parágrafo Único. A suspensão do inquérito policial, procedimento investigatório ou processo penal implicará a suspensão do curso dos respectivos prazos prescricionais”.

⁴⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Bórsoi, 1954. v. 3. p. 56.

⁴¹ Resolução 12/2002 da ONU, art. 01. Disponível em: https://juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf. Acesso em: 10 fev. 2001

⁴² OLIVEIRA, Tássia Louise de Moraes. *Os limites do acordo restaurativo*. 149 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018. p. 126

De origem privatística, a questão do autorregramento da vontade, comum ao negócio jurídico, gera certa estranheza no direito penal, mas, com a Justiça Restaurativa, abre-se uma possibilidade de discussão⁴³. Afinal, enquanto o paradigma retributivo desconfia da palavra da vítima ou sequer tem interesse em ouvi-la dizer o que é melhor para ela, na Justiça Restaurativa, a vítima ganha voz e se fortalece para manifestar suas necessidades.

3.2 O acordo restaurativo no âmbito da Cooperação Judiciária Nacional

O art. 6º, inciso XIX, da Resolução 350 do CNJ⁴⁴, estabelece que os atos de cooperação poderão consistir, além de outros, na efetivação de medidas e providências referentes a práticas consensuais de resolução de conflitos. A partir desse enunciado, é relevante pensar na possibilidade de que a Justiça Restaurativa (mediação, círculos de construção de paz etc.)⁴⁵ possa ser viabilizada como ato de cooperação para auxiliar na melhor solução dos processos dos juízes cooperantes, sobretudo, quando o conflito tiver repercussão na seara criminal e em juízos de outras competências.

A título de exemplo, em pesquisa contratada pelo CNJ, por meio de “Edital de Convocação Pública e de Seleção”, coordenada por Andrade⁴⁶, foi relatada uma entrevista com um casal em fase de separação, com uma filha menor de idade, cuja mulher acionara judicialmente o marido em situação de violência doméstica. As partes foram entrevistadas separadamente “[...] logo após o término de sua participação em um pós-círculo, quando estavam encerrando o ciclo (após terem participado do pré-círculo e do círculo) de sua passagem pela Justiça restaurativa no Juizado da Paz Doméstica”⁴⁷.

Na percepção de ambos, a passagem pelo procedimento conseguiu reverter os sentimentos dolorosos e de negatividade presentes ao final do relacionamento (frustração, tristeza, mágoa, traição) para sentimentos positivos de valorização e de respeito da relação e da filha que tiveram juntos. Eles perceberam que vivenciaram, ao longo de sua união, muito mais vitórias do que dificuldades e descobriram que haviam aprendido ali uma nova forma de comunicação e de relacionamento que levariam para o resto das suas vidas⁴⁸.

Nesse caso, o termo do acordo assinado pelo casal contemplou não apenas o conflito relacionado à violência doméstica (natureza criminal), mas, também previa o consenso quanto à guarda e à pensão da filha menor de idade (natureza cível), ou seja, o acordo restaurativo alcançou, também, questões apreciadas pela vara de família⁴⁹. Desse modo, se os juízes de diferentes competências cooperarem quanto à efetivação

⁴³ Pode-se pensar, inclusive, em “*negócio jurídico restaurativo*” para denominar o negócio, firmado entre as partes ou entre as partes e o juízo, que tem por objeto o procedimento restaurativo que será adotado.

⁴⁴ A Resolução n.º 350, de 27 de outubro de 2020, do CNJ, representa um novo e importante marco regulatório da cooperação nacional. Vem em um momento de maior desenvolvimento e aprofundamento doutrinário sobre o tema e reflete experiências práticas já desenvolvidas de atos em cooperação. Há uma importante função: a uniformização das boas práticas adotadas pelos sujeitos da cooperação. A aproximação, por meio de uma rede nacional de cooperação, favorece a troca e o desenvolvimento de tais práticas. AVELINO, Murilo Teixeira. Questionário sobre Cooperação Judiciária para a disciplina “Direito Processual em Transformação,” do Prof. Fredie Didier Jr. UFBA, 2020 (cedido pelo autor).

⁴⁵ Iniciativas e experiências judiciárias, policiais e sociais dos anos de 1970 que podem ser reconhecidas como restaurativas: resolução de conflitos; programas de reconciliação vítima-ofensor; mediação vítima-ofensor; conferências de grupos familiares (*family group conferences*); círculos de sentença (*sentencing circles*), dentre outras práticas. ANDRADE, Vera Regina Pereira de et al. (coord.). *Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do Poder Judiciário*. Sumário Executivo Justiça Pesquisa: direitos e garantias fundamentais. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018. p. 56.

⁴⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de et al. (coord.). *Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do Poder Judiciário*. Sumário Executivo Justiça Pesquisa: direitos e garantias fundamentais. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018.

⁴⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de et al. (coord.). *Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do Poder Judiciário*. Sumário Executivo Justiça Pesquisa: direitos e garantias fundamentais. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018. p. 218.

⁴⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de et al. (coord.). *Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do Poder Judiciário*. Sumário Executivo Justiça Pesquisa: direitos e garantias fundamentais. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018. p. 218.

⁴⁹ Perguntados sobre qual era seu grau de satisfação de 0 a 100%, ambos afirmaram estar 100% satisfeitos com o procedimento e com o aprendizado que nele tiveram, replicando, em linhas gerais, a mesma avaliação dos gestores e dos facilitadores acima descrito. ANDRADE, Vera Regina Pereira de et al. (coord.). *Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do Poder Judiciário*. Sumário Executivo

da Justiça Restaurativa, como prática consensual de resolução de conflitos, em situações simulares à que foi apresentada, vislumbra-se, ainda, a possibilidade de que o acordo proveniente do processo (acordo restaurativo) possa produzir efeitos, entre os juízos cooperantes, contribuindo para a solução de uma questão comum, de modo uniforme, que possui repercussões em diferentes competências⁵⁰.

Em outras palavras, acredita-se que, se houver essa cooperação e concertação de atos, nada obsta que “os juízos concertem no sentido de um deles, pelas mais variadas razões, seja competente para resolver a questão comum de modo uniforme, comprometendo-se os demais juízos a aplicar a solução em seus casos”⁵¹.

Isso se justifica na concretização do Princípio da Eficiência, uma vez que o conflito é tratado na JR, horizontalmente, em suas múltiplas dimensões, com foco nos danos e consequentes necessidades das partes envolvidas (vítima, ofensor e comunidade), responsabilização do ofensor e estímulo para que ele compreenda a dimensão do dano causado a fim de que seja corrigido (concreta ou simbolicamente) e o engajamento e participação de todos os sujeitos que desempenhem papéis significativos no processo judicial⁵². Processualmente falando, a utilização da Justiça Restaurativa como ato concertado respeita o autorregramento da vontade das partes e possibilita que o processo seja eficiente⁵³.

Ferreira⁵⁴ aponta o ato concertado entre juízes cooperantes como uma técnica voltada à concretização do direito fundamental a um processo efetivo e em prol da eficiência na administração judiciária.

O artigo 69, inciso IV do CPC, por sua vez, estabelece que o pedido de cooperação jurisdicional deve ser prontamente atendido, prescinde, de forma específica, e pode ser executado como atos concertados entre os juízes cooperantes⁵⁵. Destaca-se, por fim, que “os juízos cooperantes, quando a complexidade da matéria recomendar, poderão intimar as partes a se manifestarem acerca do ato de cooperação a ser praticado” (*caput* do art. 9º da Resolução 350/2020).

4 Considerações finais

O presente artigo se propôs a iniciar o debate sobre as ideias apresentadas, sem qualquer pretensão de exaurir as discussões que, por sinal, fogem ao lugar comum dos estudos de Justiça Restaurativa e da maioria dos temas da área processual. Em um primeiro momento, buscou-se apresentar balizas normativas para

Justiça Pesquisa: direitos e garantias fundamentais. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018. p. 218.

⁵⁰ Outro exemplo prático interessante é o caso que envolveu réus já condenados pelo crime de exercício arbitrário das próprias razões, pelo fato de impedirem familiares de adentrar imóvel disputado em conflito familiar. Nesse processo, houve uma decisão proferida em dezembro de 2017 que deferiu o pedido de encaminhamento dos fatos ao “Programa Justiça Restaurativa TJDF” que “reúne pessoas envolvidas e afetadas por um fato delituoso para dialogarem sobre as causas e consequências, buscando a reparação dos prejuízos emocionais, morais e materiais. ROSAS, Patrícia Manente Melhem. *Justiça criminal restaurativa e empoderamento no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 221.

⁵¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de et al. (coord.). *Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do Poder Judiciário*. Sumário Executivo Justiça Pesquisa: direitos e garantias fundamentais. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018. p. 102.

⁵² O dano cometido, os males e danos que resultam em obrigações e o engajamento ou participação são apontados por Zehr como os três pilares da justiça restaurativa. Cf. ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa: teoria e prática*. Tradução de Tônia VanAcker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

⁵³ Fredie Didier Jr entende como eficiente o processo que atingiu o resultado de modo satisfatório, e como efetivo, o processo que realiza o direito afirmado e reconhecido judicialmente, concluindo que um processo pode ser efetivo sem ter sido eficiente, mas jamais poderá ser eficiente sem ser efetivo. Cf. DIDIER JR., Fredie. *Cooperação Judiciária Nacional* – esboço de uma teoria para o Direito brasileiro (artigos 67-69, CPC). Salvador: Juspodivm, 2020. p. 57.

⁵⁴ FERREIRA, Gabriela Macedo. O ato concertado entre juízes cooperantes esboço de uma teoria para o Direito brasileiro. *Civil Procedure Review*, v. 10, n. 3, p. 26, set./dez. 2019.

⁵⁵ “O ato concertado pode ser instrumento de modificação de competência. Ele passa a compor o rol dos fatos jurídicos que, previstos em lei, autorizam a modificação de competência, como o foro de eleição, a conexão e a continência, a federalização dos casos (art. 109, V-A, § 5º CF/88), o incidente de assunção de competência (art. 947, CPC), o julgamento de casos repetitivos (art. 928, CPC), entre outros”. DIDIER JUNIOR, Fredie. *Cooperação Judiciária Nacional* – esboço de uma teoria para o Direito brasileiro (artigos 67-69, CPC). Salvador: Juspodivm, 2020. p. 98.

melhor compreensão do modo por meio do qual a Justiça Restaurativa foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro.

Sendo assim, foram apontadas as contribuições da Resolução da ONU para o desenvolvimento e implementação de medidas de Mediação e Justiça Restaurativa na Justiça Criminal e analisadas as Resolução n.º 125/2010 do CNJ, Resolução n.º 118/2014 do CNMP e, por fim, Resolução n.º 225/2016 do CNJ, atual e principal ato normativo que disciplina a Política Nacional da Justiça Restaurativa no âmbito dos tribunais.

Em um segundo momento, o artigo demonstrou em que sentido a Resolução 225/2016 do CNJ, em seu art. 3º, III, ampliou a possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa. Ao tratar sobre os acordos restaurativos e a Cooperação Judiciária Nacional, foi apresentada a compreensão do acordo restaurativo como negócio jurídico (conceito lógico-jurídico) e discutida a possibilidade que juízes cooperantes utilizem a Justiça Restaurativa (art. 6º, inciso XIX da Resolução 350/2020 do CNJ) na efetivação de medidas e providências referentes a práticas consensuais de resolução de conflitos. Na sequência, foi defendida a ideia de que o acordo restaurativo possa produzir efeitos, entre juízes cooperantes, contribuindo para resolver uma questão comum, de modo uniforme, que tenha repercussões em diferentes competências.

Conclui-se, portanto, que o presente texto sinaliza um passo relevante para a discussão sobre os espaços da Justiça Restaurativa no ordenamento jurídico brasileiro, mas, ainda, há muitas questões para serem enfrentadas, quais sejam: i) vencer a resistência oferecida pelos próprios profissionais do sistema de justiça e dos operadores do direito, no geral, às transformações propostas pela JR⁵⁶; ii) avaliar quais os processos restaurativos que são capazes de equalizar os valores e princípios da Justiça Restaurativa, com a necessidade de racionalização dos processos; iii) ampliar o debate sobre a aplicação da Justiça Restaurativa no âmbito dos tribunais, com seriedade, a fim de identificar os limites para sua aplicação em determinada área.

Referências

ACHUTTI, Daniel. *Acordo de Não Persecução Penal e Justiça Restaurativa*. 2020. (12m45s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=gzGBScJ3eFM>. Acesso em: 30 nov. 2020

ACHUTTI, Daniel. *Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: contribuições para um modelo de administração de conflitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

ACHUTTI, Daniel. Justiça Restaurativa no Brasil: Possibilidades a partir da experiência belga. *Civitas – Revista de Ciências Sociais*, Porto Alegre, v. 13, n. 1, p. 154-181, abr. 2013. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-60892013000100154&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 jan. 2021.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do Poder Judiciário*. Sumário Executivo Justiça Pesquisa: direitos e garantias fundamentais. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 fev. 2021.

BRASIL. *Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 25 fev. 2021.

⁵⁶ Saliente-se que o primeiro ponto levantado foi apontado também por Vera Regina Andrade como limite de ordem epistemológica, cultural e ideológica.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 25 fev. 2021.

BRASIL. *Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012*. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis nºs 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm. Acesso em: 25 fev. 2021.

BRASIL. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 25 fev. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 25 fev. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 25 fev. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm. Acesso em: 25 fev. 2021.

BRASIL. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm. Acesso em: 25 fev. 2021.

BRASIL. *Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999*. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19807.htm. Acesso em: 25 fev. 2021.

CABRAL, Antonio do Passo. Acordos Processuais no Processo Penal. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 64, p. 87, abr./jun. 2017.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2020.

CABRAL, Antonio do Passo. *Juíz Natural e Eficiência Processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 2976 de 2019*. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1750172&filename=PL+2976/2019. Acesso em: 25 fev. 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 7.006 de 2006*. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node014n65cnaxjf6g1dn5qoy8gbot12476143.node0?codteor=393836&filename=PL+7006/2006. Acesso em: 25 fev. 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 8045 de 2010*. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010. Acesso em: 25 fev. 2021.

CAMPOS, Maria Gabriela. *O Compartilhamento de Competências no Processo Civil: um estudo do sistema de competências sob o paradigma da cooperação nacional*. Salvador: Juspodivm, 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação nº. 38, de 2011*. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files//recomendacao/recomendacao_38_03112011_16102012130140.pdf. Acesso em: 25 fev. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 350, de 27 de outubro de 2020*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original182611202011035fa1a0c3a36f6.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº. 125, de 29 de novembro de 2010*. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_125_29112010_03042019145135.pdf. Acesso em: 25 fev. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº. 225, de 31 de maio de 2016*. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf. Acesso em: 25 fev. 2021.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Resolução nº 118/2014*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-118-1.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2021.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Cooperação Judiciária Nacional - Esboço de uma teoria para o Direito brasileiro* (artigos 67-69, CPC). Salvador: Juspodivm, 2020.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma Nova Teoria dos Procedimentos Especiais*. Salvador: Juspodivm, 2018.

FERREIRA, Gabriela Macedo. O ato concertado entre juízes cooperantes: esboço de uma teoria para o Direito brasileiro. *Civil Procedure Review*, v. 10, n. 3, set./dez. 2019.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Bórsoi, 1954. v. 3.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Jurídicos Processuais*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

OLIVEIRA, Tássia Louise de Moraes. *Os Limites do Acordo Restaurativo*. 149 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018,

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

ROSAS, Patrícia Manente Melhem. *Justiça criminal restaurativa e empoderamento no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TIVERON, Raquel. *Justiça Restaurativa. A emergência da cidadania na dicção do direito. A construção de um novo paradigma da justiça criminal*. Brasília, DF: Thesaurus, 2014.

UNITED NATIONS. United Nations Office on Drugs and Crime. *Handbook on Restorative Justice Programmes*. 2. ed. United Nations: Vienna, 2020.

Normas Editoriais

1. Serão aceitas colaborações inéditas e a publicação de um artigo está condicionada à sua adequação às normas editoriais, e seu simples recebimento desobriga a sua publicação. A revista *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização* classificará as colaborações de acordo com as seguintes seções:

1.1 Artigos: compreende textos que contenham relatos completos de estudos ou pesquisas concluídas, matérias de caráter opinativo, revisões da literatura e colaborações assemelhadas.

1.2 Resenhas: compreende análises críticas de livros, de periódicos recentemente publicados, dissertações e teses.

2. Excepcionalmente, a equipe editorial poderá aceitar a submissão de trabalhos que já tenham sido publicados e caso isso ocorra, serão submetidos ao mesmo processo de avaliação pelos pares que aqueles inéditos. O autor deverá apresentar autorização por escrito do editor da revista na qual seu trabalho tenha sido originalmente publicado, acompanhado de cópia do mesmo.

3. O processo de avaliação dos artigos e resenhas compreende duas fases: a primeira destinada à análise da adequação do trabalho à linha editorial da revista (Equipe Editorial) e a segunda referente à avaliação do conteúdo e qualidade dos trabalhos. Esta segunda fase é realizada mediante o processo de avaliação pelos pares, ou seja, os artigos serão submetidos à aprovação de no mínimo 2 pareceristas *ad hoc*.

4. Os trabalhos serão enviados para a avaliação sem a identificação de autoria

5. Os trabalhos devem ser enviados no seguinte padrão:

1ª Página: Começar com o título do trabalho, seguido do texto. Não inserir o nome dos autores ou outros elementos que identifiquem a autoria. A autoria do artigo e a qualificação dos autores são inseridas nos campos específicos do formulário eletrônico. O objetivo aqui é garantir uma avaliação cega por pares. Os textos deverão ser digitados em Arial 12, espaço 1,5 margem de 2,5 cm, numeração arábica das páginas no ângulo superior direito, em programa compatível com o Word para Windows.

Título do trabalho: o título deve ser breve e suficientemente específico e descritivo para representar o conteúdo do texto e deverá ter a sua tradução para o inglês.

Resumo: em todos os artigos submetidos deve ser incluído um resumo informativo com o máximo de 250 palavras e espaço entre linhas simples. O resumo deve ser estruturado com as seguintes informações:

Objetivo do artigo (obrigatório);

Metodologia (obrigatório);

Conclusões (obrigatório);

Limitações da pesquisa e suas implicações (se aplicável);

Limitações práticas (se aplicável)

Originalidade ou valor (obrigatório);

A evolução da comunicação científica e da transmissão de conhecimentos possibilitou ao UniCEUB a criação de meios para o intercâmbio de idéias entre pares e a disseminação de informações.

As novas tecnologias da informação produzem sensíveis alterações nos processos de comunicação científica. Atualmente, a editoração das publicações acadêmicas do UniCEUB é informatizada em todas as suas etapas, com a utilização da plataforma SEER, Sistema de Editoração Eletrônico de Revistas. A aplicação do SEER permitiu acrescentar, no processo editorial, a avaliação dos pareceristas ad hoc e deu aos membros dos comitês editoriais e aos editores condições para consolidar a produção científica no UniCEUB e difundi-la por meio dos periódicos acadêmicos em mídia impressa e eletrônica.

Todas as edições das publicações científicas do UniCEUB estão disponíveis no site www.publicacoes-academicas.uniceub.br, com infraestrutura para acesso livre.

O UniCEUB publica as seguintes revistas:

- Revista Brasileira de Políticas Públicas
- Revista de Direito Internacional
- Universitas Arquitetura e Comunicação Social
- Universitas Ciências da Saúde
- Universitas Gestão e TI
- Universitas Humanas
- Universitas JUS
- Universitas Relações Internacionais



Destacar no mínimo três e no máximo seis palavras-chave que representem o conteúdo do texto. O resumo e as palavras-chave deverão ter a sua tradução para o inglês.

Agradecimentos: agradecimentos a auxílios recebidos para a elaboração do trabalho deverão ser mencionados no final do artigo.

Notas: notas referentes ao corpo do artigo deverão vir no rodapé do texto.

Apêndices: apêndices podem ser empregados no caso de listagens extensivas, estatísticas e outros elementos de suporte.

Materiais gráficos: fotografias nítidas e gráficos (estritamente indispensáveis à clareza do texto) poderão ser aceitos e cada fotografia ou gráfico deverá vir no texto e além disso cada um deverá ser enviado em arquivo separado. Se as ilustrações enviadas já tiverem sido publicadas, mencionar a fonte e a permissão para reprodução.

Quadros: os quadros deverão ser acompanhados de cabeçalho que permita compreender o significado dos dados reunidos, sem necessidade de referência ao texto. Assinalar, no texto, pelo seu número de ordem, os locais onde os quadros devem ser intercalados.

Referências: as referências redigidas segundo a norma NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), deverão ser apresentadas por ordem alfabética e constituir uma lista única no final do artigo. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados e mencionados no texto do artigo são da responsabilidade do autor. Informações procedentes de comunicação pessoal, de trabalhos em andamento ou não publicados não devem ser incluídas na lista de referências, mas indicada em nota de rodapé.

Não utilizar o sistema Autor data para citações. O formato utilizado pela revista é o sistema numérico, onde a citação é indicada por número sobrescrito e a referência mencionada em nota de rodapé.

Recomendações: recomenda-se que se observem as

normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas (NBR 6022/2002), apresentação de citações em documentos (NBR 10520/2002), apresentação de originais (NBR 12256), norma para datar (NBR 892), numeração progressiva das seções de um documento (NBR 6024/2003) e resumos (NBR 6028/2003).

A revista se reserva o direito de efetuar nos originais alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua, respeitando, porém, o estilo dos autores.

A partir de 2009, consideramos útil formular algumas sugestões (não obrigatórias) aos autores, com base nos principais motivos por recusa de artigos nos anos anteriores.

8. Responsabilidades e conflitos de interesse: A responsabilidade pelas informações e opiniões indicadas nos artigos é exclusiva dos autores. Eventuais conflitos de interesse serão de responsabilidade dos próprios autores e não do periódico.

Envio dos trabalhos:

1. Os trabalhos deverão ser enviados para a equipe editorial da revista no endereço eletrônico www.rdi.uni-ceub.br

2. Cada autor deve enviar declaração de responsabilidade nos termos abaixo:

“ Eu XXXX certifico que participei da concepção do trabalho tornar pública minha responsabilidade pelo seu conteúdo, que não omiti quaisquer ligações ou acordos de financiamento entre os autores e companhias que possam ter interesse na publicação deste artigo.”

3. Para as colaborações inéditas, cada autor deve enviar a transferência de direitos autorais nos termos abaixo:

“Eu XXXX declaro que em caso de aceitação do artigo inédito, a revista Revista Brasileira de Políticas Públicas passa a ter os direitos autorais a ele referentes.

