

OS DESAFIOS DAS CONCESSÕES E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NA ÓTICA DO CONTROLE EXTERNO

Pedro Henrique Poli de Figueiredo
Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS
Conselheiro Aposentado e ex Vice-Presidente do TCE-RS

Resumo: A enorme gama de novos instrumentos normativos traz a todos os agentes públicos envolvidos no controle de contas, sejam membros, sejam servidores, importantes desafios, tanto na verificação da adequação legal das iniciativas dos entes públicos sujeitos a sua atuação e controle, quanto no seu papel de orientação aos jurisdicionados acerca dos cuidados que devem ser tomados na realização das atividades administrativas. Este artigo tem por fim abordar esses desafios levando em consideração a delegação da prestação do serviço público por meio das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas que estão sendo levadas a efeito pelos mais diversos entes federativos. Importantes leis recentes, como as alterações da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, a Lei da Liberdade Econômica, a Lei das Agências Reguladoras, o Novo Marco Legal do Saneamento Básico e a Nova Lei de Licitações trazem a necessidade de que os Tribunais de Contas, no exercício de sua missão, repensem sua forma de atuação a partir dos novos parâmetros normativos e mostrem aos jurisdicionados o caminho adequado para o cumprimento das regras legais.

Palavras-chave: concessão; parceria; controle; tribunal.

Abstract: *The enormous amount of new legal instruments in Brazil brings to public agents involved in public accounts control, members or servers, important challenges, even in verification on the legal correction of the public entities under its acting and control, even in its guidance paper to the jurisdiction over the cautions that they should have in the administrative activities accomplishments. This article intends to treat these challenges considering the public service delegation of the public activities realization using the concessions of the public services and the public-private partnerships that are being held by the various public entities of the federation. Important recent laws, such as the changes in the Introduction Law on the Norms of Brazilian Rights, the Law of Economic Liberty, the Public Agencies Law, the New Regulation Mark on Public Sanitation Law and the New Bidding Law bring the necessity that the Public Account Courts, under their mission, rethink their acting form under the new legal parameters and show to the jurisdiction the correct path to the accomplishment of the legal norms.*

Keywords: *concession, partnership, control, court.*

1. INTRODUÇÃO

"Navegar é preciso, viver não é preciso!" A frase do general romano Pompeu, dirigida a marinheiros temerosos frente aos perigos do mar, cujo sentido foi depois explorado por Fernando Pessoa, demonstra a importância da ousadia, do empreendedorismo, mas também do planejamento, da estruturação de projetos e do uso de instrumentos precisos e com a melhor tecnologia possível. É preciso navegar não apenas para que se permita o intercâmbio de bens entre os diversos continentes, para a troca de bens insumos por bens manufaturados, para viabilizar momentos de diversão e aventuras, mas também para evoluir e explorar lugares que podem ter alternativas que nos ajudem a ter uma vida melhor. Compatibilizar o incentivo às iniciativas do poder público, à inovação, ao crescimento e à evolução com segurança e adequação dos serviços aos limites legais, orçamentários, financeiros, patrimoniais e operacionais é tarefa que o sistema de controle de contas tem pela frente e para a qual permanentemente se qualifica para realizar.

Neste artigo, tratar-se-á do grande desafio dos Tribunais de Contas de nossa federação frente às novas regras legais que surgiram, em especial na tentativa de tornar mais ágeis as iniciativas do Poder Público e estabelecer parâmetros para a apreciação pelos Tribunais de Contas. O trabalho é dividido em duas partes, sendo a primeira voltada às noções básicas de concessões e parcerias público-privadas e a segunda às transformações legais que têm impacto no sistema de delegações da prestação do serviço público e aos novos limites estabelecidos no sistema de controle de contas pelas regras legais transformadoras.

2. CONCESSÕES E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS[1]

2.1. Prestação direta e prestação indireta por outorga, por lei, a entidades da administração indireta, da competência sobre os serviços

Há muito que deixou de ser a prestação do serviço público atribuição exclusivamente direta dos entes criados constitucionalmente para este fim, que são os próprios entes federados, que recebem diretamente da Constituição competência e poderes para realizar os serviços públicos de suas titularidades. A vocação natural dos entes públicos ao estabelecimento das políticas públicas, sua organização, planejamento, estruturação, fiscalização e fixação dos standards para a exploração, até mesmo pelo seu papel de agente normativo e regulador da atividade econômica, ex vi do art. 174, caput, da Constituição Republicana[2], acaba por fazer com que cada vez mais se concentre nas atividades pertinentes ao exercício regular do poder de polícia do que na execução de atividades que possam ser executadas pela iniciativa privada, até mesmo pela atual ausência de capacidade de investimento.

De igual forma, a prestação a partir da criação de entes da administração indireta, conforme art. 37, XIX[3], da Constituição Federal, por meio de outorga da titularidade e da competência sobre os serviços, por lei, a entes com personalidade jurídica de direito público (autarquias e fundações públicas) ou a pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público (empresas públicas ou sociedades de economia mista) tem-se demonstrado ineficaz para a execução de serviços que possam ser atribuídos à iniciativa privada. As pessoas jurídicas de direito público da administração indireta são os instrumentos apropriados para as atividades de regulação do serviço público concedido, mas em regra não para a execução do serviço em si. A outorga da prestação a empresas públicas e sociedades de economia mista, para a exploração de atividade econômica que o Poder Público tenha interesse, só se justifica quando por razões de segurança nacional ou quando há relevante interesse coletivo, nos termos da lei, conforme se depreende do art. 173 da Constituição Republicana[4]. O regime dessas entidades mereceu rigoroso regramento pela Lei nº 13.303, de 2016, que trouxe exigências de instrumentos de transparência, de compliance e de requisitos para a participação na Administração. Não é demais referir que o recente Marco Regulatório do Saneamento Básico foi restritivo aos contratos de programa realizados com essas entidades sem prévio procedimento licitatório.

2.2 Prestação indireta por delegação – concessão do serviço público, concessão de obra pública, permissão e autorização do serviço público

A prestação indireta por delegação parece ser o instrumento mais adequado de prestação dos serviços públicos não exclusivos do poder público, em especial quando envolva atividade econômica, podendo ser por concessão de serviço público, concessão de obra, permissão ou autorização, sendo os três primeiros instrumentos por contrato administrativo, sempre por licitação, conforme estabelece o art. 175 da Constituição Republicana[5], com definição estabelecida no art. 2º da Lei nº 8.987, de 1995[6], sendo que os instrumentos de concessão, de obra ou de serviço público tiveram recente alteração pela Lei nº 14.133, de 2021 (Nova Lei de Licitações), a partir da qual foi admitido, como modalidade de licitação, para a concessão de serviço público e para a concessão de obra pública, ao lado da concorrência, o diálogo competitivo. A permissão do serviço público, também feita por contrato administrativo, é voltada naturalmente para situações em que a precariedade esteja presente, tais como em serviços transitórios, ou para pequenos valores e execução por pessoa física, que admitem modalidades

[1] Sobre a evolução dos conceitos de concessões, permissões e autorizações do serviço público, vide FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. A Regulação do Serviço Público Concedido. Porto Alegre: Síntese, 1999. Também sobre o tema, vide, RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas. Estudo Técnico sobre Parcerias Público-Privadas. Disponível em: https://portalnovo.tce.rs.gov.br/repo/misc/estudos_pesquisas/estudo_tecnico_sobre_parcerias_publico-privadas_2020.pdf. Acesso em: 3 out. 2021.

[2] Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

[3] Art. 37- ...
XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

[4] Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.
§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:
I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;
II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;
III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;
IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;
V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.
§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.
§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.
§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.
§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

[5] Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.
Parágrafo único. A lei disporá sobre:
I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
II - os direitos dos usuários;
III – política tarifária;
IV - a obrigação de manter serviço adequado.

[6] Art. 2o Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:
I - poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;
II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;
III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegados pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado; (Redação dada pela Lei nº 14.133, de 2021)
IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

mais simplificadas de licitação. Já a autorização de serviço público se dá por ato administrativo unilateral em que o Poder Público consente que o particular, no seu interesse, exerça uma atividade considerada serviço público, tal como o transporte de empregados para dentro da empresa, rádio amador etc.
As concessões podem ser plenas ou parciais. Na concessão plena, toda a operação e manutenção de um serviço são transferidas ao concessionário dos serviços públicos, que deverá realizar os investimentos e utilizará durante o período da concessão os bens reversíveis, cuja manutenção é de sua responsabilidade. Já na concessão parcial apenas uma parcela do serviço é transferida ao concessionário do serviço público, nos termos do edital e do contrato que dele resultar.

2.3. Parcerias Público-Privadas

Baseada especialmente no modelo das concessões, as parcerias público-privadas, introduzidas no Direito Brasileiro pela Lei nº 11.079, de 2004, vieram com o intuito de suprir normas do regime de concessões mais apropriadas a contrapartidas do Poder Público em conjunto com o investimento da iniciativa privada. Para isso a referida Lei, no art. 2º[7], estabeleceu o modelo de parcerias em duas formas de concessão, a patrocinada e a administrativa. A concessão patrocinada é voltada às concessões em que, adicionalmente à tarifa do serviço, há algum tipo de contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, normalmente com o sentido de tentar garantir uma maior modicidade tarifária. Já a chamada "concessão" administrativa não é propriamente uma concessão, não tem essa natureza jurídica, mas sim é um contrato de prestação de serviços em que o Poder Público é o usuário. Esta foi equiparada à concessão apenas para que dispositivos da Lei nº 8.987, de 1995, expressamente referidos, pudessem sobre ela incidir.
Essas formas de delegação da prestação do serviço público foram significativamente impactadas por leis supervenientes, não apenas que trouxeram nova redação aos textos de lei, mas também por conta da necessária reinterpretação do sistema a partir de novas realidades normativas, como se verá a seguir.

3. REGRAS LEGAIS SUPERVENIENTES QUE TÊM IMPACTO NA DELEGAÇÃO DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Se a noção de serviço público e a forma de sua realização são variáveis no tempo e no espaço, também o é o regramento legal que dele trata. Não foram poucas as regras que foram editadas após o advento da Lei nº 8.987, de 1995, que causaram impacto na sua interpretação. Vamos nos limitar a seis leis que reputamos relevantes para o sistema de concessões e parcerias, que são a Lei de Responsabilidade Fiscal, a Lei que alterou as regras da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a Lei da Liberdade Econômica, a Lei das Agências Reguladoras, o Novo Marco Legal do Saneamento Básico e a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

3.1. Lei de Responsabilidade Fiscal

Ao estabelecer normas de finanças públicas voltadas à responsabilidade na gestão fiscal, a Lei Complementar nº 101, de 2000, trouxe uma série de condicionamentos aos administradores públicos que têm impacto na realização das delegações da prestação do serviço público, bem como expressamente atribuiu aos Tribunais de Contas a responsabilidade pela verificação do cumprimento dessas determinações. Ao lado da atribuição aos Tribunais de Contas do controle da adequada observância dos mandamentos daquela lei, o que seria natural por conta da competência constitucionalmente estabelecida nos arts. 70 e seguintes da Constituição Federal, a Lei de Responsabilidade Fiscal trouxe regras



que incidem na prestação dos serviços, em especial quando a atuação do Poder Público envolver a expansão da atuação governamental que acarrete aumento de despesa. Para ela, o art. 16 traz como requisitos a estimativa do impacto orçamentário e financeiro no exercício em que a despesa se fará e nos dois subsequentes, bem como a declaração do ordenador de despesa no sentido de que a despesa é compatível com os instrumentos normativos do sistema orçamentário (plano plurianual, lei de diretrizes orçamentária e lei orçamentária anual, de que os Tribunais de Contas são guardiões). Essas exigências acabam por ser indispensáveis na fase preparatória de concessões e parcerias com investimento do Poder Público.
Uma reflexão que merece ser feita também é que, tendo a Constituição Federal exigido, no art. 163, III[8], Lei Complementar para a concessão de garantias pelo Poder Público, há predominância das regras da Lei de Responsabilidade Fiscal, que são limitativas da concessão de garantias, sobre as da Lei das Parcerias Público-Privadas mais permissivas, a demandar cuidado pela respectiva Corte de Contas quando da apreciação de projetos voltados ao estabelecimento das parcerias[9].

3.2 Alterações na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB

A partir da Lei nº 13.655, de 2018, foram trazidas alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 1942), com o sentido de gerar maior segurança jurídica e eficiência no âmbito do direito público. Nesta lei, a preponderância de uma visão consequencialista é notável, assim como a inclusão, ao lado das esferas judicial e administrativa, da esfera controladora, a demonstrar que o processo de controle tem jurisdição própria e que deve levar em consideração os fatores que levaram o administrador a uma determinada decisão administrativa, quando os Tribunais de Contas vierem a apreciar a regularidade da atuação.
De certa forma, a alteração procedida na LINDB refletiu a preocupação da sociedade com decisões judiciais, administrativas e também de Tribunais de Contas que imotivadamente deixavam de sopesar

7 Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.
§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.
§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.
§ 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.
§ 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:
I - cujo valor do contrato seja inferior a R$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais); (Redação dada pela Lei nº 13.529, de 2017)
II – cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos; ou
III – que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

8 Art. 163. Lei complementar disporá sobre:
III - concessão de garantias pelas entidades públicas;

9 O autor do artigo já se posicionou sobre a inconstitucionalidade formal da Lei nº 11.079, de 2004, tendo em vista que o objetivo principal (e não acessório) dos seus comandos era estabelecer a possibilidade de que o Poder Público concedesse contraprestações e garantias aos parceiros privados. Vide FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. Os vícios formais da Lei de Parcerias Público-Privadas e os riscos do modelo. Rev. Panorama Legal, Porto Alegre, v. 1, p.6-8, out. 2011.

os efeitos concretos da decisão[10], que traziam onerosidade excessiva, e que desconsideravam que por vezes a atuação que susta a continuidade do serviço público por algumas irregularidades pode trazer maiores danos do que a sua continuidade com a apuração a latere. Apenas a título de exemplo, uma série de levantamentos, inclusive no âmbito da Confederação Nacional de Municípios, dão conta de que a maior parte das obras públicas de nossos Municípios são paralisadas por conta de pequenas irregularidades, sendo que a paralisação traz imensos custos adicionais ao Poder Público. Também as dificuldades e os obstáculos enfrentados pelo administrador no âmbito da atuação administrativa passam a ter que ser considerados, assim como a proporcionalidade na dosimetria da pena aplicável[11].

A necessidade de que seja respeitada a adaptação a novas regras dentro de um regime de transição que dê segurança jurídica e respeite o regime jurídico em vigor no momento da atuação é medida que se impõe[12].

Esses elementos novos interpretativos são capazes de causar impactos importantes no regime de concessões e parcerias público-privadas, tendo em vista que se trata de contratos relacionados à execução de um serviço público, cuja duração tende a ser longa e a demandar a interpretação de cláusulas e regras a todo o tempo, a fim de evitar a descontinuidade.

3.3. Lei da Liberdade Econômica

A Lei nº 13.874, de 2019, resultante da conversão em lei da Medida Provisória nº 881, do mesmo ano, veio com o sentido de tentar dar maior valor jurídico aos contratos firmados, ao livre exercício das atividades econômicas e a tentar manter o Estado, em relação a estas, na sua condição de agente normativo e regulador.

Pautada nos princípios da liberdade, da boa-fé e da vulnerabilidade do particular frente ao Estado, assim como da subsidiariedade da atuação estatal nas atividades econômicas, a lei traz um rol de direitos voltados à efetividade desses princípios, bem como de garantia da livre iniciativa.

Do ponto de vista das delegações de prestação dos serviços públicos, merece referência a introdução, na esfera federal, da análise de impacto regulatório, como condição para a edição e alteração de atos normativos de caráter geral, levando em consideração os efeitos do ato normativo e o seu impacto econômico[13].

Recente alteração na Lei da Liberdade Econômica, trazida pela Lei nº 14.195, de 2021, trouxe a presunção de legitimidade da atuação administrativa quando da apreciação de ato pela advocacia pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Não se comunga aqui da tese defendida por instâncias judiciais e controladoras de que o Advogado Público possa ser responsabilizado pelas suas manifestações, sem que tenha agido com dolo ou culpa, mas também não se pode aceitar a regra do § 2º do art. 4º[14], que leva a que as instâncias judiciais e controladoras devam aceitar como legais, legítimas e incontestáveis as manifestações da advocacia pública, que, não raras vezes, é chamada a manifestar-se, com independência funcional, sobre temas extremamente inovadores no âmbito da administração pública, que podem ser objeto de apreciação. A regra, com a finalidade de afastar a responsabilidade de gestor que age ao abrigo de manifestação da respectiva procuradoria padece de inconstitucionalidade, em especial frente à inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CRFB) e por impedir indevidamente o exercício das competências relacionadas ao controle externo pelos Tribunais de Contas (art. 71, CRFB).

10 "Art. 20 . Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.
Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas."
"Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.
Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos."

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

12 Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.
Parágrafo único. (VETADO).
Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.
Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

13 Art. 5º As propostas de edição e de alteração
Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.
Parágrafo único. Regulamento disporá sobre a data de início da exigência de que trata o caput deste artigo e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada.

14 Art. 4º-A É dever da administração pública e das demais entidades que se sujeitam a esta Lei, na aplicação da ordenação pública sobre atividades econômicas privadas: (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)
I - dispensar tratamento justo, previsível e isonômico entre os agentes econômicos; (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)
II - proceder à lavratura de autos de infração ou aplicar sanções com base em termos subjetivos ou abstratos somente quando estes forem propriamente regulamentados por meio de critérios claros, objetivos e previsíveis; e (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)
III - observar o critério de dupla visita para lavratura de autos de infração decorrentes do exercício de atividade considerada de baixo ou médio risco. (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)
§ 1º Os órgãos e as entidades competentes, na forma do inciso II do caput deste artigo, editarão atos normativos para definir a aplicação e a incidência de conceitos subjetivos ou abstratos por meio de critérios claros, objetivos e previsíveis, observado que: (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)
I - nos casos de imprescindibilidade de juízo subjetivo para a aplicação da sanção, o ato normativo determinará o procedimento para sua aferição, de forma a garantir a maior previsibilidade e impessoalidade possível; (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)
II - a competência da edição dos atos normativos infralegais equivalentes a que se refere este parágrafo poderá ser delegada pelo Poder competente conforme sua autonomia, bem como pelo órgão ou pela entidade responsável pela lavratura do auto de infração. (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)
§ 2º Para os fins administrativos, controladores e judiciais, consideram-se plenamente atendidos pela administração pública os requisitos previstos no inciso II do caput deste artigo, quando a advocacia pública, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos limites da respectiva competência, tiver previamente analisado o ato de que trata o § 1º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)
§ 3º Os órgãos e as entidades deverão editar os atos normativos previstos no § 1º deste artigo no prazo de 4 (quatro) anos, podendo o Poder Executivo estabelecer prazo inferior em regulamento. (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)
§ 4º O disposto no inciso II do caput deste artigo aplica-se exclusivamente ao ato de lavratura decorrente de infrações referentes a matérias nas quais a atividade foi considerada de baixo ou médio risco, não se aplicando a órgãos e a entidades da administração pública que não a tenham assim classificado, de forma direta ou indireta, de acordo com os seguintes critérios: (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)
I - direta, quando realizada pelo próprio órgão ou entidade da administração pública que procede à lavratura; e (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)
II - indireta, quando o nível de risco aplicável decorre de norma hierarquicamente superior ou subsidiária, por força de lei, desde que a classificação refira-se explicitamente à matéria sobre a qual se procederá a lavratura. (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)



3.4. Lei das Agências Reguladoras

A partir do advento da Lei nº 13.848, de 2019, foram estabelecidas regras relacionadas à gestão, organização, processo decisório e controle social das agências reguladoras, autarquias sob regime especial, sem subordinação hierárquica, dotadas de autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira, bem como por ter seus dirigentes mandatos fixos, dentro dos quais estão protegidos pela estabilidade.

Sujeitas ao controle dos Tribunais de Contas (art.14), as agências têm seu processo decisório estabelecido nas regras fixadas a partir do art. 4º, dentro das respectivas estruturas colegiadas.

Trata-se, inquestionavelmente, de importante instrumento normativo a disciplinar a atuação das agências, garantindo a autonomia e seu processo decisório, capazes de dar um melhor encaminhamento às parcerias público-privadas e concessões de serviços públicos sujeitos à ação regulatória dessas entidades.

3.5. Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico

A partir da Lei nº 14.026, de 2020, foram alteradas regras voltadas ao Saneamento Básico no Brasil. Além de trazer a indução à regionalização dos serviços de saneamento básico, condicionando inclusive a concessão de financiamentos de entidades federais a sua efetivação, de trazer prazos para a implementação de medidas de abastecimento de água e saneamento, a lei traz, no art.[15], a obrigatoriedade de realização de concessões para a delegação dos serviços, vedando a prorrogação sem licitação de contratos de programa com órgãos públicos.

Este instrumento normativo fará com que as Cortes de Contas tenham a missão de verificar a adequação legal dos Editais e contratos, dos processos de criação, e de atendimento de requisitos legais, como o de audiências públicas e outros requisitos estabelecidos na legislação nacional, regional e local.

3.6. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos

Embora publicada no dia primeiro de abril, o que dá margem a chacotas, a Lei nº 14.133, de 2021, é instrumento normativo que tende a ser respeitado. Diverge-se aqui do entendimento de alguns doutrinadores por não ter o legislador aproveitado para trazer um instrumento totalmente novo e distante de qualquer amarra do passado, já que a estratégia normativa de trazer

15 Artigo 10. A prestação dos serviços públicos de saneame nto básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação, nos termos do art. 175 da Constituição Federal , vedada a sua disciplina mediante contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária.

inovações, como o diálogo competitivo, a inversão de fases, a criação de novos tipos, como o maior desconto e o maior retorno econômico, este viabilizando a celebração de contratos de performance, a possibilidade de estabelecimento de prazos maiores nos contratos, a instituição de matriz de riscos, o portal nacional, dentre inúmeros outros acréscimos, ao lado da preservação daquilo que no regime anterior tinha aceitação, foi adequada à garantia de segurança jurídica na interpretação das regras legais.

Um dos mais importantes acréscimos foi o que afirmou o direito subjetivo público do contratado de receber a parcela incontroversa, o que dá segurança jurídica e limita eventual discussão à diferença entre o que é pleiteado e o que é reconhecido pela Administração Pública[16].

Do ponto de vista do controle, a lei dedicou todo um capítulo, com linhas de defesa e com limites ao exercício do poder cautelar, em especial nos arts. 170 e 171[17], com forte influência das normas da LINDB antes referidas.

A Nova Lei não é aplicável diretamente às licitações para concessões e parcerias público-privadas, mas tem aplicação subsidiária em relação às normas especiais desses contratos. Além disso, viabilizou o uso do instrumento do diálogo competitivo como modalidade para a concessão.

Mas a missão dos Tribunais, em face da nova lei, só se conclui com o exercício do papel de orientação, através das escolas de contas, às quais caberá a capacitação de agentes e servidores públicos para o adequado cumprimento dos termos da lei[18] .

16 Art. 143. No caso de controvérsia sobre a execução do objeto, quanto à dimensão, qualidade e quantidade, a parcela incontroversa deverá ser liberada no prazo previsto para pagamento.

17 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.
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.

18 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.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se é verdade que novos instrumentos normativos vieram a aprimorar e viabilizar o incremento de concessões e parcerias público-privadas, trouxeram, também, o enorme desafio aos agentes e servidores dos Tribunais de fazer valerem as regras inovadoras. Essas leis, ao tempo em que levam à implementação de instrumentos de controle para viabilizar a sua aplicação, também trazem um recado aos Tribunais, no sentido de adequar suas decisões às regras que impõem a consideração das consequências das decisões, o que leva a uma mais qualificada motivação, bem como à maior capacitação para o exercício das atividades de controle. Certamente a mente republicana das Cortes de Contas levará à compreensão dessas novas exigências legais, que poderão ser utilizadas para a ainda maior qualificação do já excelente exercício de sua missão constitucional.



REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 out. 2021.

_____. **Lei n° 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, Portal da Legislação, [1995]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 27 out. 2021.

_____. **Lei n° 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília, DF: Presidência da República, Portal da Legislação, [2004]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm. Acesso em: 27 out. 2021.

_____. **Lei n° 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, Portal da Legislação, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 27 out. 2021.

_____. **Lei n° 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, DF: Presidência da República, Portal da Legislação, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 27 out. 2021.

_____. **Lei n° 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Brasília, DF: Presidência da República, Portal da Legislação, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 27 out. 2021.

_____. **Lei n° 14.026, de 15 de julho de 2020**. Atualiza o marco legal do saneamento básico. Brasília, DF: Presidência da República, Portal da Legislação, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14026.htm. Acesso em: 27 out. 2021.

_____. **Lei n° 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, Portal da Legislação, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 27 out. 2021.

_____. **Lei n° 14.195, de 26 de agosto de 2021**. Dispõe sobre a facilitação para abertura de empresas, sobre a proteção de acionistas minoritários, sobre a facilitação do comércio exterior, sobre o Sistema Integrado de Recuperação de Ativos (Sira), sobre as cobranças realizadas pelos conselhos profissionais, sobre a profissão de tradutor e intérprete público, sobre a obtenção de eletricidade, sobre a desburocratização societária e de atos processuais e a prescrição intercorrente na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Brasília, DF: Presidência da República, Portal da Legislação, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14195.htm. Acesso em: 27 out. 2021.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, Portal da Legislação, [2000]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 27 out. 2021.

FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. **A regulação do serviço público concedido.** Porto Alegre: Síntese, 1999. 94 p.

Pedro Henrique Poli de. Os vícios formais da Lei de Parcerias Público-Privadas e os riscos do modelo. **Rev. Panorama Legal**, Porto Alegre, IGPM, v. 1, p.6-8, out. 2011. Disponível em: http://www.ipgm.org.br/web/docs/Revista_Panorama_Legal_Direito_Publico%20.pdf. Acesso em: 27 out. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas. **Estudo Técnico sobre Parcerias Público-Privadas**. Porto Alegre: TCE-RS, ago. 2019. 76 p. Disponível em: https://portalnovo.tce.rs.gov.br/repo/misc/estudos_pesquisas/estudo_tecnico_sobre_parcerias_publico-privadas_2020.pdf. Acesso em: 3 out. 2021.