EGCG ESCOLA DE CONTAS E GESTÃO DO TCE-RJ
Tribunal de Contas Estado do Rio de Janeiro

REVISTA DO TCE-RJ

VOLUME 2 | NÚMERO 2
JUL| DEZ 2021



RODA DE CONVERSA
Thiers Montebello
"Os Tribunais de Contas devem apontar os caminhos mais efetivos para o cumprimento da lei"

NESTA EDIÇÃO
PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS; PROCESSO REGULATÓRIO; CONTRATOS DE CONCESSÃO; SERVIÇOS AMBIENTAIS; NOTA FISCAL ELETRÔNICA; SAÚDE PÚBLICA

Conselho Deliberativo do TCE-RJ

Presidente
Rodrigo Melo do Nascimento

Vice-Presidente e Corregedora-Geral
Marianna Montebello Willeman

Gabinete dos Conselheiros
José Gomes Graciosa
Marco Antônio Barbosa Alencar
José Maurício de Lima Nolasco
Aloysio Neves Guedes
Domingos Inácio Brazão
Marianna Montebello Willeman
Rodrigo Melo do Nascimento

Gabinete dos Conselheiros-Substitutos

Marcelo Verdini Maia
Andrea Siqueira Martins
Christiano Lacerda Ghuerren

Ministério Público de Contas
Henrique Cunha de Lima

Procurador-Geral
Sérgio Cavalieri Filho

Diretora-Geral da Escola de Contas e Gestão
Karen Estefan Dutra

Secretária-Geral da Presidência
Marina Guimarães Heiss

Chefe de Gabinete da Presidência
Laelio Soares de Andrade

Secretário-Geral de Controle Externo
Oséias Pereira de Santana

Secretário-Geral de Administração
Mario Henrique Monteiro da Silva Anache

Diretor-Geral de Relações Institucionais e Comunicação
Carlos Frederico Gomes Cinelli

Diretor-Geral de Tecnologia da Informação
Lucio Camilo Oliva Pereira

Diretor-Geral de Segurança Institucional
André Luiz Silveira

Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro
v. 2, n. 2, jul./dez. 2021

É uma publicação organizada pela Escola de Contas e Gestão do TCE-RJ, com periodicidade semestral. Seu objetivo é disseminar trabalhos técnico-científicos – artigos, resenhas e estudos de caso – na área de administração pública, controle externo, tribunal de contas e áreas afins.
Os trabalhos publicados são de exclusiva responsabilidade de seus autores. As opiniões neles manifestadas não correspondem, necessariamente, a posições que refletem decisões desta Corte de Contas. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Conselho Editorial: Conselho Superior da ECG,
sendo exercido por:
Rodrigo Melo do Nascimento
Marianna Montebello Willeman
Marcelo Verdini Maia
Andrea Siqueira Martins
Christiano Lacerda Ghuerren
Felipe Galvão Puccioni
Karen Estefan Dutra

Supervisão Acadêmica: Rosa Maria Chaise

Conselho Científico:
Alberto de Fontes Carvalho Neto (Universidade Federal do Rio de Janeiro); Álvaro Guilherme Miranda (Universidade Federal do Rio de Janeiro); Diana Vaz de Lima (Universidade de São Paulo); Eduardo dos Santos Guimarães (Fundação Getúlio Vargas-RJ); Flavio de Amaral Garcia (Universidade de Coimbra); Fernanda Sauerbronn (Fundação Getúlio Vargas-RJ); Jean Marcel de Faria Novo (Universidade Federal do Rio de Janeiro); Lia Ciomar Macedo de Faria (Universidade de Lisboa); Marizaura Camões (Universidade de Brasília); Sandro Trescano Bergue (Universidade Federal do Rio Grande do Sul); Sergio Lino da Silva Carvalho (Fundação Getúlio Vargas).

Edição: Diretoria-Geral de Relações Institucionais e Comunicação - DRC / Projeto gráfico e diagramação: Inês Blanchart / Fotografias: Banco de imagens da DRC/TCE-RJ / Arte e editoração: Diretoria-Geral de Relações Institucionais e Comunicação - DRC / Coordenação: Patricia Prado Faria / Revisão: Paulo Cesar Bessa Neves e Ilvana Sousa do Amaral (ECG).

Endereço para correspondência
Escola de Contas e Gestão do TCE-RJ
Rua da Constituição, nº 44
CEP 20060-010 - Centro - Rio de Janeiro
Tel.: (21) 3916-9544

Rio de Janeiro (Estado). Tribunal de Contas.
Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. /
Escola de Contas e Gestão do TCE-RJ, v. 2, n. 2 (2021)- . - Rio deJaneiro: ECG/TCE-RJ, 2020- .

Semestral.
ISSN: 2675-763X (online)
ISSN: 0103-5517 (impresso)
Continuação de: Revista Síntese – ECG/TCE-RJ – v. 1, n. 1, 2006-2019.

1. Administração Pública. 2. Controle Externo. 3. Tribunal de Contas. I. Título.

CDD 352

Ficha catalográfica elaborada pela Bibliotecária Ilvana Sousa do Amaral (CRB-7/4840)
da Biblioteca da Escola de Contas e Gestão do TCE-RJ - ECG/TCE-RJ





SUMÁRIO

6 **EDITORIAL**
Conselheiro-Substituto Christiano Lacerda Ghuerren
(Presidente do Conselho Superior da ECG/TCE-RJ)

8 **APRESENTAÇÃO**
Karen Estefan Dutra
(Diretora-Geral da ECG)

ENTREVISTAS

10 Conselheiro Thiers Montebello
(Ex-presidente do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro - TCM-RJ e conselheiro aposentado)

14 **Rafael Jardim Cavalcante**
(Secretário de Controle Externo do Sistema Financeiro Nacional do TCU)

ARTIGOS

20 **OS DESAFIOS DAS CONCESSÕES E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NA ÓTICA DO CONTROLE EXTERNO**
Autor: Pedro Henrique Poli de Figueiredo

32 **A PROMOÇÃO DO JOGO REGULATÓRIO E AS AGÊNCIAS REGULADORAS: o controle da discricionariedade das autoridades administrativas pelo Tribunal de Contas**
Autores: Fábio Medina Osório e Vanessa Cerqueira Reis de Carvalho

48 **REVISÃO DE CONTRATOS DE CONCESSÃO EM RAZÃO DA COVID-19: aspectos econômico-financeiros**
Autores: Hudson Hipólito Ferreira Nunes, Jones de Azevedo Pelech Junior e Leonardo Cesar Gomes

62 **A POLÍTICA NACIONAL DE PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS (LEI Nº 14.119/21): instrumento de incentivo para o desenvolvimento sustentável**
Autores: Fernanda Greco Laureano e Rita de Cássia C. G. Oliveira

72 **CLASSIFICAÇÃO AUTOMATIZADA DE PRODUTOS DA NOTA FISCAL ELETRÔNICAS DE COMPRAS PÚBLICAS**
Autores: Bruno Mattos Souza de Souza Melo, Wellington de Souza Amaral, Leonardo Silva de Lima e Eduardo Bezerra da Silva

84 **EFEITOS DA CRISE FINANCEIRA NA SAÚDE PÚBLICA DOS MUNICÍPIOS FLUMINENSES**
Autores: Josyanne da Rocha Ferreira, Aline do Nascimento Macedo, Renata Odete de Azevedo Souza e Mariana Miranda Autran Sampaio

EDITORIAL



CHRISTIANO LACERDA GHUERREN
Conselheiro-Substituto do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro
Presidente do Conselho Superior da ECG/TCE-RJ

É com grande contentamento que chegamos a mais uma Edição da Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. O ano de 2021 foi marcado por inúmeros desafios no Setor Público e traz a sensação de dever cumprido, com a certeza de que o investimento no capital humano é o que nos fortalece e nos torna uma instituição de excelência.

A valorização dos servidores é prioridade para a atual Gestão do TCE-RJ, sob a presidência do Conselheiro Rodrigo Melo do Nascimento, que enxerga no investimento no quadro de servidores do TCE-RJ o melhor caminho para o aprimoramento dos misteres constitucionais atribuídos à Corte de Contas.

Nesse ambiente de reflexão e valorização do funcionalismo público, a Revista do TCE-RJ, organizada pela Escola de Contas e Gestão – ECG/TCE-RJ, tem como objetivo a disseminação de trabalhos técnico-científicos, artigos, resenhas e estudos na área de Administração Pública, cuja dinâmica coaduna-se com uma de nossas premissas mais relevantes, que é o incentivo ao diálogo no aprimoramento do exercício da atividade de Controle Externo.

O Conselho Editorial busca oportunizar a participação dos membros da comunidade acadêmica e pesquisadores na publicação de artigos, o que nos possibilita a apresentação de assuntos atuais e de grande importância no debate de soluções para os operadores da atividade-fim dos órgãos de controle.

Neste contexto, não poderíamos trazer um melhor entrevistado para esta Edição da Revista do TCE-RJ que o Conselheiro Thiers Montebello, do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, que em seus 27 anos de exercício do cargo, consolidou-se como um grande defensor das Cortes de Contas no Brasil.

Nesta Edição, apresentamos seis artigos selecionados por meio de parcerias Institucionais, de trabalhos desenvolvidos por servidores do TCE-RJ e também oriundos do mais recente Programa de Pesquisa desenvolvido no âmbito da ECG/TCE-RJ.

Em todos os artigos apresentados é possível extrair valiosos aprendizados. Notadamente, os desafios vivenciados no período pandêmico e de crise no sistema de saúde fluminense foram temas retratados nos projetos, sempre com um olhar voltado para a busca de soluções eficientes e garantidoras dos preceitos legais a que estamos adstritos.

Assim, o primeiro trabalho tem como título "Os Desafios das Concessões e Parcerias Público-Privadas na Ótica do Controle Externo", em que o autor aborda os desafios da delegação da prestação do serviço público por meio das concessões e das parcerias público-privadas, à luz de um novo olhar que as Corte de Contas devem estabelecer, sobretudo, no que concerne à sua forma de atuação a partir dos atuais parâmetros normativos.

O segundo artigo, intitulado "A Promoção do Jogo Regulatório e as Agências Reguladoras: O controle da discricionariedade das autoridades administrativas pelo Tribunal de Contas", aborda o marco regulatório e o papel das agências reguladoras, trazendo à tona o debate sobre a importância da Corte de Contas como pilar da segurança jurídica, principalmente em tempos de pandemia e nas ações de retomada do desenvolvimento econômico.

Ainda no cenário de pandemia, o terceiro trabalho: "Revisão de Contratos de Concessão em Razão da Covid-19: aspectos econômico-financeiros" investe na discussão das principais ferramentas utilizadas na aferição do equilíbrio financeiro dos contratos de concessão, em face dos desafios vivenciados neste momento de crise pandêmica.

O quarto artigo selecionado para esta edição traz à discussão a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais, prevista na Lei nº 14.119/21, e sua importância como marco legal para o avanço do desenvolvimento sustentável do país, com o título "A Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais (Lei nº 14.119/21): instrumento de incentivo para o desenvolvimento".

Chegamos ao quinto artigo, nominado: "Classificação Automatizada de Produtos da Nota Fiscal Eletrônica de Compras Públicas", que nos possibilita refletir acerca da fiscalização das despesas relacionadas aos medicamentos adquiridos pela rede pública de saúde.

Por fim, o sexto artigo nos apresenta um estudo exploratório e descritivo do uso de indicadores na identificação e análise dos principais efeitos da crise na saúde pública do município do Rio de Janeiro entre 2010 e 2019, trazendo como título: "Efeitos da Crise Financeira na Saúde Pública dos Municípios Fluminenses".

Além dos artigos mencionados, a Revista do TCE-RJ traz, ainda, a valiosa colaboração do atual Secretário de Controle Externo do Sistema Financeiro Nacional do TCU, Sr. Rafael Jardim Cavalcante, que abordou questões relevantes acerca da Nova Lei de Licitações.

O ano de 2021 nos trouxe muitos desafios, mas a nossa maior missão é seguir o curso institucional dessa exitosa caminhada, renovando a esperança por tempos melhores e convidando os leitores a participarem da Revista do TCE-RJ, lendo, compartilhando, debatendo, refletindo ou contribuindo com artigos e pareceres.

Boa leitura!

APRESENTAÇÃO

Ao fazer a apresentação desta edição da Revista do TCE-RJ, referente ao segundo semestre de 2021, já me sinto movida pela certeza de que muitas novas e boas ações estão por vir. A Escola trabalhou de forma ativa em seus cursos e eventos programados para 2021, envolvendo a assimilação de novas tecnologias e estratégias de ensino para as capacitações, uma vez que durante grande parte do ano as atividades foram oferecidas online. Os resultados ao longo do ano alcançaram índices almejados de proficiência.

Em 2021, o programa de pós-graduação se manteve ativo e foi dado início à Turma 2 do curso de Aperfeiçoamento Profissional Para Auditores Internos Municipais, composto de 14 disciplinas, divididas em 3 módulos. O objetivo do curso é preparar servidores para elevar a eficácia das ações das Unidades de Controle Interno dos municípios fluminenses, em conformidade com as Normas Brasileiras de Auditoria do Setor Público (NBASP).

Para 2022, várias atividades online, que se mostraram bem-sucedidas em 2021, serão mantidas. Mas teremos a satisfação de retomar com os cursos de capacitação e formação presencialmente, como já iniciado no segundo semestre de 2021. Para adiantar algumas novas ofertas, oriundas de demandas de nossos servidores e de jurisdicionados, será realizado o curso de Compliance na Administração Pública, em parceria com o Instituto Multidisciplinar de Formação Humana com Tecnologias, da UERJ, com o objetivo de se compreender a importância da integridade na atuação da Administração Pública.

Outro curso a ser oferecido será o de Introdução à Auditoria de Obras Públicas, que tem por objetivo compatibilizar essa atividade com as Normas Brasileiras de Auditoria do Setor Público (NBASP), compreendendo as suas etapas e as ações que dela fazem parte. Trata-se de uma iniciativa do Instituto Rui Barbosa (IRB), com apoio técnico e pedagógico da Escola de Contas e Gestão do TCE-RJ, e participação dos seguintes tribunais: TCE-RJ, TCE-PR, TCE-RN, TCE-RS e TCM-GO. Este curso, oportunidade de integração e compartilhamento de informações entre os Tribunais, foi desenvolvido tendo como principal referência e apoio o curso Auditoria de Obras Públicas ofertado pelo Instituto Serzedello Corrêa (ISC), Escola Superior do Tribunal de Contas da União - TCU.

Abre esta edição da Revista do TCE-RJ uma relevante Roda de Conversa, com a prestação de uma justa homenagem ao Conselheiro Thiers Vianna Montebello, Presidente do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro por quase vinte anos, de 2001 a 2021, quando se aposentou. As respostas às perguntas que lhe foram dirigidas deixam evidente um servidor de elevado espírito público, com contribuição importante para o aprimoramento dos instrumentos de fiscalização e controle da aplicação dos recursos públicos no Município do Rio de Janeiro.

A publicação também traz uma entrevista que amplia o conhecimento acerca das ações empreendidas por personalidades notáveis da administração pública, em face da aprovação manifestada pelos leitores em relação a esta seção inaugurada na edição anterior da Revista do TCE-RJ. O entrevistado deste número é o Dr. Rafael Jardim Cavalcante, Auditor



KAREN ESTEFAN DUTRA
Diretora-Geral da Escola de Contas e Gestão - ECG/TCE-RJ

Federal de Controle Externo, Ex-Secretário de Combate à Corrupção e atual Secretário de Controle Externo do Sistema Financeiro Nacional do TCU, que presta importantes esclarecimentos sobre a Lei nº 14.133/2021, a nova lei de licitações e contratos, que, segundo ele, propicia a inovação e o diálogo com o mercado, fatores que criam uma expectativa positiva para o novo diploma legal.

Além dessas duas seções, a presente edição da Revista do TCE-RJ compõe-se de seis artigos. Os dois primeiros resultam da parceria, intensa e produtiva, da Escola de Contas e Gestão do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro com outras escolas de governo, universidades e instituições congêneres, cultivada com o propósito de fomentar disseminação de conhecimentos e troca de experiências, gerando reflexões e propostas afirmativas com vistas ao aprimoramento da gestão pública.

Nesse contexto de mútua cooperação, nossos leitores entrarão em contato com o trabalho do Conselheiro Aposentado e ex–Vice-Presidente do TCE-RS, Doutor em Direito pela UFRGS, Pedro Henrique Poli de Figueiredo, sob o título "Os desafios das concessões e parcerias público-privadas na ótica do controle externo". No artigo, o autor aborda as dificuldades a que estão sujeitos os agentes públicos aos quais se delega a prestação de serviço por meio de concessões e de parcerias público-privadas, em face da quantidade de dispositivos

legais para o setor, além de constantes alterações a que são submetidos. Diante desse quadro, cabe aos Tribunais de Contas avaliar com frequência sua forma de atuação a partir dos parâmetros normativos vigentes e mostrar aos jurisdicionados como proceder para cumpri-los adequadamente.

Ainda nesse âmbito colaborativo, o segundo artigo, "A promoção do jogo regulatório e as agências reguladoras: o controle da discricionariedade das autoridades administrativas pelo Tribunal de Contas", tem como autores o Dr. Fábio Medina Osório, doutor em Direito Administrativo pela Universidade Complutense de Madri e Presidente Executivo do Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado – IIEDE, e a Dra. Vanessa Cerqueira Reis de Carvalho, doutoranda em Direito Financeiro e Econômico Global da Universidade de Lisboa, professora da Escola Superior da Advocacia Pública – ESAP e Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. O trabalho se pauta pelo intuito de discutir a atuação dos Tribunais de Contas no processo regulatório, consoante a delimitação do contorno do controle a ser exercido sobre as atividades desenvolvidas pelas agências reguladoras. Segundo os autores, as Cortes de Contas têm importante papel a desempenhar, garantindo segurança jurídica na verificação da aplicação da constituição e das leis, no cumprimento dos editais e contratos firmados pelas agências reguladoras, preservando a discricionariedade, que envolve a dinâmica do jogo regulatório.

Os dois artigos seguintes comprovam o envolvimento dos servidores do TCE-RJ no processo de aprimoramento das ações do Tribunal, que busca, permanentemente, efetividade no cumprimento de sua missão. As experiências colhidas nas relações com os jurisdicionados vêm conduzindo a estudos e pesquisas que têm propiciado importante contribuição para que o TCE-RJ se mantenha no nível de expectativas da sociedade.

Em "Revisão de contratos de concessão em razão da covid-19: aspectos econômico-financeiros", os Auditores de Controle Externo do TCE-RJ Hudson Hipólito Ferreira Nunes, graduado em Engenharia Civil e pós-graduado em Gestão Pública, Jones de Azevedo Pelech Júnior, graduado em Ciências Contábeis e mestre em Engenharia de Transportes, e Leonardo Cesar Gomes, graduado em Engenharia Civil e pós-graduado em Gestão Pública, têm por objetivo apresentar as principais ferramentas utilizadas na aferição do equilíbrio (ou desequilíbrio) econômico-financeiro dos contratos de concessão, considerando os efeitos da pandemia de Covid-19, indicando recomendações úteis para gestores públicos em eventuais pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro.

No artigo "A política nacional de pagamento por serviços ambientais - (Lei nº 14.119/12): instrumento de incentivo para o desenvolvimento sustentável", de Fernanda Greco Laureano, mestre em Direito, e Rita de Cássia C. G. Oliveira, pós-graduada em Meio Ambiente, lotadas na Coordenadoria de Auditoria de Políticas em Saneamento e Meio Ambiente (CAD – SANEAMENTO), as autoras enfatizam os benefícios, para o desenvolvimento sustentável do país, do estabelecimento de um marco legal para regulamentar o pagamento por serviços ambientais. Utilizando a metodologia de revisão bibliográfica sobre políticas públicas ambientais de incentivo financeiro, serviços ecossistêmicos e pagamento por serviços ambientais no Brasil, esclarecem que a PNPSA fundamenta-se nos princípios do poluidor-pagador e do protetor-recebedor, promovendo o alinhamento entre os diversos agentes que usam e preservam os serviços ecossistêmicos.

Em seguida, os leitores encontrarão os artigos aprovados na terceira edição do Programa de Pesquisa da ECG/TCE-RJ, cuja intenção é estimular a realização de projetos de pesquisa que venham a contribuir para o aprimoramento da gestão pública, bem como dos procedimentos de trabalho do TCE-RJ, segundo as áreas de concentração indicadas. Importante ressaltar a oportunidade de troca de experiências entre os servidores do TCE-RJ e pesquisadores externos, vinculados a instituições de ensino e pesquisa sediadas em território nacional.

No artigo "Classificação automatizada de produtos da nota fiscal eletrônica de compras públicas", os servidores do TCE-RJ Bruno Mattos Souza de Souza Melo, mestre em Engenharia de Sistemas, e Wellington de Souza Amaral, mestre em Ciência da Computação, em colaboração com Leonardo Silva de Lima, doutor em Engenharia de Produção, vinculado à Universidade Federal do Paraná, e Eduardo Bezerra da Silva, doutor em Engenharia de Sistemas de Computação, vinculado ao CEFET- RJ, desenvolveram, com o uso da base de dados das NFEs de produtos adquiridos pelo estado do Rio de Janeiro, da base de dados de medicamentos autorizados pela ANVISA, uma metodologia para agrupar e classificar os bens e produtos farmacêuticos adquiridos por órgãos da administração pública fluminense. O objetivo é ampliar a capacidade analítica dos órgãos de controle de todo o Brasil na fiscalização das despesas relacionadas aos medicamentos adquiridos pela rede pública de saúde.

Fechando esta edição da Revista do TCE-RJ, o artigo "Efeitos da crise financeira na Saúde Pública dos municípios fluminenses", das servidoras do TCE-RJ Josyanne da Rocha Ferreira, mestre em Saúde Coletiva, Aline do Nascimento Macedo e Renata Odete de Azevedo Souza, mestres em Saúde Pública, e Mariana Miranda Autran Sampaio, doutora em Saúde Pública, que as autoras classificaram como um estudo exploratório e descritivo, usou indicadores para analisar os principais efeitos da crise na saúde pública dos municípios do Rio de Janeiro entre 2010 e 2019, em relação ao financiamento da saúde, à oferta e demanda de serviços de saúde e às condições de saúde da população. Restou constatada uma redução da despesa total com saúde por habitante e do recurso municipal aplicado em saúde, bem como um aumento na dependência dos municípios de transferências de outras esferas de governo, quadro que contribuiu para o acréscimo da incidência de doenças e mortalidade infantil.

Acrescento meu orgulho pelo que podemos apresentar nas edições da Revista do TCE-RJ, refletindo o comprometimento, a competência e a dedicação dos servidores do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro e os de todas as instituições com as quais mantemos profícua parceria. É visível a contribuição que os trabalhos publicados, assim como os ensinamentos transmitidos por nossos entrevistados, têm dado para cultivar uma nova maneira de compreender a gestão pública, que precisa ser exercida com transparência e empatia com os legítimos interesses da sociedade.

RODA DE CONVERSA

THIERS MONTEBELLO

Ex-presidente do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro (TCM-RJ) e conselheiro aposentado

“Os Tribunais de Contas devem apontar os caminhos mais efetivos para o cumprimento da lei”



Após 28 anos de atuação no Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro – 20 deles como presidente –, Thiers Montebello se aposentou em abril de 2021. Nessa longa jornada dedicada diligentemente ao controle externo, construiu carreira exemplar e se tornou referência nacional junto às Cortes de Contas. Inspirada nessa trajetória, a Revista do TCE-RJ reuniu cinco conselheiros que, em algum momento da carreira, foram nomeados diretamente por ele, para uma conversa descontraída sobre a sua história e o papel dos Tribunais de Contas.

Participaram desta Roda de Conversa o conselheiro-presidente do TCE-RJ, Rodrigo Nascimento, o conselheiro-substituto do TCE-RJ Christiano Lacerda e os conselheiros-substitutos do TCM-RJ Igor Fernandes, Emil Ibrahim e Dicler Forestieri.

CONSELHEIRO-SUBSTITUTO CHRISTIANO LACERDA - Como o senhor vê a atuação dos Tribunais de Contas hoje no Brasil? Quais aspectos precisariam de aperfeiçoamento para um melhor desempenho das Cortes de Contas?

Nos últimos 20 anos, houve um avanço significativo na atuação dos Tribunais. Na minha visão, os membros de um Tribunal de Contas precisam se dar conta da importância da instituição para ajudar o gestor na condução do seu trabalho. Não se trata apenas de fiscalizar. É importante receber o gestor para orientá-lo, e não afastá-lo do Tribunal. O Tribunal não deve atrapalhar a gestão. Quando é identificada possível má-fé, é preciso oferecer oportunidade de defesa, de contraditório. Se as justificativas não forem satisfatórias, aí, sim, deve-se aplicar a sanção. Os Tribunais de Contas devem apontar os caminhos mais efetivos para o cumprimento da lei. Trabalhei 56 anos no serviço público e sei o que é tomar uma medida e precisar passar por diversos filtros para que essa medida seja executada. Falta uma uniformização na maneira de tratar o gestor. Ele precisa do Tribunal e o Tribunal precisa dele. Nós todos usamos os serviços que o gestor presta. Na minha visão, os Tribunais avançaram imensamente ao diminuir a distância entre os técnicos, os auditores e os conselheiros.

“Na minha visão, os membros de um Tribunal de Contas precisam se dar conta da importância da instituição para ajudar o gestor na condução do seu trabalho”

CONSELHEIRO-SUBSTITUTO CHRISTIANO LACERDA - O senhor acha válido o servidor se projetar no papel do gestor, que tem suas decisões fiscalizadas?

É importante ter ideia do que é ser gestor, para adquirir minimamente a noção da dificuldade que é fazer a máquina da administração pública caminhar. Precisamos nos preocupar mais com o que é essencial, buscar na diligência algo que acrescente na formação do seu juízo para se tomar uma decisão, no seu convencimento. Quando eu era gestor, nunca fui ao Tribunal de Contas. Não tinha essa abertura. É preciso ter um equilíbrio. Os conselheiros têm que conversar entre eles. É preciso ter um discernimento e se colocar no lugar do gestor. É preciso ter sensibilidade e capacidade para avaliar a conduta de quem, eventualmente, pode ter errado sem apresentar má-fé.

CONSELHEIRO RODRIGO NASCIMENTO – No TCE-RJ, neste biênio, elencamos as prioridades da nossa gestão, e uma delas é a valorização do servidor. Concluímos o concurso para analista de controle externo e temos outros autorizados. Qual mensagem o senhor deixaria para os servidores que estão assumindo suas funções de fiscalização dos recursos públicos?

Valorizar muito o seu trabalho, a sua atuação, adquirir noção da real importância da sua atividade para o bem da administração pública. O Tribunal tem que ser a casa desses servidores. É preciso valorizar, fazer cursos, treinamentos e qualificar ainda mais as pessoas. No Tribunal, você tem médicos, engenheiros, advogados... as formações são muito diversificadas. E todos são muito preparados. Quando passam no concurso, provam que têm a capacidade, o preparo para exercer uma função tão exigente, que demanda muito conhecimento. No TCM, mais de 90% das pessoas foram nomeadas para trabalhar através de concurso. Fizemos sete concursos e nunca tivemos um problema, uma suspeição ou algo que pudesse suscitar dúvida com relação à condução do concurso.

CONSELHEIRO-SUBSTITUTO IGOR FERNANDES - Como o senhor conseguiu dar projeção nacional a um Tribunal de Contas municipal?

Quando eu entrei no Tribunal, em 1993, percebi que nosso Tribunal não tinha nenhuma representatividade nos eventos nacionais. A partir de um intenso trabalho de relações institucionais, com o estabelecimento de um diálogo constante com as demais instituições de controle externo, passamos a ter um reconhecimento mais condizente com a



Da esquerda para a direita: conselheiro-substituto do TCE-RJ Christiano Lacerda, conselheiro-substituto do TCM-RJ Dicler Forestieri, conselheiro-substituto do TCM-RJ Emil Ibrahim, ex-presidente do TCM-RJ Thiers Montebello, conselheiro-presidente do TCE-RJ, Rodrigo Nascimento, e conselheiro-substituto do TCM-RJ Igor Fernandes

importância que o nosso município tem no cenário nacional. A partir desse trabalho de valorização do TCM do Rio, passamos a ser mais reconhecidos também no âmbito da Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil, a Atricon. Isso tudo foi fruto de uma luta para destacar a importância não só do TCM-RJ, mas da própria cidade do Rio de Janeiro. Eu lutava pelo Tribunal que presidia. Foi um resgate da nossa importância, da condição de ex-Tribunal da Capital Federal.

CONSELHEIRO-SUBSTITUTO EMIL IBRAHIM – O senhor costumava falar do controle legalista, sancionatório, monológico, desconectado da realidade da administração pública. Gostaria que o senhor discorresse um pouco sobre o caráter pedagógico dos Tribunais de Contas. É importante que eles deixem de ser apenas legalistas e formalistas, para serem também Tribunais de *accountability*, governança?

Eu só pude implementar medidas para o Tribunal melhorar e se consolidar como um órgão de controle respeitado em razão das pessoas que trabalhavam comigo. É preciso haver uma forte relação de confiança. Essa cultura está muito mais disseminada entre os auditores e técnicos do Ministério Público de Contas do que entre os próprios conselheiros. É importante que os conselheiros valorizem ainda mais os seus cargos e tenham a real dimensão do seu alcance. Às vezes, aplica-se uma sanção, prejudicando um gestor, porque não houve um aprofundamento maior, uma maior compreensão do contexto em que uma decisão foi tomada. É preciso exercer a função de conselheiro sabendo que você não é superior a nenhum secretário, a nenhum gestor público. Uma pessoa que administra milhares de escolas, milhares de professores, tem que ser respeitada, merece toda a nossa consideração. É preciso ter esse tipo de cuidado para tratar com o gestor.

CONSELHEIRO RODRIGO NASCIMENTO - Então, nessa perspectiva, entraria a questão da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, de punir apenas em caso de dolo ou erro grosseiro?

É o que tem que ser feito. E a gente começou a criar essa cultura no TCM-RJ de uns anos para cá. Nosso Tribunal é muito mais orientador e pedagógico do que punitivo. Tem Tribunal que se orgulha de ter aplicado tantos milhões em multa, mas recebeu 1% desses milhões aplicados. Qual é a efetividade real dessa medida? De que adianta punir por punir prefeitos que amanhã poderão ser deputados federais e marcar os Tribunais de Contas? E não é só por isso, eu digo de um ponto de vista humanista. Me perguntam muito se eu sou de esquerda ou direita. Eu não quero ver meu semelhante jogado na calçada, sem alimento, sem saúde, sem educação. Eu quero que meu semelhante tenha direito a concorrer a qualquer cargo público como eu tive. Com a atuação pedagógica, você será valorizado por implementar essa cultura.

“Eu só pude implementar medidas para o Tribunal melhorar e se consolidar como um órgão de controle respeitado em razão das pessoas que trabalhavam comigo. É preciso haver uma forte relação de confiança”

CONSELHEIRO-SUBSTITUTO IGOR FERNANDES – No nosso caso (de representar um Tribunal de Contas municipal), a gente tem uma vantagem, que é lidar com apenas um jurisdicionado. É mais fácil antecipar o risco de um dano, por exemplo, numa análise de edital, evitando que saia com um possível sobrepreço.

Sim, é muito mais fácil e correto a gente exercer a nossa função ouvindo a outra parte. Muitas vezes você tem a informação fria, descrita no processo, e, ao ouvir o gestor, entende melhor o contexto em que determinada decisão foi tomada, determinada solução foi adotada. Passa a observar com outra visão. O ex-ministro do STF Marco Aurélio Mello dizia: “Processo, eu vejo pela capa, não pelo nome”. Tudo bem, mas muitas vezes é necessário entender em que contexto uma decisão foi tomada. Não se pode dissociar uma decisão do seu contexto, porque pode haver justificativas para aquela medida.

CONSELHEIRO-SUBSTITUTO DICLER FORESTIERI – O senhor entrou em 1993 no TCM-RJ e, nesses quase 30 anos, testemunhou muitos fatos históricos que tiveram a nossa cidade como palco. Gostaria que o senhor destacasse algumas experiências ao longo desse tempo.

Nesse tempo todo, foram muitas vivências, realmente. Ficou muito na nossa memória recente a realização da Copa do Mundo e dos Jogos Olímpicos, dois eventos de enorme repercussão. Para a Olimpíada, por exemplo, tivemos uma dificuldade com o cumprimento do cronograma do Complexo Esportivo de Deodoro, que num determinado momento chegou a ficar comprometido. Com diálogo e boa vontade de todas as partes envolvidas, tudo correu bem, mas foi preciso que nós, no TCM, déssemos celeridade a diversas análises que, normalmente, demandariam mais tempo. Houve um esforço concentrado motivado pelo contexto. A Olimpíada tinha que acontecer, a data da cerimônia de abertura estava marcada havia anos. Então solicitamos mais informações de onde era preciso, entramos em contato diretamente quando foi necessário, mas sempre respeitando os limites impostos pela legislação. Os processos caminharam, o projeto para Deodoro foi concluído como deveria ser, e os Jogos foram belíssimos. Como eu disse antes, as vivências ao longo de todo esse tempo foram muitas, mas todo o processo que envolveu a realização dos Jogos Rio 2016 foi marcante.

ENTREVISTA

RAFAEL JARDIM CAVALCANTE

Auditor Federal de Controle Externo, ex-secretário de Combate à Corrupção e atual secretário de Controle Externo do Sistema Financeiro Nacional do TCU



"A Lei 14.133/2021 é um excelente novo ponto de partida para contratações de obras e serviços de engenharia que mais atendam o interesse público"

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos alçou novos ferramentais para licitações e contratos de obras – algumas delas tanto alvissareiras quanto polêmicas. Nessa entrevista, o professor e auditor do Tribunal de Contas da União Rafael Jardim comenta os desafios e oportunidades decorrentes de algumas dessas novidades.

Como a utilização da Modelagem da Informação da Construção (Building Information Modelling - BIM), prevista no § 3° do art. 19 da nova lei de licitações, poderá contribuir para a melhoria das obras públicas?

A nova Lei 14.133/2021 dispensou atenção ao planejamento das contratações, tanto alçando-o como princípio, quanto densificando esse valor em diversos institutos licitatórios. A nova lei também é uma "lei eletrônica", a prever diversas soluções digitais para o processamento das licitações e contratos, conferindo maior transparência, eficiência e praticidade aos processos. Creio que a utilização preferencial do BIM seja a materialização dessas duas premissas.

O uso da tecnologia BIM na elaboração dos projetos é uma poderosa ferramenta de planejamento, a oferecer um "protótipo 3D do empreendimento", em uma miniaturização eletrônica, com a potencialidade de reunir todas as disciplinas de projeto em um único ambiente, "concorrendo" pelo mesmo espaço. E ainda mais, associar a esses sistemas construtivos digitais, em três dimensões, quantas informações quanto sejam úteis: quantidades, preços unitários, tempo de início, tempo de finalização, data e responsável pela medição, marca do equipamento, lote de fabricação, previsão de manutenções, intervenções preventivas e corretivas realizadas... É um verdadeiro banco de dados relacionados aos elementos construtivos. As possibilidades são infinitas.

O nosso leitor já pode depreender que a antecipação gráfica dessas interferências entre uma e outra disciplina de projeto mitiga a chance da ocorrência de alterações de projeto – e aditivos contratuais! – posteriores. Também abranda riscos de erro na extração de quantitativos nos orçamentos pelos projetistas. Igualmente pode ajudar na visualização de cada fase da obra em sequência, auxiliando na definição da ordem de execução dos serviços e na construção do caminho crítico para o prazo da obra.

Os ganhos vão ainda além do planejamento. Envolvem ainda a própria execução, recebimento, gestão, operação e manutenção das obras. O projeto e seus elementos assumem uma vida própria, ganham longevidade, quando continuamente atualizados e alimentados de informações, no decorrer da vida útil do empreendimento. Constituem-se em uma plataforma de gestão e operação do bem imóvel, carreando em nuvem um histórico de todas as intervenções relevantes em seus diversos elementos construtivos. Em elocubração, avalio que se trate de um "processo eletrônico 3D" do imóvel, com um diário de intervenções que se estende desde a sua concepção, percorrendo toda a idade do bem.

Claro que isso tudo não se faz com passe de mágica: capacitação, investimento e tecnologia e o próprio amadurecimento do mercado são ainda necessários. Entendo que estamos no caminho... A migração do CAD para o BIM é um caminho sem volta...

"As contratações integradas e semi-integradas oportunizam a concorrência tecnológica e metodológica em licitações de obras e serviços de engenharia"

A nova lei, em seu art. 46, apresenta três regimes de execução não previstos na Lei Federal 8.666/93, no que se destacam a contratação integrada e semi-integrada. Em que casos esses regimes devem ser adotados?

As contratações integradas e semi-integradas oportunizam a concorrência tecnológica e metodológica em licitações de obras e serviços de engenharia. As empresas são "convidadas" a fazer engenharia, emprestando sua intelectualidade e poder de inovação para idealizar soluções construtivas que tragam mais resultados qualitativos – e mesmo econômicos – para o ente contratante. Esse é o ideal da utilização desses novéis regimes de execução contratual.

Nos casos da contratação integrada, o diploma antecessor – o RDC – previa explicitamente, em

seu art. 9º, que tal regime licitatório só poderia ser utilizado quando a obra envolvesse "inovação tecnológica ou técnica; ou a possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou a possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado". Disposição semelhante consta da Lei das Estatais, em seu art. 6º, inciso VI. O TCU, aliás, tem se debruçado de forma recorrente na interpretação desses dispositivos. Diversos julgados foram prolatados, no que destaco o Acórdão 1.510/2013-Plenário, sobre a necessidade de se motivar previamente o uso da contratação integrada, balanceando riscos e ganhos – inclusive financeiros – em comparação com a possibilidade de utilizar outros regimes.

A nova Lei 14.133/21, contudo, não albergou qualquer menção a esses condicionantes, o que tem gerado salutares discussões doutrinárias sobre a (ainda) necessária motivação para o seu uso. Para alguns, a omissão desses condicionantes motivadores tacitamente importa na viabilidade do uso desses regimes para absolutamente qualquer contratação.

Tenho visão divergente. Todos os regimes de execução apresentam ônus e bônus. Inexiste, propriamente, um melhor que outro; mais um regime mais adequado que outro para cada contratação, a depender da tipologia da obra, suas características quantitativas, sua complexidade e respectivas oportunidades de inovação. Para as contratações integradas e semi-integradas, a atribuição relacionada à definição das soluções de projeto enseja algumas consequências e pré-requistios: uma elucidação muitíssimo mais fina nos contratos, em termos de definição prévia dos fatos novos ensejadores de termos aditivos (nas chamadas matrizes de risco); também demanda uma modelagem contratual para a objetivação do que poderá ser objeto de alteração do projeto; envolve a capacitação fina da equipe de planejamento e fiscalização, inclusive para a aprovação das novas soluções que correspondam, de fato, a vantagens para a administração; demanda um cálculo estatístico muitíssimo mais meticuloso para a quantificação dos "custos de contingência", decorrentes dos riscos atribuídos ao construtor a serem acrescidos no orçamento; dentre tantos outros cuidados.

"Sou otimista quanto a essas inovações na área de seguro-garantia. Vislumbro que o amadurecer desse instituto possa transformar a forma burocrática pela qual 'habilitamos' os licitantes"

Todas essas condições, penso, tanto ensejam potenciais riscos de não entrega pela contratada; como riscos fiscalizatórios, a depender do amadurecimento e experiência da entidade contratante. Disso se tem: se a administração, pela simplicidade e banalidade do objeto, já possui – em boa medida – uma "provável melhor solução", valeria a pena angariar toda essa complexidade e esses riscos para o processo? Pode até ser que sim; mas o que defendo é justamente a presença de tais ponderações na motivação do uso desses novos institutos. Uma demonstração de vantagens e desvantagens, para justificar – no dever de prestar contas – a utilização do melhor regime de execução a ser utilizado em cada caso concreto deve ser providenciada.

A exigência de seguro-garantia em valor equivalente a até 30% do preço total do contrato, com cláusula de retomada prevista no art. 102 da nova lei de licitações pode ser adotada em qualquer caso? Essa exigência pode reduzir a quantidade de obras públicas paralisadas em nosso país?

De fato, a Lei 14.133/21 apresenta novidades quanto às formas e condições possíveis de contratação de seguro. A primeira, como situado, relativa à possibilidade de aumentar a cobertura do seguro-garantia para 30% – em contraponto aos 5% padrão; ou 10% para objetos de maior risco e complexidade técnica (vide art. 98). O art. 99, todavia, situa que tal possibilidade está adstrita a obras e serviços de engenharia de grande vulto.

No que se refere cláusula de retomada – respectiva à possibilidade de a seguradora assumir a execução da obra, em vez de pagar o prêmio de seguro, em caso de inadimplemento pela contratada original – existe alguma controvérsia acerca da sua abrangência. Apesar de o art. 99 positivar de forma específica a utilização da cláusula de retomada somente para "obras e serviços de engenharia de grande vulto", o próprio art. 102, que define a dita cláusula de retomada, não exclui as outras obras e serviços de engenharia, intuindo a viabilidade mais genérica da sua utilização.

Vejam: na prática, creio que em obras menores e com menor cobertura (de até 10%), pode não ser convidativo para a seguradora preferir assumir a empreitada. Essa "perda" será comprada com o próprio risco de terminar a obra com um preço "não tão interessante" e o risco disso advindo.

Nada obstante, em termos de possibilidade jurídica, havendo duas interpretações possíveis, julgo que o fiel da balança será aquela mais condizente com o interesse público e ao princípio fundamental licitatório de obtenção da melhor proposta. Ou: se houver no mercado o produto respectivo à cobertura com cláusula de retomada, mesmo para obras menores; considerando o interesse maior em tutelar o término da empreitada – e os frutos à coletividade decorrentes; reconhecendo a redução dos custos administrativos de não realizar outro certame licitatório; e primordialmente sublinhando que a finalidade da contratação é ter a obra pronta; entendo, sim, que a cláusula de retomada pode ser utilizada para qualquer caso, em visão abrangente do trazido no art. 102. Obviamente que a própria doutrina e jurisprudência tratará de esmerilhar tais possibilidades.

Sou otimista quanto a essas inovações na área de seguro-garantia. Vislumbro que o amadurecer desse instituto possa transformar a forma burocrática pela qual "habilitamos" os licitantes. Quanto mais o mercado segurador punir empresas inábeis, com preços condizentes aos riscos de cada licitante, tanto mais o próprio mercado tratará de realizar tal habilitação – muito mais real e menos burocrática. Se obtivermos sucesso com os 30% de cobertura, com a cláusula de retomada, podemos abrir a confiança necessária no mercado e na sociedade para legislar maiores coberturas; e mais o mercado cuidará de providenciar os custos da habilitação de cada licitante.

Qual a sua visão geral sobre a nova lei de licitações e seu impacto nas obras públicas?

As novidades são tantas... Tentarei sobrelevar algumas: avalio que os processos serão mais ágeis. A inversão de fases de julgamento; a redução de prazos de abertura de propostas para obras comuns; as e a própria licitação eletrônica – antes apenas presente no RDC – cuidarão da redução geral do trâmite licitatório.

A nova lei também exige cuidados maiores com o planejamento da contratação. Os estudos técnicos preliminares e a gestão de riscos contratuais – convenhamos – não eram corriqueiramente providenciados, mas somente para serviços em geral (pegando por empréstimo o definido na IN-MPOG 05/2017, que já previa a obrigatoriedade de tais institutos).

A preferência pela tecnologia BIM na feitura dos projetos – que já tratamos nesta conversa – também é outra ferramenta alvissareira. Isso demandará investimento em capacitação e tecnologia, mas certamente renderá uma alavancagem no planejamento e execução das obras.

Há ainda mais espaço para a inovação e diálogo com o mercado, condizente com a exigência prévia de avaliação dos riscos licitatórios: contratações integradas e semi-integradas, fornecimento com prestação de serviço associado, procedimentos de manifestação de interesse, diálogo competitivo. Quero dizer que foram criadas "salas de inovação" para conferir maior segurança jurídica para que o gestor de fato inove.

Sobre a segurança jurídica, alías, a lei também positivou pontos críticos outrora tratados unicamente na jurisprudência. Houve extensa consideração das decisões dos tribunais de contas – principalmente na área de obras e serviços de engenharia –, seja as confirmando, seja as refutando. Houve, inclusive, a repetição ou aprimoramento de muitas das novidades outrora jazidas no RDC e na Lei das Estatais, crivadas por essa mesma jurisprudência, o que entendo ser altamente positivo.

Enfim, se o brocardo diz que "lei boa é lei velha", creio que a prática, a jurisprudência e a doutrina hão de tornar essa nova lei em uma "lei velha". A lei 14.133/2021, contudo, é um excelente "novo ponto de partida" para contratações de obras e serviços de engenharia que mais atendam o interesse público.

ARTIGOS



1



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

2



A PROMOÇÃO DO JOGO REGULATÓRIO E AS AGÊNCIAS REGULADORAS: o controle da discricionariedade das autoridades administrativas pelo Tribunal de Contas

3



REVISÃO DE CONTRATOS DE CONCESSÃO EM RAZÃO DA COVID-19: aspectos econômico-financeiros

A POLÍTICA NACIONAL DE PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS (LEI Nº 14.119/21): instrumento de incentivo para o desenvolvimento sustentável

4



CLASSIFICAÇÃO AUTOMATIZADA DE PRODUTOS DA NOTA FISCAL ELETRÔNICA DE COMPRAS PÚBLICAS

5



EFEITOS DA CRISE FINANCEIRA NA SAÚDE PÚBLICA DOS MUNICÍPIOS FLUMINENSES

6





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.



A PROMOÇÃO DO JOGO REGULATÓRIO E AS AGÊNCIAS REGULADORAS: o controle da discricionariedade das autoridades administrativas pelo Tribunal de Contas

Fábio Medina Osório
Doutor em Direito Administrativo pela Universidade Complutense de Madri
Presidente executivo do Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado – IIEDE

Vanessa Cerqueira Reis de Carvalho
Doutoranda em Direito Financeiro e Econômico Global da Universidade de Lisboa
Professora da Escola Superior da Advocacia Pública – ESAP

Resumo: O presente trabalho pretende lançar luzes acerca da importante atuação dos tribunais de contas no processo regulatório, mediante a delimitação do contorno do controle a ser exercido sobre as atividades desenvolvidas pelas agências reguladoras, tendo por limites o jogo regulatório e a adequada prestação dos serviços públicos. A partir da deslegalização, pela qual o Estado deixa seu monopólio de controle legal, da delegação administrativa e da distribuição de justiça, em um sistema multiportas, voltado ao consenso, faz-se de grande importância a atuação das Cortes de Contas na verificação da aplicação da constituição e das leis, no cumprimento dos editais e contratos firmados pelas agências reguladoras, preservando a discricionariedade, que envolve a dinâmica do jogo regulatório. A atuação da Corte de Contas deve ser um importante pilar para a segurança jurídica, principalmente em tempos de pandemia, com o objetivo de retomada do desenvolvimento econômico.

Palavras-chave: Discricionariedade; Consensualidade; Desenvolvimento Econômico; Segurança Jurídica.

Abstract: *he present work intends to shed light on the important role of the audit courts in the regulatory process, by delimiting the outline of the control to be exercised over the activities developed by regulatory agencies, having as a limit the regulatory game and the adequate provision of public services. From delegalization, by which the State leaves its monopoly of legal control, administrative delegation and distribution of justice, in a multi-port system, focused on consensus, the role of the Courts of Accounts is of great importance in verifying the application of the constitution and laws, in compliance with notices and contracts signed by regulatory agencies, preserving discretion, which involves the dynamics of the regulatory game. The role of the Court of Auditors should be an important pillar for legal certainty, especially in times of pandemic, with the objective of resuming economic development.*

Keywords: *Technical discretion; Consensuality; Economic Development, Legal Security.*

I - INTRODUÇÃO

O Estado vem perdendo seus monopólios ao longo dos últimos vinte anos, conforme já anunciava o saudoso Professor DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO. E isso se deu de diversas formas, a saber: com a produção normativa migrando para o desenvolvimento da regulática[1]; com a perda do monopólio da execução administrativa para a expansão das parcerias; e, por fim, com o monopólio da distribuição da justiça mudando para o consenso.[2]

Nesse contexto, aliás, conforme Galanter (2021), a própria distribuição da Justiça não é um monopólio do Poder Judiciário e sim uma prerrogativa de múltiplas instituições, evidenciando-se o redimensionamento do Estado.[3]

Entramos, não bastassem essas observações, na Era dos Serviços Públicos Digitais, combinada com a Era da Complexidade, num ambiente extremamente veloz, disruptivo e dinâmico. O Estado, em tais cenários, ganha novos papéis e dimensões. A própria Nova Gestão Pública, que tampouco foi totalmente implantada em nosso território, exige combinação de seus elementos com as novas ferramentas digitais. O Estado brasileiro, assim, torna-se protagonista de uma nova Era, que traz diretrizes e contribuições do campo privado à esfera pública, culminando na redução de custos e ganho de eficiência, com um novo modelo gestionário focado em resultados, eficácia e eficiência.

A mudança proporcionada pela regulática, diante das transformações estruturais das sociedades, torna clara a necessidade de o Direito não ser considerado como regulador heterônomo das relações sociais, mas como instrumento de trabalho para a autorregulação das relações sociais, conforme nos diz José Gomes Canotilho.[4]

A Sociedade organizada assume, através da despolitização, o gerenciamento do interesse público, em parceria com o setor privado e com segmentos sociais organizados. Afinal, como bem lembrado por Moreira Neto (2000), "o público é o campo de ação do Estado, mas não mais seu monopólio"[5]. Daí nascem os espaços públicos não estatais, os interesses difusos, coletivos, individuais, homogêneos e outros congêneres, deixando o Estado de ser possuidor para ser Estado regulador e consensual, na obtenção de recursos e na retomada do desenvolvimento.

Assim, de acordo com Weber (2020)[6], para fazer frente à complexidade das relações sociais, verificadas na modernidade, surgem as agências reguladoras setoriais, com funções administrativas, normativas e decisórias que representam um inegável aperfeiçoamento da arquitetura institucional do Estado de Direito contemporâneo.

II – A PROMOÇÃO DO JOGO REGULATÓRIO COMO MÉRITO DA ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

II. 1. Legislação de regência

O art. 174 da Constituição de 1988 já previa que a função reguladora a ser desempenhada pelo Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, e que será exercida na forma da lei[7], abarca as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Emendas à Constituição de 1988 passaram a prever expressamente órgãos reguladores para os setores de telecomunicações, como a EC 8/95, com a nova redação dada ao art. 21, XI, e depois a EC 9/95, com inciso III do § 2º do art. 177, e de petróleo, que abriram espaço não só para a introdução de órgãos reguladores, como também dotaram de autonomia a atividade regulatória para outras áreas[8].

Dentro desse cenário, surgem as agências que, apesar de exercerem uma função eminentemente estatal, destinam-se à regulação de serviços públicos e atividades econômicas de interesse coletivo, não sendo formuladoras de políticas públicas ou mesmo do planejamento econômico do órgão governamental[9], mas sim, agora de acordo com a norma agora positivada no art. 15, inciso II, da Lei nº 13.848/2019, cabe às agências reguladoras aperfeiçoar as relações de cooperação com o Poder Público para o cumprimento das políticas públicas.

Conforme preceitua Aragão (2000), as agências devem ser independentes, com poderes para esse exercício, sinalizando a variedade dos três poderes: o poder normativo, propriamente dito ou de natureza concreta; de solução de conflitos de interesses, investigativos e fomentadores; e de fiscalização, preventiva ou repressiva.

A priori, pode parecer estranha essa concentração da tríade de poderes em uma mesma entidade, porém a dialogicidade em um mesmo ambiente regulatório proporciona uma maior segurança jurídica, tanto para o usuário como para o investidor no processo de tomada de decisões.

II. 2. Dos Poderes das Agências Reguladoras: Poder Normativo; Poder de Solução de Conflitos; Poder Sancionador.

O poder normativo das agências reguladoras advém da própria lei de criação da agência ou de lei posterior que altere o regime jurídico. De forma ampla e abstrata, de acordo com Arigony (2019)[10], a doutrina convencionou chamar de princípios inteligíveis essas balizas que circundam o poder normativo das Agências, na medida em que o legislador apenas fixa alguns limites e condicionantes à agência reguladora, lastreadas por vezes em princípios ou objetivos normativos.

Essa baixa densidade normativa que condiciona a atuação das Agências em seu poder normativo, segundo Aragão (2000)[11], tem por objetivo propiciar o desenvolvimento de normas setoriais ágeis para a complexa e dinâmica realidade social. Tais espaços proporcionam margens para estratégias negociais e consensuais das Agências. Por certo, deve-se observar, inevitavelmente, o devido processo legal na produção normativa, em suas dimensões formal e substancial.[12]

1 Sobre o tema: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial. 3. ed. Madrid: Civitas, 1998.

2 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 222.

3 GALANTER, Marc; TRUBEK, David M. Acadêmicos Auto-Alienados: reflexões sobre a crise norte-americana da disciplina "direito e desenvolvimento (1974). Rev. Direito GV, v. 3, n. 2, p. 261-304, jul./dez. 2007. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35190/33994. Acesso em: 9 out. 2021.

4 CANOTILHO, J.J.G. Direito constitucional e teoria da constituição. Portugal: Almedina, 1998. p.23-24

5 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.185.

6 WEBER, Rosa Maria Pires. Agências reguladoras: notas sobre os contornos e os limites da função normativa no âmbito da regulação sanitária. In: FONSECA, Reynaldo Soares da; COSTA, Daniel Castro Gomes da (Coord.). Direito regulatório: desafios e perspectivas para a Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 140-143.

7 A Lei Federal nº 13.848/2019 instituiu um novo marco sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras. Assim, já se denota a importância e a necessidade de fortalecimento das agências. Apesar de não dispor, de forma mais clara, sobre os limites desse controle externo das agências reguladoras, disposto no artigo 14, que será exercido pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas da União, disciplina em vários artigos formas de transparência e a elaboração de relatórios, que contribuem, significativamente, para a métrica de dialogicidade entre as agências reguladoras e o controle externo exercido pelo Tribunal de Contas.
De acordo com o artigo 3º da lei, a natureza especial conferida à agência reguladora "é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos".

8 A primeira agência reguladora criada foi a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, prevista na Lei nº 9.472, de 16.07.97. Hoje, de acordo com o art. 2º da Lei Federal nº 13.848/2019, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, consideram-se agências reguladoras, para os fins desta Lei nº 9.986/2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras, as seguintes agências: I -a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel); II - a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); III - a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); IV - a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); V - a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); VI - a Agência Nacional de Águas (ANA); VII - a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); VIII - a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); IX - a Agência Nacional do Cinema (Ancine); X - a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac); XI - a Agência Nacional de Mineração (ANM). No Estado do Rio de Janeiro, existem duas agências reguladoras: a Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (Agenersa), criada em 06 de junho de 2005, por meio da Lei Estadual nº 4.556, exerce o poder regulatório dos Contratos de Concessão e Permissões de Serviços Públicos licitados e elaborados pelo Poder Executivo Estadual, através das Secretarias de Estado, nas áreas de energia e saneamento básico; e a AGETRANSP, por força da Lei Estadual 4.555/2005, que extinguiu a ASEP RJ (Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro). No dia 1º de abril, foi promulgada a Lei nº 8.344 que cria a Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Rio de Janeiro (Arserj), julgada posteriormente inconstitucional pelo Tribunal de Justiça do Estado na Ação Direta de Inconstitucionalidade 0018340-26.2019.8.19.0000 por vício de iniciativa.

9 CARVALHO, Luciana. As Agências Reguladoras e o controle dos Tribunais de Contas. Disponível em: http://www.workoutenergy.com.br/abar/cbr/Trab0202.pdf Acesso em: 7 out. 2021.

10 ARIGONY. Alexandre Foch. O poder normativo das agências reguladoras e a constitucionalidade dos princípios inteligíveis. Rev. Digital de Direito Administrativo, USP, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, v. 6, n. 1, p. 202-224, 2019.

11 ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. Rev. de Informação Legislativa, v. 37, n. 148, p. 275-299, out./dez. 2000. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/646/r148-19.pdf?sequence=4. Acesso em: 7 out. 2021

12 ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. Rev. de Informação Legislativa, v. 37, n. 148, p. 275-299, out./dez. 2000. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/646/r148-19.pdf?sequence=4. Acesso em: 7 out. 2021

De acordo com Guerra (2011)[13], essas normas editadas por entidades reguladoras devem obedecer aos preceitos legais ditos como standards, não possuindo um poder normativo incondicional, tal como ocorre com o Poder Legislativo. As ditas normas, porém, dificilmente podem ser submetidas a uma ordem hierárquica definida no modelo tradicional, e merecem um novo enquadramento na clássica pirâmide normativa, independentemente do *nomen juris*.

Já a resolução de conflitos, no âmbito das agências reguladoras, é pautada no consenso, a exemplo do que dispõe a Resolução Conjunta nº 2, de 27 de março de 2001 (Aneel, Anatel e ANP), que estabeleceu a Comissão de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo, que tem caráter permanente, sendo composta por dois representantes de cada Agência, cujo requisito de admissibilidade condiciona-se à existência de negociação ou tentativa de negociação entre as partes e à ciência dos agentes de que será requerida a atuação das Agências no conflito.[14]

Ainda de acordo com o art. 7º da Lei nº 13.848/19, o processo de decisão da agência reguladora referente à regulação será sempre tomado através de colegiado.

Constituída uma agência reguladora, essa autoridade será responsável pelo exercício da função regulatória referente a um serviço público específico, abarcando competência técnica normativa, jurisdicional e sancionatória. Com efeito, eventual ingerência política nas decisões das agências caracterizaria um evidente desvirtuamento de suas finalidades institucionais, e deve ser coibida.

Quanto ao Poder Sancionador, encontra-se disciplinado no art. 38 da Lei nº 8.987/95 e agora também a possibilidade de descentralização das atividades fiscalizatórias, sancionatórias e arbitrais para as agências dos Estados, Municípios e Distrito Federal, conforme o art. 34 da Lei nº 13.848/19.

II. 3. Da atividade Discricionária

Nas memoráveis palavras de Meirelles (1995), a atividade discricionária é o exercício do poder de escolha do administrador dentro do espaço reservado pela lei, permanecendo ainda assim sujeita a um duplo condicionamento: externo e interno. Com a contenção externa do ordenamento jurídico ao qual já é subordinada a atividade administrativa e, internamente, pelas exigências do bem comum e da moralidade da instituição administrativa, nas palavras do autor: "O bem comum, também chamado interesse social ou interesse coletivo, impõe que toda atividade administrativa lhe seja endereçada. Fixa, assim, o rumo que o ato administrativo deve procurar. Se o administrador se desviar desse roteiro, praticando ato que, embora discricionário, busque outro objetivo, incidirá em ilegalidade, por desvio de poder.[15]

No caso das agências, tanto a normatividade como as opções administrativas são dotadas de uma maior densidade técnica, conforme ensinamentos de Moreira Neto (2000):

> Com efeito, no Direito Público, as normas reguladoras surgem como espécies normativas muito distintas das normas legais tradicionais.
>
> Desde logo, é assim porque as normas legais resultam de opções políticas abstratas, definitórias de interesse público específico, que deverá prevalecer em cada tipo de relação administrativa considerada, de modo que possam ser aplicadas direta e concretamente pelo método de subsunção.
>
> Diferentemente, as normas reguladoras resultam de opções administrativas, também abstratas, formuladas, porém, com um maior nível de densidade técnica, como resultado da ponderação de interesses concorrentes em certas relações interprivadas críticas deslegalizadas, de modo que, em sua aplicação direta e concreta, promovam o máximo de equilíbrio social e econômico nessas relações críticas.[16]

Para Sánchez Morón (1994)[17], pode-se cogitar da presença de uma discricionariedade técnica nos casos em que a lei confere um âmbito de decisão plural aos administradores, com o propósito de alcançar um resultado de acordo com avaliações exclusivamente técnicas. As escolhas podem recair sobre os meios, e não necessariamente sobre os resultados.

Portanto, não se trata de um poder ilimitado, mas sim de uma atividade vinculada a escolhas legais, o que, no caso das agências, traduz possibilidades técnicas existentes, essenciais à atividade regulatória[18].

Para entender um pouco mais sobre o mérito do ato regulatório e a discricionariedade técnica das agências, leia-se, a propósito, o decidido no Acórdão TCU 1703/2004, da lavra do Ministro Benjamin Zymler, cujo objetivo era verificar a adequação dos valores do pedágio cobrado na rodovia Rio-Teresópolis, diante da irresignação da concessionária frente às determinações dirigidas pelo Tribunal de Contas à Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, determinando que a Agência deveria adotar a Taxa Interna de Retorno - TIR obtida do fluxo de caixa não alavancado, como indicador do equilíbrio econômico-financeiro[19]. Entretanto, como nem a alavancagem financeira no levantamento do fluxo de caixa, nem o cálculo da taxa de retorno da concessão da Rodovia Rio-Teresópolis estavam disciplinados em lei, e não foram definidas de forma clara no edital de licitação e no contrato de concessão firmado, entendeu o Relator que o caso envolvia discricionariedade técnica, alterando assim a determinação para recomendação à ANTT, com o provimento parcial do recurso, na medida em que a tarifa se enquadrou nos parâmetros do serviço público adequado.

Outro bom exemplo consta no voto recente, proferido no Acórdão Plenário 2032, de 25 de agosto de 2021, da lavra do Ministro Raimundo Carreiro no processo do tipo desestatização, relacionado à licitação da Anatel para autorizações de uso de radiofrequências nas faixas de 700 MHz, 2,3 GHz, 3,5 GHz e 26 GHz associadas à prestação do Serviço Móvel Pessoal (SMP), destinadas à implementação de redes móveis em tecnologia 5G. Em pelo menos duas passagens, foram prestigiados o órgão regulador e as escolhas técnicas da agência, em caso de incertezas, adotando a autocontenção. É exemplo do caso do estudo de precificação da frequência de 26 GHz, em que se calculava o preço dos lotes nacionais de frequência de 26 GHz a partir de uma média entre os valores das licitações de 26 GHz e de 28 GHz ocorridas em quatro localidades: Finlândia, Grécia, Tailândia e Taiwan e Austrália. A SeinfraCOM (Secretaria de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração do TCU) entendeu que a utilização desse critério não considera as características socioeconômicas e os níveis de desenvolvimento distintos das regiões de cada lote. O Relator optou por prestigiar a opção da Anatel, em se utilizar de valores nacionais em detrimento dos regionais, como em outros casos, entendendo que a utilização para uma opção regionalizada é um cenário cujo impacto não é possível de medir de antemão e cujo retrabalho é expressivo.[20]

Do mesmo modo, sustentou o Relator, prestigiando a decisão técnica da agência, no sentido de alterar uma determinação sugerida pela SeinfraCOM, para uma recomendação, na hipótese em que o órgão técnico do TCU entendeu que a Anatel utilizou valores equivocados de depreciação para as torres metálicas e para os cabos de fibra óptica, considerados necessários na exploração das faixas de frequência a serem leiloadas. O Relator recomendou somente que a Anatel aperfeiçoasse o cálculo da depreciação.

Do mesmo modo, decidiu o Acórdão TCU 4037/20, da lavra do Ministro Benjamin Zymler, que deixou de endossar a proposta da unidade técnica que sugeria recomendar à ANTT, nas licitações que o permitam, a adoção de contratos de concessão com prazos menores, estabelecendo os estritos limites da competência da Corte: (i) as determinações para adoção de medidas corretivas só podem ser exaradas quando se identificar a prática de atos irregulares que caracterizem a violação a normas legais ou infralegais; (ii) as recomendações, por sua vez, são utilizadas quando se verificam oportunidades de melhoria de desempenho, à luz do princípio da eficiência.

E conclui o Relator, no supramencionado Acórdão: " no âmbito do controle objetivo, esta Corte deve pautar sua atuação pela observância dos limites da discricionariedade dos entes reguladores, devendo atuar apenas quando houver descumprimento de normas, abstendo-se, por outro lado, de sugerir alterações quando se tratar de escolhas lícitas." E caso contrário "incrementará a insegurança jurídica. Logo, provocará um efeito oposto ao desejado".[21]

Percebe-se, assim, que as tensões, não determinadas na lei, no edital ou no contrato, devem ser resolvidas em um ponto de equilíbrio, que deverá ocorrer no âm-

13 GUERRA, Sérgio, Função normativa das agências reguladoras: uma nova categoria de direito administrativo? Rev. Direito GV, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 131-152, jan./jun. 2011. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rdgv/a/kSPJMRqZVmSDmCRn7KzNBMt/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 7 out. 2021.

14 Disponível em: https://www.gov.br/anatel/pt-br/regulado/competicao/resolucao-de-conflitos/comissao-de-resolucao-de-conflitos-das-agencias-reguladoras-dos-setores-de-energia-eletrica-telecomunicacoes-e-petroleo. Acesso em: 7 out. 2021.

15 MEIRELLES, Hely Lopes. Os Poderes do Administrador Público. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, Seleção Histórica, 1995, p.330.

16 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.394-395

17 SÀNCHEZ MORÓN, Miguel. Discricionalidad administrativa y control judicial. Madri: Editorial Tecnos, 1994, p. 129.

18 SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo Regulatório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.356.

19 Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1703%2520E%2520 2004%2520E%25201703%252F2004/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 12 out. 2021

20 Disponivel em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/5G/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/2/%2520. Acesso em: 11 out. 2021.

21 TC 018.901/2020- Entidades: Agência Nacional de Transportes Terrestres; Empresa de Planejamento e Logística S.A.; Ministério da Infraestrutura. Representação legal: Johnatan Razen Ferreira Guimaraes (40.447/OAB-DF) e outros, representando Instituto Socioambiental e Instituto Kabu. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/servi%25C3%25A7o%2520adj%2520p%25C3%25BAblico%2520adj%2520adequado/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/2/%2520. Acesso em: 12 out. 2021.

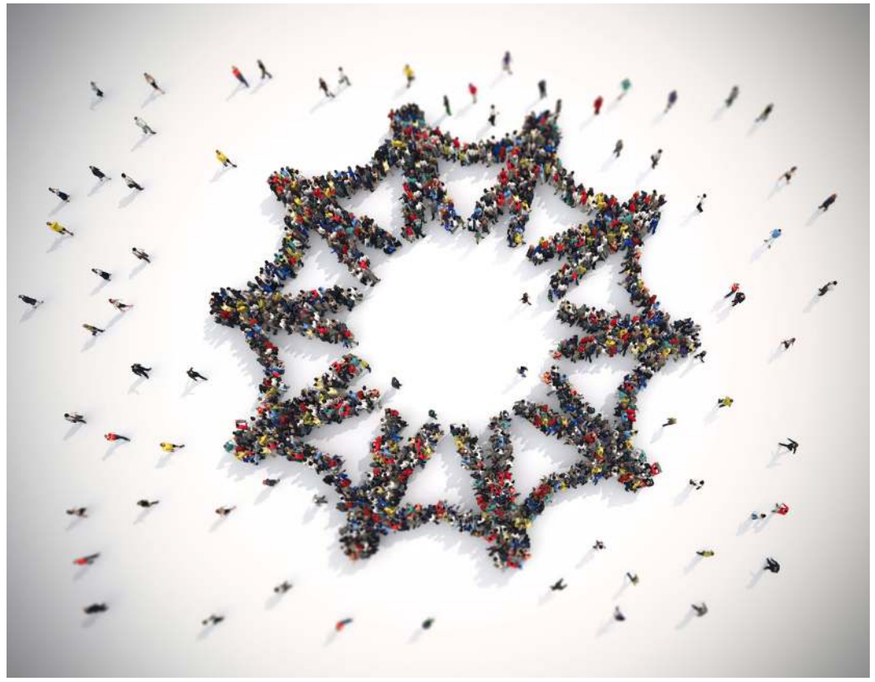
bito do chamado jogo regulatório, tensões a serem solvidas pelas agências reguladoras, e quando isso ocorre o Tribunal unicamente **recomenda** a adoção de providências, de acordo com sistema de precedentes.

II. 4. Do Jogo Regulatório.

Com o advento das privatizações e desestatizações, houve uma grande mudança não só na estrutura formal de decisões, como também na inclusão de novos players no ambiente regulatório, com as empresas nacionais e internacionais, usuários dos serviços de utilidade pública, investidores, dentre outros. Na essência, esses atores possuem interesses conflitantes, tornando-se necessária a elaboração de mecanismos de transparência[22] quanto ao processo de tomada de decisões.[23]

De acordo com o conceito de Marcos Vinicius: "Como jogo regulatório entendemos a interação de atores e instituições diversas – políticas, econômicas ou sociais – acontecendo sob regras estabelecidas pelos próprios e pelo contexto."[24] Para tal interação entre as instituições, abrange as regras e atores nas diversas áreas sujeitas à regulação estatal, incluindo as agências, a legislação, os poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário) e os próprios atores sociais envolvidos, como as empresas reguladas.[25]

Entretanto, conforme assentado pelo próprio TCU no Acórdão 1703/2004:[26]"a fiscalização do Tribunal deve ser sempre de segunda ordem,[27] sendo seu objeto a atuação das agências reguladoras como agentes estabilizadores e mediadores do jogo regulatório." Logo, conclui-se que, para o Tribunal de Contas, o jogo regulatório abrange somente o regulador e os demais stakeholders, não cabendo ao TCU assumir a defesa de qualquer dos grupos envolvidos, mas sim garantir a estabilidade do jogo, dentro dos limites do que preveem a lei, o edital e o contrato dentro da adequada prestação dos serviços, conforme veremos a seguir.



III - OS LIMITES DE ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E OS SERVIÇOS PÚBLICOS ADEQUADOS

III. 1. Da competência constitucional dos Tribunais de Contas

No âmbito do controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União, conforme previsto no art. 70 da Constituição da República Federativa do Brasil, cabe a fiscalização de ordem contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial. Dentro dessas competências, o Tribunal realiza auditorias de regularidade e conformidade em ciclos, a fim de zelar pela legalidade da aplicação do dinheiro público.

O Tribunal de Contas da União, de acordo com a descrição no seu sítio na internet [28], tem a missão de fiscalizar a atuação das agências, sendo que esta fiscalização pode ocorrer prévia, concomitante e posteriormente ao ato, auxiliando na redução dos riscos de execução e de desequilíbrios econômico-financeiros, que podem facilmente ser evitados por meio de medidas preventivas, a partir da análise feita pelo Tribunal. Destaca-se que o Tribunal não substitui o papel constitucional e legal das agências reguladoras, às quais cabe regular o mercado. O TCU age, assim, não como segunda instância ou revisor, mas como órgão constitucional de controle, podendo apontar a ilicitude da escolha da ação do órgão regulador, a exemplo das metodologias de cálculo e valores de tarifas e determinar a correção da falha. Impropriedade deve significar ilicitude, pois ao TCU descabe ingressar no mérito administrativo dos atos regulatórios das Agências ou mesmo nos espaços discricionários inerentes aos conceitos jurídicos indeterminados de determinadas cláusulas gerais.

22 A exemplo do que ocorre com o Portal Governo Digital, disponível em www.governodigital.gov.br, que reúne informações sobre os instrumentos e as políticas do Governo Federal para melhorar a relação e o diálogo com o cidadão e as empresas, para a eliminação de barreiras, o aumento da transparência, o controle social das ações e a promoção da cidadania. O Portal Gov.br, instituído pelo Decreto n° 9.756/2019, é um projeto de unificação dos canais digitais do governo federal. Os serviços digitais, ou e-serviços, oferecidos pelos órgãos e entidades públicas, devem constar do Portal Gov.br, disponível em www.gov.br, que é o canal oficial da Administração Pública Federal para divulgação das informações sobre os serviços públicos federais de atendimento. Em abril de 2019, os indicadores de desempenho do Portal de Serviços informavam a disponibilidade de 2.892 serviços, de 181 órgãos, sendo 41,1% deles totalmente digitais (BRASIL, 2019a). Já em novembro de 2019, o Portal Gov.br, que sucedeu o Portal de Serviços, informava a disponibilidade de 3.265 serviços, de 183 órgãos, sendo 51,8% deles totalmente digitais (BRASIL, 2019b)."

23 MENEZES, Monique. O Tribunal de Contas da União, controle horizontal de agências reguladoras e impacto sobre usuários dos serviços. Rev. Sociol. Polít., Curitiba, v. 20, n. 43, p. 107-125, out. 2012. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rsocp/a/hyw4r3X6Sv7RgvwSqTXc6TJ/?lang=pt&format=pdf. Acesso em: 8 out. 2021.

24 PÓ, Marcos Vinicius. O Jogo Regulatório Brasileiro: a estabilidade contratual para além da autonomia das agências. 2009. Tese (Doutorado em Administração Pública e Governo) - Escola de Administração de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009. p. 7. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/4651/72050100744.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 12 out. 2021.

25 PÓ, Marcos Vinicius. O Jogo Regulatório Brasileiro: a estabilidade contratual para além da autonomia das agências. 2009. Tese (Doutorado em Administração Pública e Governo) - Escola de Administração de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009. p. 26. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/4651/72050100744.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 12 out. 2021

26 No entanto, para Eduardo Ferreira Jordão#, em artigo de opinião, "Quais os limites das competências do TCU sobre as agências reguladoras?", o Tribunal na prática interfere na discricionariedade técnica das agências, de modo recorrente, e ao citar a decisão da lavra do Ministro Benjamin Zymler, do Tribunal de Contas da União, no Acórdão TCU 1703/2004, em que teria sido dada a resposta oficial à sua pergunta, de que o Tribunal apenas exerce o controle "de segunda ordem", aduz que, por outro lado, o mesmo tribunal reconhece, no próprio voto, em dado momento, a interferência no ato regulatório, alegando que o fez em razão da incipiente e nascente atividade da agência. JORDÃO. Eduardo Ferreira. Quais os limites das competências do TCU sobre as agências reguladoras? Rev. Direito do Estado, n. 476, 2021. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/eduardo-ferreira-jordao/quais-os-limites-das-competencias-do-tcu-sobre-as-agencias-reguladoras. Acesso em: 8 out. 2021.

27 No mesmo sentido: "Não compete ao TCU fiscalizar diretamente as empresas delegatárias de serviço público, mas sim examinar se o poder concedente fiscaliza de forma adequada a execução dos contratos celebrados, visto que entendimento contrário implicaria invasão do TCU na seara de atuação das agências reguladoras, esvaziando a competência dessas entidades. Tratando-se da atividade-fim das referidas autarquias especiais, não deve o TCU se substituir à entidade controlada, tampouco estabelecer o conteúdo do ato de competência da agência, determinando-lhe a adoção de medidas, salvo quando for constatada ilegalidade ou omissão no cumprimento de normas jurídicas pertinentes."(TCU, Acórdão 210/2013, Plenário, Rel. José Jorge, jul. 20.02.2013)

"Ao exercer o controle externo das atividades finalísticas das agências reguladoras, o TCU deve atuar de forma complementar, exercendo uma fiscalização de segunda ordem, preservando ao máximo o âmbito de competência dessas entidades públicas."(TCU, Acórdão 2314/2014, Plenário, Rel. Min. José Jorge, jul. 03.09.2014)

"A fiscalização do cumprimento de metas de qualidade previstas nos contratos de concessão de serviços públicos não está abrangida na competência imediata do TCU. No exercício do controle externo da Administração Pública Federal, não compete ao Tribunal fiscalizar diretamente as empresas delegatárias de serviço público, mas sim examinar se o poder concedente está fiscalizando, de forma adequada, a execução dos contratos celebrados. O controle exercido pelo TCU incide diretamente sobre a agência reguladora e mediatamente sobre as delegatárias. "(TCU, Acórdão 909/2015, Plenário, Rel. Min. Vital do Rêgo, jul. 22.04.2015)

A atuação do controle externo nas atividades finalísticas das agências reguladoras limita-se à fiscalização de segunda ordem, respeitando os limites de atuação e a autonomia funcional daquelas entidades, não cabendo ao TCU avaliar, em casos concretos específicos, a correção das normas editadas por entidades regulatórias. (TCU, Acórdão 2071/2015, Plenário, Rel. Min. Vital do Rêgo, jul. 19.08.2015.)

28 Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/o-papel-do-tcu-no-controle-da-regulacao.htm. Acesso em: 10 out. 2021

III. 2. Das correntes quanto aos limites de atuação dos Tribunais de Contas.

Existem basicamente duas correntes quanto aos limites da atuação dos Tribunais de Contas.

Uma, com autores como Araújo (2012)[29], defende que esse controle externo exercido pelo TCU é um dever constitucional e legal da Corte de Contas, com o objetivo de garantir a qualidade na prestação dos serviços delegados pela União, agindo na verificação da "atuação das agências reguladoras em sua missão, observando se elas estão exercendo as competências previstas por lei, dentro dos critérios de eficiência, economicidade, efetividade e eficácia." Tal corrente de pensamento é igualmente defendida por autores como Di Pietro (2002)[30], para a qual a fiscalização do Tribunal de Contas sobre as atividades-fim das agências reguladoras, com lastro no art. 71, inciso IV, da Constituição Federal[31], traduz uma fórmula pela qual nenhuma lei pode afastar a competência dos Tribunais, por se tratar de competência originária prevista constitucionalmente.

Outra corrente sustenta a premissa no sentido de que os limites do controle do Tribunal de Contas em relação à agência reguladora estadual são da seguinte natureza: (a) impossibilidade de exercer fiscalização que não fosse de natureza contábil, financeira ou orçamentária, isto é, que não envolva o emprego de recursos públicos; (b) impossibilidade de invadir a esfera de reserva administrativa de agência reguladora de serviços públicos para perquirir o mérito de suas decisões político-administrativas, interferindo na atividade e independência das autoridades administrativas, conforme manifestação do Ministro Luís Roberto Barroso, ao proferir parecer à Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, quando ainda procurador. [32]

Como bem ilustra a Conselheira do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro, Marianna Montebello Willeman, as dificuldades são geradas na atuação expansiva dos Tribunais de Contas, nas áreas permeadas pelo mérito administrativo. Primeiramente, elucida que, embora sejam praticados atos regulatórios técnicos, de ordem normativa, judicante e executiva, as decisões regulatórias não perdem a essência administrativa, passíveis de controle externo, afirmando corretamente que o debate deve se ater não à pertinência do controle e sim à fixação de seus limites, não cabendo "à Corte, portanto, emitir juízo de valor sobre as decisões regulatórias adotadas com fundamento em discricionariedade técnica, fórmula que permite ao ente regulador eleger uma dentre várias técnicas possíveis e aceitáveis para atingir o mesmo resultado, com custos aproximados ou justificados tecnicamente".[33]

Destaca-se, em tal contexto, a importância de se respeitar o mérito das decisões das agências reguladoras. Noutras palavras, o Estado criou as autoridades administrativas independentes para reforçar e valorizar precisamente a atuação técnica em áreas estratégicas da economia e da sociedade, agregando ainda transparência às decisões públicas.[34]

Entendemos que não há exatamente necessário conflito entre essas correntes, pois o Tribunal de Contas, de fato, possui competências constitucionais que lhes são privativas e devem ser respeitadas. Não obstante, os espaços discricionários das autoridades administrativas independentes, seja na interpretação de conceitos jurídicos indeterminados, seja quanto ao mérito de atos administrativos regulatórios, devem ser igualmente respeitados, pois elas próprias também ostentam competências constitucionais e legais específicas.

Garcia de Enterria (1997) sustentou, em sua obra, que os conceitos jurídicos indeterminados poderiam conduzir a uma redução da discricionariedade do administrador ao patamar zero, em vista da controlabilidade jurisdicional, quando houvesse determinadas hipóteses. E, de fato, há casos extremos em que tal redução é possível. Houve um debate muito intenso na Europa, inclusive com participação de autores como Miguel Sánchez Morón e Luciano Parejo Alfonso, dentre muitos outros. É certo que a evolução do pensamento jurídico sobre esse tema revela que os conceitos jurídicos indeterminados podem, efetivamente, traduzir um espaço reduzido ou inclusive zerado de discricionariedade para o gestor, mas também é muito comum que esses mesmos conceitos revelem ou tragam consigo abertura para zonas de penumbra ou discricionariedade para os decisores. Isso frequentemente acontece quando os conceitos jurídicos indeterminados são vazados através de princípios gerais de direito, princípios constitucionais, cláusulas gerais ou termos jurídicos extremamente vagos, os quais comportam aberturas semânticas que traduzem espaços com múltiplas escolhas para as autoridades decisoras[35].

Quando existe esse espaço discricionário, cabe ao órgão de controle respeitar a reserva de poder da autoridade administrativa competente, exercendo o chamado poder de autocontenção.

Lembre-se de que as competências das Agências decorrem de dispositivos constitucionais e legais expressos nos arts. 21 XI e 177 § 2 III, da Constituição da República, e basicamente na Lei nº 9.986/00 e na Lei nº 13.848/19, os quais devem ser respeitados.

Dessa forma, entendemos que há um falso dilema quanto ao papel do Tribunal de Contas frente às Agências, pois a leitura atenta da jurisprudência revela precedentes que prestigiam a autocontenção da Corte de Contas. Existem competências constitucionais simultâneas das instituições e todas devem ser respeitadas. Inserem-se no princípio da separação de Poderes, pois as agências integram o Poder Executivo. Assim, o Tribunal de Contas não pode violar a separação de Poderes, da mesma forma que suas competências constitucionais, como órgão auxiliar do Legislativo, devem ser acatadas, desde que assegurem respeito às normas constitucionais pertinentes.

III. 3. O espaço de controle do Tribunal de Contas frente ao serviço público adequado

De acordo com o Ministro do TCU Benjamin Zymler, antes das privatizações, quanto à prestação de serviços públicos, a análise do Tribunal de Contas se concentrava nos atos de gestão dos administradores. Contudo, tendo sido adotado o novo modelo regulatório, com a edição da Lei nº 8.987, de 13/2/1995, permitiu-se a evolução das atividades de fiscalização do TCU, que passou a analisar a eficiência da entidade reguladora e a qualidade dos serviços prestados, além da legalidade dos atos praticados pelos gestores das agências reguladoras. Esse processo fiscalizatório ocorre normalmente com a prestação de contas e a realização de auditorias de conformidade[36].

29 ARAUJO, Paulo Sisnando Rodrigues de. Um modelo de fiscalização para subsidiar o TCU na avaliação da atuação das Agências Reguladoras no dever de garantir a qualidade na prestação de serviços públicos. Brasília, DF: TCU, 2012. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/modelo-de-fiscalizacao-para-subsidiar-o-tcu-na-avaliacao-da-atuacao-das-agencias-reguladoras-no-dever-de-garantir-a-qualidade-na-prestacao-de-servicos-publicos-um.htm. Acesso em: 8 out. 2021.

30 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O equilíbrio econômico-financeiro e o controle das agências reguladoras. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. O controle externo da regulação de serviços públicos. Brasília: TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 2002. p. 64-65.

31 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O equilíbrio econômico-financeiro e o controle das agências reguladoras. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. O controle externo da regulação de serviços públicos. Brasília: TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 2002. p. 64-65.

32 BARROSO, Luís Roberto. Parecer nº 05/98-LRB, do Gabinete do Procurador-Geral do Estado, exarado em 10/12/1998, nos autos do Processo administrativo nº E-14/35468/98.

33 WILLEMAN, Marianna Montebello. A arquitetura funcional dos Tribunais de Contas: extensão e alcance das competências de controle externo na constituição da república de 1988. In: WILLEMAN, Marianna. M. Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 323-330.

34 Como disse CHAMORRO: "La sustitución de este Estado burocrático, imprevisible, confuso y conflictivo se hace por el poblamiento de una multitud de agencias y autoridades independientes que se encargarían de optimizar los resultados de las intervenciones públicas. (...)Son instituciones con un refuerzo en su neutralidad política, que se apoya en la preparación técnica profesional relacionada al ramo específico de los representantes de las AAI. Para esto en algunos casos se fijan requisitos mínimos exigidos por alguna norma de carácter obligatorio. Es así que para estas designaciones se confiaría en criterios de expertos por encima de los políticos, en síntesis, criterios de tecnocratas. CHAMORRO AGUILAR, Andrés. El gobierno por agencias y autoridades administrativas independientes y su vinculación con la Función de Transparencia y Control Social. Rev. Ruptura, n. 2, p. 305-346, dec. 2020. Disponível em: http://revistaruptura.com/index.php/ruptura/article/view/27. Acesso em: 8 out. 2021.

35 Sobre esse debate histórico acerca de uma reflexão profunda sobre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa, consultem-se:
GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramon. Curso de Derecho Administrativo. Madri: Civitas, 1997.
SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Función, límites y control judiciaL de la discrecionalidad administrativa. IUS ET VERITAS, v. 21, n 43, p. 260-270, 2011. Disponível em: https://www.passeidireto.com/arquivo/70673000/miguel-sanchez-moron-funcion-limites-y-control-judicial-de-la-discrecionalidad-a. Acesso em: 13 out. 2021
CASSAGNE, Juan Carlos. El Principio de Legalidad y el Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa. 1.ed. Madrid: Marcial Pons, 2009.
BARACHO. José Alfredo de Oliveira. Teoria geral dos conceitos legais indeterminados. Disponível em: http://www.ablj.org.br/revistas/revista16/revista16%20%20JOS%C3%89%20ALFREDO%20DE%20OLIVEIRA%20BARACHO%20%E2%80%93%20Teoria%20geral%20dos%20Conceitos%20legais%20indeterminados.pdf. Acesso em: 13 out. 2021
ALFONSO, Luciano Parejo. La construcción, extensión, alcance y límites del control judicial contencioso-administrativo en el ordenamiento español. Rev. de Estudios de la Justicia, n. 5, p. 35-38, 2004.

36 ZYMLER. Benjamin. O Controle das Agências Reguladoras pelo TCU. JML: Coluna Jurídica de Administração Pública, 31 jan. 2019. Disponível em: https://jmleventos.com.br/pagina.php?area=coluna-juridica&acao=download&dp_id=202. Acesso em: 11 out. 2021

A partir daí, o Tribunal de Contas começou a editar uma série de atos normativos, criando, outrossim, estruturas técnicas para análise dos processos de privatização.[37]

Conforme já delineado no tópico anterior, nos contornos gerados pelos acórdãos mencionados, no caso de discricionariedade técnica, cabe ao Tribunal lançar somente recomendações à agência, sem caráter vinculante. No entanto, na hipótese em que o ato discricionário tenha um vício de ilegalidade, a Corte "será competente para avaliá-lo e para determinar a adoção das providências necessárias ao respectivo saneamento, podendo, inclusive, determinar a anulação do ato em questão."[38]

Uma das principais obrigações nas concessões é a manutenção de manter os serviços públicos adequados, o que tem assento constitucional no inciso IV do art. 175 e definição legal no § 1º do art. 6º da Lei nº 8.987/1995, que preceitua que "Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas."

Assim, dentro dessas balizas normativas, devem agir as agências em sua autonomia técnica, com o fim de satisfazer, a um só tempo, todas as condições que caracterizam o serviço público adequado. No mesmo sentido, com relação à avaliação de resultados, de acordo com o contido no Acórdão 1703/2004[39], os entes devem agir visando à regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação do serviço e modicidade das tarifas. Destaca-se, porém, que uma preocupação exclusiva com a modicidade tarifária pode trazer a inviabilidade para o próprio concessionário.

Cabe ao TCU analisar a legalidade e a regularidade dos aspectos jurídicos formais, o controle dos resultados alcançados pelas agências, com avaliação de seu desempenho, mormente depois do advento da Emenda Constitucional nº 19/1998, que consagrou o princípio da eficiência. Seria, portanto, o princípio da eficiência o limitador da amplitude da competência discricionária desses gestores. De todas as soluções possíveis, deve ser escolhida a mais eficiente, que corresponda igualmente à solução econômica. Acentua-se, ainda, que o princípio da economicidade também possui foro constitucional, no art. 70, afeto ao controle externo exercido pelo Tribunal de Contas.[40]

Assim, essa avaliação de resultados abarca exatamente o próprio conceito jurídico de serviço público adequado.[41]

Importante e recente voto que dispõe sobre o serviço público adequado encontra-se no Acórdão 1422/2021 - PLENÁRIO[42] de relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, proferido em 16.06.21, envolvendo apreciação do relatório de auditoria operacional realizada pela SeinfraPortoFerrovia sobre a atuação da Agência Nacional de Transporte Terrestre (ANTT) na concessão da Ferrovia Malha Oeste, nos aspectos referentes à operação, manutenção, investimentos, gestão de capacidade e de atendimento às demandas identificáveis na área de abrangência da linha férrea.

Em declaração de voto, destacou-se que a regularidade, continuidade, previsibilidade, segurança e preço são requisitos para a prestação adequada do serviço, sendo igualmente incorporadas as modernas tecnologias para promover a eficiência no transporte. Em brevíssimo resumo, no caso deste processo, constatou-se a atuação deficiente pela ANTT na regulação da malha e, desse modo, concluiu o Acórdão pela deficiência da chancela de serviço adequado realizada pela agência reguladora. Em tal contexto, o serviço prestado teria ocasionado a redução dos usuários da malha ferroviária, com a apuração de poucas e irrisórias multas pela Agência. A ANTT aduziu que não existe relação de hipossuficiência entre os usuários e a concessionária, sendo a relação estabelecida de natureza privada, o que faz com que a atuação da agência seja somente por provocação, entre outras constatações.

O TCU, na linha de considerações acerca dos atos discricionários, recomendou que a agência (i) defina uma sistemática de avaliação e monitoramento com definição de indicadores e metas, a fim de acompanhar a adequabilidade do serviço prestado no transporte ferroviário de cargas; (ii) aprimore a comunicação com os usuários, (iii) implemente ferramentas para tratar os dados relativos às fiscalizações técnicas e aos processos sancionadores que possam fornecer informações gerenciais com vistas a aprimorar a sua atuação, (iv) reveja os normativos, de modo a considerar que a omissão deliberada de comunicação de um único acidente grave acarrete a imediata reprovação da meta de segurança do período, além das demais sanções cabíveis; (v) promova estudos de demanda regionalizados, levando em consideração as áreas de interseção entre ferrovias cujas cargas podem ser disputadas, a fim de conhecer a real demanda presente e a demanda futura das malhas reguladas e, por fim (vi) recomende à Casa Civil da Presidência da República e ao Ministério da Infraestrutura que analisem a conveniência e a oportunidade de elaboração de proposta de alteração legislativa para a criação de entidade reguladora do subsistema ferroviário federal apartada da entidade reguladora do subsistema rodoviário. Portanto, sem ingressar na esfera de escolha das agências, apenas recomendou de forma colaborativa uma série de providências[43].

No mesmo sentido, o Acórdão 2333/2020[44], da lavra do Ministro Benjamin Zymler, consignou que "assim sendo, o TCU deve instar a agência reguladora a exercer suas funções, dentre as quais, merece destaque a preservação dos direitos dos usuários do setor de portos. Por outro lado, esta Corte não deve violar a esfera discricionária da agência, ou seja, não é possível substituir o ente regulador no que concerne à escolha dos procedimentos que serão por ele adotados."

Dentro deste espaço de controle, que envolve o conceito de serviço público adequado, pode o TCU atuar na forma de recomendações ou de determinações coercitivas, a exemplo do controle da abusividade de preços, porque os preços não podem ultrapassar determinados limites constitucionais e legais. Afinal, o conceito de serviço público adequado, desenvolvido pelo TCU, envolve tarifas proporcionais e razoáveis e obediência a regras e princípios constitucionais.

Veja-se o Acórdão 2310/2018[45] – Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas, cuja decisão apurava a oportunidade de redução do custo e tempo de liberação de cargas, que impactam a eficiência dos portos brasileiros. Segundo o Acórdão, a atuação da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) "não garante a harmonização de objetivos entre usuários donos de carga e empresas arrendatárias, o que possibilita a cobrança de preços abusivos no segmento de contêineres",

37 De acordo com histórico do autor: " A primeira instrução normativa do TCU sobre esse tema foi a de nº 10/1995, que, posteriormente, foi substituída pela IN TCU nº 27/1998. Em 3/7/2002, diante dos questionamentos da sociedade civil e do próprio governo sobre a razoabilidade dos reajustes aplicados às tarifas de energia elétrica, a Corte de Contas editou a Instrução Normativa nº 43, dispondo sobre o acompanhamento pelo TCU dos processos de revisão tarifária periódica dos contratos de concessão dos serviços de distribuição dessa energia. Em 25/8/2004, foi editada a Instrução Normativa TCU nº 46, dispondo sobre a fiscalização, pelo Tribunal de Contas da União, dos processos de concessão para exploração de rodovias federais, inclusive as rodovias ou trechos rodoviários delegados pela União a Estado, ao Distrito Federal, a Município ou a consórcio entre eles. Em seguida, no dia 4/7/2007, foi publicada a Instrução Normativa TCU nº 52, dispondo sobre o controle e a fiscalização de procedimentos de licitação, contratação e execução contratual de Parcerias Público-Privadas – PPP, a serem exercidos pelo Tribunal de Contas da União. Finalmente, no dia 20/6/2018, foi editada a Instrução Normativa nº 81, que revogou as anteriores e passou a disciplinar a fiscalização dos processos de desestatização." Disponível em: https://jmleventos.com.br/pagina.php?area=coluna-juridica&acao=download&dp_id=202. Acesso em: 11 out. 2021.

38 ZYMLER. Benjamin. O Controle Das Agências Reguladoras Pelo Tcu .Benjamin Zymler Disponível em https://www.jmleventos.com.br/arquivos/news/newsletter_adm_publica/arquivos/ANEXO_3_66_O_CONTROLE_DAS_AGENCIAS_REGULADORAS_PELO_TCU.pdf acesso em 11.10.21

39 Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1703%2520E%252004%2520E%25201703%252F2004/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 12 out. 2021

40 ZYMLER, Benjamin. O Controle das Agências Reguladoras pelo TCU. JML: Coluna Jurídica de Administração Pública, 31 jan. 2019. Disponível em: https://jmleventos.com.br/pagina.php?area=coluna=-juridica&acao-download&dp_id=202. Acesso em: 11 out. 2021.

41 No mesmo sentido, com relação à avaliação de resultados, de acordo com o parecer do Ministério Público lançado no Acórdão 1703/2004, e citado pelo eminente Ministro Zymler: A fiscalização, que muito se diferencia da fiscalização que busca a aferição da conformidade legal dos atos administrativos, visa ao exame, com fins prospectivos, dos meios e dos resultados alcançados pelo Estado no cumprimento de seu dever constitucional de prestar, diretamente ou mediante delegação, serviços públicos adequados à coletividade. Diferentemente do que ocorre nas fiscalizações de conformidade legal, cujas conclusões podem dar ensejo a determinações dirigidas ao fiscalizado, com o fim de que este último sane os problemas detectados, nas fiscalizações de natureza operacional, em que o TCU avalia resultados à luz de parâmetros de eficiência, eficácia e economicidade, as conclusões dão ensejo ao encaminhamento de recomendações ao fiscalizado." Grifou-se

42 Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1422%252F2021/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 12 out. 2021.

43 "Por sua vez, as recomendações, embora não sejam de cumprimento obrigatório, não podem ser desconsideradas pelo gestor, sem justificativas adequadas, também sob pena de responsabilização" (Acórdão 1.171/2014 – Plenário). As recomendações, nesse passo, criam um ônus ao gestor, mesmo que adentrem espaços discricionários. Forçam uma motivação administrativa nas escolhas em seu detrimento.

44 Disponível em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/servi%25C3%25A7o%2520adj%2520publico%2520adj%2520adequado%2520e%2520ag%25C3%25AAncia/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/5/%2520. Acesso em: 12 out. 2021

45 Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1422%252F2021/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 12 out. 2021

determinando à agência que desenvolva metodologia de análise acerca de denúncias sobre abusividade de preços e tarifas praticados por terminais e operadores portuários.

No mesmo sentido, o Acórdão 923/2019[46], em processo de denúncia de que os armadores estariam recolhendo valores maiores dos usuários do que os gastos com os serviços de movimentação e guarda da carga. Assim, determinou o TCU à Antaq a apresentação de plano de ação voltado à regulação, ordenação e supervisão da navegação de longo curso nos portos brasileiros, de forma a permitir o controle dessa atividade, com normas para aplicação de sanção aos armadores, em caso de omissões injustificadas, e que divulgue, amplamente, a relação de serviços mínimos para atender às necessidades dos usuários, bem como realize estudos, inclusive comparativos, com portos estrangeiros, para atestar a modicidade da THC (Taxa de Movimentação no Terminal) cobrada dos usuários brasileiros.

Assim sendo, tal como podemos perceber nas decisões do TCU, o Tribunal pode atuar em parceria com as agências, com recomendações que adentram a esfera da discricionariedade das autoridades e determinações que importem em contenção e controle de práticas que caracterizem violações legais e constitucionais. De igual modo, quando não eivadas de violações legais e constitucionais, o Poder Judiciário também prestigia as decisões das agências reguladoras, em prol da separação dos Poderes[47], sendo as agências uma *longa manus* do Executivo, apesar de autônomas e independentes. Exemplo recente é a decisão proferida pelo Presidente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça na Suspensão de Segurança nº 3301 - DF (2021/0084390-4) proposta pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) com o objetivo de suspender os efeitos do Acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região nos autos da Apelação Cível nº 1005391- 11.2015.4.01.3400, quanto ao questionamento sobre a forma de contabilização e liquidação financeiras no âmbito do mercado de curto prazo – MCP de energia elétrica, especialmente no tocante ao mecanismo de rateio do inadimplemento, em que se concluiu que o Poder Judiciário não pode substituir o órgão regulador competente, visto possuir o setor rigorosos critérios técnicos, criados a partir de um longo caminho de estudos técnicos e debates dialéticos até chegar ao produto final da regulação específica, e que a interferência na regulação especializada e técnica realizada pela ANEEL acaba por substituir o legítimo processo de construção dialética da regulação elétrica, de forma anti-isonômica.

Essa mesma impossibilidade de substituição de instâncias reconhecida pelo Poder Judiciário deve ser prestigiada pelo controle externo exercido pelo Tribunal de Contas[48] que, de acordo com o Conselheiro-Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, Rodrigo Melo do Nascimento, profere em sede de decisões condenatórias verdadeiro exercício de autêntica função jurisdicional administrativa, pois o princípio da unicidade da jurisdição em vigor no país não é absoluto, comportando exceções em virtude de normas de envergadura constitucional.[49]

O controle deve ser realizado de forma harmônica. Nas palavras da Conselheira do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro Marianna Montebello Willeman, não se pode ignorar a possibilidade indesejada de sobreposição de instâncias de controle, ocasionando o accountability overload, na medida em que as decisões devem ser proferidas em perspectiva dialógica e colaborativa entre a Corte de Contas e as agências reguladoras, no intercâmbio de informações e no aprendizado interinstitucional, a fim de favorecer o usuário[50].



46 Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/466220148.PROC/%20/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=a2908320-6a92-11e9-8231-391bc15e6b61. Acesso em: 12 out. 2021. Por outro lado, o Tribunal faz recomendações com vista a apontar oportunidades de melhoria para que o gestor, dentro de sua esfera de discricionariedade executiva, busque as soluções que entender mais adequadas, acolho, com os ajustes pertinentes, a proposta da equipe de auditoria para recomendar à Codesp, à CDRJ e à CDP que, em conjunto com o ministério supervisor (MTPA), elaborem plano de ação, com indicação de etapas intermediárias, responsáveis e prazos, para saneamento financeiro das respectivas empresas, em especial com relação às despesas de pessoal e às dívidas cíveis e trabalhistas, e o apresentem ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MPDG) para avaliação e acompanhamento.

47 Sobre o controle judicial dos atos regulatórios: GUERRA, Sérgio. Controle Judicial dos Atos Regulatórios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

48 No mesmo sentido WILLEMAN, Flávio de Araújo. Fortalecimento da Justiça Administrativa à Luz da Lei Federal nº 13.848/2019. Revista EMERJ, Rio de janeiro: v. 22, n. 3, set./dez., p. 12-19; 22-23, 2020 "O ponto de partida deverá ser a atuação deferente das Cortes de Contas para com a atuação técnica lícita, razoável e que cumpre os procedimentos formais para a edição do ato regulatório. Atendidos esses requisitos, o controle externo será praticamente reduzido a zero, de modo a respeitar a atuação finalística das agências reguladoras, evitando-se, com isso, sobreposição de atuações técnicas, com invasões de competências e violação do pacto da separação de poderes."

49 NASCIMENTO, Rodrigo Melo do. Decisões Condenatórias proferidas pelas cortes de contas: natureza, revisibilidade judicial e eficácia jurídica. Revista TCE-MG, Belo Horizonte, v. 31, n. 3, p. 19-33, jul./set. 2013. Disponível em: https://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/2041.pdf. Acesso em: 23 jul. 2016.

50 WILLEMAN, Marianna Montebello. A arquitetura funcional dos Tribunais de Contas: extensão e alcance das competências de controle externo na constituição da república de 1988. In: WILLEMAN, Marianna. M. Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 323-330.

IV – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante exposto neste ensaio, estamos na Era da Complexidade, a qual nos impõe, cada vez mais, um diálogo estreito entre o Direito e outras disciplinas do conhecimento humano. “Na área jurídica, a incerteza e a provisoriedade das decisões também resta evidenciada, especialmente no que se refere ao julgamento de casos que envolvam os “novos” direitos, já que não se mostra viável a aplicação de um tipo específico de conhecimento, ou de um único critério para determinar a solução do conflito, ante a pluridimensionalidade do objeto, bem como dos efeitos deste para as partes e para a sociedade. [51]

Tal contexto é especialmente desafiador para as autoridades administrativas independentes, as quais atuam em agências reguladoras e carecem de conhecimentos altamente especializados. Dessa forma, nas palavras de Paulo Otero, a Administração não pode “prosseguir as suas tarefas fora do específico interesse público que está definido pela lei ou visando à prossecução de um fim diferente ao que em concreto resulta do interesse público fundamentador da norma de competência: o interesse público representa o fundamento, o limite e o critério da actuação económica pública e, consequentemente, da iniciativa económica pública.” [52]

Neste cenário, não cabe ao Tribunal de Contas assumir a defesa de qualquer dos grupos envolvidos, mas sim garantir a estabilidade do jogo regulatório, dentro dos limites do que prevê a Constituição, a lei, o edital e o contrato dentro da adequada prestação dos serviços.

O fortalecimento das Instituições, da segurança jurídica e da estabilidade dos investimentos é crucial para a agenda de desenvolvimento do Brasil. O respeito às decisões institucionais e especializadas das autoridades administrativas é fundamental para a previsibilidade das regras do jogo regulatório.

O desenho do marco regulatório e da agenda regulatória para cada setor especializado da economia e da sociedade civil organizada deve ser respeitado, pois contém a previsibilidade necessária para atrair investimentos privados e segurança jurídica, já delineando os atores competentes para exercerem os poderes arbitrais, normativos e sancionadores. Tais poderes, se extrapolarem os limites da Constituição, das leis, dos editais ou dos contratos, estão expostos a controles disciplinados no ordenamento jurídico, dentre os quais se encontram os controles exercidos pelos Tribunais de Contas.

51 MORIN, Edgar. Complexidade e Liberdade. Revista THOT, Associação Palas Athena, São Paulo, n. 67, p. 12-19, 1998.
Leia-se também, MADERS, Angelita Maria; DUARTE, Isabel Cristina Brettas. A Complexidade de Edgar Morin e sua contribuição para a compreensão dos “novos” direitos. Rev. Direitos Culturais, Rio Grande do Sul, URI Santo Ângelo, v. 4, n. 6, 2009. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/322640174.pdf. Acesso em: 8 out. 2021.

52 OTERO, Paulo. Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p.124

REFERÊNCIAS

ALFONSO. Luciano Parejo La construcción, extensión, alcance y límites del control judicial contencioso-administrativo en el ordenamiento español. Rev. de Estudios de la Justicia, n. 5, p. 35-38, 2004.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. Rev. de Informação Legislativa, v. 37, n. 148, p. 275-299, out./dez. 2000. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/646/r148-19.pdf?sequence=4. Acesso em: 7 out. 2021

ARAÚJO, Joaquim Filipe Ferraz Esteves de. A Reforma da Gestão Pública: do mito à realidade. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL LUSO-GALAICO. Braga, 2004. Eixo Temático: A Reforma da Administração Pública: apostos e casos de sucesso. Disponível em: http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/3312/1/ConeferenicaIGAP2004.pdf. Acesso em: 11 nov. 2021.

ARAUJO, Paulo Sisnando Rodrigues de. Um modelo de fiscalização para subsidiar o TCU na avaliação da atuação das Agências Reguladoras no dever de garantir a qualidade na prestação de serviços públicos. Brasília, DF: TCU, 2012. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/modelo-de-fiscalizacao-para-subsidiar-o-tcu-na-avaliacao-da-atuacao-das-agencias-reguladoras-no-dever-de-garantir-a-qualidade-na-prestacao-de-servicos-publicos-um.htm. Acesso em: 8 out. 2021.

ARIGONY. Alexandre Foch. O poder normativo das agências reguladoras e a constitucionalidade dos princípios inteligíveis. Rev. Digital de Direito Administrativo, USP, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, v. 6, n. 1, p. 202-224, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. Rev. de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, n. 229, p. 285–312, jul./set. 2002. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46445. Acesso em: 11 nov. 2021.

BARACHO. José Alfredo de Oliveira. Teoria geral dos conceitos legais indeterminados. Rev. da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, n. 16, p. 89-105, 1999. Disponível em: http://www.ablj.org.br/revistas/revista16/revista16%20JOS%C3%89%20ALFREDO%20DE%20OLIVEIRA%20BARACHO%20%E2%80%93%20Teoria%20geral%20dos%20Conceitos%20legais%20indeterminados.pdf. Acesso em: 13 out. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Brancosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO. Luciana. As Agências Reguladoras e o controle dos Tribunais de Contas. Disponível em: http://www.workoutenergy.com.br/abar/cbr/Trab0202.pdf. Acesso em: 7 out. 2021.

CASSAGNE, Juan Carlos. El Principio de Legalidad y el Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa. 1.ed. Madrid: Marcial Pons, 2009.

CHAMORRO AGUILAR, Andrés. El gobierno por agencias y autoridades administrativas independientes y su vinculación con la Función de Transparencia y Control Social. Rev. Ruptura, n. 2, p. 305-346, dec. 2020. Disponível em: http://revistaruptura.com/index.php/ruptura/article/view/27. Acesso em: 8 out. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O equilíbrio econômico-financeiro e o controle das agências reguladoras. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. O controle externo da regulação de serviços públicos. Brasília: TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 2002. p. 53-65.

DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. O Soberano da Regulação: o TCU e a infraestrutura. 1. ed. São Paulo: Singular. 2020.

GALANTER, Marc; TRUBEK, David M. Acadêmicos Auto-Alienados: reflexões sobre a crise norte-americana da disciplina “direito e desenvolvimento (1974). Rev. Direito GV, v. 3, n. 2, p. 261-304, jul./dez. 2007. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35190/33994. Acesso em: 9 out. 2021.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial. 3. ed. Madrid: Civitas, 1998.

_____; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo. Madri: Civitas, 1997.

GOMES, Eduardo Granha Magalhães. As agências reguladoras independentes e o Tribunal de Contas da União: conflito de jurisdições?. Rev. de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, p. 615-630, jul./ago. 2006. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rap/a/LnXDWfCcD-tgPY7vPSVWW9mS/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 8 out. 2021.

GUERRA, Sérgio. Controle judicial dos atos regulatórios. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005.

_____. Função normativa das agências reguladoras: uma nova categoria de direito administrativo? Rev. Direito GV, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 131-152, jan./jun. 2011. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rdgv/a/kSPJMRqZVmSDmCRn7KzNBMt/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 7 out. 2021

_____. SALINAS, Natasha Salinas Caccia, GOMES, Lucas Thevenard. As agências reguladoras em resposta à crise da COVID-19. Rev. de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 54, n. 4, p. 874-897, jul./ago. 2020. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rap/a/cXjcx6hgZ4r5XN-3t6rd7SSJ/?lang=pt&format=pdf. Acesso em: 11 out. 2021.

GRUENING, Gernod. Origin and theoretical basis of New Public Management (NPM). International Public Management Journal, n. 4, p. 1-25, 2001. Disponível em: https://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/4_1_Origin_and_Theoretical_Basis%5B1%5D.pdf. Acesso em: 7 out. 2021.

JORDÃO. Eduardo Ferreira. Quais os limites das competências do TCU sobre as agências reguladoras? Rev. Direito do Estado, n. 476, 2021. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/eduardo-ferreira-jordao/quais-os-limites-das-competencias-do-tcu-sobre-as-agencias-reguladoras. Acesso em: 8 out. 2021.

MADERS, Angelita Maria; DUARTE, Isabel Cristina Brettas. A Complexidade de Edgar Morin e sua contribuição para a compreensão dos “novos” direitos. Rev. Direitos Culturais, Rio Grande do Sul, URI Santo Ângelo, v. 4, n. 6, 2009. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/322640174.pdf. Acesso em: 8 out. 2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, reimpr. 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. Os poderes do administrador público. Rev. de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, Seleção Histórica, 1995.

MENEZES, Monique. O Tribunal de Contas da União, controle horizontal de agências reguladoras e impacto sobre usuários dos serviços. Rev. Sociol. Polít., Curitiba, v. 20, n. 43, p. 107-125, out. 2012. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rsocp/a/hyw4r3X6Sv7RgvwSqTXc6TJ/?lang=pt&format=pdf. Acesso em: 8 out. 2021.

MORAES, Alexandre de. Agências reguladoras e seus limites. In: TOJAL, Sebastião Botto de Barros; SOUZA, Jorge Henrique de Oliveira (Coord.). Direito e infraestrutura: portos e transporte aquaviário: 20 anos da Lei nº 10.233/2001, v. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 27-38.

MORIN, Edgar. Complexidade e Liberdade. Revista THOT, Associação Palas Athena, São Paulo, n. 67, p. 12-19, 1998.

NASCIMENTO, Rodrigo Melo do. Decisões Condenatórias proferidas pelas cortes de contas: natureza, revisibilidade judicial e eficácia jurídica. Revista TCE-MG, Belo Horizonte, v. 31, n. 3, p. 19-33, jul./set. 2013. Disponível em: https://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/2041.pdf. Acesso em: 23 jul. 2016.

RODRIGUES, Walton Alencar. O controle da regulação no Brasil. Revista do TCU, Brasília, n.104, p. 5-16, abr./jun. 2005.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Discricionalidad administrativa y control judicial. Madri: Tecnos Editorial, 1994, p. 129.

_____. Función, límites y control judicial de la discrecionalidad administrativa. IUS ET VERITAS, v. 21, n 43, p. 260-270, 2011. Disponível em: https://www.passeidireto.com/arquivo/70673000/miguel-sanchez-moron-funcion-limites-y-control-judicial-de-la-discrecionalidad-a. Acesso em: 13 out. 2021.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo regulatório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SUNDFELD. Carlos Ari. Agências Reguladoras e os novos valores e conflitos. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB, 17., 2000, Brasília. [Anais]... Brasília, DF: Ordem dos Advogados do Brasil – Conselho Federal, 2000. Eixo Temático: Justiça: realidade e utopia, p. 1291-1297. Disponível em: https://www.academia.edu/49454519/Ag%C3%AAncias_Reguladoras_e_os_novos_valores_e_conflitos. Acesso em: 8 out. 2021

SILVA JUNIOR, Francisco Moreira da. A (sobre)regulação do Tribunal de Contas da União – TCU sobre atividades-fim das agências reguladoras: análise do julgamento das bandeiras tarifárias à luz do trilema regulatório. Rev. Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v.6, n. 1, p. 21-49, 2020.

OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

OTERO, Paulo. Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do estado. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. 360 p.

PÓ, Marcos Vinicius. O Jogo Regulatório Brasileiro: a estabilidade contratual para além da autonomia das agências. 2009. Tese (Doutorado em Administração Pública e Governo) - Escola de Administração de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/4651/72050100744.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 12 out. 2021.

WEBER, Rosa Maria Pires. Agências reguladoras: notas sobre os contornos e os limites da função normativa no âmbito da regulação sanitária. In: FONSECA, Reynaldo Soares da; COSTA, Daniel Castro Gomes da (Coord.). Direito regulatório: desafios e perspectivas para a Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 139-155.

WILLEMAN, Flávio de Araújo. Fortalecimento da Justiça Administrativa à Luz da Lei Federal nº 13.848/2019. Revista EMERJ, Rio de janeiro: v. 22, n. 3, set./dez., 2020.

WILLEMAN, Marianna Montebello. A arquitetura funcional dos Tribunais de Contas: extensão e alcance das competências de controle externo na constituição da república de 1988. In: WILLEMAN, Marianna. M. Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 249-337. ISBN: 978854500683.

ZYMLER. Benjamin. O Controle das Agências Reguladoras pelo TCU. JML: Coluna Jurídica de Administração Pública, 31 jan. 2019. Disponível em: https://jmleventos.com.br/pagina.php?area=coluna-juridica&acao=download&dp_id=202. Acesso em: 11 out. 2021



REVISÃO DE CONTRATOS DE CONCESSÃO EM RAZÃO DA COVID-19: aspectos econômico-financeiros

Hudson Hipólito Ferreira Nunes
Pós-Graduado em Gestão Pública pela Faculdade Internacional Signorelli
Analista de Controle Externo do TCE-RJ

Jones de Azevedo Pelech Junior
Mestre em Engenharia de Transportes pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - COPPE/UFRJ
Analista de Controle Externo do TCE-RJ

Leonardo Cesar Gomes
Pós-Graduado em Gestão Pública pela Faculdade Internacional Signorelli
Analista de Controle Externo do TCE-RJ

Resumo: A pandemia impôs grande alteração na rotina da população e relevante modificação das bases estabelecidas nos contratos administrativos, especialmente aqueles de longo prazo. Nesse sentido, o objetivo deste trabalho é apresentar as principais ferramentas utilizadas na aferição do equilíbrio (ou desequilíbrio) econômico-financeiro dos contratos de concessão, considerando os efeitos da pandemia de Covid-19. Adicionalmente, são formuladas recomendações úteis para gestores públicos em eventuais pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro.

Palavras-chave: pandemia; equilíbrio econômico-financeiro; repartição de riscos; matriz de riscos.

Abstract: *The pandemic imposed a major change in the routine of the population and a relevant modification of the bases established in administrative contracts, especially those for the long term. In this sense, the objective of this paper is to present the main tools used to measure the economic-financial balance (or imbalance) of concession contracts, considering the effects of the COVID-19 pandemic. Additionally, useful recommendations are made for public managers in any claims for economic and financial rebalancing.*

Keywords: *pandemic; economic-financial balance; risk sharing; risk matrix.*

1. INTRODUÇÃO

A pandemia causada pela Covid-19 provocou grandes alterações na dinâmica social de maneira abrupta. O isolamento social e as mudanças nos hábitos da sociedade, incluindo os de consumo, têm provocado alterações em diversos contratos regidos tanto pelo direito privado quanto pelo público. Nesse contexto, os contratos de concessão estão sendo afetados de diversas formas.

A nova realidade imposta pela pandemia tem provocado diversos problemas nos contratos de concessão, tais como: a paralisação da prestação de serviços, quedas de demanda, criação de novas obrigações etc. Essas ocorrências podem causar problemas para a regular execução dos contratos, gerando desde desequilíbrios econômico-financeiros até a impossibilidade de prosseguimento. Por isso, as partes devem avaliar as possibilidades jurídicas e técnicas para a solução dessas questões de forma que o interesse público não seja prejudicado.

O desequilíbrio econômico-financeiro deve ser tratado segundo a legislação que versa sobre as possibilidades de revisão do contrato. A utilização desse instituto decorre tanto da teoria das áleas extraordinárias – segundo a qual as causas do desequilíbrio podem ser enquadradas como alteração unilateral do contrato, fato da administração, fato do príncipe, teoria da imprevisão, caso fortuito ou força maior – quanto da repartição objetiva de risco pactuada no contrato – em consonância com a qual se define em uma matriz de riscos a quem cabe o ônus pelo desequilíbrio.

Para além das questões jurídicas basilares sobre o tema, esta pesquisa prioriza a parte prática, apresentando as principais ferramentas utilizadas na aferição do equilíbrio (ou desequilíbrio) econômico-financeiro dos contratos de concessão.

Nesse sentido, este artigo aborda os aspectos econômico-financeiros da revisão extraordinária de contratos de concessão decorrentes da pandemia, ao formular recomendações úteis para gestores públicos em eventuais pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro.

2. PARÂMETROS DE AFERIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

A aferição do equilíbrio (ou desequilíbrio) é uma etapa fundamental da avaliação dos pleitos de recomposição. Isto porque o evento que enseja a revisão contratual é aquele que causa desequilíbrio considerável.

Nessa linha de raciocínio, Aragão (2013, p. 44) define álea econômica (teoria da imprevisão) como "todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio considerável [...]".[1]

Logo, imperioso se faz mensurar o impacto nas premissas iniciais do contrato, pactuadas quando da assinatura da avença, com a finalidade de se verificar a manutenção (ou alteração considerável) da relação entre as vantagens e os encargos da Concessionária.

Em outras palavras, a avaliação de eventuais pleitos de reequilíbrio demanda a verificação de relevante impacto na concessão, que pode ser dimensionado por meio da comparação entre parâmetros que refletem a remuneração da Concessionária (comparação do cenário anterior ao evento com o posterior, que leva em consideração as respectivas modificações na receita, custo e despesas decorrentes do evento).

Para compreendermos na prática como se dá a utilização de tais parâmetros, é preciso rememorar que o fluxo de caixa do projeto, modelado na licitação, contém as premissas que permitem a confecção de propostas segundo a expectativa remuneratória limitada no certame.

Tal expectativa de rentabilidade pode ser aferida por diferentes indicadores, que podem ser recalculados a partir do fluxo de caixa reformulado pela realidade imposta pela pandemia (com redução da demanda, por exemplo), permitindo a aferição de eventual desequilíbrio pela comparação com a rentabilidade da concessão antes da pandemia.

Para tal finalidade, pode-se lançar mão de alguns parâmetros para aferição do equilíbrio econômico-financeiro, tais como: a Taxa Interna de Retorno - TIR, a TIR Modificada - TIRM, o Valor Presente Líquido – VPL, o Payback e a Exposição Máxima de Caixa.[2]

1 ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 263, p. 44, maio/ago. 2013.

2 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Regulação de serviços públicos e controle externo. Brasília, DF: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008, p. 233.

O Valor Presente Líquido – VPL é o valor atual do fluxo de caixa do projeto, descontado a uma certa taxa, com a condição de que o fluxo, no instante zero, seja negativo. Seu cálculo extrapola os dados do projeto, pois sua concepção é sensível ao cenário econômico por contemplar informações relativas ao custo de capital (custo de oportunidade e risco do negócio), quando da definição da taxa de desconto.[3]

Tal parâmetro pode ser representado pela seguinte fórmula:

$$VPL = \sum_{t=0}^{n} \frac{FC_t}{(1+K)^t}$$

Onde:
t = período;
n = duração do projeto;
i = taxa de desconto;
FC = fluxo de caixa por período;

A Taxa Interna de Retorno (TIR), em definição essencialmente matemática, é a taxa de desconto que anula o VPL dos fluxos de caixa do projeto, representando sua rentabilidade intrínseca, na medida em que não sofre influências de variáveis externas, como as taxas de juros da economia.

Tal característica confere vantagem à TIR, por se tratar de indicador objetivo e calculado exclusivamente com valores do fluxo de caixa do projeto, sem interferência de variáveis exógenas, justificando sua utilização para aferição do equilíbrio econômico-financeiro.[4]

Imprescindível diferenciar a TIR do projeto (Desalavancada), da TIR do acionista (Alavancada). Em apertada síntese, enquanto a primeira é obtida através do fluxo de caixa formado por receitas, custos e despesas da implantação, operação e exploração direta do objeto de concessão", a segunda também considera o financiamento.

Em outras palavras, obtém-se o fluxo de caixa alavancado a partir da integração do fluxo de caixa operacional com o de financiamento, sendo que o cálculo da taxa interna de retorno através deste fluxo resulta na TIR Alavancada.

A dessemelhança apresentada se mostra relevante no contexto do reequilíbrio contratual, em que, em regra, se utiliza a TIR do projeto (Desalavancada), por sua característica de distanciamento das escolhas do controlador da empresa, no que se refere à engenharia financeira de alavancagem.[5]

Ademais, cumpre reportar dois problemas relativos à TIR, quais sejam: 1 – seu cálculo possui a premissa bastante otimista de que a Concessionária tem oportunidade de reinvestir os fluxos de caixas líquidos com remuneração equivalente; e 2 – em projetos não convencionais, que exigem uma grande saída de caixa durante ou ao fim de sua vida útil, pode haver múltiplas taxas que levem o VPL a zero (TIRs múltiplas), uma vez que a equação da TIR é um polinômio de grau n, que, por definição, possui n soluções.[6]

Uma representação gráfica facilita o entendimento conceitual da relação entre TIR e VPL, mostrando, de forma simples, que o primeiro indicador é a taxa de desconto que zera o segundo, conforme figura a seguir:

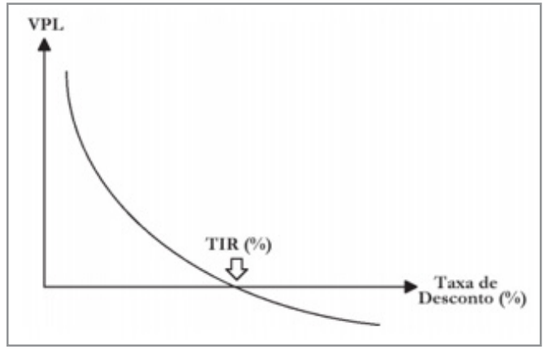


Figura 1 - Relação entre o VPL e a taxa de desconto, ilustrando o conceito da TIR.[7]

A **TIR Modificada – TIRM**, como sugere o nome, altera a TIR comum de modo a evitar a presença de múltiplas TIRs, trazendo as saídas de caixa, a valor presente, para o início do projeto (t = 0) e alocando as entradas de caixa, ao custo de capital, ao momento futuro (t = 1). Em resumo, o fluxo de caixa é simplificado de modo a agrupar os outputs no "Ano 0" e inputs no "Ano 1".[8]

3 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Regulação de serviços públicos e controle. Brasília, DF: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008, p. 234.

4 BRASIL. Tribunal de Contas da União Op. Cit., p. 231

5 MOREIRA, Egon Bockmann; GUZELA, Rafaella Peçanha. Contratos administrativos de longo prazo, equilíbrio econômico-financeiro e Taxa Interna de Retorno (TIR). In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 349. ISBN 978-85-450-0168-3.

6 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Regulação de serviços públicos e controle externo. Brasília, DF: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008, p. 232

7 MOREIRA, Egon Bockmann; GUZELA, Rafaella Peçanha. Op. Cit., p. 349

8 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Regulação de serviços públicos e controle externo. Brasília, DF: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008, p. 233.

O **Payback** é o tempo de recuperação do investimento, alcançado quando o valor acumulado das entradas de caixa ultrapassa o valor acumulado das saídas, marcando o início da obtenção de lucro. Sua definição matemática pode ser compreendida como o inverso da taxa de desconto.

De relevo informar que o Payback, de forma isolada, não é indicado para aferir o equilíbrio econômico-financeiro de concessões[9], uma vez que o "critério do tempo de Payback para a avaliação de um projeto por si só apresenta uma séria deficiência, qual seja, ele não considera os fluxos de caixa posteriores à recuperação do capital inicial" (OLIVEIRA, 2001, p. 40 apud TCU, 2008, p. 239).

A **Exposição Máxima de Caixa** é o valor máximo das necessidades de recursos do empreendimento ao longo de exploração, ou seja, o maior valor negativo do fluxo de caixa acumulado. A exemplo do Payback, não se trata de indicador suficiente para avaliação do equilíbrio econômico-financeiro, mas pode justificar reequilíbrios decorrentes de eventos imprevisíveis relativos à viabilidade de financiamento do empreendimento.[10]

Após breve abordagem acerca dos principais parâmetros de aferição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, avançaremos ao tópico em que serão abordadas as formas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro mais tradicionais.

3. FORMAS DE RECOMPOSIÇÃO

Em linhas gerais, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão passa pela modificação das vantagens do particular ou alteração de seus encargos.

Neste contexto, respeitando-se os limites legais, contratuais, jurisprudenciais e eventualmente aqueles decorrentes de resoluções dos órgãos reguladores, pode-se recompor o equilíbrio de diferentes formas, tais como: alteração do valor das tarifas; indenização pelo Poder Concedente; alteração de encargos; dilação do prazo de concessão e alteração do plano de investimentos.

O Tribunal de Contas da União[11], tratando de concessões de rodovias federais, aborda duas possibilidades para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro: 1- alteração no valor da tarifa de pedágio e 2- adequação do fluxo de caixa, conforme as seguintes transcrições:

> A alteração no valor da tarifa é um dos principais mecanismos utilizados em contratos de concessão de serviço público para o restabelecimento do equilíbrio econômico financeiro do contrato, não sendo diferente nas concessões de rodovias federais. Como o próprio nome indica, é um mecanismo de forma direta, ou seja, altera-se o valor da tarifa de pedágio cobrada do usuário quando o utiliza.
> [...]
> A adequação do fluxo de caixa é o procedimento utilizado em concessões de rodovias federais consistente na alteração do programa de investimentos da concessão (PER), a fim de restabelecer, de forma indireta, o equilíbrio econômico-financeiro rompido do contrato de concessão, ou seja, sem alterar o valor da tarifa de pedágio.
> [...]
> A adequação dá-se por meio principalmente da postergação ou da antecipação de investimentos no fluxo de caixa. Entretanto, pode haver uma supressão ou alocação, total ou parcial, de investimentos ou outro encargo não previsto originalmente em contrato no fluxo de caixa, a fim de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro afetado, sem, contudo, implicar alteração no valor do pedágio.

Justen Filho (2016), ao tratar da ampliação do prazo contratual em concessões de serviço público, discorre sobre um conjunto mais amplo de alternativas de recomposição, mencionando as possibilidades de: a) aumento de tarifas; b) diminuição dos investimentos a cargo do particular; c) diminuição dos encargos financeiros do concessionário; d) indenização do particular com recursos públicos.[12]

> 4.6.2. As alternativas jurídicas para o reequilíbrio
> Em termos gerais, a recomposição de equilíbrio econômico-financeiro de concessão, nos casos de elevação de encargos ou (e) de redução de vantagens, pode ser promovida mediante qualquer solução que permita a restauração da relação original entre encargos e vantagens. No entanto, há quatro tipos de providências que são as mais usuais em tais hipóteses. São elas:
> a) o aumento de tarifas;
> b) a diminuição dos investimentos a cargo do particular;
> c) a diminuição dos encargos financeiros do concessionário (notadamente dos valores recolhidos em favor do Poder Concedente a título de pagamento pela outorga); e
> d) a indenização do particular com recursos públicos (o que compreende inclusive subsídios tarifários).

No artigo mencionado, o renomado autor termina por concluir, naquilo que vem a ser o objetivo principal de seu artigo, que a prorrogação-ampliação do prazo dos contratos de concessão de serviço público, em alguns casos, pode ser a única solução viável para o reequilíbrio contratual.[13]

> 4.6.3. A solução da prorrogação do termo final
> Nesse cenário, a prorrogação-ampliação do prazo dos contratos de concessão de serviço público, além de ser a alternativa mais vantajosa em certos casos, pode ser a única que não cause sacrifícios insuportáveis às finanças públicas, ao Poder Concedente e aos usuários. Quando assim se passar, a prorrogação-ampliação do prazo contratual pode configurar-se como a única solução jurídica válida adotável pelo Poder Concedente, porque somente por meio dela será cabível assegurar a realização de todos os direitos protegidos juridicamente.

Guimarães (2016), ao tratar das formas e critérios financeiros para recomposição do equilíbrio contratual, reforça a ideia da multiplicidade de alternativas:

> O restabelecimento da equação econômico-financeira pode se fazer por múltiplas formas jurídicas, assim como a sua compensação ou equivalência econômica (e financeira) com os prejuízos experimentados pode estar orientada por critérios e metodologias diversos. Sendo que a legislação nacional não restringe ou delimita as formas de recomposição (mediante, por exemplo, a revisão tarifária, a ampliação da contraprestação pública, a extensão do prazo de prestação de serviços etc.).[14]

No âmbito das agências reguladoras, verificam-se, nas Resoluções nº 528/19, da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, nº 5.850/19, da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e nº 3.220, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, procedimentos aderentes à doutrina exposta, consoante transcrições das respectivas resoluções:

> Resolução Nº 528, de 28 de agosto de 2019. (ANAC)
> Art. 13. Para recompor o equilíbrio econômico-financeiro em favor do Poder Concedente ou da Concessionária, a ANAC poderá utilizar as seguintes medidas, individual ou conjuntamente, nos termos do respectivo Contrato de Concessão:
> I - alteração do valor das tarifas;
> II - alteração do prazo de Concessão, observado, quando couber, o disposto no art. 6º do Decreto nº 7.624, de 22 de novembro de 2011;
> III - alteração das obrigações contratuais da Concessionária;
> IV - revisão da contribuição ao sistema devida pela Concessionária, mediante comum acordo entre ANAC e Concessionária, após prévia aprovação do Ministério da Infraestrutura; e
> V - outra forma definida de comum acordo entre ANAC e Concessionária, mediante prévia aprovação do Ministério da Infraestrutura.
> Resolução Nº 5.850, de 16 de julho de 2019 (ANTT)
> § 4º A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dará, prioritariamente, por meio do aumento ou redução da Tarifa Básica de Pedágio (TBP).
> § 6º No caso da efetivação do reequilíbrio por meio de prorrogação do contrato de concessão, pagamento à concessionária pelo poder concedente, alteração de localização, acréscimo ou redução de praças de pedágio, estabelecimento ou remoção de cabines de bloqueio, será obrigatório o estabelecimento de Termo Aditivo ao contrato.
> Resolução Nº 3.220, de 08 de janeiro de 2014 (ANTAQ)
> Art. 14 A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamentos a que se refere esta Norma poderá se dar, a critério do poder concedente, por intermédio, mas não se limitando, da utilização dos seguintes meios:
> I - Preferencialmente pelo aumento ou redução dos valores financeiros previstos no contrato de arrendamento;
> II - Modificação das obrigações contratuais do arrendatário previstas no próprio fluxo de caixa marginal;
> III - Extensão ou redução do prazo de vigência do contrato de arrendamento; e
> IV - Pagamento de indenização.
> § 1º Os meios elencados nos incisos I a IV deste artigo poderão ser utilizados de forma isolada ou combinada

Em linhas gerais, como visto, a recomposição do equilíbrio dos contratos de concessão passa pela modificação das vantagens do particular ou alteração de seus encargos, podendo onerar o Poder Concedente ou o usuário do serviço público, como veremos a seguir, quando serão abordadas as principais características das formas mais tradicionais de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão:

9 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Op. Cit., p. 239.
10 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Op. Cit., p. 240.
11 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Regulação de serviços públicos e controle. Brasília, DF: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008, p. 243; 245.
12 JUSTEN FILHO, Marçal. A ampliação do prazo contratual em concessões de serviço público. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, São Paulo, v. 4, n. 23, p. 109-111, mar./abr. 2016.
Direito Administrativo Contemporâneo, São Paulo, v. 4, n. 23, p. 109-111, mar./abr. 2016.
13 JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit., 2016, cap. 4.6.3.
14 MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos administrativos de longo prazo: a lógica de seu equilíbrio econômico-financeiro. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 100. ISBN 978-85-450-0168-3.

alteração do valor das tarifas

A alteração do valor das tarifas é a alternativa direta de revisão da equação econômico-financeira dos contratos de concessão mediante modificação do valor desembolsado pelos usuários para utilização do serviço. Tal alternativa prescinde de desembolso do Poder Concedente[15], entretanto pode comprometer a modicidade tarifária, princípio que caracteriza a adequação do serviço, nos termos do artigo 6º, § 1º, da Lei 8.987/95.

Especialmente no atual cenário de crise econômica que compromete a renda de uma fatia considerável da população, a elevação da tarifa pode ter como consequência a diminuição do número de usuários com potencial financeiro para utilização do serviço, o que significa a redução de demanda que, por sua vez, implica queda de receita, comprometendo a eficácia da medida.

Como observa Justen Filho (2016), a elevação de tarifas pode até gerar efeitos indiretos na inflação, refletindo na economia em geral. [16]

> O aumento das tarifas pode comprometer a modicidade tarifária, restringindo o acesso ao serviço e, consequentemente, o dever de prestação de um serviço público adequado. Lembre-se que a elevação da tarifa pode produzir o efeito de desincentivo ao consumo, o que neutraliza os efeitos pretendidos quanto ao reequilíbrio. Como se não bastasse, a elevação de tarifas públicas pode gerar efeitos indiretos quanto à elevação da inflação, produzindo resultados nefastos para a economia em geral

indenização pelo Poder Concedente

O pagamento de indenização é a alternativa de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão através de desembolso financeiro do Poder Concedente. Tal alternativa não onera diretamente o usuário, preservando a modicidade tarifária.

Ao contrário da elevação das tarifas, o reequilíbrio por meio de pagamento direto de indenização à Concessionária possui eficácia assegurada, na medida em que a receita do privado é elevada até que se alcance a rentabilidade pactuada na assinatura do contrato de concessão.

Esta opção, porém, requer disponibilidade de caixa, por isso, particularmente no cenário crítico em que os recursos públicos são escassos frente às demandas da sociedade, é essencial que haja uma criteriosa avaliação acerca das prioridades da população.

De relevo notar que a indenização como medida de recomposição não se presta a corrigir projetos mal concebidos e, por isso, deficitários – nesse caso a licitação estaria sendo maculada -, mas sim a conter o impacto de situações extraordinárias que desequilibraram o contrato.

Cumpre, ainda, registrar a necessidade de atenção à Lei Complementar 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal), especialmente no que se refere ao seu art. 15. [17]

alteração de encargos

A alteração de encargos a serem liquidados pelo Concessionário, a exemplo da redução dos valores recolhidos em favor do Poder Concedente a título de pagamento pela outorga, constitui opção de recomposição do equilíbrio econômico financeiro dos contratos que prescinde de desembolso financeiro do Poder Concedente ou do usuário e não compromete a modicidade tarifária, modificando, todavia, a entrada de recurso no caixa da administração.

É sabido que nem sempre essa alternativa é viável, já que alguns contratos de concessão, objetivando alcançar o valor mínimo para a tarifa, não contemplam o pagamento de outorga, impossibilitando, por óbvio, a adoção desta modalidade.

Para os demais (contratos com previsão de pagamento de outorga ao Poder Concedente), aplica-se a observação do tópico anterior (indenização), de que é essencial a realização de criteriosa avaliação acerca das prioridades da população, pois, se já há escassez de recursos, abrir mão da receita proveniente do recebimento de outorga pode comprometer outras políticas públicas antes custeadas por esta fonte.

dilação do prazo de concessão

A dilação do prazo da concessão é a alternativa que busca o reequilíbrio contratual mediante a exploração estendida do serviço, visando à manutenção da relação entre as vantagens e encargos, prevista no edital de licitação. Tal opção não implica desembolso financeiro do Poder Concedente ou do usuário e não altera o recebimento de eventual valor a título de outorga.



Forçoso destacar que a ampliação do prazo de concessão, permitindo a exploração do serviço por mais tempo com a finalidade de se recompor a equação do equilíbrio econômico-financeiro, não se confunde com a prorrogação (renovação da outorga) estabelecida no art. 23, XII, da Lei 8.987/95.

> "A prorrogação do termo final de vigência significa a alteração do prazo originalmente previsto, dilatando-se no tempo o período de vigência de um mesmo e único contrato.
> Quando se promove a prorrogação do termo final de um contrato, não se verifica a sua extinção. A hipótese não conduz ao surgimento de dois contratos sucessivos no tempo. Não se instaura uma nova relação jurídica entre as partes, mas se mantém exatamente a mesma relação jurídica, apenas com uma ampliação do seu prazo."
> [...]
> "Já a renovação da outorga consiste na pactuação de um novo contrato entre as mesmas partes, ao final do término do prazo de vigência de uma dada contratação." [18]

Na visão de Justen Filho (2016), a dilação do prazo como mecanismo de recomposição do equilíbrio não é incompatível com a ordem jurídica, não viola o princípio da licitação, prescinde de expressa previsão legislativa e pode ser utilizada mesmo quando não houver previsão no edital e no contrato. [19]

alteração do plano de investimentos

A alteração do plano de investimentos é caracterizada pela modificação do fluxo de caixa inicialmente previsto, através da supressão, alocação, antecipação ou postergação, total ou parcial dos investimentos. Tal opção não implica desembolso financeiro do usuário e pode (ou não) haver desembolso do Poder Concedente.

Quanto à alocação ou antecipação de investimentos por parte do Poder Concedente, aplicam-se as ressalvas da indenização, no que tange à avaliação criteriosa de prioridades, pois há concorrência de outras políticas públicas pelo recurso empregado.

Já quanto à supressão de investimentos por parte da Concessionária, assim como na elevação de tarifas, deve ser ponderada a eficácia da medida, pois, dependendo do caso, cancelar investimentos pode significar

15 Nas concessões administrativas, como a Administração Pública é usuária direta ou indireta do serviço, a elevação da contraprestação pode acarretar desembolso do Poder Concedente.
16 JUSTEN FILHO, Marçal. A ampliação do prazo contratual em concessões de serviço público. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, São Paulo, v. 4, n. 23, p. 109-111, mar./abr. 2016.
17 Lei Complementar 101/00, art. 15. Serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam o disposto nos arts. 16 e 17.
18 JUSTEN FILHO, Marçal. A ampliação do prazo contratual em concessões de serviço público. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, São Paulo, v. 4, n. 23, p. 109-111, mar./abr. 2016.
19 JUSTEN FILHO. Op. Cit., 2016, cap. 4.7.

abrir mão da ampliação da prestação do serviço, que repercute negativamente na demanda.
O cancelamento de investimentos também pode atentar contra a adequação do serviço (art. 6º da Lei 8.987/95), caso se renuncie ao conceito de "atualidade", definida no parágrafo 2º do artigo citado, como "a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço".
Depois das breves considerações sobre as características das principais formas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, vale registrar a possibilidade de adoção de outras opções acordadas entre as partes ou até mesmo a utilização combinada de mais de uma solução.

4. O FLUXO DE CAIXA MARGINAL (FCM) COMO MECANISMO PARA RECOMPOSIÇÃO

Considerando que os contratos de concessão são carregados de especificidades, a definição do mecanismo de revisão adequado passa por uma avaliação minuciosa do caso concreto. Neste artigo, optou-se por abordar a alternativa mais comum, qual seja: o fluxo de caixa marginal.
Enquanto ferramenta de auxílio ao reequilíbrio contratual, a metodologia do FCM consiste na elaboração de fluxo de caixa isolado para o evento que causou o desequilíbrio, permitindo uma análise apartada de seus efeitos na equação econômico-financeira do contrato, podendo levar em conta a perspectiva econômica atual através da taxa de desconto. Em relação à íntegra do projeto, "esse demonstrativo desconsiderará o fluxo de caixa do empreendimento como um todo para focalizar no evento que gerou o desequilíbrio". [20]
Uma elucidativa abordagem do FCM, valendo-se do conceito de valor presente líquido (VPL), consta do Acórdão TCU nº 2.200/2015 - Plenário, de relatoria da Ministra Ana Arraes:

> 262. Um VPL marginal zero indicaria que o evento considerado não alterou a equação econômico-financeira do contrato, havendo um equilíbrio entre as receitas e despesas adicionais (marginais) na taxa de desconto utilizada. O VPL marginal negativo, porém, seria sinal de que o evento considerado teria alterado o equilíbrio econômico-financeiro em desfavor do interessado. O VPL marginal positivo, a seu turno, indicaria que o evento seria benéfico ao interessado. [21]

Em breve histórico, vale registrar que a utilização do conceito de fluxo de caixa marginal em contratos de concessão no Brasil foi motivada pela insatisfação do Tribunal de Contas da União com a manutenção de elevadas taxas de rentabilidade nos contratos da 1ª Etapa do Programa de Concessão de Rodovias Federais, definidas na década de 90, num contexto econômico particular, marcado por taxas de juros e Selic altas, custo Brasil elevado e inflação descontrolada. [22]
Como consequência da preocupação descrita, a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, respaldada pela Lei 10.233/01[23], regulamentou a metodologia do fluxo de caixa marginal (FCM) na Resolução nº 3.651/11 (alterada pelas Resoluções nº 4.339/14 e nº 4.727/15), [24] conceituando tal metodologia nos seguintes termos:

> Resolução nº 3.651 de 7 de abril de 2011
> Art. 2º A metodologia de que trata esta Resolução consiste na recomposição do equilíbrio contratual, na hipótese de inclusão, após a publicação desta Resolução, de investimentos ou serviços não previstos na proposta inicial, por meio da adoção de um Fluxo de Caixa Marginal, projetado em razão do evento que ensejar a recomposição, considerando:
> I - os fluxos dos dispêndios marginais resultantes do evento que deu origem à recomposição; e
> II - os fluxos das receitas marginais resultantes da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.
> Art. 8º A taxa de desconto a ser utilizada nos fluxos dos dispêndios e das receitas marginais para efeito de equilíbrio terá como base Custo Médio Ponderado de Capital – WACC (Weighted Average Cost of Capital)

O mecanismo do fluxo de caixa marginal ganhou o reconhecimento do Tribunal de Contas da União na resposta à consulta realizada em 2012, pelo então Ministro de Estado dos Transportes, Paulo Sérgio Passos (Acórdão nº 2.759/2012):

> ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, com base no art. 1º, inciso XVII e § 2º, da Lei 8.443/1992 e no art. 264, inciso VI e § 1º, do Regimento Interno do TCU, em:
> 9.1 conhecer da consulta para responder ao Ministro de Estado dos Transportes Paulo Sérgio Passos que: para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro entre as partes contratantes de concessões rodoviárias, a utilização dos mecanismos de "desconto de reequilíbrio" e do "fluxo de caixa marginal" é possível, porquanto está em consonância com as Leis 10.233/2001 e 8.987/1995; [25]

Outro exemplo da aceitação do mecanismo em questão pelo TCU consta do Acórdão nº 157/2012, de relatoria do Ministro Aroldo Cedraz:

> 100. O mecanismo aventado é de ampla aceitação na literatura que cuida da precificação de ativos, afigurando-se bastante semelhante ao método por meio do qual foi determinado o valor mínimo de outorga. Apresenta como significativa vantagem, em relação à mera inserção dos novos encargos no fluxo de caixa original do projeto, o fato de lidar com preços correntes (e não históricos), o que tende a tornar mais justa a remuneração dos fatores de produção mobilizados[26].

Em resolução mais recente (nº 5.850/19), a ANTT disciplina a utilização dos mecanismos de revisão, estabelecendo o FCM como uma das alternativas:

> Art. 1º Disciplinar os preceitos de revisão tarifária, realizada, a depender dos mecanismos previstos contratualmente, por meio do Fluxo de Caixa Original (FCO), referente ao plano de negócios vencedor do leilão, do Fluxo de Caixa Marginal (FCM), da incidência do Desconto ou Acréscimo de reequilíbrio e da Incidência do Fator C.

Depreende-se da resolução exposta que a ANTT realiza as revisões tarifárias valendo-se do Fluxo de Caixa Original (FCO)[27] ou do Fluxo de Caixa Marginal (FCM), com a aplicação do "desconto"[28] ou "acréscimo" de reequilíbrio.
Na esteira do movimento de regulamentação do processo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro das concessões, surgiram as Resoluções nº 3.220/14, da Agência Nacional De Transportes Aquaviários – ANTAQ e nº 355/15, da Agência Nacional De Aviação Civil – ANAC, que também trouxeram a previsão de uso do FCM.
Vale realçar que, apesar do reconhecimento do fluxo de caixa marginal (FCM) como ferramenta para revisão tarifária, a assimetria de informações entre o Poder Concedente e Concessionárias pode impor grande dificuldade, pois há necessidade de conhecimento de dados operacionais da prestação do serviço[29], peculiaridade que demanda elevada atenção de órgãos reguladores e do próprio Poder Concedente.

20 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 101/2007, Plenário, Ata 05/2007. Relator: Min. Augusto Nardes, 7 de fevereiro de 2007. Parágrafo 18.
21 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.200/2015, Plenário, Ata 35/2015. Relatora: Min. Ana Arraes, 2 de setembro de 2015. p. 48.
22 CAGGIANO, Heloísa Conrado; BORDA, Danyara Barros Tarja. Análise do mecanismo de fluxo de caixa marginal em contratos de concessão a partir da jurisprudência do Tribunal de Contas da União. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 154. ISBN 978-85-450-0168-3.
23 Lei 10.233/01, Art. 24 – Cabe à ANTT: "IV – elaborar e editar normas e regulamentos relativos à exploração de vias e terminais, garantindo isonomia no seu acesso e uso, bem como à prestação de serviços de transporte, mantendo os itinerários outorgados e fomentando a competição;"
24 A Resolução 4.727/15 não foi localizada pelos autores da presente nota. Sua existência é conclusão decorrente da leitura da Resolução ANTT 5.850/19: "CONSIDERANDO a Resolução nº 3.651, de 7 de abril de 2011, alterada pelas Resoluções nº 4.339, de 29 de maio de 2014, e nº 4.727, de 26 de maio de 2015, que aprova a metodologia de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias federais concedidas, em decorrência de novas obras e serviços." (grifo nosso)
25 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.759/2012, Plenário, Ata 40/2012. Relator: Min. José Múcio Monteiro, 10 de outubro de 2014. p. 14.
26 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 157/2012, Plenário, Ata 3/2012.Relator: Min. Aroldo Cedraz, 1 de fevereiro de 2012. p. 15.
27 Resolução ANTT 5.850/19 - Art. 2º "Para os contratos em que a entrega do FCO, referente ao plano de negócios vencedor do leilão, foi exigência do certame, os impactos econômico-financeiros serão calculados dentro do próprio FCO, conforme disposto no Anexo I, exceto para as obrigações em que há previsão contratual de aplicação do Desconto de Reequilíbrio na TBP."
28 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.759/2012, Plenário, Ata 40/2012. Relator: Min. José Múcio Monteiro, 10 de outubro de 2012.p. 5. Desconto de reequilíbrio é o "mecanismo desenvolvido pela ANTT para redução da tarifa básica de pedágio, caso os indicadores de desempenho estabelecidos no contrato, associados a obras e serviços de caráter não obrigatório, não fossem alcançados."
29 CAGGIANO, Heloísa Conrado; BORDA, Danyara Barros Tarja. Análise do mecanismo de fluxo de caixa marginal em contratos de concessão a partir da jurisprudência do Tribunal de Contas da União. In: MOREI-



5. RESULTADOS (recomendações)

Em comparação com os contratos regidos pela Lei Federal 8.666/93, que persegue a apresentação detalhada de elementos conformadores da contratação, as concessões possuem legislação mais simples, transferindo aos contratos autonomia para delimitação das premissas gerais da delegação.
Compartilhando dessa visão, Floriano de Azevedo Marques Neto e Caio de Souza Loureiro observam que:

> ...a legislação de concessões é, acertadamente, minimalista na previsão de limitadores prévios à liberdade de cada contrato de concessão conformar as condições de proposta num nível mínimo ao atendimento das premissas gerais da prestação que se pretende delegar[30] .

A estratégia minimalista da legislação em questão é condizente com o caráter dinâmico do equilíbrio concessionário, atribuído, pelos mencionados autores, à natureza das concessões, caracterizadas pelo extenso prazo e pela existência de períodos distintos (em termos econômicos e financeiros) de análise ao longo da relação contratual.

> O caráter dinâmico do equilíbrio concessionário se opõe ao equilíbrio estático dos contratos administrativos usuais e é decorrência direta da natureza do contrato de concessão. A começar pelo extenso prazo dessas avenças e pela existência de períodos distintos de análise ao longo da relação contratual, o equilíbrio da concessão deve ser flexível e permeável às mudanças operadas na prestação delegada ao particular.[31]

Um bom exemplo desta característica simplista da legislação de concessões é a diretriz geral imposta pelo inciso IV, do art. 23 da Lei 8.987/95, que transfere aos contratos a tarefa de especificar os critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas.
Logo, caso haja alguma precariedade contratual, traduzida pela insuficiência ou até mesmo inexistência de parâmetros norteadores de eventual processo de revisão extraordinária, torna-se fundamental conhecer a legislação, a

30 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. O equilíbrio econômico e financeiro nas concessões. Dinamismo e segurança jurídica na experiência Brasileira. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 146.
31 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. Op. Cit., p. 149

doutrina e a jurisprudência pertinentes ao tema, assim como os principais dispositivos utilizados em contratos de concessão alinhados com as melhores práticas.
Assim, como resultado da presente pesquisa, passa-se a expor recomendações que configuram boas práticas de gestão, úteis ao gestor na avaliação de eventual pedido de revisão tarifária extraordinária em resposta aos impactos da pandemia do coronavírus:

1. Verificar se há repartição objetiva de risco, imputando-se a responsabilidade à parte indicada na matriz de risco. Caso o ônus seja da Concessionária, a revisão não seria cabível ou seria favorável à administração; porém se o ônus for da administração, a revisão seria cabível e favoreceria a Concessionária. Cabe ressaltar que esse conceito não é absoluto, devendo-se avaliar se o impacto econômico foi de tal magnitude que tenha mudado as bases nas quais o pacto foi estabelecido;

2. Caso não haja matriz de risco, deve-se verificar se o evento é uma álea ordinária ou extraordinária. Caso o evento seja previsível, de forma que a contratada pudesse ter traçado uma estratégia prévia para enfrentá-la, ele será classificado como um risco do negócio e, portanto, uma álea ordinária. Nesse caso, não caberia a revisão dos preços;

3. Caso o evento seja imprevisível, ou previsível, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do contrato, tem-se uma álea extraordinária. Nesse caso, caberia a revisão contratual, entretanto é necessário que a caracterização do evento seja realizada segundo a legislação e a doutrina, ou seja, qualificando-o conforme as seguintes definições:

- Alteração unilateral do contrato
- Fato do príncipe
- Fato da administração
- Teoria da imprevisão
- Caso fortuito ou força maior

4. O enquadramento do evento extraordinário dentro de alguma das definições anteriores deve ser realizado de maneira detalhada e fundamentada tanto com base na legislação quanto na doutrina, não sendo aceitáveis argumentos genéricos;

5. Definição técnica do parâmetro a ser utilizado para a aferição do equilíbrio (ou desequilíbrio) econômico-financeiro dos contratos de concessão;

6. Definição técnica da forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão;

7. Definição técnica da metodologia para recomposição do equilíbrio econômico financeiro, a exemplo do fluxo de caixa marginal (FCM);

8. Definição de requisitos mínimos para o pleito de revisão extraordinária de iniciativa da Concessionária, que deve conter relatório técnico pautado na apresentação clara, organizada e objetiva de todas as premissas, informações e cálculos necessários à replicação dos resultados apresentados, tais como:

- identificação precisa do evento de desequilíbrio, acompanhada de fundamentação jurídica para alocação do risco ao Poder Concedente;
- demonstração, através do parâmetro definido pelo Poder Concedente (primeira recomendação), da relevância dos impactos financeiros negativos e positivos (desequilíbrio), verificado e/ou projetado, em decorrência do evento;
- planilha com a projeção dos fluxos de caixa marginais decorrentes do evento de desequilíbrio e dos fluxos marginais que representam as ações adotadas para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro;

9. Definição, no caso de recomposição que utilize projeção de demanda, da periodicidade de revisão com base na contagem real de usuários, para fins de ajustar os dados da projeção de demanda aos dados reais apurados durante a vigência da concessão;

10. Avaliação da necessidade de contratação de entidade independente, especializada e com capacidade técnica reconhecida, para auxiliar a apreciação de pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro;

11. Elaboração de termo aditivo ao contrato para formalizar as alterações procedidas no processo de recomposição;

12. Registro minucioso do processo de revisão, que deve incorporar os documentos, estudos e qualquer comunicação entre as partes no processo administrativo da contratação, privilegiando a transparência e permitindo a fácil compreensão no exercício do controle interno, externo ou social.

Como derradeira advertência, imperioso realçar a importância da transparência no diálogo entre Poder Concedente e Concessionárias, no que tange à tratativa pertinente ao processo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos impactados pela pandemia.
Como relevante ressalva, registre-se que as recomendações expostas não devem ser implementadas antes de uma criteriosa análise acerca da aplicabilidade ao caso prático, que deve levar em consideração eventuais restrições legais, contratuais e jurisprudenciais.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo, discorreu-se sobre os impactos da pandemia na dinâmica da sociedade, destacando-se o reflexo do isolamento social nos contratos de concessão, com seu potencial de provocar quedas de demanda ou até mesmo paralisações na prestação de serviços públicos.

Esclareceu-se que o evento que pode ensejar a revisão contratual, mesmo quando abarcado pela teoria da imprevisão, é aquele que causa desequilíbrio considerável, razão que justifica a necessidade de dimensionar o impacto da ocorrência nas premissas iniciais do contrato, pactuadas quando da assinatura da avença, como requisito para início de processos revisionais extraordinários.

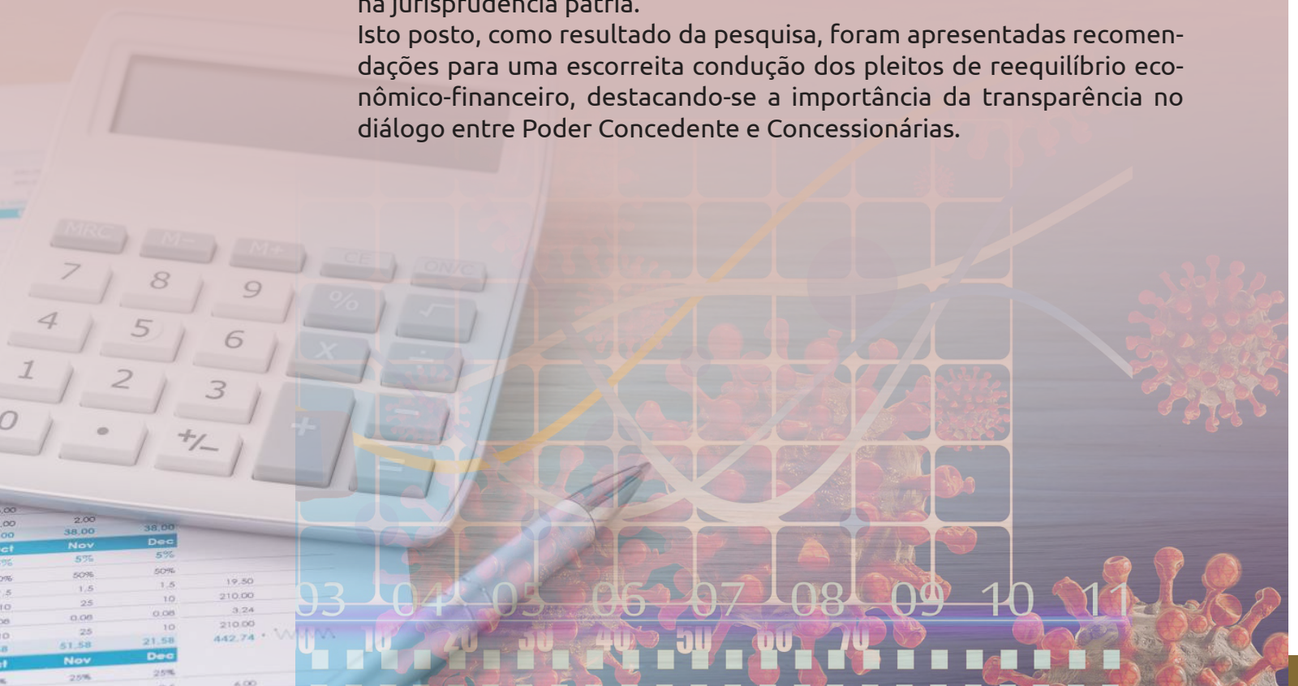
Para tal finalidade, foram apresentados parâmetros para aferição do equilíbrio econômico-financeiro, como: a Taxa Interna de Retorno - TIR, a TIR Modificada - TIRM, o Valor Presente Líquido – VPL, o Payback e a Exposição Máxima de Caixa.

Verificou-se que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão passa pela modificação das vantagens do particular ou alteração de seus encargos.

Para tanto, foram apresentadas as principais características, sob o viés de impacto no usuário ou no Poder Concedente, das formas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro mais tradicionais, como: alteração do valor das tarifas, indenização pelo Poder Concedente, alteração de encargos, dilação do prazo de concessão e alteração do plano de investimentos.

O Fluxo de Caixa Marginal (FCM) foi apresentado como mecanismo para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão, contemplando o histórico de sua utilização e a repercussão na jurisprudência pátria.

Isto posto, como resultado da pesquisa, foram apresentadas recomendações para uma escorreita condução dos pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro, destacando-se a importância da transparência no diálogo entre Poder Concedente e Concessionárias.



REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 35-66, maio/ago. 2013.

BRASIL. **Lei 10.233 de 05 de junho de 2001**. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/L10233.htmcompilado.htm. Acesso em: 17 nov. 2021.

BRASIL. **Lei 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm. Acesso em: 29 jun. 2020.

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, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 29 jun. 2020.

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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 29 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Infraestrutura. Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC). **Resolução nº 355, de 17 de março de 2015**. Dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal. Disponível em: https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2015/resolucao-no-355-de-17-03-2015. Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL. Ministério da Infraestrutura. Agência Nacional de Transporte Terrestre (ANTT). **Resolução nº 3.651, de 7 de abril de 2011**. Aprova a metodologia de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias federais concedidas, em decorrência de novas obras e serviços. (Alteração da redação dada pela Resolução 4339/2014/DG/ANTT/MT). Disponível em: https://anttlegis.antt.gov.br/action/UrlPublicasAction.php?acao=abrirAtoPublico&num_ato=00003651&sgl_tipo=RES&sgl_orgao=DG/ANTT/MT&vlr_ano=2011&seq_ato=000. Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL. Ministério da Infraestrutura. Agência Nacional de Transporte Terrestre (ANTT). **Resolução nº 5.850, de 16 de julho de 2019**. Estabelece os procedimentos a serem observados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT para o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias. Disponível em: https://anttlegis.antt.gov.br/action/UrlPublicasAction.php?acao=abrirAtoPublico&sgl_tipo=RES&num_ato=00005850&seq_ato=000&vlr_ano=2019&sgl_orgao=DG/ANTT/MI. Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL. Ministério da Infraestrutura. Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ). **Resolução nº 3.220, de 8 de janeiro de 2014**. Aprova a norma que estabelece procedimentos para a elaboração de projetos de arrendamentos e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamento de áreas e instalações portuárias nos portos organizados. Disponível em: http://sophia.antaq.gov.br/terminal/Resultado/ListarLegislacao?guid=1637165385350. Acesso em: 17 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 101/2007**, Plenário, Ata 05/2007.. Entidades: Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão, e dos Transportes e Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT. Relator: Min. Augusto Nardes, 7 de fevereiro de 2007.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 157/2012**, Plenário, Ata 3/2012.. Entidade: Agência Nacional de Aviação Civil (Anac). Relator: Min. Aroldo Cedraz, 1 de fevereiro de 2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2.200/2015**, Plenário, Ata 35/2015.. Entidade: Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR) e Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq). Relatora: Min. Ana Arraes, 2 de setembro de 2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2.759/2012**, Plenário, Ata 40.. Relator: Min. José Múcio Monteiro, 10 de outubro de 2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Regulação de serviços públicos e controle externo**. Brasília, DF: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008. 496 p. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/regulacao-de-servicos-publicos-e-controle-externo.htm. Acesso em: 16 nov. 2021.

CAGGIANO, Heloísa Conrado; BORDA, Danyara Barros Tarja. Análise do mecanismo de fluxo de caixa marginal em contratos de concessão a partir da jurisprudência do Tribunal de Contas da União. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 149-167. ISBN 978-85-450-0168-3.

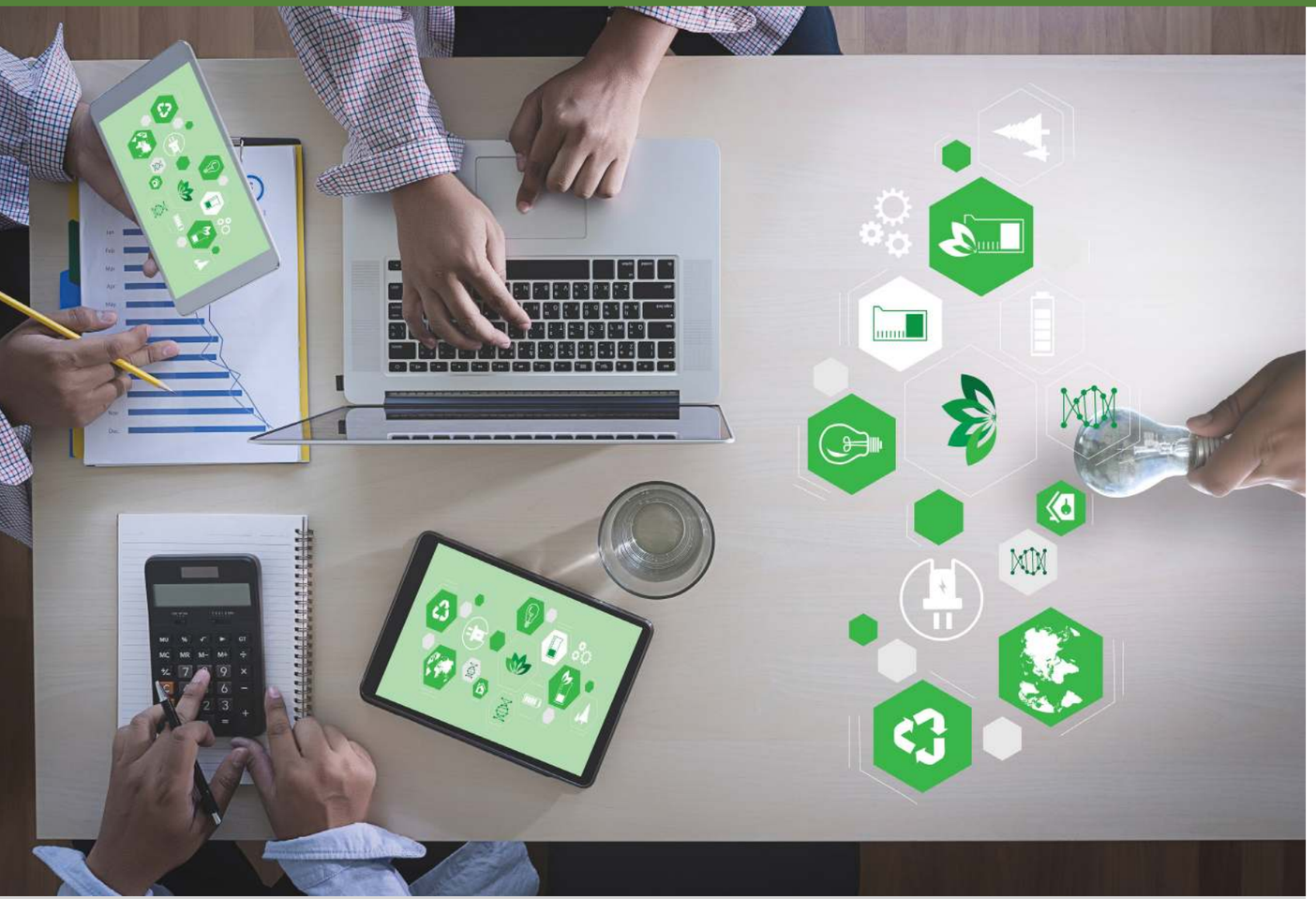
GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 89-108.

JUSTEN FILHO, Marçal. A ampliação do prazo contratual em concessões de serviço público. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, v. 4, n. 23, p. 109-111, mar./abr. 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. O equilíbrio econômico e financeiro nas concessões: dinamismo e segurança jurídica na experiência Brasileira. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro**: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 135-157.

MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos administrativos de longo prazo: a lógica de seu equilíbrio econômico-financeiro. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 79-88. ISBN 978-85-450-0168-3.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUZELA, Rafaella Peçanha. Contratos administrativos de longo prazo, equilíbrio econômico-financeiro e Taxa Interna de Retorno (TIR). In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 337-356. ISBN 978-85-450-0168-3.



A POLÍTICA NACIONAL DE PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS (LEI Nº 14.119/21): instrumento de incentivo para o desenvolvimento sustentável

Fernanda Greco Laureano
Mestre em Direito pela UNIRIO - Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro
Analista de Controle Externo lotada na Coordenadoria de Auditoria de Políticas em Saneamento e Meio Ambiente

Rita de Cássia C. G. Oliveira
Pós-graduada em Meio Ambiente pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - COPPE/UFRJ
Técnica de Controle Externo lotada na Coordenadoria de Auditoria de Políticas em Saneamento e Meio Ambiente

Resumo: Trata-se de artigo teórico que busca apresentar a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais (PNPSA), instituída pela Lei nº 14.119, de 13 de janeiro de 2021. Diante dos resultados divulgados no último relatório sobre mudança climática das Nações Unidas, o estabelecimento de um marco legal para regulamentar o pagamento por serviços ambientais mostra-se de suma importância para o desenvolvimento sustentável do país. A PNPSA fundamenta-se nos princípios do poluidor-pagador e do protetor-recebedor, promovendo o alinhamento entre os diversos agentes que usam e preservam os serviços ecossistêmicos. A metodologia utilizada foi a realização de uma revisão bibliográfica sobre políticas públicas ambientais de incentivo financeiro, serviços ecossistêmicos e pagamento por serviços ambientais no Brasil. Ao final, estima-se contribuir para as discussões sobre a necessidade de implementação de políticas públicas de incentivo à proteção do meio ambiente, internalizando o ônus da preservação.

Palavras-chave: Política Pública Ambiental; Serviços Ecossistêmicos; Pagamento por Serviços Ambientais; Lei nº 14.119/21; Desenvolvimento Sustentável.

Abstract: *This is a theoretical article that searches to present the National Policy on Payment for Environmental Services, established by Act n. 14.119 of January 13, 2021. Considering the results disclosed in the last report on climate change by the United Nations, the establishment of a legal framework to regulate payment for environmental services is of paramount importance for the country's sustainable development. This national policy is based on the polluter-payer and the protector-receiver principles, promoting alignment between the different agents that use and preserve ecosystem services. The methodology used was to carry out a literature review on environmental public policies on financial incentives, ecosystem services and payment for environmental services in Brazil. In the end, it is expected to contribute to discussions on the need to implement public policies to encourage environmental protection, internalizing the burden of preservation.*

Keywords: *Environmental Public Policy; Ecosystem Services; Payment for Environmental Services; Act n. 14.119/21; Sustainable development.*

1. INTRODUÇÃO

Com a divulgação do Relatório Mudança Climática 2021: a base das Ciências Físicas pela Organização das Nações Unidas (ONU), no dia 9 de agosto de 2021, a comunidade acadêmica deixou claro que o desenvolvimento sustentável é essencial para o planeta. O novo Relatório sobre Mudanças Climáticas da ONU prevê que "a temperatura global da superfície terrestre continuará aumentando até pelo menos meados deste século, considerando todos os cenários de emissões" com fortes impactos sobre os oceanos, geleiras e no nível dos mares.

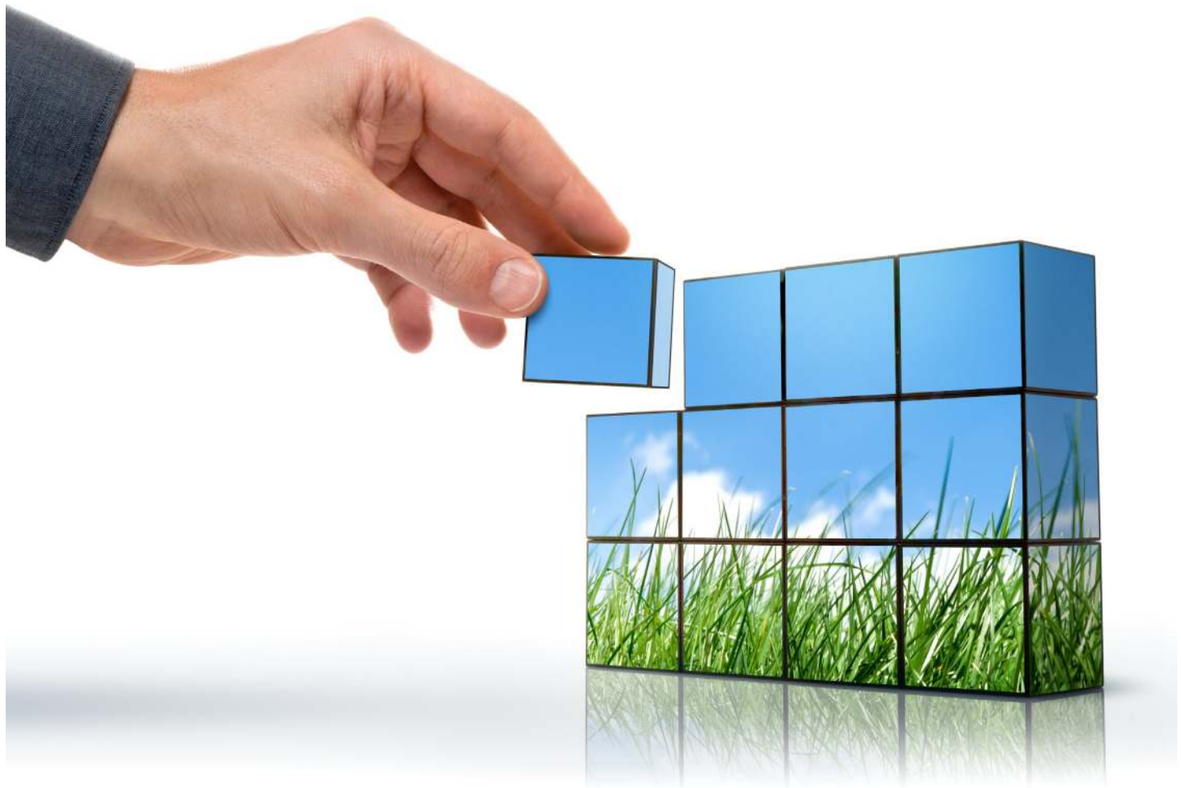
O estudo expõe a inequívoca influência do homem no processo de aquecimento da Terra, cujas mudanças já podem ser sentidas em todo o globo com ondas de calor, chuvas fortes, inundações e ciclones tropicais de maior intensidade e em lugares atípicos.

As ousadas medidas propostas pela ONU nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) demonstram o tamanho do desafio que teremos que enfrentar para realizar, em especial, o ODS 13 – Ação Contra a Mudança Global do Clima. O estágio de degradação ambiental que alcançamos demanda ações positivas, contundentes e imediatas. Apenas deixar de poluir não é mais suficiente. Restaurar, restabelecer e recuperar são ações fundamentais.

Em âmbito nacional, é importante destacar que a Constituição da República alçou o meio ambiente ecologicamente equilibrado em seu rol de direitos fundamentais de terceira geração, nos termos do art. 225 (FERRAZ, 2017). Dessa forma, a defesa e a preservação do meio ambiente para a presente e futuras gerações encontra-se positivada no ordenamento nacional desde 1988.

Contudo, a simples previsão do direito no texto constitucional ou em documento de cooperação internacional, como os ODS, não garante ao cidadão o seu pleno exercício (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 30). O gozo do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, principalmente, a possibilidade de gozo desse direito pelas futuras gerações exige do Poder Público e da atual geração o engajamento em políticas públicas de proteção ao meio ambiente, preservação dos recursos naturais e restauração dos ecossistemas já degradados.

Assim, a realização do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado impõe a análise do desenvolvimento sustentável também pela perspectiva fiscal. Isso ocorre porque o viés da sustentabilidade ambiental e fiscal em prol do desenvolvimento estão intrinsecamente ligados. Não obstante a efetividade dos direitos e liberdades fundamentais ser a principal função do Estado Democrático de Direito (RIBAS; PINHEIRO, 2018, p. 242), a implementação das políticas públicas para sua realização é limitada devido à escassez de recursos.



A ausência de recursos orçamentários que financiem as ferramentas de garantias e de provisão dos direitos coloca em risco o direito em si, sendo, portanto, inevitável a constatação de que, sem previsão orçamentária, o sistema de direitos e garantias tende a tornar-se inócuo:

> Levar em consideração o custo dos direitos, portanto, é pensar mais ou menos como uma autoridade do governo que se pergunta como distribuir recursos limitados de modo inteligente, sempre em vista de uma larga gama de bens públicos. Os direitos jurídicos têm um "custo de oportunidade": quando são impostos, outros bens valiosos (inclusive outros direitos) têm de ser deixados de lado, pois os recursos consumidos na imposição dos direitos são escassos – não são superabundantes. (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 190)

A título de exemplo, destacamos a análise realizada pelo Observatório do Clima (MENEGASSI, 2021) acerca dos gastos do Governo Federal com meio ambiente, na qual se apontou que o Projeto de Lei Orçamentária Anual (PLOA) de 2021 apresentava uma redução de 56,2% dos valores destinados ao Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio) e ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) em relação ao montante autorizado em 2019. O Observatório verificou, também, um corte de 61,5% em relação ao orçamento de 2018 para o programa de apoio à criação, gestão e implementação de Unidades de Conservação do ICMBio, além de uma queda de 27,4% em relação a 2020 para fiscalização e combate a incêndios florestais.

Outrossim, o estudo desenvolvido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, que examinou o dimensionamento e o comportamento dos gastos ambientais realizados no Brasil no período de 2001 a 2018, concluiu que:

> Nesse período, o governo federal gastou nessa área uma média de R$ 5,9 bilhões/ano, o que corresponde ao total de R$ 106,7 bilhões no período. Isso representa, em média, 0,10% do produto interno bruto (PIB)/ano e 0,25% do gasto total do governo federal/ ano. Ou, ainda, a gastos no montante de R$ 30,43 per capita/ano. Os maiores gastos foram praticamente compartilhados em três temas: i) manejo de recursos aquáticos, em especial com o pagamento do seguro-defeso ao pescador artesanal (25,65%); ii) outras atividades de proteção ambiental, que incluem a gestão do Ministério do Meio Ambiente (MMA) e de instituições vinculadas (25,63%); e iii) gestão de efluentes líquidos e águas residuais (24,73%). Comparado com outros países latino-americanos, os gastos em proteção do meio ambiente do Brasil são, proporcionalmente, pequenos, o que indica que os governos brasileiros que se sucederam deram baixa prioridade orçamentária às políticas ambientais. (VIANA et al., 2020)

Diante deste cenário de contingenciamento financeiro, o planejamento das políticas ambientais deve buscar não só resultados ambientalmente legítimos, como também a fonte de financiamento para as despesas associadas a essa persecução (RIBAS; PINHEIRO, 2018).

> "Assim como os recursos naturais são escassos e sua garantia para gerações futuras depende da racionalização de sua utilização, a garantia da máxima realização dos direitos fundamentais em um ambiente limitado de ingresso de recursos públicos depende do emprego da racionalidade na administração das despesas." (RIBAS; PINHEIRO, 2018)

Diante da escassez de recursos que impõe escolhas estratégicas ao administrador público, este artigo se propõe a examinar a política pública de incentivo financeiro, instituída pela Lei Federal nº 14.119/21, qual seja: o pagamento por serviços ambientais, como instrumento financeiro capaz de impactar positivamente os serviços ecossistêmicos.

2. SERVIÇOS ECOSSISTÊMICOS

A natureza é um bem de valor inestimável para a humanidade e o seu desequilíbrio coloca em risco a própria vida humana. Contudo, a relação que parece existir entre o homem e o meio ambiente não reflete essa dependência, uma vez que a sociedade atual consome irracionalmente os recursos naturais.

Não é por outra razão que, na economia clássica, o meio ambiente era percebido como uma fonte de recursos inesgotável e de aproveitamento imediato. No entanto, a intensificação das transformações produzidas nos sistemas naturais no século XX e as prováveis consequências dessas mudanças para a economia e para a vida, demonstradas nos relatórios de mudança climática da ONU, ensejou a adoção de novas percepções sobre a relação entre os ecossistemas e o bem-estar humano.

Nas palavras da Agência Europeia do Ambiente (EEA, 2010, p. 5):

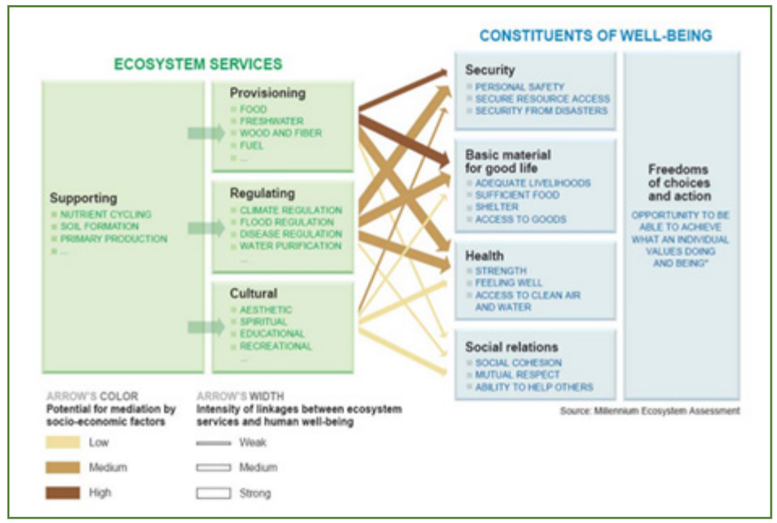
> Até há pouco tempo, os argumentos em favor da conservação das espécies e dos habitats eram baseados antes de mais em questões como a sua singularidade evolutiva, raridade ou ameaça de extinção. Hoje estes argumentos também incluem a forma como a manutenção da biodiversidade beneficia diretamente as pessoas e contribui para o bem-estar e a qualidade de vida.

A adoção de uma abordagem do meio ambiente como provedor de serviços essenciais ao bem-estar humano, sejam eles materiais ou imateriais, resultantes da existência e do equilíbrio dos ecossistemas, mostra-se um caminho viável para chamar a atenção das principais economias mundiais para os perigos que a escassez dos serviços ecossistêmicos pode gerar (ALARSA, 2019).
Os serviços ecossistêmicos foram conceituados no ordenamento brasileiro (art. 2º, II, da Lei 14.119/21) como sendo os benefícios relevantes para a sociedade gerados pelos ecossistemas, em termos de manutenção, recuperação ou melhoria das condições ambientais e está dividido nas seguintes modalidades:

a) **serviços de provisão**: os que fornecem bens ou produtos ambientais utilizados pelo ser humano para consumo ou comercialização, tais como água, alimentos, madeira, fibras e extratos, entre outros;
b) **serviços de suporte**: os que mantêm a perenidade da vida na Terra, tais como a ciclagem de nutrientes, a decomposição de resíduos, a produção, a manutenção ou a renovação da fertilidade do solo, a polinização, a dispersão de sementes, o controle de populações de potenciais pragas e de vetores potenciais de doenças humanas, a proteção contra a radiação solar ultravioleta e a manutenção da biodiversidade e do patrimônio genético;
c) **serviços de regulação**: os que concorrem para a manutenção da estabilidade dos processos ecossistêmicos, tais como o sequestro de carbono, a purificação do ar, a moderação de eventos climáticos extremos, a manutenção do equilíbrio do ciclo hidrológico, a minimização de enchentes e secas e o controle dos processos críticos de erosão e de deslizamento de encostas;
d) **serviços culturais**: os que constituem benefícios não materiais providos pelos ecossistemas, por meio da recreação, do turismo, da identidade cultural, de experiências espirituais e estéticas e do desenvolvimento intelectual, entre outros.

No relatório de Avaliação dos Ecossistemas do Milênio (2005), foram demonstradas as relações entre as categorias de serviços dos ecossistemas e os principais componentes do bem-estar humano:

Figura A. Ligações entre os Serviços dos Ecossistemas e o Bem-Estar Humano



Fonte: Avaliação dos Ecossistemas do Milênio

Nesta concepção, os serviços ecossistêmicos possibilitam o desenvolvimento de novas políticas ambientais (CARNEIRO; SOUSA, 2020) baseadas em princípios que fundamentam a implementação de mecanismos financeiros, tanto para os potenciais poluidores quanto para aqueles que protegem o meio ambiente.



3. POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCENTIVO FINANCEIRO E OS PRINCÍPIOS DO POLUIDOR-PAGADOR E DO PROTETOR-RECEBEDOR

A necessidade de internalização das externalidades negativas e positivas geradas ao meio ambiente pela ação do homem faz com que o Poder Público desenhe políticas públicas por meio de instrumentos econômicos para induzir a adoção de comportamentos desejados, estimulando condutas de preservação ou inibindo as poluidoras (ALTMANN, 2012).
Um dos primeiros mecanismos econômicos de indução de comportamento utilizados sob o viés ambiental foi a tributação. Os objetivos extrafiscais de tributos, como a Taxa de Coleta de Lixo ou alíquotas diferenciadas conforme o potencial poluente de determinada atividade, legitimam a utilização de normas tributárias com finalidade indutora.
Outro exemplo de instrumento econômico de internalização de externalidade negativa com que o agente poluidor deve arcar é a cobrança pelo uso da água. Prevista na Lei nº 9.433/97, a cobrança pelo uso de recursos hídricos objetiva reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor, além de incentivar a racionalização pelo seu uso.
Por outro lado, há políticas de incentivo que buscam retribuir àquele agente que preserva ou contribui para a restauração do meio ambiente. A instituição de mecanismos como o ICMS Ecológico, que confere maior porcentagem dos valores arrecadados com o ICMS aos Municípios que adotem práticas ecologicamente relevantes, e o Pagamento por Serviços Ambientais (PSA), que visa retribuir quem preserva os ecossistemas, garantindo o fluxo de serviços ecossistêmicos, são alguns exemplos.
Em ambos os casos, busca-se reconhecer e atribuir responsabilidade ao indivíduo pelas suas ações, sejam positivas ou negativas, conferindo efetividade ao texto constitucional que, no seu art. 225, atribuí o dever de defesa e preservação do meio ambiente não só ao Poder Público, mas a toda a coletividade.
Nesse contexto, as políticas ambientais de incentivo econômico retiram seu fundamento de validade nos princípios do poluidor-pagador (art. 4º, VII, da Lei nº 6.938/81) e o do protetor-recebedor (art. 6º, II, da Lei nº 12.305/10).
Conforme salienta Altmann (2012), "a concepção da poluição enquanto externalidade negativa foi crucial para o desenvolvimento do Princípio do Poluidor-Paga-

dor, princípio-chave do Direito Ambiental Internacional". Igualmente, a identificação dos serviços ecossistêmicos como externalidades positivas a serem internalizadas permite, não só a valorização desses serviços essenciais à sustentabilidade do planeta como, também, a consolidação do conceito de protetor-recebedor.

Enquanto o princípio do poluidor-pagador busca responsabilizar o causador do dano e inibir condutas poluidoras através do aumento do custo para sua realização, diminuindo o ônus gerado à coletividade pela atividade poluidora, o princípio do protetor-recebedor pretende incentivar as "soluções alternativas, menos nocivas para a biodiversidade, para realizar a mesma função econômica, socialmente interessante, mas ambientalmente onerosa" (ARAGÃO, 2012, p. 17).

Idealizado na Conferência de Estocolmo de 1972, o princípio do poluidor-pagador consagrou o Direito Ambiental em âmbito mundial (MARTINS, 2011). Contudo, com a intensificação da ação humana sobre a natureza, observou-se que, em determinados casos, ele não é suficiente para proteger o meio ambiente, já que a degradação acaba por ocorrer e os custos ambientais de uma área degradada podem ultrapassar os recursos financeiros pagos pelo poluidor. Portanto, mostrou-se necessário buscar soluções mais efetivas, cujo propósito é incentivar e promover condutas ambientalmente sustentáveis. Assim, o princípio do protetor-recebedor objetiva complementar ou substituir a tradicional atuação de comando e controle do Poder Públicos para promover cultura de ações positivas (ALTMANN, 2012).

O princípio do protetor-recebedor é também um agente de justiça econômica no contexto da valorização dos serviços ambientais prestados voluntariamente por uma população ou sociedade que é remunerada economicamente por essa prestação de serviços.

Nesse contexto, é imperioso trazer à discussão o sistema de Pagamento por Serviços Ambientais (PSA), uma das principais políticas de incentivos econômicos que instrumentaliza a valoração dos serviços ecossistêmicos.



4. POLÍTICA NACIONAL DE PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS

O Pagamento por Serviços Ambientais (PSA) foi elevado ao status de política nacional, a partir da promulgação da Política Nacional de Pagamento por serviços ambientais (PNPSA), de que trata a Lei nº 14.119, de 13/01/2021. Anteriormente, apesar do amparo normativo no art. 41 do Código Florestal de 2012 (Lei nº 12.651/12), o PSA carecia de regulamentação (AHRENS; AHRENS, 2015).

Embora alguns autores se refiram aos serviços ambientais como sinônimos de serviços ecossistêmicos (GUEDES; SEEHUSEN, 2011; TITO; ORTIZ, 2013; WUNDER, 2005), a Lei nº 14.119/21 conceituou-os distintamente. Assim, os serviços ecossistêmicos devem ser compreendidos como a contribuição da natureza para as sociedades, enquanto os serviços ambientais como as ações humanas que melhoram os serviços ecossistêmicos.

Tendência mundial como instrumento indutor do desenvolvimento sustentável, o PSA tem por uma de suas finalidades conscientizar os beneficiários dos serviços ambientais sobre sua importância. Outro objetivo do PSA é valorizar quem contribui diretamente para sua preservação (CARNEIRO; SOUSA, 2020).

Nesse sentido, a primeira diretriz apresentada no art. 5º, da Lei nº 14.119/21 refere-se ao atendimento ao princípio do provedor-recebedor, que tem sua gênese no princípio do protetor-recebedor. Assim, busca-se compensar o agente provedor do desequilíbrio decorrente do custo de oportunidade experimentado, quando, por exemplo, opta por manter intacto determinado espaço ambientalmente relevante em detrimento do uso da terra para a lavoura ou pastagens (ARAGÃO, 2012).

Tendo em vista a complexidade e multidimensionalidade dos serviços ecossistêmicos, envolvendo pelo menos a dimensão ambiental, social, econômica, política e institucional (PAIVA SOBRINHO et al., 2019), a Lei nº 14.119/21 estabeleceu um conceito amplo de pagamento por serviços ambientais sem definir o objeto da transação, que se caracteriza pela voluntariedade.

Assim, a PNPSA prevê modalidades apenas exemplificativas em seu art. 3º:

> I - pagamento direto, monetário ou não monetário;
> II - prestação de melhorias sociais a comunidades rurais e urbanas;
> III - compensação vinculada a certificado de redução de emissões por desmatamento e degradação;
> IV - títulos verdes (green bonds);
> V - comodato;
> VI - Cota de Reserva Ambiental (CRA).

Outrossim, a Lei nº 14.119/21 autorizou que as receitas oriundas da cobrança pelo uso dos recursos hídricos de que trata a Lei nº 9.433/97 sejam destinadas a ações de PSA que promovam a conservação e a melhoria da quantidade e da qualidade dos recursos hídricos. Essa previsão normativa fortalece um dos principais programas de PSA no Brasil, relacionado à proteção das bacias hidrográficas de importância estratégica para o país, o Programa Produtor de Águas, da Agência Nacional de Águas (ANA) (CARNEIRO; SOUSA, 2020).

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, destacamos o Programa Produtor de Água e Floresta (PAF), implantado em 2009, na bacia do Rio Guandu, em especial, na microbacia piloto, a Bacia do Rio das Pedras, localizada em Lídice, distrito de Rio Claro. O projeto é desenvolvido pela Secretaria de Estado do Ambiente e Sustentabilidade, pela Prefeitura Municipal de Rio Claro, pela The Nature Conservancy, pelo Comitê de Bacia Hidrográfica do Rio Guandu e pelo Instituto da Terra de Preservação Ambiental (ITPA) e com o apoio da ANA.

Em 2015, o ITPA publicou o livro "Pagamento Por Serviços Ambientais: da teoria à prática", apresentando a modelagem do PAF e os principais resultados alcançados no período de 2009-2013, dentre os quais destacamos os impactos ecológicos observados por meio do monitoramento por imagens de satélite das áreas de restauração, comprovando o incremento florestal em diversos trechos da bacia.

O sucesso do PAF em Rio Claro ensejou a ampliação do programa para toda a Região Hidrográfica II – Guandu e a aprovação da aplicação mínima de 3,5% do orçamento anual do Comitê Guandu em projetos de PSA (INEA, 2015).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há mais de cinco décadas, a ONU vem alertando o mundo que o nível de degradação das fontes de recursos naturais ameaça a própria subsistência humana. A Conferência de Estocolmo em 1972 foi um grande marco para a mudança da perspectiva do meio ambiente como fonte inesgotável de recursos, para objeto de direito a ser tutelado por todas as nações (MODENA; BRANCHER, 2012).

Não obstante, as limitações orçamentárias e financeiras que o Poder Público enfrenta para realização de todos os direitos fundamentais prescritos na Carta Magna (GALDINO; 2002) fazem com que alternativas ao dispêndio de recursos e/ou soluções financeira e ambientalmente eficientes sejam almejadas.

Nesse contexto, a consolidação do princípio do poluidor-pagador que visa minimizar falhas de mercado geradoras de externalidades e a evolução do seu consectário, o princípio do protetor-recebedor, demonstram que à visão meramente retributiva desses princípios foi incorporada uma dimensão ética de prevenção.

A partir das premissas teóricas desenvolvidas neste artigo, foi trazida à discussão a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais, prevista na Lei nº 14.119/21, como um exemplo de política pública ambiental de incentivo financeiro, que se lastreia efetivamente nos princípios do poluidor-pagador e protetor-recebedor, em suas dimensões redistributiva e, principalmente, preventiva e fomentadora.

Apesar de a Lei nº 14.119/21 não ter introduzido o PSA no ordenamento brasileiro, já que o art. 41 do Código Florestal de 2012 aborda o tema, a promulgação de um marco legal para regulamentar e nortear a implementação da política pública de PSA reitera a importância desse instrumento para o avanço do desenvolvimento sustentável do país.

Sendo assim, com a promulgação da PNPSA, múltiplas possibilidades de políticas públicas ambientais devem ser desenvolvidas e implementadas, estimulando a conservação dos ecossistemas, a partir da valorização econômica das iniciativas de preservação.



REFERÊNCIAS

AGÊNCIA EUROPEIA DO AMBIENTE. Ecosystem accounting and the cost of biodiversity losses: the case of coastal Mediterranean wetlands.. **EEA Technical Report**, Copenhagem, n. 3, 96 p., 2010. ISSN 1725-2237. Disponível em: www.eea.europa.eu/publications/ecosystem-accounting-and-the-cost. Acesso em: 30 set. 2021.

AHRENS, Sergio; AHRENS, Caroline. A previsão normativa para o pagamento 31 por serviços ambientais no código florestal brasileiro. In: PARRON, Lucilia Maria; GARCIA, Junior Ruiz; OLIVEIRA, Edilson Batista de; BROWN, George Gardner; PRADO, Rachel Bardy (ed.). **Serviços Ambientais em Sistemas Agrícolas e Florestais do Bioma Mata Atlântica**. Brasília: Embrapa, 2015. cap. 31, p. 349 - 356. Disponível em: https://ainfo.cnptia.embrapa.br/digital/bitstream/item/130041/1/AHRENS-LivroServicosAmbientais-Cap31.pdf. Acesso em: 11 out. 2021.

ALTMANN, Alexandre. Princípio do Preservador-Recebedor: contribuições para a consolidação de um novo princípio de direito ambiental a partir do sistema de pagamento por serviços ambientais. In: SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da (Org.). **Princípios do direito ambiental: Atualidades**. Caxias do Sul: Educs. 2012.

ALARSA, Cecília. **Aspectos do Meio Ambiente Físico no Cenário dos Serviços Ecossistêmicos**. Orientador: Carlos Colangelo. 2019. 83 f. Dissertação (Mestrado em Geografia Física) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8135/tde-09122019-174640/publico/2019_CeciliaAlarsa_VCorr.pdf. Acesso em: 30 set. 2021.

ARAGÃO, Alexandra. A natureza não tem preço... mas devia: o dever de valorar e pagar os serviços dos ecossistemas. In: OTERO, Paulo; SOUSA, Marcelo Rebelo de; QUADROS, Fausto de (coord.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, v. 4, p. 11-41.

AVALIAÇÃO ECOSSISTÊMICA DO MILÊNIO. **Relatório-Síntese da Avaliação Ecossistêmica do Milênio**. Washington, DC: Millennium Ecosystem Assessment (MA), 2005. Disponível em: http://www.millenniumassessment.org/documents/document.446.aspx.pdf. Acesso em: 30 set. 2021.

CARNEIRO, Juliana Paula Sá; SOUSA, Joyce Silvestre de. Pagamento de serviços ambientais: uma análise sobre sua implantação. **Revista Meio Ambiente e Sustentabilidade**, v. 9, n. 18, jan./jun. 2020. Disponível em: https://www.revistasuninter.com/revistameioambiente/index.php/meioAmbiente/article/view/904. Acesso em: 30 set. 2021.

CASTELLO BRANCO, Maurício Ruiz. **Pagamento por serviços ambientais**: da teoria à prática. Rio Claro, RJ: Instituto Terra de Preservação Ambiental - ITPA, 2015. 188 p. Disponível em: http://www.inea.rj.gov.br/cs/groups/public/@inter_digat_geget/documents/document/zwew/mtew/~edisp/inea0110596.pdf. Acesso em: 11 out. 2021.

FERRAZ, Catarina. O meio ambiente na Constituição de 1988: uma análise histórica e normativa. **Jus.com.br**, mar. 2017. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/56799/o-meio-ambiente-na-constituicao-de-1988. Acesso em: 4 out. 2021.

GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 562 p.

GUEDES, Fátima Becker; SEEHUSEN, Susan Edda. (org.). **Pagamentos por serviços ambientais na Mata Atlântica**: lições aprendidas e desafios. 2. ed. Brasília, DF: MMA, 2011. 272 p. (Série Biodiversidade, 42). Disponível em: https://ciliosdoribeira.org.br/sites/ciliosdoribeira.org.br/files/arquivos/pagamentos_por_servicos_ambientais_na_mata_atlantica_2edicao_revisada.pdf. Acesso em: 11 out. 2021.

HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass R. **O Custo dos Direitos: por que a liberdade depende dos impostos**; tradução de Marcelo Brandão Cipolla. **São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.**

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. IBGE divulga as estimativas da população dos municípios para 2019. Agência IBGE Notícias, 28 ago. 2019. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/25278-ibge-divulga-as-estimativas-da-populacao-dos-municipios-para-2019. Acesso em: 11 out. 2011.

INSTITUTO ESTADUAL DO AMBIENTE. Projeto Produtores de Água e Floresta (PAF). Rio de Janeiro: INEA, 2015. Disponível em: http://www.inea.rj.gov.br/Portal/Agendas/GESTAODEAGUAS/PagamentosproServiosAmbientais/ProjetosdePSA/ProjetoProdutores/index.htm%26lang=#ad-image-0. Acesso em: 11 out. 2021.

INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. Climate Change 2021: the physical science basis. Nairobi, Kenya: United Nations, 7 Aug. 2021. Disponível em: https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/downloads/report/IPCC_AR6_WGI_Full_Report.pdf. Acesso em: 16 nov. 2021.

MARTINS, Juliana Xavier Fernandes. A importância dos Princípios Constitucionais Ambientais na Efetivação da Proteção do Meio Ambiente. Revista Científica ANAP Brasil, v. 1, n. 1, 2011. Disponível em: https://publicacoes.amigosdanatureza.org.br/index.php/ANAP_Brasil/article/view/3. Acesso em: 11 out. 2021.

MENEGASSI, Duda. Ministério do Meio Ambiente tem menor orçamento das últimas duas décadas. ((o))eco, 24 jan. 2021. Disponível em: https://www.oeco.org.br/noticias/ministerio-do-meio-ambiente-tem-menor-orcamento-das-ultimas-duas-decadas/. Acesso em: 4 out. 2021.

MODENA, César Augusto; BRANCHER, Deise Salton. A formação do direito ambiental a partir das conferências de Estocolmo e Rio de Janeiro. Revista da Faculdade de Direito da UFG, v.36, n. 1, p. 143-160, jan./jun. 2012. Disponível em: https://www.revistas.ufg.br/revfd. Acesso em: 13 out. 2021.

PAIVA SOBRINHO, Ranulfo; GARCIA, Junior Ruiz; MAIA, Alexandre Gori e ROMEIRO, Ademar Ribeiro. 2019. Tecnologia Blockchain: inovação em Pagamentos por Serviços Ambientais. Estudos Avançados, v. 33, n. 95, p. 151-175, jan./jun. 2019. Disponível em: https://www.scielo.br/j/ea/a/WGHp7JjfvZHhb8pfJ99Mwkq/?format=html. Acesso em: 11 out. 2021.

RIBAS, Lídia Maria; PINHEIRO, Hendrick. Taxa de resíduos sólidos como instrumento para promoção do Direito Fundamental ao Meio Ambiente Equilibrado. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 10, n. 2, p. 233-260, maio/ago. 2019. DOI: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v10i2.23915 Disponível em: https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/23915. Acesso em: 13 ago. 2020.

TITO, Marcos Rugnitz; ORTIZ, Ramon Arigoni. **Pagamentos por serviços ambientais**: desafios para estimular a demanda empresarial. Brasília, DF: MMA, 2013. 52 p. (Projeto Apoio aos Diálogos Setoriais EU-Brasil.). Disponível em: http://sectordialogues.org/sites/default/files/mmaa_-_publicacao_-_5_convocatoria_-_portugues.pdf. Acesso em: 11 out. 2021.

VIANA, João Paulo; MOURA, Adriana Maria Magalhães de; KLUG, Letícia Becalli; SANTANA, Juliana Ferreira de; DIABATÉ, Reycha Sabana. **Dimensionamento e comportamento dos gastos ambientais do Governo Federal**: 2001 a 2018. Brasília, DF: Ipea, nov. 2020. 106 p. T(exto para Discussão, 2609). Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2609.pdf. Acesso em: 4 out. 2021.

VILAR, Mariana Barbosa; BUSTAMANTE, Juliana; RUIZ, Maurício. Produtores de Água e Floresta, Rio Claro, Rio de Janeiro. In: TUBBS FILHO, Decio; ANTUNES, Julio Cesar Oliveira e VETTORAZZI, Janaina Silva (org.). **Bacia Hidrográfica dos Rios Guandu, da Guarda e Guandu-Mirim:** experiências para a gestão dos recursos hídricos. Rio de Janeiro: INEA, 2012. p. 273-291. Disponível em: http://www.inea.rj.gov.br/wp-content/uploads/2019/01/Livro_Bacia-Hidrogr%C3%A1fica-dos-Rios-Guandu-da-Guarda-e-Guandu-Mirim.pdf. Acesso em: 11 out. 2021.

WUNDER, Sven. Payments for environmental services: some nuts and bolts. **CIFOR, Occasional Paper**, n. 42, 32 p., 2005. Disponível em: https://www.cifor.org/publications/pdf_files/OccPapers/OP-42.pdf. Acesso em: 11 out. 2021.



CLASSIFICAÇÃO AUTOMATIZADA DE PRODUTOS DA NOTA FISCAL ELETRÔNICA DE COMPRAS PÚBLICAS

Bruno Mattos Souza de Souza Melo
Mestre em Engenharia de Sistemas pela Universidade de São Paulo - USP
Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro - TCE-RJ

Wellington de Souza Amaral
Mestre em Ciência da Computação pelo Centro Federal de Educação Tecnológica Celso Suckow da Fonseca - CEFET-RJ
Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro - TCE-RJ

Leonardo Silva de Lima
Doutor em Engenharia de Produção pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - COPPE/UFRJ
Universidade Federal do Paraná

Eduardo Bezerra da Silva
Doutor em Engenharia de Sistemas de Computação pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - COPPE/UFRJ
Centro Federal de Educação Tecnológica Celso Suckow da Fonseca - CEFET-RJ

Resumo: O problema de agrupamento e classificação de produtos quanto à sua natureza e similaridade, a partir das informações constantes das notas fiscais eletrônicas (NFE), é comum a todos os órgãos de controle do Brasil. Com o uso da base de dados das NFEs de produtos adquiridos pelo Estado do Rio de Janeiro, da base de dados de medicamentos autorizados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária e de técnicas de mineração de dados, desenvolveu-se uma metodologia para agrupar e classificar os bens e produtos farmacêuticos adquiridos por órgãos da administração pública fluminense. A contribuição imediata da metodologia desenvolvida é o aumento da capacidade analítica dos órgãos de controle de todo o Brasil na fiscalização das despesas relacionadas aos medicamentos adquiridos pela rede pública de saúde.

Palavras-chave: procedimentos analíticos aplicados ao controle externo; mineração de dados; agrupamento e classificação de despesas públicas; análise de grafos.

***Abstract**: The problem of grouping and classifying products as to their nature and similarity, based on the information contained in their electronic invoices (NFE), is common to all public control bodies in Brazil. Using the NFE database of products purchased by the State of Rio de Janeiro, the database of medicines authorized by ANVISA (the Brazilian counterpart of USA's FDA – Food and Drug Administration agency) and data mining techniques, a methodology was developed to group and classify products acquired by the public administration of the State Rio de Janeiro. The immediate contribution of the developed methodology is to increase the analytical capacity of the control bodies all over the country in the inspection of expenses related to drugs purchased by the public administration.*

***Keywords**: analytical procedures applied to external control; data mining; grouping and classification of public expenditures; graph analysis.*

1. INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, a maioria das transações comerciais no Brasil é estabelecida por meio da Nota Fiscal Eletrônica (NFE). Para transações comerciais destinadas a órgãos públicos, a emissão da NFE tornou-se obrigatória a partir de 2010 [Brasil, 2020]. Tais dados podem ser alvo para diferentes tipos de análise ou até mesmo ser empregados como base para geração de modelos preditivos. Poder-se-ia obter o preço médio de venda de um determinado produto (ou serviço), informação esta que pode ser utilizada para identificar discrepâncias nas aquisições. Um obstáculo para essa tarefa reside na característica observada nas descrições de itens de NFE. Não é raro encontrar descrições distintas em NFE distintas que referenciam um mesmo produto comercial. Associar tais descrições ao produto a que se referem não é uma tarefa trivial. A NFE é o documento digital, emitido e armazenado eletronicamente, com o intuito de documentar, para fins fiscais, uma operação de circulação de mercadorias ou uma prestação de serviços, ocorrida entre as partes. A NFE contém informações suficientes para identificar o produto ou serviço comercializado. Para esse fim, destacam-se os atributos "Nomenclatura Comum do Mercosul / Sistema Harmonizado (NCM/SH)", a "descrição", "CLEAN" e "CLEANTributavel".
Embora haja, no próprio sistema de nota fiscal eletrônica vigente, a previsão de classificar e individualizar os bens e produtos por meio da NCM/SH, essa classificação ainda não é suficiente para individualizar os produtos a fim de permitir, por exemplo, pesquisa de preços de maneira precisa. Grande parte dos atributos necessários para tal individualização está contida no campo "descrição" da nota fiscal eletrônica no qual as empresas emissoras informam, em linguagem natural, detalhes dos itens, bens e produtos comercializados.
Considere o exemplo da Tabela 1 a seguir, confeccionada a partir da base de dados de NFEs disponíveis ao TCE-RJ. A descrição de alguns produtos de idêntico código de NCM/SH ("3004.90.45"), cuja referência é "Paracetamol; bromoprida", evidencia o uso de linguagem natural na qual se encontram dispersos vários atributos relacionados à composição, embalagem, forma de apresentação e dosagem dos medicamentos que deverão ser utilizados na individualização e agrupamento dos produtos.

Tabela 1: Excerto dos produtos cujo NCM/SH é igual a "3009045" na base de dados da NFe.

Descrição do Produto	NCM/SH
**PARACETAMOL + CODEINA 500MG + 30MG - GEOLAB - Lote: 1710024 / 31/10/2019	30049045
CODEINA+PARACETAMOL 30MG/500MG	30049045
FOSFATO DE CODEINA+PARACETAMOL 30MG	30049045
PARACET + CODEINA 500/30 MG C/96 (A2) PARACETAMOL + FOSFATO DE CODEINA (A2)	30049045
PARACETAMOL + CODEINA (FOSFATO) 500MG + 30MG	30049045
PARACETAMOL + F. CODEINA 30 MG	30049045
AMINOFILINA 24MG/ML AMPOLA 10ML TEUTO	30049045
BROMOPRIDA 10MG	30049045
BROMOPRIDA 10MG (ITEM GENERICO) L: 17D45M Q: 1.600,0000 V: 30/04/19	30049045

Fonte: elaboração dos autores a partir da base de dados de nota fiscal eletrônica.

Dois campos da NFE são de particular relevância para o trabalho aqui proposto. O campo CLEAN corresponde ao número Global Trade Item Number (GTIN) contido na embalagem com código de barras. O campo CLEANTRIBUTAVEL corresponde ao número de GTIN da menor unidade comercializada no varejo identificável por código GTIN. Ele deve ser preenchido com GTIN contido na embalagem com código de barras. No caso de produtos comercializados por lote, nesse campo, será preenchido com o GTIN da menor unidade comercializada no varejo. Apesar de se poder classificar de forma clara e inequívoca um produto pelo GTIN, nem todos os produtos possuem GTIN e o emissor da NFE não é obrigado a preencher os campos CLEAN e CLEANTRIBUTAVEL nas NFE. Verificou-se que o índice de preenchimento desses campos nas NFE é baixo. Devido ao potencial para classificar os produtos e a razão de sua existência, denominaremos os campos "NCM-SH", "CLEAN" e "CLEANTRIBUTAVEL" como "campos classificadores".
Nesse contexto, o objetivo desta pesquisa é investigar formas de associar as descrições de itens de NFE aos seus referidos produtos comerciais. Tal problema foi definido como uma tarefa de classificação em aprendizado de máquina, em que o produto comercial representa a classe à qual uma descrição de item pode pertencer. O conjunto de dados utilizado como base neste projeto é oriundo de registros de aquisições por órgãos públicos brasileiros. O resultado imediato deste processo de agrupamento e classificação é o aumento da capacidade analítica dos órgãos de controle. O problema de agrupamento e classificação de produtos quanto à sua natureza e similaridade, a partir das informações constantes das notas fiscais eletrônicas, é comum a todos os órgãos de controle do Brasil.
Já existem pesquisas anteriores com o mesmo propósito, como é o caso do trabalho de Carvalho et al. (2014), que utiliza técnicas de frequências de palavras na descrição de produtos, Marzagão (2015), que utiliza a técnica de máquinas de vetor de suporte (do inglês, support vector machine) e Gandini (2019), que utiliza processamento de linguagem natural, redução de dimensionalidade e agrupamento. Vale mencionar que todos esses trabalhos mencionados anteriormente não atingiram um ponto em que se pode identificar um produto satisfatoriamente de maneira que se permita montar um banco de preços.

2. DESENVOLVIMENTO

Neste trabalho foi utilizado o processo CRISP-DM para a mineração dos dados. CRISP-DM é a abreviação de CRoss Industry Standard Process for Data Mining (Shaerer, 2000). É o modelo reconhecido como o padrão mundial da indústria para os processos de mineração de dados. Ele descreve as abordagens comumente utilizadas por especialistas em mineração de dados para a solução de problemas, independentemente da área de negócio e das tecnologias aplicadas. Nas subseções que se seguem serão apresentadas as etapas de "análise exploratória dos dados", "preparação dos dados" e "modelagem" do processo CRISP-DM.

2.1. ETAPA DE ANÁLISE EXPLORATÓRIA DOS DADOS

O conjunto de dados analisado corresponde a registros de produtos de NFE emitidas em que incidem o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) para órgãos da administração pública sob a jurisdição do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, o que inclui o estado do Rio de Janeiro e todos os municípios do Rio de Janeiro, com exceção da capital. Foram analisadas todas as NFEs com data de emissão no ano de 2018. Foi realizada uma análise exploratória sobre esse conjunto de dados com o objetivo de explorar e verificar sua qualidade. O conjunto de dados analisados possui ao todo 4.861.392 registros referentes a produtos. Cada registro guarda diversas informações a respeito do produto comprado, da empresa emissora da nota fiscal, do comprador, do meio de transporte utilizado para a entrega do produto e do local de emissão da nota fiscal.
No período analisado, foram emitidas NFEs para 1.338 órgãos públicos. Foram emitidas 1.076.719 NFEs distintas para esses órgãos. Foram adquiridos 4.745.029 produtos. O valor total de produtos adquiridos nessas NFEs é de R$8.346.025.418,80. Apesar do grande número de NFEs emitidas, a quantidade de empresas fornecedoras é de 6.100 empresas.
Realizou-se uma análise mais focada nos campos "NCM-SH", "CLEAN" e "CLEANTRIBUTAVEL". Esses campos apresentam um maior potencial para classificar e agrupar os produtos. Verificou-se que o percentual de preenchimento dos campos classificadores em cada NFE é bem diferente. Enquanto o "NCM-SH" é preenchido em 100% das NFEs, os campos "CLEAN" e "CLEANTRIBUTAVEL" só são preenchidos, respectivamente, em 24% e 23% das NFEs.
Para cada registro de produto de nota fiscal há uma classificação do NCM-SH correspondente. Nesta seção serão identificadas as classificações em maior número de registros e valores. A Tabela 2 a seguir apresenta um consolidado da quantidade de produtos e os valores por capítulo de NCM-SH. São apresentados os cinco capítulos com maior valor em sua ordem decrescente.

Tabela 2: Consolidação das dez classificações da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM) com maior valor associado.

Descrição Capítulo	Qtde. (%)	Qtde. ordem	Qtde. valor	Valor ordem
produtos farmacêuticos	**10,50%**	**3**	**21,70%**	**1**
preparações alimentícias diversas	3,90%	7	12,10%	2
veículos: automóveis, tratores, ciclos e outros veículos terrestres, suas partes e acessórios	2,20%	12	11,10%	3
instrumentos e aparelhos de óptica, de fotografia, de cinematografia, de medida, de controle ou de precisão; instrumentos e aparelhos médico-cirúrgicos; suas partes e acessórios	10,80%	2	8,10%1	4
combustíveis minerais, óleos minerais e produtos da sua destilação; matérias betuminosas; ceras minerais	13,30%	1	5,30%	5

Fonte: elaboração dos autores a partir da análise exploratória da base de NFE.

O gráfico de dispersão a seguir apresenta no eixo das abscissas o percentual de registros de produtos por classificação NCM-SH e no eixo das ordenadas o percentual do somatório dos produtos para capítulo correspondente. As classificações em maior quantidade foram indicadas com as respectivas descrições.

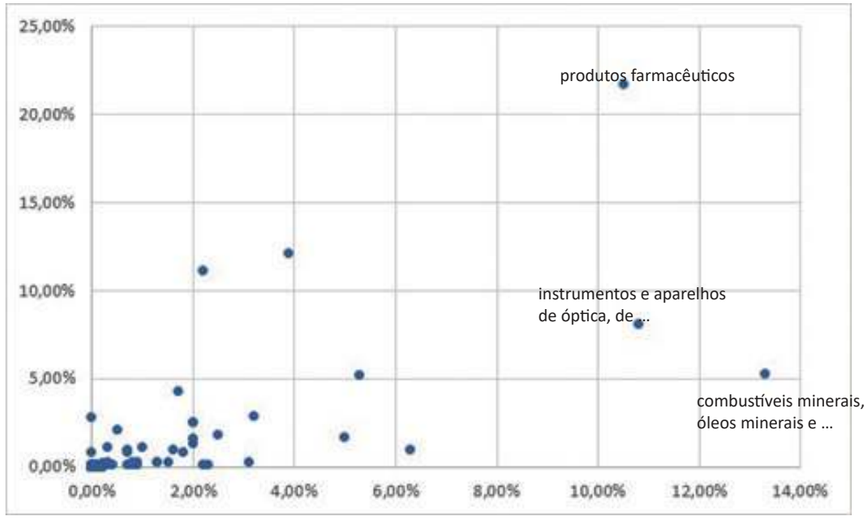


Figura 1: Gráfico de dispersão Relevância Monetária vs. Quantidade Percentual de Registros.

Pela análise da Tabela 2 e do gráfico da Figura 1, o capítulo "produtos farmacêuticos" da classificação NCM-SH corresponde a 22% em valores monetários e a 10% em quantidade de registros da base de dados. Por essa análise, a amostra deve recair sobre o capítulo "produtos farmacêuticos".
Verificou-se que a taxa de preenchimento dos campos "CLEAN" e "CLEANTRIBUTAVEL" varia em função da classificação NCM-SH. A Tabela 3 apresenta as cinco classificações com maior taxa de preenchimento do campo "CLEAN" e "CLEANTRIBUTAVEL"

Tabela 3: As cinco classificações com maior taxa de preenchimento do campo "CLEAN" e "CLEANTRIBUTAVEL".

Descrição capítulo NCM-SH	Percentual de preenchimento do campo CLEAN	Percentual de preenchimento do campo CLEANTRIBUTAVEL
tecidos especiais; tecidos tufados; rendas; tapeçarias; passamanarias; bordados	65,15%	65,07%
produtos farmacêuticos	54,11%	50,01%
armas e munições; suas partes e acessórios	53,36%	52,95%
fibras sintéticas ou artificiais, descontínuas	52,88%	50,05%
obras de couro; artigos de correeiro ou de seleiro; artigos de viagem, bolsas e artigos semelhantes; obras de tripa	51,30%	50,30%

Fonte: elaboração dos autores a partir da análise exploratória da base de NFE.

A taxa de preenchimento do CLEAN e CLEANTRIBUTAVEL de produtos de algumas classificações supera os 50% enquanto a média não é superior a 25%. Portanto, por essa análise, verifica-se que a taxa de preenchimento dos campos "CLEAN" e "CLEANTRIBUTAVEL" varia bastante em função da classificação do produto pela NCM SH.
Dessa maneira, seria possível utilizar os registros de produtos preenchidos com campo CLEAN e CLEANTRIBUTAVEL para validar os resultados do modelo classificador.

2.2. ETAPA DE PRÉ-PROCESSAMENTO

Em função da análise exploratória de dados descrita na etapa anterior, estabeleceu-se, com base em critérios objetivos (quantidade de registros e relevância monetária), o domínio dos "Produtos Farmacêuticos" como sendo o escopo das etapas subsequentes do modelo.
Para o balizamento da tarefa de classificação foi utilizada a base de dados de medicamentos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). A Figura 2 exibe cinco registros da base ANVISA com seus respectivos campos. Esta base reúne todos os medicamentos comercializados no Brasil e contém os seguintes campos de interesse: o campo "princípio ativo" é o princípio ativo do medicamento; o campo "apresentação" é a descrição textual de como o medicamento é apresentado, quanto à sua forma farmacêutica, dosagem e quantidade; o campo "produto" é o nome comercial dado ao medicamento, em determinada apresentação, de um referido laboratório; e o campo "código EAN" é também conhecido como Código de Barras ou GTIN.

	Principio Ativo	EAN	Produto	Apresentacao
0	CEFALOTINA SÓDICA	7896361881450	CEFALOTINA SÓDICA	1G PÓ P/ SOL INJ CT 50 FA VD INC (EMB HOSP)
1	CEFAZOLINA SÓDICA	7896361881405	CEFAZOLINA SÓDICA	1 G PÓ P/ SOL INJ CT 50 FA VD INC (EMB HOSP)
2	CEFOTAXIMA SÓDICA	7896361881412	CEFOTAXIMA SÓDICA	1 G PÓ P/ SOL INJ CT 50 FA VD INC (EMB HOSP)
3	CLORIDRATO DE CIPROFLOXACINO MONOIDRATADO	7896361881313	CLORIDRATO DE CIPROFLOXACINO	500 MG COM REV CT 2 BL AL PLAS INC X 07
4	CEFALEXINA	7896361880019	CEFALEXINA	500 MG COM REV CT BL AL PVC/PVDC INC X 8

Figura 2: Excerto da tabela de medicamentos da ANVISA.

A tarefa de rotulação dos dados da base de NFE consiste essencialmente no cruzamento de seus registros com a base de medicamentos da ANVISA.
A Figura 3 apresenta três registros da base de NFE. Os campos de especial interesse para a presente tarefa são: o campo "Descrição", que é um campo textual que, embora não seja opcional, é de livre preenchimento. Neste sentido, a descrição costuma reunir desde uma simples versão abreviada do "princípio ativo" ou do "produto" até uma composição completa desses campos acrescidos de sua forma de "apresentação"; e o campo "EAN", que corresponde ao "Código EAN" da base ANVISA. No entanto, seu preenchimento é opcional e em grande parte dos registros ele não é informado.

	Numero NF	Numero Item	Quantidade	Valor Unitario	Descricao	EAN
83785	705	7	4000	0.1500	PREDNISONA 5MG	N/I
168075	41560	1	10	0.5600	PROPILRACIL-100MG CX 30 COMP	N/I
301563	568368	11	6	4.2625	TRAMADOL G. NEO 50 MG 10 CA (A2)	7896714217321

Figura 3: Excerto da base de notas fiscais eletrônicas.

Conforme se observa na Figura 3, o campo "Descrição" pode apresentar muito ou pouco detalhe do produto, enquanto o campo EAN nem sempre está disponível por não ser de preenchimento obrigatório.
Para o subconjunto de produtos da base NFE que estão associados a um EAN, é possível identificar se dois itens de nota fiscal correspondem ao mesmo produto. Para isso, esses itens devem apresentar o mesmo valor para o campo EAN. Entretanto, nem todos os itens da base NFE estão associados a um EAN. Para esses produtos, o problema de identificar se dois itens quaisquer de notas fiscais diferentes correspondem ao mesmo produto não é trivial. Nesse caso, a informação que deve ser considerada para esta identificação é o campo "Descrição" do produto comprado constante na base NFE.
Verificou-se que dos 390.341 itens de nota fiscal da base NFE, 211.493 apresentam EAN, dentre os quais somente 12.029 EANs são distintos. Uma análise preliminar na base de NFE identificou que existem casos em que um único EAN está associado com diferentes preenchimentos do campo "Descrição". Com o intuito de verificar qual a frequência dessas ocorrências, produziu-se um histograma, representado pela Figura 4, como um sumário das quantidades de descrições encontradas para um mesmo produto no recorte da base de dados NFE relativo a medicamentos.

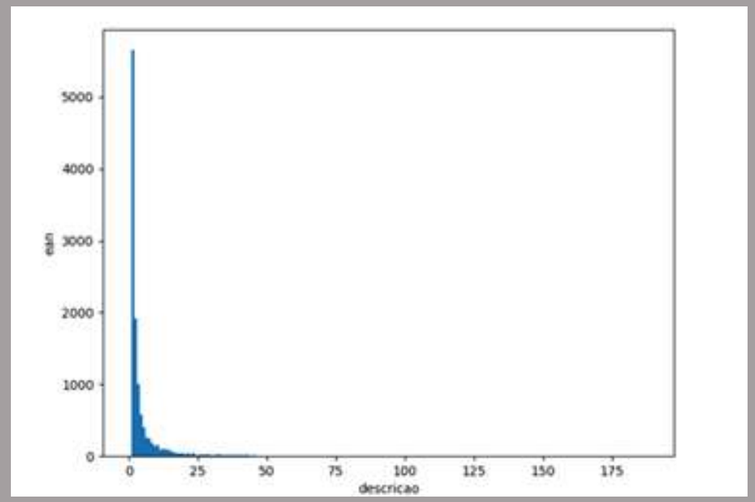


Figura 4: Base NFE: distribuição de EANs com diferentes strings no campo "Descrição".

A partir da Figura 4, pode-se observar que muitos EANs têm apenas uma descrição, o que implica que há uma pequena quantidade de EANs com várias descrições diferentes. Este fato caracteriza o desbalanceamento da distribuição.

2.3. ETAPA DE MODELAGEM

Nesta etapa, foram realizadas as tarefas de classificação e agrupamento pela implementação das rotinas computacionais em linguagem de programação Python. Os experimentos relacionados ao treinamento dos modelos de aprendizado de máquina foram realizados em um computador com a configuração Intel(R) Core(TM) i7-6700 CPU @ 3.40GHz, 32GiB DIMM DDR4 2400MHz, NVIDIA GeForce GTX 1080. Foram utilizadas as bibliotecas do pacote python-Levenshtein, que possui funções para cálculo da Distância Levenshtein (Haapala, 2020); o pacote Imbalanced-learn (Lemaître et al., 2017), que oferece funções para a aplicação de diversas técnicas de balanceamento em conjuntos de dados; e o pacote fastText (Joulin et al., 2016), que é uma biblioteca que permite o treinamento de modelos de classificação em conjuntos de dados de texto.

2.3.1. Classificação por similaridade

Esta abordagem de classificação empregou a Distância Levenshtein para calcular o valor de similaridade entre uma descrição de item de NFE e uma descrição de medicamento da ANVISA. A ideia é que um valor de similaridade alto entre essas descrições é um indicativo de que correspondem ao mesmo produto. As etapas de preparação e construção do algoritmo para realizar essa tarefa são detalhadas a seguir.

Como primeiro passo, foi executado o pré-processamento do conjunto de dados NFE. Nesta etapa, expressões regulares foram utilizadas para remover informações irrelevantes, tais como lote e validade. Além disso, também foram aplicadas transformações dos caracteres para maiúsculo e remoção de duplicatas. Itens sem o atributo EAN registrado também foram removidos, uma vez que esse dado é essencial para a avaliação do classificador.

Foram empregadas expressões regulares para extrair das descrições de itens de NFE o que denotamos por termos principais. Consideramos termos principais aqueles definidos na descrição estruturada pela ANVISA: o princípio ativo ou o nome comercial do medicamento, a concentração, a farmacêutica e a quantidade. Os trechos de texto da descrição não extraídos nesta etapa foram descartados. Durante a etapa de extração dos termos principais, foram realizadas, paralelamente, a transformação, a ordenação e a concatenação destes. Esse processamento teve como objetivo derivar uma nova descrição aos moldes do normatizado pela ANVISA. Por exemplo, um trecho da descrição de item de NFE contendo o texto "C/30 CPR" foi detectado, por meio das expressões regulares, como as informações sobre forma farmacêutica e quantidade. No algoritmo implementado neste projeto, o trecho foi então transformado para os termos "COM" e "30". Alguns exemplos de resultado desta etapa são apresentados na Tabela 4.

Tabela 4: Extração dos termos principais

Descrição	Princípio ativo	Concentração	Forma	Quantidade
ciprofloxacino 200mg cloridrato s.fecha	ciprofloxacino	200mg		
carbolitium cr 450mg c/30 cpr	carbolitium cr	450mg	comprimido	30
mupirocina 20mg/g 15g generico prati, donaduzzi	mupirocina	20mg/g		15g

Fonte: elaboração dos autores a partir da análise exploratória da base de NFE.

Uma vez obtidas as descrições derivadas do conjunto de dados de NFE, o próximo passo foi calcular o valor de similaridade entre estas descrições e cada uma das descrições ANVISA. O produto associado à descrição ANVISA com maior valor de similaridade é então considerado como o produto correto. Para avaliar a taxa de acerto desta abordagem, bastou comparar os EANs e calcular o percentual de acerto.

2.3.2. Classificação por aprendizado de máquina

Nesta abordagem os conjuntos de dados de NFE e Anvisa foram combinados pela união de suas descrições e, ao conjunto combinado, aplicadas técnicas de aumento e balanceamento de dados. O dado produto oriundo do conjunto ANVISA não foi utilizado e as descrições de medicamentos derivadas deste conjunto foram formadas pela concatenação dos campos principio_ativo e apresentacao. Uma consequência desta decisão foi a necessidade de agrupar descrições iguais com EANs distintos (devido à remoção do campo produto). Cada agrupamento foi mapeado para uma chave única a qual substituiu os EANs do conjunto de dados resultante. A biblioteca fastText foi empregada para treinar um classificador utilizando as descrições de medicamentos como exemplos de entrada e as chaves únicas como classe. Estes passos serão mais bem detalhados a seguir.

Iniciando o pré-processamento dos dados, foram aplicadas técnicas de aumento de dados sobre os conjuntos NFE e Anvisa. A necessidade dessa etapa justifica-se pelo histograma apresentado na Figura 4. No histograma, observa-se que muitos EANs possuem apenas uma descrição distinta associada, o que seria ineficiente para o aprendizado de um classificador baseado em aprendizado de máquina.

A primeira técnica empregada foi a coleta de descrições na web. Um algoritmo de coleta foi implementado para obter novas descrições retornadas pelo buscador Google. Em resumo, o algoritmo realiza uma busca no Google dando como entrada uma descrição de medicamento. Os dez títulos de resultado retornados são armazenados em uma lista e são denotados por candidatos. A lista de candidatos é pré-processada, removendo informações irrelevantes (e.g. preço ou nome de fornecedor). Por meio das regras de expressão regular empregadas na abordagem anterior, os termos principais são extraídos tanto da descrição de entrada quanto do candidato. O candidato que possui interseção entre o seu conjunto de termos extraídos e o conjunto de termos extraídos da descrição de entrada é eleito para compor o conjunto de dados aumentado.

A segunda técnica empregada foi a derivação de novas descrições por meio de transformações. Expressões regulares foram empregadas para substituição de termos, inclusão ou remoção de espaços, permutação de palavras, dentre outros. A Tabela 5 mostra três exemplos de transformações aplicadas no termo principal concentração. A coluna da esquerda apresenta uma descrição original de medicamento e a coluna da direita as derivações resultantes. Na primeira derivação foi removido o caractere "/". Na segunda, o espaço entre o dígito e a unidade de medida foi removido. Na terceira derivação, as medidas foram convertidas para unidades equivalentes.

Tabela 5: Derivação por transformação.

Descrição original	Descrição derivada
Seloken 1 mg / ml sol inj x 5 ml	Seloken 1 mg ml sol inj x 5 ml
Seloken 1 mg / ml sol inj x 5 ml	Seloken 1mg ml sol inj x 5 ml
Seloken 1 mg / ml sol inj x 5 ml	Seloken 1G / 1000ml sol inj x 5 ml

Fonte: elaboração dos autores a partir da derivação de novas descrições por meio de transformações de descrições de itens da NFE



Como última etapa de pré-processamento, foi realizado o balanceamento do conjunto de dados. A biblioteca Imbalanced-learn foi empregada nesta tarefa. O conjunto de dados aumentado foi dado como entrada para a biblioteca, que processou o oversampling dos dados. O conjunto de dados resultante alcançou pouco mais de 51 milhões de registros. A biblioteca fastText foi empregada para treinar um classificador, utilizando-se das descrições de medicamentos como exemplos de entrada e as chaves únicas como classes. Devido ao grande número de exemplos não oriundos do conjunto de dados NFE, houve a preocupação de separar um conjunto de teste contendo apenas exemplos deste último. Todas as descrições constantes do conjunto de teste foram removidas do conjunto de treino. O conjunto de teste resultante recebeu 6.922 registros com 2.909 classes distintas.

3. APRESENTAÇÃO DOS RESULTADOS

O modelo de classificação obtido por meio da abordagem de classificação por similaridade obteve uma acurácia de apenas 16% de acertos na base de dados de teste. Este desempenho é muito ruim, razão pela qual este método foi descartado sem que avaliações de desempenho mais robustas ou técnicas de otimização de parâmetros (“ajustes finos”) fossem a ele aplicados. Os motivos causadores de sua precariedade serão abordados na seção “Considerações Finais”.

O modelo obtido utilizando-se a abordagem de classificação por métodos de aprendizado de máquina, treinado pela biblioteca fastText, alcançou uma acurácia superior, de tal modo justificou-se a utilização de uma métrica de avaliação de desempenho mais robusta: o F1 Score. Nesta métrica, que combina os conceitos de precisão[1] e revocação[2], o modelo obteve uma pontuação média, considerando todas as classes de medicamentos, de 0,936, em uma escala compreendida entre 0 e 1, na qual o valor máximo indicaria um modelo perfeito.

A Figura 5 apresenta uma matriz de confusão em forma de mapa de calor para as 20 classes com maior número de descrições de medicamentos distintas associadas. Realizando a análise por classes, somente 573 classes (de um total de 2.909) obtiveram F1 Score menor que 1.

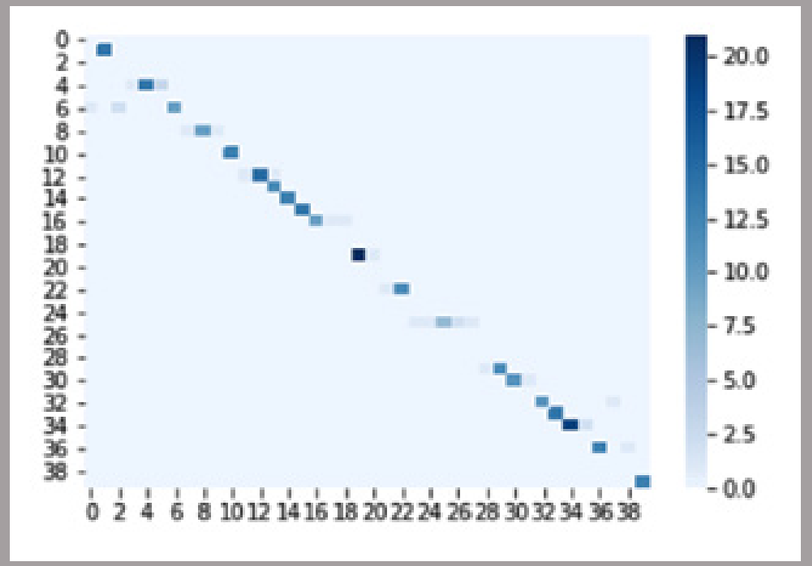


Figura 5: Matriz de Confusão (em modo de mapa de calor) das 20 maiores classes em termos de quantidade de descrições de medicamentos distintas associadas.

A Figura 6 apresenta um histograma para essas últimas no qual o eixo horizontal representa o valor F1 Score e o eixo vertical representa a quantidade de classes.

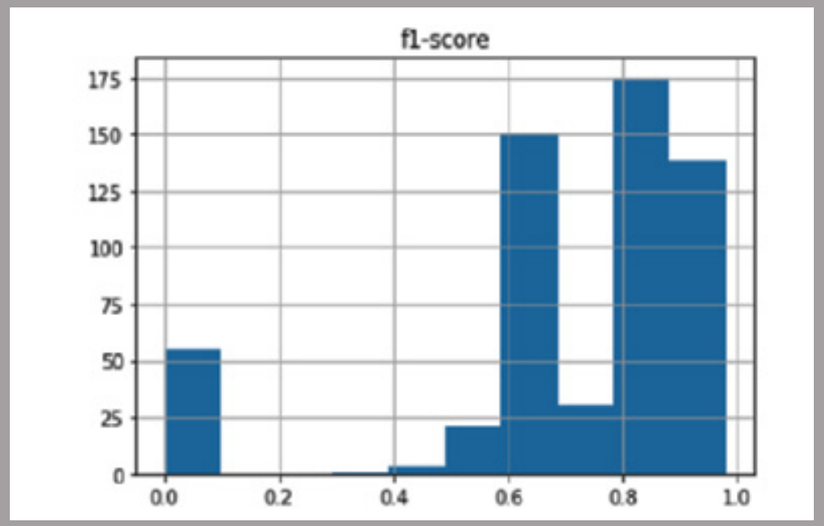


Figura 6: Histograma das 573 classes com F1 Score abaixo de 1, onde o eixo x representa o valor do F1 Score e o eixo y representa a quantidade de classes.

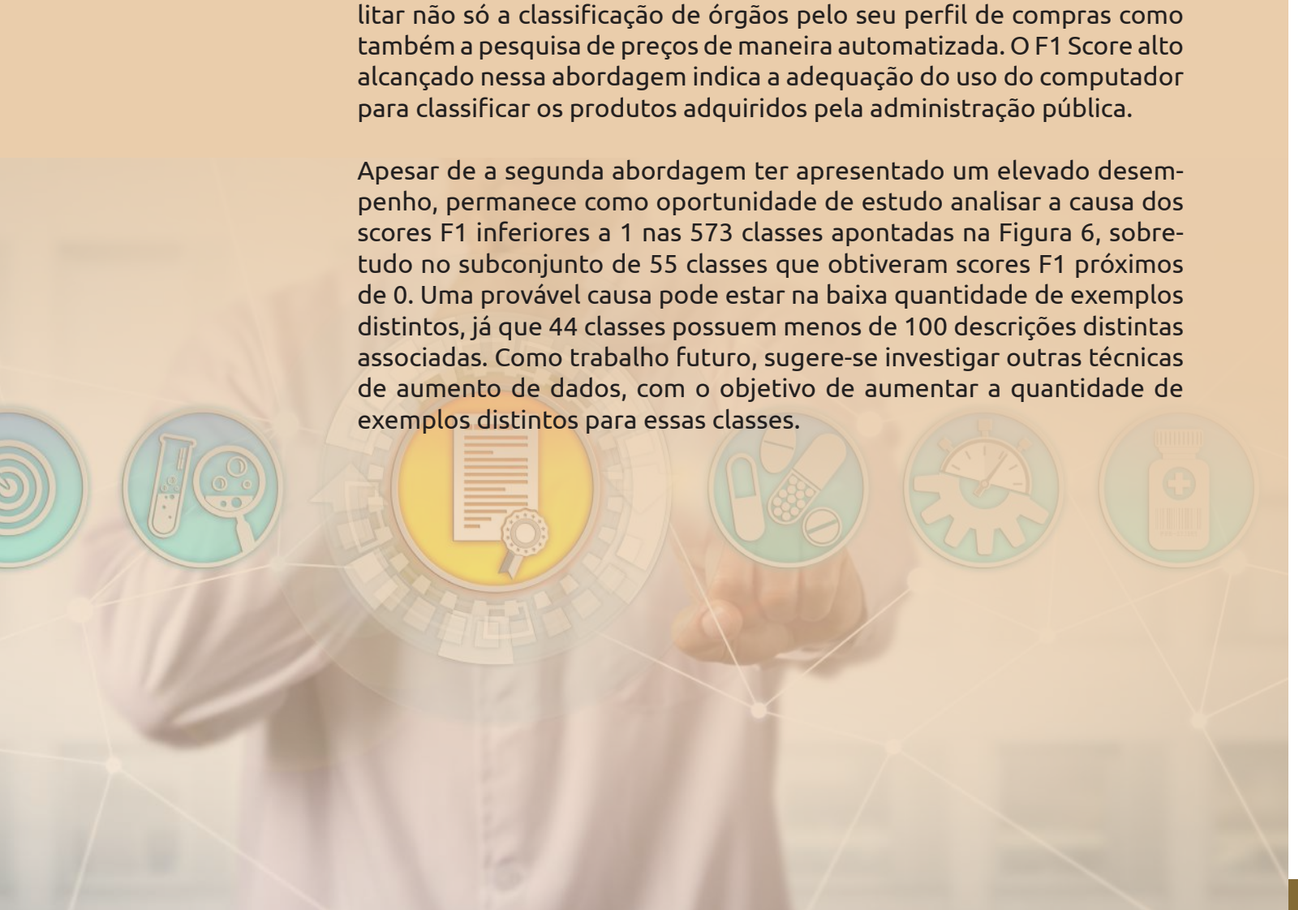
1 Precisão: é o percentual elementos, dentre aquele rotulados para uma classe, que realmente pertencem a ela.
2 Revocação: é o percentual de elementos pertencentes uma classe que foram recuperados ou corretamente identificados pelo modelo.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A baixa acurácia da primeira abordagem (classificação por similaridade) tem causa provável na ausência de informações mais detalhadas nas descrições de itens de NFE. Observando os resultados dos experimentos, foi possível identificar vários casos nos quais todos os termos principais extraídos do item de NFE estavam corretos, se comparados aos da descrição predita pelo algoritmo, mas que foram atribuídos à classe incorreta. No conjunto de dados ANVISA é comum existirem vários produtos com o mesmo princípio ativo, concentração e quantidade, mas que possuem identificadores EAN distintos devido ao nível de detalhamento das apresentações dos produtos. Uma vez que o algoritmo de Levenshtein (1966) aponta como descrição mais similar aquela que necessita de menor quantidade de edições, então, no caso anteriormente descrito, produtos com descrições de apresentação menores acabam sendo apontados como o produto mais similar, o que não necessariamente é verdade.

A segunda abordagem (classificação por aprendizado de máquina) alcança o objetivo principal da presente pesquisa: desenvolver um modelo classificador de produtos das compras públicas de maneira a possibilitar não só a classificação de órgãos pelo seu perfil de compras como também a pesquisa de preços de maneira automatizada. O F1 Score alto alcançado nessa abordagem indica a adequação do uso do computador para classificar os produtos adquiridos pela administração pública.

Apesar de a segunda abordagem ter apresentado um elevado desempenho, permanece como oportunidade de estudo analisar a causa dos scores F1 inferiores a 1 nas 573 classes apontadas na Figura 6, sobretudo no subconjunto de 55 classes que obtiveram scores F1 próximos de 0. Uma provável causa pode estar na baixa quantidade de exemplos distintos, já que 44 classes possuem menos de 100 descrições distintas associadas. Como trabalho futuro, sugere-se investigar outras técnicas de aumento de dados, com o objetivo de aumentar a quantidade de exemplos distintos para essas classes.



REFERÊNCIAS

BRASIL. Controladora Geral da União. **Manual da Lei de Acesso à Informação para Estados e Municípios**. 1. ed. Brasília: CGU, Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas, abr. 2013. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/transparencia-publica/brasil-transparente/arquivos/manual_lai_estadosmunicipios.pdf. Acesso em: 13 nov. 2021.

BRASIL. (2020). Ministério da Fazenda. Conselho Nacional de Política Fazendária. **Protocolo ICMS 42, de 3 de julho de 2009**. Estabelece a obrigatoriedade da utilização da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) em substituição à Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, pelo critério de CNAE e operações com os destinatários que especifica. Disponível em: https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/protocolos/2009/pt042_09. Acesso em: 12 nov. 2021.

CARVALHO, R.; PAIVA, E. D.; ROCHA, H. A. da; MENDES, G. L. Using Clustering and Text Mining to Create a Reference Price Database. **Learning and NonLinear Models**, v. 12, n. 1, p. 38–52, jan. 2014.

GANDINI, A. Identificando sobrepreço em compras públicas. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE ANÁLISE DE DADOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, 5., 2019. **Palestra [...]**. Brasília: Tribunal de Contas da União, Instituto Serzedello Corrêa, 2019. Brasília. Disponível em: https://youtu.be/ISqva3yZrgw?t=5273. Acesso em: 4 mar. 2020.

HAAPALA, A. Python scripts to compute the Levenshtein distance. Available at: https://github.com/ztane/python-Levenshtein Accessed in: April, 2021.

JOULIN, A.; GRAVE, E.; BOJANOWSKI, P.; MIKOLOV, T. Bag of Tricks for Efficient Text Classification. **arXiv preprint arXiv:1607.01759**, 9 Aug. 2016. Disponível em: https://arxiv.org/pdf/1607.01759.pdf. Acesso em: 13 nov. 2021.

LEMAÎTRE, G.; NOGUEIRA, F.; ARIDAS, C.K. Imbalanced-learn: A Python Toolbox to Tackle the Curse of Imbalanced Datasets in Machine Learning. Journal of Machine Learning Research 18 p.1-5, 2017.

LEVENSHTEIN, V. I. Binary codes capable of correcting deletions, insertions, and reversals. **Soviet Physics--Doklady**, v. 10, n. 8, p. 707-710, Feb. 1966. Disponível em: https://nymity.ch/sybilhunting/pdf/Levenshtein1966a.pdf. Acesso em: 16 nov. 2021.

MARZAGÃO, T. Using SVM to pre-classify government purchases. **arXiv preprint arXiv:1601.02680**, 7 Dec. 2015. Disponível em: https://arxiv.org/pdf/1601.02680.pdf. Acesso em: 16 nov. 2021.

SHAERER, C. The CRISP-DM model: the new blueprint for data mining. **Journal of Data Warehousing**, v. 5, n. 4, p. 13-22, 2000.



EFEITOS DA CRISE FINANCEIRA NA SAÚDE PÚBLICA DOS MUNICÍPIOS FLUMINENSES

Josyanne da Rocha Ferreira
Mestre em Saúde Coletiva pela Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF
Analista de Controle Externo do TCE-RJ

Aline do Nascimento Macedo
Mestre em Saúde Pública pela Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca - ENSP/Fiocruz
Analista de Controle Externo do TCE-RJ

Renata Odete de Azevedo Souza
Mestre em Saúde Pública pela Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca - ENSP/Fiocruz
Analista de Controle Externo do TCE-RJ

Mariana Miranda Autran Sampaio
Doutora em Saúde Pública pelo Instituto de Medicina Social Hesio Cordeiro - IMS/UERJ
Analista de Controle Externo do TCE-RJ

Resumo: A crise econômica e financeira brasileira de 2014 produziu reflexos no estado do Rio de Janeiro a partir de 2015. Este estudo exploratório e descritivo usou indicadores para analisar os principais efeitos da crise na saúde pública dos municípios do Rio de Janeiro entre 2010 e 2019, em relação ao financiamento da saúde, à oferta e demanda de serviços de saúde e às condições de saúde da população. Observou-se, após a crise, uma redução da despesa total com saúde por habitante e do recurso municipal aplicado em saúde, bem como um aumento na dependência dos municípios de transferências de outras esferas de governo. A crise interrompeu a redução da mortalidade infantil e da incidência da tuberculose observada no estado até 2015, além de intensificar a incidência de sífilis. A oferta de consultas médicas reduziu-se em um cenário de aumento de demanda frente à menor cobertura dos planos privados de saúde.

Palavras-chave: crise financeira; financiamento da saúde; oferta de serviços de saúde; necessidade e demanda de serviços de saúde; condições de saúde.

Abstract: *The Brazilian economic and financial crisis in 2014 impacted Rio de Janeiro state from 2015. This exploratory and descriptive study used indicators to analyze the main impacts of the public health crisis in Rio de Janeiro municipalities between 2010 and 2019, regarding health financing, delivery and demand of health services and health status of the population. After the crisis, there was a reduction in the total health expenditure per inhabitant and the amount invested in health by the municipalities. Also, the municipal dependency on other governmental bodies has increased. The crisis interrupted the reduction of infant mortality and the incidence of tuberculosis that occurred up to 2015. Furthermore, it had an impact on the growth of syphilis. Delivery of medical appointments was reduced in a scenario of growth of demand due to reduced coverage of private health insurances.*

Keywords: *Financial Crisis; Health Financing; Delivery of Health Care; Health Services Needs and Demand; Health Status.*

1. INTRODUÇÃO

O Sistema Único de Saúde (SUS) foi estabelecido como a forma de operacionalização da política de saúde. Um de seus maiores desafios é a garantia de atendimento a todo cidadão brasileiro em todas as suas necessidades, configuradas nos princípios constitucionais de universalização do acesso e integralidade de atendimento (FLEURY, 2009).

Conforme determinam a Constituição Federal de 1988 e a Lei Federal nº 8.080/90, o financiamento do SUS é realizado obrigatoriamente pelas três esferas de governo, além das contribuições sociais arrecadadas pelo governo federal, de outros tributos e de transferências constitucionais e legais que também constituem fontes de recurso do SUS. A garantia de recursos mínimos para o SUS com a regulamentação do financiamento aconteceu apenas com a promulgação da Emenda Constitucional nº 29/2000 e da Lei Complementar nº 141/2012.

Em meio a essa discussão, o mundo vivenciou uma crise econômica e financeira a partir de 2008 com repercussões até a atualidade. Tal crise afetou o país em 2014, quando o Brasil experimentou sua pior recessão já registrada (MASSUDA, et al., 2018). Em relação ao estado do Rio de Janeiro, estudos e dados revelam que a crise produziu reflexos a partir de 2015 (COLOMBO; LAZZARI, 2018; BRETAS et al., 2019; FUNDAÇÃO CEPERJ). A situação foi agravada em função de algumas características peculiares do estado, como a arrecadação dependente dos royalties do petróleo (que foi reduzida a partir de 2015) e a grave crise política que levou vários gestores públicos da época a serem condenados por corrupção.

No âmbito federal, ocorreu uma das medidas de corte de gasto público mais preocupantes em resposta à crise financeira. Um padrão radical de contenção do Estado com a instituição da Emenda Constitucional nº 95/2016, que estabeleceu o Novo Regime Fiscal, e que, segundo Rossi e Dweck (2016) não precisaria da força de uma emenda constitucional, não fosse a necessidade de redução dos recursos da saúde e da educação que possuem regras constitucionais estabelecidas.

Além da redução no repasse dos recursos federais, houve redução da arrecadação fiscal no âmbito estadual. Os municípios passaram a ter menos recursos transferidos para custear seus serviços de saúde, dependendo cada vez mais da arrecadação dos tributos municipais.

1.1 OBJETIVO

Analisar os principais efeitos da crise financeira na saúde pública dos municípios fluminenses, visando propor medidas para mitigar os impactos na política de saúde.

A pesquisa teve como objetivos específicos: identificar as principais mudanças ocorridas na oferta e na demanda de ações e serviços de saúde no período da crise, mapear os efeitos da crise financeira sobre o financiamento da saúde, conhecer as principais alterações nas condições de saúde da população em decorrência da crise financeira e identificar oportunidade de redirecionamento e melhorias no processo de planejamento e gestão das políticas públicas de saúde no estado em função dos efeitos da crise financeira.

1.2 METODOLOGIA

Consiste em um estudo exploratório e descritivo com base em dados secundários de domínio público e acesso aberto, orientado para a análise das possíveis mudanças ocorridas, diante da crise financeira vivenciada pelos 92 municípios do estado do Rio de Janeiro, de 2010 a 2019[1]. Foram selecionados 11 indicadores amplamente utilizados para analisar o impacto no financiamento da saúde, na oferta e demanda de ações e serviços de saúde e nas condições de saúde da população.

Esse período foi selecionado por permitir a análise de uma série histórica de 10 anos, contemplando o momento de início da crise financeira no estado do Rio de Janeiro em 2015.

Foram elaborados gráficos para demonstrar a evolução dos indicadores no estado do Rio de Janeiro como um todo, calculando-se a variação percentual dos indicadores nos períodos: anterior a 2015 e posterior a 2015. Para avaliar o padrão de tendência das séries, crescente ou decrescente, em cada um dos períodos, foi utilizada uma regressão linear simples em cada período, indicando uma tendência linear quando p<0,05. Também foram elaborados mapas para demonstrar a variação de cada um dos municípios do estado do Rio de Janeiro nos dois períodos já mencionados.

1 Para os indicadores Taxa de Mortalidade Infantil e Taxa de Detecção de Sífilis Adquirida, o período da análise é de 2010 a 2018, tendo em vista ser 2018 o último ano com dados disponíveis

2. RESULTADOS

A análise dos dados financeiros aponta que ocorreram impactos da crise econômica vivenciada pelo país e pelo estado do Rio de Janeiro na redução dos recursos aplicados na política de saúde, conforme será demonstrado a seguir.

Figura A: Gráficos de Despesa total com saúde, sob a responsabilidade dos municípios por habitante (A.1); Percentual das transferências para a saúde em relação à despesa total com saúde dos municípios (A.2) e Percentual das receitas próprias aplicadas em saúde, conforme a LC nº 141/2012 (A.3); dos municípios do estado do Rio de Janeiro; de 2010 a 2019.



Fonte: Elaboração dos autores com base em dados do SIOPS

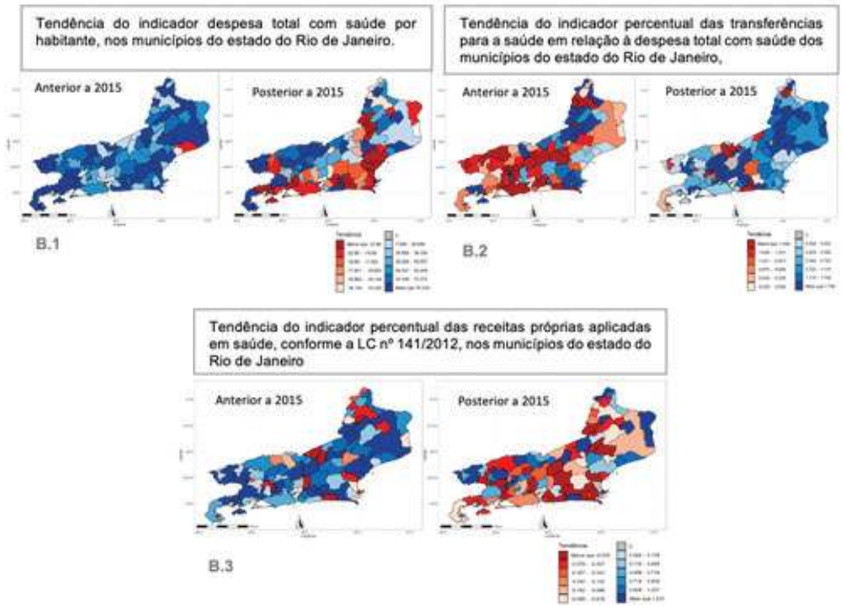
Tabela A: Tendência e variação percentual dos indicadores econômicos e de receita e despesa dos municípios do estado do Rio de Janeiro, período 2010-2015 e 2015-2019.

Indicador	Período 2010-2015					Período 2015-2019				
	valor inicial	valor final	tendência	p-valor tendência	variação %	valor inicial	valor final	tendência	p-valor tendência	variação %
Indicador 1	574,33	903,42	60,394	*0,0003	57,299	903,42	858,16	-10,046	0,3067	-5,009
Indicador 2	41,75	33,74	-1,483	*0,0044	-19,186	33,74	44,38	2,546	*0,0183	31,535
Indicador 3	19,77	24,68	0,964	*0,0079	24,836	24,68	23,16	-0,648	0,2689	-6,159

Legenda:
Indicador 1: Despesa total com saúde, sob a responsabilidade dos municípios, por habitante;
Indicador 2: Percentual das transferências para a saúde em relação à despesa total dos municípios com saúde;
Indicador 3: Percentual da receita própria aplicada pelos municípios em saúde conforme a LC nº 141 2012.
* p-valor significativo segundo critério adotado de 0,05.
Fonte: Elaboração dos autores com base em dados do SIOPS e IBGE.

A figura A (A.1) demonstra que, no período anterior à crise no ERJ de 2008 a 2014, a despesa total com saúde aumentou, chegando a cerca de R$ 980,00 por habitante em 2014. A partir de 2015, observa-se queda no valor médio gasto pelos municípios por habitante, que chegou a cerca de R$ 830,00 em 2017 (redução de 15%), com pequena elevação para cerca de R$ 860,00 em 2019. A análise de tendência aponta uma interrupção (-10,04; p= 0,306) do crescimento dos gastos em saúde por habitante observada de 2010 a 2015 (60,394; p=0,0003). Os gastos cresceram 57,30% de 2010 para 2015 e tiveram uma discreta redução de 5% de 2015 a 2019 (tabela A). Além disso, mesmo que tenha voltado a crescer a partir de 2018, o crescimento foi menor do que no período anterior à crise, retomando em 2019 valor próximo à média de gastos observada em 2012, que representa 12% a menos do que em 2014, momento em que foi registrada a maior média do período (figura A).

Figura B: Mapas de tendência dos indicadores financeiros, nos municípios do estado do Rio de Janeiro, nos períodos 2010-2015 e 2015-2019.



Fonte: Elaboração dos autores com base em dados do SIOPS e IBGE

O mapa (figura B_B.1) demonstra que, no período anterior a 2015, a despesa total com saúde tendia ao aumento em cerca de 98% dos municípios. Já no período posterior à crise, cerca de 36% dos municípios tenderam à redução da despesa total por habitante, localizados em quase todas as regiões (exceto Centro-Sul).

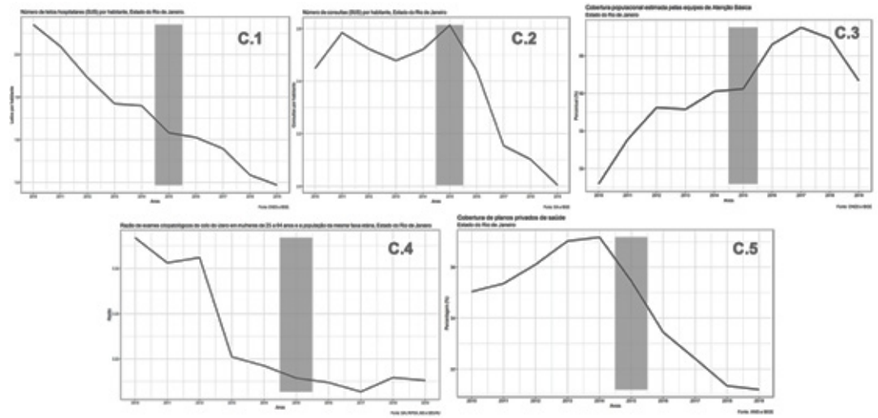
O indicador de percentual de transferências para a saúde em relação à despesa total com saúde esteve em declínio antes da crise (tendência=-1,48; p=0,0044), com redução de 19% do ano de 2010 para 2015, indicando que os municípios estavam numa tendência de aplicar mais recursos próprios em saúde. Após a crise, a dependência de recursos transferidos de outras esferas passou a aumentar nos anos seguintes (tendência= 2,54, p= 0,0183), com um incremento de 31,53% no percentual de transferências de 2015 para 2019, chegando a cerca de 40% em 2018 e 44% em 2019 (figura A_A.2 e tabela A). O mapa (figura B_B.2) mostra que cerca de 50% dos municípios estavam numa tendência decrescente do percentual das transferências de outros entes, ou seja, reduzindo sua dependência de recursos das esferas estadual e federal. Depois de 2015, mais de 80% dos municípios tiveram aumento do percentual de transferências para a saúde em relação à despesa total. Isso evidencia que a maior parte passou a ficar mais dependente de transferências de outras esferas de governo depois da crise econômica.

A média percentual das receitas próprias aplicadas em saúde pelos municípios do estado do Rio de Janeiro permite visualizar que a crise econômica influenciou também em termos percentuais o recurso aplicado na política de saúde. O período anterior à crise vinha mantendo uma tendência de crescimento no percentual médio aplicado em saúde pelos municípios até 2015 (0,96; p=0,0079), exceto uma pequena queda observada em 2013, com um aumento de 24% no período (tabela A e figura A_A.3). Após a crise, essa tendência de crescimento foi interrompida (-0,648; p=0,2689). (tabela A). A partir de 2017, observa-se uma queda do percentual, chegando a uma redução de cerca de 15% de 2017 a 2019 (figura A_A.3). A queda tardia pode estar relacionada com medidas de austeridade fiscal adotadas depois da crise para ajustar as contas públicas, com novas priorizações orçamentárias e cortes de recursos vinculados para custeio de políticas públicas de saúde.

A figura B_B.3 demonstra que cerca de 80% dos municípios estavam em uma tendência de aumento do percentual de aplicação de recursos próprios em saúde no período anterior à crise. Depois de 2015, esse valor caiu para cerca de 45% dos municípios. Essa interrupção no crescimento do percentual de receita própria aplicada em saúde tem relação com o aumento da dependência municipal de transferências de outras esferas de governo depois da crise econômica.

Os indicadores sobre oferta e demanda de ações e serviços de saúde também apresentaram resultados importantes no período analisado.

Figura C: Gráfico dos indicadores Número de leitos hospitalares (SUS) por 1.000 habitantes (C.1); Número de consultas (SUS) por habitante (C.2); Cobertura populacional estimada pelas equipes de atenção básica (C.3); Razão de exames citopatológicos do colo do útero em mulheres de 25 a 64 anos e a população da mesma faixa etária (C.4); Cobertura de planos privados de saúde (C.5); no estado do Rio de Janeiro; de 2010 a 2019.



Fonte: Elaboração dos autores com base em dados do CNES, SIA, RIPSA, IBGE, ANS, MS e SES-RJ.

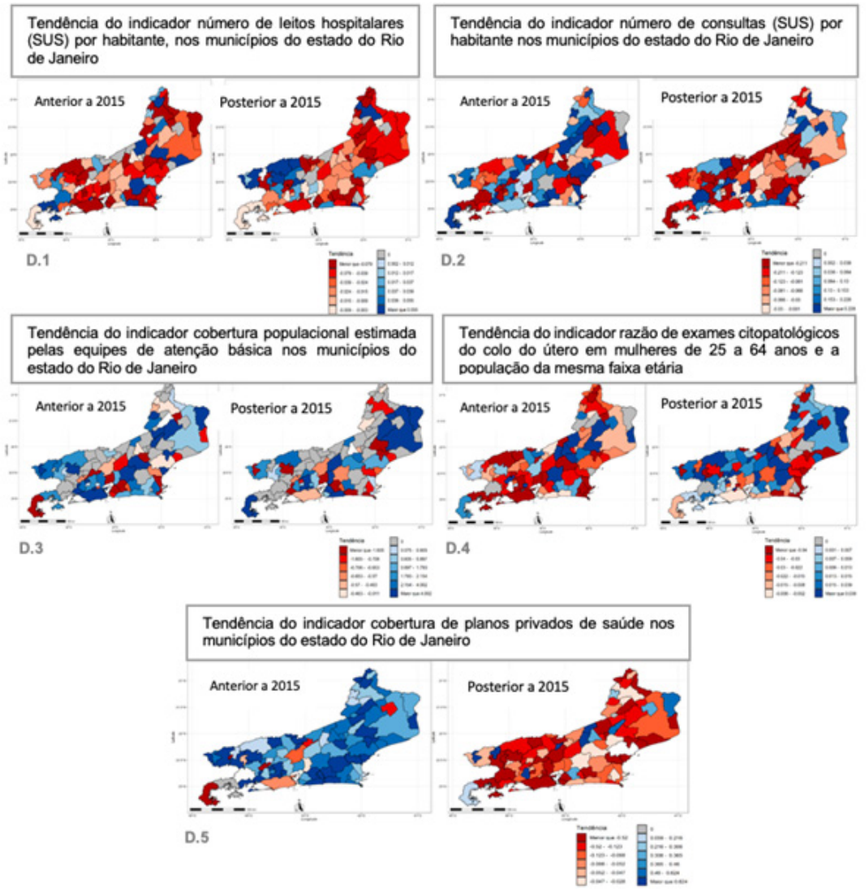
Tabela B: Tendência e variação percentual dos indicadores de oferta e demanda por ações e serviços de saúde no estado do Rio de Janeiro, períodos 2010-2015 e 2015-2019.

Indicador	Período 2010-2015					Período 2015-2019				
	valor inicial	valor final	tendência	p-valor tendência	variação %	valor inicial	valor final	tendência	p-valor tendência	variação %
Indicador 4	2,14	1,63	-0,1	*0,0004	-23,692	1,63	1,39	-0,067	*0,0058	-15,064
Indicador 5	2,45	2,61	0,017	0,3058	6,74	2,61	2	-0,156	*0,007	-23,307
Indicador 6	47,98	60,59	2,343	*0,0106	26,282	60,59	61,68	0,299	0,8337	1,799
Indicador 7	0,33	0,18	-0,035	*0,0063	-46,407	0,18	0,18	0	1	-1,676
Indicador 8	35,04	35,46	0,242	*0,3119	1,187	35,46	31,2	-1,062	*0,0107	-12,012

Legenda:
Indicador 4: Número de leitos hospitalares (SUS) por 1.000 habitantes;
Indicador 5: Número de consultas (SUS) por habitante;
Indicador 6: Cobertura populacional estimada pelas equipes de Atenção Básica;
Indicador 7: Razão de exames citopatológicos do colo do útero em mulheres de 25 a 64 anos e a população da mesma faixa etária;
Indicador 8: Cobertura de planos privados de saúde.
* p-valor significativo segundo critério adotado de 0,05.
Fonte: Elaboração dos autores com base em dados do CNES, SIA, RIPSA, MS, SES-MG, IBGE, ANS.

Os dados mostram que a oferta de leitos hospitalares do SUS nos municípios do estado do Rio de Janeiro vem reduzindo ano a ano em todo o período analisado (figura C_C.1). Conforme tabela B, tendências decrescentes foram observadas tanto no período de 2010 a 2015 (-0,1; p=0,0004), quanto no período de 2015 a 2019 (-0,067, p= 0,0058), sendo que de 2010 a 2015 houve uma redução de 23,69% dos leitos/1.000 habitantes, e de 2015 para 2019 essa redução foi de 15,64%. Assim, a crise financeira, a partir de 2015, não alterou o comportamento do indicador, que já se encontrava em declínio. O mapa (figura D_D.1) também demonstra uma predominância de tendências decrescentes em ambos os períodos analisados. Observa-se, porém, que a maioria dos municípios da região do Médio Paraíba apresentou oferta crescente de leitos no período posterior a 2015.

Figura D: Mapas de tendência dos indicadores de Oferta e Demanda de Ações e Serviços de Saúde, municípios do estado do Rio de Janeiro, nos períodos 2010-2015 e 2015-2019.



Fonte: Elaboração dos autores com base em dados do CNES, SIA, RIPSA, MS, SES-MG, IBGE e ANS.

A oferta de consultas médicas pelos municípios fluminenses decresceu a partir da crise financeira. Uma tendência constante (0,017; p=0,30) é observada no período anterior a 2015. Já no período posterior, observa-se uma tendência decrescente (-0,156; p=0,007) no número de consultas médicas por habitante, com uma queda de 23,31% das consultas. (tabela B e figura C_C.2). O mapa (figura D_D.2) revela uma predominância de tendências decrescentes no período posterior a 2015 nos municípios. Assim, a crise financeira influenciou negativamente na oferta no estado e na maioria de seus municípios. A baixa oferta pode desencadear dificuldades no acesso aos serviços de saúde.

A cobertura da atenção básica mostrou-se crescente no estado até o ano de 2017, com platôs estáveis entre os anos de 2012 a 2013 e 2014 a 2015. No período de 2017 a 2019, observa-se uma redução da cobertura, que pode indicar um efeito mais tardio da crise financeira (figura C_C.3). Verifica-se uma tendência crescente (2,343; p=0,01) na cobertura de atenção básica no estado no período anterior a 2015, com aumento de 26,28% na cobertura entre 2010 e 2015, e, no período posterior, tende a uma estabilidade (0,229; p=0,83) (tabela B). O mapa (figura D_D.3) revela que a maioria dos municípios apresenta uma tendência crescente ou estável da cobertura no período anterior a 2015. Registra-se que a maioria dos municípios com tendências com valor igual a 0, tanto no período anterior quanto posterior, apresentam 100% de cobertura da atenção básica. No período posterior não é possível observar predominância de comportamento da tendência entre os municípios. Dessa forma, a crise financeira parece ter interrompido, ainda que tardiamente, a ampliação da cobertura da atenção básica que vinha sendo observada no estado e na maioria dos municípios do estado ao longo dos anos.

A situação da atenção básica pode ter sido influenciada também pelas mudanças na Política Nacional de Atenção Básica (PNAB) ocorridas em 2017, pelos projetos e correlações de forças locais e subfinanciamento (MELO; MENDONÇA; TEIXEIRA, 2019). Gomes et al. (2020) também sugerem influência do cenário econômico de austeridade e da falta de prioridade nos investimentos na saúde e na atenção básica.

A Razão de exames citopatológicos do colo do útero em mulheres de 25 a 64 anos e a população da mesma faixa etária vem decrescendo desde 2010, sendo que, de 2012 para 2013, o indicador apresentou uma queda abrupta, para valor bem abaixo do parâmetro assistencial mínimo preconizado pelo SUS (BRASIL, 2016b). Observa-se uma tendência decrescente (-0,035; p=0,006) e uma redução de 46% no valor do indicador (tabela B). A partir de 2015 é possível observar uma estabilização do indicador, o que pode indicar que ele não foi influenciado negativamente pela crise financeira (tabela B). Entretanto, constata-se que a estabilização se deu em patamares muito abaixo do preconizado, o que indica uma baixa oferta de exames preventivos para câncer do colo do útero na população feminina do estado (figura C_C.4).

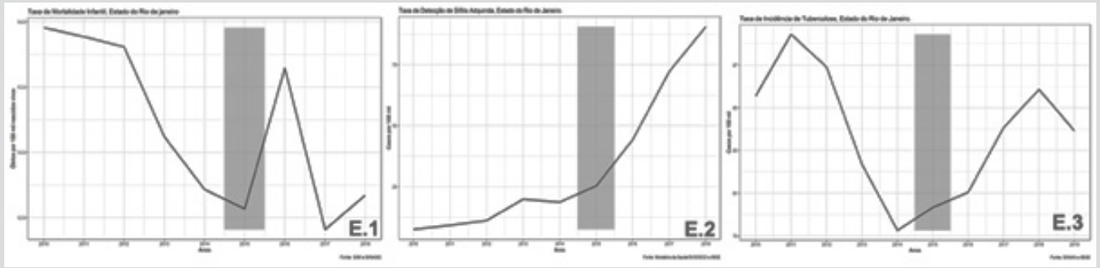
O mapa (figura D_D.4) revela que a maioria dos municípios apresenta uma tendência decrescente no período anterior a 2015. No período posterior não é possível observar predominância de comportamento da tendência entre os municípios, porém o número de municípios com tendência crescente é maior que o do período anterior. Tal fato sugere que a oferta de exames citopatológicos nos municípios fluminenses não foi influenciada negativamente pela crise financeira.

Por meio da análise da parcela da população coberta por planos e seguros de assistência suplementar à saúde (privados e de servidores públicos), é possível avaliar indiretamente a demanda por serviços públicos de saúde. No período anterior a 2015, observa-se uma tendência estável na cobertura de planos privados de saúde no Estado (0,242; p= 0,311). No período posterior, todavia, constata-se uma tendência decrescente (-1,062; p= 0,011), com redução de 12% na cobertura entre 2015 e 2019 (tabela B e figura C_C.5).

Os dados do mapa (figura D_D.5) revelam que a maioria dos municípios apresenta uma tendência crescente da cobertura populacional por planos privados de saúde no período anterior a 2015 e uma alteração no comportamento da tendência no período posterior a 2015, quando se observa a predominância de tendências decrescentes. Assim, os dados indicam que houve uma influência da crise financeira no percentual da cobertura de planos privados de saúde no estado e na maioria dos seus municípios e, consequentemente, um contingente importante de pessoas passou a demandar os serviços do SUS.

Indicadores de condições de saúde da população analisados também apresentaram importantes resultados.

Figura E: Gráficos dos indicadores Taxa de mortalidade infantil dos municípios do estado do Rio de Janeiro (E.1), Taxa de Detecção de Sífilis Adquirida nos municípios do estado do Rio de Janeiro, 2010 a 2018 (E.2) e Taxa de Incidência de Tuberculose nos municípios do estado do Rio de Janeiro, 2010 a 2019 (E.3).



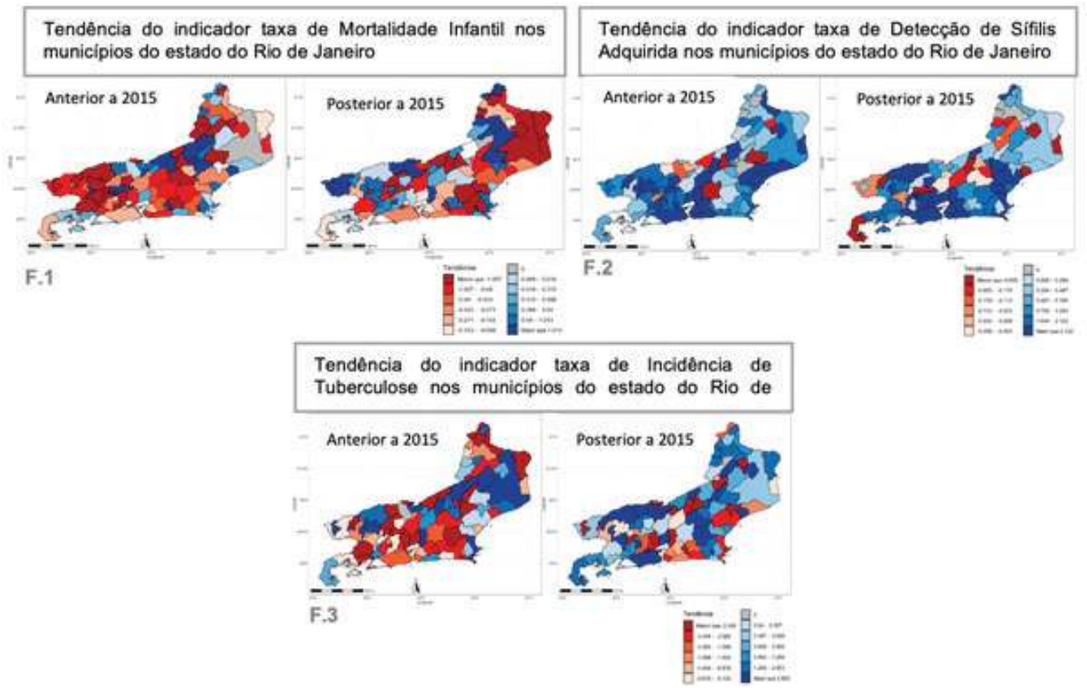
Fonte: Elaboração dos autores com base em dados do SIM, SINASC, SINAN, IBGE

Tabela C: Tendência e variação percentual dos indicadores de condições de saúde no estado do Rio de Janeiro, períodos 2010-2015 e 2015-2019.

Indicador	Período 2010-2015					Período 2015-2019**				
	valor inicial	valor final	tendência	p-valor tendência	variação %	valor inicial	valor final	tendência	p-valor tendência	variação %
Indicador 9	13,96	12,57	-0,318	*0,0026	-9,939	12,57	12,67	-0,093	0,7857	0,82
Indicador 10	7,57	25,33	3,601	*0,0026	234,774	25,33	90,53	22,359	*0,0035	257,397
Indicador 11	85,56	80,34	-1,662	*0,0374	-6,102	80,34	83,92	1,199	0,0851	4,462

Legenda:
Indicador 9: Taxa de Mortalidade Infantil;
Indicador 10: Taxa de Detecção de Sífilis Adquirida;
Indicador 11: Incidência de Tuberculose.
* p-valor significativo segundo critério adotado de 0,05.
** Para a Taxa de Mortalidade Infantil e para a Taxa de Detecção de Sífilis Adquirida, o período foi de 2015-2018.
Fonte: Elaboração dos autores com base em dados do SIM, SINASC, IBGE, SINAN

Figura F: Mapas de tendência dos indicadores de Oferta e Demanda de Ações e Serviços de Saúde, municípios do estado do Rio de Janeiro, nos períodos 2010-2015 e 2015-2019.



Fonte: Elaboração dos autores com base em dados do SIM, SINASC, SINAN, IBGE e MS/SVS/DCCI.



Os dados mostram que a Taxa de Mortalidade Infantil apresentou declínio significativo apenas até 2015 (tendência=-0,3; p=0,0026), com redução de 9,94% de 2010 para 2015. Após 2015, o comportamento do indicador apresenta tendência à estabilidade (-0,093; p=0,7857) (tabela C e figura E_E.1). Pelo mapa (figura F_F.1), verificou-se que a maioria dos municípios apresentava tendência decrescente no período anterior a 2015. No período posterior não é possível observar predominância de comportamento da tendência entre os municípios, porém o número de municípios com tendência crescente é maior que o do período anterior. O aumento de um indicador que historicamente esteve em declínio sinaliza o quanto a população mais vulnerável foi afetada pela crise econômica e o subjacente corte em gastos sociais.

Em relação à Taxa de Detecção da Sífilis Adquirida observa-se aumento nos dois períodos analisados (figura E_E.2). Até 2015 observou-se uma tendência crescente (3,6; p=0,0026) da taxa, com um aumento de 234,77% de 2010 para 2015, o que inicialmente remete ao registro de casos que até então não eram de notificação compulsória[2]. Entretanto, a partir de 2015, o aumento do número de casos se acentuou ainda mais (tendência= 22,36; p=0,0035), com incremento de 257,40% de 2015 para 2018. O mapa de Sífilis Adquirida (figura F_F.2) revela que a tendência esteve crescente tanto no período anterior a 2015 como no posterior na maioria dos municípios. A Sífilis Adquirida passou a ser uma doença de notificação compulsória em 2010. O número de casos de Sífilis Adquirida vem aumentando e indica que não se tem adotado medidas de prevenção, como o uso de preservativos e diagnóstico precoce.

A Incidência de Tuberculose, que apresenta o número de casos novos da doença, esteve em declínio antes de 2015 (tendência=-1,66; p=0,0374), com redução de 6,10% do ano de 2010 para 2015. Nos anos seguintes essa queda foi interrompida (tendência= 1,199; p=0,0851), (figura E_E.3 e tabela C). O mapa de Tuberculose (figura F_F.3) revela que a maioria dos municípios apresenta uma tendência decrescente no período anterior a 2015 e uma alteração de comportamento da tendência no período posterior a 2015, com a maioria apresentando tendência crescente, indicando uma influência negativa da crise financeira.

2 A Sífilis Adquirida só passou a compor o rol de doenças passíveis de notificação compulsória em 31 de agosto de 2010 através da publicação da Portaria nº 2.472.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Efeitos negativos da crise financeira na saúde pública dos municípios fluminenses foram observados no financiamento da saúde, na oferta e demanda de serviços de saúde, bem como nas condições de saúde da população.

A tendência de crescimento da despesa municipal com saúde por habitante e do percentual aplicado pelos municípios fluminenses em saúde foi interrompida com a crise econômica vivenciada pelo país e pelo estado do Rio de Janeiro. Consequentemente, observou-se, depois da crise, um aumento na dependência dos municípios de transferências de outras esferas de governo. Isso evidencia não apenas o impacto da crise na redução do montante de recurso aplicado em saúde, mas também que políticas de austeridade reduziram o percentual de recursos vinculados ao setor, reflexo de medidas para conter o gasto público, que levam à piora das ações e serviços públicos ofertados para a população.

Evidência dessa piora foi que a crise financeira reduziu a oferta de consultas médicas e, ainda que tardiamente, parece ter interrompido a ampliação da cobertura da atenção básica que vinha sendo observada ao longo dos anos nos municípios fluminenses. Embora o número de leitos e a oferta de exames citopatológicos não tenham sofrido modificação em função da crise financeira, a redução dos leitos observada ao longo dos anos e a baixa oferta de exames preventivos no estado são preocupantes.

Outra consequência observada foi que a população coberta por planos privados de saúde reduziu-se com a crise, o que levou a um aumento da demanda por serviços públicos de saúde. A redução e a baixa oferta de consultas, exames e leitos, associadas ao aumento da população SUS dependente, podem contribuir para dificuldade no acesso, superlotação de hospitais e longas filas de espera por procedimentos.

A demanda pode ainda aumentar ou se modificar em função de alterações nas condições de saúde da população. A crise financeira interrompeu a redução da mortalidade infantil e da incidência da tuberculose que vinha sendo observada no estado até 2015. O aumento na incidência de sífilis adquirida foi intensificado após a crise.

O aumento da mortalidade infantil aponta para a vulnerabilidade da atenção materno-infantil em todo o seu ciclo, do planejamento à concepção, ao parto e à assistência à criança e à sua família. Da mesma forma, o aumento da incidência de Sífilis e Tuberculose reflete os impactos sofridos pela população mais vulnerável à redução dos gastos sociais e, notadamente, à diminuição dos recursos direcionados à Saúde Pública.

Este estudo permitiu identificar consequências da crise financeira na política de saúde do estado e indica a necessidade de aprofundamento posterior sobre os possíveis impactos que podem ser observados a partir das alterações mapeadas e que busquem análises individualizadas por municípios e regiões de saúde.

Os resultados podem fomentar a atuação articulada e cooperativa entre os entes do estado, visando otimizar recursos para a oferta adequada de leitos, exames e consultas com base em estudos sobre os diagnósticos de oferta e demanda, garantir o acesso adequado e oportuno a esses instrumentos, além de implementar medidas que contenham o avanço de doenças infectocontagiosas, sensíveis à questão social impactada pela crise.

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: 2 jan. 2020.

_____. **Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000**. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Brasília, DF: Presidência da República, Portal da Legislação, [2000]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm. Acesso em: 3 jan. 2020.

_____. **Emenda Constitucional n° 95, de 15 de dezembro de 2016**. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, Portal da Legislação, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc95.htm. Acesso em: 2 jan. 2020.

_____. **Lei n° 8.080, de 19 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, Portal da Legislação, [1990]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em: 2 jan. 2020.

_____. **Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012**. Regulamenta o § 3o do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nos 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, Portal da Legislação, [2012]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm. Acesso em: 3 jan. 2020.

_____. Ministério da Saúde. **Parâmetro para programação das ações básicas de saúde**. Brasília, DF: Secretaria de Políticas de Saúde, Departamento de Atenção Básica, fev. 2001. 37 p. Disponível em: https://www.paho.org/bra/dmdocuments/Sala5406.pdf. Acesso em: 25 out. 2021.

_____. Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva. Coordenação de Prevenção e Vigilância. Divisão de Detecção Precoce e Apoio à Organização de Rede. **Diretrizes brasileiras para o rastreamento do câncer do colo do útero**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: INCA, 2016b. Disponível em: https://www.inca.gov.br/sites/ufu.sti.inca.local/files//media/document//diretrizesparaorastreamentodocancerdocolodoutero_2016_corrigido.pdf. Acesso em: 25 out. 2021.

BRETAS, A. M.; LAUREANO, F. G.; QUINTANILHA, N.; NAZARETH, P. Dependência das rendas petrolíferas nos municípios do RJ. **Geo UERJ**, Rio de Janeiro, n. 35, 2019. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/geouerj/article/view/48410/32342. Acesso em: 3 mar. 2020.

COLOMBO, J. A.; LAZZARI, M. R. Timing, duração e magnitude da recessão econômica de 2014–2016 nos estados brasileiros. In: ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA, 46., Rio de Janeiro, 2018. **Anais [...]**. Rio de Janeiro: ANPEC, 2018. 19 p. Área 4: Macroeconomia, Economia Monetária e Finanças. Disponível em: https://en.anpec.org.br/previous-editions.php?r=encontro-2018. Acesso em: 4 mar. 2020.

FLEURY, S. Reforma sanitária brasileira: dilemas entre instituinte e o instituído. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 743-752, mai./jun. 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/csc/v14n3/10.pdf. Acesso em: 2 jan. 2020.

FUNDAÇÃO CEPERJ. **Produto Interno Bruto do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: https://www.ceperj.rj.gov.br/?page_id=210. Acesso em: 4 mar. 2020.

GOMES, C. B. S.; GUTIERREZ, A. C.; SORANZ, D. Política Nacional de Atenção Básica de 2017: análise da composição das equipes e cobertura nacional da Saúde da Família. **Ciênc. Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 4, p. 1327-1338, abr. 2020. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232020000401327&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 9 nov. 2020.

MASSUDA, A. et al. The Brazilian health system at crossroads: progress, crisis and resilience. **BMJ Glob Health**: jul. 2018. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6035510/> Acesso em: 12 fev. 2020.

MELO, E. A.; MENDONÇA, M. H. M. de; TEIXEIRA, M. A crise econômica e a atenção primária à saúde no SUS da cidade do Rio de Janeiro, Brasil. **Ciênc. Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 12, p. 4593-4598, dez. 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232019001204593&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 9 nov. 2020.

ROSSI, P.; DWECK, E. Impactos do Novo Regime Fiscal na saúde e educação. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 32, n. 12, dez. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/csp/v32n12/1678-4464-csp-32-12-e00194316.pdf. Acesso em: 9 jan. 2020.

SUBMISSÃO DE ARTIGOS PARA A REVISTA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O Conselho Editorial da Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, no uso de suas atribuições, convoca, semestralmente, membros da comunidade acadêmica e pesquisadores para participação da seleção e publicação de artigos.

Os artigos deverão ser inéditos e devem ser enviados para pesquisas_ecg@tcerj.tc.br.

Para tanto, os autores devem verificar a conformidade da submissão em relação a todas as normas de publicação divulgadas no portal da Escola de Contas e Gestão do TCE-RJ, em https://www.tcerj.tc.br/web/ecg/revista-do-tce-rj/normas-para-publicacao.


ecg
ESCOLA DE CONTAS
E GESTÃO DO TCE-RJ


Tribunal
de Contas
Estado do Rio de Janeiro