

GUSTAVO HENRIQUE CARVALHO SCHIEFLER

**Diálogos público-privados:
da opacidade à visibilidade na administração pública**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2016

GUSTAVO HENRIQUE CARVALHO SCHIEFLER

**Diálogos público-privados:
da opacidade à visibilidade na administração pública**

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Professor Doutor Gustavo Henrique Justino de Oliveira.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2016

Catálogo na Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Schiefler, Gustavo Henrique Carvalho.

s332d Diálogos público-privados: da opacidade à visibilidade na administração pública / Gustavo Henrique Carvalho Schiefler ; orientador Gustavo Henrique Justino de Oliveira. – São Paulo, 2016.

361 f.

Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Direito. Área de concentração: Direito do Estado.

1. Direito Administrativo. 2. Processo Administrativo. 3. Administração Pública. I. Justino de Oliveira, Gustavo Henrique, orient. II. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título

CDD 341.362

TERMO DE APROVAÇÃO

Nome: SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho.

Título: Diálogos público-privados: da opacidade à visibilidade na administração pública

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Professor Doutor Gustavo Henrique Justino de Oliveira.

Data de aprovação: ___ / ___ / ___

Banca examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Gustavo Henrique Justino de Oliveira, por todas as inúmeras oportunidades acadêmicas e profissionais que me ofereceu, especialmente pelo acolhimento e pela dedicada orientação no curso de doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Sinto-me verdadeiramente honrado. Sou agradecido pela inspiração, pela amizade, pelos incentivos e pelas brilhantes lições, que foram decisivas e fundamentais durante todo o percurso que deu origem a essa tese de doutoramento. Estendo o sincero reconhecimento aos demais integrantes do escritório Justino de Oliveira Advogados, especialmente à Sra. Marisa Orsi D'Estefani, pessoa de grandioso coração, que, desde o primeiro contato, me recebeu e me auxiliou com muito carinho, disposição e compreensão.

Aos meus pais Adriana e Rui, que constituem a minha base e a minha essência. Aos meus irmãos Ricardo, Eduardo e Catarina, que tanto me orgulham, me ensinam e me alegram. Agradeço pela generosidade desmedida de todos vocês, que nunca pouparam esforços para me apoiar. Agradeço a compreensão pela minha relativa e recente ausência, que certamente foi a mais dolorida das renúncias necessárias à confecção deste trabalho.

À Fernanda, minha companheira, que alimenta o meu espírito com seu amor, que me energiza e me ensina a viver. Sou grato por cada dia ao seu lado, pois encontro em você a minha felicidade. Em especial, pelos dias, noites e madrugadas, inclusive em feriados e finais de semana, que, pacientemente, acompanhou e incentivou a nascença desse estudo. Também à Maritza, ao Alcides e ao André, que me acolheram como membro da família.

Aos meus avós Maria e Almir, Míriam e Marcos, minhas referências maiores. Aos meus afilhados Helena e Rafael, que amo profundamente. Ao Wagner e à Raquel. A todos os meus tios e primos. Tenho a sorte grande de pertencer a uma família tão maravilhosa.

Ao Professor Joel de Menezes Niebuhr, o grande responsável pela minha dedicação originária ao direito administrativo e pela minha formação como advogado, com quem tive o privilégio de aprender lições essenciais do direito e da vida.

Aos Professores Rodrigo Pagani de Souza e Marcos Augusto Perez, pelas primorosas aulas ministradas sobre controle da administração pública. Ao Professor Floriano de Azevedo Marques Neto, pelas inesquecíveis lições sobre serviços públicos e seus desafios contemporâneos. Sinto-me privilegiado pela oportunidade de tê-los como meus professores.

À Zênite Informação e Consultoria S/A, na pessoa do Doutor Renato Geraldo Mendes e da Anadricea Vicente de Almeida, que durante esses anos me ofereceu uma intensa

experiência profissional na consultoria e no magistério em matéria de licitações públicas e contratos administrativos, contribuindo diretamente para a minha formação.

Ao *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, de Hamburgo, na Alemanha, onde tive o inestimável privilégio de permanecer durante cinco meses, como pesquisador visitante, sendo dois meses integralmente dedicados a este estudo. Agradeço também o apoio do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC), que viabilizou a minha estada.

Ao André Tavares Ferraz, André Tito da Motta Oliveira, Fábio Gomes dos Santos, Marcelo Marques, André Junqueira, Alexandra Fuchs Araújo, Sílvia Helena Johonsom di Salvo, Laura Mendes Amando de Barros, Amanda Barelli, Ana Hohmann, Adriana Cardinali, Fernanda Vick Sena e Ana Carolina Leister, amigos que comigo compartilharam prazerosos momentos nas Arcadas, sob a virtuosa orientação do Professor Doutor Gustavo Henrique Justino de Oliveira.

Ao Emanuel Pessoa, ao José Aparecido, ao Fernando Couto, ao Fernando Lobo, ao Murillo Giordan Santos, ao Daniel Bogéa e à Patrícia Toledo, que me presentearam com amizades verdadeiras forjadas no Largo São Francisco. Ao Carlos Crippa Jr. e ao Guilherme Coutinho, valorosos amigos com quem tive a honra e a sorte de dividir o teto por algum período enquanto escrevia a tese. Ao Walter Marquezan, pelo incessante incentivo, pela amizade e pela parceria intensificada em São Paulo. Ao André Castro Carvalho, Guilherme Schwartmann, Gustavo Grebler, Helena Leticia Ayala, Laura Rueda, Leonardo Zanini, Luccas Augusto Adib, Marcela Jabôr, Marcelo Tung, Paulo Souza e Wilson Accioli, amigos que também participaram ativamente de momentos marcantes durante essa jornada.

Aos meus amigos cuja simples referência é incapaz de retratar a dimensão da estima, da gratidão, do respeito, da admiração e do carinho que sinto. Ao Arthur Dalmarco, Bernardo Lins, Bernardo Pires, Bruno Carreirão, Caio Matsumoto, Camila Corrêa, Eduardo Rêgo, Felipe Seara Müller, Fernanda Schramm, Giovanni Brocardo, Giovanna Gamba, Guilherme Scatolin, Guilherme Seara Müller, Gustavo Hoffmann, Hernane Elesbão, Kauê Werner, Leonardo Brum, Leonardo Pfitzer, Marcel Belli, Marina Gondin Ramos, José Campolina, Otávio Minatto, Pedro Alvim, Ricardo de Holanda Janesch, Pyther Fontão, Rafael Maioral, Roberta Zumblick e Samir Fiates. Todas pessoas próximas do meu coração, portadoras das mais nobres qualidades.

E aos futuros leitores, com os sinceros votos de quem redigiu cada palavra com a finalidade exclusiva de contribuir para uma aprofundada reflexão sobre os diálogos público-privados. Que seja útil àqueles que se dispuserem a percorrer as páginas deste estudo.

*Informação sem forma é contradição
é como legitimidade sem consenso
ou consenso sem liberdade
é a liberdade sem propriedade
ou propriedade sem escassez
é como lei sem prévia anuência
ou anuência sem comunicação
é comunicação sem diálogo
ou diálogo sem expressão
é como publicidade sem divulgação
é transparência na opacidade
é visibilidade em escuridão
(O autor)*

RESUMO

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Diálogos público-privados: da opacidade à visibilidade na administração pública.** 2016. 377 fls. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016.

Esta tese de doutorado defende que os diálogos estabelecidos entre agentes públicos e agentes econômicos, porque inevitáveis, inerentes e decisivos para a função administrativa, impactam significativamente o desafio de legitimação estatal perante a população. O fenômeno é robustecido no estado brasileiro, considerado o seu caráter desenvolvimentista, a presumida situação de corrupção sistêmica e o ambiente de opacidade em que os diálogos público-privados se encontram. Por corolário, esses diálogos, orais ou escritos, para que não comprometam a legitimidade estatal, devem ser conduzidas em rigorosa responsividade aos interesses públicos, o que remete, especialmente, à efetiva imposição do direito administrativo e, mais especificamente, ao fidedigno registro e à publicidade do processo administrativo. Contudo, atualmente existe uma carência de procedimentos administrativos regulamentados – ou adequadamente regulamentados – para a condução dessas comunicações, o que eleva o risco de que permaneçam na informalidade, potencializando conluios e a captura de agentes públicos. Defende-se que o risco de opacidade dos diálogos público-privados é agravado pela constatação de que a informalidade é um fenômeno presente, insuperável e, em razão dos avanços tecnológicos, frequentemente indetectável. Os problemas do principal-agente e da captura são apresentados como explicações teóricas que embasam o risco de que interesses econômicos privados preponderem sobre os interesses públicos nesses diálogos. Elencam-se as potenciais soluções repressivas e preventivas para o controle parcial dos riscos dos diálogos público-privados, destacando-se, nesse contexto, a institucionalização de procedimentos administrativos específicos. A solução é defendida como aquela que, sem a pretensão de extinguir o fenômeno, possui a maior probabilidade de conferir-lhe visibilidade, a fim de que parâmetros aceitáveis de transparência, abertura à competição e ética profissional sejam implementados. São analisadas e classificadas as diferentes espécies de diálogos público-privados existentes no contexto brasileiro, de acordo com a natureza e o nível de aderência aos parâmetros previamente identificados como adequados, em conjunto com uma série de sugestões normativas e operacionais. Após detalhada análise sobre a audiência público-privada, em que agentes públicos e agentes econômicos dialogam em reunião exclusiva, defende-se um conjunto de sugestões para a alteração de sua principal norma regulamentadora, o Decreto Federal nº 4.334/2002. No âmbito da função regulatória, diferentes espécies de diálogo público-privado são investigadas, como a submissão de minutas de normas regulatórias por agentes econômicos, a análise de impacto regulatório (AIR), as consultas públicas, as audiências públicas, a tomada de subsídio e a reunião participativa. No âmbito dos contratos administrativos, examina-se criticamente, dentre outros, o procedimento de manifestação de interesse (PMI), o procedimento de manifestação de interesse social (PMI Social), os diálogos prévios a editais licitatórios e contratações diretas, a etapa de pesquisa de preços com fornecedores, o *request for information* (RFI), o *request for proposal* (RFP) e o *road show*. Cuida-se também dos diálogos público-privados conduzidos no âmbito dos processos administrativos sancionatórios, em atenção às negociações que antecedem a celebração do acordo de leniência, do termo de ajustamento de conduta (TAC) e do termo de compromisso de cessação de prática (TCC).

Palavras-chave: Direito Administrativo. Processo Administrativo. Administração Pública. Diálogos Público-Privados.

ABSTRACT

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Public-private dialogues: from opacity to visibility in public administration.** 2016. 377 p. Thesis (Doctorate) – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2016.

This doctoral thesis argues that the dialogues established between public and economic agents, which are unavoidable, inherent and decisive for the administrative function, significantly influence the challenge of state legitimation before the population. The phenomenon is strengthened in the Brazilian state, considering its developmental character, the presumed situation of systemic corruption and the environment of opacity in which public-private dialogues meet. As a corollary, these dialogues, oral or written, so as not to compromise state legitimacy, must be conducted in strict responsiveness to public interests, which refers, in particular, to the effective imposition of administrative law and, more specifically, to reliable registration and publicity in administrative process. However, there is currently a shortage of regulated - or adequately regulated - administrative procedures for conducting such communications, which increases the risk of those remaining in informality, amplifying the possibility of collusions and public agents' capture. It is argued that the risk of opacity on public-private dialogues is aggravated by the finding that the informality is a present, insurmountable and, due to technological advances, often undetectable phenomenon. The problem of the principal-agent and the capture theory are presented as theoretical explanations that support the risk that private economic interests might prevail over public interests in these dialogues. The potential repressive and preventive solutions for the partial control of the risks of public-private dialogues are listed, highlighting, in this context, the institutionalization of specific administrative procedures. The solution is defended as one that, without intending to eliminate the phenomenon, is most likely to give it visibility, so that acceptable parameters of transparency, openness to competition and professional ethics are implemented. The different types of public-private dialogues existing in the Brazilian context are analyzed and classified according to the nature and level of compliance to parameters previously identified as appropriate, together with a series of normative and operational suggestions. After detailed analysis of the public-private audience, in which public agents and economic agents dialog in an exclusive meeting, a set of suggestions for the amendment of its main regulatory standard, the Federal Decree n. 4.334/2002, is presented. Within the scope of the regulatory function, different types of public-private dialogue are investigated, such as submission of regulatory drafts by economic agents, Regulatory Impact Analysis (RIA), public consultations, public hearings, and the participatory meeting. In the scope of administrative contracts, the following are critically examined, among others: the express of interest procedure (EOI), the express of social interest procedure (Social EOI), the dialogues prior to bidding documents and direct contracts, the stage of price research with suppliers, the request for information (RFI), the request for proposal (RFP) and the road show. The study also covers public-private dialogues conducted in the context of administrative procedures for sanctions, specifically negotiations prior to the conclusion of the leniency agreement, the term of conduct adjustment and the term of commitment to cease practice.

Keywords: Administrative law. Administrative process. Public administration. Public-Private Dialogues.

RESUMEN

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Diálogos público-privados: de la opacidad a la visibilidad en la administración pública.** 2016. 377 pág. Tesis: (Doctorado en Derecho Estatal) – Facultad de Derecho, Universidad de São Paulo, 2016.

Esta tesis de doctorado sostiene que los diálogos establecidos entre los agentes públicos y los agentes económicos, porque inevitables, inherentes y decisivos para la función administrativa, impactan significativamente el desafío de la legitimización estatal frente a la población. El fenómeno es fortalecido en el Estado brasileño, considerado como su carácter de desarrollo, la presunta corrupción sistémica, y el ambiente de opacidad en el que los Diálogos Público-Privados se encuentran. Por consecuencia, esos diálogos, orales o escritos, para que no comprometan la legitimidad del Estado, deben ser conducidos en rigurosa correlación a los intereses públicos, lo cual se refiere, especialmente, a la efectiva imposición del derecho administrativo y, más específicamente, al fidedigno registro y a la publicidad del proceso administrativo. No obstante, en la actualidad existe una insuficiencia de procedimientos administrativos reglamentados – o adecuadamente reglamentados - para la conducción de esas comunicaciones, lo que eleva el riesgo de que permanezcan en la informalidad, impulsando colusión y la captura de agentes públicos. Se argumenta que el riesgo de la opacidad de los Diálogos Público-Privados es agravado por la verificación que la informalidad es un fenómeno presente, insuperable y, en razón a los avances tecnológicos, frecuentemente indetectable. Los problemas del principal agente y de la captura son presentados como explicaciones teóricas que justifican el riesgo de que los intereses económicos privados predominen sobre los intereses públicos en esos diálogos. Se enumeran las potenciales soluciones represivas y preventivas para el control parcial de los riesgos de los Diálogos Público-Privados, destacándose, en este contexto, la institucionalización de procedimientos administrativos específicos. La solución es defendida como aquella que, sin la pretensión de extinguir el fenómeno, posee la mayor probabilidad que le sea conferido visibilidad, a fin de que parámetros aceptables de transparencia, apertura a la competencia y ética profesional sean implementados. Son analizadas y clasificadas las diferentes especies de Diálogos Público-Privados existentes en el contexto brasileño, de acuerdo con la naturaleza y el nivel de adherencia a los parámetros previamente identificados como adecuados, en conjunto con una serie de sugerencias normativas y operacionales. Después de ser detallado el análisis sobre la Audiencia Público-Privada, en que agentes públicos y agentes económicos dialogan en reunión exclusiva, se defiende un conjunto de sugerencias para la alteración de su principal norma reglamentaria, el Decreto Federal nº 4.334/2002. En el ámbito de la función reglamentaria, diferentes especies son investigados, como la sumisión de minutas de normas reglamentarias por agentes económicos, el Análisis del Impacto Normativo (AIN), las Consultas Públicas, las Audiencias Públicas, la Toma de Subsidio y la Reunión Participativa. En el ámbito de los contratos administrativos, se examina críticamente, entre otros, el Procedimiento de la Manifestación del Interés (PMI), el Procedimiento de la Manifestación del Interés Social (PMI Social), los diálogos previos a las convocatorias de las licitaciones y a las contrataciones directas, la etapa de consulta de los precios con los proveedores, el *Request for Information* (RFI), el *Request for Proposal* (RFP) y el *Road Show*. Se cuida también de los diálogos público-privados conducidos en el ámbito de los procesos administrativos sancionatorios, en atención a las negociaciones que anteceden a la celebración del acuerdo de indulgencia, del Término de Ajuste de Conducta (TAC) y del Término de Compromiso de Cesión de Práctica (TCC).

Palabras claves: Derecho Administrativo. Proceso Administrativo. Administración Pública. Diálogos Público-Privados.

ZUSAMMENFASSUNG

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Öffentlich-private Dialoge:** von der Undurchsichtigkeit bis zur Sichtbarkeit der öffentlichen Verwaltung. 2016. 377 Seiten. Doktorarbeit (Doktorat in Staatsrecht) – Hochschule für Jura, Universität von São Paulo, 2016.

Diese Doktorarbeit vertritt den Standpunkt, dass die Dialoge zwischen den öffentlichen Dienstleistern und den wirtschaftlichen Akteuren, weil sie unvermeidbar, inhärent und ausschlaggebend für die Verwaltungsfunktion sind, sich auf bedeutende Weise auf die Herausforderung der staatlichen Legitimation gegenüber der Bevölkerung auswirken. Dieses Phänomen zeigt sich verstärkt im brasilianischen Staat, wenn man seine entwicklungsfördernde Eigenschaft, seine mutmassliche systemische Korruption und das undurchsichtige Umfeld, in dem sich die öffentlich-privaten Dialoge befinden, in Betracht zieht. Als logische Folge müssen diese verbalen oder schriftlichen Dialoge den öffentlichen Interessen strikt entgegenkommen, damit sie nicht die staatliche Legitimität beeinträchtigen, und dafür sind besonders die effektive Durchsetzung des Verwaltungsrechtes und speziell das zuverlässige Register und die Möglichkeit der Einsichtnahme in den Verwaltungsprozess notwendig. Heutzutage fehlen aber geregelte – oder angemessen geregelte – Verwaltungsverfahren, um diese Kommunikationen durchzuführen, was das Risiko erhöht, dass sie in der Informalität bleiben und geheime Absprachen und die Vereinnahmung von öffentlichen Dienstleistern potenzieren. Das Risiko der Undurchsichtigkeit der öffentlich-privaten Dialoge ist dadurch grösser, da die Informalität ein aktuelles Phänomen, das unüberwindbar und aufgrund des technologischen Fortschritts oft nicht feststellbar ist, darstellt. Das Problem des Hauptakteurs und der Vereinnahmung werden als theoretische Erklärungen vorgestellt, die das Risiko begründen, dass in diesen Dialogen private wirtschaftliche Interessen Vorrang haben vor den öffentlichen Interessen. Angeführt werden die repressiven und vorsorglichen potenziellen Lösungen für die teilweise Risikokontrolle der öffentlich-privaten Dialoge, wobei in diesem Zusammenhang die Institutionalisierung von spezifischen Verwaltungs-verfahren vorgehoben wird. Die Lösung, die vertreten wird, ist diejenige, die ohne den Anspruch auf die Beseitigung des Phänomens die grösste Wahrscheinlichkeit besitzt, es sichtbar zu machen, damit akzeptable Parameter von Transparenz, Öffnung für den Wettbewerb und professionelle Ethik eingeführt werden. Es werden verschiedene Arten von öffentlich-privaten Dialogen analysiert und klassifiziert, die im brasilianischen Kontext existieren, in Einklang mit der Art und dem Verbindungsgrad an die vorherig als angemessen identifizierten Parameter und zusammen mit einer Reihe von normativen und operativen Vorschlägen. Nach einer detaillierten Analyse der öffentlich-privaten Audienz, in der die öffentlichen Dienstleister und wirtschaftlichen Akteure in einer exklusiven Besprechung einen Dialog halten, wird eine Reihe von Vorschlägen vertreten zur Änderung der Hauptregulierungsnorm, das Bundesdekret Nr. 4.334/2002. Im Rahmen der Regulativfunktion werden verschiedene Arten von öffentlich-privaten Dialogen untersucht, wie die Unterbreitung von Entwürfen von Regulierungsnormen durch wirtschaftliche Akteure, die Analyse der Regulierungsauswirkungen, die öffentlichen Anfragen, die öffentlichen Audienzen, die Informationseinsammlung für die Erstellung einer Regulierungsnorm und die partizipative Besprechung. Im Rahmen der Verwaltungsverträge werden u.a. das Verfahren der Interessenbekundung, das Verfahren der sozialen Interessenbekundung, die Dialoge vor der Bekanntmachung der Ausschreibung und den direkten Einstellungen, die Phase der Preisforschung bei den Lieferanten, der *request for information* (RFI), der *request for proposal* (RFP) und die *road show* kritisch untersucht. Es werden auch die öffentlich-privaten Dialoge im Rahmen der Verwaltungsprozesse, die

Verstöße ermitteln, angesprochen, im Hinblick auf die Verhandlungen vor dem Abschluss des Abkommens für eine Strafmilderung, vor der Erklärung der Verhaltensanpassung und vor der Verpflichtungserklärung der Einstellung der Praktiken.

Schlagnorte: Verwaltungsrecht. Verwaltungsprozess. Öffentliche Verwaltung. Öffentlich-private Dialoge.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
1 OS DIÁLOGOS PÚBLICO-PRIVADOS E O EFEITO SOBRE A PERCEPÇÃO DE LEGITIMIDADE DO ESTADO PELA POPULAÇÃO	23
1.1 INTRODUÇÃO AO ESTUDO DOS DIÁLOGOS PÚBLICO-PRIVADOS.....	23
1.1.1 O que são os diálogos público-privados?	23
1.1.2 A inevitabilidade dos diálogos público-privados.....	29
1.1.3 Os diálogos público-privados e o impacto sobre o processo de legitimação estatal	35
1.1.4 O diálogo público-privado como uma relação jurídico-administrativa	43
1.1.5 A dualidade dos diálogos público-privados: entre o risco de corrupção e a busca por consensualidade	44
1.2 GIGANTE PELA PRÓPRIA NATUREZA: O DESAFIO DE LEGITIMAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO	48
1.2.1 O desafio de legitimação é maior quando o estado pretende desenvolver a economia e prover o bem-estar social.....	48
1.2.2 O patrimonialismo no Brasil: uma possível explicação sociológica para a sistemática subversão de agentes públicos por interesses privados.....	53
1.2.3 A contemporânea crise de responsividade do estado brasileiro: descrença e desconfianças sobre a administração pública	61
1.2.4 A aparente situação de corrupção sistêmica no Brasil.....	67
1.3 SÍNTESE PARCIAL DO CAPÍTULO.....	71
2 O DILEMA DA OPACIDADE: O RISCO DA INFORMALIDADE NOS DIÁLOGOS PÚBLICO-PRIVADOS	73
2.1 A OPACIDADE DOS DIÁLOGOS PÚBLICO-PRIVADOS COMO UM FENÔMENO INSUPERÁVEL E CONTRÁRIO AO DIREITO ADMINISTRATIVO	73
2.1.1 A opacidade dos diálogos público-privados na administração pública brasileira	74
2.1.2 O dever de formalização dos diálogos público-privados em processo administrativo	81
2.1.3 Um esclarecimento: administração pública informal não é sinônimo de diálogo público-privado informal	87
2.1.4 Uma parcela de informalidade comunicacional sempre influencia o processo administrativo	91
2.2 A OPACIDADE DOS DIÁLOGOS PÚBLICO-PRIVADOS COMO UM FENÔMENO QUE VIABILIZA A CORRUPÇÃO	93
2.2.1 O desvirtuamento intencional das finalidades administrativas reclama a utilização de canais sigilosos de comunicação	93
2.2.2 O desenvolvimento tecnológico criptográfico e a inviabilidade técnica de descoberta de comunicações eletrônicas.....	95
2.2.3 Uma importante agravante: o desenvolvimento tecnológico criptográfico e a inviabilidade técnica de detecção de transações financeiras ilícitas.....	100
2.2.4 A ausência de <i>quid pro quo</i> também dificulta a comprovação da corrupção nos diálogos público-privados ilegítimos.....	105
2.3 A SUBJETIVIDADE E A COMPLEXIDADE INERENTES À ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DESAFIAM O CONTROLE DOS DIÁLOGOS PÚBLICO-PRIVADOS E EXPLICAM O RISCO DE CAPTURA.....	107

2.3.1 A descoberta dos interesses públicos como uma atividade subjetiva orientada pelo direito administrativo	108
2.3.2 O risco de preponderância dos interesses individuais dos agentes públicos durante os diálogos público-privados	111
2.3.3 O problema do principal-agente é agravado na administração pública	115
2.3.4 O risco de captura: agentes públicos a serviço de agentes econômicos.....	118
2.3.5 A imposição da opacidade a partir do abuso do direito à participação: o risco da captura informacional	127
2.4 SÍNTESE PARCIAL DO CAPÍTULO	130
3 EM BUSCA DE VISIBILIDADE: O IDEAL DE TRANSPARÊNCIA, ABERTURA À COMPETIÇÃO E ÉTICA NOS DIÁLOGOS PÚBLICO-PRIVADOS.....	133
3.1 POTENCIAIS SOLUÇÕES PARA O CONTROLE DOS RISCOS DOS DIÁLOGOS PÚBLICO-PRIVADOS.....	133
3.1.1 Análise sobre as potenciais medidas repressivas para o controle dos riscos dos diálogos público-privados	134
3.1.2 Análise sobre as potenciais medidas preventivas para o controle dos riscos dos diálogos público-privados	139
3.1.3 O fomento à ética profissional como medida de prevenção ao desvirtuamento dos diálogos público-privados	145
3.1.4 A vinculação de códigos de conduta ética aos diálogos público-privados	149
3.2 A INSTITUCIONALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DE DIÁLOGO PÚBLICO-PRIVADO	155
3.2.1 Regras claras, ambiente próprio e possibilidade de controle sobre os diálogos público-privados.....	156
3.2.2 O caráter procedimental dos diálogos público-privados como medida preventiva para o controle de riscos, e não como instrumento de controle prévio	161
3.2.3 A transparência ativa sobre os diálogos público-privados.....	163
3.2.4 O processo administrativo eletrônico como vetor de transparência administrativa	170
3.2.5 A regulamentação parcial do <i>lobby</i> : a advocacia de interesses por meio de diálogos público-privados institucionalizados	172
3.2.6 A ampla abertura à participação competitiva-colaborativa dos particulares interessados no diálogo público-privado.....	175
3.2.7 A institucionalização dos diálogos público-privadas não extingue o confronto entre a opacidade e o ideal de visibilidade na administração pública.....	183
3.2.8 Uma matriz analítica para as espécies de diálogo público-privado	185
3.3 SÍNTESE PARCIAL DO CAPÍTULO	188
4 ANÁLISE E CLASSIFICAÇÃO DAS ESPÉCIES DE DIÁLOGO PÚBLICO-PRIVADO.....	191
4.1 A AUDIÊNCIA PÚBLICO-PRIVADA: O DIÁLOGO PÚBLICO-PRIVADO PRESENCIAL CABÍVEL EM QUALQUER PROCESSO ADMINISTRATIVO	191
4.1.1 A insuficiência e a inadequação do Decreto Federal nº 4.334/2002.....	193
4.1.2 Uma proposta de reforma para o Decreto Federal nº 4.334/2002: a visibilidade dos parlatórios <i>versus</i> a opacidade do registro sintético por escrito	198
4.1.3 Um desafio à cultura administrativa: o relativo desconhecimento do Decreto Federal nº 4.334/2002 pelos próprios agentes públicos	207
4.2 OS DIÁLOGOS PÚBLICO-PRIVADOS NO ÂMBITO DA FUNÇÃO REGULATÓRIA	211
4.2.1 A submissão de minutas de normas regulatórias por agentes econômicos....	213

4.2.2	A análise de impacto regulatório (AIR).....	220
4.2.3	As consultas públicas.....	226
4.2.4	As audiências públicas.....	230
4.2.5	O intercâmbio documental: uma modalidade de audiência pública ou de consulta pública em que não há sessão presencial.....	235
4.2.6	A tomada de subsídio.....	237
4.2.7	A reunião participativa.....	241
4.2.8	Os diálogos público-privados conduzidos durante a aplicação de normas de natureza regulatória: a fiscalização de atividades econômicas.....	244
4.2.9	Os conselhos regulatórios: uma espécie de arena participativa, mas distinta dos diálogos público-privados.....	247
4.3	DIÁLOGOS PÚBLICO-PRIVADOS NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS	249
4.3.1	O procedimento de manifestação de interesse (PMI)	250
4.3.2	O procedimento de manifestação de interesse social (PMI Social).....	259
4.3.3	Diálogos prévios à elaboração de edital em licitações públicas comuns e às contratações diretas.....	265
4.3.4	O request for information (RFI) e o request for proposal (RFP).....	273
4.3.5	Pesquisa de preços com potenciais fornecedores e prestadores de serviços..	278
4.3.6	O <i>road show</i>	284
4.3.7	As consultas públicas e audiências públicas no âmbito contratual.....	291
4.4	DIÁLOGOS PÚBLICO-PRIVADOS NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS SANCIONATÓRIOS	293
4.4.1	As negociações prévias ao acordo de leniência.....	295
4.4.2	As negociações prévias ao termo de ajustamento de conduta (TAC).....	302
4.4.3	As negociações prévias ao termo de compromisso de cessação de prática (TCC)	306
4.5	ANÁLISE SISTÊMICA SOBRE OS INSTITUTOS DE DIÁLOGO PÚBLICO-PRIVADO.....	311
	CONCLUSÃO	317
	REFERÊNCIAS.....	325
	APÊNDICE A.....	354
	APÊNDICE B	356

INTRODUÇÃO

Esta tese de doutorado é resultado da pesquisa acadêmica conduzida pelo autor durante o período de 2014 a 2016, sob a orientação do Professor Doutor Gustavo Henrique Justino de Oliveira, no programa de Doutorado em Direito do Estado oferecido pela Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

O objeto de pesquisa refere-se às comunicações, orais e escritas, intercambiadas entre agentes públicos e agentes econômicos no âmbito de suas relações jurídico-administrativas – ou, mais simplesmente, sobre *diálogos público-privados*.

O principal problema identificado no fenômeno, que justificou o interesse no tema, consiste na cotidiana *informalidade* com que esses diálogos são conduzidos pela administração pública brasileira. Essa informalidade, identificada no título do trabalho como a *opacidade dos diálogos público-privados*, se perfectibiliza quando essas comunicações não são devidamente registradas em processo administrativo, a despeito do consolidado reconhecimento de que a *processualidade* é elemento central do direito administrativo e, pois, vinculante ao exercício da função administrativa. A consequência negativa primária dessa informalidade é o obstáculo que impõe sobre o exercício de controle sobre os processos administrativos, dada a incompleta memória da formação decisória e a inviabilidade de observância fidedigna do princípio da publicidade.

A faceta eminentemente jurídica do problema foi investigada a partir de uma análise detalhada e sistemática sobre a regulamentação normativa dessas interlocuções. No último capítulo, especialmente, verifica-se a hipótese de que existem indesejáveis lacunas normativas na disciplina dos diálogos público-privados, uma vez que as normas legais e infralegais dedicadas às diferentes espécies dessas comunicações, quando existentes, são insuficientes e inadequadas.

Mas a insuficiência normativa não é o único elemento que enseja a sobredita informalidade. A ausência de registro de uma determinada comunicação entre um agente público e um agente econômico pode representar uma conduta deliberada adotada em favor de um esquema de corrupção. Ou ainda, é igualmente comum que essa informalidade seja decorrência do mero desconhecimento, por parte do agente público, sobre as normas jurídicas aplicáveis aos diálogos público-privados.

Logo, a disciplina normativa é apenas uma das múltiplas facetas do problema da opacidade que recai sobre esses diálogos. A compreensão aprofundada de suas causas e

consequências exige, em complemento à análise jurídica, uma investigação sobre elementos históricos, sociológicos, políticos, econômicos, da cultura administrativa, da ética profissional e até da tecnologia da informação e comunicação.

Em razão disso, esta tese de doutorado carrega um manifesto caráter interdisciplinar, pois entremeia a análise jurídica com elementos dessas outras ciências, em esforço genuíno de contribuição à compreensão das causas e consequências do problema da opacidade dos diálogos público-privados. A abordagem interdisciplinar do fenômeno, que raramente é examinado de forma autônoma pela academia, é percebida pelo autor como de invulgar relevância para o desenvolvimento do direito administrativo.

O presente estudo consolida as investigações acadêmicas experimentadas pelo autor após a sua dissertação de mestrado, que foi dedicada à análise de uma única espécie de diálogo público-privado: o procedimento de manifestação de interesse (PMI)¹. Desta feita, o objeto de pesquisa foi significativamente ampliado e aprofundado, de forma que abrange todo o gênero dos diálogos público-privados, considerado uma categoria própria da atividade administrativa. Sob múltiplas perspectivas, analisa-se um fenômeno comunicacional que se manifesta em relações jurídico-administrativas de naturezas variadas; no último capítulo do estudo, por exemplo, são examinadas aproximadamente duas dezenas de espécies de diálogos público-privados desenvolvidos em processos administrativos de natureza regulatória, contratual e sancionatória.

A contribuição original deste estudo está vinculada ao ângulo investigativo proposto para a análise dos relacionamentos público-privados de caráter econômico. Notadamente incomum, o recorte é direcionado à dimensão comunicacional do fenômeno. A investigação orienta-se para as causas, as consequências jurídico-econômicas e a regulamentação jurídica aplicável aos diálogos público-privados, incluindo-se uma análise sistemática e a classificação das diferentes espécies existentes. Um considerável fragmento de ineditismo também pode ser identificado no anunciado caráter interdisciplinar com que o fenômeno é examinado. Há uma nota distintiva também na ênfase destinada aos riscos dos mecanismos dialógicos, em contraste com um possível recorte que centralizaria a perspectiva consensual dessas interlocuções – a opção se deve à percepção de que nas interlocuções entre agentes públicos e agentes econômicos, contrariamente às interlocuções com a sociedade civil, os riscos de corrupção e de captura são mais acentuados.

¹ Com o objetivo de assegurar o ineditismo desta tese de doutorado, todo excerto cujo conteúdo, direta ou indiretamente, encontra algum paralelo em trechos da referida dissertação de mestrado, ou nas demais publicações do autor, teve tal condição identificada em nota de rodapé.

O método da pesquisa descobre-se por seu caráter teórico e analítico, sem prejuízo de algumas pontuais evocações de fontes empíricas, que foram essenciais para o assentamento dos pressupostos fáticos. Além da extração de dados a partir de publicações oficiais e editoriais, notícias jornalísticas e precedentes jurisprudenciais, uma pesquisa empírica foi empreendida diretamente pelo autor, que solicitou e recebeu informações de quarenta e cinco órgãos e entidades da administração pública federal². Por vezes, também, o texto revela-se temperado com passagens opinativas, de natureza subjetiva, que desvelam e fazem conhecer melhor o autor – o que, acredita-se, é elemento inarredável em pesquisas de ciências sociais. Sempre que consciente, procedeu-se à devida identificação desses trechos, atribuindo-lhes o registro expresso de que o leitor se encontra perante a opinião do autor.

O primeiro capítulo, denominado *Os diálogos público-privados e o efeito sobre a percepção de legitimidade do estado pela população*, dedica-se à introdução do objeto de estudo, ao oferecimento das razões que creditam a sua contemporânea relevância para o direito administrativo, à apresentação dos pressupostos adotados e à sintética exposição das principais discussões que suportaram o seu desenvolvimento. Desenvolve-se a reflexão de que os diálogos público-privados, indispensáveis para o exercício da função administrativa, encontram-se em meio à dualidade que emerge entre a busca por consensualidade e uma agravada cultura de desconfiança sobre os relacionamentos público-privados. Porque potencialmente informais e imunes aos mecanismos de controle, essas interlocuções desafiam as limitações e a própria eficácia do direito administrativo, ao qual se encontram subordinadas. Por consequência, os diálogos público-privados devem ser reconhecidos e compreendidos pelo grande impacto que ocasionam ao processo de legitimação estatal perante a população, que depende da responsividade e do bom sucesso no exercício da função administrativa. Discute-se, ainda no primeiro capítulo, que a intensidade de tal repercussão é robustecida no desafio de legitimação do estado brasileiro, considerado o seu caráter desenvolvimentista, os indícios de uma contemporânea crise de responsividade, a acentuada carga tributária, a reduzida taxa de retorno ao bem-estar social e a aparente situação de corrupção sistêmica.

² Os questionários encaminhados encontram-se no Apêndice A. Nos dias 8 e 10 de outubro de 2016, esses questionários foram encaminhados a quarenta e seis órgãos ou entidades da administração pública federal. Desse conjunto, apenas um órgão não respondeu (Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento). Os conteúdos dessas solicitações de informações e as respectivas respostas podem ser acessados eletronicamente, por meio da rede mundial de computadores (*internet*), a partir dos *links* registrados nas correspondentes referências bibliográficas desta tese de doutorado. Essas informações foram empregadas a título ilustrativo durante o trabalho, sem que houvesse a pretensão de examiná-las sistematicamente para o levantamento de conclusões, como ocorreria num estudo de caráter eminentemente empírico.

Os dois capítulos subsequentes avançam a pesquisa sobre o dilema que se manifesta entre a verificada opacidade dos diálogos público-privados e a idealizada busca por sua plena visibilidade na administração pública.

No segundo capítulo, especificamente, intitulado *O dilema da opacidade: o risco da informalidade nos diálogos público-privados*, apresenta-se a situação de informalidade desses diálogos no Brasil, em conjunto com o correspondente dever jurídico de registro de tais comunicações e a inabalável influência de elementos extraprocessuais sobre a formação decisória nos processos administrativos. Explora-se também a correlação entre o fenômeno da corrupção e a necessidade de que os envolvidos empreguem canais sigilosos e informais de comunicação. Na sequência, analisa-se o impacto do contemporâneo avanço tecnológico criptográfico, que confere a quaisquer interlocutores a possibilidade de que comunicações eletrônicas e transferências financeiras sejam realizadas universal e instantaneamente, sem custo significativo, em ambiente de sigilo e opacidade. Em conjunto com a pluriforma das estratégias corruptivas, esses fatores são determinantes para a conclusão de que os riscos que emergem dos diálogos público-privados informais são tecnicamente insuperáveis.

Numa última seção, em abordagem que se serve de teorias originárias das ciências econômicas, analisa-se em detalhes o processo de descoberta dos interesses públicos pelo agente público, o risco de preponderância dos seus interesses individuais, o problema do principal-agente na administração pública e o risco de captura dos agentes públicos por agentes econômicos – todos fatores que agravam a probabilidade de que reine a opacidade sobre esses diálogos, e não a visibilidade.

O terceiro capítulo, designado *Em busca de visibilidade: o ideal de transparência, abertura à competição e ética nos diálogos público-privados*, investe em uma análise das potenciais soluções à diagnosticada opacidade dessas relações comunicacionais. Examina-se, a partir do direito administrativo, a potencialidade de medidas preventivas e repressivas dedicadas à contenção dos riscos dos diálogos público-privados, expandindo-se a busca por soluções que, inclusive, extrapolam a seara jurídica, como o fomento à ética profissional. Verificam-se em detalhes as medidas vinculadas à transparência ativa e à ampliação da participação competitiva entre os agentes econômicos nesses diálogos público-privados, que, em conjunto com o fomento à ética profissional, formam as diretrizes essenciais defendidas para essas interlocuções. Argumenta-se que a institucionalização de procedimentos administrativos típicos para a condução dessas comunicações, que implementem as referenciadas diretrizes, representa a medida com maior potencial preventivo para os riscos do

fenômeno. Nada obstante, fundamenta-se a opinião de que a institucionalização dessas comunicações é solução meramente parcial, pois o risco de informalidade sempre remanescerá.

Sustenta-se também que as soluções definitivas para o controle dos riscos dos diálogos público-privados dependem da cessação do fenômeno e, pois, não guardam compatibilidade com a constituição federal, já que militam em favor de uma redução enérgica das competências estatais, seja por meio da extinção de programas governamentais ou da privatização de seus ativos. Assim, a implementação dessas últimas soluções, que possuem caráter disruptivo, depende de fatores que extrapolam a seara jurídica, pertencendo eminentemente às searas política e econômica, razão pela qual não serão analisadas em detalhe. Os diálogos público-privados, portanto, continuarão atribuindo riscos à administração pública enquanto e na medida em que permanecerem essenciais à função administrativa.

O quarto e último capítulo, denominado *Análise e classificação dos procedimentos administrativos de diálogo público-privado*, é dirigido a um exame e ordenação sistemáticos das espécies de diálogos público-privados atualmente desenvolvidas pela administração pública brasileira. Organiza-se a análise desses procedimentos administrativos a partir de quatro gêneros, de acordo com o ambiente em que as comunicações são empreendidas: (i) em todos os âmbitos do processo administrativo; (ii) nos processos administrativos de natureza regulatória; (iii) nos processos administrativos dedicados às contratações públicas; e (iv) nos processos administrativos sancionatórios.

Examinam-se as particularidades e as similaridades dos seguintes fenômenos dialógicos, em ordem: (i) as audiências público-privadas, em que agentes públicos e agentes econômicos dialogam em reunião reservada e exclusiva; (ii) a submissão de minutas de normas regulatórias por agentes econômicos; (iii) a análise de impacto regulatório (AIR); (iv) as consultas públicas; (v) as audiências públicas; (vi) o intercâmbio documental; (vii) a tomada de subsídio; (viii) a reunião participativa; (ix) os diálogos conduzidos durante a fiscalização de atividades econômicas; (x) os conselhos regulatórios; (xi) o procedimento de manifestação de interesse (PMI); (xii) o procedimento de manifestação de interesse social (PMI Social); (xiii) os diálogos prévios aos editais de licitação pública e às contratações diretas; (xiv) o *request for information* (RFI) e o *request for proposal* (RFP); (xv) a pesquisa de preços com fornecedores; (xvi) o *road show*; (xvii) as negociações prévias ao acordo de leniência; (xviii) as negociações prévias ao termo de ajustamento de conduta (TAC); e (xix) as negociações prévias ao termo de compromisso de cessação de prática (TCC).

O objetivo primário dessa análise individualizada e sistemática – que, inclusive, deu origem a matrizes analíticas dedicadas a cada espécie, compiladas no Apêndice B deste estudo

– é contribuir com a identificação das principais características dos diálogos público-privados existentes na administração pública brasileira. Além disso, verificam-se e comparam-se, a partir dos parâmetros materiais preestabelecidos, aquelas características que representam boas práticas de governança pública e aquelas outras que, caso implementadas, poderiam estimulá-las³. Com isso, sugere-se um conjunto de adequações normativas e operacionais entendidas como necessárias para que a situação de opacidade contemporânea dos diálogos público-privados seja parcialmente revertida em um contexto de maior visibilidade.

Os argumentos apresentados nesta tese de doutorado foram construídos e dispostos a partir de diferentes intensidades. Por vezes, sempre que, seguramente, inexistia risco de prejuízo ao cerne do estudo, alguns debates foram referenciados de forma mais sintética – seja porque maiores ênfases eram prescindíveis para a argumentação pretendida, porque uma discussão mais aprofundada escaparia significativamente à proposta do estudo ou por já existir publicação pretérita do autor sobre o tema.

Nada obstante todos os esforços dedicados a uma maior síntese, o caminho percorrido pelo estudo é relativamente extenso, particularmente porque, como se verá, buscou-se atribuir a cada tópico o merecido aprofundamento. É o que se encontra adiante.

³ A expressão *governança pública* pode ser sintetizada como as condições essenciais para, durante o exercício da administração pública, “garantir o comportamento ético, íntegro, responsável, comprometido e transparente da liderança; controlar a corrupção; implementar efetivamente um código de conduta e de valores éticos; observar e garantir a aderência das organizações às regulamentações, códigos, normas e padrões; garantir a transparência e a efetividade das comunicações; balancear interesses e envolver efetivamente os *stakeholders* (cidadãos, usuários de serviços, acionistas, iniciativa privada)”. Cf. BRASIL. **Governança Pública**: referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública e ações indutoras de melhoria. Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014, p. 17

1 OS DIÁLOGOS PÚBLICO-PRIVADOS E O EFEITO SOBRE A PERCEPÇÃO DE LEGITIMIDADE DO ESTADO PELA POPULAÇÃO

Este capítulo possui um caráter introdutório ao estudo dos diálogos público-privados, destacando-se, para além da apresentação das definições e dos pressupostos adotados na pesquisa, pela defesa de que o fenômeno possui relação direta e avançada com o processo de legitimação estatal perante a população. Na sequência, a pesquisa é dedicada às peculiaridades do contexto político-administrativo do estado brasileiro, que levam à conclusão de que o seu desafio de legitimação é ainda maior.

1.1 Introdução ao estudo dos diálogos público-privados

A expressão *diálogos público-privados* não é usualmente empregada em direito administrativo. Porém, foi convencionada pelo autor para delimitar o objeto investigado – o que se fez necessário, pois o fenômeno, sob o ângulo proposto neste estudo, ainda não havia sido autonomamente identificado na bibliografia existente.

Portanto, especialmente porque essa expressão não encerra um objeto identificável, notoriamente, a partir de sua simples menção, é imprescindível que seja preliminarmente apresentada a sua definição. Igualmente relevante é a exposição dos pressupostos adotados para o desenvolvimento da tese, que envolvem questões relacionadas à natureza do fenômeno, o contexto em que se encontra e as repercussões que ocasiona.

1.1.1 O que são os diálogos público-privados?

A comunicação é um pressuposto das relações humanas. É de crer que essa forma de interação aconteça por razões da natureza da espécie, pois, como verificou o filósofo Wilhelm

von Humboldt, “a linguagem começa imediata e simultaneamente ao primeiro ato de reflexão”⁴. Ou ainda, como afirma o psicólogo e linguista Steven Pinker, a linguagem é “tão bem entrelaçada na experiência humana que é quase impossível imaginar a vida sem ela”⁵⁻⁶.

A transposição dessa constatação empírica ao objeto de aplicação do direito administrativo resulta na dedução de que, como o exercício da função administrativa sempre envolve relações humanas, a troca de sinais linguísticos existe em toda e qualquer administração pública. A propósito, grande parte da rotina diária de um órgão público envolve a coordenação e a troca de informações, como há tempos registraram Samuel B. Bacharach e Michael Aiken⁷.

A literatura especializada considera a comunicação administrativa como uma função central de governo, trazendo diferentes expressões para representá-la, como *Estado-Informacional* e *Estado-Comunicação* (*Staatskommunikation*, na literatura alemã)⁸. Cuida-se de uma tarefa irrenunciável, que é condição básica de previsibilidade e segurança jurídica no desempenho das funções públicas⁹.

A vertente comunicativa do estado contemporâneo é ainda acentuada pelo atual nível de desenvolvimento tecnológico, que permite o emprego de processos comunicativos em ambiente eletrônico virtual, por intermédio da rede mundial de computadores (*internet*), com reflexos diretos sobre a capilaridade, a simultaneidade e a instantaneidade do acesso às informações públicas. Assim, de forma paulatina, a interlocução presencial com a administração pública é tecnologicamente substituída; o processo administrativo, inclusive, passa a admitir e a privilegiar a comunicação eletrônica de acesso remoto¹⁰.

⁴ Citação completa: “A linguagem começa, por isso, imediata e simultaneamente ao primeiro ato da reflexão, e, assim que o homem acorda para a consciência-de-si a partir das profundezas do impulso, por meio do qual o sujeito engole o objeto, ali está a palavra – ao mesmo tempo, o primeiro travo que o homem dá a si mesmo, para de repente parar, situar-se e orientar-se.” Cf. HUMBOLDT, Wilhelm von. Sobre pensamento e linguagem. Tradução e Apresentação: Antonio Ianni Segatto. **Revista Trans/Form/Ação**, São Paulo, v. 32 n. 1, 2009, p. 197.

⁵ As citações diretas extraídas de publicações em língua estrangeira foram traduzidas livremente pelo autor e identificadas em notas de rodapé. Por motivo de organização e síntese do trabalho, os excertos originais dessas citações encontram-se arquivados com o autor.

⁶ Cf. PINKER, Steven. **The language instinct**. New York: Harper Perennial, 1995, p. 17, tradução livre.

⁷ Cf. BACHARACH, Samuel B.; AIKEN, Michael. Communication in Administrative Bureaucracies. **The Academy of Management Journal**, v. 20, n. 3, p. 365, set. 1977.

⁸ Cf. CZERWICK, Edwin. Verwaltungskommunikation. In: JARREN, Otfried; SARCINELLI, Ulrich; SAXER, Ulrich (ed.). **Politische Kommunikation in der demokratischen Gesellschaft**. Opladen/Wiesbaden, Deutschland: Westdeutscher Verlag, 1998, p. 489.

⁹ Cf. MARRARA, Thiago. O princípio da publicidade: uma proposta de renovação. In: MARRARA, Thiago (org). **Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, moralidade, razoabilidade, interesse público**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 280.

¹⁰ A exemplo do que ocorre no próprio direito administrativo brasileiro, vide, por exemplo, a recente disciplina dos processos administrativos eletrônicos na administração pública federal (Decreto Federal nº 8.539/2015), a notória expansão das licitações públicas na modalidade de pregão eletrônico (Lei Federal nº 10.520/2002) e os mecanismos de acesso remoto às informações públicas por meio da Lei Federal nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação); ou ainda, no direito administrativo alemão, que desde o ano de 2003 já admite as comunicações público-privadas eletrônicas em suas normas de processo administrativo. Sobre tais normas de processo

A comunicação administrativa pode ser categorizada em dois gêneros: *interna* ou *externa*. O primeiro gênero cuida de questões relacionadas à troca de informações entre agentes da própria administração pública e ao tratamento das informações recebidas pelos seus órgãos e entidades. O segundo gênero é voltado à relação comunicativa entre a administração pública e o público externo, como a mídia, os fornecedores, os prestadores de serviços, os cidadãos e os demais destinatários das relações públicas¹¹.

A comunicação administrativa externa está presente em todos os relacionamentos público-privados. Essas relações jurídico-administrativas são precisamente estruturadas e desenvolvidas por interlocuções entre os agentes estatais e os agentes privados.

Esta tese de doutoramento focaliza numa única espécie de comunicação administrativa externa. A expressão *diálogos público-privados*, que intitula o presente trabalho, encontra a sua utilidade por designar um conjunto específico de interlocuções: as comunicações estabelecidas entre os representantes da administração pública e os particulares cuja atuação possui alguma repercussão econômica¹².

Os diálogos público-privados representam as interlocuções cujos interesses discutidos e perseguidos pelos particulares possuem um caráter eminentemente econômico; se não em busca de novos contratos, comunicam-se com a administração pública no encalço de benefícios para as suas atividades econômicas, seja porque reguladas ou dependentes de autorização, seja porque pretendem evadir-se de alguma iminente penalidade administrativa, civil ou penal, que lhes causaria prejuízo.

Note-se que o presente objeto de estudo não está diretamente relacionado com as comunicações mantidas entre os particulares e aqueles que exercem a função legislativa ou jurisdicional do estado, embora uma parcela considerável da pesquisa também seja aplicável ou originada dessas relações. Igualmente, os diálogos público-privados, conforme a delimitação ora empregada, não envolvem especificamente as comunicações existentes no âmbito da

administrativo alemão, cf. SCHMIDT, Rolf. **Allgemeines Verwaltungsrecht**: Grundlagen des Verwaltungsverfahrens Staatshaftungsrecht. Bremen: Dr. Rolf Schmidt GmbH, 2015, p. 336.

¹¹ Categorização por Edwin Czerwick. Cf. CZERWICK, Edwin. Verwaltungskommunikation. In: JARREN, Otfried; SARCINELLI, Ulrich; SAXER, Ulrich (ed.) **Politische Kommunikation in der demokratischen Gesellschaft**. Opladen/Wiesbaden, Deutschland: Westdeutscher Verlag, 1998, p. 492-494.

¹² É oportuno aqui relembra a lição oferecida pelo jusfilósofo argentino Genaro Carrió, para quem as classificações não devem ser percebidas como verdadeiras ou falsas, e sim como úteis ou inúteis. Para o autor, a utilidade de uma classificação depende de sua capacidade de apresentar algum campo do conhecimento de forma mais ou menos compreensível, ou ainda de promover consequências mais ou menos desejáveis. Nesse sentido, ainda que a expressão *diálogos público-privados* não seja consagrada na doutrina, entendeu-se por bem empregá-la neste estudo, já que delimita com suficiente grau de precisão o objeto investigado. Esta referência a Genaro Carrió já foi utilizada pelo autor em outras publicações. Cf. CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**. Buenos Aires: Abeledo – Perrot S.A, 1973, p. 72.

participação social, em que o objetivo dos particulares não se distingue pelo caráter econômico e individual, mas pela defesa de interesses públicos próprios da cidadania, geralmente com caráter difuso ou coletivo¹³.

Esclareça-se que a expressão *agentes econômicos* é utilizada ao longo do estudo para fazer referência a esses particulares que atuam economicamente, ou seja, aos personagens não públicos dos diálogos público-privados. No lado oposto encontram-se os representantes da administração pública, denominados simplesmente *agentes públicos*.

A categoria dos *agentes econômicos* não é formada exclusivamente por sociedades empresariais e seus representantes, ainda que essa correlação seja repetidamente verdadeira. Existem outros atores que realizam as suas atividades com impactos sobre a economia e o mercado, ainda que não persigam o lucro propriamente dito. Nesse contexto, é cada vez mais comum a celebração de parcerias entre a administração pública e organizações da sociedade civil, sem fins lucrativos, formalizadas no âmbito de instrumentos jurídicos análogos aos contratos administrativos¹⁴. Considerando-se que o objeto desses ajustes envolve, no mais das vezes, o repasse de recursos financeiros pelo estado, é também de se notar neles a existência de interesses econômicos, razão pela qual os agentes econômicos pertencentes ao *terceiro setor* também integram o estudo dos diálogos público-privados¹⁵. Os próprios indivíduos, na qualidade de pessoas físicas, podem perseguir algum interesse econômico por meio de diálogos mantidos com a administração pública. Em suma, todos os indivíduos que se empenham por algum interesse econômico em suas relações comunicacionais com a administração pública constituem a presente categoria dos agentes econômicos.

Estabelecida a classificação dos atores – os agentes públicos e os agentes econômicos – que participam dos diálogos público-privados, outra categorização deve assegurar a coerência metodológica deste estudo. Reporta-se aqui ao critério objetivo que discrimina os diálogos

¹³ Adotou-se, no presente estudo, a expressão *interesses públicos*, no plural, em vez de *interesse público*. Esta opção decorre do entendimento de que inexistente um “interesse público uno e onipresente”, e sim que “[o] interesse público jamais poderá existir em abstrato. Será sempre fruto de uma ponderação de diversos interesses públicos existentes no caso concreto e identificados pela Administração Pública em um *processo de tomada de decisão*”. Cf. SCHIRATO, Vitor Rhein. As parcerias público-privadas e políticas públicas de infraestrutura. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCWHIND, Rafael Wallbach. **Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 79

¹⁴ Cite-se, por exemplo, os contratos de gestão (Lei Federal nº 9.637/1998), os termos de parceria (Lei Federal nº 9.790/1999), os convênios (§1º do artigo 199 da Constituição Federal) e as parcerias voluntárias (Lei Federal nº 13.019/2014).

¹⁵ Tal como esclarece David Boaz, atualmente é menos relevante a distinção entre sociedades empresariais e entidades sem fins lucrativos, uma vez que essas últimas também participam ativamente do mercado. Nesse sentido, “a real distinção é entre associações que são coercitivas – o estado – e aquelas que são naturais ou voluntárias – todas as outras”. Cf. BOAZ, David. Competition and cooperation. In: PALMER, Tom G. (ed.). **The morality of capitalism: what your professors won't tell you**. Ottawa, IL, USA: Jameson Book, 2011, p. 34, tradução livre.

público-privados entre aqueles devidamente formalizados e aqueles desenvolvidos em ambiente informal – uma distinção elementar para o presente estudo.

Os *diálogos público-privados formais* representam as comunicações realizadas entre agentes públicos e agentes econômicos *cujas informações encontram-se devidamente registradas em processo administrativo* – num cenário de potencial visibilidade, portanto. Em outras palavras, o diálogo público-privado é considerado formal porque o seu conteúdo guarda alguma forma conhecida pela administração pública – e, por isso, esse conteúdo pode ser futuramente resgatado caso haja interesse¹⁶.

Cite-se, a título exemplificativo, a análise de impacto regulatório (AIR) e o procedimento de manifestação de interesse (PMI) como dois procedimentos administrativos típicos que promovem diálogos público-privados formais. Essa categoria também contempla as comunicações registradas no âmbito de algum processo administrativo cujo objetivo primário não está diretamente relacionado à promoção dessa interlocução, como, por exemplo, as comunicações formalizadas na etapa que antecede a elaboração de um edital licitatório ou as petições administrativas apresentadas durante a execução de um contrato administrativo. Em síntese, tal categoria refere-se a qualquer comunicação entre agente público e agente econômico que seja revestida de forma recuperável em registro inserido no competente processo administrativo.

Por outro lado, os *diálogos público-privados informais* representam as comunicações realizadas entre agentes públicos e agentes econômicos *cujas informações não se encontram registradas em processo administrativo, ou seja, não foram devidamente formalizadas* – num cenário de plena opacidade, portanto.

As *conversas de bastidores* são exemplos clássicos de diálogos público-privados informais. Tal expressão popular representa bem uma espécie de comunicação informal, pois é comumente empregada para designar interlocuções não registradas. No contexto da administração pública, essas conversas podem resultar em negociações e acordos extraprocessuais entre agentes públicos e agentes econômicos, que verdadeiramente

¹⁶ A respeito das diferentes conotações referentes ao termo *forma* no direito administrativo, resgate-se a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro – ênfase para a primeira conotação, que coincide com aquela que se pretende destacar em diálogos público-privados *formais*: “No que diz respeito à forma, costume dizer que ela pode ser entendida em dois sentidos: podemos considerar a forma em relação ao ato, isoladamente, e, nesse caso, ela pode ser definida como a maneira como o ato se exterioriza; ele pode ter a forma escrita, verbal, ter a forma de decreto, de resolução, de portaria; o ato é considerado isoladamente. Em outro sentido, a forma pode ser entendida como formalidade que cerca a prática do ato: aquilo que vem antes, aquilo que vem depois, a publicação, a motivação, o direito de defesa; abrange as formalidades essenciais à validade do ato.” Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Pressupostos do Ato Administrativo** – Vícios, Anulação, Revogação e Convalidação em Face das Leis de Processo Administrativo. I Seminário de Direito Administrativo – TCMSP, 2003. Disponível em: <http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/29a03_10_03/4Maria_Silvia1.htm>. Acesso em: 20 jan. 2016.

influenciam e orientam os processos administrativos, sejam essas composições materialmente legítimas ou ilegítimas.

De acordo com a classificação proposta, é perfeitamente possível que a decisão de um processo administrativo tenha sido materialmente formada a partir de diálogos público-privados informais. Dito de outra forma, as comunicações entre agentes públicos e agentes econômicos, conquanto determinantes para a composição do processo administrativo, podem não ter sido nele registradas e, conseqüentemente, não poderão ser resgatadas para efeito de controle ou memória. Como se verá ao longo do estudo, existem múltiplas evidências de que esses diálogos informais frequentemente determinam os processos administrativos.

A informalidade em diálogos público-privados constrange o direito administrativo e dificulta o alcance dos benefícios a que se propõe a administração pública. Não somente porque ofende os princípios e as regras do processo administrativo, mas porque os mecanismos não formais de comunicação potencializam o risco de que conluíus sejam negociados entre os interlocutores. A ausência de registro dos diálogos público-privados gera uma opacidade que arrisca ainda mais a administração pública à captura indetectável dos seus agentes por interesses particulares que não coincidem com os interesses públicos. É a síntese de Eros Roberto Grau: “O que se ignora não pode ser objeto de controle...”¹⁷.

Embora o ideal de absoluta visibilidade sobre os diálogos público-privados seja utópico, o reino da opacidade, o seu exato e preciso antônimo, é plenamente atingível e, senão por alguns raros exemplos de transparência atualmente identificáveis na administração pública, percebe-se soberano no Brasil contemporâneo.

Todo o detalhamento sobre essas discussões e sobre as hipotéticas medidas preventivas e repressivas para os riscos dos diálogos público-privados encontra-se difundido ao longo deste estudo. De toda sorte, sem prejuízo aos pormenores e ao devido aprofundamento propagado nos próximos capítulos, adiantem-se as principais soluções encontradas.

Como *solução reformista* de maior potencial, ainda que de resolutividade reconhecidamente parcial, defende-se que a administração pública estruture e desenvolva procedimentos administrativos específicos de diálogo público-privado, a fim de que sejam institucionalizados ambientes de conversação em que prevaleça, sempre que possível, a transparência de todo o processo decisório, a competição entre os diferentes interessados e o fomento à ética profissional. A solução exige um processo de transformação da cultura administrativa no Brasil, deslocando-se os diálogos público-privados *da opacidade à*

¹⁷ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2006, p. 262.

visibilidade na administração pública. Essa solução é objeto de análise detalhada neste estudo, especialmente nos dois últimos capítulos.

Na qualidade de *solução com caráter disruptivo*, verifica-se que a enérgica redução das competências estatais, mediante a eliminação de programas governamentais e a privatização de ativos, por exemplo, constitui a única medida com potencial resolutivo suficiente para se garantir uma efetiva mitigação dos riscos dos diálogos público-privados. Tal solução, que extingiria proporcionalmente o fenômeno e, com isso, diminuiria a relevância e o potencial impacto dos diálogos público-privados, não é, contudo, compatível com o modelo de estado desenvolvimentista vigente no Brasil contemporâneo, tampouco com o conteúdo da constituição federal – ainda que, na opinião do autor, existam cada vez mais indícios de que tal medida poderia ser percebida como materialmente legítima por uma considerável parcela da sociedade brasileira. A plausibilidade e a viabilidade de tal solução disruptiva não serão abordadas no presente estudo, pois a temática ultrapassa significativamente os limites do direito, que, nesse contexto, passa a figurar como mero coadjuvante da ciência política e da economia.

1.1.2 A inevitabilidade dos diálogos público-privados

Em razão da vinculação orgânica dos diálogos público-privados às atividades da administração pública, a inevitabilidade desse fenômeno e a sua própria existência não são hipóteses a serem investigadas neste estudo; antes, são pressupostos fáticos adotados para o seu desenvolvimento.

As relações dialógicas entre a administração pública e os particulares configuram o justo meio pelo qual são materializadas inúmeras atividades que fundam a sua própria razão de existir. A administração pública atua – regula, concede, autoriza, contrata, negocia, fiscaliza, penaliza, informa-se e presta serviços – para, perante e por intermédio de particulares.

Nesse contexto, os deveres constitucionais atribuídos ao estado são desempenhados por meio de inúmeras interlocuções dialógicas entre agentes públicos e agentes econômicos, em variados graus de intensidade. Essas comunicações existem porque é natural que esses agentes procedam à permuta de informações, seja para conhecer os interesses coincidentes e contrapostos, os riscos, as ofertas e as demandas disponíveis, seja para discutir alguma peculiaridade regulatória ou tudo o mais que é importante apreciar durante a formação das

decisões administrativas. Cuida-se de movimento impulsionado pela necessidade de redução da assimetria informacional, que diminui os custos de transação proporcionalmente ao alinhamento de condutas e interesses entre os agentes¹⁸.

Os diálogos público-privados se sucedem em dois principais contextos administrativos: no âmbito das contratações públicas e no âmbito da função regulatória, que abrangem também, em um sentido largo, os processos administrativos sancionatórios e fiscalizatórios sobre o exercício de atividades econômicas pelos particulares¹⁹.

O contrato administrativo, que figura no primeiro cenário, qualifica-se como um dos institutos jurídicos mais frequentemente empregados pela administração pública para o desempenho de suas responsabilidades constitucionais. Atualmente, mas já desde há muito tempo, a grande maioria das atividades administrativas não poderia ser realizada sem o apoio material de particulares contratados. Os valores das contratações públicas celebradas pelo estado brasileiro correspondem “à cifra situada entre 13% a 16% do Produto Interno Bruto”, o que ilustra a magnitude dessas operações²⁰.

Por intermédio de contrato administrativo é que a administração pública formaliza, por exemplo, a terceirização de serviços contínuos como limpeza, segurança, informática, transportes, recepção, telecomunicações, manutenção de bens móveis e imóveis²¹. O contrato administrativo também é o instrumento que viabiliza a construção de obras de engenharia – escolas, centros administrativos, hospitais, rodovias, usinas hidrelétricas, dentre outros – e o fornecimento de bens – como veículos, material de expediente, equipamentos e insumos médicos, armamento e munição, merenda escolar, material didático e computadores. Em suma, a administração pública encontra nos agentes econômicos uma imprescindível fonte de bens, obras e serviços, sejam destinados a ela própria ou à população em geral.

Há uma intrínseca relação entre os contratos administrativos e os diálogos público-privados. Conforme leciona Gustavo Henrique Justino de Oliveira, é precisamente no contexto

¹⁸ Sobre os malefícios causados pela assimetria informacional nos relacionamentos público-privados de caráter econômico, conferir NÓBREGA, Marcos. *Análise Econômica do Direito Administrativo*. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 404-416.

¹⁹ Ainda que existam diálogos análogos no âmbito de outras relações jurídico-administrativas, como as relações de ordem tributária, por exemplo, tal vertente não será analisada autonomamente no presente estudo, haja vista o relativo distanciamento das normas jurídicas aplicáveis quando em comparação com as normas dedicadas aos processos administrativos típicos, que devem obediência aos princípios e às regras de direito administrativo. Uma investigação mais ampla extrapolaria a área de concentração em que se insere esta tese de doutorado.

²⁰ Cf. PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários ao sistema legal brasileiro de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Editora NDJ, 2016, p. 15.

²¹ A terceirização das “atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade” é uma política adotada pela administração pública brasileira, como indica o Decreto Federal nº 2.271/1997, com fundamento também no artigo 10º do Decreto-Lei nº 200/1967.

de “uma Administração Pública dialógica, a qual contrastaria com a Administração Pública monológica, refratária à instituição e ao desenvolvimento de processos comunicacionais com a sociedade” que incontáveis contratos administrativos são celebrados cotidianamente. Como bem ressalta, esses “vínculos são criados mediante um *prévio e necessário processo de negociação*, em que são discutidas as bases sobre as quais eventualmente serão firmados acordos e contratos”²². Tais apontamentos têm relação direta com os diálogos público-privados porque, como ensina Bruce Patton, uma negociação pode ser definida justamente como um *processo de comunicação recíproca* empregado para a *composição consensual de interesses conflitantes ou simplesmente diferentes*²³. Nos diálogos público-privados, esse processo de comunicação é dedicado à harmonização entre os interesses econômicos dos particulares e os interesses públicos gerenciados pela administração pública.

Os diálogos público-privados são inevitáveis e serão indispensáveis sempre quando houver a necessidade de se descobrir uma solução para a administração pública sobre a qual os agentes públicos não possuem o suficiente conhecimento técnico, quando pende a contratação de uma solução inédita ou personalizada, ou ainda, quando a administração pública busca de forma proativa os potenciais fornecedores para um determinado contrato administrativo²⁴. Nesses casos, o diálogo público-privado é condição para que a solução seja identificada e estruturada. Caso essa comunicação inexista, colocar-se-á a administração pública sob o risco de paralisia e ineficiência, pois, incapaz de desenvolver as soluções autonomamente, não poderá satisfazer adequadamente as suas necessidades.

Inumeráveis contratos administrativos são precedidos de diálogos público-privados em que os interesses da administração pública e de agentes econômicos são alinhados e harmonizados; negociados, em outra expressão. E, para o que interessa ao direito administrativo, que encontra no processo administrativo a forma protetiva dos interesses

²² JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo Henrique. **Direito administrativo democrático**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 217-218, grifou-se.

²³ Bruce Patton, professor vinculado à *Harvard Law School*, é um dos pioneiros entusiastas do instituto da negociação como um método para a criação de valor em favor dos interesses de todos os interlocutores. Cf. PATTON, Bruce. Negotiation. In: MOFFITT, Michael L.; BORDONE, Robert C. **The Handbook of Dispute Resolution**. Program on Negotiation at Harvard Law School. San Francisco, USA: Jossey Bass, 2005, p. 279.

²⁴ Exemplifique-se a imprescindibilidade do diálogo público-privado a partir da hipotética, porém cotidiana situação em que um governante conhece a existência e a extensão do problema de mobilidade urbana que assola a população de seu município, mas desconhece a solução técnica mais adequada. Existe uma infinidade de alternativas para solver a necessidade: a construção de novas rodovias, viadutos, pontes, túneis, a ampliação de trechos já existentes, o investimento em novos meios de transporte, dentre outros. Para decidir a respeito de qual a melhor solução, é comum e natural que a administração pública busque informações no mercado para conhecer as soluções mais avançadas, de forma a consultar especialistas que não pertencem aos quadros administrativos.

públicos, esses diálogos não poderiam ocorrer na informalidade, pois reclamam, sempre, possibilidade de registro, publicidade e controle²⁵.

Especificamente no caso brasileiro, quando a contratação é precedida de licitação pública, em atenção à regra insculpida no inciso XXI do artigo 37 da constituição federal, a expectativa normativa é a de que todas as comunicações sejam formalizadas no âmbito de um procedimento licitatório²⁶. A forma de registro das comunicações escritas e orais encontra-se prevista na própria legislação, especialmente na Lei Federal nº 8.666/1993 e na Lei Federal nº 10.520/2002, que exigem, por exemplo, a anexação das propostas, comunicações e atas de sessões presenciais ou eletrônicas. Contudo, a legislação é silente sobre as comunicações prévias ao certame, seja para a confecção do edital ou para a estimativa de preços. Também não detalha a *forma* de comunicação a ser adotada durante a execução do contrato. Para a norma, é como se tais interlocuções inexistissem.

Igualmente, quando a contratação se sucede de forma direta, por dispensa ou inexigibilidade de licitação pública, nos termos dos artigos 24 e 25 da Lei Federal nº 8.666/1993, não há formalidade específica, prevista em lei, para a condução ou para o registro dessas comunicações. Há apenas a indicação de alguns documentos obrigatórios que devem constar do processo administrativo. Por corolário, os diálogos público-privados prévios às contratações diretas costumam se desenvolver em ambiente de acentuada informalidade, mediante registro incompleto das interlocuções, ou até inexistente, o que agrava substancialmente o ambiente de opacidade e o risco de desvios.

Como é substancialmente mitigada a competição entre os particulares, há maior risco de desvirtuamento dos interesses públicos. Como inexistente um edital licitatório que prescreva e organize o procedimento antecedente à contratação, há grande insegurança jurídica a respeito das obrigações incidentes sobre essas comunicações²⁷.

²⁵ O apreço pela formalidade, pressuposto para a observância do princípio da publicidade (artigo 37 da constituição federal), é característica típica dos processos administrativos, regulamentados em âmbito federal pela Lei Federal nº 9.784/1999. O tema será mais bem explorado adiante.

²⁶ Como ensina Joel de Menezes Niebuhr, “a licitação é procedimento administrativo condicional à celebração de contrato administrativo mediante o qual a Administração Pública expõe a sua intenção de firmá-lo, esperando que, com isso, terceiros se interessem e lhe ofereçam propostas, a fim de selecionar a mais vantajosa ao interesse público. Cf. NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação e contrato administrativo**. 3ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 33.

²⁷ Exsurge, por consequência e exemplo, no âmbito de uma dispensa de licitação pública na sequência de uma licitação deserta, o risco comentado por Carlos Borges de Castro em sua tese de doutorado publicada sobre desvios em licitações públicas: “Como ninguém quis se sujeitar à licitação, é preciso sair à cata de quem se disponha a negociar. E eis a oportunidade para o conchavo e o uso indevido, pelo administrador, da faculdade que lhe é inerente.” CASTRO, Carlos Borges de. **Desvios na licitação**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1994, p. 76.

Evidencie-se o desafio de visibilidade dos diálogos público-privados conduzidos no âmbito das contratações públicas diretas a partir da desproporção quantitativa desses contratos em comparação com aqueles precedidos de licitação pública: as estatísticas do governo federal atestam que 81,7% dos processos de compras resultam de dispensa ou inexigibilidade de licitação pública²⁸.

No âmbito das concessões públicas, o cenário é relativamente distinto. Atualmente, os diálogos público-privados que antecedem o lançamento do edital licitatório costumam ser desenvolvidos por meio de procedimentos de manifestação de interesse (PMI), uma espécie de diálogo público-privado típica para a promoção dessas comunicações. A título ilustrativo, citem-se os seguintes e contemporâneos projetos concessórios da administração pública brasileira cujas modelagens foram estruturadas por meio de procedimento de manifestação de interesse (PMI): aeroportos do Galeão (RJ), Brasília (DF), Guarulhos (SP), Campinas (SP) e Confins (MG); estádios do Mineirão (MG) e Maracanã (RJ); infraestruturas de mobilidade urbana como a ponte Rio-Niterói, o metrô de Curitiba, o metrô de Porto Alegre (RS), trens intermunicipais e linhas do metrô de São Paulo (SP), lotes rodoviários em Minas Gerais, pontes na Bahia e no Ceará, terminal marítimo em Paranaguá (PR) e complexo náutico em Itajaí (SC); unidades escolares no Espírito Santo; hospitais e centros médicos no Ceará, Distrito Federal, Espírito Santo, Minas Gerais, Rondônia, São Paulo; iluminação pública no Município de São Paulo e em 66 municípios de Alagoas; dezenas de projetos de saneamento básico em âmbito municipal e outra dúzia de projetos com natureza variada, como centros de tecnologia da informação, centros esportivos, centros administrativos, centros de eventos, revitalizações urbanas e até um aquário público no Mato Grosso do Sul²⁹.

Em todos esses casos, agentes públicos e agentes econômicos dialogaram formalmente em busca de um projetado ideal comum: estruturar um projeto concessório que maximizasse o atendimento dos interesses públicos e privados envolvidos. Conquanto inúmeros riscos sejam inerentes a esses procedimentos, ao menos há um cuidado manifesto na submissão dos diálogos público-privados a regras jurídicas predeterminadas.

²⁸ BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Informações gerenciais de contratações e compras públicas**. 2014, p. 2. Disponível em: <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/estatisticas/01-apresentacao-siasg-dados-gerais-2014.pdf/view>>. Acesso em: 14 mai. 2016.

²⁹ Cf. SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI): solicitação e apresentação de estudos e projetos para a estruturação de concessões comuns e parcerias público-privadas**. 2013. Dissertação (mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 2013, p. 170-179. Alguns exemplos foram retirados de: PPP BRASIL. O Observatório das parcerias público-privadas (Website). Disponível em: <<http://www.pppbrasil.com.br/portal/>>. Acesso em: 5 jan. 2016.

Ultrapassado o âmbito das contratações públicas, é na função regulatória que a administração pública encontra o segundo cenário em que diálogos público-privados são frequentemente desenvolvidos, seja na regulação da prestação de serviços públicos propriamente ditos – cuja prestação pode ter sido delegada à iniciativa privada, como o abastecimento de água, o esgotamento sanitário, o transporte público, a iluminação pública, dentre outros –, seja durante a fiscalização de atividades econômicas típicas – como a abertura de um restaurante, a fabricação, distribuição ou importação de medicamentos, a construção de imóveis ou o comércio de combustíveis –, todas atividades que demandam alguma espécie de vistoria ou autorização de cunho ambiental, administrativo, sanitário ou urbanístico.

É o caso cotidiano de um agente econômico que busca *influenciar* o conteúdo de uma norma regulatória que está sendo desenvolvida por determinada agência reguladora, por exemplo. Ou ainda, o particular que busca o agente público para *convencê-lo* de que, embora uma situação peculiar de seu negócio não se amolde estritamente à formalidade legal, excepcionalmente, inclusive por razões de interesse público, a sua atividade deve ser permitida e autorizada.

Diálogos público-privados encontram-se presentes também em processos administrativos sancionatórios, sejam decorrentes de relações contratuais ou regulatórias. É o que ocorre, por exemplo, quando determinado agente econômico mantém *interloquções escritas ou orais* com agentes públicos a fim de evitar a aplicação de uma penalidade de advertência, multa, suspensão do direito de licitar e impedimento de contratar com a administração, ou ainda a declaração de sua inidoneidade para essas contratações. Também quando um agente econômico *negocia* os termos de seu acordo de leniência em virtude da prática de atos previstos na Lei Federal nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) ou quando negocia o conteúdo de um termo de ajustamento de conduta (TAC) com o órgão ambiental.

A inevitabilidade dos diálogos público-privados leva o intérprete a outra importante reflexão. Como esses diálogos representam um fenômeno permanente e intrínseco à natureza das sociedades contemporâneas, que são organizadas em subordinação a estados que intervêm e atuam diretamente sobre inúmeras relações econômicas, o direito administrativo, por si só, não é capaz de impedi-los. Ou seja, é fenômeno que independe de autorização normativa para se manifestar, embora inegavelmente receba as influências da ordem jurídica.

Fato é que a finalidade de uma hipotética legislação proibitiva jamais seria atingida. Como é evento indissociável da noção de estado, que existirá a despeito de permissão, a discussão a respeito da viabilidade ou adequação de sua proibição torna-se pouco atrativa; quiçá, inútil.

Não há como sustentar a viabilidade de que, mediante fórmula técnica ou jurídica, sejam efetivamente impedidas as comunicações entre os agentes públicos e os demais agentes econômicos; embora não se negue a possibilidade de que o direito experimente proibi-las. Enquanto a administração pública celebrar contratos administrativos, expedir normas regulatórias, responsabilizar-se pela fiscalização de atividades econômicas e aplicar sanções administrativas, sempre haverá interlocução com os particulares parceiros e destinatários.

Em síntese, as consequências dos diálogos público-privados, favoráveis ou desfavoráveis aos interesses da coletividade, destacam-se em meio à peculiaridade de que não há como se projetar a administração pública sem que existam comunicações entre os agentes públicos e os agentes econômicos. Sendo indispensáveis, porém arriscados para o regular desenvolvimento das atividades administrativas, esses diálogos exercem grande influência sobre a percepção de legitimidade estatal pela população.

A perfeita compreensão a respeito desse efeito, que é elementar para se perceber a relevância do tema, depende de um preliminar resgate de conceitos essenciais à própria concepção do estado. Com as devidas escusas pela regressão a ser empreendida, adiante encontram-se algumas reflexões a respeito da relação entre estado, legitimidade e legalidade, que serão imediatamente acompanhadas pela competente correlação com o objeto deste estudo.

1.1.3 Os diálogos público-privados e o impacto sobre o processo de legitimação estatal

Em palestra proferida na Universidade de Munique no ano de 1918, Max Weber sintetizou a clássica definição sociológica segundo a qual “o estado é uma comunidade humana que, dentro de um determinado território, reivindica (com sucesso) o *monopólio do uso legítimo da força física*”³⁰.

Essa definição permanece essencialmente válida para identificar o meio empregado pelo estado para o atingimento de suas finalidades. O estado contemporâneo remanesce “considerado como a única fonte do ‘direito’ de usar a violência”, sendo esta a sua mais distintiva característica quando em comparação com outras instituições³¹. Dessa sorte, o estado

³⁰ WEBER, Max. **Wissenschaft als Beruf 1917/1919, Politik als Beruf 1919 – Studienausgabe**. Tübingen, Deutschland: Mohr, 1994, p. 36, tradução livre.

³¹ Cf. WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora LTC, 1982, p. 98.

“reivindica o monopólio de decidir quem pode usar a força e quando; diz que só ele pode decidir quem pode usá-la e em que condições”³².

A fim de assegurar que os indivíduos respeitem as normas estabelecidas por um “direito racionalmente estatuído”³³, o estado vale-se de um aparato institucional dedicado a manejar o seu referido monopólio. Assim, paira sobre os particulares a constante ameaça, simbólica ou real, de que os transgressores sofrerão intervenções sobre as suas respectivas liberdades ou propriedades. Como aponta Robert Nozick, o estado arroga para si “o direito de punir todos os que violam seu reivindicado monopólio”³⁴.

O estado fundamenta-se a partir da crença de que seria imprescindível organizar a vida em sociedade por intermédio de um ente dedicado exclusivamente a atendê-la. Argumenta-se que “[o] afastamento da autotutela parece ser uma exigência sócio-cultural típica da condição humana”, o que exigiria uma intervenção pública “para evitar o abuso na satisfação dos interesses individuais ou no exercício de direitos e liberdades pelos particulares”³⁵. Sob a perspectiva econômica, afirma-se que “[p]raticamente qualquer governo é economicamente benéfico aos seus cidadãos, dado que a lei e ordem que ele fornece é um pré-requisito de toda atividade econômica civilizada”³⁶.

A despeito da validade ou invalidade desses argumentos, o que não será examinado neste estudo, fato é que a submissão de um indivíduo ao estado não depende de seu consentimento prévio e expresso, condição tradicionalmente entendida como a fonte de legitimidade de uma obrigação voluntária qualquer³⁷. Nesse contexto é que, por exemplo,

³² NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Tradução Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Hazar Editor, 1991, p. 39.

³³ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa Oficial, 1999, p. 530.

³⁴ NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Tradução Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Hazar Editor, 1991, p. 39.

³⁵ GABARDO, Emerson. **O jardim e a praça para além do bem e do mal: uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado Social**. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009, p. 138.

³⁶ Cf. OLSON, Mancur. **The logic of collective action: public goods and theory of groups**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1971, p. 13, tradução livre.

³⁷ A preocupação com um eventual condicionamento da legitimidade do estado ao consentimento individual expresso não é inédita. O economista sueco Knut Wicksell, por exemplo, ao final do século XIX, defendia que a imposição de leis tributárias deveria depender do consentimento unânime dos pagadores, o que seria a única forma de evitar a exploração de uma minoria por uma maioria. WICKSELL, Knut. A new principle of just taxation. In: MUSGRAVE, Richard A.; PEACOCK, Alan T. **Classics in the theory of public finance** (ed.). New York: St. Martin’s Press, 1994, p. 137. Inspirado nesses estudos, James Buchanan e Gordon Tullock, conhecidos autores da escola da *Public Choice* (Escolha Pública, em tradução livre), também defenderam o consenso unânime para a promulgação ou alteração de normas constitucionais. Para eles, essa seria a maneira de obter o consentimento de cada indivíduo sobre as futuras votações, sendo a única forma de se alcançar um processo decisório genuíno numa sociedade livre. Cf. BUCHANAN, James; TULLOCK, Gordon. **The calculus of consent: logical foundations of constitutional democracy** [1962]. Indianapolis, USA: Liberty Fund, 2011, p. 19.

conquanto um hipotético cidadão jamais concorde com quaisquer políticas públicas durante toda a sua vida, ele será permanentemente obrigado a financiá-las por meio do pagamento de tributos³⁸. Tal indivíduo viverá ainda sob o risco de constrangimento individual à prestação de serviços de utilidade pública – como, eventualmente, o serviço militar, o serviço eleitoral e a participação no tribunal do júri³⁹.

Por evidência, tão distinta e sistêmica interferência sobre as liberdades individuais condiciona o estado à manutenção permanente de algum grau perceptivo de legitimidade. Em outras palavras, para que haja subordinação, a população afetada deve perceber e reconhecer legitimidade no estado – algo similar ao que Étienne de la Boétie, em 1552, denominara “política da obediência” ou “servidão voluntária”⁴⁰⁻⁴¹.

Considerando-se que a legitimidade está relacionada à “probabilidade de conservação de um determinado tipo de dominação”⁴², sua eventual carência pode levar à perda de poder pelo ente dominante. E como inexistem razões para identificar no estado uma legitimidade institucional apriorística, absoluta ou perene⁴³, há que se deduzir a necessidade de um *processo permanente de legitimação estatal perante os cidadãos*, sob pena de sua própria sujeição ao risco de disrupção⁴⁴. Em outras palavras, o estado está predestinado a conviver com a incessante

³⁸ Como indica Murray Rothbard, o estado é “a única organização na sociedade cuja receita não é obtida por contribuição voluntária ou pagamento por serviços prestados, mas por coerção”. ROTHBARD, Murray. **Anatomy of the state**. Auburn, Alabama: The Ludwig von Mises Institute, 2009, p. 11, tradução livre.

³⁹ Como, em tempos de paz, a obrigatoriedade do serviço militar não demanda grandes sacrifícios individuais, a percepção de legitimidade sobre tal sujeição não costuma enfrentar grandes questionamentos. Contudo, em caso de guerra, certamente representaria um notório exemplo do desafio de legitimação estatal.

⁴⁰ BOÉTIE, Étienne de la. **Introduction to the politics of obedience**: the discourse of voluntary servitude (orig. 1552). New York: Free Life Editions, 1975, p. 41-49.

⁴¹ Enfatizando essa necessidade de aceitação popular para a manutenção da percepção de sua legitimidade, David Friedman explica: “A característica especial que distingue os governos de outras agências de coerção (tais como as gangues criminosas comuns) é que a maioria das pessoas aceitam a coerção do governo como normal e apropriada”. FRIEDMAN, David D. **As engrenagens da liberdade**: guia para um capitalismo radical. E-book. 2. ed. Tradução colaborativa não oficial Portal Libertarianismo e Estudantes pela Liberdade. Disponível em: <<http://www.libertarianismo.org/livros/aedl.pdf>>. Acesso em: 9 jan. 2016. p. 91.

⁴² CELLA, José Renato Gaziero. A crítica de Habermas à idéia de legitimidade em Weber e Kelsen. In: XXII World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy. **Law and Justice in a Global Society**: Abstracts, Special Workshops and Working Groups, 2005, p. 11.

⁴³ Essa concepção condicional, relativa e perceptiva da legitimidade pode ser inferida da própria obra de Max Weber, como denota a seguinte passagem: “O Estado, do mesmo modo que as associações políticas historicamente precedentes, é uma relação de dominação de homens sobre homens, apoiada no meio da coação legítima (*quer dizer, considerada legítima*)”. WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa Oficial, 1999, p. 526, grifou-se.

⁴⁴ Sobre a alegação de que o estado-nação é uma construção histórica e de que a sua sobrevivência, como instituição, relaciona-se com a percepção de legitimidade atribuída por seus cidadãos, conferir OWEN, Taylor. **Disruptive Power**: The crisis of the state in the digital age. New York: Oxford University Press, 2015, p. 22-28, 187-188, 209-210; BOÉTIE, Étienne de la. **Introduction to the politics of obedience**: the discourse of voluntary servitude (orig. 1552). New York: Free Life Editions, 1975, p. 42.

missão de convencer os seus jurisdicionados de que exerce o monopólio do uso da força física de forma legítima⁴⁵.

A percepção de legitimidade estatal e, conseqüentemente, da ordem jurídica que lhe sustenta, deve manter-se em nível suficiente para se evitar eventual insurgência coletiva – da qual, sob uma perspectiva teórica, poderia resultar um novo sistema de organização do uso da força física, seja com reivindicação de monopólio (estatal) ou em competição aberta (não estatal). Na contemporaneidade, ainda que a percepção de legitimidade estatal pela população supere o nível mínimo necessário, existem importantes indícios que revelam risco de instabilidade, o que é especialmente verdadeiro no cenário brasileiro, como se verá mais adiante neste estudo.

Como a voluntariedade não é condição para a sujeição do indivíduo ao estado, ao contrário do que regularmente ocorre nas demais instituições sociais, o ente público deve esforçar-se para conquistar a sua legitimação a partir de outros métodos, o que faz, especialmente, pela correspondência parcial aos interesses dos indivíduos que se encontram sob sua jurisdição ou, como comumente sintetizado na doutrina, pela busca por *responsividade à vontade geral do povo*, numa tentativa de se concretizar uma *autodeterminação coletiva*⁴⁶.

A definição sobre quais interesses devem ser perseguidos pelo estado é realizada por intermédio de mecanismos democráticos. Em síntese, estrutura-se o estado a partir de um conjunto de procedimentos e regras jurídicas que visam à efetivação dessa autodeterminação. O resultado é que a noção de legitimidade passa a ser extraída da concepção de democracia, tal como ensina Gustavo Henrique Justino de Oliveira⁴⁷. Necessariamente, portanto, o processo de legitimação do estado, para que atinja algum sucesso, depende de uma administração pública cuja atuação corresponda aos interesses dos indivíduos que compõem aquela sociedade, ainda que parcialmente⁴⁸. Como indica Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a legitimidade reclama “a

⁴⁵ Como afirma Eberhard Schmidt-Aßmann, a ação do estado está sempre a exigir legitimação, enquanto a ação individual e a da sociedade, ao contrário, são produzidas e nascem de si mesmas. SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo: necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos. In: BARNES, Javier (ed.). **Innovación y reforma en el derecho administrativo**. Sevilla: Editorial Derecho Global-Global Law Press, 2006, p. 33.

⁴⁶ Cf. BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 13, p. 30-31, mar./abr./mai. 2008. Esta referência já foi utilizada pelo autor em outra publicação.

⁴⁷ Cf. JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo Henrique. Participação administrativa. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 20, p. 172, 2005. Esta referência já foi empregada pelo autor em outra publicação.

⁴⁸ Embora isso possa parecer evidente, cuida-se de uma constatação historicamente recente. Leia-se, nesse sentido, o comentário de Carlos Ari Sundfeld: “É contemporânea a idéia de Administração Pública como corpo de burocratas que exerce o poder político por conta de outrem, isto é, que deve a legitimidade da sua atuação à investidura alheia, que deve prestar contas à coletividade”. SUNDFELD, Carlos Ari. Processo administrativo: um

submissão do poder estatal à percepção das necessidades e dos interesses do grupo nacional que lhe dá existência”⁴⁹. Ou seja, para corresponder adequadamente às demandas dos cidadãos, exige-se a aderência a uma “cultura do diálogo, em que o Estado há de conformar as suas ações em face das emanções da diversidade social”⁵⁰.

Caso se pretenda a organização de uma sociedade em que os cidadãos aceitem sem maiores objeções a tributação em grande intensidade e o endividamento coletivo, torna-se indispensável a satisfação de expectativas sobre os benefícios de tal sujeição; é a dita e repetida responsividade, a correlação entre as expectativas dos indivíduos e a materialização dessas expectativas pelo estado, que depende de uma comunicação externa eficiente para que a informação seja devidamente propagada e compartilhada⁵¹.

Por consequência, a probabilidade de sucesso do processo de legitimação estatal perante a população está diretamente relacionada também ao êxito de sua comunicação administrativa externa, especificamente no que se refere às suas interlocuções com os cidadãos e com os agentes econômicos – mais uma razão pela qual o *Staatskommunikation* encontra tanto realce na contemporaneidade⁵²⁻⁵³.

A relevância dessa reflexão é salientada a partir do reconhecimento de que a simples democracia representativa carece de plena responsividade à sociedade, especialmente em razão das denominadas falhas de transitividade entre a expressão de interesses pelos indivíduos representados e a efetiva defesa desses interesses pelos indivíduos representantes⁵⁴.

diálogo necessário entre estado e cidadão. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 23, p. 40, jan. 2006.

⁴⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito de participação política**: legislativa, administrativa, judicial. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 65.

⁵⁰ JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo Henrique. **Direito administrativo democrático**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 217. Esta referência já foi utilizada pelo autor em outra publicação.

⁵¹ Como ensina Gustavo Henrique Justino de Oliveira, a responsividade das políticas públicas é uma referência contemporânea imprescindível para se analisar a efetivação de direitos pelo estado. Essa responsividade pode demandar da população, inclusive, a “sua participação ativa no processo de formulação e implementação dessas políticas”. JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo Henrique. Efetivação do direito à saúde: ampliação do debate e renovação da agenda. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 16, n. 1, p. 81, 2015.

⁵² Cf. CZERWICK, Edwin. *Verwaltungskommunikation*. In: JARREN, Otfried; SARCINELLI, Ulrich; SAXER, Ulrich (ed.). **Politische Kommunikation in der demokratischen Gesellschaft**. Opladen/Wiesbaden, Deutschland: Westdeutscher Verlag, 1998, p. 489.

⁵³ As ações de comunicação do Poder Executivo federal são disciplinadas pelo Decreto Federal nº 6.555/2008, que, dentre outros temas, elenca os principais objetivos do que é denominado neste estudo por comunicação externa, conforme os incisos de seu artigo 1º: “I - dar amplo conhecimento à sociedade das políticas e programas do Poder Executivo Federal; II - divulgar os direitos do cidadão e serviços colocados à sua disposição; III - estimular a participação da sociedade no debate e na formulação de políticas públicas; IV - disseminar informações sobre assuntos de interesse público dos diferentes segmentos sociais; e V - promover o Brasil no exterior”.

⁵⁴ Cf. DAHL, Robert. A. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012, p. 234-237; e ODIFREDDI, Piergiorgio. **Os para-doxa da democracia**. Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional, 2010. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/piergiorgiodifreddi.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2013.

Por consectário, não basta ao agente público somente cumprir o que ditam especificamente as normas, pois nem todas as respostas lá se encontram de maneira expressa. Em muitos e muitos casos, será preciso empreender grandes esforços e diferentes estratégias dialógicas para se descobrir, com o amparo das normas jurídicas existentes, a conduta administrativa mais adequada e compatível com os interesses públicos. A discricionariedade administrativa, os instrumentos de participação na administração pública e os inúmeros conceitos jurídicos indeterminados contidos nos textos legais ilustram a porosidade natural do direito administrativo, que reclama o preenchimento de suas normas a partir de interpretações circunstanciadas sobre a realidade concreta.

Alinha-se à ideia de que não é suficiente ao estado fundar-se na legalidade estrita para exercer legitimamente o monopólio do uso da força física. É imprescindível que o próprio ordenamento jurídico e o exercício concreto das competências estatais sejam igualmente percebidos como legítimos pela população.

É incontestado que a estrutura do estado contemporâneo busca legitimidade a partir do direito. Como frisou Hans Kelsen, em análise que permanece válida, sequer seria necessário qualificar o estado como sendo um *estado de direito*, uma vez que “todo Estado tem de ser um Estado de Direito no sentido de que todo Estado é uma ordem jurídica”⁵⁵. Significa que, no plano do direito positivo, a observância do princípio da legitimidade representa uma simples verificação interna ao ordenamento jurídico, em confirmação de que “a norma de uma ordem jurídica é válida até a sua validade terminar por um modo determinado através desta mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de uma outra norma desta ordem jurídica”⁵⁶.

Conquanto esse parâmetro seja adequado para verificar a legitimidade formal de uma norma jurídica perante o seu respectivo ordenamento jurídico, não é suficiente para avaliar o grau de percepção de sua legitimidade material, ou seja, o grau de legitimidade efetivamente reconhecido pela população. Assim, uma norma pode ser considerada formalmente legítima, isto é, coerente com o direito posto, mas, socialmente, pode ser percebida como ilegítima.

Em última consequência, chega-se ao alerta que o próprio Hans Kelsen anunciou sobre o princípio jurídico da legitimidade: “Este princípio, no entanto, só é aplicável a uma ordem jurídica estadual com uma limitação muito importante: no caso de revolução, não encontra

⁵⁵ Sustentando a superação do dualismo entre o estado e o direito, o autor afirma ainda que “o Estado pode ser juridicamente apreendido como sendo o próprio Direito – nada mais, nada menos”. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 222-223.

⁵⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 146.

aplicação alguma”⁵⁷. Essa afirmação confirma a manifesta necessidade de que o regime jurídico em si também seja percebido como legítimo, sob pena de sofrer disrupção – do que se deduz que a mera legalidade não é suficiente para conferir a legitimidade material necessária ao estado.

Uma vez compreendido que a fonte última de legitimidade estatal é externa ao direito e com ele não se confunde, deduz-se, conforme a lição de Jürgen Habermas, que não há como se considerar válida a suposição de que “a força legitimadora da legalidade é uma racionalidade autônoma, isenta de moralidade, imanente ao direito como tal”⁵⁸.

Com o perdão pelo jogo de palavras, a legitimidade que deriva da ordem legal depende de que essa própria ordem legal seja percebida como legítima pela sociedade, o que varia em razão de sua compatibilidade com os valores morais e culturais cultivados pelos jurisdicionados, assim como em razão da própria capacidade estatal de se comunicar e de bem executar o que preveem as normas jurídicas. Aliás, se não houver uma firme correlação do direito positivo com a realidade a que se destina, corre-se o risco de que a norma jurídica represente uma mera “folha de papel”, analogia consagrada por Ferdinand Lassale sobre uma eventual constituição que não retrata os reais fatores de poder na sociedade⁵⁹.

Em síntese, essa *crença na legalidade* depende de percepções sobre a forma de criação e mutação do ordenamento jurídico, o conhecimento e reconhecimento dessas normas pelos destinatários e a responsividade aos interesses dos indivíduos a elas subordinados⁶⁰.

Aplique-se então todo esse raciocínio ao objeto estudado.

O direito administrativo arquiteta todo o ambiente jurídico em que os indivíduos pertencentes a uma determinada sociedade exercem diferentes funções enquanto proprietários, integrantes e destinatários de uma administração pública⁶¹. É por intermédio da administração

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. Como es posible la legitimidad por vía de la legalidad? **Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho**, n. 5, p. 37-38, 1988.

⁵⁹ Cf. LASSALE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933, p. 29-30.

⁶⁰ Leia-se o comentário de José Renato Gaziero Cella em análise da obra de Max Weber: “Seria a crença na legalidade que levaria à submissão dos dominados a essa forma de dominação caracterizada pela positivação do direito e por um quadro administrativo predominantemente burocrático no seio do Estado”. CELLA, José Renato Gaziero. A crítica de Habermas à idéia de legitimidade em Weber e Kelsen. In: XXII World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy, 2005, Granada. **Law and Justice in a Global Society: Abstracts, Special Workshops and Working Groups**, 2005, p. 7. Para a relação entre a crença social, a legitimidade do estado e as normas jurídicas na obra de Max Weber: WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa Oficial, 1999, p. 155-157, 234.

⁶¹ Persegue-se pela via administrativa o governo *do povo, pelo povo e para o povo*, tal como Abraham Lincoln idealizou em seu mais famoso discurso (1863). Perceba-se que o povo não é somente o detentor da soberania e, nessa condição, aquele que revela a vontade administrativa pelos meios democráticos. O povo é também o próprio destinatário das atividades administrativas e, ainda, aquele que forma os quadros de pessoal da administração pública e das pessoas jurídicas que com ela mantém as relações jurídico-administrativas. Cf. LINCOLN, Abraham.

pública que as obrigações constitucionais do estado são materializadas. E, como visto anteriormente, os relacionamentos público-privados de caráter econômico, capitaneados e conduzidos pela administração pública, são essenciais e intrínsecos ao modelo contemporâneo de exercício da função administrativa. Dessa sorte, a percepção de legitimidade estatal, que depende do regular desempenho da função administrativa, está condicionada ao bom sucesso no relacionamento da administração pública com os agentes econômicos.

Se o relacionamento entre os agentes públicos e os agentes econômicos é considerado saudável pela população, haverá então uma percepção de legitimidade estatal mais elevada. E uma percepção de legitimidade estatal elevada tem como consequência, inclusive, uma *maior probabilidade* de que os indivíduos, sejam agentes públicos ou econômicos, observem as normas legais durante o exercício de suas funções, já que percebem a responsividade delas resultante e, conseqüentemente, a legitimidade do dever de sujeição.

Por outro lado, se esses relacionamentos público-privados são observados com desconfiança pela população, por exemplo, em razão de corrupção nos contratos administrativos, ineficiência nas normas regulatórias, desvios nos processos sancionatórios ou nos processos fiscalizatórios de atividades econômicas, então a legitimidade do estado passará a ser desacreditada. Por conseqüência, o nível de aderência à legalidade tende a ser menor, já que algumas normas jurídicas não serão percebidas como materialmente legítimas pelos agentes subordinados.

Os diálogos público-privados, nessa contextura, como justo fenômeno comunicativo que instrumentaliza e confere fluidez às negociações realizadas no âmbito dos relacionamentos público-privados de caráter econômico, encontram-se permanente e decisivamente relacionados à capacidade de responsividade administrativa aos interesses da coletividade. Essas comunicações, portanto, estão permanente e decisivamente relacionadas às variações da percepção de legitimidade que goza o estado perante sua população.

É indispensável que as normas jurídicas aplicáveis aos diálogos público-privados, o conhecimento e reconhecimento dessas normas pelos destinatários e a aplicação esmerada pelos agentes públicos corresponda verdadeiramente aos interesses públicos. Eis a razão pela qual os diálogos público-privados tanto impactam o processo de legitimação estatal e também por que o estudo dedicado à matéria é relevante para o direito administrativo.

The Gettysburg Address. Gettysburg, 1863. Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/cache/epub/4/pg4.txt>>. Acesso em: 27 nov. 2015. A referência ao discurso de Abraham Lincoln já foi empregada pelo autor em publicação anterior.

1.1.4 O diálogo público-privado como uma relação jurídico-administrativa

Se o direito administrativo determina à administração pública que observe o princípio da legalidade durante o exercício da função administrativa, é natural que subordine também os diálogos público-privados, que representam precisamente o veículo comunicacional por intermédio do qual essas relações são estruturadas. Em verdade, a efetiva observância da legalidade durante a condução desses diálogos é condição para uma maior compatibilidade entre as expectativas da coletividade e a função desempenhada pela administração pública.

Prova concreta de que os diálogos público-privados se sujeitam à ordem jurídica é a existência de diversos diplomas normativos dedicados à previsão e disciplina de algumas de suas espécies; ainda que, em sua maioria, como se verá, sejam regulamentos insuficientes e inadequados. Note-se, por exemplo, o Decreto Federal nº 4.334/2002, que disciplina as audiências público-privadas, em que agentes públicos e agentes econômicos dialogam em reuniões reservadas e exclusivas. Cite-se também o Decreto Federal nº 8.428/2015, que regulamenta o procedimento de manifestação de interesse (PMI) no âmbito da administração pública federal, ou ainda as regulamentações dedicadas à estruturação de termos de ajustamento de conduta (TACs), em que é possível encontrar algumas regras dedicadas à fase de negociação, tal como a Resolução nº 629/2013, da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), e a Instrução Normativa nº 118/2015, da Agência Nacional do Cinema (ANCINE).

Sob uma perspectiva teórica, a sujeição dos diálogos público-privados ao direito administrativo se justifica porque o fenômeno pode e deve ser considerado como uma espécie de “relação jurídico-administrativa”. Como lecionam Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, a relação jurídico-administrativa configura “o vínculo jurídico entre Administração e administrados, confiando-lhes poderes e deveres recíprocos, de observância obrigatória por todos os sujeitos envolvidos, como requisito de validade, mesmo, do ato final”⁶².

Em atenção à relação jurídico-administrativa, a doutrina de Sérvulo Correia sustenta que “reina consenso sobre a sua utilidade quanto a uma melhor compreensão do sistema de actuação administrativa na sua vertente ‘comunicativa’, ou seja, no tocante à articulação com a sociedade através de uma racionalidade discursiva”. Essa perspectiva mais dinâmica e relacional da relação jurídico-administrativa denota-se bem apropriada aos diálogos público-

⁶² Também é comum a denominação dessa teoria pela expressão *relação jurídica administrativa*. Cf. DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Processo Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 56.

privados porque, “ao contrário da dogmática do acto administrativo, o emprego da figura da relação não se concentra na decisão, mas no posicionamento recíproco de intervenientes na vida jurídica administrativa ligados uns aos outros por pontos de conexão”⁶³. Há uma migração do núcleo investigativo: “do *ato administrativo* para a *relação jurídica administrativa*”, da qual o processo administrativo constitui elemento central⁶⁴, como se verá mais adiante neste estudo.

Na qualidade de relação jurídico-administrativa, portanto, qualquer diálogo público-privado qualifica-se como uma conexão que deve ser conformada pelo direito administrativo, independentemente da regular formalização dessa comunicação em processo administrativo. Assim, a compreensão do diálogo público-privado como relação jurídico-administrativa, conceito que ultrapassa a noção de processo administrativo, é apropriada em razão de que, na realidade administrativa contemporânea, nem todos os diálogos público-privados existem em âmbito processual, já que muitos carecem de formalização. Dessa sorte, não significa que esses diálogos informais sejam imunes às regras e aos princípios de direito administrativo.

Uma vez depreendida a inabalável sujeição dos diálogos público-privados ao direito administrativo, cumprirá refletir sobre como a ordem legal regulamenta, como deveria regulamentar e em que extensão o direito é efetivamente capaz de orientar tal fenômeno para que promova os interesses públicos. É análise que será empreendida ao longo deste estudo.

Antes disso, contudo, com o propósito de fundamentar algumas futuras reflexões, é válida uma sintética exposição sobre o maior risco e o maior benefício decorrentes dos diálogos público-privados: o risco de desvirtuamento voluntário de atividades administrativas em benefício privado ilegítimo e o benefício resultante da maior consensualidade que pode ser atingida por intermédio dessas comunicações.

1.1.5 A dualidade dos diálogos público-privados: entre o risco de corrupção e a busca por consensualidade

O problema central enfrentado neste estudo refere-se, por um lado, à inevitabilidade e à necessidade de que os agentes públicos dialoguem com os agentes econômicos para o

⁶³ SÉRVULO CORREIA, José Manuel. **As relações jurídicas administrativas de prestação de cuidados de saúde**. Instituto de Ciências Jurídico-Políticas [online], 2009. Disponível em: <<http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/616-923.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2015.

⁶⁴ DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Processo Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 56.

exercício de suas funções e, por outro, à concomitante dificuldade – ou mesmo impossibilidade – de se impedir que desses diálogos resulte o desvirtuamento dos interesses públicos, seja em decorrência de práticas de corrupção ou de assimetria técnica e informacional em desfavor da administração pública.

A corrupção, considerada em termos genéricos como “o abuso do poder público para ganhos privados”⁶⁵, representa o rompimento voluntário do compromisso funcional assumido pelo agente público, que deixa de sobrelevar a ordem legal durante o exercício da função administrativa para beneficiar interesses privados⁶⁶. Porque corrompido, o agente público persegue ilicitamente interesses privados por intermédio do aparato estatal. Na imensa maioria dos casos, a corrupção representa um exemplo típico de violência ilegítima praticada por agentes públicos contra a coletividade⁶⁷.

O fenômeno da corrupção é um manifesto obstáculo ao processo de legitimação do estado perante a população. Essa afirmação pode ser adotada como o resultado de uma dedução

⁶⁵ ROSE-ACKERMANN, Susan. **Corruption and government: causes, consequences, and reform**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1999, p. 91, tradução nossa.

⁶⁶ Existem definições de corrupção que não consideram apenas o abuso do poder público, mas o abuso de qualquer poder confiado para ganhos próprios. Todavia, ao menos para os limites deste estudo, o termo é empregado como se necessariamente vinculado ao exercício de algum poder público. Um exemplo de definição mais abrangente pode ser encontrado em: TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **How do you define corruption?** Disponível em: <<http://www.transparency.org/what-is-corruption/#define>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

⁶⁷ Diz-se “imensa maioria” porque é possível indicar casos históricos ilustrativos de que nem toda violação voluntária da legalidade se dá em desfavor dos reais interesses públicos, ou seja, nem todo ato de corrupção pode ser unanimemente considerado indesejável. No célebre filme *A Lista de Schindler*, inspirado em fatos verdadeiros, é relatada a história de Oskar Schindler, um alemão que subornou oficiais nazistas durante a segunda guerra mundial para evitar a deportação de aproximadamente 1400 judeus aos campos de concentração. Situação semelhante pode ser encontrada no conhecido diário de Anne Frank, uma garota judia refugiada em Amsterdã, em passagem informativa de que os oficiais nazistas algumas vezes cobravam para deixar de obrigar judeus escondidos a “participar da marcha para a morte”. É o relato: “Em certas ocasiões, deixam-nos ir por dinheiro; cobram caro por cabeça”. Nesses exemplos, é incontestável que o direito aplicável àquelas relações jurídico-administrativas tornava defeso ao agente público o aceite de propina para o desrespeito de uma determinação legal ou administrativa. Contudo, por representar uma patente violação de direitos fundamentais do indivíduo, ou seja, por caracterizar-se como uma norma cuja legitimidade é unanimemente repudiada, aqueles atos de corrupção não podem ser considerados indesejáveis – pelo contrário, parece que são exemplos inequívocos de corrupção tolerável e desejável, ainda que a melhor reflexão ética leve à conclusão de que num cenário ideal o agente público não exigiria pagamentos para agir em contrariedade àquela legislação. Em qualquer caso, no mínimo, o cidadão comum não será capaz de perceber a conduta de Oskar Schindler como ilegítima ou indesejável. Outros exemplos de corrupção desejável podem ser citados em referência aos desertores do estado islâmico, conhecido por suas práticas terroristas, que abandonaram a instituição em razão do alto nível de corrupção interna, ou àqueles que burlaram as leis opressivas da União Soviética de Joseph Stalin (1927-1953), em que, por exemplo, o simples ato de contar piadas políticas era considerado um crime – norma jurídica que levou aproximadamente duzentas mil pessoas à prisão na década de 1930. Cf. A LISTA DE SCHINDLER. Steven Spielberg. Universal Pictures, 1993; FRANK, Anne. **O diário de Anne Frank**. Ebook. Tradução Elia Ferreira Edel. São Paulo: Círculo do Livro, 1988, p. 41. Disponível em: <http://youtruth.weebly.com/uploads/1/3/1/8/1318459/o_diario_de_anne_frank_portuguese.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2016; LAUHLAN, Iain. *Laughter in the dark: humour under Stalin*. In: DUNCAN, Alastair (ed.). **Le rire européen/European Laughter**. Perpignan, France: Perpignan University Press, 2009, p. 1-4. Disponível em: <<https://dspace.stir.ac.uk/bitstream/1893/2730/1/laughter.pdf>>. Acesso em: 21 dez. 2015; FOX NEWS. **Study: Brutality, corruption lead to defections from Islamic State**. 21 set. 2015. Disponível em: <<http://www.foxnews.com/world/2015/09/21/study-brutality-corruption-lead-to-defections-from-islamic-state/>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

lógica simples: se a legitimidade do estado moderno é intimamente amparada sob uma ordem jurídica, e se a corrupção é precisamente a sua subversão voluntária por representantes do próprio estado, então a corrupção sempre militará em desfavor da legitimidade estatal. Portanto, o quadro de carência de legitimidade estatal é especialmente intensificado quando a atividade administrativa é desvirtuada de forma deliberada para o atendimento de interesses privados inconciliáveis com os interesses públicos.

Em verdade, o nível de tolerância ao uso da força pelo estado diminui *sempre* que os agentes públicos fracassam a missão de atender às finalidades públicas estatuídas no ordenamento jurídico. Mas o problema é agravado quando há um desvirtuamento *consciente e fraudulento* da função administrativa, como expediente para o atendimento de interesses privados inconciliáveis com os interesses públicos. Afinal, como afirmam Arthur Shalock, Charles Sampford e Carmel Connors, num contexto em que a honestidade é desmoralizada e o comportamento inescrupuloso, recompensado, a legitimidade do estado é comprometida aos olhos do cidadão⁶⁸.

Note-se que há uma íntima correlação entre os diálogos público-privados e o fenômeno da corrupção.

É evidente que a corrupção não acontece ao acaso, sem intenção, sem convenção. É preciso um dolo específico para se corromper ou para ser corrompido. Justamente por isso é que qualquer ajuste ilegítimo entre um agente público e um agente econômico deve ser obrigatoriamente pactuado por meio de um fenômeno comunicativo. Sem diálogo, não há conluio. O fenômeno comunicativo é pressuposto fático da corrupção, da colusão, da conspiração, do embuste; todos esses ajustes dependem de uma conciliação ilícita de interesses privados em detrimento dos interesses públicos⁶⁹.

É uma questão lógica. Se existem contratos administrativos, atos administrativos normativos, fiscalizatórios ou sancionatórios maculados por práticas de corrupção, significa que o conluio ocorreu em ambiente extraprocessual, em época anterior ou concomitante ao processo administrativo oficial dedicado à tomada de decisões.

Sem contradição com o que fora registrado nos parágrafos anteriores, um relacionamento que se pretende saudável entre a administração pública e os agentes econômicos também não acontecerá por acidente, sem intenção ou intercâmbio de interesses. Diálogos

⁶⁸ Cf. SHACKLOCK, Arthur; SAMPFORD, Charles; CONNORS, Carmel. Introduction. In: SHACKLOCK, Arthur et al. **Measuring Corruption**. Hampshire: Ashgate Publishing Limited, 2006, p. 1.

⁶⁹ É como afirma a doutrina especializada: “Conluio pressupõe um acordo bilateral de vontades”. E, ainda, “o conluio é fato incriminado como lesivo ao interesse público, sob a rubrica de corrupção” [com grifos no original]. CASTRO, Carlos Borges de. **Desvios na licitação**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1994, p. 83.

público-privados são igualmente necessários para o regular desenvolvimento da função administrativa.

É preciso que haja intercâmbio informacional entre agentes públicos e agentes econômicos, ao menos para que se conheçam os interesses, as necessidades, as condições e o que cada interlocutor tem a oferecer. Em verdade, desde que os interesses perseguidos por ambas as partes sejam legítimos, a ocorrência de diálogos público-privados influencia positivamente a probabilidade de êxito nos resultados perseguidos pela administração pública.

Há consenso na academia sobre a necessidade de que os representantes do estado dialoguem diretamente com integrantes da sociedade para a obtenção de respostas mais apuradas para os problemas coletivos. E a ideia que embasa esse consenso pode e deve ser estendida para abranger também os agentes econômicos. É como ensina Jan Kooiman: “Nenhum ator, por si só, público ou privado, possui todo o conhecimento e toda a informação requerida para solucionar os complexos, dinâmicos e diversificados problemas”⁷⁰.

O benefício da consensualidade pode ser identificado a partir de uma análise semântica sobre a própria palavra *diálogo*, que possui diferentes conotações. Uma primeira conotação, mais comum, refere-se simplesmente a uma comunicação mantida entre duas ou mais pessoas. Outra, com caráter normativo, diz respeito a um “processo de aprendizado e entendimento que permite a deliberação para uma finalidade comum”⁷¹.

Consensualidade, portanto, não significa necessariamente a substituição da vontade administrativa pela vontade concertada. A simples permissão regulamentada de que haja uma influência sobre o processo de formação da decisão administrativa pode ser considerada uma expressão de consensualidade⁷². Essa influência é eminentemente dialógica, manifestando-se, quando em atenção a interesses econômicos, por meio dos diálogos público-privados.

⁷⁰ KOOIMAN, Jan. Social-political governance: introduction. In: KOOIMAN, Jan (org.). **Modern Governance: new government-society interactions**. London, UK: SAGE Publications Ltd., 1993, p. 4.

⁷¹ MEAZELL, Emily Hammond. Deference and dialogue in administrative law. **Columbia Law Review**, v. 111, n. 8, p. 1.724, dez. 2011.

⁷² Sobre os diferentes níveis de consensualidade, leia-se o comentário de Juliana Bonacorsi de Palma: “Em sentido *amplíssimo*, a consensualidade corresponde a qualquer forma de ingerência privada na Administração Pública, ainda que não vinculante, a exemplo da participação administrativa por meio de audiências e consultas públicas. Em sentido *amplo*, a consensualidade consiste no produto do acordo de vontades envolvendo a Administração Pública, seja na esfera administrativa, seja na esfera judicial, a exemplo das transações judiciais envolvendo a Fazenda Pública. A consensualidade em sentido *estrito*, por sua vez, corresponde a qualquer forma de acordo de vontades envolvendo a Administração Pública no âmbito administrativo, o que é típico aos contratos administrativos. Neste caso, não há negociação da *prerrogativa imperativa*, mas simplesmente o mútuo consentimento do particular sobre uma decisão administrativa unilateralmente conformada pelo Poder Público. Quando, todavia, a dinâmica de relacionamento estatal-particular envolver a negociação da prerrogativa imperativa, então se está diante da consensualidade em sentido *estritíssimo*, que corresponde à concertação administrativa.” PALMA, Juliana Bonacorsi. Governança pública nas parcerias público-privadas: o caso da elaboração consensual de projetos de PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCWHIND, Rafael Wallbach. **Parcerias**

Em síntese, os diálogos público-privados se enquadram na categoria de atividades estatais em que a administração pública encontra o suporte e o apoio dos particulares. Trata-se do reconhecimento de que “o Estado pode atuar mais eficientemente e com menores custos em relações de *coordenação* do que o faria nas clássicas relações de *subordinação*”, como ensina Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁷³.

Considerada a premissa de inevitabilidade comunicacional, segue-se a conclusão de que os diálogos público-privados estão relacionados, direta e concomitantemente, com a origem de toda prática de corrupção e com todas as benesses decorrentes da potencial consensualidade entre agentes públicos e agentes econômicos.

Veja-se adiante a grandeza desse dilema quando considerado o cenário brasileiro.

1.2 Gigante pela própria natureza: o desafio de legitimação do estado brasileiro

O desafio de legitimação do estado brasileiro é robustecido por algumas peculiaridades contextuais. É essencial investigá-las, a fim de se descobrir o verdadeiro contexto em que se inserem os diálogos público-privados na administração pública brasileira e a correspondente relevância para o desafio de legitimação estatal⁷⁴.

1.2.1 O desafio de legitimação é maior quando o estado pretende desenvolver a economia e prover o bem-estar social

Como visto anteriormente, a existência do estado coincide com a existência de normas jurídicas, cuja observância é obrigatória. Pretende-se que essas normas sejam criadas, em um

público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 86.

⁷³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 253

⁷⁴ Esclareça-se que algumas considerações deste tópico dizem respeito a fatos contemporâneos da administração pública brasileira. Em tempos hodiernos, as mudanças no cenário político e econômico se sucedem de forma bastante célere, de modo que o risco de desatualização acompanha o autor quando a sua intenção é ilustrar a sua realidade momentânea. Contudo, a tarefa não pode ser dispensada, já que é imperioso evidenciar a aderência da pesquisa ao contexto social brasileiro contemporâneo, sendo indispensável, para isso, a exposição de alguns dados fadados ao risco de futura defasagem.

regime democrático, pelos próprios cidadãos, seja diretamente ou por representantes. Uma vez estabelecidas as normas, todos os indivíduos sujeitos àquele estado devem cumpri-las, inclusive os próprios representantes estatais, sob pena de serem forçados a fazê-lo por seus pares⁷⁵.

O Brasil assume-se como um estado democrático de direito. Isso significa, portanto, que existe a pretensão de que o povo brasileiro seja responsável por estabelecer as normas jurídicas a serem cumpridas por quem se submete à jurisdição estatal. Especificamente, as normas jurídicas brasileiras descobrem-se estruturadas a partir de uma constituição federal, cujo conteúdo, dentre outros temas, organiza um sistema de divisão de poderes entre diferentes órgãos e entidades públicas.

Uma rápida análise sobre a constituição federal vigente revela a pretensão de que o estado brasileiro, para além de garantir a ordem social, também desenvolva a economia e proveja o bem-estar social de seus cidadãos⁷⁶. A despeito de eventuais dúvidas sobre a correta interpretação da vontade popular pela assembleia nacional constituinte que deu origem à constituição federal de 1988, poucos discordariam de que o seu conteúdo embasa um estado intervencionista e dirigista⁷⁷.

Assim, em posição bastante distante do que poderia ser classificado como um estado mínimo, o estado brasileiro é responsável por substanciosos deveres materiais perante a sua população – o que, por lógica simples, aumenta em muito o desafio de sua legitimação, já que as expectativas da coletividade são maiores e a intervenção sobre o patrimônio privado, mediante tributação, especialmente, também o são.

A fim de elucidar o que representa essa opção política para a população e de ilustrar o grande desafio de legitimação do estado brasileiro, registre-se a sua carga tributária, a maior de todo o continente americano, que atinge 33,4% do Produto Interno Bruto (PIB)⁷⁸. Grosso modo, em números gerais, isso significa que a tributação sobre a população brasileira ultrapassa um

⁷⁵ É a lição de Carlos Borges de Castro: “A lei é cogente tanto para o administrador quanto para o administrado e aquele que age em nome da Administração, condiciona-se à norma legal”. CASTRO, Carlos Borges de. **Desvios na licitação**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1994, p. 5.

⁷⁶ Os denominados direitos sociais do cidadão são prestações materiais que podem ser exigidas do estado. No Brasil, são assegurados direitos sociais nas áreas da educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, entre outros. Cf. Constituição Federal: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

⁷⁷ Cf. CAMPOS, Roberto de Oliveira. **Roberto Campos**. Entrevistador: Jorge Escosteguy. São Paulo: Fapesp, 4 mar. 1991. Entrevista concedida ao Programa Roda Viva. Disponível em: <http://www.rodaviva.fapesp.br/materia/648/entrevistados/roberto_campos_1991.htm>. Acesso em: 16 dez. 2015.

⁷⁸ Informações obtidas em relatório da OCDE. Cf. OECD/ECLAC/CIAT/IDB. **Revenue Statistics in Latin America and the Caribbean**: 1990-2014. Paris: OECD Publishing, 2016, p. 16. Registre-se que a carga tributária de Cuba não foi analisada no referido relatório.

terço da soma dos valores de todos os produtos e serviços produzidos durante um determinado período. Para agravar ainda mais o desafio de legitimação, verifica-se que, dentre os 30 países com maior carga tributária no mundo, o Brasil é considerado o que proporciona o pior retorno em favor do bem-estar social⁷⁹.

Em síntese, as estatísticas revelam que a relação entre o custo e o benefício da tributação no Brasil é baixa quando em comparação com outros países com carga tributária análoga. Como a baixa responsividade relaciona-se a uma menor percepção de legitimidade, esse fato enaltece o grande desafio do estado brasileiro.

Ainda a título ilustrativo sobre o contexto nacional, um exame atencioso sobre o orçamento da União para o ano de 2016 revela que a estimativa de receitas para o exercício financeiro ultrapassou 3 trilhões de reais. Desse total, aproximadamente 1,27 trilhão de reais provinham de impostos, taxas e contribuições da seguridade social, e cerca de 1,22 trilhão de reais decorriam de operações de crédito (constituição e renovação de dívidas, empréstimos). Em síntese, mais de 80% da receita anual da União resulta de recursos diretamente arrecadados contra a população ou de dívidas contraídas pelo estado – que, por certo, serão quitadas por cidadãos brasileiros, ainda que futuramente⁸⁰.

Em contraste com as demais formas de arrecadação, note-se que a receita prevista sob a rubrica de serviços prestados pela União, por exemplo, equivale a aproximadamente 50 bilhões de reais, enquanto a alienação de bens, apenas a 31 bilhões de reais. Por igual anote-se a situação de grande endividamento em que se encontra o governo federal brasileiro: a Dívida Pública Federal (DPF) alcançou 2,95 trilhões de reais em julho de 2016, e a expectativa era de que aproximadamente 305 bilhões fossem empregados pela União para a cobertura de juros e encargos da dívida no mesmo ano. A título comparativo, tome-se que o orçamento de despesas com investimentos é de aproximadamente 97 bilhões⁸¹.

⁷⁹ Sobre o ranking de retorno de bem-estar à sociedade, conferir OLENIKE, João Eloi; AMARAL, Gilberto Luiz do; AMARAL, Leticia Mary Fernandes do (Coord). **Cálculo do IRBES (Índice de retorno de bem estar à sociedade)**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT), 2015, p. 5-6. Disponível em: <<https://www.ibpt.com.br/img/uploads/novelty/estudo/2171/IRBES2015.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

⁸⁰ O restante do orçamento da União é composto por recursos patrimoniais como a exploração de imóveis do estado (concessões, permissões, aluguéis, arrendamentos, laudêmio, etc.); valores mobiliários (juros e correções monetárias); delegações de serviços públicos; exploração de recursos naturais (royalties); cessão de direitos (imagem, p.e.); multas administrativas, contratuais e judiciais; indenizações; alienação de bens; amortização de empréstimos a Estados e Municípios; entre outros.

⁸¹ Cf. BRASIL. Lei nº 13.255, de 14 de janeiro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13255.htm>. Acesso em: 02 out. 2016; BRASIL. Ministério da Fazenda. **Dívida Pública Federal: Relatório Mensal da Dívida – Julho 2016**. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2016. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/552691/Texto_RMD_Jul_16.pdf/a8a2dfaa-3e30-4c4b-8150-c492dbed5230>. Acesso em: 2 out. 2016.

Apesar da reforma gerencial iniciada na década de 1990⁸², em que se buscou delegar a prestação e a exploração de inúmeras utilidades públicas à iniciativa privada, reduzir a dívida pública e imprimir eficiência à administração pública brasileira, o estado brasileiro continua sendo um grande ator no cenário econômico, com políticas desenvolvimentistas que envolvem práticas de fomento, de assistência social e a manutenção de amplos programas de prestação de serviços públicos, como o Sistema Único de Saúde (SUS) e a educação pública, oferecidos universal e gratuitamente à população.

Em verdade, a simbiose entre a responsabilidade pelo provimento de direitos sociais materiais e pela intervenção econômica propositada a orientar a economia é comum em grande parte dos estados contemporâneos. Tal como afirmou Peter Evans, “[g]oste-se ou não, o Estado permanece central ao processo de mudança estrutural”⁸³. Ou como ensina Paulo Roberto Motta, na sociedade brasileira “[a]inda prevalece e se reforça a visão de ser a administração pública responsável por reduzir a desigualdade social tanto por medidas desenvolvimentistas quanto por programas sociais compensatórios”⁸⁴.

A informação de que a atividade econômica brasileira é essencialmente sujeita à intervenção estatal pode ser verificada, por exemplo, a partir do relatório *2016 Index of Economic Freedom*, elaborado pela The Heritage Foundation em parceria com o The Wall Street Journal⁸⁵. Segundo essa publicação, a liberdade econômica no Brasil é classificada apenas em 122º lugar, considerado um total de 178 países analisados. Em outro índice, o *Economic Freedom of the World – 2015 Annual Report*, publicado pelo Fraser Institute, o Brasil ocupa a 118ª posição, dentre 155 países avaliados⁸⁶.

Quando a atividade administrativa do estado é mais intensa, tal como ocorre no estado do bem-estar social, o emprego da força monopolizada pelo estado e o seu consequente desafio de legitimação são igualmente maiores. Dito de outra forma, como a sociedade delega maiores

⁸² A reforma gerencial mencionada culminou no Programa Nacional de Desestatização (Lei Federal nº 9.491/1997), um programa nacional em favor de privatizações, concessões, permissões, terceirizações e gestões associadas, que robusteceu, por consequência, a presença e a função das agências reguladoras. Um dos principais objetivos era a redução da dívida pública líquida do estado brasileiro, o que recuperaria a sua capacidade de endividamento (vide inciso II do artigo 1º da referida lei).

⁸³ EVANS, Peter. O Estado como problema e solução. **Lua Nova**, São Paulo, n. 28-29, p. 109, abr. 1993.

⁸⁴ MOTTA, Paulo Roberto. A modernização da administração pública brasileira nos últimos 40 anos. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 41, p. 94, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122007000700006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 11 dez. 2015.

⁸⁵ THE HERITAGE FOUNDATION; THE WALL STREET JOURNAL. **2016 Index of Economic Freedom**. Washington, DC, 2016. Disponível em: <<http://www.heritage.org/index/download>>. Acesso em: 14 mai. 2016.

⁸⁶ GWARTNEY, James; LAWSON, Robert; HALL, Joshua. **Economic Freedom of the World: 2015 Annual Report**. Fraser Institute, 2015. Disponível em: <<https://www.fraserinstitute.org/sites/default/files/economic-freedom-of-the-world-2015.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2015.

competências ao estado e, portanto, abastece os cofres públicos com um volume de recursos financeiros mais substancial, é maior o nível de utilidade que deve ser percebida no estado para que seja considerado responsivo pela população.

A agravante é que os incentivos à corrupção são robustecidos quanto maiores os poderes que os agentes públicos possuem para alocar benefícios escassos e para impor custos onerosos aos particulares, é possível estabelecer uma correlação lógica teórica entre o menor nível de liberdade econômica e o maior potencial volume de corrupção⁸⁷. Como afirma Eamonn Butler, “quanto maior o tamanho do setor público, ou mais complicada [a] estrutura tributária ou regulatória, maiores são as oportunidades para o rentismo [*rent-seeking*]”⁸⁸.

Quando a economia é intensamente regulada, o controle exercido pelo estado cria incentivos para que os agentes econômicos busquem se livrar dessas amarras, ainda que de maneiras ilícitas – o que frequentemente ocorrerá por intermédio de diálogos público-privados informais. Nesse sentido, vale observar a lição de Roberto de Oliveira Campos:

*A empresa sujeita a controles, sejam eles de preço, de salário, de aluguéis, o que seja, tem o custo da burocracia; tem o custo da espera da decisão, que pode tornar um projeto inviável e acrescer custos financeiros; e, finalmente, o custo da corrupção, para conseguir driblar os controles e ter um mínimo de previsibilidade no negócio. Então, controles não são comandos obedecidos pelo mercado, são custos impostos ao mercado*⁸⁹.

Esse raciocínio pode ser encontrado também na doutrina de Richard Posner, segundo a qual, numa economia amplamente regulada, as incômodas restrições à atuação dos agentes privados criam uma demanda econômica favorável à descoberta de maneiras de desrespeitá-las. O suborno de agentes públicos é uma forma de evitar o cumprimento da regulação indesejada⁹⁰.

⁸⁷ Sobre a relação entre os incentivos à corrupção e o poder de alocar benefícios escassos ou impor custos aos particulares, cf. ROSE-ACKERMANN, Susan. **Corruption and government: causes, consequences, and reform**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1999, p. 39.

⁸⁸ Em outra passagem, o autor detalha: “Quanto maior for o poder do Estado, mais vastas serão as oportunidades de rentismo e maior será o poder dos políticos, conforme grupos de interesse os pressionem por benefícios. Os políticos ganham, não apenas pelo status de poder estabelecer favorecimentos, mas também pela sua habilidade de ameaçar outros grupos com a possibilidade de criação de regras desfavoráveis. Ocasionalmente, este poder pode gerar um estado de corrupção absoluta, com políticos e oficiais concedendo benefícios especiais a grupos específicos em troca de dinheiro ou favores pessoais, e também colocando barreiras legais no caminho daqueles que não os apoiam”. BUTLER, Eamonn. **Escolha Pública: Um Guia**. Belo Horizonte: Estudantes Pela Liberdade, 2014, p. 53-54.

⁸⁹ CAMPOS, Roberto de Oliveira. **Roberto Campos**. Entrevistador: Jorge Escosteguy. São Paulo: Fapesp, 4 mar. 1991. Entrevista concedida ao Programa Roda Viva. Disponível em: <http://www.rodaviva.fapesp.br/materia/648/entrevistados/roberto_campos_1991.htm>. Acesso em: 16 dez. 2015. Grifou-se.

⁹⁰ POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 9. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014, p. 317.

Partindo-se da constatação de que a constituição federal reclama a promoção do bem-estar social, que a intervenção estatal na economia brasileira é bastante acentuada e que os benefícios retornados à sociedade se encontram em nível abaixo da média comparativa e do que é esperado por sua população, conclui-se que o desafio de legitimação do estado brasileiro é imenso. Assim, considerando-se o direito administrativo como “direito constitucional concretizado”, tal como o definiu Eberhard Schmidt-Aßmann, a relevância de impô-lo com sucesso é igualmente dilatada⁹¹.

1.2.2 O patrimonialismo no Brasil: uma possível explicação sociológica para a sistemática subversão de agentes públicos por interesses privados

Ciente de que os valores culturais mantidos pelos indivíduos representam um importante elemento fomentador ou mitigador de comportamentos, que, em incontáveis situações, influencia as suas decisões de forma até mais efetiva que as normas jurídicas, a análise sociológica de padrões comportamentais revela-se um importante exercício reflexivo para a presente investigação⁹².

Identifica-se e reconhece-se, primeiramente, um manifesto histórico de diálogos público-privados informais e de alastrada corrupção nos relacionamentos público-privados da administração pública brasileira.

A propósito, é recorrente a ênfase sobre como é antiga a promiscuidade entre o público e o privado no Brasil. Na doutrina, Salomão Ribas Junior afirma que “[a] corrupção é uma constante na história brasileira”⁹³. A título exemplificativo, em sentido semelhante, recorde-se

⁹¹ SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo: necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos. In: BARNES, Javier (ed.). **Innovación y reforma em el derecho administrativo**. Sevilla: Editorial Derecho Global-Global Law Press, 2006, p. 48.

⁹² Sobre a influência dos valores culturais, em comparação com as normas jurídicas, ver: LOEWENSTEIN, George. Conflicts of interest begin where principal-agent problems end. In: MOORE, Don A. et al. (ed). **Conflicts of interest: challenges and solutions in business, law, medicine, and public policy**. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 203-204.

⁹³ RIBAS JÚNIOR, Salomão. **Corrupção pública e privada: quatro aspectos: ética no serviço público, contratos, financiamento eleitoral e controle**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 317.

que até Dilma Rousseff, quando ocupou a posição de presidente da república, afirmou figurativamente que “a corrupção é uma senhora idosa e não poupa ninguém”⁹⁴.

Nesse contexto histórico, é bem conhecido o trabalho de Raymundo Faoro, em *Os donos do Poder*, obra que identifica e detalha o que seria um originário e persistente sistema patrimonial de capitalismo politicamente orientado na sociedade brasileira⁹⁵. Segundo o autor, a exploração da economia brasileira, desde a sua origem portuguesa e muito em razão dela, seria caracterizada por uma trágica e promíscua aliança entre agentes econômicos e agentes públicos⁹⁶. A peculiaridade brasileira residiria no fato de que, por ausência do capitalismo, “[b]urguesia e funcionários, afastados pelas atividades e preconceitos, se unem numa mesma concepção de Estado: a exploração da economia em proveito da minoria que orienta, dirige, controla, manda e explora”⁹⁷.

Fernando Filgueiras refere-se ao patrimonialismo como uma vertente interpretativa do pensamento político e social que explicaria a formação de um “Estado centralizador e expropriador da riqueza, que estaria assentado na existência de um estamento que se alojou na burocracia estatal, de modo a construir todo um sistema de privilégios”. Segundo essa concepção sociológica, como o Brasil não fora protagonista da modernidade, teria sido formado “um senso permanente de irresponsabilidade e indolência, que definem os traços de uma cultura dos sentimentos, de uma cordialidade intrínseca, incapaz de incorporar o mundo impessoal e de regras formais”⁹⁸.

No Brasil, então, segundo essa vertente sociológica, nunca teria sido superada a cultura patrimonial do poder, peculiaridade que seria típica das sociedades que não passaram pela racionalização da administração pública. Remanesceria um sistema cuja estabilidade é

⁹⁴ HAUBERT, Mariana; NERY, Natuza. 'A corrupção é uma senhora idosa', diz Dilma após os protestos. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 16 mar. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/03/1603638-a-corrupcao-e-uma-senhora-idosa-diz-dilma-apos-os-protestos.shtml>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

⁹⁵ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Globo, 2001, p. 866 et seq. Uma análise sintética sobre a opinião de Raymundo Faoro a respeito do patrimonialismo no Brasil já foi realizada pelo autor em sua dissertação de mestrado. A análise aqui é expandida.

⁹⁶ Como explica Fernando Filgueiras, embora sem manifestar concordância, essa interpretação parte da concepção de que haveria uma “herança histórica deixada pelo mundo ibérico, que teria feito com que o Brasil não conhecesse o processo de racionalização típico do Ocidente e incorporasse os valores e princípios do mundo protestante, ascético e voltado para uma ética dos deveres e do trabalho”. FILGUEIRAS, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. **Opinião Pública**, Campinas, v. 15, n. 2, p. 387, nov. 2009.

⁹⁷ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Globo, 2001, p. 284-285.

⁹⁸ Fernando Filgueiras não concorda com essa análise sociológica, que denomina por “dicotômica” e tendente a simplificar demasiadamente a realidade. Para o referido autor, “[a] corrupção não está relacionada ao caráter do brasileiro, mas a uma construção social que permite que ela seja tolerada como prática”. FILGUEIRAS, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. **Opinião Pública**, Campinas, v. 15, n. 2, p. 389-394, nov. 2009.

sustentada pela distribuição de poder político àqueles que detêm poder econômico, e vice-versa, num ciclo permanente, em acentuada confusão entre o espaço público e o privado⁹⁹.

Nesse sentido, como comenta Bruno Meyerhof Salama, a despeito das mudanças aparentes, o locupletamento ilícito às custas do estado permaneceria prática comum no Brasil:

Antes o vilão era a espada dos generais; agora são os ciclos eleitorais. E por causa dos ciclos eleitorais será preciso roubar mais, porque as campanhas eleitorais são caras; e também será preciso roubar mais rapidamente, porque o horizonte de tempo para o locupletamento é curto. Tudo será o contrário do que parece ser: o maior risco de detecção policial e condenação judicial se traduzirá em propinas mais elevadas, afastando da política os homens de bem e atraindo os aventureiros¹⁰⁰.

Persistiria no Brasil, em pleno século XXI, um sistema análogo ao que relatou José Guilherme Merquior a respeito da monarquia francesa no século XVIII, no *ancien régime*, em que o comércio de cargos públicos permitia a utilização da estrutura do estado para a obtenção de vantagens próprias:

A monarquia francesa, por muito tempo acossada pelo problema de controlar uma ordem social dividida, elaborara um conceito patrimonial do poder. [...] Em seu esforço em prol da centralização, a Coroa francesa comprou a aristocracia com uma venda notoriamente maciça de cargos públicos, e o resultado foi uma estrutura inteira de interesses particularistas e de posições desiguais¹⁰¹.

Segundo essa corrente, a origem ibérica estaria na raiz da cultura patrimonial. Teria sido aportada no Brasil a partir da vinda de Dom João VI, que introduziria os costumes portugueses de relacionamentos pessoais entre governantes e empresários. Em benefício histórico à teoria, leia-se o seguinte relato a respeito da alfândega carioca à época da monarquia:

Os funcionários da corte, responsáveis pela liberação de mercadorias estrangeiras e pelas autorizações de ordem de pagamento, criavam várias barreiras burocráticas nesses processos. E essas barreiras só desapareciam depois que eles recebiam as propinas; taxas que segundo cronistas da época, chegavam a 20% do valor total envolvido no negócio¹⁰².

A administração pública brasileira encontraria semelhança no que Max Weber denominara por “funcionalismo patrimonial”, em que uma “progressiva divisão das funções e

⁹⁹ Leia-se o comentário de Carlos Ayres Britto: “Cuida-se da dicotomia que traduz a nítida diferenciação entre administrador e administração pública. Que é a clara distinção entre espaço público e espaço privado [...]. Distinção sem a qual, enfatize-se, a triste herança portuguesa do patrimonialismo persistirá como a principal base de inspiração dos acordos que, pelas bandas de cá, não cessam de urdir os que açambarcam o poder econômico e o poder político”. BRITTO, Carlos Ayres. Comentários ao artigo 37, caput. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 822.

¹⁰⁰ SALAMA, Bruno Meyerhof. **Douglas North e a Lava-Jato**. Disponível em: <<http://www.institutoliberal.org.br/blog/douglass-north-e-a-lava-jato/>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

¹⁰¹ MERQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo: antigo e moderno**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1991, p. 29.

¹⁰² SANCRES, Mônica. **A Corrupção no Tempo de Dom João - 1808, A Corte no Brasil**. Documentário Globo News, 2012. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=h1WFRq31gUc>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

racionalização, sobretudo com o aumento das tarefas escritas e o estabelecimento de uma hierarquia ordenada de instâncias, pode assumir traços burocráticos”; nada obstante, permaneceria carente de distinção “entre a esfera ‘privada’ e a ‘oficial’”¹⁰³.

Para Raymundo Faoro, o patrimonialismo condicionou profundamente as relações econômicas nacionais, pois vinculou o alcance do sucesso empresarial aos privilégios concedidos pelo poder público. Isso ocorreria porque, segundo o autor, no Brasil, “[a] comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios”¹⁰⁴. Do capitalismo, o país teria adotado “a técnica, as máquinas, as empresas, sem aceitar-lhe a alma ansiosa de transmigrar”¹⁰⁵. Tal constatação é compatível com a declaração de Roberto de Oliveira Campos no sentido de que “os empresários brasileiros se habituaram a ter reservas de mercado, fazendo um curioso pacto com o governo; eles apoiavam o governo em troca de reservas de mercado”¹⁰⁶. O economista brasileiro foi além:

Agora, por que essa distorção da mentalidade empresarial? É parte da patologia cultural brasileira. Nós sofremos de uma doença que eu chamo de a doença dos “-ismos”. São cinco “-ismos”: o nacionalismo, o estruturalismo, o populismo e duas doenças graves que debilitaram, desfibraram o empresariado nacional, que são o protecionismo exagerado e o estatismo incontrolado. E disso é que resultou a perversão da mentalidade empresarial brasileira¹⁰⁷.

O estatismo incontrolado e o protecionismo exagerado encontram amparo também no que Paulo Roberto Motta denomina “personalismo paternalista”, característica que manteria um retrato de grande base patrimonialista na administração pública brasileira. Leia-se:

O uso de recursos públicos é o mecanismo básico de preservação do poder: são utilizados menos para atender a demandas e necessidades reais da comunidade e mais para a troca de favores e os interesses particulares do grupo. Como a lealdade aos membros do grupo é maior do que à instituição pública, tais grupos são capazes de manter a coalizão a qualquer custo, inclusive às expensas do aumento dos gastos governamentais¹⁰⁸.

¹⁰³ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa Oficial, 1999, p. 253.

¹⁰⁴ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Globo, 2001, p. 866 et seq.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 869

¹⁰⁶ CAMPOS, Roberto de Oliveira. **Roberto Campos**. Entrevistador: Jorge Escosteguy. São Paulo: Fapesp, 4 mar. 1991. Entrevista concedida ao Programa Roda Viva. Disponível em: <http://www.rodaviva.fapesp.br/materia/648/entrevistados/roberto_campos_1991.htm>. Acesso em: 16 dez. 2015.

¹⁰⁷ *Idem*.

¹⁰⁸ MOTTA, Paulo Roberto. A modernização da administração pública brasileira nos últimos 40 anos. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 41, p. 90-94, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122007000700006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 11 dez. 2015.

Os pressupostos da teoria do patrimonialismo são concordantes com o relato de historiadores sobre a naturalidade com que os agentes públicos recebiam recursos financeiros diretamente dos particulares desde a época da monarquia brasileira. Veja-se:

É uma ideia de que o funcionário público não pode receber dinheiro daquele que lhe presta serviço, que esse dinheiro vai para o estado e o estado paga o funcionário. Naquele momento era diferente, o estado não tinha dinheiro para pagar e a pessoa pagava diretamente. Em certo sentido a gente pode dizer até que era eliminar um intermediário¹⁰⁹.

Os cargos eram vendidos, mas eram vendidos por editais, vendidos em leilões, em hastas públicas pela melhor arrematação. [...] Os cargos eram muitas vezes, dependendo do ramo da administração, trienais, com renovação, outras vezes até eram por toda a vida. E outra coisa: o cargo não envolvia, em geral, salário. Há até exemplos de salários, mas esperava-se que o cargo, o ofício remunerasse o seu ocupante¹¹⁰.

Em lição aplicável ao contexto brasileiro, Tercio Sampaio Ferraz Júnior ensina que “a ligação entre a ética administrativa absolutista com a ética da administração gestora da intervenção na economia e da promoção do desenvolvimento sem passar por uma ética da legalidade gerou um sistema muito peculiar”. Para o autor, “as decisões administrativas, mesmo no âmbito da legalidade à moda francesa, admitem certa flexibilidade, que coloca funcionários e cidadãos dentro de uma rede de favores recíprocos”. O sucesso de uma operação administrativa passa a ser visto “como um favor do funcionário e não como resultante do mérito legal”. Por consequência, exige-se “a construção, por parte das empresas, de verdadeiras redes de relacionamento pessoais de confiança, que não são percebidas como violações à ética administrativa”¹¹¹. E como é notório, essas *redes de relacionamentos pessoais de confiança* desenvolvem-se na informalidade, em ambiente alheio à visibilidade dos processos administrativos.

De fato, em incontáveis ocasiões, o Brasil parece exemplificar o que Rose Susan-Ackermann identifica nas diversas sociedades em que não existe uma clara diferenciação entre as funções públicas e privadas. Nessas sociedades, a ideia de uma rígida separação entre o público e o privado não faz sentido para muitas pessoas¹¹².

¹⁰⁹ BRETAS, Marcos. **A Corrupção no Tempo de Dom João - 1808, A Corte no Brasil**. Documentário Globo News, 2012. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=h1WFRq31gUc>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

¹¹⁰ WEHLING, Arno. **A Corrupção no Tempo de Dom João - 1808, A Corte no Brasil**. Documentário Globo News, 2012. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=h1WFRq31gUc>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

¹¹¹ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Ética administrativa num país em desenvolvimento. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (org). **Doutrinas Essenciais: Direito administrativo**. vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 989.

¹¹² Leia-se a seguinte ilustração apresentada pela autora: “No setor privado, dar presentes é algo generalizado e altamente valorizado, e parece natural empregar e contratar amigos e parentes. Ninguém vê qualquer razão para não levar mais de tais práticas para o domínio público”. ROSE-ACKERMANN, Susan. **Corruption and government: causes, consequences, and reform**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1999, p. 91, tradução livre.

Não é preciso viajar aos rincões brasileiros para se deparar com o uso ingênuo, sem malícia, por pessoas comuns do povo, sem qualquer prévia formalidade, de bens públicos para finalidades privadas; são acertos juridicamente ilícitos, mas culturalmente aceitos. Seja o uso do trator de uma prefeitura para abrir estradas particulares em propriedades rurais, seja o empréstimo de um caminhão pertencente ao patrimônio público para fazer o frete de uma mudança. Para muitos brasileiros, o agente público a ser admirado é aquele que resolve os problemas dos integrantes da comunidade, independentemente dos meios empregados e ainda que cobre vantagens indevidas para tanto – afinal, pensa-se, para que serve a administração pública senão para a resolução de problemas particulares? Por que não pagar uma remuneração “justa” ao agente público que lhe ajudou concretamente?

Sabe-se que é epistemologicamente inapropriado assumir como irrefutáveis as interpretações sociológicas, sendo que também não parece adequado, em consideração aos limites e propósitos desta tese, enveredar para uma investigação sobre a veracidade ou a falsidade da hipótese segundo a qual o caráter do brasileiro é tendente à corrupção, ou ainda se isso remete ou não às origens portuguesas¹¹³.

De todo modo, a afirmação de que a cultura patrimonial seria a principal causa motivadora do nível atual de corrupção no Brasil merece suspeitas e ressalvas.

Um indicativo importante para a contestabilidade de tal interpretação sociológica é a confirmação de que a corrupção é um fenômeno universal, presente, inclusive, nos países que efetivamente foram “protagonistas da modernidade” e que passaram por um regular processo de racionalização da administração pública. Demais disso, assim como os outros países latino-americanos, os ingredientes sociais, culturais e étnicos que formaram o Brasil vinculam-no a quase todas as regiões e culturas do mundo, e não somente à ibérica, como bem ressalta o laureado escritor Mario Vargas Llosa¹¹⁴.

Por outro lado, ainda que questionável a suposta relação de causalidade da corrupção afirmada pela teoria do patrimonialismo, há uma caracterização histórica bastante fidedigna das relações público-privadas brasileiras – o que, por si só, justifica a sua utilidade ilustrativa no presente estudo. Serve bem à finalidade: ilustra a frequente preponderância de elementos informais sobre a atuação administrativa no Brasil.

¹¹³ Sobre a permanente falseabilidade das proposições sociológicas, ver: POPPER, Karl Raimund. **Lógica das ciências sociais**. 3. ed. Tradução Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 27-30.

¹¹⁴ LLOSA, Mario Vargas. The Culture of Liberty. In: PALMER, Tom G (ed.). **The morality of capitalism: what your professors won't tell you**. Ottawa, IL, USA: Jameson Book, 2011, p. 120.

Ainda há uma carência institucional relacionada à formalização e ao controle das interlocuções entre esses atores. No Brasil, é comum se deparar com situações em que um determinado agente econômico possui algum projeto de impacto social e, consideradas as políticas de fomento existentes em um estado que se pretende desenvolvimentista, interesse-se em apresentá-lo à administração pública para obter financiamento e implementá-lo. Contudo, pela ausência de práticas administrativas consolidadas para perfectibilizar regularmente essa comunicação, o agente econômico, para alcançar seu objetivo, vale-se de métodos informais, extraprocessuais, frequentemente acompanhados do acionamento de uma rede de contatos com relações políticas ou de amizade. Situações semelhantes ocorrem, por exemplo, quando um determinado particular encontra problemas para obter a documentação que o autoriza a exercer alguma atividade ou empreendimento. Em vez de socorrer-se do direito administrativo, frequentemente será nos contatos político-administrativos que encontrará o apoio e a resolução informal de seus problemas.

Não há dúvidas de que os diálogos público-privados brasileiros, tal como nas hipotéticas situações apresentadas, parecem efetivamente orientados por uma cultura patrimonial e, nessa condição, justificados pelo “tradicionalismo” à brasileira, ou seja, “assim é porque sempre foi”¹¹⁵. Parece evidente também que essa informalidade impede o controle sobre a administração pública e desrespeita os princípios mais básicos de direito administrativo, sobretudo os deveres de observância da processualidade, impessoalidade, isonomia e transparência – e, não raramente, da moralidade.

Contudo, os problemas desse modelo de organização social não são exclusividade nacional, sendo também identificados, por exemplo, na sociedade estadunidense, notória protagonista da modernidade. Sob a alcunha de *crony capitalism* (capitalismo de compadrio, em tradução livre), Tom Palmer relata:

Infelizmente, o “capitalismo de compadrio” é um termo que pode, com precisão cada vez maior, também ser aplicado à economia dos Estados Unidos, um país em que empresas fracassadas são rotineiramente “socorridas” com dinheiro tomado de contribuintes, em que a capital nacional é pouco mais do que uma colmeia pulsante gigantesca de lobistas “rentistas”, burocratas, políticos, consultores e picaretas, e no qual nomeados funcionários do Departamento do Tesouro e do banco central (*Federal Reserve System*) assumem para si o ato de recompensar algumas empresas e prejudicar outras. Tal fisiologismo corrupto não deve ser confundido com o “capitalismo de livre mercado”, que se refere a um sistema de produção e de troca baseado no estado de direito, na igualdade de direitos para todos, na liberdade de escolher, no livre comércio, na liberdade de inovar, na disciplina orientadora de lucros e perdas e no direito de gozar dos frutos do próprio trabalho, das próprias economias, dos próprios

¹¹⁵ Sobre o tradicionalismo como justificativa, ver: FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Globo, 2001, p. 866.

investimentos, sem temer o confisco ou restrição daqueles que têm investido, não em produção de riqueza, mas em poder político¹¹⁶.

O relato de Tom Palmer coloca em xeque a suposta correlação direta e necessária entre o patrimonialismo e a corrupção. Ainda que uma cultura com caráter patrimonial possa agravar os malefícios da carência de impessoalidade na administração pública, não parece seguro concluir que essa seja a única ou a principal causa para a corrupção¹¹⁷.

Contenta-se, por ora, com a adoção de uma interpretação mais moderada sobre as causas do reiterado desvirtuamento das finalidades administrativas no Brasil. Acredita-se que o fenômeno esteja relacionado a fatores econômicos e culturais universalmente identificáveis, ainda que as peculiaridades históricas regionais, de fato, sejam importantes para se elucidar com maior precisão como tais relações ilegítimas se sucedem.

A subversão dos agentes públicos parece ser tanto o resultado de uma ação naturalmente egoísta de indivíduos que buscam maximizar “seus ganhos burlando as regras do sistema político” como de “processos sociais que levam em consideração valores e normas que, além do institucional e do formal, consideram aspectos informais e culturais”¹¹⁸.

A despeito da valorosa discussão sobre as causas da corrupção numa sociedade, que encontra suas raízes na ciência política e na sociologia, importa para o momento a seguinte verificação: poucos ousariam negar a existência de um pernicioso, permanente, histórico e abrangente ciclo de transformação ilegítima de poder político em poder econômico no Brasil, e vice-versa.

Conquanto seja plausível desconfiar da correlação entre a influência ibérica originária, a dita cultura patrimonial no Brasil e os altos níveis de corrupção, não parece adequado deixar de reconhecer a habitualidade com que interesses privados ilegítimos são perseguidos por agentes públicos mancomunados com agentes econômicos.

Igualmente, poucos relutariam em aceitar a tese de que o fim a que visa essa prática é a conquista e a manutenção de poder em sua concepção ampla, que envolve os domínios político

¹¹⁶ PALMER, Tom G. **The morality of capitalism**: what your professors won't tell you. Ottawa, IL, USA: Jameson Book, 2011, p. 9, tradução livre.

¹¹⁷ Lucas Rocha Furtado, em obra dedicada ao estudo das raízes da corrupção no Brasil, também não adota a “visão dominante de que os elevados índices de corrupção praticados no Brasil [...] estão vinculados ao passado ou à identidade do brasileiro e que não podem, portanto, ser superados”. O autor argumenta que “[e]xcesso de oportunidades para desviar recursos públicos e certeza da impunidade, e não a formação moral ou cultural do povo brasileiro, constituem as reais causas para a manutenção da corrupção em elevados patamares”. FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção no Brasil**: estudo de casos e lições para o futuro. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 19.

¹¹⁸ FILGUEIRAS, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. **Opinião Pública**, Campinas, v. 15, n. 2, p. 396-397, nov. 2009.

e econômico, com a ajuda ou para o benefício daqueles que conservam relações sociais com membros do “estamento político” brasileiro¹¹⁹.

Tampouco é difícil perceber que o “terceiro prejudicado” numa cultura permeada por práticas de corrupção é o cidadão comum, obrigado a abastecer ininterrupta e ineficientemente os cofres públicos sob a justificativa de que serviços públicos eficientes lhe serão prestados ou de que serviços tipicamente privados alcançarão maior eficiência porque regulados.

Um sistema de capitalismo politicamente orientado é perverso para toda a grande maioria de indivíduos, pois que não é por ele beneficiada: sem os mesmos privilégios conferidos aos concorrentes estabelecidos, por exemplo, os novos empreendedores têm dificuldade para ingressar no mercado, e a economia não é alimentada pelas benesses da competição – como a inovação, o aumento da eficiência e a redução de custos ao consumidor.

Por consequência, os níveis de bem-estar da população são proporcionalmente diminuídos, já que o cidadão comum passa a obter serviços públicos e privados com menor relação de custo e benefício. Assim, com uma baixa carga de responsividade, a percepção de legitimidade do estado pela população é reduzida e resulta em crise institucional. Aparentemente, essa é a situação do Brasil contemporâneo, conforme adiante explicitado.

1.2.3 A contemporânea crise de responsividade do estado brasileiro: descrença e desconfianças sobre a administração pública

A cultura da desconfiança é encampada por aqueles particulares que desconfiam das relações entre o Estado e os demais particulares. É uma desconfiança que se difunde a cada denúncia de corrupção ou de conluio. É uma desconfiança que vê com ceticismo qualquer vantagem anunciada dessa relação entre o público e privado. Essa cultura afigura-se espalhada entre muitos brasileiros, talvez a maior parte, e com o avanço das tecnologias da informação, que evidenciam esses acontecimentos, parece ter se alastrado ainda mais¹²⁰.

As frequentes denúncias de corrupção e as notícias que revelam ineficiências na gestão pública fomentaram na sociedade brasileira uma cultura de desconfianças e de descrença sobre as relações público-privadas.

¹¹⁹ Cf. FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Globo, 2001, p. 873.

¹²⁰ SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)**: solicitação e apresentação de estudos e projetos para a estruturação de concessões comuns e parcerias público-privadas. Dissertação (mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 2013, p. 234.

A sensação coletiva de que a administração pública brasileira está sob suspeita desfavorece o seu processo de legitimação, já que, como afirma Susan Rose-Ackermann, a “[c]orrupção é um sintoma de que algo deu errado na gestão do estado”¹²¹. Em análise de governança pública, é conhecida a conclusão de que a corrupção ameaça as instituições democráticas e diminui a confiança dos cidadãos sobre o estado¹²².

Ainda que impere no Brasil uma “cultura política tolerante às delinquências do homem público”, como afirma Fernando Filgueiras¹²³, essa condescendência parece estar se esvaindo, ainda que vagarosamente. A cada escândalo de corrupção divulgado, a cada notícia publicada sobre a desordem de uma obra pública, uma onda de desconfianças é investida sobre as diferentes gerações de brasileiros. Até mesmo o medo de represálias contra aqueles que denunciam ou criticam a corrupção, um conhecido fator que potencializa a tolerância ao fenômeno, parece mais abrandado na contemporaneidade¹²⁴.

Diante de todo o exposto, não parece extraordinária a constatação de que a concertação harmônica entre estado e sociedade ainda permanece distante da realidade nacional. A história do Brasil contemporâneo revela e exemplifica, no mínimo, que é grande o reclamo da população brasileira por uma representação mais fidedigna e eficiente dos interesses coletivos, ou seja, por práticas mais responsivas e eficientes na gestão da coisa pública. Um recente conjunto de fatos históricos indica uma percepção coletiva de que o desempenho da função administrativa não correspondente àquilo que é esperado.

Um forte indício refere-se à verificação de que uma considerável parcela da população brasileira tem realizado periódicas e contundentes manifestações em forma de protestos. Esses eventos afirmam o descompasso entre o desempenho da função administrativa e a efetiva materialização dos deveres que foram constitucionalmente atribuídos à administração pública. Faz-se referência aqui às grandes manifestações populares, organizadas em forma de demonstrações em vias públicas, nas redes sociais ou em “panelaços”, que em diversas ocasiões, nos últimos anos, se estenderam por grande parte dos municípios brasileiros.

¹²¹ ROSE-ACKERMANN, Susan. **Corruption and government: causes, consequences, and reform**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1999, p. 9, tradução livre.

¹²² OECD. **Public sector corruption: an international survey of prevention measures**. Paris: OECD Publications, 1999, p. 11.

¹²³ FILGUEIRAS, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. **Opinião Pública**, Campinas, v. 15, n. 2, p. 418, nov. 2009.

¹²⁴ Sobre o medo de represálias contra aqueles que denunciam ou criticam a corrupção, conferir ROSE-ACKERMANN, Susan. **Corruption and government: causes, consequences, and reform**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1999, p. 91. A propósito, a simplificação do acesso aos canais de comunicação direta entre o cidadão e os órgãos de controle cumpre uma importante função no descobrimento dessas práticas indesejadas.

Apesar de carregarem alguma heterogeneidade, as principais reivindicações das manifestações populares de junho de 2013 diziam respeito a questões sob a responsabilidade da administração pública, como – segundo os registros disponíveis – a má qualidade e o alto custo do transporte público, os elevados índices de corrupção, a precariedade da saúde pública, os gastos excessivos com eventos esportivos internacionais e a baixa qualidade da educação pública. Para ilustrar a amplitude daquele evento, registrem-se os dados relativos ao dia 20 de junho de 2013, considerado o auge das manifestações daquele ano, em que aproximadamente 1,5 milhões de brasileiros protestaram em mais de 130 cidades¹²⁵.

A superveniência contemporânea de outro importante conjunto de acontecimentos também merece destaque. Com grande vigor desde o ano de 2015, a população brasileira assiste incrédula aos desdobramentos do que já é considerado o maior escândalo de corrupção de toda a sua história. Trata-se da Operação *Lava Jato*, uma investigação realizada pela Polícia Federal, encampada e conduzida pelo Ministério Público Federal, que deu origem à descoberta de um esquema de corrupção em que se alega o pagamento de propinas bilionárias, pelas maiores construtoras brasileiras, a agentes públicos e políticos da mais alta hierarquia.

Dentre outros esquemas investigados pela operação, afirma-se que, estruturado por intermédio de diálogos público-privados informais, o suborno era o expediente utilizado para que contratos administrativos superfaturados fossem celebrados com a maior empresa estatal brasileira (Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras). Esse caso é especialmente grave não somente pelos valores envolvidos, mas porque as denúncias apresentadas pela Procuradoria-Geral da República investigam aproximadamente cinquenta congressistas brasileiros, que teriam atuado nesse complexo esquema de corrupção¹²⁶.

Como comentam Gustavo Henrique Justino de Oliveira e Wilson Accioli de Barros Filho, o esquema de corrupção investigado “tornou-se internacionalmente conhecido porque desvendou no Brasil um patológico quadro de corrupção sistêmica envolvendo políticos, empresários e agentes públicos”¹²⁷. A grandeza da operação é ilustrada:

Os resultados até o momento compreendem 212 pessoas denunciadas, 106 condenações judiciais com penas somadas ultrapassando mil anos, aproximadamente

¹²⁵ Cf. ARAGÃO, Leo; MILLER, Gustavo (ed.). **Resultado das manifestações de junho - Infográfico**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/linha-tempo-manifestacoes-2013/platb/>>. Acesso em: 16 dez. 2015.

¹²⁶ BRASIL. Ministério Público Federal. **Caso Lava Jato - entenda o caso**. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>>. Acesso em: 16 dez. 2015.

¹²⁷ JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo Henrique; BARROS FILHO, Wilson Accioli de. A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) como experiência cooperativa interinstitucional de governo aberto no Brasil. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARAÚJO, Glaucio Roberto Brittes de; LIVIANU, Roberto; PASCOLATI JUNIOR, Ulisses Augusto (coords.). **48 visões sobre corrupção**. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 305.

três bilhões de reais recuperados aos cofres públicos, cinquenta e seis acordos de colaboração firmados com pessoas físicas e cinco acordos de leniência com pessoas jurídicas¹²⁸.

A descrição do Ministério Público Federal, em atenção à Operação Lava Jato, é bastante reveladora sobre como diálogos público-privados informais podem ser decisivos para os esquemas de corrupção:

Nesse esquema, que dura pelo menos dez anos, grandes empreiteiras organizadas em cartel pagavam propina para altos executivos da estatal e outros agentes públicos. O valor da propina variava de 1% a 5% do montante total de contratos bilionários superfaturados. Esse suborno era distribuído por meio de operadores financeiros do esquema, incluindo doleiros investigados na primeira etapa. [...] As empresas precisavam garantir que apenas aquelas do cartel fossem convidadas para as licitações. Por isso, era conveniente cooptar agentes públicos. Os funcionários não só se omitiam em relação ao cartel, do qual tinham conhecimento, mas o favoreciam, restringindo convidados e incluindo a ganhadora dentre as participantes, em um jogo de cartas marcadas. Segundo levantamentos da Petrobras, eram feitas negociações diretas injustificadas, celebravam-se aditivos desnecessários e com preços excessivos, aceleravam-se contratações com supressão de etapas relevantes e vazavam informações sigilosas, dentre outras irregularidades¹²⁹.

Para o que interessa à análise, percebe-se que a verdadeira motivação dos atos administrativos não integra os autos dos seus respectivos processos administrativos quando há corrupção. Diálogos público-privados informais é que condicionam as decisões administrativas e dão origem a negociações diretas injustificadas, aditivos desnecessários e com preços excessivos, contratações com supressão de etapas relevantes e ao vazamento de informações sigilosas.

A crise de responsividade que atravessa a administração pública brasileira é igualmente ilustrada pelas grandes manifestações populares realizadas nos anos de 2015 e 2016, que contribuíram decisivamente para o processo de *impeachment* presidencial. As principais reivindicações podem ser sintetizadas como a insatisfação com a antiga chefe do poder executivo federal e com o avançado nível de corrupção no governo brasileiro – ambas questões diretamente relacionadas com o exercício da função administrativa. A magnitude desses protestos também foi significativa. Os protestos do dia 15 de março de 2015, por exemplo, ocorreram em mais de 160 municípios, sendo que em São Paulo (SP), segundo estimativas da Polícia Militar, mais de um milhão de manifestantes participaram do ato na Avenida Paulista e adjacências¹³⁰. Em 13 de março de 2016, o maior protesto já realizado na história brasileira, as

¹²⁸ Ibidem, p. 306.

¹²⁹ BRASIL. Ministério Público Federal. **Caso Lava Jato - entenda o caso**. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>>. Acesso em: 16 dez. 2015.

¹³⁰ Cf. GADELHA, Igor. PM estima agora 1 milhão de manifestante na Avenida Paulista e adjacências. **Estadão**, São Paulo, 15 mar. 2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral/pm-estima-agora-1-milhao-de-manifestante-na-avenida-paulista-e-adjacencias,1651260>>. Acesso em: 16 dez. 2015.

estatísticas oficiais relatam a participação de 3,6 milhões de pessoas, com mais de 1,4 milhão na mesma região da Avenida Paulista, em São Paulo (SP)¹³¹.

Mais um indicativo do agravamento da cultura de desconfianças e descrença na administração pública pode ser percebido a partir da pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisas Datafolha, em novembro de 2015, em que o fenômeno da corrupção foi considerado como o principal problema do país na opinião de 34% dos entrevistados, sendo pela primeira vez o problema mais citado¹³². Outro fato que leva à constatação de que o processo de legitimação do estado brasileiro perante a sua população encontra-se em situação de descrédito é o recente surgimento ou adaptação de dezenas de organizações favoráveis à substancial redução do estado brasileiro¹³³.

Não é difícil perceber que os diálogos público-privados no Brasil se sucedem em ambiente bastante conturbado, em que há, muitas vezes, por parte da população e dos órgãos de controle, uma espécie de presunção de imoralidade nas relações entre os particulares e os agentes públicos. Desconfia-se de toda e qualquer relação público-privada, com ênfase maior quando existe alguma transferência de recursos públicos a agentes econômicos. Suspeita-se que essas comunicações sejam sempre contaminadas pela busca de interesses distintos daqueles compartilhados pela população. Enxerga-se nos diálogos público-privados um celeiro de ilicitudes.

Como sugere esse conjunto de exemplos históricos, uma cultura de desconfiança e descrença na administração pública encontra-se em processo de agravamento na sociedade brasileira. E isso traz uma série de consequências sobre o desempenho da função administrativa. Em esforço sintético, resgata-se a percepção já publicada pelo autor de que o agravamento da cultura de desconfianças sobre a administração pública fomenta o controle excessivo – quando não obsessivo – dos órgãos de controle e causa uma virtual paralisia à administração pública,

¹³¹ PORTAL G1. **Manifestantes fazem maior protesto nacional contra o governo Dilma**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/03/manifestacoes-contragoverno-dilma-ocorrem-pelo-pais.html>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

¹³² INSTITUTO DE PESQUISAS DATAFOLHA. **Corrupção lidera pela primeira vez pauta de problemas do país**. Disponível em: <<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2015/11/1712972-corrupcao-lidera-pela-primeira-vez-pauta-de-problemas-do-pais.shtml>>. Acesso em: 3 dez. 2015.

¹³³ Citem-se as seguintes organizações como exemplo: (i) Estudantes pela Liberdade (EPL); (ii) Movimento Brasil Livre (MBL); (iii) Partido Novo; (iv) Partido Libertários; (v) corrente interna “Livres”, do Partido Social Liberal – PSL; (vi) Instituto Ludwig von Mises Brasil; e (vii) Students for Liberty Brasil (SFL).

diretamente relacionada ao sentimento de insegurança jurídica que impera sobre os agentes públicos¹³⁴⁻¹³⁵.

Acredita-se que esse perverso ciclo administrativo se desdobre conforme o seguinte, no Brasil: (i) a corrupção na administração pública, por representar um desvio de finalidade e a ineficiência na gestão pública, tem como consequência direta o agravamento da mencionada cultura de desconfiança; (ii) o agravamento dessa cultura de desconfiança sobre a administração pública resulta em um clamor popular por maior combate à corrupção, o que, por sua vez, empodera os órgãos de controle, que estreitam seus filtros interpretativos e estabelecem novos métodos burocráticos para assegurar o princípio da moralidade; (iii) os agentes controladores, na ânsia de atuar em responsividade à sociedade, tornam-se mais rigorosos e mais vigorosos, com o que frequentemente se excedem; (iv) esse controle exacerbado resulta em um cenário em que o agente público de boa-fé, por receio de uma responsabilização injusta, abandone a sua discricionariedade legítima, que é capturada pelas orientações estreitas dos órgãos de controle; (v) sob um ambiente de insegurança jurídica, os agentes públicos passam a adotar condutas mais conservadoras, evitando assim quaisquer soluções criativas que não passaram pelo crivo do órgão controlador, diminuindo-se, conseqüentemente, a eficiência administrativa que decorre da discricionariedade legítima; (vi) frequentemente, os agentes públicos invertem as suas prioridades e passam a compor os processos administrativos a partir da intenção de satisfazer os órgãos de controle, e não os interesses públicos, evitando a formalização de alguns diálogos público-privados e, de maneira geral, atuando com menos transparência, por receio de que qualquer relacionamento comunicacional com agentes econômicos seja presumido como um ato de improbidade administrativa ou como indício de desvio das finalidades públicas; (vii) dada a inevitabilidade dos diálogos público-privados e pelo receio do controle excessivo, os processos administrativos passam a ser culturalmente orientados por comunicações informais e extraprocessuais – o que atenta contra princípios de direito administrativo como a legalidade, a

¹³⁴ Anote-se que esse ceticismo em relação à administração pública pode ser percebido em escala global, como é apontado na exposição de motivos do Código de Conduta da Alta Administração Federal: “Além disso, é de notar que a insatisfação social com a conduta ética do governo – Executivo, Legislativo e Judiciário – não é um fenômeno exclusivamente brasileiro e circunstancial. De modo geral, todos os países democráticos desenvolvidos, conforme demonstrado em recente estudo da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, enfrentam o crescente ceticismo da opinião pública a respeito do comportamento dos administradores públicos e da classe política”. BRASIL. **Código de conduta da alta administração federal**, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/codigos/codi_conduta/cod_conduta.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

¹³⁵ A relação entre o agravamento da cultura de desconfianças, o fomento por um controle excessivo e a paralisia da administração pública já foi objeto de análise publicada pelo autor, pelo que não será retomada em detalhes. Cf. SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI): solicitação e apresentação de estudos e projetos para a estruturação de concessões comuns e parcerias público-privadas**. Dissertação (mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 2013, p. 239-241.

publicidade e isonomia, facilitando o eventual cometimento de novos atos de corrupção por agentes públicos de má-fé.

Os indícios fáticos revelam que frequentemente o processo decisório no âmbito do processo administrativo brasileiro é orientado a partir de diálogos público-privados informais – o que, para além de ilícita, é uma prática perniciosa aos interesses da coletividade. Tem-se como verdadeiro que a prevalência de uma cultura de desconfianças sobre a administração pública, caso não seja canalizada para soluções que efetivamente quebrem o ciclo de corrupção, pode colaborar para aumentar a ineficiência administrativa, funcionando como um obstáculo para o seu regular desenvolvimento.

Porque relevante para o desenvolvimento do estudo e, ainda, preliminarmente à imersão que se avizinha sobre os diálogos público-privados propriamente ditos, avance-se mais um pouco a discussão sobre uma aparente situação de corrupção sistêmica no Brasil.

1.2.4 A aparente situação de corrupção sistêmica no Brasil

Haveria uma situação de corrupção sistêmica no Brasil?

Caso essa indagação seja direcionada a um cidadão brasileiro qualquer, é provável que a resposta, para além de afirmativa, seja acompanhada por adjetivações e exemplificações sobre a plenitude da corrupção no Brasil. E, na linha do que ensinou Karl Popper sobre a ciência e a filosofia, não parece apropriado ignorar o juízo popular, pois, ainda que a crítica seja “o nosso grande instrumento para progredir”, “o nosso ponto de partida é o senso comum”¹³⁶.

A corrupção sistêmica se perfectibiliza quando o desvirtuamento das finalidades administrativas é encorajado ou promovido pelo próprio sistema, fazendo com que seja rotineiro o pagamento de vantagens indevidas em larga escala. Para que seja possível afirmar a corrupção sistêmica, o fenômeno não pode estar restrito a alguns indivíduos desonestos, e sim generalizado nas instituições políticas e econômicas do país¹³⁷. Leia-se o que ensina Lucas Rocha Furtado a respeito da corrupção sistêmica e institucionalizada:

Nessas hipóteses, desenvolve-se código de conduta informal em que se aceita como normal o comportamento corrupto ao ponto de que os que se insurgem contra ele se

¹³⁶ POPPER, Karl. **Conhecimento Objetivo**: uma abordagem evolucionária. Belo Horizonte: Editora Itatiaia Limitada, 1975, p. 42.

¹³⁷ Cf. NICHOLLS, Colin et al. **Corruption and misuse of public office**. New York: Oxford University Press, 2006, p. 4.

veem obrigados a sofrer represálias, intimidações ou são obrigados a manter silêncio. Nesses sistemas, cria-se a cultura segundo a qual todos devem obter vantagens ilícitas, e que são tolos os que, podendo, não se locupletam às custas da Administração Pública¹³⁸.

Nesse mesmo sentido, a lição de Susan Rose-Ackermann a respeito do descontrole sobre a corrupção: “O perigo é que, em vez de ser um estágio de desenvolvimento que vai perder a força ao longo do tempo, a atividade criminosa torna-se tão entrelaçada com a política que se torna difícil distingui-los”¹³⁹. Pode ocorrer também o que a autora denomina por armadilha da corrupção (*corruption trap*, na língua inglesa), em que corrupção gera mais corrupção e desencoraja investimentos em empreendimentos legítimos¹⁴⁰.

Altos níveis de corrupção prejudicam o regular desenvolvimento das atividades administrativas porque favorecem de forma ilegítima aqueles que possuem conexões com os agentes públicos. O prejuízo decorre também da limitação da informação disponível para os participantes de licitações, da diminuição da competitividade e da introdução de novos custos de transação¹⁴¹. Ainda, o fenômeno está associado a baixos níveis de investimentos, produtividade e crescimento¹⁴². E mais: se as altas autoridades estatais são corruptas, há uma tendência à promoção de novos e improdutivos investimentos públicos, assim como à inadequada manutenção de investimentos antigos¹⁴³. Em suma, a corrupção é um fenômeno histórico-social que gera robustas externalidades negativas sobre todo o nível de bem-estar da sociedade¹⁴⁴.

¹³⁸ FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção no Brasil: estudo de casos e lições para o futuro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 58.

¹³⁹ ROSE-ACKERMANN, Susan. **Corruption and government: causes, consequences, and reform**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1999, p. 25, tradução livre.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 3.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 30.

¹⁴² Arthur Shacklock, Charles Sampford e Carmel Connors indicam que a corrupção enfraquece a equidade, a estabilidade e a eficiência da sociedade, diminuindo a sua capacidade de promover um desenvolvimento sustentável. Segundo os autores, a corrupção distorce os processos licitatórios e resulta na seleção de projetos antieconômicos pelos agentes públicos. Historicamente, esses projetos, verdadeiros “elefantes brancos”, causam inúmeras dificuldades para os países em desenvolvimento, que assumem dívidas, cujo pagamento não é possível, para a execução de projetos inúteis ou pouco úteis. Mais grave ainda, a corrupção coloca em risco a viabilidade das instituições democráticas e da economia de mercado. SHACKLOCK, Arthur; SAMPFORD, Charles; CONNORS, Carmel. Introduction. In: SHACKLOCK, Arthur et al. (ed.). **Measuring Corruption**. Hampshire: Ashgate Publishing Limited, 2006, p. 1. Nesse mesmo sentido, Sidney Bittencourt afirma que “[a] corrupção, um dos grandes flagelos da humanidade, é fenômeno nefasto que ocorre em todos os países, mas provoca devastadores efeitos nos ditos em desenvolvimento”. BITTENCOURT, Sidney. **Comentários à lei anticorrupção: Lei 12.846/2013**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 19.

¹⁴³ ROSE-ACKERMANN, Susan. **Corruption and government: causes, consequences, and reform**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1999, p. 1-4.

¹⁴⁴ MENG, Qingli. **Corruption in Transitional China – a 33-year study**. Oisterwijk, The Netherlands: Wolf Legal Publishers, 2013, p. 1.

Considerando-se a pluralidade de exemplos contemporâneos, conforme sinteticamente ilustrado nos tópicos anteriores, não é difícil reconhecer indícios favoráveis à interpretação de que a corrupção no Brasil se tornou sistêmica.

Contudo, a comprovação dessa afirmação desafia o intérprete. A mensuração de tal fenômeno é uma atividade bastante imprecisa, que só pode ser realizada por meio de fontes indiretas de informação. Como explica Claudio Weber Abramo, “os atos de corrupção são secretos” e “a parcela detectada nada informa sobre o volume agregado das transações ilícitas”¹⁴⁵. Petter Langseth indica que, para a mensuração da corrupção, “é essencial obter informação de tantas fontes quanto possível e assegurar a diversidade das fontes e métodos utilizados”, uma vez que a corrupção é uma “atividade dissimulada”, em que a obtenção de informações precisas é difícil e confere a muitos dos envolvidos motivos para “distorcer ou falsificar qualquer informação concedida”¹⁴⁶.

De todo modo, existem alguns estudos empíricos sobre o tema e, por meio deles, é possível conhecer dados que, espera-se, representem algo próximo da realidade. Nesse contexto, a partir da publicação mais conhecida sobre o tema, elaborada pela organização da sociedade civil *Transparency International (TI)*, constata-se que, no ano de 2015, dentre um total de cento e sessenta e oito países, o Brasil foi classificado como o septuagésimo sexto país com a menor percepção de corrupção no setor público¹⁴⁷.

É fato que a situação brasileira é bastante agravada, ao menos quando comparada com os países que possuem níveis de desenvolvimento mais elevados. Dentre os trinta e cinco países membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), entidade reconhecida pelo fato de que é composta por países desenvolvidos, apenas o México possui um setor público cuja percepção de corrupção é pior do que a brasileira¹⁴⁸.

A partir de outro ângulo, contudo, o índice da *Transparency International (TI)* revela que existem, no mínimo, outros noventa e dois países em que a percepção da corrupção é considerada como mais severa do que no Brasil. Portanto, ao menos sob o ponto de vista estatístico, o Brasil não aparenta possuir um dos setores públicos mais corruptos do mundo, título que atualmente é compartilhado entre a Coreia do Norte e a Somália.

¹⁴⁵ ABRAMO, Claudio Weber. Percepções pantanosas: a dificuldade de medir a corrupção. *Novos Estudos – CEBRAP*, n. 73, p. 34, 2005.

¹⁴⁶ LANGSETH, Petter. Measuring corruption. In: SHACKLOCK, Arthur et al. (ed.). *Measuring Corruption*. Hampshire: Ashgate Publishing Limited, 2006, p. 16.

¹⁴⁷ TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perceptions Index 2015*. Disponível em: <<http://www.transparency.org/cpi2015>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

¹⁴⁸ TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perceptions Index 2015*. Disponível em: <<http://www.transparency.org/cpi2015>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

Diferentemente do que um cidadão brasileiro qualquer possivelmente sugeriria, os dados existentes não permitem asseverar que a situação nacional é incomum quando em comparação com outros estados menos desenvolvidos. Por mais que se tenha a suspeita de que a corrupção no Brasil é extraordinária, o referido índice internacional não valida essa ideia.

Ainda que na posição análoga a de um pesquisador que explora “diferentes partes de um *iceberg* com o objetivo de encontrar mais sobre suas características e a sua extensão”, a utilidade de índices de corrupção deve ser reconhecida¹⁴⁹. No mínimo, porque permite comparações aproximadas entre diferentes estados e, com isso, evita-se a replicação equivocada de que a percepção sobre o nível de corrupção no Brasil seria um fenômeno excepcional quando em comparação internacional.

Os dados disponíveis não refutam a hipótese de que a corrupção no Brasil é sistêmica. Aliás, a existência de inúmeros países com uma percepção de corrupção mais agravada não indica que o fenômeno no Brasil é moderado, mas que a corrupção possui um caráter universal – o que, aliás, serve como um alerta sobre como é imperiosa a reflexão a respeito das práticas de governança pública e sobre o próprio modelo de organização estatal contemporâneo, adotado de forma relativamente similar pelos diferentes países¹⁵⁰. Ainda vale lembrar que, dado o volume anormal de divulgação de exemplos de corrupção na administração pública brasileira no ano de 2015, já era esperado que o país perderia posições na última edição do referido índice internacional – o que de fato ocorreu, já que o Brasil perdeu sete posições na publicação realizada no ano de 2016¹⁵¹.

¹⁴⁹ HUBERTS, Leo; LASTHUIZEN, Karin; PETERS, Carel. *Measuring Corruption: Exploring the Iceberg*. In: SHACKLOCK, Arthur et al. (ed.). **Measuring Corruption**. Hampshire: Ashgate Publishing Limited, 2006, p. 290.

¹⁵⁰ Como exemplo de que a corrupção é um fenômeno global, veja-se o seguinte estudo empírico, de Qingli Meng, sobre o fenômeno na China. As estatísticas do ano de 2008 indicam que 41.179 agentes públicos chineses foram considerados envolvidos em esquemas de suborno e de fraude. Entre 1979 e 2012, a autora afirma que o número de casos de corrupção na China cresceu, sendo que os valores envolvidos aumentaram exponencialmente. Houve também a elevação da posição hierárquica ocupada pelos agentes públicos envolvidos com a corrupção, que passou a ser praticada por agentes com níveis altos de autoridade. Qingli Meng verificou também que a corrupção chinesa deixou de ser praticada individualmente e passou a ser conduzida de forma coletiva. Outras de suas conclusões remetem ao surgimento de novas formas de corrupção (venda de cargos públicos, por exemplo), à prática de corrupção em série (diferentes agentes públicos, em diferentes épocas, cometem os mesmos atos de corrupção quando ocupam determinada função), à expansão dos setores em que há corrupção para praticamente todas as áreas de atuação do estado e, por fim, ao aumento da complexidade dos atos corruptivos. Nesse caso, o jargão das obras de ficção encontra-se às avessas: qualquer semelhança com a realidade doméstica não é mera coincidência. A corrupção está longe de ser um fenômeno exclusivo do estado brasileiro. Pelo contrário, trata-se de um problema que permeia absolutamente todos os estados, ainda que com maior intensidade naqueles menos desenvolvidos. Cf. MENG, Qingli. **Corruption in Transitional China – a 33-year study**. Oisterwijk, The Netherlands: Wolf Legal Publishers, 2013, p. 5-8.

¹⁵¹ TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Corruption Perceptions Index 2014**. Disponível em: <<http://www.transparency.org/cpi2014/results>>. Acesso em: 20 nov. 2015. TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Corruption Perceptions Index 2015**. Disponível em: <<http://www.transparency.org/cpi2015>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

De mais a mais, a despeito da peculiar dificuldade de comprovação que decorre de um fenômeno naturalmente secreto e opaco, é seguro afirmar que existe um nível indesejável de corrupção no Brasil e que este é um grande impeditivo para o desenvolvimento regular da função administrativa. Ainda que não se possa confirmar a presença de uma corrupção sistêmica no Brasil, arrisca-se a afirmar que existem fortes indícios de que tal situação se revela presente e de que, muito provavelmente, isso também ocorre em muitos outros países.

Não parece haver qualquer prejuízo em adotar a presunção que reflete o senso comum do cidadão brasileiro¹⁵². Logo, investiga-se o risco de corrupção que decorre dos diálogos público-privados a partir da premissa de que esse fenômeno está alastrado de forma sistêmica na administração pública brasileira. Esses temas serão mais bem explorados nos próximos capítulos.

1.3 Síntese parcial do capítulo

Em apertada síntese, seguem as conclusões parciais construídas a partir do exposto neste capítulo. Tais conclusões serão adotadas nos próximos capítulos como pressupostos para o desenvolvimento do estudo.

Os diálogos estabelecidos entre agentes públicos e agentes econômicos, porque inevitáveis, inerentes e decisivos para a função administrativa, impactam significativamente o desafio de legitimação estatal perante a população, seja de forma negativa ou positiva. Especificamente, a relação intrínseca com o processo de legitimação do estado ocorre porque os diálogos público-privados estão diretamente relacionados, de forma concomitante, com a origem de toda prática de corrupção e com todas as benesses decorrentes da potencial consensualidade entre agentes públicos e agentes econômicos.

¹⁵² Esse método já foi utilizado pelo autor noutra oportunidade, conforme: “Demanda-se uma solução potencialmente capaz de resolver problemas peculiares, desconhecidos em suas minúcias, mas que guardam em comum o âmago do problema. É razoável supor que um método adequado para bem compreender o objeto a ser solucionado é considerar o mais crítico possível dos quadros fáticos – ou até, um quadro fático mais crítico do que o possível. Assim, conjecturando-se um cenário com o que há de pior, analisa-se qual seria o expediente a ser empregado, que, entende-se, valerá também para os cenários menos graves. Desde que não haja prejuízos, ou seja, desde que essa solução não afete direitos, ela pode ser empregada de forma ampla”. Cf. SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)**: solicitação e apresentação de estudos e projetos para a estruturação de concessões comuns e parcerias público-privadas. Dissertação (mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 2013, p. 243.

Independentemente de sua natureza formal ou informal, os diálogos público-privados constituem relações jurídico-administrativas, razão pela qual devem subordinação aos princípios e às regras de direito administrativo. Por corolário, é imprescindível que se proceda a um exame minucioso sobre como o ordenamento jurídico regulamenta e como deveria regulamentar o fenômeno, assim como em que extensão o direito é efetivamente capaz de orientá-lo de modo que sempre promova os interesses públicos, e não eventuais interesses privados inconciliáveis com o exercício regular da função administrativa.

A sobredita relação dos diálogos público-privados com o processo de legitimação estatal perante a população é engrandecida no estado brasileiro contemporâneo, considerado o seu caráter intervencionista-desenvolvimentista, o presumido e histórico contexto de corrupção sistêmica, os indícios de uma contemporânea crise de responsividade, a acentuada carga tributária e a reduzida taxa de retorno ao bem-estar social.

2 O DILEMA DA OPACIDADE: O RISCO DA INFORMALIDADE NOS DIÁLOGOS PÚBLICO-PRIVADOS

Este capítulo explora o tema dos diálogos público-privados a partir do que se designa como o *dilema da opacidade*, em referência à difícil situação originada pela verificação de que uma parcela de informalidade comunicacional sempre influencia o processo administrativo, independentemente dos esforços legais e operacionais de registro e controle.

O dilema da opacidade é agravado mediante a verificação de alguns elementos complementares: (i) a informalidade dos diálogos público-privados é condição que viabiliza a corrupção; (ii) em razão do avançado desenvolvimento da tecnologia criptográfica, a estruturação de canais sigilosos de comunicação eletrônica é uma operação plenamente acessível a qualquer agente público ou econômico; (iii) também em razão do desenvolvimento da tecnologia criptográfica, é possível que transferências financeiras sejam realizadas em caráter sigiloso, instantâneo, universal e de baixo custo, o que facilita o pagamento de vantagens indevidas ajustadas a partir de diálogos público-privados informais; (iv) a pluriforma das práticas de corrupção obstaculiza a sua adequada identificação, mesmo quando os órgãos de controle desconfiam ou descobrem a sua existência; (v) a complexidade e a subjetividade são características intrínsecas ao exercício da atividade administrativa, o que dificulta o controle sobre a administração pública; (vi) há uma natural dificuldade de aferição sobre a regularidade da atuação dos agentes públicos, o que pode ser entendido com o auxílio de noções originárias das ciências econômicas, especificamente a partir do problema do principal-agente; e (vii) existe um grave risco de captura dos agentes públicos por provocação de agentes econômicos, o que é bem compreendido a partir da teoria da captura, também originária das ciências econômicas.

2.1 A opacidade dos diálogos público-privados como um fenômeno insuperável e contrário ao direito administrativo

Entretanto, por mais barulhento que seja a campanha pública, o verdadeiro lobby pode muito bem acontecer a portas fechadas. Como Olson observou, a natureza opaca desse processo funciona em vantagem aos lobistas e aos políticos, que podem negociar secretamente o apoio mútuo; e os grupos de lobistas já estabelecidos e os políticos em exercício são os que provavelmente ganham mais. Mas o processo funciona contra os

interesses dos consumidores e dos pagadores de impostos, que não são representados nessas discussões privadas¹⁵³.

Neste primeiro tópico, para além dos elementos fáticos que sustentam a percepção de opacidade sobre os diálogos público-privados na administração pública brasileira, investiga-se também o próprio dever jurídico de formalização dessas comunicações e o dilema relacionado à simultaneidade de elementos formais e informais que determinam o processo administrativo.

2.1.1 A opacidade dos diálogos público-privados na administração pública brasileira

Compreendido o contexto de desconfianças e descrença sobre a administração pública brasileira, vinculado a uma percepção de corrupção sistêmica, é pouco espantosa a constatação de que a prática dos diálogos público-privados no Brasil não é efetivamente condicionada pelo direito administrativo.

Os diálogos mantidos entre agentes públicos e os agentes econômicos, de maneira geral, não são praticados tal como se esperaria de uma administração pública idealmente burocratizada, neutra, técnica, racional, impessoal, apreciadora do princípio da isonomia, da ampla participação e da transparência.

Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari ilustram esse contexto de informalidade na administração pública brasileira e a sua relação direta com a indesejável, ilícita e criminosa prática de tráfico de influências:

Esta advertência preliminar decorre do fato de que, na prática, à margem da lei, a informalidade tem servido ao tráfico de influências: pessoas dotadas de maior facilidade de acesso à Administração, ou que contam com a maior simpatia do agente público encarregado do assunto (seja lá qual for o instrumento de persuasão), podem conseguir algumas vantagens, maior ou menor celeridade (conforme seu interesse), alguma transigência, etc¹⁵⁴.

É exatamente o descompasso entre aquilo que se encontra registrado no processo administrativo e o que foi efetivamente dialogado entre as partes envolvidas que potencializa o risco de desvirtuamento da atividade administrativa. A informalidade tem como consequência direta a ampliação da dificuldade de controle sobre a administração pública.

¹⁵³ BUTLER, Eamonn. **Escolha Pública**: Um Guia. Belo Horizonte: Estudantes Pela Liberdade. Brasil, 2014, p. 39.

¹⁵⁴ DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Processo Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 125.

Em atenção à temática e também a título exemplificativo, relembre-se Maurício Portugal Ribeiro e a sua afirmação de que os agentes públicos responsáveis pela estruturação de projetos concessórios “evitam participar de reuniões com potenciais participantes da licitação para afastar eventuais acusações de favorecimento”. Ocorre que, a despeito dessa conduta omissiva, o diálogo público-privado não deixa de existir, já que comumente a “responsabilidade de conversar com os potenciais participantes da licitação” é repassada aos “consultores responsáveis pela modelagem e estruturação do projeto”¹⁵⁵. Ou seja, é comum que o agente público delegue informalmente a sua legítima competência comunicacional a um particular intermediário, ora representado, no exemplo anterior, por aquele que fora contratado para assessorar a estruturação da licitação pública¹⁵⁶.

Embora a comprovação empírica dessa hipótese seja de difícil materialização, uma vez que, justamente, declara-se um fenômeno intencionalmente encoberto, é seguro afirmá-la e adotá-la como válida. Parece não haver dissenso, tal como já verificado por Paulo Roberto Motta, que “[f]atores de informalidade prevalecem e determinam muito do que se decide e se executa na administração brasileira”¹⁵⁷.

Essa cultura de informalidade confere um caráter extraprocessual aos diálogos público-privados, o que ocorre sempre que empreendidos à margem do competente processo administrativo. Seja porque há uma insegurança sobre como proceder para se conduzir um diálogo público-privado legítimo ou porque se encontra em curso algum projeto contrário aos interesses públicos, o conteúdo do processo administrativo é rotineiramente definido por intermédio de negociações informais e não registradas.

Essas práticas informais não estão restritas aos processos administrativos de grande impacto econômico. Não há indícios que justifiquem a crença de que uma postura aberta e transparente é adotada pelos agentes públicos em relação a processos administrativos de menor complexidade. No âmbito das licitações públicas comuns, por exemplo, o contato prévio com os potenciais fornecedores e prestadores de serviços é repetidamente necessário e, apesar disso,

¹⁵⁵ RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 51. Este excerto já foi referenciado pelo autor em outra publicação.

¹⁵⁶ Nesse contexto, cumpre lembrar o alerta de Carlos Borges de Castro, segundo o qual “[n]o decorrer do procedimento licitatório, mais do que no campo do funcionalismo e da expropriação, a prova do desvio de finalidade é mais complexa, mais difícil, porque os dirigentes interessados no certame, agem mediante prepostos, diluindo-se a vontade do agente remoto, responsável pela licitação.” Cf. CASTRO, Carlos Borges de. **Desvios na licitação**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1994, p. 89.

¹⁵⁷ Cf. MOTTA, Paulo Roberto. A modernização da administração pública brasileira nos últimos 40 anos. **Revista Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 41, n. spe, 2007, p. 89. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122007000700006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 11 dez. 2015.

são raras e assistemáticas as normas do ordenamento jurídico brasileiro que orientam tal diálogo público-privado.

Se a legislação e a doutrina enaltecem o princípio da publicidade, em repúdio ao caráter eventualmente sigiloso de atos administrativos, pois que frequentemente “serve apenas para propiciar a venda de informações privilegiadas ou a prática de ilegalidades em geral”, com ainda maior vigor deveriam repelir a ausência de formalização dos diálogos público-privados¹⁵⁸. Isso porque, enquanto a restrição de acesso a um ato administrativo classificado como sigiloso pode ser oportunamente levantada por determinação judicial ou administrativa, as relações comunicacionais informais se distanciam de qualquer possibilidade ordinária de controle ou mesmo de conhecimento posterior.

Como visto no capítulo anterior, não é desconhecido – até porque, atualmente, são cotidianas as denúncias, investigações e notícias a respeito – que agentes econômicos subornam agentes públicos para a obtenção de contratos administrativos, autorizações para empreender, omissões fiscalizatórias ou normas regulatórias que lhes sejam mais favoráveis¹⁵⁹. A experiência brasileira denuncia que, a despeito das regras e dos princípios do processo administrativo, muitos e muitos diálogos público-privados se sucedem em ambientes velados, extraprocessuais, revestidos de informalidade e sem rito próprio. Não parece equivocado ou disparatado, inclusive, desconfiar que agentes econômicos frequente e informalmente auxiliam agentes públicos na tarefa de formalização de processos administrativo, em atividade que confere ao processo administrativo um aspecto de legitimidade e de conformidade aos interesses públicos – quando, não raramente, a verdade material é o justo oposto.

Múltiplos exemplos de diálogos público-privados informais e ilegítimos mantidos entre agentes econômicos e representantes estatais podem ser verificados cotidianamente a partir do noticiário. Tome-se o divulgado conteúdo de diversas mensagens registradas em equipamentos de telefonia móvel apreendidos durante as diferentes fases da Operação Lava Jato. A própria utilização reiterada de sinais secretos e códigos convencionados pelos interlocutores constitui uma prova de que o conteúdo dessas conversas é propositadamente dissimulado para evitar a compreensão por terceiros. A descoberta dessas mensagens revela

¹⁵⁸ Cf. DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Processo Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 129.

¹⁵⁹ Joel de Menezes Niebuhr, em obra dedicada às licitações públicas e contratos administrativos, comenta que, frequentemente, a administração pública “retém pagamentos, promove alterações unilaterais despropositadas, formula exigências impertinentes e leoninas”, colocando o particular contratado em posição equivalente a um refém. Por consequência, “essa situação força muitos contratados, ainda que a contragosto, a oferecerem propinas às autoridades responsáveis pelos pagamentos, criando espécie de padrão de comportamento, de certa forma já arraigado em boa parte da Administração.”. Cf. NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação e contrato administrativo**. 3ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 710.

como é trivial o emprego de meios de comunicação informais e extraoficiais entre agentes econômicos e representantes do estado brasileiro¹⁶⁰.

Ainda no âmbito da Operação Lava Jato, alguns relatórios fáticos registrados nas decisões judiciais indicam, a partir da apreensão de equipamentos eletrônicos, que diálogos público-privados ilegítimos são costumeiramente travados no âmbito de aplicações da rede mundial de computadores (*internet*), como o *Skype*¹⁶¹. Destaque-se, em atenção à discussão que se aproxima neste estudo, que a eventual recuperação do conteúdo e a própria informação sobre a existência dessas comunicações costumam depender da apreensão de equipamentos em que esses dados tenham sido registrados. Muitas vezes há também a necessidade de que esses dados permaneçam hígidos, ou seja, que não tenham sido excluídos pelo proprietário ou mediante sua ordem. Tal constatação corrobora com a tese anunciada de que atualmente os mecanismos investigativos são pouco eficientes na detecção ou interceptação de comunicações, sobretudo quando determinadas ferramentas tecnológicas são empregadas pelos interlocutores – especificidade que será tratada mais adiante.

Outro caso concreto pode servir como ilustração para corroborar a tese de que diálogos público-privados informais são rotineiramente empregados na administração pública brasileira para a estruturação de esquemas de corrupção. A partir de uma investigação do Ministério Público Federal, acusou-se “a existência de um esquema de fraude em licitações de transporte urbano que operou em ao menos 19 cidades de sete estados e do Distrito Federal”, em que haveria uma constante “troca de e-mails entre empresários, advogados e funcionários de prefeituras sobre a elaboração de editais de forma a atender os interesses das empresas nas licitações”¹⁶². Em suma, um observador atento encontrará diversas notícias semelhantes no cotidiano; uma investigação mais aprofundada revelará, inclusive, os desdobramentos judiciais desses corriqueiros diálogos público-privados informais.

¹⁶⁰ Para maiores detalhes sobre o conteúdo dessas mensagens, conferir, por exemplo, as seguintes notícias: FOLHA DE SÃO PAULO. **Mensagens de empreiteiro citam 15 investigados na Lava Jato** [online]. São Paulo, 21 jan. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/01/1731931-mensagens-de-empreiteiro-citam-14-investigados-na-lava-jato.shtml>> Acesso em 18 mai 2016; COUTINHO, Mateus. PF acha ‘bovino religioso’, ‘descobridor’, ‘nazista’ no celular de empreiteiro. Estado de São Paulo [versão eletrônica]. São Paulo, 14 abr. 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/pf-acha-bovino-religioso-descobridor-nazista-no-celular-de-empreiteiro/>> Acesso em 18 mai. 2016.

¹⁶¹ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ, **Decisão Monocrática em Habeas Corpus nº 320206/PR**, Relator: Ministro Newton Trisotto - Desembargador Convocado do TJ/SC, Data de Publicação: DJ 13/04/2015.

¹⁶² Cf. PASSARINHO, Nathalia. SIQUEIRA, Fausto; CARNEIRO, Fausto. **Documentos apontam esquema para fraudar licitações de ônibus pelo país**. G1 – Globo.com [online]. 4 ago. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/08/documentos-apontam-esquema-para-fraudar-licitacoes-de-onibus-pelo-pais.html>> Acesso em 2 out. 2016.

O caráter extraprocessual e a opacidade deliberada de diálogos público-privados ilegítimos extrapolam o âmbito dos contratos administrativos. Em processos administrativos de fiscalização e autorização para o exercício de atividades econômicas, também é comum que agentes econômicos e agentes públicos mantenham comunicações por meio de telefonemas ou aplicativos de conversação *online* para a formalização de ajustes ilegítimos.

Registrem-se, com propósitos ilustrativos, dois precedentes jurisprudenciais que relatam o uso do *WhatsApp* (aplicativo que permite comunicações eletrônicas instantâneas por meio de *smartphones*, hoje criptografadas de ponta a ponta) por agente público e agente econômico envolvidos em esquema de corrupção dedicado a fraudar processo administrativo. No primeiro caso, uma atividade de extração e comercialização de madeira ilegal era propositadamente dissimulada no âmbito do processo administrativo fiscalizatório dessas atividades. No segundo, diálogos público-privados informais arquitetavam um esquema de corrupção que envolvia a concessão de aparência de legalidade a um comércio ilegal de pescados¹⁶³.

O elevado risco da opacidade dos diálogos público-privados acomete também os processos administrativos regulatórios da administração pública brasileira, tal como afirmam Bruno Francisco Cabral Aurélio e Itamar de Carvalho Junior, com ênfase para o trecho final:

No Brasil, curiosamente, as empresas ou “grupos de interesses” concentram nos procedimentos de Consultas Públicas as principais oportunidades para exercerem, sob o suposto véu da legitimidade, pressão indevida para “dirigir” as normas regulatórias. *Porém, obviamente que a mencionada influência exercida durante as Consultas Públicas, de maneira alguma, exclui a realizada em momento anterior, de modo que estas Consultas, em regra, apenas são instauradas para cumprir formalidade legal*¹⁶⁴.

Os fatos e as opiniões ora apresentadas contextualizam a verificação de que os diálogos público-privados informais e extraprocessuais, ocorridos em momento anterior ao início do próprio processo administrativo ou de forma paralela à sua condução, são responsáveis por organizar conluíus entre agentes públicos e privados. Nesse sentido, verifica-se que o processo administrativo pode ser condicionado por fatores externos a si próprio, funcionando como um instrumento para conferir falsa legitimidade à relação jurídico-administrativa.

¹⁶³ Cf. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região - TRF-1, **Habeas Corpus nº 0054657-96.2015.4.01.0000**, Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro, Órgão Julgador: Terceira Turma, Data de Julgamento: 16/12/2015; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Habeas Corpus nº 5043942-23.2015.404.0000, Relator: Leandro Paulsen, Órgão Julgador: Oitava Turma, Data de Julgamento: 09/11/2015.

¹⁶⁴ AURÉLIO, Bruno Francisco Cabral; CARVALHO JUNIOR, Itamar de. **Regulação e o interesse privado: contribuição brasileira para a teoria da regulação econômica** de George J. Stigler. Portal Migalhas, 10 jul. 2008. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI64434,81042-Regulacao+e+o+interesse+privado+contribuicao+brasileira+para+a+Teoria>> Acesso em 20 jan. 2016. Grifou-se.

A opacidade dos diálogos público-privados brasileiros também pode ser ilustrada a partir do resultado da pesquisa empírica empreendida pelo autor para a redação desta tese de doutorado. Por intermédio do Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC), o autor recebeu informações, em forma de resposta às suas indagações, de quarenta e cinco órgãos e entidades da administração pública federal¹⁶⁵. Dentre as questões apresentadas, indagou-se a respeito do registro e da publicidade das informações orais e escritas intercambiadas nos diferentes processos administrativos, conforme:

No âmbito dos processos administrativos da entidade (procedimentos administrativos normativos, de contratação pública, de fiscalização, de aplicações de sanções), existe o registro das comunicações realizadas entre os agentes públicos e os particulares? Por exemplo, existe registro dos telefonemas (transcrição ou síntese da conversa), das reuniões (gravações), dos *e-mails* (cópias)? Se sim, onde esses registros são arquivados? É possível obter acesso ao conteúdo?

Embora inexista um propósito de escrutinar as respostas apresentadas pelos órgãos e pelas entidades da administração pública federal, pois a análise sistemática se afastaria dos propósitos do estudo, algumas importantes conclusões podem ser extraídas a partir da análise sobre as informações recebidas. Apenas uma entidade da administração pública federal afirmou categórica e genericamente que realiza todos os registros questionados (telefonemas, reuniões e *e-mails*). Sem maiores detalhamentos, o Instituto Brasileiro de Turismo – EMBRATUR

¹⁶⁵ O Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC) está disponível no seguinte endereço eletrônico: <<http://esic.cgu.gov.br/>>. Por motivos de organização e síntese, as referências detalhadas às solicitações de acesso à informação encaminhadas a órgãos e entidades da administração pública federal encontram-se detalhadas ao final do trabalho, na seção dedicada às referências bibliográficas. Os *links* de acesso permitem também a conferência das respostas apresentadas pela administração pública. Os quarenta e seis órgãos e entidades da administração pública federal que foram objeto de pesquisa são as seguintes: Advocacia-Geral da União (AGU), Agência Espacial Brasileira (AEB), Agência Nacional de Águas (ANA), Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional do Cinema (ANCINE), Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), Banco Central do Brasil (BACEN), Banco do Brasil S.A (BB), Banco do Nordeste do Brasil S.A (BNB), Caixa Econômica Federal (CEF), Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (ELETROBRÁS), Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. (ELETRONORTE), Comissão de Valores Mobiliários (CVM), Companhia de Armazéns e Silos do Estado de Minas Gerais (CASEMG), Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba (CODEVASF), Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP), Companhia Nacional de Abastecimento (CONAB), Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária (INFRAERO), Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA), Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH), Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social (DATAPREV), Financiadora de Estudos e Projetos (FINEP), Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Fundação Nacional do Índio (FUNAI), Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ), Instituto Brasileiro de Turismo (EMBRATUR), Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, Ministério da Ciência e Tecnologia, Ministério da Defesa, Ministério da Educação, Ministério da Integração Nacional, Ministério da Justiça, Ministério da Saúde, Ministério das Comunicações, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Ministério do Trabalho e Emprego, Petróleo Brasileiro S.A. (PETROBRAS), Superintendência de Seguros Privados (SUSEP). Apenas o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento não apresentou resposta. Os modelos de questionários encaminhados podem ser verificados no Apêndice A.

respondeu que “[s]im, todos os registros são realizados por meio de processos administrativos, no qual, encontra-se no âmbito do Órgão”.

Analisando-se o conjunto de respostas, é flagrante, primeiramente, a conclusão de que a administração pública federal não costuma proceder ao registro de diálogos público-privados conduzidos por meio de telefonemas. Ou seja, não pertence à cultura da administração pública a transcrição, a gravação ou a síntese dessas comunicações¹⁶⁶.

Dentre os quarenta e cinco órgãos e entidades da administração pública federal questionados, quarenta e quatro afirmaram categoricamente que não realizam o registro dos telefonemas ou apresentaram respostas evasivas, como a de que as suas comunicações são *sempre por escrito*, de que não há informalidade nos processos administrativos ou de que todas as comunicações ocorrem dentro de algum sistema eletrônico. Dentre essas respostas, destaque-se, porque apresenta alguma variação, a declaração da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) no sentido de que a síntese das comunicações telefônicas só é realizada caso seja considerada relevante para o processo administrativo; a afirmação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) de que a redução a termo dos telefonemas acontece somente nos processos administrativos sancionatórios; a declaração do Ministério da Defesa de que a gravação dos telefonemas pode ocorrer a pedido; e a afirmação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) de que os telefonemas são gravados apenas quando dirigidos à Central de Atendimento, mas não nos ramais dos agentes públicos.

Em relação às reuniões presenciais com agentes econômicos, que são denominadas neste estudo *audiências público-privadas*, o resultado da pesquisa foi semelhante. Com exceção da ANVISA, que possui um sistema de parlatório para a gravação dessas reuniões¹⁶⁷, e da EMBRATUR, que, como visto, afirmou genericamente possuir registro de todos os diálogos público-privados, os outros quarenta e três órgãos ou entidades da administração pública federal questionados pelo autor indicaram algum nível relevante de opacidade sobre esse evento. Trinta e sete deles declararam que não possuem registro dessas reuniões ou apresentaram uma resposta evasiva, como a de que todas as comunicações são documentais e formalizadas no âmbito do processo administrativo, em sugestão de que esse diálogo público-privado inexistiria; enquanto

¹⁶⁶ A possibilidade de gravação ou filmagem de reuniões promovidas pela administração pública não é estranha ao ordenamento jurídico brasileiro. Recentemente, inclusive, houve a inserção de dispositivo com referência expressa à prática no âmbito das empresas estatais, conforme o seu parágrafo 2º do artigo 87: “As atas e demais expedientes oriundos de reuniões, ordinárias ou extraordinárias, dos conselhos de administração ou fiscal das empresas públicas e das sociedades de economia mista, inclusive gravações e filmagens, quando houver, deverão ser disponibilizados para os órgãos de controle sempre que solicitados, no âmbito dos trabalhos de auditoria.”. O tema será retomado mais adiante neste estudo.

¹⁶⁷ Este sistema de parlatório é analisado em detalhes no quarto capítulo desta tese, em tópico dedicado às audiências público-privadas.

outros sete órgãos ou entidades declararam que as informações relevantes dessas audiências público-privadas são consignadas em ata.

Em relação aos *e-mails* trocados entre agentes públicos e agentes econômicos, as respostas foram mais plurais e, em onze delas, mais favoráveis à visibilidade dos diálogos, em afirmações de que essas comunicações são registradas no processo administrativo e estão à disposição dos interessados. De forma mais evasiva, também em onze respostas, simplesmente afirmou-se, por exemplo, que os “documentos dos processos administrativos” se encontram à disposição dos interessados, que a anexação é realizada conforme juízo de discricionariedade sobre a sua relevância, que todas as comunicações ocorrem no interior de algum sistema eletrônico ou que a entidade não tem conhecimento sobre a existência desses registros. Os outros vinte e três órgãos ou entidades não responderam à questão específica dos *e-mails*.

O resultado revela, no mínimo, que as informações escritas, pela sua natureza já registrada, costumam ser anexadas aos processos administrativos com frequência maior do que as comunicações orais. Contudo, a conclusão de que também há opacidade sobre os diálogos público-privados conduzidos na forma escrita não pode ser repelida, haja vista o grande número de respostas omissivas e evasivas.

Diante das considerações e dos elementos apresentados neste subtópico, a conclusão é a de que sobre a condução dos diálogos público-privados reina frequentemente a opacidade, e não a visibilidade. É dizer: impera a informalidade, e não a formalidade; pratica-se repetidamente a comunicação extraprocessual, sem registro, que não integra os processos administrativos.

Esse pressuposto fático será adotado para o prosseguimento do estudo.

2.1.2 O dever de formalização dos diálogos público-privados em processo administrativo

A forma é inimiga jurada da arbitrariedade, irmã gêmea da liberdade¹⁶⁸.

A imposição de limites sobre as atividades desempenhadas pelos agentes públicos é um dos mais elevados propósitos do direito administrativo. Como as funções atribuídas aos agentes públicos visam à materialização dos interesses públicos, as condutas desses agentes

¹⁶⁸ Rudolph Von Jhering, em 1858. JHERING, Rudolf von. **Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Teil 2, Bd. 2.** Leipzig, 1858, p. 497. Disponível em: <http://www.deutschestextarchiv.de/book/view/jhering_recht0202_1858?p=203> Acesso em 21 nov. 2016. Tradução livre.

devem ser passíveis de monitoramento e controle pela coletividade, seja de forma direta ou indireta – pelos instrumentos de controle social ou pelas instituições dedicadas ao controle interno e externo da administração pública, respectivamente. Caso contrário, não haverá como descobrir se os agentes públicos estão desempenhando as funções que lhes foram confiadas. Portanto, assim como em qualquer sociedade empresarial, por exemplo, as atividades desempenhadas pelos administradores e funcionários devem ser passíveis de controle pelos proprietários; no caso, a propriedade sobre os bens e recursos públicos remete à própria coletividade.

O exercício sistemático de controle sobre a administração pública, por sua vez, reclama dos atos administrativos o revestimento de forma, para que possam ser resgatados e analisados posteriormente, se necessário. E, como se sabe, a formalização sequencial e encadeada de atos administrativos compõe o processo administrativo: o instrumento em que são registradas as manifestações da administração pública e dos particulares interessados até que seja alcançada uma determinada conclusão¹⁶⁹.

A busca estatal por sua legitimação, num contexto em que se demanda a reformulação do modelo democrático, repercute diretamente sobre o processo administrativo. Perseguir uma maior legitimação perante a sociedade demanda uma reflexão sobre a forma com que a função administrativa é conduzida; em poucas palavras, exige-se uma meditação sobre o direito administrativo e, mais especificamente, sobre o processo administrativo.

“Processo e Democracia: binômio incindível”, como lecionam Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari¹⁷⁰. Junte-se essa síntese com a constatação já referenciada de que a percepção de legitimidade estatal está ancorada na efetiva correspondência aos interesses dos indivíduos que compõem a sociedade e nas normas jurídicas elaboradas por mecanismos democráticos. O conjunto de valores resultante revela uma firme correlação teórica entre o processo administrativo, o ideal democrático, a busca por responsividade administrativa e o permanente processo de legitimação estatal perante a população.

Portanto, a administração pública deve assimilar o processo administrativo mais do que como um mero instrumento para providenciar a legitimação dos atos administrativos, pois que é também o instrumento de sua própria legitimação. Cumpre ao agente público, por

¹⁶⁹ Nesse mesmo sentido, a doutrina especializada afirma que “à semelhança do que ocorre no Direito Processual Civil, no Direito Administrativo vige também o princípio do formalismo.” Cf. SOUZA, Junia Verna Ferreira de. Forma e formalidade do ato administrativo como garantia do administrado. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (org). **Doutrinas Essenciais: Direito administrativo**. Vol. 2, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.785.

¹⁷⁰ DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Processo Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 25.

intermédio do processo administrativo, percorrer os caminhos da legalidade, que levem, de forma concomitante, também ao convencimento popular sobre a legitimidade da função administrativa.

Nesse contexto, a processualidade deve ser percebida como a principal característica do regime jurídico aplicável à administração pública. O processo administrativo é o meio natural de atuação da administração pública, sendo nele registrada toda a memória administrativa. É o necessário instrumento por meio do qual se realiza o controle e se promove publicidade e participação. O destaque se justifica a partir da verificação de que o processo administrativo representa o instrumento central para o exercício da função administrativa; assim como, por exemplo, o judicial está para a função jurisdicional e o processo legislativo, para a função legislativa¹⁷¹.

Daí decorre a importância de que a ação administrativa seja inteiramente vertida em processo. É também a justificativa pela qual se compreende que a única maneira lícita de condução de diálogos público-privados é formal, registrada em processo administrativo, passível de resgate e controle. Em reforço, a opinião de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Na realidade, a forma e a formalidade, no direito administrativo, são importantes como meios de controle da Administração Pública, porque se o ato não ficar documentado, se ele não tiver uma forma escrita, se ele não observar determinadas formalidades, fica difícil o controle, tanto pelo Judiciário como pelo Tribunal de Contas ou pela própria Administração Pública. Como é que ela vai controlar aquilo que não seja documentado?¹⁷²

Se os diálogos público-privados representam um fenômeno subordinado ao direito, então é imperioso que adquiram alguma forma, o que é indispensável para a exteriorização dos fenômenos jurídicos¹⁷³. Como destaca Carlos Bastide Horbach, a correta observância do suporte fático é requisito do ato administrativo. Sendo assim, se os fatos que conduziram a uma determinada decisão administrativa reportam-se a diálogos público-privados, é necessário que

¹⁷¹ Cf. GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto Amministrativo**. Vol 2. 3ª ed. Milão: Giuffrè Editore, 1993, p. 201. Ver também PARADA, Ramón. **Derecho Administrativo I**. Parte General. 16ª ed. Madrid, Barcelona: Marcial Pons: 2007, p. 202.

¹⁷² Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Pressupostos do Ato Administrativo - Vícios, Anulação, Revogação e Convalidação em Face das Leis de Processo Administrativo**. I Seminário de Direito Administrativo – TCMSP, 2003. Disponível em: <http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/29a03_10_03/4Maria_Silvia1.htm> Acesso em: 20 jan. 2016.

¹⁷³ Leia-se, em complemento, a explicação de Junia Verna Ferreira de Souza: “Ao contrário do que ocorre nas relações entre particulares, onde a regra geral é a liberdade de forma, que só não vige quando a lei expressamente determine forma especial, nas relações reguladas pelo Direito Administrativo, a forma e outros elementos formais, ainda que não prescritos na lei, assumem, no Estado democrático, autêntica função de garantia dos direitos individuais, não só no que diz com a existência mesma do ato, mas também quanto a sua legalidade.” Cf. SOUZA, Junia Verna Ferreira de. Forma e formalidade do ato administrativo como garantia do administrado. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (org). **Doutrinas Essenciais: Direito administrativo**. Vol. 2, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 782.

o processo administrativo os contenha, para efeito de possível controle¹⁷⁴. Essa conclusão é decorrência da própria obrigação legal de “observância das formalidades essenciais à garantia dos administrados” nos processos administrativos, conforme determina o inciso VIII do parágrafo único da Lei Federal nº 9.784/1999.

Diante desse cenário, a motivação dos atos administrativos é frequentemente defendida como necessária a partir do argumento de que, “sem ela, não se teria meios de conhecer e controlar a legitimidade dos motivos que levaram a Administração a praticar o ato”¹⁷⁵. O raciocínio é precisamente o mesmo quando se sustenta a formalização de *todos* os diálogos público-privados: sem registro, não haverá como conhecer ou controlar plenamente os elementos que motivaram a ação administrativa.

O entendimento está em sintonia com o que defendem Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, para quem, mesmo nos processos administrativos “de tramitação *unicamente para fins da própria Administração*”, em que se admite a simplificação de algum aspecto formal, existe a obrigação de registro integral de tudo aquilo que formou a decisão administrativa. Por força de expressão, os autores chegam a correlacionar “Administração e processo administrativo” como “conceitos sinônimos”. Leia-se:

Estará, contudo, a Administração obrigada a reter em seus registros (por quaisquer meios, inclusive os da mais avançada tecnologia) a *memória* das circunstâncias e das formas não exteriorizadas (isto é, não publicadas), imediatamente recuperável e revelável caso o administrado, o Judiciário ou quaisquer outros segmentos do Poder Público desejem, legitimamente, conhecer na íntegra, em todos os seus aspectos e matizes, a formação da vontade da Administração consagrada no processo administrativo. [...]

Pouco importa: no campo da licitude, apenas os atos instantâneos ou urgentíssimos (v.g., extinção de um incêndio, prevenção de um desabamento iminente) ou os não imediatamente conectados a uma volição (v.g., a passagem de um sinal luminoso do amarelo para o vermelho) independem de prévia *processualização* (e, assim mesmo, só parcialmente: sempre haverá algum ato administrativo de “programação” do ato eletrônico ou de decodificação dos gestos e sons que expressam a atividade administrativa). Fora daí, *Administração e processo administrativo* serão conceitos sinônimos¹⁷⁶.

Não há dúvidas de que a sujeição da administração pública a normas mais rígidas do que aquelas aplicáveis à iniciativa privada pode trazer dificuldades à comunicação

¹⁷⁴ “Assim, se o suporte fático não ocorre, o exercício do poder previsto na consequência jurídica é irregular, o que faz que o exame dos pressupostos fáticos da ação administrativa seja possível pelo Poder Judiciário.” Cf. HORBACH, Carlos Batisde. **Teoria das nulidades do ato administrativo**. 2ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

¹⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 29ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 253.

¹⁷⁶ DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Processo Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 27-28.

administrativa¹⁷⁷. Contudo, em nenhuma hipótese a potencial eficiência da informalidade justifica o afastamento do dever de registro dos diálogos público-privados em processo administrativo, uma vez que a forma é o mínimo necessário para a existência de controle.

O princípio da publicidade será solene e permanentemente inviabilizado se não houver possibilidade de acesso ao registro das comunicações administrativas externas. Ou seja, o desrespeito ao básico dever de registro dos diálogos público-privados em processo administrativo impede o acesso à informação e a manutenção de uma memória administrativa.

Há, portanto, uma íntima relação entre a função comunicativa da administração pública e a qualidade do processo administrativo. Como sustenta Edwin Czerwick, a comunicação permite que o processo administrativo seja preparado, controlado, justificado e executado, em relação direta com uma maior abertura da administração pública, que atual e comumente se apresenta de forma pouco transparente¹⁷⁸.

O estado não é o único ator na arena política, sendo indispensável, para se refletir sobre a eficácia do direito administrativo, considerar também a participação de empresas, associações, grupos de interesse e outros representantes da sociedade civil¹⁷⁹. A maior abertura da administração pública, seja pela participação ou transparência, depende do processo administrativo, pois, como ensina Vasco Pereira da Silva, é esse o instrumento que movimenta a administração pública em sentido oposto ao mero relacionamento bilateral com determinado particular, carregando consigo características de multilateralidade¹⁸⁰.

Portanto, a partir da formalização dos diálogos público-privados em processo administrativo, maneja-se meio para fazer confluir regularmente a multiplicidade de interesses – individuais, coletivos e difusos – envolvidos na atuação da administração pública. A medida é em todo desejável, pois, como leciona Gustavo Henrique Justino de Oliveira, o processo administrativo permite a obtenção de um melhor conteúdo e de maior justiça nas decisões administrativas¹⁸¹.

¹⁷⁷ Cf. CHAUDHARY A. S. Upward Communication in a Public Sector Organization. In: **Indian Journal of Industrial Relations**, Vol. 15, No. 3, jan. 1980, p. 468.

¹⁷⁸ O autor refere-se à expressão *Verwaltungskommunikation*, em língua alemã. CZERWICK, Edwin. *Verwaltungskommunikation*. In: JARREN, Otfried; SARCINELLI, Ulrich; SAXER, Ulrich (ed.) **Politische Kommunikation in der demokratischen Gesellschaft**, Opladen/Wiesbaden, Deutschland: Westdeutscher Verlag, 1998, p. 489.

¹⁷⁹ É o que enfatiza, a partir da noção de governança pública, Eberhard Schmidt-Aßmann. Cf. SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo: necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos. In: BARNES, Javier (ed.) **Innovación y reforma en el derecho administrativo**. Sevilla: Editorial Derecho Global-Global Law Press, 2006, p. 31-32.

¹⁸⁰ PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003, 302-303. Esta referência já foi empregada pelo autor em outra publicação.

¹⁸¹ JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo Henrique. **Direito administrativo democrático**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 25. Esta referência já foi empregada pelo autor em outra publicação.

Enquanto é absolutamente comum que existam diálogos e até ajustes informais nas negociações privadas, como em um acordo de cavalheiros, por exemplo, as regras gerais aplicáveis aos relacionamentos público-privados remetem à formalidade e à processualidade¹⁸². A propósito, ainda que existam exceções, os ajustes verbais realizados pela administração pública brasileira são considerados nulos e de nenhum efeito pela legislação¹⁸³.

A simplificação, a celeridade e a redução de custos são as características que conferem qualidade à comunicação administrativa, as quais podem ser obtidas por meio do emprego de tecnologias da informação¹⁸⁴. Entretanto, não haverá proveito numa comunicação administrativa simplificada, célere e de baixo custo caso as interlocuções entre os agentes públicos e os agentes econômicos sejam livres e isentas de registro e controle.

Defende-se com ênfase que os diálogos público-privados que antecedem decisões administrativas no âmbito de processos administrativos só deveriam ocorrer em ambiente passível de controle. Mais do que isso, os procedimentos administrativos específicos de diálogo público-privado deveriam ser orientados pelos mais sublimes preceitos éticos, se revestir de mais ampla transparência e, sempre que possível, deveria ser concedida a oportunidade de participação a todos os potenciais interessados – diretrizes que serão mais bem exploradas no próximo capítulo.

Sem a possibilidade de verificação da conformidade dessas interlocuções ao regime jurídico de direito público, o risco de desvirtuamento das finalidades administrativas cresce substancialmente. Portanto, cumpre ao direito administrativo fornecer os incentivos e o regulamento para que os diálogos público-privados ocorram em ambiente passível de controle.

Como ensina Javier Barnes, o procedimento administrativo não deve ser compreendido como um mero mecanismo para aplicação do direito ou um simples método para se buscar soluções não desenhadas pela lei. Diferentemente, essa noção deve ser superada pela

¹⁸² Relembre-se o alerta de Carlos Ari Sunfeld, segundo o qual existe uma dificuldade permanente para se compreender adequadamente os fundamentos do processo administrativo no Brasil, com reflexos sobre uma situação de sistemático desrespeito ao direito administrativo. Segundo o autor, esta dificuldade encontraria origem no fato de que “temos uma história, além de autoritária, de desorganização administrativa, uma luta permanente para realizar as tarefas do dia-a-dia sem organização e planejamento”. Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Processo administrativo: um diálogo necessário entre estado e cidadão. Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum v.23, jan. 2006, p. 39. Conferir também DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Processo Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 23.

¹⁸³ Cf. Lei Federal nº 8.666/1993. Art. 60 [...] Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento.

¹⁸⁴ ŠPAČEK, David; ŠPALEK, Jiří. *Communication and electronic public administration: some issues in the context of the Czech system of public administration. Lessons and Recommendations for Improvement: Central and Eastern European Public Administration and Public Policy*, Bratislava: NISPAcee, 2007, p. 217-238.

integração da percepção de que o procedimento administrativo é um espaço de intercâmbio de informações, pertencente a um *modelo comunicativo de administração pública*¹⁸⁵. Disso resulta a necessidade, conforme será detalhado mais adiante, de que os diálogos público-privados, para além de formalizados, sejam também institucionalizados a partir de procedimentos administrativos específicos e próprios para a condução dessas comunicações.

A agravante é que a opacidade dos diálogos público-privados não configura mera desconformidade entre a prática administrativa e o ordenamento jurídico. Em sentido material, a opacidade dessas comunicações desvela-se como peculiaridade absolutamente prejudicial para o regular desenvolvimento das atividades administrativas, pois age sobre a administração pública como um fertilizante de corrupção e de ineficiências.

Defende-se com veemência, portanto, que, sob o ponto de vista teórico e ideal, os processos administrativos deveriam ser instruídos a partir da integralidade das comunicações internas e externas mantidas pelos agentes públicos, sejam essas interlocuções orais ou escritas. Somente com a formalização das comunicações é que seriam efetivamente traduzidos todos os elementos formadores da decisão administrativa.

Adiante-se, contudo, como será apresentado mais adiante, que essa operação de plena visibilidade é materialmente inviável. Representa, portanto, uma bússola para o maior sucesso do direito administrativo, ainda que as coordenadas projetadas sejam inalcançáveis.

2.1.3 Um esclarecimento: administração pública informal não é sinônimo de diálogo público-privado informal

A informalidade é habitualmente alçada à categoria de princípio de processo administrativo¹⁸⁶. A fim de evitar o baralhamento de conceitos, cumpre esclarecer: o princípio da informalidade não corresponde a uma garantia para que a administração pública atue sem preocupação com as formas, mas uma garantia dedicada a favorecer os particulares contra eventuais rigorismos, a fim de evitar o prejuízo decorrente de formalidades inúteis.

¹⁸⁵ BARNES, Javier (ed.). *Innovación y reforma en el derecho administrativo*. Sevilla: Editorial Derecho Global-Global Law Press, 2006, p. 271.

¹⁸⁶ Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013, p. 980-981.

Como ensinam Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, o mais adequado seria identificar o princípio da informalidade “pela designação ‘informalidade em favor do administrado’, pois é este o titular da garantia da forma, sendo que somente em seu benefício pode haver alguma informalidade”¹⁸⁷.

O princípio da informalidade referenda a validade jurídica de um processo administrativo cujo formalismo é propositadamente moderado. É dizer: (i) a formalidade não pode e não deve encerrar um fim em si; (ii) os vícios resultantes de excessos formais devem ser convalidados; e (iii) a instrumentalidade das formas deve ser reconhecida sempre que não houver prejuízo aos interesses públicos ou a terceiros. Em síntese, o princípio da informalidade homenageia o atingimento das próprias finalidades do processo administrativo, mas não pode representar, em tempo algum, salvo-conduto para a ausência completa de forma, registro ou controle.

Deduzir do princípio da informalidade a salvaguarda para uma atuação extraprocessual implicaria um paradoxo. Como poderia um princípio de processo administrativo justificar a completa ignorância e ausência de processo? A interpretação é certa: permite-se a relativização das formas e dos procedimentos, mas nunca a completa ausência de forma.

A formalização da relação jurídico-administrativa é pressuposto para a aferição dos demais princípios jurídicos que subordinam o processo administrativo. O resgate da memória de atos, documentos e circunstâncias que conduziram à decisão administrativa é que permite seja verificado se houve a observância do devido processo administrativo e dos princípios jurídicos que o orientam – a isonomia, a impessoalidade, a moralidade, a boa-fé, a legalidade, a motivação, a razoabilidade, a proporcionalidade, a ampla defesa, o contraditório, a publicidade, dentre outros.

No âmbito dos diálogos público-privados, portanto, não há como defender a aplicação do princípio da informalidade para justificar a ausência de registro sobre tais comunicações. O princípio da informalidade na administração pública pode até eventualmente legitimar a ausência de formalidade típica para esses registros, mas jamais a ausência de qualquer formalização.

¹⁸⁷ Segundo os autores, “[o] *princípio da informalidade* significa que, dentro da lei, sem quebra da legalidade, pode haver dispensa de algum requisito formal sempre que sua ausência não prejudicar terceiros nem comprometer o interesse público.”. Cf. DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Processo Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 125-126.

É com base nessa distinção entre a *eventual desnecessidade de formalidade típica* e a *imprescindibilidade de alguma forma* que se compreende a convivência simultânea entre o princípio jurídico da informalidade e o dever de formalização dos diálogos público-privados.

Por precaução, acresça-se mais um esclarecimento a respeito do tema. A doutrina costuma referir-se a *atividades informais* da administração pública com o objetivo de identificar “o produto da actividade administrativa que, por razões variadas, se não reconduz aos modelos típicos – embora se lhes assemelhe”¹⁸⁸. Como ensina Javier Barnes, muitas atividades empreendidas pela administração pública não se submetem a regras procedimentais. Esse fenômeno é denominado por ação administrativa de caráter informal, que pode ser encontrada em países como Estados Unidos, Japão e Alemanha. Como exemplo, o autor menciona a divulgação de informações aos cidadãos, a celebração de determinados acordos preliminares, o recebimento de informações de outras instâncias sociais, acadêmicas ou científicas, as recomendações, os conselhos, dentre outros¹⁸⁹.

Nesse mesmo sentido, Bernardo Diniz Ayala afirma que, ao lado dos modos típicos de atuação administrativa, existe “uma gama de modelos alternativos com contornos nem sempre bem definidos e caracterizados pela informalidade”. Exemplificando esses modelos informais de atuação no contexto português, especialmente aqueles que possuem um certo grau de cooperação entre a administração pública e o particular, o autor elenca o seguinte rol de atividades:

Dentre esses modelos informais alternativos, merecem destaque, num primeiro plano, aqueles que revelam um certo grau de cooperação entre a Administração e os particulares: por exemplo, negociações preliminares em procedimentos autorizatórios, acordos sem força jurídica em matéria ambiental, situações concertadas de tolerância e de passividade da Administração nos domínios urbanístico (por exemplo, no que toca à opção de não embargar nem demolir construções clandestinas), ambiental (designadamente, através da não reacção perante danos causados ao meio ambiente) e do mercado de capitais, e, ainda, determinados mecanismos de resolução alternativa de litígios (como a mediação, por exemplo), relativamente pouco utilizados em Portugal¹⁹⁰.

Para o autor, essa “inapagável e necessária dimensão informal” ocorreria porque “a actuação da Administração através de instrumentos formais pode revelar-se inadequada a priori,

¹⁸⁸ GOMES, Carla Amado; LUÍS, Sandra Lopes. **O dom da ubiquidade administrativa**: reflexões sobre a actividade administrativa informal. Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Website, 2012, p.4. Disponível em: <<http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1128-2457.pdf>> Acesso em 28 nov. 2015.

¹⁸⁹ BARNES, Javier (ed.). **Innovación y reforma en el derecho administrativo**. Sevilla: Editorial Derecho Global-Global Law Press, 2006, p. 319-321.

¹⁹⁰ AYALA, Bernardo Diniz. **Administração Informal** : mais uma aparente (?) reserva de Administração perante os Tribunais (?). Ordem dos Advogados, Portugal, 2003. Disponível em: <<http://www.oa.pt/Uploads/%7BD59FC3C5-BC9B-4EA8-B2A0-B449E3914636%7D.doc>> Acesso em 28 nov. 2015.

ou, então, claudicante a posteriori, do ponto de vista da respectiva execução e dos resultados que se pretende alcançar”¹⁹¹.

Há uma importante dessemelhança entre a legítima dimensão informal da administração pública e a informalidade dos diálogos público-privados. A denominada atividade informal da administração pública relaciona-se com atuações administrativas cuja formalidade não foi prescrita pelo ordenamento jurídico, mas que podem ser lícitas e legítimas, desde que não sejam atuações carentes de qualquer registro formal¹⁹².

Como defende Javier Barnes, “a transparência, a igualdade de oportunidades ou de acesso imparcial à informação são valores que devem reger a ação administrativa não formalizada”¹⁹³. Evidentemente, somente existirá transparência e acesso à informação se houver algum registro dessas ações administrativas, o que, em se tratando de diálogos público-privados, demanda a tradução sintética ou integral das comunicações em algum arquivo.

O simples fato de inexistirem rotinas regulamentadas para a condução de negociações preliminares às contratações diretas, por exemplo, não concede ao agente público a liberdade de empreendê-las em ambiente absolutamente extraprocessual. A dicotomia entre os diálogos público-privados formais e informais refere-se ao processo de formalização das comunicações, ou seja, ao registro e à possibilidade de controle, o que tem relação apenas indireta com a questão a respeito da tipicidade do procedimento.

Em síntese, a relação entre os *diálogos público-privados informais* e a denominada *atividade informal da administração pública* encontra-se no fato de que algumas atividades informais são comunicativas e não são formalizadas, em absoluto. Assim, essas situações específicas podem coincidir e representar ambas as categorias.

As negociações e as comunicações conduzidas entre os agentes públicos e os agentes econômicos, caso não sejam registradas em processo administrativo, representam um exemplo de atividade administrativa informal e também de diálogo público-privado informal. Mas, por outro lado, os atos de execução de decisões administrativas e os atos meramente declaratórios, que costumam ser considerados como pertencentes à categoria da atividade informal da administração pública, não se relacionam com o objeto de estudo desta tese. Igualmente, um diálogo público-privado formal pode ser conduzido de acordo com as regras e os princípios de

¹⁹¹ Idem.

¹⁹² Como ensina Carlos Bastide Horbach, “todo negócio tem forma, mas nem todo negócio tem forma *prescrita em lei*. A primeira afirmativa diz com o elemento, com o plano da existência; a segunda está relacionada com o requisito, com o plano de validade”. HORBACH, Carlos Batisde. Teoria das nulidades do ato administrativo. 2ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 43.

¹⁹³ Cf. BARNES, Javier (ed.). *Innovación y reforma en el derecho administrativo*. Sevilla: Editorial Derecho Global-Global Law Press, 2006, p. 321, tradução livre.

direito administrativo, mediante registro fidedigno das comunicações, a despeito da ausência de uma formalidade típica prescrita em lei; nesse caso, representaria também uma atuação informal legítima da administração pública¹⁹⁴.

2.1.4 Uma parcela de informalidade comunicacional sempre influencia o processo administrativo

A formalização das comunicações é pressuposto para se perseverar, com alguma probabilidade de sucesso, a busca da ideal situação em que a comunicação administrativa se demonstra verdadeira, abrangente, factual, clara, inequívoca, proporcional e neutra¹⁹⁵. Tal paradigma está longe da realidade administrativa. Em verdade, uma perspectiva de formalização integral das comunicações administrativas é reconhecidamente inalcançável. Por quê?

A resposta a essa indagação, que é chave para a presente tese, reclama uma reflexão sobre a simultaneidade de processos formais e informais de interlocução entre os representantes da administração pública e os agentes econômicos.

Embora as comunicações escritas carreguem consigo a exata característica da forma, as comunicações orais carecem de um registro congênito, ou seja, são naturalmente destituídas de forma. Todavia, a formalização das comunicações não escritas, embora não seja operação que aconteça naturalmente, é fenômeno conhecido e essencial à administração pública.

Como há tempos já afirmava Jean-Paul Buffelan, as informações que não chegam por escrito à administração pública – como um telefonema, uma visita ou o reconhecimento de um estado de coisas – devem ser transcritas para que possam ser tratadas posteriormente¹⁹⁶.

Inclusive, algumas alternativas podem ser menos custosas do que a transcrição, como a simples gravação e o arquivamento dessas informações em seu formato integral e original. A demanda por registros de informações intercambiadas em comunicações não escritas, comum

¹⁹⁴ Cf. GOMES, Carla Amado; LUÍS, Sandra Lopes. **O dom da ubiquidade administrativa**: reflexões sobre a actividade administrativa informal. Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Website, 2012, p.5. Disponível em: <<http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1128-2457.pdf>> Acesso em 28 nov. 2015.

¹⁹⁵ A respeito dessas características essenciais da comunicação administrativa, cf. CZERWICK, Edwin. *Verwaltungskommunikation*. Cf. JARREN, Otfried; SARCINELLI, Ulrich; SAXER, Ulrich (ed.) **Politische Kommunikation in der demokratischen Gesellschaft**, Opladen/Wiesbaden, Deutschland: Westdeutscher Verlag, 1998, p. 489, 493.

¹⁹⁶ BUFFELAN, Jean-Paul. La communication administrative par réseau local. In: **La Revue administrative**, Presses Universitaires de France, Année, No. 239, set-out 1987, p. 488.

também aos particulares, gerou o contemporâneo desenvolvimento de tecnologias próprias para o arquivamento desses diálogos, como a gravação audiovisual, por exemplo, a partir de um simples aparelho de telefone celular (*smartphone*), de uma câmara de vídeo, de um gravador de sons, dentre outros. Não se reconhece polêmica sobre a viabilidade técnica de registro e arquivo temporário de comunicações não escritas, embora haja alguma discussão em relação aos custos, que, a propósito, se encontram em paulatino declínio.

Uma importante questão, contudo, não se refere à viabilidade técnica ou à pretensão de que o direito administrativo regule os diálogos público-privados de forma a exigir a integralidade do registro, mas à real possibilidade de que seja possível impor a regra jurídica e assegurar a formalização dessas comunicações.

Eis o grande dilema da opacidade: como garantir a sujeição dos agentes públicos ao princípio da legalidade, exigindo-se o registro fidedigno dos diálogos público-privados, se, a despeito de tal obrigação, negociações e decisões poderão continuar sendo conduzidas e concluídas de forma segura e indetectável em ambientes extraprocessuais e informais?

O controle absoluto sobre os diálogos público-privados é uma utopia. Os aplicadores do direito administrativo podem empreender um incessante esforço, porém de inalcançável conquista. Assume-se que a imposição efetiva da lei é inatingível em virtude da permanente simultaneidade de interlocuções formais e informais, que influenciam igualmente o processo administrativo decisório.

Como indicam Christian Bueger e Frank Gadinger, é impossível afastar por completo a informalidade dos processos decisórios. Segundo os autores, perceber que *a formalidade e a informalidade formam uma unidade* e que devem ser pensadas de forma complementar é um requisito para se compreender efetivamente o processo de formação das decisões (*Entscheidungsprozesse*, em língua alemã)¹⁹⁷.

A constatação dos autores é compatível com a linha argumentativa desenvolvida nesta tese, de que as comunicações entre representantes da administração pública e agentes econômicos são inevitáveis e que isso não exclui, mas inclui os diálogos público-privados informais. Como ensina Eberhard Schmidt-Aßman, nada obstante o processo seja impositivo sobre toda a atuação administrativa, a imagem de uma administração pública que atua

¹⁹⁷ Cf. BUEGER, Christian; GADINGER, Frank. Die Formalisierung der Informalität: Praxistheoretische Überlegungen. In: BRÖCHLER, Stephan; GRUNDEN, Timo (ed.). **Informelle Politik: Konzepte, Akteure und Prozesse**. Springer Vs, 2014, p. 89.

exclusivamente por intermédio de ações formalizadas configura uma visão distante da realidade e da história¹⁹⁸.

Assume-se como verdadeira a afirmação de que uma considerável parcela das comunicações administrativas, internas e externas, permanece alheia ao processo administrativo; e, como não há o registro integral desses diálogos, o controle absoluto e integral sobre a informalidade resta inviabilizado.

Por mais que a processualidade seja considerada um elemento central do direito administrativo contemporâneo e que a formalidade lhe seja um elemento típico, muitos diálogos público-privados permanecerão influenciando os processos administrativos a partir de uma cerrada opacidade. Não há como reconhecer no direito administrativo potencialidade capaz de assegurar o efetivo e integral controle sobre essas interlocuções.

2.2 A opacidade dos diálogos público-privados como um fenômeno que viabiliza a corrupção

A grande ênfase sobre a opacidade dos diálogos público-privados se justifica porque o fenômeno representa justamente um elemento condicional ao desvirtuamento voluntário de finalidades administrativas para benefício privado. É o tema deste tópico.

2.2.1 O desvirtuamento intencional das finalidades administrativas reclama a utilização de canais sigilosos de comunicação

É ressaltado que o planejamento e o cometimento de atos ilícitos em desfavor das finalidades administrativas demandam o uso de canais sigilosos, informais, confidenciais de comunicação entre os atores envolvidos.

¹⁹⁸ SCHMIDT-ABMANN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo: necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos. In: BARNES, Javier (ed.) **Innovación y reforma en el derecho administrativo**. Sevilla: Editorial Derecho Global-Global Law Press, 2006, p. 43.

A propósito da questão, recupere-se o relato de Donatella della Porta e Alberto Vannucci, que comentam o tema a partir da operação italiana *Mãos Limpas*, célebre pelo desmantelamento de um complexo esquema de corrupção na década de 1990. Segundo os autores, é comum que os próprios agentes públicos criem a necessidade de personalização das interlocuções e encorajem a criação de canais de comunicação privilegiados. Assim, aqueles interessados e engajados em práticas de corrupção precisam investir em recursos específicos para a criação de canais de comunicação confidenciais, a fim de manter a opacidade das negociações¹⁹⁹.

O investimento em canais sigilosos de comunicação para a estruturação de esquemas seguros de corrupção é algo que encontra sentido sob a perspectiva econômica. O raciocínio é simples: se as ferramentas empregadas para a troca de informação são céleres e confiáveis, os custos de transação dos negócios são reduzidos. Essa conclusão é válida para qualquer empreendimento, lícito ou ilícito.

Houve um tempo em que as negociações desfavoráveis aos interesses públicos precisavam ser tratadas pessoalmente, em locais físicos – como nas conversas de bastidores, em antessalas de gabinetes de agentes públicos ou nos escritórios particulares dos agentes econômicos. Atualmente, contudo, esse método está longe de ser exclusivo ou mesmo o único seguro²⁰⁰.

Diálogos público-privados formais ou informais podem ser eficientemente mantidos por intermédio de tecnologias da informação e comunicação – telefone, voz sobre IP (*VoIP*), e-mail, canais eletrônicos de troca de mensagens em tempo real (*chats*), dentre outros.

Reconhece-se que nem sempre essas formas tecnológicas de comunicação a distância se revelam absolutamente confidenciais, uma vez que o estado mantém instituições dedicadas à investigação de atividades criminosas e ilícitas. O estado pode ordenar às concessionárias que prestam serviços de telecomunicações que ativem mecanismos de rastreamento de comunicações a despeito do conhecimento dos agentes monitorados – o “grampo” telefônico, por exemplo, que possui fundamento constitucional²⁰¹.

¹⁹⁹ Cf. PORTA, Donatella della; VANNUCCI, Alberto. The ‘Perverse Effects’ of Political Corruption. **Political Studies**, January, 1997, p. 530.

²⁰⁰ A propósito do tema, sabe-se que atualmente é possível que escutas ambientais sejam oficialmente instaladas em locais físicos, a fim de que sejam captados e interceptados sinais eletromagnéticos, óticos e acústicos no âmbito de uma persecução criminal. Esta operação é autorizada pelo inciso II do artigo 3º da Lei Federal nº 12.850/2013.

²⁰¹ Constituição Federal

Art. 5º [...] XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Por essa razão, caso um agente público e um agente econômico intencionem desfavorecer sistematicamente os interesses públicos por meio de negociações estabelecidas em diálogos público-privados informais, é imprescindível que sejam estruturados canais privilegiados de comunicação, que permitam, mesmo em um cenário de potencial monitoramento, manter a confidencialidade no intercâmbio de informações²⁰².

Acontece que o cenário tecnológico contemporâneo, na parte final da segunda década do século XXI, é absolutamente distinto daquele que se encontrava disponível ao longo das últimas décadas, inclusive na primeira década do século XXI. O custo com a criação e a manutenção de canais sigilosos de comunicação encontra-se hoje substancialmente reduzido, pois o avançado desenvolvimento tecnológico na área de criptografia eletrônica simplificou o acesso a tal ferramenta. Consequentemente, o custo de estruturar uma rede de comunicação em um esquema de corrupção também foi expressivamente diminuído, o que potencializa o risco de que eventuais agentes públicos e agentes econômicos se dediquem a tal oportunidade.

2.2.2 O desenvolvimento tecnológico criptográfico e a inviabilidade técnica de descoberta de comunicações eletrônicas

Se o desenvolvimento da rede mundial de computadores (*internet*), numa perspectiva favorável ao processo de legitimação do estado, permite aos cidadãos uma maior proximidade do processo de produção de normas e de tomada de decisões político-administrativas, numa perspectiva contrária é também o principal mecanismo responsável por inviabilizar o controle das atividades que os indivíduos desenvolvem dentro de seu território²⁰³.

Este tópico objetiva explicar o elevado risco contemporâneo, muito maior do que em épocas recentes, de que diálogos público-privados informais sejam conduzidos eficientemente em ambientes virtuais absolutamente confidenciais, de reduzido ou inexistente custo, afastando-se a viabilidade técnica dos mecanismos ordinários de monitoramento e controle. Com o objetivo de demonstrar essa afirmação e justificar o alerta, detalha-se adiante o modo como essas comunicações podem ser realizadas. Com o objetivo de demonstrar essa afirmação

²⁰² Cf. PORTA, Donatella della; VANNUCCI, Alberto. The 'Perverse Effects' of Political Corruption. **Political Studies**, January, 1997, p. 530.

²⁰³ Cf. SALZBERGER, Eli M.; ELKIN-KOREN, Niva. The effects of cyberspace on the economic theory of the state. In: MARCIANO, Alain; JOSSELIN, Jean-Michel (ed.). **Law and the state: a political economy approach**. Northampton, USA: Edward Elgar Publishing, 2005, p. 90-95.

e justificar o alerta, detalha-se adiante o modo com que essas comunicações podem ser realizadas. A pretensão é de expor a magnitude do problema, para que possa ser devidamente considerada no desenvolvimento das normativas e operações que versem sobre diálogos público-privados.

O surgimento e a disseminação de aplicações digitais dedicadas à comunicação com criptografia de ponta a ponta (*end-to-end encryption*, na língua inglesa) tornou viável e acessível o estabelecimento de diálogos eletrônicos confidenciais por indivíduos comuns. Seja por meio de mensagens trocadas em caixas de correio eletrônico (e-mails) ou em outros ambientes de comunicação instantânea (*chats*), o desenvolvimento dessa tecnologia minimizou substancialmente, se não integralmente, os riscos de violação do conteúdo das comunicações eletrônicas.

Mediante tal tecnologia, o remetente e o destinatário são as únicas pessoas que possuem a chave privada de acesso à decifração das mensagens. Assim, considerando-se o atual nível de complexidade da criptografia eletrônica, que é bastante avançado, as tentativas de decifrar as mensagens trocadas são tecnicamente inúteis. E o que é mais relevante: nem mesmo o próprio provedor da aplicação consegue ter acesso ao conteúdo permutado entre os interlocutores, ou seja, o prestador dos serviços comunicacionais não tem acesso ao conteúdo das mensagens intercambiadas.

Citem-se, a título exemplificativo, as seguintes aplicações que permitem a comunicação eletrônica, instantânea, universal, com criptografia avançada de ponta a ponta, em absoluta confidencialidade e com custo baixo ou inexistente: *WhatsApp*, *Telegram*, *Wickr*, *Tutanota*, *ProtonMail*, *OTR*, *Open Whisper Systems*, *ZRTP*, *Posteo*, *Mailpile*, *Enigmail*, *Mailvelope*, *GPGmail*, *ChatCrypt*, *ChatSecure*, *TETRA* (rádio), *Facetime* e *iMessage* (Apple), *Tor Messenger*²⁰⁴.

A temática remete a um conhecido caso que envolveu o uso de avançada criptografia contra investigações conduzidas por instituições estatais brasileiras. Recorde-se dos discos rígidos apreendidos pela Polícia Federal durante a Operação Satiagraha, cujo objeto era a investigação de desvios de recursos públicos, corrupção e lavagem de dinheiro. Em tentativas

²⁰⁴ Cf. WAGNER, Kurt. **Is your messaging app encrypted?** Re/code [online]. Vox Media, Inc. 21 dez. 2015. Disponível em: <<http://recode.net/2015/12/21/is-your-messaging-app-encrypted/>> Acesso em 11 jan. 2016; RAUHAUSER, Neal. **Encrypted email goes mobile with Tutanota.** Hacked [online]. Oslo, Norway. 8 jan. 2015. Disponível em: <<https://hacked.com/encrypted-email-goes-mobile-tutanota/>> Acesso em 11 jan. 2016; MATSUKI, Edgard. **Entenda o que é a criptografia de ponta-a-ponta, utilizada pelo WhatsApp.** Empresa Brasil de Comunicação S/A – EBC (online), 5 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/tecnologia/2016/04/entenda-o-que-e-criptografia-de-ponta-ponta-utilizada-pelo-whatsapp>> Acesso em 31 mai. 2016.

que superaram o período de um ano, nem mesmo a renomada polícia federal estadunidense (*Federal Bureau of Investigation – FBI*, na língua inglesa) conseguiu decifrar o conteúdo arquivado nos equipamentos apreendidos no apartamento do banqueiro Daniel Dantas²⁰⁵.

Os discos rígidos de Daniel Dantas estavam criptografados com a tecnologia AES-256 (*Advanced Encryption Standard – 256-bit*, na língua inglesa), atualmente disponível pela rede mundial de computadores (*internet*) de forma gratuita a qualquer usuário. O resultado das inúteis tentativas empreendidas pelas instituições policiais não espanta e não é algo extraordinário. Isso porque o tempo provável para que uma senha com criptografia AES-256 seja descoberta, valendo-se de tentativas de força bruta a partir do computador com maior capacidade de processamento existente, é de aproximadamente $3,31 \times 10^{56}$ anos²⁰⁶. Considere-se, para fins de comparação, que a idade estimada do universo é de $1,4 \times 10^{10}$ anos e a conclusão é a de que a probabilidade de descoberta por tentativas de força bruta é tão ínfima que pode ser estatisticamente desprezada.

A aplicação e a disseminação da criptografia de ponta a ponta também sobre as *comunicações eletrônicas ordinárias*, e não somente sobre o *arquivamento eletrônico de documentos*, como no caso relatado, é um fenômeno relativamente recente.

Em verdade, o crescimento da demanda de usuários por privacidade nas comunicações eletrônicas se intensificou na sequência das revelações de Edward Snowden, em 2013, de que os Estados Unidos da América, em parceria com alguns governos aliados (Reino Unido, Canadá, Austrália e Nova Zelândia), buscavam controlar tudo o quanto fosse possível do sistema global de comunicações²⁰⁷.

Aliás, a recentidade da propagação dessa tecnologia criptográfica é provavelmente a principal razão pela qual os seus impactos sobre o controle e a investigação de relacionamentos público-privados ilegítimos ainda carecem de uma sistemática análise na bibliografia existente.

A estruturação dos códigos de programação dessas aplicações em formato *open source* (código aberto, em tradução livre) confere maior segurança aos usuários, pois permite que qualquer pessoa realize auditoria sobre toda a sua arquitetura, a fim de que seja certificado que

²⁰⁵ SOUZA, Leonardo. **Nem o FBI consegue decifrar arquivos de Daniel Dantas**. Jornal Folha de São Paulo (online). São Paulo, 25 jun. 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/po2506201015.htm>> Acesso em 31 mai 2016.

²⁰⁶ ARORA, Mohit. **How secure is AES against brute force attacks?** EE Times (online), 5 jul. 2012. Disponível em: <http://www.eetimes.com/document.asp?doc_id=1279619> Acesso em: 31 mai 2016.

²⁰⁷ Sobre as revelações de Edward Snowden, cf. MACASKILL, Ewen; DANCE, Gabriel. **NSA Files: decoded – What the revelations mean for you**. The Guardian [online], 1 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/world/interactive/2013/nov/01/snowden-nsa-files-surveillance-revelations-decoded>> Acesso em: 11 jan. 2016. Conferir também: OWEN, Taylor. *Disruptive Power: The crisis of the state in the digital age*. New York: Oxford University Press, 2015, p. 15-18, p. 196-199.

as comunicações intercambiadas são realmente criptografadas de ponta a ponta. Além disso, as empresas que oferecem esses serviços de comunicação criptografada costumam ter sede em países que possuem uma legislação rigorosa em termos de defesa do direito à privacidade, o que, pelo menos até o momento, afastou o risco de proibição de suas atividades – note-se, no caso do provedor de e-mails *Tutanota.com*, por exemplo, que a sua sede é na Alemanha, onde, como afirma Volker Wagener, “a privacidade dos dados é como uma vaca sagrada”²⁰⁸.

O atual estado da arte tecnológica impede que as autoridades públicas consigam obter sucesso em eventual tentativa de bloqueio de acesso a essas aplicações. Atualmente, existem navegadores e aplicativos de *smartphone* distribuídos de forma gratuita que mascaram o endereço de IP utilizado pelos seus usuários (*Tor Browser* e aplicações para *Virtual Private Network* – *VPN*, por exemplo), fazendo com que não seja possível identificar quem está acessando uma determinada aplicação ou sítio eletrônico.

Como o estado brasileiro só tem jurisdição para determinar a imposição de obstáculos sobre endereços de IP de usuários gerenciados no território nacional, essas aplicações permitem que sítios eletrônicos eventualmente bloqueados para usuários nacionais sejam por estes livremente acessados com a intermediação de endereços de IP de usuários estrangeiros²⁰⁹.

Isso ocorre porque, a partir do uso dessas aplicações, as empresas que atuam no gerenciamento dos *backbones* (espinhas dorsais, em tradução livre) da rede mundial de computadores (*internet*) no Brasil não conseguem identificar ou ter ingerência sobre os sítios eletrônicos efetivamente acessados pelos seus usuários²¹⁰. Em síntese, o endereço de um outro usuário, fora do território nacional, que também faz uso da tecnologia, é utilizado como espelho, ou seja, como um intermediário para o usuário conectado à rede nacional. Assim, uma determinação judicial de bloqueio nacional sobre uma aplicação da rede mundial de computadores (*internet*) é facilmente burlada, não atingindo a eficácia desejada.

Não detendo competência para bloquear acessos provenientes de territórios fora de sua jurisdição, o estado brasileiro torna-se incapaz de evitar que endereços de IP de usuários estrangeiros sejam utilizados como espelhos para redirecionamento aos sites bloqueados no

²⁰⁸Cf. WAGENER, Volker. **Opinião**: mais segurança, mas sem paranoia. Deutsche Welle [Online] 18 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.dw.com/pt/opini%C3%A3o-mais-seguran%C3%A7a-mas-sem-paranoia/a-18860922>> Acesso em 11 jan. 2016.

²⁰⁹ Maiores informações sobre o modo de funcionamento da tecnologia podem ser obtidas em TOR PROJECT. **Tor**: Overview [Website], 2016. Disponível em: <<https://www.torproject.org/about/overview.html.en>> Acesso em 17 jan. 2016.

²¹⁰ Para maiores informações sobre o funcionamento dos *backbones* da rede mundial de computadores (*internet*) no Brasil, conferir: HAMANN, Renan. **É possível acabar com a internet brasileira?** Tecmundo [online], 26 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.tecmundo.com.br/internet/22730-e-possivel-acabar-com-a-internet-no-brasil-.htm>> Acesso em 11 jan. 2016.

país. Se o usuário seguir à risca as medidas preventivas de segurança para que seus dados pessoais não sejam revelados, além de não haver meios para impedi-lo de acessar uma determinada aplicação, também não haverá como identificá-lo.

Nem mesmo um hipotético e absolutamente improvável consenso internacional seria eficaz contra essas tecnologias, haja vista a facilidade e a flexibilidade com que estruturas análogas podem ser replicadas; em síntese, acredita-se que somente a extinção da rede mundial de computadores (*internet*) poderia descontinuar a tecnologia.

Suponha-se, então, que um agente público e um agente econômico negociem ilicitamente o teor de uma norma regulatória ou de um edital licitatório por meio de aplicações com criptografia de ponta a ponta. Tecnicamente, as mensagens intercambiadas não poderão ser interceptadas ou decifradas por agentes da Polícia Federal ou da Polícia Civil, por exemplo, ainda que mediante autorização judicial. Apenas aqueles que manejam os equipamentos e conhecem a senha de acesso às respectivas aplicações criptografadas de sob tal tecnologia é que conseguem acessá-las. Algumas funções específicas, como a autodestruição pré-programada de mensagens após o envio, também reforçam a confidencialidade entre os interlocutores²¹¹.

A conclusão é a de que, por meio de uma tecnologia plenamente acessível e desde que nenhum dos interlocutores revele espontaneamente o teor das comunicações, torna-se desnecessário o deslocamento dos agentes conluiados para que mantenham comunicações presenciais, já que a mesma finalidade, qual seja, a troca sigilosa de informações, é atingida com segurança por meio das tecnologias com criptografia de ponta a ponta.

Essas tecnologias foram intensamente utilizadas por cidadãos comuns durante a denominada *Primavera Árabe*, em que ocorreram grandes levantes populares em oposição a regimes ditatoriais no Oriente Médio. O objetivo era, precisamente, burlar o bloqueio (no Egito, por exemplo) ou o monitoramento (a exemplo da Síria) estatal sobre as comunicações e o uso da rede mundial de computadores (*internet*)²¹².

Em suma, valendo-se de uma tecnologia gratuita, acessível e cada vez mais difundida, qualquer cidadão consegue acessar anônima e livremente uma aplicação ou um sítio eletrônico pretensamente bloqueado pelo estado, inclusive aqueles que permitem uma comunicação absolutamente reservada.

²¹¹ Esta é uma função nativa do aplicativo de comunicação instantânea *Telegram*, por exemplo. Cf. TELEGRAM. **FAQ - How do self-destructing messages work?** [online], 2016. Disponível em: <<https://telegram.org/faq#q-how-do-self-destructing-messages-work>> Acesso em 6 jun 2016.

²¹² Cf. OWEN, Taylor. **Disruptive Power: The crisis of the state in the digital age**. New York: Oxford University Press, 2015, p. 48-54.

Significa, portanto, que atualmente existe tecnologia suficiente para permitir que diálogos público-privados informais e extraprocessuais sejam travados com eficiência, de forma inteiramente confidencial, livre de fronteiras territoriais, sem que qualquer terceiro tenha acesso ao conteúdo. Considerando-se também o risco de ineficácia de provimentos judiciais que visem a obter esses dados de maneira forçada, por inviabilidade técnica, torna-se perfeitamente possível e provável que diálogos público-privados eletrônicos sejam travados na completa opacidade.

Excluindo-se a possibilidade de acesso às comunicações eletrônicas por parte do estado, inviabilizando uma estratégia tradicional da função investigativa dos seus órgãos competentes: o monitoramento prévio ou a devassa posterior dessas comunicações.

Embora o estado detenha o monopólio legal da força física, inexistem meios tecnológicos que permitam a extração forçada de informações criptografadas de ponta a ponta. Dessa sorte, a potencial descoberta desses diálogos depende de um ato voluntário de algum dos agentes envolvidos no diálogo²¹³.

Como a constituição federal assegura o direito fundamental ao silêncio, nem mesmo o maior ato lícito de violência estatal contra a liberdade individual – a prisão do agente – é capaz de extrair a informação necessária para o acesso às mensagens criptografadas²¹⁴. Obviamente, métodos ilícitos historicamente utilizados para a obtenção indireta de informações, como a tortura, por exemplo, não podem e não devem ser considerados como alternativas legítimas, porque violam, além do direito à integridade física do indivíduo, o seu direito fundamental de permanecer calado e de não produzir provas contra si mesmo²¹⁵.

2.2.3 Uma importante agravante: o desenvolvimento tecnológico criptográfico e a inviabilidade técnica de detecção de transações financeiras ilícitas

²¹³ Existe a possibilidade teórica de que sejam implementadas técnicas alternativas para a descoberta dessas informações, sem que seja necessário a decifração das mensagens, como a instalação, pelo órgão policial, de algum arquivo no aparelho eletrônico utilizado pelos interlocutores, para monitoramento externo. Essa estratégia, contudo, está condicionada a algum descuido técnico por parte do interlocutor. Ou seja, a implementação não depende apenas das autoridades públicas ou de colaboradores, mas de conduta do próprio indivíduo monitorado.

²¹⁴ Vide o inciso LXIII do artigo 5º da Constituição Federal, “o preso será informado de seus direitos, *entre os quais o de permanecer calado*, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Grifou-se.

²¹⁵ Ver também a alínea “g” do artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada pelo Decreto Federal nº 678/1992, segundo a qual toda pessoa tem o “direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.

Outro importante avanço da tecnologia criptográfica merece reflexão, ainda que a sua relação com os diálogos público-privados seja indireta. Para além da possibilidade de que comunicações sejam travadas de forma absolutamente confidencial, o estado da arte da criptografia eletrônica também permite que *recursos financeiros* sejam transferidos entre indivíduos de forma direta, instantânea, segura, anônima, com baixo custo e sem fronteiras territoriais.

A pesquisa sobre essa temática correlata contribui para a completude do estudo porque o desvirtuamento voluntário das finalidades administrativas, ajustado por meio de diálogos público-privados ilegítimos, frequentemente se desenvolve por intermédio de transações financeiras ilícitas.

A tecnologia refere-se às *moedas digitais*, também denominadas simplesmente por *criptomoedas*. A originária, principal e mais conhecida moeda digital é intitulada *Bitcoin* (BTC), mas outras proeminentes espécies também existem, como *Litecoin* (LTC), *Ethereum* (ETH), *Ripple* (XRP), *Dash* (DASH) e *Monero* (XMR)²¹⁶.

Cada espécie de moeda digital é estruturada a partir de um sistema eletrônico descentralizado, organizado em rede e sem autoridade monetária. Por seu intermédio, permite-se a transferência de grandes volumes de recursos financeiros, de forma universal e instantânea, entre pessoas que tenham acesso à tecnologia.

Adota-se como parâmetro a moeda digital *Bitcoin*, reputada por alguns como “a maior inovação tecnológica desde a internet”, que não possui autoridade central para a sua criação, distribuição ou para o monitoramento de quem as detém²¹⁷. Ao contrário disso, o sistema é todo estruturado sobre uma rede descentralizada, conhecida como *peer-to-peer* (P2P, ou ponto a ponto, em tradução livre), em que os padrões de comportamento do sistema são predeterminados em código de programação e no qual um grande banco de dados distribuído (*blockchain*, na língua inglesa) registra o histórico de todas as transações realizadas.

Jerry Brito e Andrea Castillo explicam sinteticamente como funciona esse sistema descentralizado de moedas digitais:

As transações são verificadas, e o gasto duplo é prevenido, por meio de um uso inteligente da criptografia de chave pública. Tal mecanismo exige que a cada usuário sejam atribuídas duas “chaves”, uma privada, que é mantida em segredo, como uma senha, e outra pública, que pode ser compartilhada com todos. Quando a Maria decide transferir bitcoins ao João, ela cria uma mensagem, chamada de “transação”, que contém a chave pública do João, assinando com sua chave privada. Olhando a chave

²¹⁶ Para uma lista completa e detalhada das *criptomoedas*, com aproximadamente 650 espécies, incluindo gráficos e valor total de mercado, cf. COIN MARKET CAP. **Crypto-Currency Market Capitalizations** [online]. Disponível em: <<http://coinmarketcap.com/>> Acesso em 6 jun 2016.

²¹⁷ Cf. ULRICH, Fernando. **Bitcoin: a moeda na era digital**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2014, p. 16.

pública da Maria, qualquer um pode verificar que a transação foi de fato assinada com sua chave privada, sendo, assim, uma troca autêntica, e que João é o novo proprietário dos fundos. A transação – e portanto uma transferência de propriedade dos bitcoins – é registrada, carimbada com data e hora e exposta em um “bloco” do blockchain (o grande banco de dados, ou livro-razão da rede Bitcoin). A criptografia de chave pública garante que todos os computadores na rede tenham um registro constantemente atualizado e verificado de todas as transações dentro da rede Bitcoin, o que impede o gasto duplo e qualquer tipo de fraude²¹⁸.

Embora os detalhes técnicos sobre a estruturação tecnológica das moedas digitais extrapolem o escopo desse estudo, fato é que essa tecnologia permite o compartilhamento descentralizado de um banco de dados e de chaves criptográficas privadas a partir de um protocolo comum. Grosso modo, esse banco de dados, denominado *blockchain*, é como uma grande planilha de contabilidade aberta ao público, em que todas as transações financeiras já realizadas são formalizadas e ficam disponíveis para consulta. Apesar de existir esse registro, com os respectivos endereços públicos, a rede, em si, não contém qualquer informação que permita a identificação dos proprietários ou ex-proprietários desses ativos financeiros.

A tecnologia que obstaculiza a identificação dos proprietários das moedas digitais é proposital. Em verdade, a moeda digital *Bitcoin* foi planejada e concebida como uma forma de oposição radical ao poder do estado, em estratégia para fortalecer a liberdade individual, preservar o direito à privacidade e afastar o risco de controle governamental sobre a moeda²¹⁹. Leia-se, nesse tom libertário, o comentário de Jeffrey Tucker:

O Bitcoin tem todas as melhores características do melhor dinheiro, sendo escasso, divisível, portátil, mas vai, inclusive, além na direção do ideal monetário, por ser ao mesmo tempo “sem peso e sem espaço” – é incorpóreo. Isso possibilita a transferência de propriedade a despeito da geografia a um custo virtualmente nulo e sem depender de um terceiro intermediário, contornando, dessa forma, todo o sistema bancário completamente subvertido pela intervenção governamental²²⁰.

Como bem explicam os professores Rainer Böhme, Nicolas Christin, Benjamin Edelman e Tyler Moore, as transações realizadas em *Bitcoin* não são inteiramente anônimas, e sim pseudônimas, uma vez que, como dito, todas as transações e os endereços públicos encontram-se registrados em um arquivo de acesso público – o referido *blockchain*. O que confere a privacidade ao usuário é o fato de que não há qualquer vinculação de dados cadastrais aos endereços públicos registrados. De toda sorte, existe a possibilidade de rastreamento das movimentações financeiras realizadas a partir dos endereços de chave pública utilizados. E,

²¹⁸ BRITO, Jerry; CASTILLO, Andrea. **Bitcoin: A Primer for Policymakers**. trad. por Fernando Ulrich. In: ULRICH, Fernando. **Bitcoin: a moeda na era digital**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2014, p. 18-19

²¹⁹ OWEN, Taylor. **Disruptive Power: The crisis of the state in the digital age**. New York: Oxford University Press, 2015, p. 89.

²²⁰ TUCKER, Jeffrey. Prefácio. In: ULRICH, Fernando. **Bitcoin: a moeda na era digital**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2014, p. 13.

uma vez utilizado esse endereço público para a conversão da moeda digital em moeda estatal comum, por exemplo, a partir de um estabelecimento comercial monitorado pelo estado, é teoricamente possível vincular as transações a eventuais dados cadastrais de um indivíduo²²¹.

Contudo, caso exemplificativamente os usuários da tecnologia realizem diretamente a troca entre moedas em Real (R\$) e *Bitcoin* (BTC), sem o uso de intermediários potencialmente fiscalizados pelo estado, então a probabilidade de descoberta da identidade de quem detém essas criptomoedas é substancialmente mitigada.

A título de curiosidade, mencione-se que, em dezembro de 2016, a cotação de 1 BTC (*Bitcoin*) equivalia a aproximadamente R\$2.675,00, sendo que os relatórios produzidos com base nas operações das empresas que realizam o serviço de câmbio entre moeda estatal (R\$) e a moeda digital (BTC) no Brasil (*exchanges*, na língua inglesa) indicavam um volume aproximado de troca de R\$25 milhões mensais²²².

Esse volume, no entanto, não representa o total de transações, uma vez que os relatórios emitidos são incapazes de contemplar as realizadas diretamente entre usuários da tecnologia (*peer-to-peer* ou P2P, na língua inglesa) e, assim, registram apenas transações intermediadas pelas maiores prestadoras de serviços de câmbio de moedas digitais no Brasil (*FoxBit, Mercado Bitcoin, BitcoinToYou, Negocie Coins, dentre outras*).

Ainda com o propósito de ilustrar a crescente disseminação dessa tecnologia, anote-se que, em dezembro de 2016, em todo o mundo, o número total de transações realizadas na criptomoeda *Bitcoin* ultrapassava 178 milhões, e o valor de mercado da moeda em circulação ultrapassava 12 bilhões de dólares²²³. É notório que “cada vez mais empresas e trabalhadores autônomos estão aceitando remuneração por serviços prestados em *Bitcoin*” – tal como, em nível internacional, a Dell Computadores e, em nível nacional, a Construtora Tecnisa²²⁴.

²²¹ BÖHME, Rainer; CHRISTIN, Nicolas; EDELMAN, Benjamin; MOORE, Tyler. **Bitcoin: Economics, Technology, and Governance**. *The Journal of Economic Perspectives* 29 (2). American Economic Association, 2015, p. 228.

²²² A média mensal considerou os primeiros nove meses do ano de 2016. Cf. BITVALOR. **Mercado Brasileiro de Bitcoins – set/2016** [online], 2016. Disponível em: <http://bitvalor.com/files/Relatorio_Mercado_Brasileiro_Bitcoins_Setembro2016.pdf> Acesso em: 11 dez. 2016. BITVALOR. **Página inicial – Cotações**. [online], 2016. Disponível em: <<http://bitvalor.com/>> Acesso em: 11 dez. 2016.

²²³ Cf. BLOCKCHAIN INFO. **Capitalização de mercado; Número total de transações** [online], 2016. Disponível em: <<https://blockchain.info/pt/charts/n-transactions-total>>; <<https://blockchain.info/pt/charts/market-cap>> Acesso em 30 out. 2016.

²²⁴ Cf. BARBOSA, Tatiana Casseb Bahr de Miranda (coord). **A revolução das moedas digitais: Bitcoins e Altcoins**. São Paulo, Editora Renovar, 2016, p. 28. Sobre o aceite de *Bitcoins* pela Dell Computadores e pela Construtora Tecnisa, cf. DELL. **Dell now accepts bitcoin** [online], 2016. Disponível em: <<http://www.dell.com/learn/us/en/uscorp1/campaigns/bitcoin-marketing?c=us&l=en&s=corp>> Acesso em 21 nov. 2016; TECNISA. **Bitcoins na Tecnisa** [online], 2016. Disponível em: <<https://www.tecnisa.com.br/lp/bitcoins>> Acesso em 21 nov. 2016.

A eventual adoção de moedas digitais pela população em geral muito provavelmente acarretaria mudanças drásticas na forma de organização econômica da sociedade. Entretanto, não é objetivo investigar em pormenores o estágio de desenvolvimento das moedas digitais. Para o que interessa, cumpre registrar que a tecnologia é disponível e amplamente utilizada, embora ainda exista insegurança em relação à confiabilidade e à usabilidade por parte dos usuários, o que gera momentos de instabilidade no valor dessas moedas.

O simples fato de essa tecnologia existir, sendo sua disseminação crescente e cada vez mais intensa desde o ano de 2012, significa que, além da impossibilidade de descoberta do conteúdo ou da existência de diálogos público-privados informais, é igualmente possível mitigar o risco de rastreamento de eventuais movimentações financeiras ilícitas entre agentes públicos e privados conluiados originadas a partir dessas comunicações²²⁵.

Por exemplo, pagamentos ilícitos em esquemas de corrupção podem ser realizados por agentes econômicos a agentes públicos por intermédio de moedas digitais, que, por sua vez, podem ser utilizadas diretamente para a compra de bens ou transformadas em moedas comuns por meio de depósito em cartões de débito internacionais emitidos em nome próprio ou de terceiros, mediante câmbio em operadoras nacionais ou internacionais, ou ainda por câmbio direto com outros particulares interessados²²⁶.

Se há cerca de dez anos já havia uma séria preocupação com a facilidade das transferências de recursos e com o ocultamento dos produtos da corrupção a partir da paulatina liberalização dos mercados financeiros internacionais, atualmente essa questão encontra-se largamente potencializada, haja vista que é tecnicamente pouco provável que as autoridades tenham êxito no rastreamento das transferências de moedas digitais²²⁷. A abertura de *offshores* para a transferência internacional de recursos ilícitos e a utilização de bancos integrados ao sistema

²²⁵ Os gráficos relacionados ao valor de mercado da moeda digital *Bitcoin* revelam que o houve um crescimento exponencial no final do ano de 2013, passando de US\$1,2 bilhão em outubro de 2013 para mais de US\$12,1 bilhões em novembro de 2013. Cf. BLOCKCHAIN INFO. **Número total de transações**. 2016. Disponível em: <<https://blockchain.info/pt/charts/n-transactions-total>>. Acesso em: 30 out. 2016; BLOCKCHAIN INFO. **Capitalização de mercado**. Disponível em: <<https://blockchain.info/pt/charts/market-cap>>. Acesso em: 30 out. 2016.

²²⁶ São diversos os serviços de cartão de débito internacional que permitem a conversão direta entre Bitcoin e dólares (US\$) ou euros (€), por exemplo. O usuário transfere moedas digitais para a conta do prestador de serviços que fornece o cartão de débito internacional, que, por sua vez, deposita o equivalente em dólares (US\$) ou euros (€) no cartão de débito com bandeira internacional (Mastercard ou Visa, por exemplo). Cite-se, como exemplo, o serviço prestado pela empresa *AdvCash*. Cf. ADVCASH. **Advanced cash – About** [online], 2016. Disponível em <<http://advcash.com/en/about/company/>> Acesso em 21 nov. 2016.

²²⁷ Sobre a preocupação com a facilidade das transferências de recursos e o ocultamento dos produtos da corrupção a partir da liberalização dos mercados financeiros internacionais, confira SHACKLOCK, Arthur; SAMPFORD, Charles; CONNORS, Carmel. Introduction. In: SHACKLOCK, Arthur; SAMPFORD, Charles; CONNORS, Carmel; GALTUNG Fredrik (ed.). **Measuring Corruption**. Hampshire: Ashgate Publishing Limited, 2006, p. 1.

financeiro internacional deixou de ser condição para a transferência internacional de ativos financeiros em esquemas de corrupção.

Prejudicado o *follow the money*, a investigação sobre os atos de corrupção torna-se essencialmente obstaculizada. Aliás, não seria um disparate acreditar que, especialmente desde novembro de 2013, quando a moeda *Bitcoin* passou a ter um valor significativo de mercado, esse tipo de arranjo ilícito, estruturado a partir de diálogos público-privados informais operados em tecnologias com criptografia de ponta a ponta, em conjunto com transações financeiras operadas em moedas digitais, esteja sendo operado, não só no Brasil como em todo o mundo. Na opinião do autor, esse é um importante e promissor objeto de discussão relacionado às estratégias de combate à corrupção, relativo à essência das medidas preventivas e repressivas de controle sobre os diálogos público-privados.

A conclusão é que a probabilidade de detecção e comprovação do desvirtuamento voluntário das atividades administrativas encontra-se consideravelmente mitigada em razão da redução abrupta da probabilidade de descoberta dos diálogos público-privados eletrônicos informais e de transações financeiras eletrônicas ilícitas.

2.2.4 A ausência de *quid pro quo* também dificulta a comprovação da corrupção nos diálogos público-privados ilegítimos

Suponha-se que um órgão de controle obtenha acesso à íntegra de um diálogo público-privado propositadamente conduzido em regime de opacidade. Mesmo que esse diálogo público-privado tenha relação com algum esquema de corrupção, é provável que haja significativa dificuldade em compreendê-lo e desmantelá-lo²²⁸.

O destaque se deve ao fato de que os esquemas de corrupção rotineiramente são estruturados de forma complexa, a partir de condutas indiretas, o que dificulta a sua detecção

²²⁸ A respeito da dificuldade de obter provas do desvio de finalidade administrativa, gênero sobre o qual está inserido o fenômeno da corrupção, a lição de Carlos Borges de Castro: “Forçoso reconhecer, nessas condições, que a aferição é difícil. Não é impossível, porém, porquanto a finalidade é elemento permanente e de vinculação da autoridade. Não estamos, com isso, a afirmar que é suficiente ‘convicção’ subjetiva. A aferição pode não ser plena, mas a finalidade distinta da assinalada pela lei deve despontar. Não é crível mera presunção, tornam-se necessários provas indiciárias ou elementos circunstanciais remanescentes da conduta da autoridade, ávida em violar o fim legal e saciar objetivo pessoal.” Cf. CASTRO, Carlos Borges de. **Desvios na licitação**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1994, p. 60.

mesmo nos casos em que existe pleno acesso ao conteúdo dos diálogos público-privados ilegítimos.

A corrupção não necessariamente envolve condutas relacionadas com suborno e nem sempre se perfectibilizará por meio de transferências financeiras. A prática da corrupção também é possível por meio da troca de favores, presentes ou influência. Como ensina Zephyr Teachout, a “corrupção não é meramente transacional, ou de ‘*quid pro quo*’, como às vezes é denominada”²²⁹. Considere-se também que a dificuldade de detecção dos atos de corrupção eleva-se quando os agentes possuem relacionamentos pessoais, que extrapolam a mera configuração econômica, já que o risco de revelação espontânea da corrupção por um dos participantes é reduzido²³⁰.

Inclusive, há quem sustente que os meios indiretos de corrupção constituem a sua principal forma de ocorrência. É o que afirma Albert Alschuler, para quem o *quid pro quo* raramente representa a forma adotada para a corrupção. O autor exemplifica que os contribuintes de campanhas políticas fazem doações com a esperança de que esse seja um bom investimento²³¹. Outros modelos de corrupção, que não envolvem o suborno propriamente dito, referem-se ao “abuso de poder, conflito de interesses, clientelismo, nepotismo, roubo de bens do estado, o desvio de recursos do estado, *insider trading*, enriquecimento ilícito, lavagem de dinheiro e dos produtos da corrupção”²³². Arranjos corruptivos também podem ser organizados a partir de uma pluralidade de condutas cruzadas, no sentido de que o agente A atua em favor do agente B, que atua em favor do agente C, que por sua vez atua em favor de A²³³.

Tome-se a entrega de presentes como um exemplo claro da dificuldade de se identificar o fenômeno da corrupção quando praticado indiretamente. Segundo Susan Rose-Ackermann, ainda que presentes possam ser transferências meramente altruísticas, que não carregam expectativas de recompensas materiais, eles podem prover benefícios psicológicos – a simpatia do agente, por exemplo – e ter impacto no comportamento daquele que o recebe. Se o impacto no comportamento resultar em abuso do poder público para benefício privado, então

²²⁹ TEACHOUT, Zephyr. **Corruption in America: from Benjamin Franklin’s snuff box to Citizens United**. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2014, p. 4, tradução livre.

²³⁰ ROSE-ACKERMANN, Susan. **Corruption and government: causes, consequences, and reform**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1999, p. 98.

²³¹ Cf. SCHULER, Albert W. Criminal corruption: why broad definitions of bribery make things worse. **University of Chicago Public Law & Legal Theory**, Working Paper No. 502, 2015, p.2 Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1951&context=public_law_and_legal_theory> Acesso em 3 dez. 2015.

²³² Cf. NICHOLLS, Colin; DANIEL, Tim; POLAINE, Martin; HATCHARD, John. **Corruption and misuse of public office**. Oxford University Press, 2006, p. 2

²³³ Cf. ROSE-ACKERMANN, Susan. **Corruption and government: causes, consequences, and reform**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1999, p. 101.

a corrupção estará configurada. Nesse contexto, a vedação ao aceite de presentes encontra justificativa porque há grande dificuldade em se identificar a diferença em relação à propina propriamente dita – basicamente pode-se dizer que o suborno envolve um acordo específico, enquanto o presente pode representar apenas uma obrigação implícita de favorecimento. Em síntese, se um presente for suficientemente importante para ter um impacto marginal no comportamento daquele que o recebe, então a troca é implícita²³⁴.

Sem dúvidas, as inúmeras formas indiretas de organizar a atividade ilícita e a inviabilidade de detecção das comunicações informais e de transações financeiras ilícitas dificultam muito a detecção dos atos de corrupção. Nos Estados Unidos da América, por exemplo, a regulação sobre o conflito de interesses no exercício da função administrativa é bastante densa, tudo com o objetivo de evitar práticas que podem ser enquadradas como corrupção. Existem normas proibitivas sobre a aceitação de presentes, a participação em processos que afetem interesses privados do agente público ou de sua família, o recebimento de remunerações e compensações externas, assim como o exercício de alguns cargos privados após deixar a administração²³⁵. No Brasil, também existem normas semelhantes, que serão apreciadas mais adiante neste estudo.

Por ora, o que se evidencia é que o problema de controle sobre a corrupção transcende, inclusive, a questão de monitoramento dos diálogos público-privados. Embora essas comunicações configurem um pressuposto para a prática da corrupção, é provável que nem mesmo um cenário de plena visibilidade sobre os diálogos público-privados seria capaz de desativá-la integralmente.

2.3 A subjetividade e a complexidade inerentes à atividade administrativa desafiam o controle dos diálogos público-privados e explicam o risco de captura

Outros elementos intrínsecos à atividade administrativa também dificultam o efetivo controle sobre os diálogos público-privados e, conseqüentemente, a descoberta de esquemas de desvirtuamento voluntário das finalidades administrativas. Refere-se aqui à complexidade e à subjetividade que são inerentes ao processo de descoberta dos interesses públicos.

²³⁴ Ibidem, p. 92-93.

²³⁵ Cf. CLARK, Kathleen. Regulating the conflict of interest of government officials. In: DAVIS, Michael; STARK, Andrew. **Conflict of interest in the professions**. New York: Oxford University Press, 2001, p. 49-60.

2.3.1 A descoberta dos interesses públicos como uma atividade subjetiva orientada pelo direito administrativo

Em princípio, o que pode significar “interesse público”? Se um grupo grande de pessoas quer uma nova estrada, mas outro é violentamente contrário e prefere, ao invés disso, menos impostos, enquanto um terceiro acha que o dinheiro deveria ser gasto em defesa, um quarto em hospitais e um quinto preferindo que o dinheiro seja repartido entre políticas de bem-estar e educação; é claramente impossível traduzir essas opiniões conflitantes em uma política sensata que representa “o interesse público”²³⁶.

Satisfazer concretamente o “interesse público” definitivamente não é uma ciência exata; ao contrário, é ciência social, incontestavelmente inexata, subjetiva, em que a atividade cognitiva e a repetição da experiência não asseguram os mesmos resultados a todos os casos, em todas as épocas, por todos os sujeitos.

Administrar em favor de toda uma coletividade é atividade incapaz de ser predefinida em absoluto ou automatizada. Avançam a tecnologia e a ciência, mas a característica complexa da realidade faz permanecer a necessidade de que agentes públicos decidam a partir de juízos valorativos, inegavelmente subjetivos. Como há mais de um século anotara João do Rio, “*E’ preciso pensar!*”. E pensar é uma atividade humana: “*Si houvesse uma machina de pensar? Mas ainda não ha!*”²³⁷.

O direito administrativo é estruturado justamente com o propósito de guiar os agentes públicos na descoberta dos interesses públicos. A partir de objetivos definidos na legislação e com os instrumentos por ela concedidos, espera-se que o agente público atue em obséquio das finalidades públicas. As normas jurídicas concedem, delimitam e controlam a discricionariedade do agente público durante essa atuação, considerada a evidente inadequação de liberá-la por completo.

Todavia, há uma margem de subjetividade no exercício da função administrativa que, precisamente, não se pretende afastar, e é exatamente por isso que a administração pública depende de pessoas que conduzam seus afazeres. São as análises, as avaliações, as críticas, as opiniões e as decisões propriamente ditas adotadas pelos agentes públicos.

²³⁶ BUTLER, Eamonn. **Escolha Pública**: Um Guia. Belo Horizonte: Estudantes Pela Liberdade. Brasil, 2014, p.11-12.

²³⁷ Grafia da época. RIO, João do. **Vida Vertiginosa**. Rio de Janeiro: Garnier, Livreiro-Editor, 1911, p. 338.

Tal como ensina Carlos Ari Sundfeld, há que ser repudiada a ideia, originada do próprio processo jurisdicional, de que o processo administrativo é o meio pelo qual a administração pública simplesmente realiza concretamente decisões já previamente adotadas e registradas em lei²³⁸. Diferentemente, o processo administrativo, integrado em um modelo comunicativo de administração pública, é o instrumento por meio do qual o agente público deve descobrir, a partir de um intercâmbio de informações, os interesses públicos diante de cada caso concreto.

A realidade concreta possui uma dinâmica que naturalmente escapa às previsões normativas das leis. Tal peculiaridade demanda a concessão de alguma discricionariedade àqueles que operam bens e interesses. E como se não fosse suficientemente delicado organizar uma entidade coletiva em que alguma discricionariedade é inerente, o exercício dessa função demanda um relacionamento próximo dos agentes públicos com os demais indivíduos da sociedade.

O resultado é que o processo de descoberta dos interesses públicos é eminentemente discursivo. E mais: para alcançar maiores níveis de legitimação perante a coletividade, como regra geral, a condução do processo administrativo, que é complexa por natureza, deve respeitar à risca os princípios e as regras do direito administrativo, especialmente a ampla participação e a transparência²³⁹.

O agente público não pode agir livremente como se proprietário fosse dos bens públicos. Antes, deve portar-se como mero administrador, subordinado aos interesses da coletividade. No direito privado, é bem difundida a compreensão de que administração e propriedade são institutos jurídicos opostos. O critério jurídico dessa separação costuma referir-se à finalidade do bem em questão. A diferença é válida também para o direito público. É como afirmou Ruy Cirne Lima em sua clássica lição a respeito da relação jurídica de administração que compete ao agente público: “Enquanto a propriedade, ou titularidade, opera a vinculação do bem ao sujeito de direito, a administração vincula o mesmo bem ao fim, a que deve servir”²⁴⁰.

Isso quer dizer que, enquanto o proprietário pode dispor de seus bens conforme entender conveniente, desde que não viole a propriedade alheia, as potenciais condutas de um

²³⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. Processo administrativo: um diálogo necessário entre estado e cidadão. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum v.23, jan. 2006, p. 45.

²³⁹ A relação entre a ampla participação e a transparência pode ser identificada na lição de Gustavo Henrique Justino de Oliveira: “Em primeiro lugar, a adoção de instrumentos participativos enseja uma maior publicidade e transparência no que tange à condução dos assuntos que envolvem a coletividade, concretizando o princípio da publicidade insculpido no caput do art. 37 da Lei Maior.” Cf. Participação administrativa. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, Fórum v.20, 2005, p. 180-181.

²⁴⁰ Cf. CIRNE LIMA, Ruy. O conceito fundamental de direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, v. 12, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1948, p. 61.

administrador encontram-se demarcadas pelas finalidades para as quais os bens lhe foram confiados.

O administrador é um representante, alguém que exerce função, gerencia, um agente que aplica as suas faculdades mentais a um conjunto de bens que não lhe pertence, mas cuja responsabilidade para o atingimento de finalidades predeterminadas lhe foi atribuída. Dito de outra forma, os agentes, na qualidade de representantes, não podem agir livremente como fazem aqueles que detêm a propriedade de determinado bem ou quando operam em nome próprio. Antes, mesmo que investidos em função com poder deliberativo, devem agir como meros administradores do patrimônio e dos interesses que lhes foram confiados.

Transpondo esse raciocínio ao direito administrativo, cujo âmago é atado à existência de uma administração de bens e interesses públicos, nasce a conclusão de que ao agente público, nessa condição, não cabe a perseguição de interesses próprios ou a impressão de sua vontade particular. Cabe-lhe exclusivamente agir para a consecução das finalidades da entidade que optou por servir; no caso, em sentido amplo, as finalidades estatais²⁴¹.

As finalidades de qualquer instituição, por sua vez, não podem ser outras senão aquelas prescritas por quem dela é proprietário, titular, principal; ou, para ser mais técnico, no caso de um estado, por quem detém a sua soberania. E num estado democrático, como é característico do Brasil, a soberania deve ser popular.

Forma-se então a conclusão de que os representantes da administração pública detêm uma competência limitada à satisfação concreta das finalidades do estado, tal como delimitado pelo ordenamento jurídico, que, por sua vez, deve ser elaborado democraticamente pelo povo soberano. Daí porque a administração pública pode ser exaltada como a “gerência de tudo que é de todos”²⁴².

O atrelamento do agente público às finalidades públicas é justificado pelo fato de que, quando esse indivíduo escolheu exercer uma função pública, ele teve de assumir o compromisso formal de agir em nome da coletividade. E é natural que o proprietário de uma entidade – no caso, o povo soberano – exija a observância de seus interesses por aqueles que o representam²⁴³.

²⁴¹ Nesse sentido, o reforço da lição de Carlos Ari Sundfeld: “Já os agentes estatais, sejam eles quais forem, exercitam poderes em nome de uma finalidade que lhes é estranha: desempenham função”. Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (org). **Doutrinas Essenciais: Direito administrativo**. Vol. 3, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 828.

²⁴² BRITTO, Carlos Ayres. Comentários ao artigo 37, caput. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 822.

²⁴³ Leia-se o comentário de Fabrício Macedo Motta: “O cidadão disposto a assumir a titularidade, ainda que provisória, de qualquer função pública, tem a plena consciência de que suas atividades envolvem uma vocação de *servir*, no caso, *servir o público*.” Cf. MOTTA, Fabrício Macedo. Comentários ao artigo 37, §1º e 2º. In:

Assim, salvo em situações excepcionais que reproduzam alguma obrigação legal, o ingresso de um indivíduo em função estatal, na qualidade de agente público, constitui um ato voluntário, com características de acordo bilateral – o que impõe ao seu conteúdo a conhecida presunção de legitimidade e voluntariedade que é peculiar a esses ajustes.

É esperada do agente público, em seu labor e durante os diálogos público-privados, a dedicação exclusiva aos interesses públicos, *na esteira do que dita o direito administrativo*, sendo imperativa a renúncia a eventual preponderância de interesses individuais inconciliáveis com os interesses públicos durante o exercício de suas funções.

2.3.2 O risco de preponderância dos interesses individuais dos agentes públicos durante os diálogos público-privados

Diante da diferenciação entre as funções de proprietário e de administrador, haveria alguém de perguntar por que um indivíduo assumiria a responsabilidade de agir em obséquio de interesses externos? Por qual motivo alguém deixaria de empregar seu tempo e suas habilidades sobre os seus próprios bens, na qualidade de proprietário, para agir em benefício de interesses alheios, na qualidade de agente? E, decidindo fazê-lo, por que alguém respeitaria o compromisso funcional assumido quando diante de uma possibilidade ilegítima, mas segura, para fazer prevalecer os seus interesses pessoais durante um diálogo público-privado?

Essa reflexão pode parecer trivial, mas tem o seu propósito, sobretudo se considerada plausível – como sói ocorrer na academia científica – a teoria de que o indivíduo é condicionado, seja genética ou culturalmente, a agir de forma egoística, como um ser que persegue prioritariamente seus próprios interesses²⁴⁴. Embora não seja possível comprovar

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 889.

²⁴⁴ Cf. DAWKINS, Richard. **O Gene Egoísta**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo – EDUSP, 1979, p. 46. Ainda, como indica Susan Rose-Ackermann, apesar das diferenças culturais e de valores existentes ao redor do mundo, existe um aspecto da motivação humana que é universal e central para a explicação das experiências nos países. Este aspecto motivador seria o interesse próprio (*self-interest*), incluindo-se o interesse no bem-estar da família deste indivíduo e de seus pares, e a forma com que as diferentes sociedades o direcionam. Cf. ROSE-ACKERMANN, Susan. **Corruption and government: causes, consequences, and reform**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1999, p. 2. Anote-se também a explicação a partir da escola da *Public Choice* (Escolha Pública, em tradução livre), segundo a qual “quando as pessoas fazem escolhas, elas conscientemente procuram trocar coisas que valorizam menos por coisas que valorizam mais: em outras palavras, elas são racionais e movidas pelo interesse próprio.”. Cf. BUTLER, Eamonn. **Escolha Pública: Um Guia**. Belo Horizonte: Estudantes Pela Liberdade. Brasil, 2014, p.9. A referência a Richard Dawkins já foi empregada pelo autor em outra publicação.

científica e definitivamente essa assertiva, a análise sistemática do comportamento humano, pelas mais variadas ciências, indica que tal hipótese é bastante plausível²⁴⁵. Dessa sorte, ainda que alguém questione a validade da generalizada afirmação de que, em última análise, todos os indivíduos agem por interesses egoísticos, parece seguro adotar tal pressuposto como aplicável à grande maioria de indivíduos.

Para avançar a discussão e ilustrar o tema, resgate-se brevemente o seguinte diálogo socrático, redigido por Platão no século IV a.C., que registra a milenar e clássica discussão filosófica a respeito do comportamento justo ou injusto do indivíduo e seus interesses egoísticos, especialmente quando relacionado ao poder de governar.

Em *A República*, Platão apresenta um diálogo em que Gláuco relata a Sócrates a lenda do anel de Gyges. Este teria sido um pastor que, apropriando-se de um anel mágico que lhe conferia o poder da invisibilidade, “trabalhou para ser um dos mensageiros para o rei, e, chegado à corte, seduziu a rainha, com a sua ajuda atacou o rei, assassinou-o e apoderou-se do trono”²⁴⁶.

O diálogo evolui para uma reflexão a respeito da viabilidade de resistência, por qualquer homem, à tentação de causar uma injustiça a outrem, em benefício próprio, caso não possa jamais ser descoberto – ou seja, de forma absolutamente sigilosa, em regime de opacidade. Gláuco apresenta a Sócrates a seguinte ponderação:

[...] ninguém, absolutamente, segundo tudo o indica, revelaria resistência de diamante para conservar-se fiel à justiça e não se apoderar dos bens alheios ou não tocar neles, muito embora tivesse a possibilidade de tirar do mercado, com toda a segurança, tudo o que quisesse, penetrar em qualquer casa e deitar-se com quem lhe apetecesse, matar ou libertar da prisão quem bem entendesse e fazer tudo o mais, tal qual um deus entre os homens²⁴⁷.

Enquanto Gláuco argumenta inicialmente que “ninguém é justo por livre iniciativa, mas por coação”, Sócrates o questiona a respeito da viabilidade e da virtuosidade do comportamento justo, indicando que os homens justos gozam de inúmeras recompensas em vida, enquanto os homens injustos, após apanhados, recebem uma relação completa de horrores. Sócrates destaca também uma explicação metafísica para justificar o comportamento do homem

²⁴⁵ Lembre-se aqui, mais uma vez, o princípio epistemológico anunciado por Karl Popper a respeito da falseabilidade das proposições na ciência. Cf. POPPER, Karl Raimund. **Lógica das ciências sociais**. Trad. de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 3ª ed., 2004, p. 27-30.

²⁴⁶ PLATÃO. *A República*. Trad. de Carlos Alberto Nunes. 3ª ed. Belém: EDUFPA, 2000, p. 95-97 (359b-360d)

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 97 (360b-360c).

justo, declarando que essas recompensas e esses horrores “nada representam, assim em número como em grandeza, em comparação com o que se espera a ambos depois da morte”²⁴⁸.

Seja por coação direta ou por livre iniciativa, em ambas as situações relatadas o comportamento justo do indivíduo é incentivado a partir do receio de sofrer represálias ou da perspectiva de receber benefícios. Essa clássica reflexão filosófica sobre a motivação da conduta humana revela a presunção de que o indivíduo persegue interesses próprios de forma prioritária, sendo essa a base sobre a qual raciocina para a tomada de decisões.

O presente estudo considera que o homem médio sucumbiria à tentação de utilizar o “anel de Gyges” em benefício próprio, desfavorecendo seus pares. O desvirtuamento dos diálogos público-privados e a prática de corrupção possuem um relevante grau de relação com essa subjetiva característica humana de perseguição preponderante dos interesses individuais. É, pois, como afirmou Étienne de La Boétie: “A multidão sempre se comportou desta maneira – ansiosamente aberta a subornos que não podem ser aceitos com honra”²⁴⁹.

Como explica Eamonn Butler, “as pessoas que tomam decisões públicas são, na verdade, tão movidas pelo interesse próprio como quaisquer outras” e, portanto, “não são desapaixonados buscando o ‘interesse público’”²⁵⁰. O autor elucida a interpretação da escola da *Public Choice* (Escolha Pública, em língua portuguesa) sobre o assunto:

Na visão da Escolha Pública a escolha racional se aplica aos burocratas como se aplica a qualquer um: dentro dos limites de seus poderes e da estrutura institucional, eles tentam maximizar suas ambições pessoais. Eles podem bem tentar fazer um bom trabalho e servir o público diligentemente; mas como o resto de nós, eles também buscam renda, riqueza, facilidade, posses, lazer e conforto; e no caso deles, talvez poder discricionário e deferência²⁵¹.

Susan Rose-Ackerman argumenta que o “interesse próprio” (*self-interest*, na língua inglesa) é bem aplicado quando, numa economia de mercado, desempenha atividades produtivas que levam ao uso eficiente de recursos. Entretanto, torna-se um problema quando empregado em atos de corrupção²⁵².

Quem serve como profissão o faz porque busca uma maior condição de bem-estar por intermédio do trabalho. Em geral, os indivíduos esforçam-se por “recompensa material” e por

²⁴⁸ Ibidem, p. 97 (360c), 460-461 (613c -614a).

²⁴⁹ BOÉTIE, Étienne de la. **Introduction to the politics of obedience: the discourse of voluntary servitude** [1552], New York: Free Life Editions, 1975, p. 65.

²⁵⁰ Cf. BUTLER, Eamonn. **Escolha Pública: Um Guia**. Belo Horizonte: Estudantes Pela Liberdade. Brasil, 2014, p.6, 10-11.

²⁵¹ Ibidem, p. 61.

²⁵² ROSE-ACKERMANN, Susan. **Corruption and government: causes, consequences, and reform**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1999, p. 2.

“honra social”²⁵³. É uma forma de cooperação voluntária, que só existe porque os agentes envolvidos estimam-na como propiciadora de um maior bem-estar individual. Ou seja, não se trata de uma conduta que se pressuponha altruística.

Assumindo-se a premissa de que ninguém é obrigado a encampar a profissão de administrador ou agente, o gerenciamento de bens e interesses pertencentes a terceiros só pode ser concebido como uma ação livre²⁵⁴. Ou seja, um indivíduo jamais será um administrador senão por ato voluntário e consciente, em que, por razões próprias, presumidamente egoísticas, decide pela renúncia de sua posição como principal enquanto labora, aceitando a função de agente.

Todavia, existe o risco de que os agentes públicos preponderem os seus interesses pessoais sobre os interesses públicos durante os diálogos público-privados. O risco decorrente do conflito de interesses é agravado quando em comparação com os agentes econômicos porque o controle sobre as atividades administrativas é menos eficaz que o controle exercido pelo empresário sobre seus agentes. Na administração pública, a infidelidade impune dos transgressores é mais provável.

A ênfase sobre o agente público, e não sobre o agente econômico, justifica-se também, pois “não há corrupção na esfera pública sem a participação de agente público. É claro que a corrupção é uma atuação bilateral. Mas a atuação isolada do agente privado é insuficiente para a corrupção”²⁵⁵. Ou ainda, como bem aponta Carlos Borges de Castro, “só uma pessoa pode fazer uso indevido do poder discricionário: o administrador”²⁵⁶. Ou seja, o desvio de finalidade, os atos de improbidade administrativa e de corrupção não podem ser praticados exclusivamente por agentes econômicos, já que sempre condicionados à participação do agente público.

Em síntese, o homem médio está sujeito a imiscuir-se em esquemas de corrupção, sendo que sua decisão entre agir de forma lícita ou ilícita depende de uma avaliação que contempla cálculos econômicos e juízos morais. Nesse julgamento valorativo, o indivíduo considera aspectos tangíveis (preço e prazo da propina, por exemplo) e intangíveis

²⁵³ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa Oficial, 1999, p. 527.

²⁵⁴ A expressão “ação livre” está empregada no sentido de “uma ação que parte de um motivo desejado ou de um motivo neutro”. Em contraposição, “[u]ma ação a que falta a liberdade equivale a uma ação executada não exatamente ‘contra nossa liberdade’, mas oriunda de um motivo não desejado”. Cf. MERQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo**: antigo e moderno. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1991, p. 21-22.

²⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Corrupção e contratação administrativa – A necessidade de reformulação do modelo jurídico brasileiro. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 258, ago. 2015, p. 722.

²⁵⁶ CASTRO, Carlos Borges de. **Desvios na licitação**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1994, p. 59. Em outra passagem, enfatiza o autor: “somente a autoridade competente é que comete o desvio de finalidade, editando ato mascarado de legalidade, mas que, na realidade, consulta interesse próprio, escuso – é claro.” (p. 59).

(probabilidade de ser descoberto, potenciais sanções, suas necessidades individuais, seus valores morais).

A temática ora enfrentada é relevante e inquietante porque as consequências da ruptura entre o compromisso assumido pelo agente público e a função por ele desempenhada colocam em xeque os potenciais benefícios dos diálogos público-privados e da própria existência de uma administração pública.

Considerando-se válida a premissa de que o indivíduo tende a buscar a satisfação de seus interesses pessoais de forma prioritária quando em comparação com os interesses da coletividade em que está inserido, novas questões surgem a partir da investidura de um indivíduo na função de agente público.

2.3.3 O problema do principal-agente é agravado na administração pública

Uma importante contribuição das ciências econômicas à análise dos riscos dos diálogos público-privados refere-se ao *problema do principal-agente*. Essa teoria é aplicada aos denominados *relacionamentos de agência*, caracterizando-se pelas situações em que uma pessoa, denominada *principal*, é beneficiada quando outra pessoa, denominada *agente*, atua em favor de seus interesses.

O problema do principal-agente se apresenta a partir dos conflitos de interesses que naturalmente surgem durante a execução de tarefas em favor de terceiros. Samuel Issacharoff, inclusive, indica o conflito de interesses como clássico exemplo do problema principal-agente, em que há o risco de comportamento oportunista por parte do agente²⁵⁷. Esses conflitos de interesses existem em inúmeros setores da economia. Por exemplo, é bem conhecido o fato de que médicos frequentemente são patrocinados pela indústria farmacêutica ou por laboratórios e, no exercício de suas funções como agentes, podem eventualmente considerar interesses outros além da legítima saúde do seu paciente, o principal²⁵⁸.

²⁵⁷ Cf. ISSACHAROFF, Samuel. Legal responses to conflicts of interest. In: MOORE, Don A.; CAIN, Daylian M.; LOEWENSTEIN, George; BAZERMAN, Max H. (ed). **Conflicts of interest: challenges and solutions in business, law, medicine, and public policy**. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 189.

²⁵⁸ Cf. MOORE, Don A.; CAIN, Daylian M.; LOEWENSTEIN, George; BAZERMAN, Max H. (ed). **Conflicts of interest: challenges and solutions in business, law, medicine, and public policy**. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 1-9.

O problema se perfectibiliza com a dificuldade de se assegurar que o agente aja com zelo, compromisso e esforço, conforme esperado pelo principal, ou seja, que efetivamente atue como prometido em favor dos interesses que representa. Em síntese, o principal não possui meios para monitorar eficiente e diretamente o agente, permitindo que ele desvie os interesses perseguidos durante a sua ação ou ainda que atue sem o comprometimento esperado²⁵⁹.

Aplicando-se essa teoria às relações administrativas e aos diálogos público-privados, o agente público age com cuidado e esforço quando implementa os interesses e valores efetivamente cultivados pela coletividade e previstos na legislação; por outro lado, dá azo ao problema do principal-agente quando não registra de forma fidedigna os diálogos público-privados no competente processo administrativo, quando conforma demandas ilegítimas de agentes econômicos, quando aceita propinas ou, de maneira geral, quando não dedica sua capacidade e atenção ao processo administrativo tal como esperado.

Nesse contexto é que nasce a noção de risco moral (*moral hazard*, na língua inglesa) na administração pública, que se sucede quando o agente público promete empreender os seus esforços em favor da coletividade, mas, como não há um monitoramento de suas ações, o cumprimento dessa promessa não pode ser verificado²⁶⁰. No caso dos diálogos público-privados, esse risco moral ocorre, por exemplo, quando, a despeito de estar submetido aos princípios e às regras de direito administrativo, que obrigam a formalização fidedigna das interlocuções, o agente público, por estar seguro quanto à ausência de monitoramento e à impossibilidade de controle, ignora a legalidade e se comunica informalmente e em âmbito extraprocessual, ou ainda registra informações que não coincidem com o conteúdo do diálogo – seja ou não para atingir objetivos escusos.

O problema do principal-agente resulta no denominado *custo de agência* (*agency costs*, na língua inglesa). Segundo Richard Posner, os custos de agência costumam ser maiores no caso de entidades públicas do que em sociedades empresariais. Isso ocorre, segundo o autor, em razão de que os resultados de uma sociedade empresarial são quantificáveis, o que é um ponto de partida para a avaliação do desempenho de seus funcionários. No caso de empregados públicos, a avaliação dos resultados de seus esforços raramente pode ser quantificada²⁶¹. Eamonn Butler investe sobre o mesmo problema, declarando que, diferentemente “da produção do mercado onde o sucesso é medido em lucro ou prejuízo financeiro, a performance dos

²⁵⁹ Cf. POSNER, Eric A. *Agency Models in Law and Economics*. In: RASMUSEN, Eric (ed.). **Game Theory and the Law**. Northampton, Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2007, p. 47, 55.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 52.

²⁶¹ Cf. POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 9ª ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014, p. 870.

burocratas é difícil de mensurar, sendo baseada em objetivos frequentemente vagos – como o mal definido ‘interesse público’²⁶².

Basicamente, a doutrina aponta duas estratégias capazes de mitigar o problema do principal-agente e os consequentes custos de agência: (i) a estruturação de contratos em que a remuneração do agente dependa dos resultados por si obtidos; e (ii) o investimento em monitoramento²⁶³.

A vinculação da remuneração dos agentes públicos aos resultados obtidos pela administração pública, embora seja uma operação jurídica existente no Brasil, é aplicada de forma esparsa, rara e assistemática²⁶⁴. Além disso, como a aferição dos resultados não é integral e diretamente realizada pela coletividade, que representa o principal nessa relação de agência, mas, sobretudo, por agentes pertencentes aos próprios quadros da administração pública, a eficácia da estratégia é reduzida.

O investimento no monitoramento das atividades dos agentes públicos, por outro lado, depende do robustecimento das plúrimas formas de controle previstas na legislação, o que abrange espécies de controle interno, externo e social. Nesse contexto, insista-se mais uma vez, a formalização de toda a atuação administrativa no âmbito de processos administrativos é pressuposto para o monitoramento da atuação dos agentes públicos – motivo que estrutura e justifica a presente defesa intransigente pela formalização dos diálogos público-privados.

Muito embora o agente público esteja obrigado a atuar em favor da coletividade, os meios existentes para o monitoramento de seus esforços são bastante custosos e, muitas vezes, pouco eficientes, o que potencializa a probabilidade de risco moral, do problema do principal-agente e dos custos de agência, que são absorvidos por toda a coletividade, responsável por seu financiamento.

A grande questão é que a ausência de flexibilidade organizacional da administração pública limita a sua habilidade de reorganizar e limitar os riscos do problema. Por exemplo, a

²⁶² BUTLER, Eamonn. **Escolha Pública**: Um Guia. Belo Horizonte: Estudantes Pela Liberdade. Brasil, 2014, p. 61.

²⁶³ Cf. POSNER, Eric A. Agency Models in Law and Economics. In: RASMUSEN, Eric (ed.). **Game Theory and the Law**. Northampton, Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2007, p. 52-53.

²⁶⁴ Refere-se aqui, a título exemplificativo, à remuneração variável existente no Estado de Minas Gerais, em cujo modelo de gestão administrativa por resultados os agentes públicos são premiados por produtividade. Cf. ASSIS, Luís Otávio Milagres de; TELLES, Cecília. **Inovações recentes na remuneração variável em Minas Gerais**: Características da premiação por produtividade baseada no modelo de gestão por resultados. II Congresso Consad de Gestão Pública, 2009. Disponível em: <<http://consad.org.br/wp-content/uploads/2013/02/INOVA%C3%87%C3%95ES-RECENTES-NA-REMUNERA%C3%87%C3%83O-VARI%C3%81VEL-EM-MINAS-GERAIS-CARACTER%C3%8DSTICAS-DA-PREMIA%C3%87%C3%83O-POR-PRODUTIVIDADE-BASEADA-NO-MODELO-DE-GEST%C3%83O-POR-RESULTADOS.pdf>> Acesso em 31 mai. 2016.

administração pública emprega agentes que possivelmente seriam dispensáveis caso a mesma atividade fosse desenvolvida em regime de mercado, assim como celebra contratos cujas atividades seriam desenvolvidas pelo próprio principal, em razão das dificuldades de monitoramento do agente.

A conclusão é que existe uma robusta dificuldade para se mitigar o problema do principal-agente no âmbito da administração pública, o que reforça a previsão de que os diálogos público-privados informais e os incentivos à corrupção jamais poderão ser eliminados²⁶⁵.

Embora os diálogos público-privados sejam inevitáveis e necessários, o grande risco que os acompanha refere-se justamente à possibilidade de que o agente público enfrente um conflito de interesses durante o exercício de seu cargo e se valha de sua posição para negociar interesses próprios, e não os interesses públicos. O problema do principal-agente é acentuado pelo comportamento dos agentes econômicos, que frequentemente desafiam a idoneidade dos agentes públicos com propostas de captura. É o tema abordado adiante.

2.3.4 O risco de captura: agentes públicos a serviço de agentes econômicos

Com efeito, inúmeras vezes o Poder Público faz publicar editais, convocando empreiteiras para realização de obras de vulto, mas o ato convocatório, analisado mais profundamente, permite descobrir a verdadeira intenção da autoridade, ao colocar, entre os requisitos exigidos aos proponentes, algo – condição ou fórmula – que, dificilmente, em dado prazo e em único contrato, poderia ser cumprido. Esse requisito, entretanto, já está preenchido por um dos licitantes, isto é, o futuro e certo vencedor²⁶⁶.

Já foi visto que a atuação do agente público que voluntariamente sobreleva interesses privados em relação aos interesses públicos representa ato classificável como corrupção. Nesse caso, o agente público abusa do poder público que lhe foi confiado em prol de benefício privado, seja em seu favor ou de terceiros. Dito de outra forma, o agente público que persegue deliberadamente finalidades não públicas em favor de interesses privados está agindo de forma corrupta, ainda que, eventualmente, não exista propriamente a prática de suborno.²⁶⁷

²⁶⁵ Sobre a inviável eliminação dos incentivos da corrupção, cf. ROSE-ACKERMANN, Susan. **Corruption and government: causes, consequences, and reform**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1999, p. 95-96.

²⁶⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. Apresentação. In: CASTRO, Carlos Borges de. **Desvios na licitação**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1994.

²⁶⁷ Destaque-se que alguns autores adotam uma diferenciação entre o que seria a captura do estado e a corrupção burocrática. Nesse sentido, Tanya Bagashaka afirma que a primeira representaria o suborno para a elaboração de novas leis, normas ou regulações, enquanto a última se referiria ao suborno para a implementação de regras já existentes. Esta categorização não encontra grande utilidade no presente estudo, razão pela qual prefere-se a

O risco de que o agente público beneficie um grupo específico de particulares, em prejuízo à coletividade, é estudado na literatura das ciências sociais a partir da teoria da captura. A captura se perfectibiliza a partir do momento em que o agente público deixa de exercer as suas atividades em benefício da coletividade e, *propositadamente ou não*, passa a exercê-las indevidamente em favor de grupos de interesse, que o convenceram a fazê-lo. Ainda que essa teoria tenha sido elaborada a partir de estudos sobre a competência regulatória do estado, a sua essência pode ser estendida também para outras áreas de atuação estatal.

A origem do fenômeno da captura recai sobre um conjunto de comunicações estabelecidas entre agentes públicos e agentes econômicos – daí a íntima relação com o presente objeto de estudo. Nesse sentido, a utilização de diálogos público-privados para a captura de agentes públicos por agentes econômicos configura um dos maiores riscos da atividade administrativa, pois impõe graves consequências negativas ao processo de legitimação do estado perante a população. Leia-se o comentário de Daniel Carpenter e David A. Moss:

A crença generalizada de que interesses especiais capturam a regulação, e que nem o governo nem o público podem evitar isso, compreensivelmente enfraquece a confiança pública no governo e contribui para a sensação de que nosso sistema político não é capaz de responder aos desafios que enfrenta²⁶⁸.

Desde o conhecido artigo de George Stigler, de 1971, em que o autor apresenta a fundamentação econômica da teoria da captura regulatória, parece haver consenso acadêmico sobre o alto risco de que agentes públicos sejam cooptados por agentes econômicos e deixem de perseguir os interesses da coletividade²⁶⁹.

definição segundo a qual a captura, quando voluntária, é considerada como uma espécie de corrupção. Cf. BAGASHAKA, Tanya. Unpacking Corruption: The Effect of Veto Players on State Capture and Bureaucratic Corruption. In: **Political Research Quarterly**, Vol. 67, No. 1, mar. 2014, p. 165.

²⁶⁸ Cf. CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. **Preventing regulatory capture: special interest influence and how to limit it**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 2, tradução livre.

²⁶⁹ Leia-se excerto outrora escrito pelo autor a respeito desta publicação de George Stigler: “O autor partiu do pressuposto de que toda indústria que tiver influência política sobre os representantes políticos buscará controlar o acesso à entrada de seu mercado. Quanto à forma que isso ocorre, destacou que seria da própria natureza do comportamento dos representantes políticos, pautado pela busca da maximização dos seus interesses individuais, que, nesse caso, poderiam ser traduzidos por sucesso nas eleições (votos) e dinheiro. Como desdobramento do pressuposto, o autor chegou ao seguinte raciocínio: admitindo-se que grupos menores, mais informados a respeito da atividade a ser regulamentada e com maior quantidade de recursos, teriam melhores condições de atuar junto ao representante político, ou seja, conferir a ele votos e/ou dinheiro (financiamento de eleições, por exemplo), do que grupos maiores que, embora afetados pela atividade a ser regulamentada, possuem pouca informação específica sobre ela e menor capacidade de organização, como os próprios usuários, a regulação dos serviços tenderia a servir aos interesses dos grupos menores, representados pelos prestadores dos serviços. A regulação, que em tese serviria para atenuar os excessos, acabaria por acentuá-los.” Comentário em SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI): solicitação e apresentação de estudos e projetos para a estruturação de concessões comuns e parcerias público-privadas**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2013, p. 224-225. Cf. STIGLER, George J. The Theory of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2, No. 1, Spring, pp. 3-21, 1971.

George Stigler categorizou as quatro principais políticas que uma determinada indústria pode buscar por meio da captura de agentes públicos: (i) o subsídio financeiro direto; (ii) o controle sobre a entrada de novos concorrentes; (iii) o emprego do poder estatal para embaraçar substitutos ou para incentivar complementos ao seu próprio produto – por exemplo, operadores de linhas aéreas podem querer obstaculizar a construção de linhas férreas de longa distância e apoiar a construção de infraestrutura de acesso aos aeroportos; e (iv) o controle direto sobre os preços, uma vez que a fixação dos valores pode trazer taxas de retorno maiores do que a livre competição²⁷⁰. Como é evidente, todas essas estratégias precisam ser estruturadas por meio de diálogos público-privados, sejam formais ou informais.

De acordo com a teoria da captura, a regulação exercida pela administração pública não visa à correção das práticas de mercado ineficientes ou carentes de equidade, tal como defendido por quem sustenta a *teoria do interesse público*, e sim à maximização dos benefícios dos grupos de interesse que exercem influência sobre os agentes públicos²⁷¹. Assim, as agências reguladoras, que teoricamente deveriam representar o principal órgão institucionalizado de defesa dos interesses públicos sobre um determinado setor da economia, tal como *watchdogs* (cães de guarda, em tradução livre) do sistema econômico, acabam por subverter as competências administrativas em desprestígio dos interesses públicos²⁷².

Uma carta enviada em 1892 por Richard J. Olney, que no ano seguinte viria a ser empossado como o procurador-geral dos Estados Unidos da América, a Charles E. Pekins, à época presidente de uma companhia ferroviária estadunidense, é frequentemente citada como um demonstrativo de que o problema da captura acompanha as origens do exercício da competência regulatória pelo estado. Ainda que não possa ser considerada uma evidência de captura propriamente dita, a carta revela como agentes econômicos podem buscar esse objetivo. Leia-se o seguinte excerto destacado, em que o agente econômico é aconselhado a não se opor à agência reguladora dos serviços ferroviários dos Estados Unidos da América (*Interstate Commerce Commission – ICC*), mas a utilizá-la em favor de seus negócios:

A Agência, agora que suas funções foram limitadas pelos tribunais, é, ou pode ser, de grande utilidade para as ferrovias [companhias ferroviárias]. Ela satisfaz o clamor popular por uma supervisão governamental das ferrovias [companhias ferroviárias], ao mesmo tempo em que essa supervisão é quase inteiramente nominal. Além disso,

²⁷⁰ STIGLER, George. The Theory of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science* Vol. 2, No. 1, Spring, 1971, p. 4-6.

²⁷¹ POSNER, Richard. Teorias da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo (coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 50. Esta referência já foi empregada pelo autor em outro estudo.

²⁷² Cf. LEONE, Richard C. Public Interest Advocacy and the Regulatory Process. In: **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**, Vol. 400, The Government as Regulator, mar. 1972, p. 47

quanto mais antiga se torna a agência, mais inclinada estará para adotar o ponto de vista dos negócios e das ferrovias [companhias ferroviárias]. Torna-se assim uma espécie de barreira entre as empresas ferroviárias e as pessoas, bem como uma espécie de proteção contra a apressada e crua legislação hostil aos interesses da ferrovia [companhia ferroviária]... A parcela de sabedoria não é destruir a Agência, mas utilizá-la²⁷³.

Ainda sob uma perspectiva histórica, David Friedman também resgata a história da *Interstate Commerce Commission* (ICC). Segundo o autor, a agência foi criada pelo governo federal estadunidense em 1887 com o apoio de grande parte da indústria ferroviária. Em razão de uma acentuada competitividade no setor, à época, experimentava-se grande dificuldade para se fazer valer os acordos de cartel entre as operadoras ferroviárias, razão pela qual havia apoio para a atribuição de competência ao governo para o estabelecimento do preço das tarifas. Mais de cem anos após a sua origem, em 1989, o autor comentou que a agência remanesce servindo “às ferroviárias como um agente cartelizador” e que “ainda expandiu a sua autoridade para poder cobrir outras formas de transporte e impedi-las, sempre que possível, de prestar o serviço mais barato que as ferrovias”²⁷⁴.

Ainda nos Estados Unidos da América, a regulação sobre os táxis em Nova Iorque costuma ser citada como um exemplo contemporâneo de captura regulatória. Leia-se:

Um bom exemplo são as regulações dos taxis de Nova Iorque, que, rigorosamente, limitam o número de taxis a um total de 13,000 - o que é menos da metade que operava até mesmo durante os anos da Grande Depressão. Por causa da proibição à entrada de novos concorrentes, os taxistas conseguem atingir um lucro maior, os Nova Iorquinos pagam um preço mais alto e esperam mais tempo por um taxi do que o fariam em situações normais. Uma licença de taxi foi vendida em Nova Iorque, recentemente, por um Milhão de dólares, ilustrando assim o tamanho da renda que está sendo protegida²⁷⁵.

Comenta-se também o problema da captura a partir da conhecida estratégia de legitimação de normas regulatórias por meio do declarado – porém falso – propósito de conformidade com o “interesse público”. Leia-se:

Os grupos de lobistas sabem que seus interesses particulares devem ter pouco atrito com o público votante geral ou com os políticos que os representam. Então eles frequentemente disfarçam suas demandas na linguagem do “interesse público”. Produtores de tomate podem argumentar que a proibição da importação pode nos salvar de tomates de baixa qualidade ou de tomates com doenças provenientes do

²⁷³ A citação do excerto da carta consta de inúmeros trabalhos acadêmicos, como FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Free to choose**: a personal statement. New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1980, p. 197; e CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. **Preventing regulatory capture**: special interest influence and how to limit it. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 6, tradução livre.

²⁷⁴ FRIEDMAN, David D. **As engrenagens da liberdade**: guia para um capitalismo radical, 2ed. [ebook], trad. colaborativa não-oficial de Portal Libertarianismo e Estudantes pela Liberdade, 1989 (orig.), p. 38-39. Disponível em: <<http://www.libertarianismo.org/livros/aedl.pdf>> Acesso em 9 jan. 2015.

²⁷⁵ BUTLER, Eamonn. **Escolha Pública**: Um Guia. Belo Horizonte: Estudantes Pela Liberdade. Brasil, 2014, p. 50.

exterior, e que iria alavancar empregos agrícolas e a prosperidade local; companhias de ópera podem argumentar que uma cultura próspera de ópera ajuda a elevar-nos ou torna nosso país um destino mais atrativo aos turistas²⁷⁶.

Diego Comin e Bart Hobijn, em estudo empírico que reuniu e analisou dados históricos sobre a disseminação de novas tecnologias em vinte e três países nos últimos dois séculos, concluíram que a atividade de *lobby* pelos predecessores tecnológicos impacta significativamente a adoção e a difusão de novas tecnologias, pois impõe barreiras de entradas aos novos concorrentes²⁷⁷. Um exemplo local e contemporâneo desse conflito pode ser observado a partir das alegações de dificuldades de entrada de aplicações eletrônicas que facilitam o serviço de transporte individual urbano (*Uber* e *Cabify*, por exemplo) nos municípios brasileiros²⁷⁸.

Um elemento-chave para a compreensão das razões pelas quais o risco de captura é bastante prejudicial ao desenvolvimento regular de uma administração pública refere-se à constatação de que grupos de interesse menores, frequentemente formados pelos agentes econômicos, têm maior capacidade de influência do que grupos maiores, tal como a população em geral.

Essa assertiva é compartilhada por teóricos de diferentes vertentes das ciências sociais. Leia-se, por exemplo, o que sustenta Jürgen Heinrich, teórico da comunicação administrativa, para quem a organização de pequenos grupos de interesse é mais fácil do que a organização de grandes grupos. Segundo o autor, é por isso que o *lobby* realizado pelos fornecedores de bens costuma ser mais efetivo do que aquele realizado pelos consumidores. Isso explica também a forte presença de interesses associativos especiais no processo comunicativo e a ausência de interesses gerais de política econômica²⁷⁹.

²⁷⁶ Ibidem, p. 38.

²⁷⁷ COMIN, Diego; HOBIJN, Bart. Lobbies and technology diffusion. In: MIT Press, **The Review of Economics and Statistics**, Vol. 91, No. 2, May 2009, p. 242.

²⁷⁸ Leia-se o seguinte relato constante da Nota Técnica nº 51/2015/CGAA4/SGA1/SG/CADE: “89. [...] Em síntese, a Uber traz várias notícias, declarações e gravações que demonstram: (i) que várias entidades representantes de diversos segmentos da categoria de taxistas têm se coordenado no sentido de tentar aprovar leis para barrar a entrada de ERTs e cobrar das prefeituras locais a repressão da Uber nas ruas; e (ii) que as autoridades policiais e de trânsito locais têm se utilizado de contato próximo com taxistas, por grupos de mensagens e telefone, para otimizar a repressão de veículos Uber. No entender da Uber, várias das declarações teriam o caráter de ameaça no sentido de constrianger o poder público, principalmente quando taxistas retratam um cenário de calamidade iminente ou utilizam o direito de greve para conseguir algum provimento rápido do Legislativo ou Executivo.” Cf. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Nota Técnica nº 51/2015/CGAA4/SGA1/SG/CADE**, nov. 2015. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?VBBJLIs3rmW24Lpm-9Pg6BnCwr7-STokaZwrLy4cNmhsWkhebg508G8FWBIMR3hvxTrdi--ZqQ4HmbdzucS5tA#_Toc435019067> Acesso em 2 out. 2016.

²⁷⁹ HEINRICH, Jürgen. Wirtschaftspolitische Kommunikation. In: JARREN, Otfried; SARCINELLI, Ulrich; SAXER, Ulrich (ed.) **Politische Kommunikation in der demokratischen Gesellschaft**, 1998, p. 548-554.

Mancur Olson questiona a presunção comumente assumida de que indivíduos com interesses comuns tendem a se empenhar coletivamente para atingir esses interesses. Para chegar à conclusão, o autor explica que, ao mesmo tempo em que os indivíduos compartilham interesses comuns, eles também possuem interesses próprios e, por muitas vezes, antagônicos aos comuns. Assim, embora a sobredita presunção seja válida para grupos pequenos e intermediários, em grupos grandes os indivíduos não farão sacrifícios para colaborar com a ação coletiva, preferindo se abster e apenas colher os frutos do empenho dos demais membros. Por isso, “indivíduos em um grande grupo não têm incentivos para organizar um *lobby* para obter benefícios coletivos”²⁸⁰.

Eamonn Butler, alinhado à escola da *Public Choice* (Escolha Pública, em tradução livre), leciona o seguinte: “Nesta luta entre interesses, pequenos grupos com interesses focados e afiados tem mais influência na tomada de decisão do que grandes grupos com preocupações mais difusas, como consumidores e pagadores de impostos”. E complementa: “Devido aos benefícios enormes que podem ser obtidos no processo político, é racional para o interesse do grupo gastar grandes somas em lobby para privilégios especiais – uma atividade conhecida como rentismo”. O autor também sintetiza a conclusão de Mancur Olson a partir do problema do comportamento caronista (*free rider*, na língua inglesa), uma espécie de parasitismo: “Se um lobby de consumidores tivesse sucesso em obter concessões de políticos, todos os consumidores iriam beneficiar-se, participando ativamente ou não da campanha”. E questiona: “Então, por que deveria qualquer indivíduo contribuir, quando eles podem aproveitar-se do esforço dos outros?”²⁸¹.

David Friedman aborda a mesma temática, ressaltando que os custos marginais para que o usuário do serviço público empreenda esforços para influenciar os representantes são maiores do que o respectivo e potencial benefício marginal. Para os agentes econômicos regulados, contudo, a relação entre benefício e custo é amplamente favorável. Leia-se:

Para que eu, um passageiro ocasional, possa fazer alguma coisa a respeito, seria necessário acompanhar como cada membro da comissão votou, por quem eles foram indicados e como o meu congressista votou em cada projeto relacionado com a regulamentação aérea. Tendo feito isso, a chance do meu voto ou qualquer pressão que eu possa fazer junto ao meu congressista ou ao presidente pra alterar a situação é de uma em milhões. E se for bem sucedido, tudo o que eu conseguiria seria a economia de uns cem dólares por ano em tarifas mais baratas. Não vale a pena. Para a indústria aérea, a mesma pesquisa, sustentada por uma quantidade bem maior de votos e dinheiro, traz um retorno de muitos milhões de dólares. Para eles, vale a pena. Não é

²⁸⁰ OLSON, Mancur. **The logic of collective action: public goods and theory of groups**. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 1971, p. 1-10, 126-127, 132.

²⁸¹ BUTLER, Eamonn. **Escolha Pública: Um Guia**. Belo Horizonte: Estudantes Pela Liberdade. Brasil, 2014, p.6-7, 19.

que elas sejam mais ricas do que todos os passageiros combinados; não são. Mas elas estão concentradas e nós estamos dispersos²⁸².

Basicamente, a teoria da captura adota o pressuposto de que agentes econômicos buscarão influenciar os agentes públicos responsáveis pelos processos decisórios, a fim de que a atuação administrativa lhes seja favorável. Como os agentes econômicos potencialmente afetados pelas decisões administrativas encontram-se em menor número e recebem os efeitos dessas decisões de maneira mais intensa – imagine-se a estruturação de programa de concessões ou a regulação de uma atividade mercantil, por exemplo –, eles terão maior facilidade e maiores incentivos para organizar uma operação de captura de agentes públicos²⁸³.

É comum que agentes econômicos busquem perfectibilizar a captura por meio da contratação de indivíduos com trânsito e influência perante os órgãos e entidades da administração pública, ou seja, pessoas com acesso fácil e que dominam a arte dos diálogos público-privados, sejam formais ou informais. Como verifica atentamente Zephyr Teachout, “a função social do lobista é transformar dinheiro em poder político. Lobistas são contratados como alquimistas, para que transformem dinheiro em poder por intermédio da produção de informação e o cuidadoso uso de influência”²⁸⁴. A relação do *lobby* com a opacidade em diálogos com representantes estatais pode ser identificada na própria nomenclatura, haja vista que “a palavra foi primeiramente utilizada no início do século XIX, quando influenciadores pagos começaram a passar o tempo nas antecâmaras (*lobbies*) dos prédios parlamentares e de hotéis, usando meios diretos e indiretos para servir aos seus clientes”²⁸⁵.

A partir dessa reflexão, entende-se por que a atividade de *lobby* é “comumente percebida de forma negativa, como a concessão de vantagens especiais a ‘vozes de interesses ocultos’ e com negociações realizadas atrás de portas fechadas”, o que acabaria por substituir “os ‘desejos de toda a comunidade’ no processo decisório público”, como ensina János Bertók²⁸⁶.

²⁸² FRIEDMAN, David D. **As engrenagens da liberdade: guia para um capitalismo radical**, 2ed. [ebook], trad. colaborativa não-oficial de Portal Libertarianismo e Estudantes pela Liberdade, 1989 (orig.), p. 88-89. Disponível em: <<http://www.libertarianismo.org/livros/aedl.pdf>> Acesso em 9 jan. 2015.

²⁸³ A maior facilidade de unificar os interesses em um grupo pequeno também pode ser depreendida da seguinte passagem de Eamonn Butler: “Os indivíduos possuem interesses, crenças e valores; um grupo não possui interesses, crenças ou valores intrínsecos – somente os oriundos dos indivíduos que compõem tal grupo.” Cf. BUTLER, Eamonn. **Escolha Pública: Um Guia**. Belo Horizonte: Estudantes Pela Liberdade. Brasil, 2014, p. 12.

²⁸⁴ TEACHOUT, Zephyr. **Corruption in America: from Benjamin Franklin’s snuff box to Citizens United**. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2014, p. 144, tradução livre.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 149, tradução livre.

²⁸⁶ Cf. BERTÓK, János. Lobbying: What Framework for Enhancing Transparency? In: Zeitschrift für Politikberatung (ZPB) / Policy Advice and Political Consulting, Vol. 2, No. 1, April 2009, p. 125, tradução livre.

A teoria da captura parte do pressuposto de que, como regra geral, os agentes públicos responsáveis pelos processos decisórios estarão sujeitos à captura pelos agentes econômicos. Assume-se que os agentes públicos, com alguma frequência, na busca egoística de seus interesses pessoais, podem descumprir as suas obrigações funcionais e deixar de perseguir o interesse público para militar em favor dos agentes econômicos com quem se comunicam.

De mais a mais, os agentes econômicos capturadores sabem que a transparência e a competição de interesses, tal como ocorre em um diálogo público-privado formal, dificultam o sucesso dessa estratégia. Nesse contexto, o agente econômico subversor até pode participar ocasionalmente de algum diálogo público-privado formal, mas, muito provavelmente, nessa situação as comunicações informais é que efetivamente condicionarão a decisão administrativa; o processo administrativo, portanto, será estruturado com o fito de maquiagem a captura.

A legitimação da captura por meio de diálogos público-privados formais é uma estratégia que pode trazer ótimos resultados para os agentes econômicos, uma vez que a falsa sensação de que o processo administrativo foi transparente e contou com a participação de outros interessados confere aspecto de segurança jurídica e de consensualidade à decisão da administração pública. É a repisada afirmação de que os grupos de interesse “frequentemente disfarçam suas demandas na linguagem do ‘interesse público’”, pois “sabem que seus interesses particulares devem ter pouco atrito com o público votante em geral ou com os políticos que os representam”²⁸⁷.

Em perspectiva de caráter fatalista, os defensores radicais da teoria da captura afirmam que os agentes econômicos sempre buscarão dialogar com os agentes públicos competentes para fazer prevalecer os seus interesses – e frequentemente terão sucesso nessa empreitada. É a declaração de George Stigler: “Propomos a seguinte hipótese geral: toda indústria ou ocupação que tiver poder político suficiente para utilizar o estado buscará controlar a entrada [de novos competidores]”²⁸⁸.

Em perspectiva mais amena, Daniel Carpenter e David A. Moss defendem que a captura deve ser analisada a partir da intensidade com que se manifesta, e não de sua simples presença ou ausência. Com esse propósito, os autores distinguem o fenômeno em dois gêneros, a *captura forte* e a *captura fraca* (*strong capture* e *weak capture*, na língua inglesa)²⁸⁹.

²⁸⁷ BUTLER, Eamonn. **Escolha Pública**: Um Guia. Belo Horizonte: Estudantes Pela Liberdade. Brasil, 2014, p. 38.

²⁸⁸ STIGLER, George. The Theory of Economic Regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science** Vol. 2, No. 1, Spring, 1971, p. 5, tradução livre.

²⁸⁹ CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. **Preventing regulatory capture**: special interest influence and how to limit it. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 11-12.

A captura forte seria aquela em que a violência aos interesses públicos é tamanha que a coletividade seria mais bem atendida caso não houvesse a regulação ou mediante uma abrangente substituição da política adotada ou da agência reguladora em questão. Neste caso, os custos da regulação sobrelevam os seus benefícios. A captura fraca, em contraste, seria aquela em que os grupos de interesse influenciam e comprometem a capacidade de regulação, mas a atividade ainda traria benefícios à sociedade, mesmo que reduzidos; ou seja, o saldo final seria positivo²⁹⁰.

Diferentemente de George Stigler, os autores Daniel Carpenter e David A. Moss sustentam que a captura forte pode ser evitada, embora reconheçam a premissa de que alguma parcela de captura fraca esteja sempre presente. Como sustentam que a desregulação não é a solução adequada para a captura fraca, os autores preferem responder a esse problema a partir de políticas de limitação e mitigação do fenômeno. Argumenta-se que, embora a captura seja uma ameaça real e genuína para a regulação, em algumas circunstâncias a regulação continuará necessária para proteger a coletividade e “evitar catástrofes”. Adotando o pressuposto de que é possível prevenir ou mitigar a captura, os autores defendem a importância de se investigar como isso pode acontecer²⁹¹.

A opinião de que, em alguns casos, o desvio de conduta dos agentes públicos não afeta o saldo final positivo da atuação administrativa pode ser igualmente identificada na obra de Peter Evans. O autor sustenta que estados desenvolvimentistas “[p]odem não estar imunes à ‘orientação para a renda’ ou à utilização de parte do excedente social para os fins dos ocupantes de cargos e seus amigos, e não para os da cidadania como um todo”, mas que, numa análise geral, as “conseqüências de suas ações antes promovem que impedem o ajuste econômico e a transformação estrutural”²⁹².

A discussão sobre a real viabilidade de que a regulação estatal se afaste da captura forte e resulte em benefício à coletividade ultrapassa os limites do presente estudo, embora seja decoroso revelar que, se fosse necessário se posicionar, o autor deste estudo filiar-se-ia à corrente dos teóricos que sustentam de forma mais intensa e gravosa o problema da captura.

A despeito dessa controvérsia, concorda-se com Daniel Carpenter e David A. Moss a respeito da importância de uma investigação sobre as formas de prevenção ou mitigação do fenômeno da captura, especialmente quando considerado, como já afirmado, que a desregulação

²⁹⁰ Idem.

²⁹¹ Ibidem, p. 5,12.

²⁹² EVANS, Peter. **O Estado como problema e solução**. Lua Nova, São Paulo, n. 28-29, Abr. 1993, p. 117.

representa uma medida distante da realidade brasileira, pois não é significativamente encampada pela sua classe política, encontrando barreiras também na constituição federal.

As potenciais soluções para o problema da captura serão analisadas no próximo capítulo. Preliminarmente, no entanto, examine-se uma forma peculiar de captura, que está diretamente relacionada ao desenvolvimento de diálogos público-privados: a captura informacional.

2.3.5 A imposição da opacidade a partir do abuso do direito à participação: o risco da captura informacional

A captura informacional é uma estratégia empregada por agentes econômicos para que o agente público atue involuntariamente em favor de interesses privados. Essa variante é definida como “o uso excessivo da informação e de custos relacionados à informação como um meio de obter controle sobre a tomada de decisão regulatória em processos informais de criação de normas”²⁹³.

Conquanto essa teoria também tenha sido desenvolvida com base no contexto regulatório, não há razões para deixar de aplicar as suas reflexões sobre as demais áreas de atuação da administração pública – as contratações públicas, por exemplo. Isso porque, como se verá, o risco de captura informacional está presente em todos os cenários em que existem diálogos público-privados.

Wendy Wagner, autora responsável pelo estudo que colocou em evidência a captura informacional, considera que essa espécie de captura “representa o lado negro de um sistema de governo transparente, equânime e aberto” e explica que o fenômeno pode ocorrer involuntariamente, como o resultado de incentivos do próprio direito administrativo, ou voluntariamente, quando o grupo de interesse emprega essa estratégia com o deliberado propósito de obter controle ou domínio sobre o processo decisório²⁹⁴.

Em suma, por meio da captura informacional, o grande volume de informações técnicas e legais despejado no processo por um participante obstaculiza o acompanhamento do diálogo público-privado pelos demais interessados, fazendo com que eles desistam ou não

²⁹³ WAGNER, Wendy E. Administrative law, filter failure, and information capture. *Duke Law Journal*, Vol. 59, No. 7, April 2010, p. 1325, tradução livre.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 1325-1339, 1399-1400.

consigam discutir efetivamente os méritos da causa. A própria administração pública, sem poder contar com a competição para o equilíbrio de interesses, acaba não conseguindo fazê-lo por conta própria e sucumbe à captura informacional²⁹⁵.

Diversos são os métodos de operacionalização dessa tática, como o encaminhamento massivo de cartas e documentos, a realização de um grande volume de ligações telefônicas, reuniões, memorandos de *follow-up*, comentários formais, petições de reconsideração e interposição de recursos por um determinado grupo de interesse durante o processo decisório. Em síntese, esses exemplos retratam a apresentação unilateral de um volume imenso de informações no âmbito de um procedimento de diálogo público-privado formal²⁹⁶.

Esse comportamento resulta num “efeito metralhadora” sobre a equipe de agentes públicos, que não raramente, a despeito disso, já estaria sobrecarregada. O problema dessa “tática de guerrilha” nos diálogos público-privados é que, como a legislação não permite que os agentes públicos desconsiderem os *inputs* recebidos pelos particulares interessados, esses agentes não conseguem se blindar da avalanche de informações que recebem, tendo o dever de analisá-las todas e de respondê-las. Caso não o façam, corre-se o grande risco de que a norma seja judicialmente invalidada – risco que é habilmente manejado pelo grupo de interesse, que se vale de ameaças de judicialização, por exemplo²⁹⁷⁻²⁹⁸.

Uma importante consequência dessa estratégia é que outros grupos de interesse, menos organizados e com menos recursos financeiros, tal como geralmente se caracterizam aqueles em defesa de interesses difusos e coletivos, passam a enfrentar muita dificuldade para continuar participando do processo, pois não possuem tempo, recursos ou *expertise* para rever toda a informação que passou a fazer parte do processo administrativo. Com o reduzido engajamento desses grupos menos estruturados, a competição de interesses deixa de existir e o risco de

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 1325-1329.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 1325-1339.

²⁹⁷ No Brasil, o dever jurídico de resposta administrativa às propostas encaminhadas pelos particulares deriva do próprio direito de petição (alínea “a” do inciso XXXIV do artigo 5º da constituição federal) e do direito de participação na administração pública (parágrafo único e inciso II do artigo 1º e parágrafo 3º do artigo 37 da Constituição Federal). O direito à resposta pode ser mitigado caso haja abusos, conforme prevê o parágrafo 2º do artigo 38 da Lei Federal nº 9.784/1999, que permite a recusa das provas apresentadas pelo particular, durante a instrução do processo administrativo, quando tal contribuição for ilícita, impertinente, desnecessária ou protelatória. O dever de resposta também existe em outros países. Note-se, nos Estados Unidos da América, por exemplo, o comando contido no §553 (c) do *Administrative Procedure Act*, em que se determina que a agência “deve conceder às pessoas interessadas a oportunidade de participar na produção da norma por meio da submissão de dados escritos, pontos de vista ou argumentos com ou sem a oportunidade para a apresentação oral. Após a consideração sobre as questões relevantes apresentadas, a agência deverá incorporar nas regras adotadas uma declaração geral e concisa sobre as suas bases e propósitos”. Cf. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Administrative Procedure Act**, 1946. Disponível em: <<https://www.archives.gov/federal-register/laws/administrative-procedure/553.html>> Acesso em 24 jan. 2016. Tradução livre.

²⁹⁸ WAGNER, Wendy E. Administrative law, filter failure, and information capture. *Duke Law Journal*, Vol. 59, No. 7, April 2010, p. 1325, 1353-1354.

captura informacional se agrava, permitindo que o grupo dominante controle os resultados da regulação a partir do uso da informação²⁹⁹.

É semelhante ao risco identificado por Nick Malyshev como *fadiga consultiva* (“*consultation fatigue*”, na língua inglesa), em que os grupos de interesses se sentem sobrecarregados pelo volume de material sobre os quais são consultados³⁰⁰.

Em análise sobre cenário dos Estados Unidos da América, Wendy Wagner considera como ingênua a pressuposição presente nas normas de direito administrativo de que o maior volume de informação é necessariamente melhor para o processo decisório. A autora indica que a origem do problema da captura informacional não é a incapacidade do direito administrativo em promover uma governança aberta e transparente, mas a sua falha em otimizar a qualidade ou a natureza dessas comunicações – é o que a autora denomina por *falha de filtro* (*filter failure*, na língua inglesa). Ou seja, há uma carência de incentivos para que os participantes introduzam informações de forma aprimorada nos diálogos público-privados, o que leva a um cenário de pouca eficiência e efetividade³⁰¹.

A crítica é dirigida a um direito administrativo que apenas incentiva a ampla participação e a transparência, o que cria um centro gravitacional de informações, mas não assegura o adequado processamento pelos agentes públicos ou pelos demais interessados. Ou seja, o próprio sistema pode incentivar a sobrecarga de informações. Isso ocorre especialmente nas áreas em que existe uma regulação complexa, técnica, detalhada, de difícil tradução para o público leigo. Sem a pressão de grupos de interesse distintos e na ausência de uma autoridade central com incentivos para equilibrar essa representação incompleta, o resultado da atuação administrativa pode se tornar enviesado em favor do grupo de interesse dominante³⁰².

A teoria da captura informacional acresce novas dificuldades àquelas já identificadas como próprias dos grupos de interesses maiores, tal como descrito pela teoria da ação coletiva de Mancur Olson³⁰³. Assim, para além dos obstáculos de simples organização para a participação nos diálogos público-privados, os grupos menos estruturados e a própria administração pública também podem encontrar impedimentos para o processamento das

²⁹⁹ Ibidem, p. 1325-1333.

³⁰⁰ Nick Malyshev refere-se a constatações percebidas no Reino Unido e no Canadá num contexto distinto, mas semelhante, em que as exaustivas consultas conduzidas por agentes reguladores causaram uma aparente fadiga nos grupos de interesse, pelo excesso de informação a responder. Cf. MALYSHEV, Nick. **The evolution of regulatory policy in OECD countries**. Paris: OECD, 2008, p. 15. Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/41882845.pdf>> Acesso em 27 jan. 2016.

³⁰¹ WAGNER, Wendy E. Administrative law, filter failure, and information capture. *Duke Law Journal*, Vol. 59, No. 7, April 2010, p. 1326-1328.

³⁰² Ibidem, p. 1326.

³⁰³ OLSON, Mancur. **The logic of collective action: public goods and theory of groups**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1971, p. 1-10, 126-127, 132.

informações em discussão. Ao elevado custo de organização, adiciona-se o não menos elevado custo de processamento da informação – que pode ser proposital e artificialmente engrandecido, extrapolando o que seria necessário ou justificado em situações normais³⁰⁴.

O excesso de informação depositada por um agente econômico cria oportunidades e incentivos para que os agentes públicos se encontrem com esse agente econômico em ambiente extraprocessual – ou seja, para que mantenham um diálogo público-privado informal. E, ainda que a legislação exija que as comunicações mantidas sejam transparentes e acessíveis, essa regra é válida apenas enquanto o processo administrativo estiver vigente. Por consequência, “tanto antes como depois desse processo transparente, interessados detentores da informação e agentes públicos podem negociar normas regulatórias nas sombras”, em um cenário onde são tipicamente “livres da súmula obrigatória e de requisitos arquivísticos”³⁰⁵.

Considerado o contexto apresentado e partindo-se da verificação de que o risco de captura de agentes públicos por agentes econômicos é potencializado pelos diálogos público-privados informais e extraprocessuais, cumpre investigar quais seriam as possíveis estratégias de limitação e mitigação da opacidade dessas comunicações, em prol de um ideal cenário de visibilidade.

É esse o objeto de investigação do próximo capítulo.

2.4 Síntese parcial do capítulo

Os diálogos público-privados são frequentemente conduzidos em ambiente de acentuada opacidade pela administração pública brasileira, o que significa que muitos processos administrativos não registram a integralidade das informações que conduziram às suas conclusões.

Essa informalidade dos diálogos público-privados é característica que afronta o direito administrativo brasileiro, pois que a forma processual é obrigatória para a administração pública. Assim, em atenção às normas de direito administrativo, os diálogos público-privados deveriam ser integralmente desenvolvidos em ambiente processual. A comunicação extraprocessual inviabiliza a memória e o eventual exercício de resgate do processo

³⁰⁴ Cf. WAGNER, Wendy E. Administrative law, filter failure, and information capture. In: **Duke Law Journal**, Vol. 59, No. 7, April 2010, p. 1334-1335.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 1366, tradução livre.

administrativo decisório, o que obstaculiza a identificação e o controle sobre as eventuais ilicitudes pactuadas.

O ideal de plena processualidade e visibilidade sobre os diálogos público-privados é utópico, haja vista que uma parcela de informalidade comunicacional é inerente às relações jurídico-administrativas e sempre influencia os processos administrativos. Portanto, o direito administrativo, por si só, é incapaz de assegurar pleno controle sobre os diálogos público-privados.

O desvirtuamento intencional das finalidades administrativas depende do estabelecimento de canais sigilosos de comunicação, razão pela qual a opacidade dos diálogos público-privados é condição para a estruturação de esquemas de corrupção.

O problema é acentuado na contemporaneidade em virtude da disseminação da tecnologia da criptografia de ponta a ponta, pois o custo para a estruturação desses canais sigilosos é diminuto. Há ainda uma agravante relacionada à facilidade com que, por intermédio de moedas digitais, também transações financeiras sejam realizadas de forma universal, pouco custosa, instantânea e indetectável. Além disso, a ausência de formas predefinidas para o entabulamento de esquemas de corrupção, que nem sempre se estruturam a partir do pagamento de propinas, é um elemento complementar que dificulta a sua detecção.

A ausência de registro, publicidade e controle sobre os diálogos público-privados milita contrariamente ao processo de legitimação do estado perante a população em razão de que há um acentuado risco de que os agentes públicos deixem de se submeter à lei e de perseguir os interesses públicos durante essas comunicações. O risco de ausência de detecção sobre a eventual preponderância dos interesses privados do agente público é robustecido pela natural subjetividade e complexidade da atuação administrativa, conclusão que pode ser compreendida com o auxílio de elementos originários das ciências econômicas, especialmente a partir do problema do principal-agente

Por fim, existe a propensão de que agentes econômicos patrocinem o voluntário desprestígio dos interesses públicos pelo agente público, conforme a denúncia encampada pela clássica abordagem da teoria da captura. Existe também o risco de que diálogos público-privados sejam utilizados como instrumento para a denominada captura informacional, expediente por meio do qual o agente econômico obtém a prevalência dos seus interesses mediante o abuso do seu direito à participação nessas interlocuções.

3 EM BUSCA DE VISIBILIDADE: O IDEAL DE TRANSPARÊNCIA, ABERTURA À COMPETIÇÃO E ÉTICA NOS DIÁLOGOS PÚBLICO-PRIVADOS

Este capítulo examina e explora as potenciais medidas preventivas e repressivas dedicadas ao controle dos riscos dos diálogos público-privados. São as medidas que carregam potencial para converter a opacidade dos diálogos público-privados, conduzindo-os à visibilidade.

O destaque do capítulo remete à verificação de que a solução que possui o maior potencial assecuratório de aderência ao direito administrativo é a institucionalização de procedimentos específicos para os diálogos público-privados, que tenham como característico essencial a ampla abertura à participação competitiva-colaborativa dos agentes econômicos, o fomento à cultura de transparência ativa e o apreço às normas éticas de comportamento profissional.

3.1 Potenciais soluções para o controle dos riscos dos diálogos público-privados

Ainda que inexista estratégia que assegure o controle pleno sobre o risco de desvirtuamento dos diálogos público-privados, é manifesta a necessidade de se aprofundar a análise sobre as diferentes estratégias de controle, mesmo que de eficácia parcial. Isso porque, como visto anteriormente, essas comunicações são intrínsecas à própria concepção do estado contemporâneo e ao exercício da função administrativa, não havendo perspectiva de que os diálogos público-privados sejam eliminados, e sim de que permaneçam sendo conduzidos rotineiramente.

As medidas que visam à estruturação e à efetivação de controle podem ser classificadas cronologicamente como *preventivas* ou *repressivas*. Trata-se de uma classificação a partir da dimensão temporal das potenciais medidas dedicadas ao controle. A premissa é de que as ações somente podem ser adotadas com o objetivo de precaução, numa tentativa de impedir o início do evento que se pretende inexistente, ou com o objetivo de repressão, para remediar a

implementação do evento, punir os responsáveis e, simbolicamente, também, prevenir as próximas ocorrências.

É o tema abordado adiante: inicia-se pelas medidas repressivas e, depois, segue-se às medidas preventivas.

3.1.1 Análise sobre as potenciais medidas repressivas para o controle dos riscos dos diálogos público-privados

O estabelecimento de um sistema de monitoramento crível e apolítico que procure e penalize agentes públicos envolvidos em corrupção é a mais conhecida e evidente medida dissuasiva do fenômeno³⁰⁶. Tal estratégia repressiva se estende igualmente aos participantes de diálogos público-privados que servem à estruturação desses esquemas³⁰⁷.

A repressão estatal sobre os atos ilícitos cometidos pelos particulares é tradicionalmente percebida pela sociedade como uma forma legítima de uso da força pelo estado. Essas medidas repressivas possuem caráter restaurativo (compensação pelos danos causados) e preventivo (desencorajamento de atos ilícitos futuros). Portanto, mais do que um simples método de obter indenização e restabelecer o estado anterior das coisas, a aplicação de sanções sobre os indivíduos que infringem as normas jurídicas aplicáveis também possui algum caráter pedagógico e dissuasivo, pois orienta comportamentos e confirma o risco às potenciais operações ilícitas futuras.

Como o pleno conhecimento sobre os diálogos público-privados é um ideal utópico, é remota a probabilidade de que algum sistema de monitoramento atinja um nível de eficácia suficiente para coibir plenamente os seus desvios. Aliás, essa dificuldade é compartilhada por todas as estratégias repressivas dedicadas a fenômenos cujas características são propositadamente ocultadas; sobre os diálogos público-privados, entretanto, é soberbamente acentuada, haja vista os enormes desafios técnicos de sua detecção quando realizados em ambientes informais.

³⁰⁶ Cf. ROSE-ACKERMANN, Susan. **Corruption and government: causes, consequences, and reform.** Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1999, p. 78.

³⁰⁷ Considerada a relação frequente e orgânica entre a corrupção e os diálogos público-privados ilegítimos, medidas de controle já existentes para a contenção do abuso do poder público em benefício privado podem ser aproveitadas para este estudo. Isso porque, salvo nas ocasiões em que a corrupção é exclusivamente planejada e praticada por agentes públicos, o fenômeno depende justamente desses diálogos público-privados ilegítimos.

É o grande desafio das estratégias dissuasivas por repressão: as suas medidas precisam ser efetivamente implementadas para que surtam o efeito desejado. Ou seja, é necessário existir algum grau de confiança de que a lei será realmente imposta em caso de transgressão para que a eficácia dissuasiva dessa estratégia seja relevante em um amplo contexto administrativo.

Mitchell Polinsky e Steven Shavell sustentam que o problema da imposição efetiva da lei (*public enforcement of law*, na língua inglesa) depende de um sistema de decisões relativas aos seguintes indicadores: (i) o esforço governamental para aumentar a probabilidade de detecção dos atos ilícitos; (ii) o valor da multa potencialmente aplicável; (iii) a duração da eventual e potencial pena privativa de liberdade e; (iv) os parâmetros para a aferição da responsabilidade (seja a responsabilidade objetiva ou subjetiva). Para os autores, como regra geral, um indivíduo apenas cometerá um ato danoso se, e somente se, a utilidade por si esperada, considerados o ganho a ser obtido e a probabilidade de ser penalizado, superar a utilidade correspondente ao não cometimento do ato³⁰⁸.

Como a probabilidade de detecção dos diálogos público-privados informais tem baixa relação com o nível de esforços governamentais, pois, como visto, a estruturação de canais confidenciais e seguros de comunicação é uma operação simplificada na contemporaneidade, o efetivo caráter impositivo da lei torna-se significativamente prejudicado. Com isso, reduz-se também a eficácia do enrijecimento da penalidade aplicável ao agente corrupto. Afinal, como destaca Marçal Justen Filho, “[n]enhuma sanção concebida pelo Direito (nem a pena de morte) foi suficiente para eliminar a ilicitude. A severidade da sanção é insuficiente para eliminar a opção individual pelo ilícito”³⁰⁹.

De todo modo, o ordenamento jurídico brasileiro, nos últimos anos, recebeu uma série de inovações normativas cujo propósito foi de endurecer as penalidades aplicáveis aos agentes públicos e às pessoas jurídicas envolvidas em práticas de corrupção. Houve um movimento robustecedor das estratégias repressivas ao fenômeno, que elasteceu as hipóteses de enquadramento, a forma de apuração da responsabilidade e a gravidade das sanções.

É o contexto da Lei Federal nº 12.846/2013, conhecida como *Lei Anticorrupção*, que instituiu penalidades rigorosas para as pessoas jurídicas envolvidas em atos de corrupção. As penalidades legais previstas podem ser aplicadas às pessoas jurídicas representadas nos

³⁰⁸ POLINSKY, Mitchell; SHAVELL, Steven. The economic theory of public enforcement of law. **Journal of Economic Literature**. Vol. XXXVIII, 2000, p. 47, 49.

³⁰⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Corrupção e contratação administrativa – A necessidade de reformulação do modelo jurídico brasileiro. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 258, ago. 2015, p.722.

diálogos público-privados e dependem apenas de uma relação de responsabilidade objetiva, e não subjetiva.

A norma foi promulgada em ambiente social de desconfianças sobre os relacionamentos público-privados, em movimento de resposta governamental aos anseios apresentados pela população em manifestações urbanas de protesto – conforme cenário anteriormente apresentado neste trabalho³¹⁰.

A lei tipifica atos que dependem necessariamente de diálogos público-privados para serem perfectibilizados. O ato de prometer e oferecer, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, previsto no inciso I do artigo 5º da Lei Anticorrupção, é exemplo manifesto de conduta que exige prévia comunicação. Os atos tipificados relacionados a fraudes perpetradas no âmbito das licitações públicas e contratos administrativos também dependem diretamente de diálogos público-privados para que possam ser materializados.

As penalidades previstas pela Lei Anticorrupção são significativamente rígidas. No âmbito administrativo, variam entre a aplicação de multa (que pode chegar a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ou, se não for possível utilizar esse critério, a R\$60.000.000,00) e a publicação extraordinária da decisão condenatória. Na esfera judicial, onde são mais severas variam desde o perdimento dos bens, direitos e valores obtidos, a suspensão ou interdição parcial das atividades, a proibição temporária de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações e empréstimos da administração pública (incluindo-se suas instituições financeiras e controladas) e a dissolução compulsória da pessoa jurídica, a mais grave das sanções, equivalente a uma “pena de morte” para a pessoa jurídica (artigos 6º e 19 da Lei Federal nº 12.846/2013).

Outros diplomas normativos são dedicados à repressão de eventos diretamente relacionados com o desvirtuamento de diálogos público-privados.

A Lei Federal nº 8.429/1992, conhecida como *Lei de Improbidade Administrativa*, é tipicamente aplicável aos agentes públicos e, de modo conjugado, aos particulares que induzem ou concorrem para a prática do ato de improbidade ou que dele se beneficiam. Diversas hipóteses previstas são dedicadas à sanção dos agentes que celebram ajustes indevidos a partir de diálogos público-privados informais e ilegítimos.

A título exemplificativo, cite-se o recebimento de qualquer tipo de vantagem econômica, “a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha

³¹⁰ A propósito, por exemplo, Sidney Bittencourt considera a Lei Anticorrupção uma “flagrante resposta aos inúmeros protestos de rua ocorridos em julho de 2013”. Cf. BITTENCOURT, Sidney. **Comentários à lei anticorrupção**: Lei 12.846/2013. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 21.

interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público” (inciso I do artigo 9º). Trata-se de um típico ato de corrupção em que há um *quid pro quo* ajustado entre o agente público e o agente econômico, que exige necessariamente uma prévia conduta comunicativa.

Outro exemplo de ato dialógico ilícito é a tipificação do exercício de consultoria ou assessoramento para agente econômico “que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade” (inciso VIII do artigo 9º). Diversos outros exemplos de atos de improbidade administrativa se qualificam pela característica comunicacional, como o ato de revelar a terceiro, “antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço” (inciso VII do artigo 11). Ou ainda, o ato de “revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo” (inciso III do artigo 11).

A Lei Federal nº 8.429/1992 prevê a aplicação de diferentes sanções, desde o perdimento dos bens acrescidos ilicitamente ao patrimônio, o ressarcimento integral do dano, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos por um período determinado, o pagamento de multa, até a proibição de contratar com a administração pública ou receber benefícios diretos ou indiretos por um determinado período (artigo 12).

Outra norma que possui disposições complementares é a Lei Federal nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses), que dispõe sobre os conflitos de interesses durante e após o exercício de cargo ou emprego de alta hierarquia no Poder Executivo federal.

A Lei de Conflito de Interesses se destaca pelo fato de que prevê a aplicação de sanções independentemente da configuração de danos ao erário ou de recebimento de qualquer vantagem indevida. Caso o agente público incorra em alguma das condutas que foram vedadas, estará automaticamente configurado o ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa, que se refere aos atos de improbidade violadores de princípios administrativos³¹¹. Sem prejuízo das demais sanções aplicáveis, o agente público também estará sujeito à pena disciplinar de demissão.

As tipificações previstas na norma pretendem impedir uma variedade de atos que se qualificam tipicamente como diálogos público-privados. Por exemplo, a divulgação de informação privilegiada em proveito de terceiro, obtida em razão das atividades exercidas

³¹¹ O enquadramento no artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa acontecerá nos casos em que a conduta não se enquadrar na tipificação dos artigos 9º ou 10 da norma, que são mais graves (enriquecimento ilícito e prejuízo ao erário, respectivamente), conforme estabelece o artigo 12 da Lei Federal nº 12.813/2013.

(inciso I do artigo 5º), a prestação de serviço ou a manutenção de relação de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão que participe o agente público (inciso II do artigo 5º) e a atuação do agente público, ainda que informalmente, como procurador, consultor, assessor ou intermediário de interesses privados perante a administração pública (inciso IV do artigo 5º). Há ainda vedações ao recebimento de presentes (inciso VI do artigo 5º) e à prestação de serviços a entidade controlada, regulada ou fiscalizada pelo ente ao qual o agente público está vinculado (inciso VII do artigo 5º). Algumas vedações permanecem, inclusive, por um período de quarentena equivalente a seis meses após o eventual desligamento do agente público (inciso II do artigo 6º).

Outras importantes medidas repressivas podem ser encontradas na Lei Federal nº 8.666/1993 (Lei de Licitações) e no Código Penal, que tipificam como crime alguns comportamentos derivados de diálogos público-privados.

É o que ocorre, por exemplo, em caso de fraude ou frustração do caráter competitivo da licitação pública, “mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente”, com o intuito de obter vantagem decorrente da adjudicação do objeto licitado (artigo 90 da Lei de Licitações). Ou ainda, nos crimes de corrupção passiva (artigo 317 do Código Penal), de advocacia administrativa (artigo 321 do Código Penal), de tráfico de influência (artigo 332 do Código Penal) e de corrupção ativa (artigo 333 do Código Penal).

Os cinco diplomas normativos mencionados (Lei Anticorrupção, Lei de Improbidade Administrativa, Lei de Conflito de Interesses, Lei de Licitações e Código Penal) representam exemplos de medidas repressivas que se aplicam aos diálogos público-privados³¹². As normas seguem a estratégia de elevação dos riscos dos custos dos esquemas ilícitos estruturados a partir do desvirtuamento comunicacional administrativo.

Contudo, como já anunciado, essas medidas possuem eficácia limitada, pois são parcialmente neutralizadas em razão das dificuldades técnicas de descoberta das ilicitudes pactuadas no âmbito de diálogos público-privados informais³¹³. Como é diminuta a capacidade

³¹² Este conjunto de leis não exaure as normas dedicadas à repressão de desvios potencialmente decorrentes de diálogos público-privados. Cite-se, por exemplo, a Lei Federal nº 8.730/1993, que obriga determinadas autoridades e servidores públicos da União à declaração dos bens, com indicação das fontes de renda, no início do exercício do cargo ou função, para acompanhamento da evolução patrimonial pelo Tribunal de Contas da União. A norma prevê penalidades para quem não proceder conforme as suas determinações. Essas outras normas, no entanto, parecem estar mais vinculadas à prevenção e ao fenômeno da corrupção do que com os diálogos público-privados em si, razão pela qual não foram elencadas e analisadas detalhadamente no estudo.

³¹³ Como a probabilidade de detecção dos diálogos público-privados informais encontra-se substancialmente diminuída na contemporaneidade, a comprovação de eventuais atos ilícitos é dificultada, o que distancia a possibilidade de repressão sobre tal desvirtuamento. Cumpre lembrar a exposição já apresentada no sentido de que os avanços tecnológicos na área de criptografia eletrônica permitiram a criação de formas eficientes e indetectáveis

de descoberta do conteúdo das comunicações, ou mesmo das transferências de recursos financeiros a título de suborno, torna-se igualmente reduzida a capacidade de comprovação do ato ilícito que desvia a finalidade administrativa. Consequentemente, é escassa a capacidade de imposição efetiva das leis que preveem a aplicação de penalidades.

O problema não é inédito para a doutrina administrativista. Como bem exalta Dinorá Adelaide Musetti Grotti, a dificuldade de detecção do desvio de poder deriva de seu “maior grau de complexidade, dadas as dificuldades apresentadas, desde a sua natureza até a percepção e comprovação de sua ocorrência no comportamento da Administração Pública”³¹⁴.

Analisando-se pela via contraposta a premissa de que a elevação dos custos das atividades ilícitas a partir de normas repressivas diminuirá a frequência do fenômeno, a menor probabilidade de detecção dos diálogos público-privados informais tem como consequência a sua maior probabilidade de ocorrência.

De todo modo, como ensina Marcelo Neves, “uma quantidade considerável de leis desempenha funções sociais latentes em contradição com sua eficácia normativo-jurídica”. Assim, a legislação pode servir a “finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico”, tal como uma “legislação simbólica”³¹⁵.

Por maior que seja a dificuldade para a detecção do fenômeno e por mais que a imposição efetiva da lei tenha eficácia meramente parcial, essas normas repressivas cumprem uma relevante função simbólica, de caráter preventivo e dissuasivo, que é seguramente suficiente para afastar os interlocutores de qualquer tentação pela ilicitude.

Voltar-se-á ao tema da eficácia normativa simbólica mais adiante, quando em estudo sobre o fomento à ética profissional. Passe-se à análise das medidas preventivas para o controle dos riscos dos diálogos público-privados.

3.1.2 Análise sobre as potenciais medidas preventivas para o controle dos riscos dos diálogos público-privados

de comunicação e de transferência de recursos, o que reduz ainda mais a eficácia das medidas repressivas aos desvios pactuados por meio dos diálogos público-privados.

³¹⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O desvio de poder em atos administrativos. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (org.). **Direito e administração pública**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 795.

³¹⁵ NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 67.

De maneira geral, as medidas preventivas buscam reformar a relação de custo e benefício sobre o desvirtuamento voluntário dos diálogos público-privados, aumentando-se a dificuldade ou o risco de uma conduta ilícita e, eventualmente, aumentando-se também o benefício alcançável por quem adota comportamentos em conformidade com a legalidade.

Em se tratando de controle sobre os desvios dos diálogos público-privados, as medidas preventivas se revelam mais eficazes do que as medidas repressivas. A principal causa para tal desequilíbrio refere-se à sobredita dificuldade contemporânea, ou, até mesmo, a virtual impossibilidade para se identificar ou comprovar o conteúdo eventualmente ilegítimo de um diálogo público-privado informal – o que é requisito para a aplicação das sanções. Inclusive, a própria função simbólica das medidas repressivas é, afinal, uma estratégia de caráter preventivo.

A preferência teórica pelas medidas preventivas em relação às medidas repressivas não é novidade na academia. Em análise sobre as estratégias cabíveis contra o fenômeno da corrupção, Susan Rose-Ackermann defende que o “objetivo primário deve ser reduzir os incentivos subjacentes ao pagamento e ao recebimento de propina, e não o reforço de sistemas de controle posterior”. Segundo a autora, os esforços para garantir a imposição efetiva da lei e o monitoramento das condutas não terão impactos de longo prazo caso as condições básicas que encorajam as recompensas da corrupção (*payoffs*, na língua inglesa) não forem reduzidas. Se os incentivos permanecerem, a eliminação de algum grupo de corruptos levará à simples criação de um novo grupo equivalente³¹⁶.

Lucas Rocha Furtado também apresenta uma preferência pelas medidas preventivas, argumentando que “[a] rigor, a ênfase no combate à corrupção deve-se referir justamente à prevenção. O melhor controle sempre será o de prevenir a ocorrência do ilícito, ou seja, impedir que o foco de corrupção ocorra”³¹⁷.

Igualmente, Samuel Issacharoff demonstra a sua predileção por mecanismos *ex ante*, preventivos, sobretudo por aqueles que evitam a atuação de um potencial agente conflitado no processo decisório. O autor considera que os esforços para se averiguar o eventual comprometimento do processo decisório em momento prévio à decisão são preferíveis quando em comparação com a revisão da decisão propriamente dita ou com a responsabilização dos

³¹⁶ ROSE-ACKERMANN, Susan. **Corruption and government: causes, consequences, and reform**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1999, p. 5-6, tradução livre.

³¹⁷ FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção no Brasil: estudo de casos e lições para o futuro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

envolvidos³¹⁸. Em suma, é unanimidade na doutrina que, “quando se trata de corrupção, a melhor solução é a prevenção”, como ensina Marçal Justen Filho³¹⁹.

As medidas preventivas para o fenômeno da corrupção – que, mais uma vez, prescrevem estratégias coincidentes para o controle sobre os riscos dos diálogos público-privados informais – podem ser classificadas conforme o seguinte:

- a) eliminação de programas governamentais;
- b) privatização de ativos estatais;
- c) reforma de programas governamentais;
- d) reforma administrativa; e
- e) reforma no sistema de licitação pública³²⁰.

Siga-se a uma análise sobre essas categorias.

Considerado o regime jurídico-político brasileiro, em que é vigente uma constituição federal que atribui inúmeros poderes-deveres ao estado, é juridicamente inviável que seja implementada uma estratégia de eliminação de programas governamentais como medida sistemática para combater os riscos de desvios nos diálogos público-privados.

Não há dúvidas de que essa estratégia possui grau de eficácia pleno para a mitigação desses riscos, uma vez que elimina parcelas da própria atuação administrativa e, assim, faz desvanecer a necessidade ou a utilidade do diálogo público-privado pelo desaparecimento de competências dos agentes públicos. Se um programa governamental é eliminado, os interesses econômicos de ambos os interlocutores do diálogo público-privado se dissipam. Ou seja, nem o agente econômico estará interessado em dialogar com o agente público, pois dele nada poderá ou necessitará obter, nem o agente público terá motivos para se comunicar com o particular, já que nada poderá oferecer ou deverá demandar.

Caso a eliminação de programas governamentais configure uma estratégia preventiva de controle pontualmente empregada, então haverá sintonia com o ordenamento jurídico vigente. Contudo, numa perspectiva mais ampla e sistemática, a estratégia é incompatível com o modelo de organização político-social adotado no Brasil.

³¹⁸ ISSACHAROFF, Samuel. Legal responses to conflicts of interest. In: MOORE, Don A.; CAIN, Daylian M.; LOEWENSTEIN, George; BAZERMAN, Max H. (ed). **Conflicts of interest: challenges and solutions in business, law, medicine, and public policy**. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 200-201.

³¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Corrupção e contratação administrativa – A necessidade de reformulação do modelo jurídico brasileiro. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 258, ago. 2015, p. 722.

³²⁰ Classificação de Susan Rose-Ackermann. Cf. ROSE-ACKERMANN, Susan. **Corruption and government: causes, consequences, and reform**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1999, p. 39, 52. A autora elenca também as leis anticorrupção e seu poder de dissuasão, cuja eficiência está relacionada à probabilidade de detecção e de punição à penalidade imposta – neste estudo, esta estratégia de controle foi classificada na categoria de medidas repressivas do fenômeno, embora também contribua para a sua prevenção.

A eliminação de todos os programas governamentais representaria a solução derradeira para os riscos dos diálogos público-privados, pois as comunicações deixariam de existir. Essa medida enérgica, no entanto, não harmoniza com a constituição federal. Uma análise mais aprofundada a respeito dessa solução, notoriamente disruptiva e que recebe contornos anárquicos, foge ao escopo deste estudo e, mais precisamente, deste tópico, pois não versa direta e especificamente sobre o controle dos diálogos público-privados, mas à sua cessação. É matéria afeta à ciência política e, no máximo, à economia, com contornos ideológicos, que guarda relação meramente indireta com o direito.

Em síntese, a eliminação de programas governamentais configura a estratégia disruptiva com o maior potencial de eficácia para o afastamento dos riscos dos diálogos público-privados, mas é solução que não busca controlar o ambiente dessas comunicações, e sim extingui-las.

A privatização de ativos estatais, que forma a segunda categoria elencada, é medida preventiva equivalente, pois também objetiva eliminar a possibilidade ou a necessidade dos diálogos público-privados.

Sustenta-se que a privatização pode reduzir a corrupção porque retira os ativos do estado e converte toda a discricionariedade para a iniciativa privada, dirigida precipuamente por escolhas de mercado. Isto é verdade. Contudo, como alerta Susan Rose-Ackermann, o próprio processo de transferência desses ativos para a iniciativa privada pode ser carregado de oportunidades de corrupção³²¹.

Há, portanto, um risco complementar na estratégia de privatização de ativos estatais. Por mais que evite o vilipêndio do erário após a passagem para a iniciativa privada, danos podem ser causados justamente durante o trespasse. É possível que diálogos público-privados informais sejam determinantes durante o processo dessas privatizações, dando azo a práticas de corrupção e de captura dos agentes públicos responsáveis pelo processo administrativo.

Embora haja semelhanças com as oportunidades de corrupção em licitações públicas comuns e de concessões, o risco nas privatizações é agravado pelo fato de que frequentemente não há meios confiáveis para a avaliação financeira dos ativos da empresa estatal, bem como há pouca informação sobre o regime regulatório e tributário que regerá aquela atividade econômica após a operação. Ainda, as autoridades podem apresentar informações ao público que façam com que a empresa pareça menos valiosa do que realmente é, enquanto repassa as

³²¹ Cf. ROSE-ACKERMANN, Susan. **Corruption and government: causes, consequences, and reform.** Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1999, p. 36-37.

verdadeiras informações para aqueles favorecidos por meio de diálogos público-privados ilegítimos³²².

Caso a privatização de ativos represente a transferência integral de bens aos agentes econômicos e a utilização desses bens não seja acompanhada de alguma política de regulação, ou seja, caso haja uma privatização integral dos bens e da própria atividade, então essa medida preventiva também pode ser enquadrada como uma solução que visa à extinção dos diálogos público-privados. Nesse caso, após a privatização, o resultado é equivalente à eliminação de um programa governamental.

Repita-se que a eliminação de programas governamentais e a privatização de ativos estatais interrompem a possibilidade de que seja estruturado um fluxo recíproco entre poderes econômicos e poderes políticos. Contudo, a medida dificilmente será adotada, uma vez que os programas governamentais e os ativos estatais são percebidos como essenciais pela constituição federal, pela grande maioria dos indivíduos e dos agentes políticos que compõem a sociedade brasileira.

Em relação às reformas de programas governamentais e às reformas administrativas, incluindo-se a reforma no sistema de licitações públicas, que representam as demais categorias de medidas preventivas aos riscos dos diálogos público-privados, há uma relevante distinção.

Essas medidas preventivas não visam à eliminação dos diálogos público-privados, mas à reforma do contexto normativo em que essas comunicações ocorrem, a fim de que sejam potencialmente fiscalizadas e controladas.

As reformas de programas governamentais e as reformas administrativas estão diretamente relacionadas com possíveis alterações normativas, sejam elas em âmbito legal ou infralegal. Também compreendem alterações com um caráter mais operacional, categoria em que se enquadra, por exemplo, a capacitação de agentes públicos, a execução de medidas para uma maior eficiência nas comunicações internas e externas, ou mesmo a implementação de um programa para a disseminação de uma cultura de ética profissional entre os agentes públicos.

Um exemplo de medida preventiva de reforma administrativa é a presente defesa pela institucionalização de diálogos público-privados, para que possam ser conduzidos em ambiente procedimental, que permita o adequado registro e controle, em fuga à opacidade. É sobre essa medida preventiva que será dedicada maior atenção.

Uma importante diretriz é evitar que essa reforma seja simplesmente tendente a implementar um maior controle burocrático. Desconfia-se da possibilidade de que o

³²² Idem.

robustecimento da burocracia administrativa resulte, ele próprio, em novas oportunidades de captura ou corrupção, ou ainda, que inviabilize a função administrativa pela redução desproporcional de sua eficiência.

Tome-se como exemplo uma reforma administrativa sugerida para o problema da captura no contexto regulatório. Segundo Richard Posner, uma possível solução reporta-se à denominada “competição regulatória”. A ideia é que os agentes regulados observem as normas de uma pluralidade de entidades reguladoras, o que dificultaria a conspiração entre os agentes regulados e os agentes reguladores. Contudo, como afirma o próprio autor, essa solução costuma trazer efeitos colaterais, como uma redundância dispendiosa, incrementando os custos de aderência à legalidade, já que haverá a necessidade de observar uma multiplicidade de normas regulatórias³²³⁻³²⁴. Para além disso, ainda que a pluralidade de agentes reguladores dificulte a captura de todos os agentes públicos responsáveis pela atividade, nada impede que haja uma captura parcial, suficientemente efetiva para bloquear a entrada de novos agentes econômicos no setor. Ou ainda, o que seria mais grave, suponha-se uma atuação conluiada entre os diferentes agentes reguladores, o que poderia construir uma barreira ainda mais sólida contra a concorrência – e, em um país historicamente conhecido por práticas de caráter patrimonial, em que cargos administrativos são lotados a partir de apadrinhamentos políticos, essa não é uma hipótese que deve ser ignorada³²⁵.

A reflexão auxilia a ilustrar as dificuldades que permeiam a imposição de uma regulamentação efetiva e benéfica sobre os diálogos público-privados, medida preventiva que demanda reformas sobre o direito administrativo e sobre a própria cultura administrativa. Como alertou Frédéric Bastiat, uma norma não gera somente um efeito, mas uma série de efeitos; e somente o primeiro é imediato, manifestando-se em conjunto com a sua causa. “Os outros só aparecem depois e não são visíveis. Podemos-nos dar por felizes se conseguirmos prevê-los”³²⁶.

³²³ POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 9ª ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014, p. 871-875.

³²⁴ Lembre-se que o aumento dos custos de aderência à legalidade, ou seja, com as medidas necessárias para a observação das normas internas e jurídicas aplicáveis, por si só, diminui a eficiência da regulação, já que um dos principais objetivos desta competência é assegurar um preço módico da utilidade pública oferecida ao cidadão. O aumento dos custos de operação dos agentes econômicos regulados certamente terá de ser repassado aos usuários.

³²⁵ Ainda em atenção ao exemplo, um cenário diferente poderia emergir caso o agente regulado pudesse optar livremente por uma única agência reguladora dentre uma pluralidade delas, pois, neste caso, aquelas que mantivessem práticas de corrupção ou de captura poderiam ser evitadas pelos novos ingressantes. Porém, isto significaria, de certa forma, esvaziar o poder regulador de cada agência e assim, em alguma medida, a própria competência regulatória, uma vez que as suas normas deixariam de ter a universalidade e a imperatividade que hoje possuem. Dessa sorte, o proclamado equilíbrio de interesses entre usuários e agentes regulados poderia ser prejudicado, já que os agentes regulados poderiam escolher agências reguladoras cujas regras lhes fossem mais favoráveis.

³²⁶ BASTIAT, Frédéric. **Frédéric Bastiat**. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises, 2010, p. 19.

Ciente desse importante alerta, defende-se que a institucionalização dos diálogos público-privados a partir de procedimentos administrativos específicos configura a medida preventiva de reforma administrativa que, sem a pretensão de eliminá-los, carrega o maior potencial para reduzir os seus riscos.

Sem dúvidas, solução proposta perpassa pelo ajustamento de incentivos e desincentivos jurídico-econômicos sobre os diálogos público-privados. Essa estratégia, contudo, não configura o método definitivo para se garantir um comportamento honesto, probo e comprometido.

Há também outros importantes elementos valorativos no processo decisório individual que precede a adoção dos comportamentos. Versa-se aqui sobre os valores morais cultivados pelo indivíduo, que desvelam a possibilidade de uma estratégia preventiva de controle a partir do fomento à ética profissional, que também deve ser incorporada pela sugerida institucionalização dos diálogos público-privados.

3.1.3 O fomento à ética profissional como medida de prevenção ao desvirtuamento dos diálogos público-privados

A administração pública é formada por integrantes do povo. Pessoas que, pela condição humana, possuem interesses próprios e, talvez mais frequentemente do que numa realidade ideal, cometem faltas éticas e agem com descompromisso. Entretanto, são pessoas que absorveram e que mantiveram uma cultura que se pretende civilizada e que, muito por conta disso, compreendem a importância da manutenção dos compromissos éticos para o desenvolvimento individual e coletivo.

Compartilha-se da crença que o fomento à ética profissional pode servir como um importante contrapeso ao risco de supervalorização de interesses individuais pelos agentes durante os diálogos público-privados. Embora não se acredite que o fomento à ética profissional seja suficiente para erradicar as condutas indesejadas, espera-se que, no mínimo, essa estratégia preventiva possa amainar os riscos nessas comunicações.

Portanto, de forma complementar à análise de riscos e benefícios jurídico-econômicos realizada pelo indivíduo, o seu apreço por valores morais pode ser suficientemente grande para evitar a adoção de condutas contrárias à lei. Em obséquio desse benefício, uma importante estratégia preventiva para o controle dos diálogos público-privados é a animação de uma cultura

administrativa que potencialize valores sociais comuns – honestidade, integridade, lealdade, consciência profissional, cordialidade, responsabilidade, diligência, zelo, comprometimento, dentre outros.

Em conjunto com o exemplificado diálogo socrático que buscava descobrir o que poderia conduzir o homem ao comportamento justo, se a iniciativa própria ou apenas a coerção, outras importantes reflexões sobre o comportamento ético podem ser resgatadas na Antiguidade³²⁷.

O filósofo e orador romano Cícero, em 44 a.C., já afirmava que “não somos obrigados a sacrificar nossos próprios interesses e entregar a outros o que precisamos para nós mesmos, mas cada um deve considerar os seus próprios interesses desde que o faça sem prejuízo para os interesses de seu vizinho”³²⁸.

A vedação ética às condutas que causam prejuízo a terceiro encontra plena compatibilidade com um dos mais importantes e antigos fundamentos éticos profissionais. Trata-se do princípio da não-maleficência, anunciado por Hipócrates para a medicina, mas adaptado também para uma pluralidade de outras profissões. Segundo a versão originária desse princípio, o especialista, diante de uma doença, deve adotar uma das duas condutas: “ajudar ou pelo menos não causar dano”³²⁹.

São variantes do pressuposto ético universal comumente denominado *princípio da não-agressão*, segundo o qual “nenhuma violência pode ser empregada contra um não-agressor”³³⁰. É o pressuposto ético que deveria orientar toda a atividade administrativa, inclusive os diálogos público-privados, evitando-se a violência injusta sobre os cidadãos comuns, que não raramente assistem inconscientes aos resultados de tratativas escusas ajustadas na informalidade.

O grande objetivo do fomento à ética profissional como medida preventiva aos riscos dos diálogos público-privados é ajudar no contrabalanço dos potenciais conflitos de interesse que podem acometer os seus interlocutores.

Esses conflitos de interesses, que estão intrinsecamente relacionados ao problema do principal-agente, anteriormente analisado, dependem complementarmente de normas

³²⁷ Refere-se aqui ao tópico “2.3.2 O risco de preponderância dos interesses individuais dos agentes públicos sobre os interesses públicos”.

³²⁸ CICERO, Marco Tullius. **De Officiis**: with an english translation by Walter Miller. New York: The Macmillan Co., 1913, tradução livre.

³²⁹ HIPPOCRATES. **Hippocrates**: with an english translation by W. S. Jones Vol I. London: William Heinemann Ltd, 1923, p. 165, tradução livre.

³³⁰ Cf. ROTHBARD, Murray. **Egalitarianism as a revolt against nature and other essays**. 2 ed. Alabama: The Ludwig von Mises Institute, 2000, p. 116, tradução livre.

extrajurídicas para que possam ser efetivamente mitigados, não sendo suficiente o simples estabelecimento de normas jurídicas preventivas ou repressivas. Esses comandos deontológicos encontram-se justamente no âmbito da ética profissional.

Segundo Tom R. Tyler, o conflito de interesses é um fenômeno típico que acomete os indivíduos que laboram em organizações. O fenômeno reside na dualidade que um agente enfrenta quando, por um lado, inclina-se a rejeitar as normas ou decisões proibitivas de alguma conduta que lhe seja individualmente favorável, mas, por outro lado, também possui valores sociais baseados em um juízo moral e um senso de justiça que o motivam a adotar uma conduta ética que sirva aos interesses maiores de sua organização³³¹.

A partir de estudos de base empírica, o autor afirma que o juízo moral do indivíduo influencia a aderência de suas ações às normas, atuando de forma complementar, mas distinta, da análise econômica sobre os riscos da conduta ilícita e do volume de benefício auferível. O juízo moral do indivíduo funcionaria como um filtro que, quando ativado, passaria a diminuir a importância dos benefícios potencialmente auferíveis com a conduta imoral. Por outro lado, se a conduta, apesar de ilícita, for considerada moral pelo agente, então haveria uma maior influência dos seus interesses próprios sobre a sua decisão. As pesquisas empíricas indicam que, quando um indivíduo sabe que sua conduta é injusta ou imoral, ele costuma dar mais do que o dobro de atenção para esses valores quando em comparação com a atenção ao volume do benefício auferível³³².

Ainda que seja questionável a viabilidade de se quantificar o valor que os indivíduos conferem aos seus juízos morais, sobretudo em razão da manifesta dificuldade em se encontrar uma metodologia segura para a coleta e análise de dados dessa natureza, é seguro concluir que a moralidade do indivíduo representa um importante elemento a ser considerado em suas decisões.

A aderência a valores éticos é uma *condição universal* para o bom desenvolvimento das relações humanas, e não somente para a administração pública. Como bem aponta George Leowenstein, na maioria das profissões é virtualmente impossível monitorar o *micro* comportamento dos indivíduos. Como consequência, sempre será imprescindível se confiar na integridade do profissional. Para o autor, o *profissionalismo*, especialmente em razão da

³³¹ TYLER, Tom R. Managing conflicts of interest within organizations. In: MOORE, Don A.; CAIN, Daylian M.; LOEWENSTEIN, George; BAZERMAN, Max H. (ed). **Conflicts of interest: challenges and solutions in business, law, medicine, and public policy**. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 15-16.

³³² Ibidem, p. 16-27.

aderência comportamental à ética, é o que preserva a própria existência das profissões³³³. Logo, algum conteúdo ético sempre haverá de suportar o déficit entre a inabalável parcela de ineficácia das normas jurídicas e o risco do comportamento desvirtuado.

Inspirado nos estudos empíricos de Uro Gneezy e Aldo Rustichini, George Loewenstein indica que, muitas vezes, as normas morais e socialmente desejáveis são mais efetivas do que normas convertidas em transações comerciais. Para o autor, um sistema em que os conflitos de interesses são disciplinados por regras e procedimentos jurídicos pode levar, perversamente, ao entendimento de que qualquer evento que não esteja coberto por essas regras é eticamente aceitável³³⁴.

Uro Gneezy e Aldo Rustichini, de fato, buscaram falsear a denominada teoria da dissuasão (*deterrence theory*, na língua inglesa), segundo a qual a introdução de uma penalidade tem como consequência a redução estatística de um determinado comportamento. Os autores defendem que uma penalidade, como a multa, não é nada mais do que um preço. Sendo assim, os indivíduos deixam de avaliar aquele evento como um contrato incompleto, antes preenchido por normas sociais, para considerá-lo um contrato comercial, em que a transgressão da norma tem um preço. A pesquisa de campo realizada pelos autores revelou que a imposição de uma multa para aqueles pais que buscassem as crianças após o horário de fechamento da escola acabou por aumentar a incidência de atrasos³³⁵.

Uma abordagem semelhante, relacionada à função simbólica das normas sociais, é proposta por Jason Dana, segundo o qual, a partir de experimentos empíricos, seria possível concluir que comportamentos altruístas frequentemente resultam do desejo de não violar regras de conduta ética, e não de um simples apreço pelo próximo. Explicar-se-ia, com isso, o fato de que frequentemente um profissional opta por agir de acordo com a responsabilidade de sua função, e não em interesse próprio, numa situação em que inexistem consequências legais punitivas³³⁶.

Jason Dana sustenta também que, frequentemente, um indivíduo viola seu dever ético e, estratégica e propositadamente, opta por ignorar os danos por ela causados. Ou seja, o agente deliberadamente escolhe desconhecer as consequências negativas de sua conduta. O autor

³³³ LOEWENSTEIN, George. Conflicts of interest begin where principal-agent problems end. In: MOORE, Don A.; CAIN, Daylian M.; LOEWENSTEIN, George; BAZERMAN, Max H. (ed). **Conflicts of interest: challenges and solutions in business, law, medicine, and public policy**. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 203-204.

³³⁴ Idem.

³³⁵ GNEEZY, Ury; RUSTICHINI, Aldo. A fine is a price. **Journal of Legal Studies**, vol. XXIX, jan. 2000, p. 3.

³³⁶ DANA, Jason. Conflicts of interest and strategic ignorance of harm. In: MOORE, Don A.; CAIN, Daylian M.; LOEWENSTEIN, George; BAZERMAN, Max H. (ed). **Conflicts of interest: challenges and solutions in business, law, medicine, and public policy**. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 206-222.

insiste sobre a importância de se esclarecer que quando alguém opta por ignorar os possíveis danos de suas condutas, essa pessoa não deixa de violar o princípio ético da não-maleficência. Como resposta ao problema observado, sugere que sejam estruturados incentivos que evitem a *estratégia de ignorância do dano*³³⁷. Leia-se a opinião do autor:

Quando a sociedade não impede a ignorância estratégica dos danos na violação de princípios éticos, oferecemos incentivos garantidores de que o mal aconteça. Devemos fechar quaisquer lacunas epistêmicas punindo aqueles que causam danos independentemente de sua estratégica ignorância³³⁸.

Daylian M. Cain afirma que o comportamento altruísta muitas vezes é adotado simplesmente porque o indivíduo está seguindo normas de compartilhamento ou porque se importa com o que outros vão pensar dele, ainda que anonimamente, e não porque há uma preocupação propriamente dita com o próximo. Nesse sentido, para além da estratégica ignorância do dano por parte do indivíduo que lhe dá causa, é igualmente relevante, sob a perspectiva daquele que adota a conduta, a confirmação de que o sujeito que sofrerá o dano não conseguirá descobrir quem foi o causador³³⁹.

Aplicando-se essas conclusões ao presente estudo, é possível concluir que a disseminação da compreensão sobre as consequências sociais negativas que decorrem da informalidade dos diálogos público-privados pode ter um efeito positivo sobre a probabilidade de que os interlocutores se mantenham alinhados à ética e às normas jurídicas.

Em síntese, os valores morais cultivados pelos indivíduos também podem servir como um importante incentivo ao cumprimento dos deveres funcionais e como barreira ao desvirtuamento das condutas. As disposições normativas e os cálculos econômicos sobre os riscos e benefícios de uma conduta não representam toda a reflexão realizada pelo agente, pois há também a influência da moralidade individual.

3.1.4 A vinculação de códigos de conduta ética aos diálogos público-privados

³³⁷ DANA, Jason. Conflicts of interest and strategic ignorance of harm. In: MOORE, Don A.; CAIN, Daylian M.; LOEWENSTEIN, George; BAZERMAN, Max H. (ed). **Conflicts of interest: challenges and solutions in business, law, medicine, and public policy**. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 206-222.

³³⁸ Ibidem, p. 218, tradução livre.

³³⁹ CAIN, Daylian M. Commentary: Strategic ignorance of harm. In: MOORE, Don A.; CAIN, Daylian M.; LOEWENSTEIN, George; BAZERMAN, Max H. (ed). **Conflicts of interest: challenges and solutions in business, law, medicine, and public policy**. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 225.

A estratégia de fomento à ética profissional na administração pública pode ser empregada como um importante obstáculo ao desvirtuamento voluntário dos diálogos público-privados, pois auxilia e complementa o sistema jurídico de contenção dos impulsos egoísticos imorais. Nesse contexto, a elaboração e vinculação de códigos de conduta ética a essas comunicações, que positivem formalmente essas normas deontológicas, podem auxiliar no efetivo fomento de uma cultura administrativa de aderência aos valores das normas jurídicas que incidem sobre os diálogos público-privados³⁴⁰.

A sujeição a códigos de conduta ética não é prática desconhecida da administração pública brasileira. O Código de Conduta da Alta Administração Federal, por exemplo, vigente desde 22 de agosto de 2000, estabelece as regras éticas de conduta para as autoridades de alta hierarquia na administração federal brasileira. A normativa impõe regras básicas e oficiais, em caráter de orientação, para a resolução dos eventuais conflitos de interesses que podem acometer esses agentes públicos. A norma objetiva a prevenção de condutas incompatíveis com o padrão ético desejado para a administração pública e pretende conceder à sociedade a possibilidade de verificar a integridade e a lisura do processo decisório governamental³⁴¹.

A partir do que fora registrado em sua exposição de motivos, depreende-se que o normativo tem o justo propósito de suprir a ineficácia parcial das normas jurídicas. Destaque-se o seguinte trecho:

A resposta ao anseio por uma administração pública orientada por valores éticos não se esgota na aprovação de leis mais rigorosas, até porque leis e decretos em vigor já dispõem abundantemente sobre a conduta do servidor público, porém, em termos genéricos ou então a partir de uma ótica apenas penal.

Na realidade, grande parte das atuais questões éticas surge na zona cinzenta – cada vez mais ampla – que separa o interesse público do interesse privado. Tais questões, em geral, não configuram violação de norma legal mas, sim, desvio de conduta ética. Como esses desvios não são passíveis de punição específica, a sociedade passa a ter a sensação de impunidade, que alimenta o ceticismo a respeito da licitude do processo decisório governamental.

Por essa razão, o aperfeiçoamento da conduta ética do servidor público não é uma questão a ser enfrentada mediante proposição de mais um texto legislativo, que crie novas hipóteses de delito administrativo. Ao contrário, esse aperfeiçoamento decorrerá da explicitação de regras claras de comportamento e do desenvolvimento de uma estratégia específica para sua implementação³⁴².

³⁴⁰ Como ensina Salomão Ribas Júnior, “[o] código de ética é um conjunto de valores e de normas de conduta que impõe ao servidor público o respeito a esses valores, à lei e aos princípios gerais da boa administração pública.”. Cf. RIBAS JÚNIOR, Salomão. **Corrupção pública e privada: quatro aspectos: ética no serviço público, contratos, financiamento eleitoral e controle**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 191.

³⁴¹ BRASIL. **Código de conduta da alta administração federal**, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/codigos/codi_conduta/cod_conduta.htm> Acesso em 20 nov. 2015.

³⁴² Idem.

O excerto indica que a justificativa para a implementação do referido código valorativo é compatível os pressupostos e conclusões apresentadas neste estudo, conforme: (i) a potencialidade de complementação das normas jurídicas que regulamentam as condutas públicas a partir do fomento à conduta ética; (ii) a preocupação com a cultura de desconfianças da população sobre a administração pública e a compreensão de sua proporcional relação com os desvios de conduta dos agentes públicos; e (iii) a essencialidade de uma estratégia voltada à disseminação dos valores éticos entre os agentes públicos.

O Código de Conduta da Alta Administração Federal parte do pressuposto de que os agentes públicos possuem os valores tradicionais da classe média brasileira, uma vez que, em regra, esses são os indivíduos recrutados para a administração pública. Assim, rejeitando a ideia de que a corrupção é inerente à cultura do brasileiro, a norma se apresenta como mecanismo que busca difundir um padrão ético simples e acessível a toda a administração pública brasileira, ainda que seja aplicável especificamente às autoridades da alta hierarquia federal³⁴³.

A título exemplificativo dos comandos éticos proibitivos de condutas que possuem relação com o desenvolvimento de diálogos público-privados informais, cite-se a vedação de que a autoridade pública receba “transporte, hospedagem ou quaisquer favores de particulares de forma a permitir situação que possa gerar dúvida sobre a sua probidade ou honorabilidade” (artigo 7º). Mencione-se também a vedação “à autoridade pública a aceitação de presentes, salvo de autoridades estrangeiras nos casos protocolares em que houver reciprocidade” (artigo 9º). Refira-se igualmente às regras que proíbem a autoridade pública, após deixar o cargo, de atuar em benefício ou em nome de particulares em processo ou negócio do qual tenha participado, ou de prestar consultoria valendo-se de informações não divulgadas publicamente a respeito de programas da administração pública a que esteve vinculado (artigos 14 e 15)³⁴⁴.

Em contraste com sanções legais previstas no ordenamento jurídico brasileiro, as penalidades potencialmente aplicáveis pelo Conselho de Ética Pública (CEP) aos infratores possuem caráter meramente político. As sanções resumem-se a advertência e censura ética, aplicáveis às autoridades que continuam no cargo ou que já o deixaram, respectivamente (artigo

³⁴³ Idem.

³⁴⁴ A respeito da proibição de intervir em favor de particulares, o período de quarenta mencionado pelo código de conduta é de quatro meses. Todavia, a Lei Federal nº 12.813/2013 estendeu este período para seis meses. BRASIL. **Código de conduta da alta administração federal**, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/codigos/codi_conduta/cod_conduta.htm> Acesso em 20 nov. 2015; BRASIL. **Lei Federal nº 12.813, de 16 de maio de 2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12813.htm> Acesso em 20 jan. 2016.

17)³⁴⁵. Essas penalidades simbólicas não impedem que os eventuais atos ilícitos sejam devidamente apurados e responsabilizados, seja no âmbito administrativo, civil ou penal.

Outra norma administrativa que visa à disseminação de uma cultura ética sobre a administração pública é o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal – aplicável, portanto, aos ocupantes de cargos pertencentes às demais hierarquias da administração pública federal³⁴⁶.

Esse código de ética também ressalta a importância dos valores morais durante o exercício do cargo público, estabelecendo como diretriz deontológica a ideia de que o agente público “não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas principalmente entre o honesto e o desonesto”. Outra passagem vincula a finalidade da conduta à moralidade administrativa:

A moralidade da Administração Pública não se limita à distinção entre o bem e o mal, devendo ser acrescida da ideia de que o fim é sempre o bem comum. O equilíbrio entre a legalidade e a finalidade, na conduta do servidor público, é que poderá consolidar a moralidade do ato administrativo³⁴⁷.

O texto normativo enfatiza ao agente público a sua dupla condição social de funcionário e cidadão. Para tanto, ressalta a origem tributária de sua remuneração, o impacto de seu trabalho sobre os cidadãos e, nesta condição, sobre seu próprio bem-estar, a importância da publicidade dos atos administrativos, os malefícios da mentira, os benefícios da verdade, a essencialidade da cortesia, da boa vontade, do cuidado, da dedicação, dentre outras virtudes³⁴⁸. Nesse contexto, as lições de Salomão Ribas Júnior:

No serviço público, exige-se um *compromisso ético mais acentuado*. O usuário desse serviço é mais do que um cliente seduzido pela propaganda bem feita ou pela fama de qualidade do agente produtor. Ele é o cidadão ou cidadã agente e destinatário do serviço público. Dessa realidade é que emerge a *exigência de uma conduta ética absoluta do cidadão-servidor público para com o cidadão-contribuinte*³⁴⁹.

Em relação aos agentes econômicos, com propósitos alinhados e complementares à estratégia de fomento à ética profissional na administração pública, destaca-se a cada vez mais

³⁴⁵ BRASIL. **Código de conduta da alta administração federal**, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/codigos/codi_conduta/cod_conduta.htm> Acesso em 20 nov. 2015.

³⁴⁶ BRASIL. **Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal**, 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm> Acesso em 20 jan. 2016.

³⁴⁷ Idem.

³⁴⁸ Idem.

³⁴⁹ RIBAS JÚNIOR, Salomão. **Corrupção pública e privada: quatro aspectos: ética no serviço público, contratos, financiamento eleitoral e controle**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 200, grifou-se.

comum implementação de *programas de integridade*, comumente referenciadas a partir da expressão políticas de *compliance*³⁵⁰.

É uma estratégia preventiva ao fenômeno da corrupção, mas direcionada especialmente aos agentes econômicos, e não à administração pública. Afinal de contas, as sociedades empresariais e as organizações da sociedade civil são igualmente formadas por pessoas, que nem sempre agem de forma alinhada aos valores, às regras e aos objetivos da entidade.

Como ensina Fernanda Santos Schramm, a implementação de uma política de *compliance* tem o objetivo de garantir que todos os representantes de uma pessoa jurídica observem as diretrizes deontológicas aplicáveis à organização – sejam as diretrizes internas, como os valores e as regras de conduta, ou as diretrizes externas, como as leis e os regulamentos dirigidos à atividade da organização³⁵¹.

Os mecanismos de *compliance* podem variar, dentre outras medidas, desde a implementação de um código de ética, padrões de conduta e treinamentos periódicos dos funcionários até o estabelecimento de canais abertos e seguros para a denúncia de irregularidades, a garantia da independência da instância responsável por aplicar as medidas disciplinares, a garantia de registros contábeis íntegros e a transparência nas doações com caráter político (artigo 42 do Decreto Federal nº 8.420/2015)³⁵². Como se vê, “o *compliance* não pode ser confundido apenas com o mero cumprimento de regras formais. Seu alcance é muito mais amplo”³⁵³.

A própria legislação brasileira incentiva a implementação de programas de integridade por parte daqueles que se relacionam com a administração pública. Conforme estabelece o

³⁵⁰ De forma análoga à ética no serviço público, a ética empresarial “atua tanto em um campo teórico (determinando os princípios norteadores do agir), como em um plano pragmático de como agir, da forma de agir.” Cf. CARAZZAI, Emílio; CAMARGO, João Laudo de. Ética na governança corporativa. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARAÚJO, Glaucio Roberto Brittes de; LIVIANU, Roberto; PASCOLATI JUNIOR, Ulisses Augusto (coords.). **48 visões sobre corrupção**. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 63.

³⁵¹ SCHRAMM, Fernanda Santos. Instituição de programas de integridade (compliance): uma análise sob a ótica da Lei Federal nº 12.846/2013. **Revista do Portal Jurídico Investidura**, Ed. 83, Ano II, set/2015, Florianópolis, 2015. Disponível em: <www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-administrativo/334386>. Acesso em: 4 ago. 2016.

³⁵² A respeito dos canais de denúncias, Maís Moreno, em sua dissertação dedicada à participação no processo de elaboração de parcerias público-privadas, sugere a “criação de canais específicos de denúncia anônima de corrupção. Esses canais podem ser divulgados junto com o chamamento público do PMI, ou com convites para *roadshow*, consulta e audiência pública e até com o edital de concessão.” A autora buscou inspiração no “Livro Verde Sobre a Modernização da Política de Contratos Públicos da União Europeia”, que prevê a prática. Cf. MORENO, Maís. **A participação do administrado no processo de elaboração dos contratos de PPP**. Dissertação de mestrado, Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016, p. 188.

³⁵³ ZANCHIM, Kleber Luiz; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. Empresas, direito, ética e compliance: existe relação? In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARAÚJO, Glaucio Roberto Brittes de; LIVIANU, Roberto; PASCOLATI JUNIOR, Ulisses Augusto (coords.). **48 visões sobre corrupção**. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 109.

artigo 7º da Lei Anticorrupção, um dos parâmetros que devem ser considerados na etapa de dosimetria de suas sanções é justamente “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.

Na seara administrativa, uma ênfase sobre as regras de governança corporativa também pode ser verificada na recente Lei Federal nº 13.303/2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias. Há determinação expressa para a elaboração de Código de Conduta e Integridade, contendo uma série de medidas concernentes à estratégia de *compliance*. Leia-se:

Art. 9º [...] § 1º Deverá ser elaborado e divulgado Código de Conduta e Integridade, que disponha sobre:

I - princípios, valores e missão da empresa pública e da sociedade de economia mista, bem como orientações sobre a prevenção de conflito de interesses e vedação de atos de corrupção e fraude;

II - instâncias internas responsáveis pela atualização e aplicação do Código de Conduta e Integridade;

III - canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao descumprimento do Código de Conduta e Integridade e das demais normas internas de ética e obrigacionais;

IV - mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação a pessoa que utilize o canal de denúncias;

V - sanções aplicáveis em caso de violação às regras do Código de Conduta e Integridade;

VI - previsão de treinamento periódico, no mínimo anual, sobre Código de Conduta e Integridade, a empregados e administradores, e sobre a política de gestão de riscos, a administradores.

Em movimento semelhante, no âmbito internacional a regulação da atividade de *lobby* tem se dedicado a estabelecer códigos de conduta que contêm princípios de comportamento e regras próprias, sempre em atenção a valores como a honestidade, abertura e profissionalismo. A regulamentação é frequentemente citada como uma prática de boa governança pública³⁵⁴.

Uma medida que pode ser útil para o robustecimento da conduta ética nos diálogos público-privados é o emprego, por parte da administração pública, de *lembretes morais* direcionados aos agentes econômicos. Como ensina André Castro Carvalho, existem evidências de que “a introdução da lembrança de um valor, regra, lei ou código moral” pode afetar o processo decisório de um determinado indivíduo. Assim, a exigência de declarações expressas por parte dos agentes econômicos a respeito de seus códigos de conduta, por exemplo, pode ser

³⁵⁴ Cf. BERTÓK, János. Lobbying: What Framework for Enhancing Transparency? In: **Zeitschrift für Politikberatung (ZPB)** / Policy Advice and Political Consulting, Vol. 2, No. 1, April 2009, p. 125, 130.

uma forma de oferecer risco à sua reputação – o que pode diminuir a probabilidade de desvios comportamentais³⁵⁵.

Considerando-se os estudos empíricos e teóricos indicativos de que a consciência a respeito dos danos potencialmente resultantes das condutas desviadas constitui obstáculo à própria perpetração dessas condutas; considerando-se também que a prática de trazer periodicamente esses preceitos éticos à memória diminui a frequência dos comportamentos indesejados, a conclusão é de que a vinculação expressa, de forma consignada, de códigos de conduta ética aos diálogos público-privados é uma medida saudável para a prevenção do desvirtuamento da finalidade administrativa. Defende-se, assim, a vinculação expressa de códigos de conduta ética aos participantes dos diálogos público-privados.

3.2 A institucionalização de procedimentos administrativos de diálogo público-privado

A institucionalização dos diálogos público-privados pode ser definida como uma estratégia preventiva de controle que visa a internalizar essas comunicações na cultura administrativa e no âmbito de procedimentos administrativos regulamentados e dedicados à acomodação do fenômeno. Em vez de se recusar a promovê-los, ou fazê-lo em ambiente extraprocessual, a administração pública adotaria e praticaria uma regulamentação específica e própria para esses diálogos.

Tal solução jurídica, portanto, não tem a pretensão de sonegar a existência dos diálogos público-privados ou de eliminá-los, mas de assumi-los como essenciais e inevitáveis para a função administrativa.

Algumas diretrizes devem ser obrigatoriamente observadas por esses procedimentos administrativos para que o seu objetivo seja alcançado. Em caso contrário, a medida que deveria ser preventiva acabará por potencializar o risco de que o desvirtuamento voluntário das finalidades administrativas seja falsamente legitimado. É o tema deste tópico.

³⁵⁵ CARVALHO, André Castro. A importância dos lembretes morais nas contratações públicas. **Revista Colunistas** – Direito do Estado, n. 261, 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/andre-castro-carvalho/a-importancia-dos-lembretes-morais-nas-contratacoes-publicas>> Acesso em 3 out. 2016.

3.2.1 Regras claras, ambiente próprio e possibilidade de controle sobre os diálogos público-privados

A sujeição da administração pública ao direito administrativo resulta na obrigatoriedade de que os diálogos público-privados sejam instrumentalizados pelos agentes públicos sempre em favor dos interesses públicos. Mais do que simples conversações, esses diálogos devem fazer jus à sua natureza de relação jurídico-administrativa, funcionando como um instrumento para a obtenção de conhecimento e de consensualidade no processo administrativo decisório.

A condução de diálogos público-privados formais, em ambiente visível e controlável, aumenta a probabilidade de que os interesses públicos sejam alcançados pela administração pública, em medida que beneficia o processo de legitimação estatal perante a população. Essa afirmação é especialmente verdadeira quando em comparação com a opacidade de um cenário em que inexistem meios próprios e dedicados ao desenvolvimento dessas comunicações. Nesse sentido, a institucionalização dos canais de interlocução é medida essencial para a regular condução dos diálogos público-privados.

A defesa em favor da institucionalização dos diálogos público-privados é alicerçada justamente pelo benefício teórico que decorre do estabelecimento de um ambiente próprio e de regras claras para essas comunicações. Materializa-se o fenômeno comunicacional em um procedimento administrativo, que passa a representar o centro gravitacional para as intervenções informacionais dirigidas à administração pública. As interlocuções existentes no processo decisório, que naturalmente é dialógico e multiparte, passam então a receber *sempre* forma registrada.

A pretendida universalidade de tal solução procedimental não é tarefa simples, contudo. Após extenso estudo empírico a respeito da *performance comunicativa* do setor público, Sanjay K. Panday e James L. Garnett chegaram à conclusão de que somente um esforço extraordinário por parte das autoridades administrativas pode superar a tendência de que os administradores se concentrem mais na comunicação interna do que na externa. Essa situação teria correlação com o fato de que a comunicação externa da administração pública se desenvolve em meio a um cenário de maior complexidade e incertezas, sobretudo numa era de governança em rede e de intensa advocacia de interesses³⁵⁶.

³⁵⁶ PANDEY, Sanjay K.; GARNETT, James L. Exploring Public Sector Communication Performance: Testing a Model and Drawing Implications. In: **Public Administration Review**, Vol. 66, No. 1, Jan. - Feb. 2006, p. 45.

É essencial que haja a redução do cenário de incertezas que hoje impera sobre os diálogos público-privados. Há aproximadamente vinte anos, Gustavo Henrique Justino de Oliveira já defendia a relevância e a necessidade da “institucionalização de canais destinados a permitir que os cidadãos, individualmente ou mediante entidades representativas, expressem suas razões e opiniões acerca dos assuntos públicos”³⁵⁷. É de se reconhecer que, desde a época, houve um relativo avanço no que se refere à institucionalização das formas de participação popular, especialmente após a ampla disseminação das tecnologias eletrônicas conectadas à rede mundial de computadores (*internet*). A sequência natural desse movimento é a institucionalização de canais destinados à participação das sociedades empresariais e demais agentes econômicos, para que possam também expressar as suas razões e os seus interesses, de maneira legítima e formal.

Ainda que os mecanismos de participação popular possam ser utilizados também por agentes econômicos, existem momentos processuais em que os cidadãos não costumam ou não possuem interesse em participar. Demais disso, considerada a natureza econômica dos interesses perseguidos nos diálogos público-privados, os próprios institutos de participação popular precisam se adequar ao binômio competição-colaboração que é típico na participação de agentes econômicos.

A participação dos agentes econômicos no processo decisório é considerada como um componente da moderna noção de *governo aberto*, que, como ensinam Gustavo Henrique Justino de Oliveira e Wilson Accioli de Barros Filho, remete a uma gestão pública que inclui “na arena administrativa atores de outras esferas e áreas do conhecimento para com eles compartilhar experiências, aperfeiçoando as políticas públicas e sedimentando a democracia”. Assim, permite-se o compartilhamento de “esforços tanto a partir da ótica interna (da administração), quanto do cenário externo, com a *iniciativa privada* e a sociedade civil organizada”³⁵⁸.

Estabelecida essa premissa, torna-se relevante a defesa em favor de que os diálogos público-privados sejam conduzidos no âmbito de procedimentos administrativos que instrumentalizem canais próprios, simples, abertos, eficientes e transparentes. A solução procedimental é a mais apropriada para a redução de seus riscos, pois, em alinhamento ao que

³⁵⁷ JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo Henrique. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. Revista de informação legislativa, v. 34, n. 135, jul./set. 1997, p. 272.

³⁵⁸ JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo Henrique; BARROS FILHO, Wilson Accioli de. A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) como experiência cooperativa interinstitucional de governo aberto no Brasil. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARAÚJO, Glaucio Roberto Brittes de; LIVIANU, Roberto; PASCOLATI JUNIOR, Ulisses Augusto (coords.). **48 visões sobre corrupção**. São Paulo: Quartier Latin, , 2016, p. 307, 309, grifou-se.

apresentado anteriormente, “[o] procedimento administrativo é verdadeira expressão formal de garantia dos direitos dos administrados, formalidade exterior que se constitui em ferramenta de controle da atuação regular da Administração”³⁵⁹. É dizer: o procedimento administrativo “favorece o controle do processo de *formação* das decisões”³⁶⁰. A solução projetada encontra amparo na conclusão de Vitor Rhein Schirato, para quem a formação da decisão estatal deve ser empreendida “a partir da *processualização* e da *institucionalização* da Administração Pública”³⁶¹.

Portanto, a ênfase sobre a processualidade dos diálogos público-privados é um movimento necessário para que seja implementada uma cultura administrativa em que “[o] encadeamento sucessivo dos atos ocorre não como algo eventual ou meramente lícito, mas como algo juridicamente necessário e obrigatório”³⁶².

De todo modo, cumpre reconhecer que a ausência de procedimento específico para os diálogos público-privados pode ser uma prática propositadamente adotada. É o que ocorre, inclusive, em alguns países pertencentes à Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Cuida-se de fenômeno denominado por *consultas informais*, em que os contatos entre agentes reguladores e grupos de interesse são realizados de forma discricionária, *ad hoc*, sem padronização, por iniciativa da administração pública. Apesar de sua reconhecida desvantagem em termos de transparência e *accountability*, afirma-se que as consultas informais podem trazer celeridade e até mesmo uma ampla participação de interessados³⁶³. De todo modo, pelos motivos ora expostos, entende-se que a prática contraria o direito administrativo e as diretrizes essenciais que devem orientar os diálogos público-privados.

³⁵⁹ Cf. SOUZA, Junia Verna Ferreira de. Forma e formalidade do ato administrativo como garantia do administrado. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (org). **Doutrinas Essenciais: Direito administrativo**. Vol. 2, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 803.

³⁶⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. SUNDFELD, A importância do procedimento administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (org). **Doutrinas Essenciais: Direito administrativo**. Vol. 3, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 838.

³⁶¹ SCHIRATO, Vitor Rhein. As parcerias público-privadas e políticas públicas de infraestrutura. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCWHIND, Rafael Wallbach. **Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 86.

³⁶² Conforme ensina Odete Medauar, este é o característico da processualidade no direito administrativo. Cf. MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2ª ed. ampl., rev. e atual. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2008, p. 29.

³⁶³ Nick Malyshev, chefe da divisão de política regulatória da OCDE, comenta que as consultas informais (informal consultation, em inglês) representam um mecanismo comum de ação administrativa em países como Japão, Canadá e Reino Unido. Por outro lado, nos Estados Unidos da América a prática é frequentemente vista como uma violação das normas de processo administrativo, que exigem um acesso isonômico a todos os interessados. Este é o único procedimento adotado no âmbito da OCDE que não representa um diálogo público-privado formal típico. Cf. MALYSHEV, Nick. **The evolution of regulatory policy in OECD countries**. Paris: OECD, 2008, p. 14 Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/41882845.pdf>> Acesso em 27 jan. 2016.

A institucionalização dos diálogos público-privados promete resolver o problema da anunciada insegurança jurídica que acomete essas comunicações, já que responde a algumas dúvidas básicas e comuns, por exemplo: (i) O agente público que conduz uma licitação pública ou a elaboração de uma norma regulatória, ou ainda, um processo administrativo sancionatório ou a expedição de autorização para alguma atividade econômica, pode dialogar com um agente econômico diretamente interessado no resultado desse processo administrativo? (ii) Se sim, quais cautelas deverão ser adotadas? Por exemplo, é preciso registrar esse diálogo? Os demais agentes econômicos interessados devem ser informados a respeito desse diálogo? Eles devem ser convidados a participar do diálogo? (iii) Como a comunicação deve ser formalizada? O registro deve ser integral ou sintético? O diálogo pode ser oral e presencial, ou, necessariamente, apenas, por escrito e a distância? (iv) O agente público está obrigado a receber presencialmente o agente econômico interessado, caso seja provocado? Em que situações pode rejeitar a solicitação de audiência? Está obrigado a responder mensagens eletrônicas ou telefonemas?

Dúvidas como essas, copiosamente frequentes na administração pública brasileira, que admitem soluções variadas, podem ser respondidas de forma segura a partir da regulamentação prévia sobre dos diálogos público-privados.

Embora inexista previsão legal específica para cada espécie de diálogo público-privado, a juridicidade das comunicações é garantida pelo artigo 33 da Lei Federal nº 9.784/1999, segundo o qual “[o]s órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas”. Considerada a natureza participativa e a notória viabilidade de enquadramento dos agentes econômicos na qualidade de “administrados”, é certo também que procedimentos de diálogo público-privado podem ser regulamentados pela administração pública a partir desse dispositivo.

A defesa pela institucionalização dessas comunicações perpassa por uma regulamentação específica e detalhada sobre esses procedimentos, o que não é sinônimo de engessamento, tampouco antônimo de flexibilidade. Idealmente, inclusive, a preferência é por uma regulamentação a partir de lei, em razão da maior segurança jurídica que confere aos interlocutores. No mínimo, que exista regulamentação infralegal, pois o desconhecimento das regras aplicáveis às comunicações entre agentes públicos e agentes econômicos é motivo que frequentemente justifica a informalidade ou a própria ausência de diálogo. Como ensina José Antonio Aparecido Junior, “a par da dificuldade de aceitar a necessidade do atuar consensual, a Administração Pública mor das vezes não consegue identificar plenamente as hipóteses em

que deve buscar a arena pública para a solução das questões postas à sua apreciação”³⁶⁴. E complementa:

A soma destas circunstâncias – a recalcitrância em abandonar uma posição confortável de superioridade na relação com os particulares e a inabilidade tanto em atuar nestas novas rotinas quanto em detectar o momento de oferecer a todos a possibilidade de intervir e influenciar a decisão administrativa – faz com que a consensualidade, em regra, hoje seja utilizada somente quando há determinação expressa de lei a tanto. [...]

No tocante especificamente à ausência de norma positiva expressa determinando a utilização da negociação com os interessados no processo decisório administrativo, o receio, por parte do corpo profissional da Administração Pública, de responsabilização disciplinar ou por ato de improbidade em razão da adoção deste tipo de conduta é longe de ser infundado³⁶⁵.

Em sentido semelhante, como destaca Maís Moreno, é comum que a superveniência de autorização legal expressa sobre determinada prática dialógica reforce a segurança jurídica sobre a operação. Portanto, “muitas vezes é necessário um ‘reforço positivista’ para que o agente público faça, sem medo e às claras, aquilo que sempre esteve autorizado a fazer”³⁶⁶.

De fato, a ausência de regras claras a respeito de como os diálogos público-privados devem ser conduzidos é motivo que explica a resistência dos agentes públicos à promoção oficial dessa espécie de comunicação externa. Todavia, como visto nos capítulos anteriores, tal imprecisão normativa não obstaculiza a promoção paralela dessas comunicações. Portanto, muitas vezes o que existe é apenas uma aparente dedicação exclusiva ou preponderante à comunicação interna, enquanto determinados agentes públicos conduzem diálogos público-privados informais e extraprocessuais, que não são registrados.

Além de uma cultura administrativa avessa à formalização dos diálogos público-privados, há outro elemento jurídico que aumenta a estatura do desafio. Carlos Ari Sunfeld e Guilherme Jardim Jurksaitis sintetizam bem o dilema que paira sobre o desenvolvimento da gestão pública e do próprio direito administrativo brasileiro: “é preciso impedir que a administração fuja do direito administrativo e, ao mesmo tempo, que o direito administrativo sufoque a administração”³⁶⁷.

³⁶⁴ APPARECIDO JUNIOR, José Antonio. O novo paradigma da consensualidade administrativa e a atuação dos advogados públicos. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARAÚJO, Glaucio Roberto Brittes de; LIVIANU, Roberto; PASCOLATI JUNIOR, Ulisses Augusto (coords.). **48 visões sobre corrupção**. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 373.

³⁶⁵ Ibidem, p. 373-374

³⁶⁶ MORENO, Maís. **A participação do administrado no processo de elaboração dos contratos de PPP**. Dissertação de mestrado, Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016, p.80

³⁶⁷ SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. O que melhorar no direito brasileiro quanto à estrutura da gestão pública? In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patricia; MARRARA, Thiago (org.). **Direito e administração pública**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 43

Aplicando-se tal composição ao desafio de institucionalização dos diálogos público-privados, a síntese seria a seguinte: é preciso impedir que o agente público dialogue em ambiente extraprocessual, fugindo daquilo que reclama o direito administrativo; ao mesmo tempo, contudo, é preciso impedir que a regulamentação dos diálogos público-privados obstaculize o desenvolvimento adequado das atividades administrativas, que sufoque a administração pública.

3.2.2 O caráter procedimental dos diálogos público-privados como medida preventiva para o controle de riscos, e não como instrumento de controle prévio

A maior liberdade para eleger os caminhos administrativos que levam à concretização dos interesses públicos demanda que formalidades mínimas sejam observadas pelo agente público; dentre elas, o registro e a publicidade sobre os elementos que constituíram o motivo de seus atos. Se os fins não justificam os meios, então permanece a necessidade de que os meios sejam conhecidos.

Contudo, a imposição de um caráter procedimental aos diálogos público-privados constitui medida preventiva que, por si só, não prega qualquer espécie de controle prévio sobre a relação jurídico-administrativa; simplesmente, representa uma estratégia capaz de assegurar a possibilidade de eventual controle posterior.

Em outras palavras, a institucionalização dos diálogos público-privados demanda uma reforma aplicável ao ambiente em que essas comunicações são desenvolvidas, não havendo qualquer pretensão de se conferir competências a órgãos de controle para que interfiram prévia e regularmente sobre o conteúdo dessas comunicações.

Não se defende o controle prévio como uma diretriz para o exercício de controle sobre a atuação administrativa, embora se sustente radicalmente a necessidade de formalização dos diálogos público-privados. Mesmo em um ambiente de plena visibilidade sobre os diálogos público-privados, os órgãos de controle não devem avaliar regularmente o mérito das comunicações antes da decisão administrativa, como condição para que seja perfectibilizada. Defende-se o registro e a disponibilização dessas comunicações, mas para que possam ser posteriormente controladas, se necessário. Salvo em situações excepcionais de flagrante desvio, que exija intervenção prematura, é dessa forma que os procedimentos de diálogos público-privados devem ser regulamentados e conduzidos.

O esclarecimento é importante para se evitar o risco de que, sob o pretexto de implementar uma medida preventiva para o controle sobre os diálogos público-privados, seja realizado um “controle intrusivo na decisão discricionária do agente público”. Como bem ressalta Floriano Marques de Azevedo Neto, em estudo dedicado ao controle da administração pública, é importante “elidir que o controlador assuma para si o papel de fazer opções discricionárias, atuando quase como consultor para prática do ato”³⁶⁸.

É fato que um controle prévio e aprofundado dos processos administrativos coloca em perigo a discricionariedade legítima do agente público, que é minimizada ou substituída por agentes que não detêm tal competência. Justamente em virtude deste problema é que se construiu, por exemplo, toda a respeitável doutrina e jurisprudência favoráveis à reserva de administração e à limitação da revisão judicial de atos administrativos, que devem ser observadas³⁶⁹.

Há uma relevante diferença entre exercer um controle prévio que permita a captura da discricionariedade administrativa pelo órgão controlador e implementar medidas preventivas com o objetivo de tornar possível a própria existência de controle. A institucionalização dos diálogos público-privados pertence à última categoria. Por isso, inclusive, que a utilização da expressão *controle prévio* não é a mais adequada para a presente estratégia, sendo preferível referir-se a *medida preventiva para o controle* quando se argumenta pela institucionalização dos diálogos público-privados.

Na opinião do autor, a opacidade dos diálogos público-privados é justamente um dos motivos que encorajam a frequente preferência dos órgãos de controle pelas medidas de controle prévio sobre os atos administrativos. A incerteza a respeito da real possibilidade de se averiguar os elementos componentes do processo decisório leva o órgão controlador a pretender intervir antes mesmo da decisão administrativa, pelo receio de inviabilidade de controle posterior por ausência de informações essenciais. Portanto, a imposição de um caráter processual aos diálogos público-privados pode também ajudar a amainar essa prática indesejada.

³⁶⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, abr. 2010, p. 25. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=66621>>. Acesso em: 2 ago. 2016.

³⁶⁹ A limitação da revisão judicial dos atos administrativos e o denominado *princípio constitucional da reserva de administração* tem o propósito de impedir a ingerência do Poder Legislativo e do Poder Judiciário sobre o exercício das competências típicas da administração pública. Trata-se de um princípio derivado do postulado da separação dos poderes. Sobre o tema, conferir SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 152. Conferir também ALMEIDA, Mário Aroso de. **Teoria Geral do Direito Administrativo**. Portugal, 2012, p. 45.

Ainda a respeito dessa temática, não se desconhece que atualmente é reconhecida uma posição proeminente ao controle de resultados. E nesse contexto, a insistência na solução procedimental aos diálogos público-privados pode passar a falsa impressão de que a medida revela um retrocesso. Não é o que ocorre, contudo.

Concorda-se que a inserção do princípio da eficiência na constituição federal representa o dever de “abrandamento dos controles de processo e valorização do controle de resultado”, bem como o dever de substituição de uma “antiga administração autoritária e impositiva”, por uma administração que tem apreço “pelo diálogo, pela negociação, pela parceria e pelo compartilhamento”³⁷⁰. No entanto, não se pode conceber que o abrandamento do controle de processo sirva como uma ode à completa inexistência de elementos essenciais à compreensão da formação decisória.

E aqui é que se encontra a chave de raciocínio mais plausível: a formalização dos diálogos público-privados é requisito mínimo para um verdadeiro controle sobre os processos em que o fenômeno ocorre. A formalização dos diálogos público-privados pode ser importante, inclusive, para auxiliar a avaliação dos próprios resultados – sem conhecer os meios que levaram àquela determinada decisão administrativa, os resultados podem ser avaliados de forma descontextualizada, em rigidez que pode se revelar incompatível com os interesses públicos. Mesmo a priorização do controle de resultados exige que seja possível exercer algum controle de meios³⁷¹.

Não se defende que o controle de meios deverá ser robustecido em relação ao controle finalístico, mas, simplesmente, que deverá existir a possibilidade de controle sobre os meios. E, seguramente, o ordenamento jurídico brasileiro define tal obrigação.

3.2.3 A transparência ativa sobre os diálogos público-privados

³⁷⁰ DALLARI, Adilson Abreu. Processo administrativo como instrumento de segurança jurídica. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (org.). **Direito e administração pública**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 175

³⁷¹ O autor já enfrentou a temática anteriormente, registrando a seguinte opinião: “O ponto é que não há como priorizar a análise dos resultados exigindo-se grande rigor sobre os meios empregados para o atingimento daqueles resultados. Da mesma forma, registre-se, priorizar os resultados não quer dizer que exista uma completa e absoluta liberalidade para que os meios sejam eleitos pelo executante.” Cf. SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. Comentários sobre a convivência do controle de resultados e de meios nas parcerias voluntárias: uma análise a partir da Lei Federal nº 13.019/2014. **Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS**, Belo Horizonte, ano 8, n. 16, p. 123-135, jul./dez. 2014.

Sabe-se que a inviolabilidade do sigilo das comunicações é uma garantia assegurada aos particulares pela constituição federal³⁷². Isso significa que os particulares, entre si, podem se comunicar de forma confidencial e, como regra geral, o estado não poderá conhecer o conteúdo dessas interlocuções.

Mas o direito ao sigilo das comunicações é inaplicável aos diálogos público-privados. Diferentemente, pois, impera o princípio da publicidade sobre as comunicações internas e externas conduzidas pela administração pública. O princípio da publicidade, que fora assinalado na constituição federal à administração pública, exige, na absoluta maioria das situações, que seja possível a qualquer cidadão o resgate posterior das informações que pautaram a atuação administrativa³⁷³.

Conquanto a disciplina aplicável às diferentes espécies de diálogos público-privados possa sofrer variações, um princípio jurídico permanece imutável: a administração pública deve permitir e, preferencialmente, promover a publicidade de suas comunicações. A transparência administrativa é diretriz que, caso efetivada, atenua os riscos de corrupção no âmbito dos diálogos público-privados. Isso porque, como ensina Carlos Borges de Castro, o princípio da publicidade “firma-se como empecilho ao desvio da finalidade na medida em que é difundido, ensejando truncar os diferentes caminhos que levam à corrupção”³⁷⁴.

A tese de que o princípio da publicidade é aplicável aos diálogos público-privados não levanta resistência. É diminuta a margem de discussão, haja vista a origem constitucional do princípio. Há consenso na verificação de que o direito administrativo brasileiro, orientado a partir de normas constitucionais favoráveis à transparência, exige do agente público a observância e a promoção de ampla publicidade sobre toda a atuação administrativa, o que inclui, por sua natureza de relação jurídico-administrativa, os seus diálogos público-privados³⁷⁵. A discussão se resumirá à intensidade dessa publicidade.

Consequentemente, a completa ausência de publicidade é exceção que deve passar por rigorosa análise de cabimento perante as hipóteses legais de restrição de acesso à informação

³⁷² Cf. inciso XII do artigo 5º da constituição federal.

³⁷³ Cf. artigo 37 da constituição federal. Na doutrina especializada, a publicidade é considerada condição integradora do elemento “forma”. Cf. SOUZA, Junia Verna Ferreira de. Forma e formalidade do ato administrativo como garantia do administrado. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (org). **Doutrinas Essenciais: Direito administrativo**. Vol. 2, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 791 *et seq.*

³⁷⁴ CASTRO, Carlos Borges de. **Desvios na licitação**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1994, p.9.

³⁷⁵ Sobre a diferença entre publicidade e transparência, resgate-se a lição de Wallace Paiva Martins Junior: “Publicidade consiste *grosso modo* na divulgação oficial dos atos do poder público, ao passo que a transparência é muito mais que isso, abarcando além dela os subprincípios da motivação e da participação popular.” MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Princípio da publicidade. In: MARRARA, Thiago (org). **Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, moralidade, razoabilidade, interesse público**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 234.

pública³⁷⁶. Repita-se, no entanto, que *sigilo e restrição de acesso não significam ausência de forma ou de registro*. Ou seja, ainda que diálogos público-privados ocasionalmente possam ser classificados como sigilosos, não há qualquer norma jurídica que desobrigue a administração pública no que se refere ao seu dever de registro dessas comunicações³⁷⁷.

A propósito, existem prazos máximos de restrição de acesso às informações públicas classificadas. O prazo para que uma informação ultrassecreta se torne automaticamente acessível ao público é de vinte e cinco anos, por exemplo. A restrição de acesso às próprias informações pessoais relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem possui prazo máximo de cem anos³⁷⁸. A simples existência desses prazos legais referenda a noção de que as informações sigilosas também devem ser registradas e arquivadas pela administração pública, ainda que não sejam divulgadas.

A publicidade das informações públicas é regulamentada pela Lei Federal nº 12.527/2011, conhecida como a Lei de Acesso à Informação, que marca a presente época e revela o que há de mais avançado e detalhado na disciplina do acesso à informação³⁷⁹.

A Lei de Acesso à Informação atribuiu à administração pública a observância da transparência ativa, o que significa que deve “promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas” (artigo 8º)³⁸⁰.

³⁷⁶ A respeito das exceções à obrigação administrativa de permitir e providenciar o acesso às informações de caráter público, conferir publicação do autor em que há uma análise detalhada a respeito dessas hipóteses. Ver. SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. Anotações sobre o regime jurídico aplicável às informações disponibilizadas pela Administração Pública na rede mundial de computadores. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 13, n.146, abr. 2013.

³⁷⁷ Cite-se, em reforço, a lição de Marçal Justen Filho no sentido de que, mesmo nas contratações diretas para o atendimento de operações de paz no exterior (inciso XXIX do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/1993), em que a natureza do objeto, por sua relação com a atuação militar, pode exigir a imposição de sigilo, a administração pública está obrigada à devida formalização de um processo administrativo, em que se comprova a vantajosidade da contratação. Segundo o autor, “a natureza do objeto fornecido poderá impor o sigilo - o que não equivale à ausência de um procedimento administrativo correspondente.”. Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: Lei 8.666/1993. 16ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.180.

³⁷⁸ Vide inciso I do parágrafo 1º do artigo 24 e inciso I do parágrafo 1º do artigo 31 da Lei de Acesso à Informação.

³⁷⁹ Embora a Lei de Acesso à Informação seja a referência contemporânea do tema, outros dispositivos e normativos também cuidam da matéria. Refere-se aqui, no âmbito constitucional, em especial, à garantia de que o acesso a informações constantes de órgãos públicos brasileiros é um direito fundamental, conforme incisos XIV e XXXIII do artigo 5º da constituição federal, assim como a previsão de que administração pública está obrigada ao princípio da publicidade, previsto no artigo 37. No âmbito infraconstitucional, o desenvolvimento normativo anterior à Lei de Acesso à Informação se sucedeu, especialmente, a partir do artigo 46 da Lei Federal nº 9.784/1999, que assegura o direito à vista dos processos administrativos e a obtenção de cópias reprográficas dos dados ou documentos aos interessados, do artigo 48 da Lei Federal Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), da Lei Federal nº 8.159/1991, que dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados, e da Lei Federal nº 9.507/1997, que também regula o direito de acesso a informações públicas.

³⁸⁰ A legislação esparsa também adotou algumas medidas em favor da transparência ativa na administração pública, relacionadas indiretamente com os diálogos público-privados. É o caso da Lei Federal nº 12.813/2013, que dispõe sobre conflito de interesses e que determinou a alguns agentes públicos da alta hierarquia federal a obrigatoriedade

Como as informações intercambiadas nos diálogos público-privados serão sempre produzidas ou custodiadas pela administração pública, sempre haverá uma potencial subsunção à referida regra de transparência ativa. Além disso, como a grande maioria dessas comunicações discute questões que repercutem significativamente sobre os interesses públicos, é de se reconhecer uma presunção de que as informações intercambiadas entre agentes econômicos e agentes públicos interessam à coletividade³⁸¹.

Defende-se, portanto, o fomento e o robustecimento de uma cultura de transparência sobre os diálogos público-privados, sobretudo em sua consagrada fórmula de *transparência ativa*, por meio da qual as informações de caráter público são disponibilizadas espontaneamente pela administração pública, a despeito da prévia provocação de terceiros.

Desde que não inviabilize a eficácia do procedimento, a transparência sobre os diálogos público-privados deve ser respeitada em qualquer momento da relação jurídico-administrativa, seja nas comunicações realizadas após a fase de participação competitiva-colaborativa entre os interessados ou na fase em que alguma decisão administrativa está sendo formada.

Essa diretriz deve ter caráter permanente porque, tal como exemplifica um estudo empírico de Christine Kelleher e Susan Webb Yacke, os contratos administrativos abrem novos caminhos para que agentes econômicos realizem *lobby* sobre a administração pública, especialmente porque aumenta a quantidade de tempo que as autoridades administrativas se dedicam às interações comunicativas com os seus contratados³⁸². O mesmo raciocínio é válido às demais espécies de processo administrativo que formam relações jurídico-administrativas duradouras.

Caso seja necessário postergar a publicidade dos diálogos público-privados, é possível empreender solução semelhante ao que fora previsto para o orçamento das licitações públicas

de divulgação diária, pela rede mundial de computadores (*internet*), de sua agenda de compromissos públicos (artigo 11).

³⁸¹ Como bem aponta Maria Paula Dallari Bucci, a Lei de Acesso à Informação não assegura somente “o direito de A ou B solicitar informações e ser atendido”. Leia-se: “Mais do que isso, sua lógica diz respeito à reorganização das estruturas do Poder Público, para que seu funcionamento, suas decisões e os pressupostos dessas sejam concebidos e organizados como informações de domínio e interesse da sociedade, inteligíveis, disponíveis ao público e a outras instâncias governamentais.”. Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. Processo administrativo eletrônico e informação pública. O sistema e-MEC e o marco regulatório da educação superior. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (org.). **Direito e administração pública**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 702.

³⁸² KELLEHER, Christine A.; YACKEE, Susan Webb. A Political Consequence of Contracting: Organized Interests and State Agency Decision Making. **Journal of Public Administration Research and Theory: J-PART**, Vol. 19, No. 3, jul. 2009, p. 580. A propósito, a ampliação da transparência sobre a prática de *lobby* é uma medida de governança pública perseguida em todo o mundo. Cf. BERTÓK, János. Lobbying: What Framework for Enhancing Transparency? In: **Zeitschrift für Politikberatung (ZPB)** / Policy Advice and Political Consulting, Vol. 2, No. 1, April 2009, p. 125-126.

conduzidas sob a Lei Federal nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações – RDC). Embora a informação sobre esses orçamentos possa ser temporariamente classificada como sigilosa, há o dever de que seja “disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno”. Ainda, como regra, tal informação deve ser disponibilizada ao público “apenas e imediatamente após o encerramento da licitação”³⁸³.

Soluções procedimentais como essa podem assegurar a aderência do diálogo público-privado às normas éticas e legais, evitando, conjuntamente, que a revelação prematura dessas informações possa prejudicar a eficiência administrativa. A medida poderá ser aplicada, por exemplo, aos diálogos público-privados que precedem a elaboração de um acordo de leniência, de um termo de ajustamento de conduta (TAC), ou ainda, se for o caso, às comunicações que precedem a modelagem de um edital licitatório.

A implementação de uma cultura administrativa de transparência ativa é concebida como medida essencial também para a própria restauração da confiança da população na administração pública – um grave problema enfrentado pela realidade administrativa brasileira e relacionado ao processo de legitimação estatal perante a população, conforme exposto anteriormente neste estudo. Em verdade, há muito tempo a doutrina especializada já defende que as autoridades públicas devem disponibilizar, de forma precisa, oportuna, equilibrada e inequívoca, toda a informação considerada pública, ainda que de conteúdo negativo³⁸⁴.

Em atenção à importante função que a publicidade cumpre no processo de legitimação estatal, Thiago Marrara argumenta que “um Estado que não se comunica e que não torna públicas suas atividades dificilmente obtém o grau de legitimação necessária à execução de suas políticas públicas”. Para o autor, inclusive, “a publicidade tem essa função de instrumentalizar a legitimação mesmo quando os destinatários das políticas públicas não as aceitem”. Nesse contexto, a publicidade serviria para a obtenção de informações sobre os “defeitos, problemas ou inadequações da política elaborada, colhendo críticas a seu respeito”³⁸⁵. Wallace Paiva Martins Junior, por sua vez, opina que “a transparência fornece um novo padrão de governança pela atribuição de legitimação material ao exercício do poder, um importante marco para a ruptura de um perfil autoritário, isolado, hermético, misterioso e opaco”³⁸⁶. Para

³⁸³ Cf. artigo 6º, *caput* e §3º, da Lei Federal nº 12.462/2011.

³⁸⁴ HEISE, J. Arthur. Toward closing the confidence gap: an alternative approach to communication between public and government. **Public Administration Quarterly**, Vol. 9, No. 2, Summer, 1985, p. 209.

³⁸⁵ MARRARA, Thiago. O princípio da publicidade: uma proposta de renovação. In: MARRARA, Thiago (org). **Princípios de direito administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012, p. 281

³⁸⁶ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Princípio da publicidade. In: MARRARA, Thiago (org). **Princípios de direito administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012, p. 234.

Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, “como todo agir administrativo tem o seu veículo excelso no processo administrativo, a publicidade deste propicia a transparência da Administração, preenchendo, destarte, a finalidade de legitimação”.³⁸⁷ No mesmo sentido, Joel de Menezes Niebuhr define que o princípio da publicidade “visa a legitimar a atividade administrativa, permitindo que todos os membros da sociedade tenham conhecimento dos atos e de quaisquer dados de seu interesse”.³⁸⁸

A título complementar, resgate-se o que outrora este autor já escreveu a respeito da transparência radical que é devida sobre o procedimento de manifestação de interesse (PMI). O posicionamento se estende às demais espécies de diálogos público-privados:

A transparência que se defende, em sua expressão radical, é a incorporação e a efetivação rigorosa do princípio da publicidade. A mera publicidade formal não é suficiente para impedir as imoralidades ou para fomentar a participação social. Como se sabe, o cidadão comum não lê Diário Oficial. O cidadão comum toma ciência das ações da Administração Pública pelas vias ordinárias da informação. [...] A transparência confere legitimidade material aos atos administrativos decisórios porque expõe à sociedade os detalhes da tomada de decisão. O particular não se sujeita ao mero dispositivo da decisão, mas conhece as suas razões³⁸⁹.

Em verdade, as benesses resultantes da publicidade de informações que afetam direitos de alguma coletividade são anunciadas desde há muito. Outras referências sobre o tema, porque merecedoras, devem ser resgatadas e retomadas neste estudo.

Rememore-se, por exemplo, Immanuel Kant, que estipulou a seguinte *fórmula transcendental de direito público*: “São injustas todas as ações que se referem ao Direito de outros homens cujos princípios não suportam a publicação”. Ou ainda, Norberto Bobbio, que percebeu na publicidade “por si mesma uma forma de controle, um expediente que permite distinguir o que é lícito do que não é”³⁹⁰.

Verifica-se também uma íntima relação entre a transparência no exercício da função administrativa e o dever jurídico de imparcialidade, aplicável ao agente público. Leia-se a afirmação de Paulo de Tarso Bilard de Carvalho, em sua dissertação de mestrado, para quem

³⁸⁷ Ibidem, p. 131

³⁸⁸ Cf. NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação e contrato administrativo**. 3ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 57.

³⁸⁹ SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI): solicitação e apresentação de estudos e projetos para a estruturação de concessões comuns e parcerias público-privadas**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2013, p. 252.

³⁹⁰ KANT, Immanuel. **Para a paz perpétua**. Trad. de Bárbara Kristensen. Rianxo, Espanha: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006, p. 114. BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro, 1986, p. 30. Ambas as passagens doutrinárias já foram objeto de análise pelo autor em outras publicações, especificamente em sua dissertação de mestrado.

“[a] impessoalidade, na verdade, impõe que o agente administrativo seja obrigado assumir o ônus jurídico-administrativo e social de sua decisão: que a exponha e se exponha por ela”. O autor correlaciona apropriadamente a ideia de que a impessoalidade é um princípio “simultâneo e finalisticamente vinculado à noção de processualidade e de controle”, assim como um princípio que “orienta para a reunião de toda a atividade administrativa do Estado (entenda-se: por si ou por aqueles que façam sua vez) para um *locus*”³⁹¹.

O raciocínio é semelhante ao que se defende neste estudo: é essencial que a comunicação administrativa externa seja materializada em algum plano, especialmente quando dirigida a agentes econômicos. E o *locus* para essa formalização é o processo administrativo.

A permissão de acesso ou a divulgação espontânea de informações relacionadas aos diálogos público-privados também é medida que promove o controle social. Nesse contexto, reconhece-se hodiernamente uma função essencial desempenhada pela imprensa. Ainda que o volume de informações disponibilizado numa cultura de transparência ativa seja tamanho a ponto de inviabilizar a análise cotidiana pelos cidadãos, a imprensa, como instituição de *accountability* social, poderá perscrutar essas comunicações e pinçar o que há de mais relevante. Em síntese, “[o] olhar atento da imprensa, portanto, revela confusões, erros, desvios, más práticas, infrações e crimes cometidos dentro do Estado, contra os interesses do próprio Estado”³⁹².

A ampla transparência pode trazer custos administrativos, mas, em regra, esses custos não são impertinentes, e sim necessários para a regular condução dos afazeres públicos. Não se desconhece que, ocasionalmente, a publicidade pode trazer problemas operacionais à administração pública, mas o sigilo certamente seria potencialmente mais prejudicial, especialmente por inviabilizar ou obstaculizar o controle, que é elemento indispensável à ação administrativa³⁹³. Por mais que algum nível de eficiência deva ser sacrificado em prol da transparência, insista-se que esse é um custo natural às atividades públicas, que, como ensinou

³⁹¹ CARVALHO, Paulo de Tarso Bilard de. **O conceito jurídico do princípio da impessoalidade no direito administrativo brasileiro: uma releitura**. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2014, p. 135-137.

³⁹² MELLO, Fernando; DINIZ, Laura. O jornalismo como ferramenta de controle da corrupção. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARAÚJO, Glaucio Roberto Brittes de; LIVIANU, Roberto; PASCOLATI JUNIOR, Ulisses Augusto (coords.). **48 visões sobre corrupção**. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 117-118

³⁹³ Susan Rose-Ackermann, por exemplo, menciona que a transparência e a abertura das licitações públicas podem ser utilizadas para a manutenção de um cartel e para a divisão de um mercado entre um grupo de particulares. Assim, a transparência sobre as licitações serviria como uma fonte de informação entre os participantes. Contudo, embora a transparência possa servir como veículo de informação a agentes econômicos conluiados, que a partir dela podem verificar o cumprimento de acordos privados de cartel, tal como no exemplo apresentado pela autora, o custo do sigilo é demasiadamente elevado, já que, como visto, em regra, mitiga a própria possibilidade de controle. Cf. ROSE-ACKERMANN, Susan. **Corruption and government: causes, consequences, and reform**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1999, p. 66

Norberto Bobbio, devem ser públicas em ambos os sentidos do termo: público como contrário a privado e público como contrário a sigiloso³⁹⁴.

O controle, verificável principalmente a partir da aprofundada motivação dos atos administrativos e do registro de todos os elementos que influenciaram a tomada de decisão, é essencial para se evitar que os processos administrativos sejam empregados como veículos de falsa legitimação de ilícitos. Assim, em um contexto em que a transparência é acentuada, se não radical, a tendência é de que, no mínimo, as informações elementares do processo de tomada de decisões estejam disponíveis ao público e aos órgãos de controle.

3.2.4 O processo administrativo eletrônico como vetor de transparência administrativa

Se algum dia a publicidade fixada em murais dos órgãos públicos, ou publicada em diários oficiais impressos, já foi considerada suficiente para atender à imperatividade do princípio da publicidade, é seguro que atualmente essa prática, e outras similares, são insuficientes³⁹⁵.

A administração pública precisa se adequar à *hipermodernidade*³⁹⁶. Para que do processo administrativo emane a desejada e verdadeira transparência, o seu conteúdo deve ser ampla e irrestritamente acessível, em tempo real, por qualquer um do povo. Em tempos modernos, reclama-se a divulgação do processo administrativo na rede mundial de computadores (*internet*).

Desde a entrada do século XXI, Josep Ochoa Monzó já realçava o incremento qualitativo e quantitativo dos relacionamentos público-privados a partir da *ciberadministración*

³⁹⁴ Norberto Bobbio correlaciona a noção de governo democrático com a ideia de que o poder público deve ser exercido em público (“*governo do público em público*”). O autor apresenta as duas conotações da palavra “público”, como oposto a privado e como oposto a secreto. Cf. BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro, 1986, p. 10. Esta referência já foi empregada pelo autor em outra publicação.

³⁹⁵ No sentido de que a publicidade em sentido tradicional ou formal não é mais bastante, conferir MARRARA, Thiago. O princípio da publicidade: uma proposta de renovação. In: MARRARA, Thiago (org). **Princípios de direito administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012, p. 282.

³⁹⁶ Cf. DROMI, Roberto. **El Derecho Público em la Hipermodernidad**. Madrid: Hispania Libros, 2005, p. 233

y el ciberprocedimiento, em que o processo administrativo sofre adaptações de tempo, lugar, forma e fases, com consequências significativas em termos de acesso e transparência³⁹⁷.

Na qualidade de objeto que arquivará e organizará os registros administrativos, o processo administrativo não deve ser mais necessariamente composto por intermédio daquele conhecido acumulado de folhas impressas, em numeração sequencial anotada manualmente, ligadas entre si e vinculadas a uma capa dura numerada.

Observado o avançado desenvolvimento das tecnologias da informação e da comunicação, a forma eletrônica do processo administrativo se impõe. E há grandes vantagens no processo administrativo eletrônico como um vetor da transparência administrativa. A forma eletrônica permite que a administração pública conte “com a máxima responsividade proporcionada pelos meios de acesso às informações de interesse público – as tecnologias de informação e comunicação”. Como complementa Maria Paula Dallari Bucci, o processo administrativo eletrônico é uma ferramenta apropriada, inclusive, para o cenário de carência de pessoal, tanto em termos qualitativos como quantitativos, pois assegura a emissão de respostas adequadas à grande demanda existente por informação³⁹⁸.

Acresça-se que o desenvolvimento de diálogos público-privados em ambientes eletrônicos tem a vantagem de superar a *tramitação em sequência linear*, com um *sistema de apreciações sucessivas*, peculiaridade que caracteriza os processos *em papel*. Tal peculiaridade pode conferir grande celeridade aos procedimentos administrativos, uma vez que possibilita “análises multiplexadas, isto é, em um mesmo momento as informações do processo são disponibilizadas para análise simultâneas e inserção de pareceres”³⁹⁹.

Ainda que sejam arguidas as desvantagens operacionais de um processo administrativo eletrônico disponível na rede mundial de computadores (*internet*), cumpre verificar que muitos processos judiciais já se desenvolvem em sistemas eletrônicos que asseguram o acesso imediato e em tempo real aos autos dos processos. Se o dever de publicidade que recai sobre os processos administrativos é equivalente – ou até superior – àquele que orienta os processos judiciais, por que a possibilidade de acompanhamento eletrônico, em tempo real, existiria somente em processos judiciais? Essa é uma diretriz que também deveria orientar os processos

³⁹⁷ MONZÓ, Josep Ochoa. ¿Hacia la ciberadministración y el ciberprocedimiento? In Wagner, Francisco Sosa (org.) El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI: Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo. Tomo I. Valencia: Tirant lo blanch, 2000, p. 160-162.

³⁹⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. Processo administrativo eletrônico e informação pública. O sistema e-MEC e o marco regulatório da educação superior. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (org.). **Direito e administração pública**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 702.

³⁹⁹ Ibidem, p. 718.

administrativos e, especificamente, para o que interessa ao presente caso, os processos administrativos que antecedem as contratações por dispensa ou inexigibilidade de licitação pública⁴⁰⁰.

Defende-se, assim, que o ambiente de divulgação das informações que compõem os diálogos público-privados deve ser preferencialmente eletrônico, para que seja possível o uso da rede mundial de computadores (*internet*). Esse é o local de fácil acesso mais adequado para se conferir transparência ativa às informações públicas, o que representa uma medida consentânea à realidade tecnológica contemporânea⁴⁰¹. Aliás, cuida-se de uma tendência, que pode ser identificada a partir da adoção paulatina, por parte da administração pública, de sistemas que permitem conduzir os processos administrativos na forma eletrônica.

3.2.5 A regulamentação parcial do *lobby*: a advocacia de interesses por meio de diálogos público-privados institucionalizados

Diferentemente dos agentes públicos, os agentes econômicos que se relacionam com a administração pública não assumiram nenhum compromisso formal referente à perseguição prioritária de interesses públicos. Por dedução, é legítimo e até esperado que os agentes econômicos atuem no mercado com a intenção de beneficiar e satisfazer primeiramente os seus próprios interesses. Por consequência, a expectativa é de que os agentes econômicos envolvidos em um diálogo público-privado buscarão interesses próprios durante o processo comunicativo.

Em última análise, na opinião do autor, o comportamento egoístico é essencial para o desenvolvimento regular das relações comerciais e negociais. É de todo desejável que a perseguição de interesses próprios ocorra nos processos decisórios, uma vez que “negociações em que ambas as partes buscam vantagens próprias podem atingir um equilíbrio, enquanto que se ambas as partes buscarem [somente] os interesses das outras partes, elas jamais alcançarão um consenso”⁴⁰². Além disso, a busca pela maximização do bem-estar individual

⁴⁰⁰ Ficam ressalvados os processos administrativos sigilosos, tal como ocorre nos processos judiciais sigilosos, cujo acesso eletrônico é propositalmente inviabilizado.

⁴⁰¹ O artigo 7º do Decreto Federal nº 7.724/2012 estabeleceu esta relação entre *local de fácil acesso* e o dever de publicação na rede mundial de computadores (*internet*).

⁴⁰² A citação, traduzida livremente, foi extraída de uma anotação do chinês Mao Yushi sobre um romance de Li Ruhzen (*Flowers in the Mirror*, em inglês), em que é narrada a história fictícia de uma região (*The Land of Gentleman*, em inglês) onde os habitantes supervalorizam sempre os interesses alheios em relação aos seus, o que acaba por inviabilizar o alcance de qualquer acordo comercial. Cf. YUSHI, Mao. The paradox of morality. In:

incentiva os particulares à elaboração de soluções inovadoras e criativas para as necessidades públicas, já que percebem a operação como uma oportunidade de negócio.

De todo modo, independentemente do célebre debate sobre os benefícios coletivos que podem resultar da sistemática adoção de comportamentos egoísticos pelos particulares, fato é que tal comportamento denota característica constante nas relações econômicas, sejam estritamente privadas ou público-privadas. Por corolário, a advocacia de interesses próprios pelos particulares nos diálogos público-privados é uma realidade.

Essa é uma questão que precisa ser enfrentada abertamente.

O *lobby* pode ser definido como a atividade em que um determinado particular, em defesa de uma medida que reconhecidamente lhe é mais favorável, busca convencer algum representante estatal a respeito do maior benefício público dessa mesma medida.

Embora o *lobby* não seja regulamentado no Brasil, é seguro afirmar que a prática existe em todos os poderes da república. A propósito, a conscientização coletiva sobre a prática parece ser a primeira iniciativa rumo a um maior equilíbrio nos diálogos público-privados e, em geral, na advocacia de interesses sobre as mais variadas atividades que envolvem o exercício de competências estatais.

Interessa para o estudo dos diálogos público-privados apenas uma parcela da atividade de *lobby*, qual seja, aquela em que há uma advocacia de interesses de caráter econômico perante órgãos ou entidades da administração pública. É uma espécie de advocacia de interesses em que o agente econômico promove, perante o agente público, as benesses públicas da medida administrativa que pretende ver implementada.

O *lobby* distingue-se da prática de corrupção, ainda que ambos possam ter como objetivo último o rentismo (*rent-seeking*, na língua inglesa) e conquanto exista o risco de que uma atividade de *lobby* se converta em ato de corrupção⁴⁰³.

A advocacia de interesses por agentes econômicos não é uma atividade necessariamente incompatível com os interesses públicos. É materialmente possível que haja uma conciliação entre interesses econômicos privados e interesses públicos.

Aliás, é com esse propósito que a legislação autoriza e promove as mais variadas espécies de relacionamentos público-privados. O pressuposto teórico, por dedução lógica, é que

PALMER, Tom G (ed.). **The morality of capitalism**: what your professors won't tell you, Ottawa, IL, USA: Jameson Book, 2011, p.45-46.

⁴⁰³ Diferenciá-los é importante porque os malefícios sociais decorrentes das práticas de corrupção são potencialmente muito maiores e, na imensa maioria dos casos, como visto anteriormente, os benefícios são inexistentes Cf. LAMBSDORFF, Johann Graf. Corruption and Rent-Seeking. In: **Public Choice**, Vol. 113, No. 1/2, out. 2002, p. 103, 121.

uma relação público-privada, entre particular e administração pública, somente deve ter lugar quando capaz de conciliar e satisfazer harmonicamente os interesses privados e públicos envolvidos, exatamente aqueles perseguidos pelos agentes econômicos e pelos agentes públicos, respectivamente.

Emily Hammond Meazell, em análise direcionada aos diálogos mantidos entre a administração pública e o Poder Judiciário, indica que essa espécie de comunicação externa aumenta a probabilidade de decisões mais céleres, permite que informações atualizadas sejam incorporadas ao processo decisório e potencializa a transparência, a deliberação, a *accountability* e a participação⁴⁰⁴. É o argumento de János Bertók: “Lobistas podem trazer dados e informações inestimáveis para uma tomada de decisão mais esclarecida”⁴⁰⁵. A abertura à participação, ainda que de agentes econômicos, pode colaborar com a qualidade do processo decisório.

Demais disso, registre-se, por exemplo, que nos Estados Unidos da América existem instituições dedicadas exclusivamente a realizar uma advocacia em favor de interesses sociais, como as organizações *Public Citizen* e *Common Cause*. Essa atuação é identificada como uma espécie de *lobby* pelos interesses públicos (*public interest lobby*, na língua inglesa), comumente também denominada por *advocacy*, e existem indícios de que a estratégia possui um significativo grau de impacto, ao menos sobre o poder legislativo⁴⁰⁶⁻⁴⁰⁷.

Nesse contexto, a institucionalização de procedimentos administrativos de diálogos público-privados representa uma espécie indireta de regulamentação sobre a advocacia de interesses perante a administração pública.

Mas há uma grande ressalva a ser registrada sobre a prática de *lobby*: a ampla e efetiva abertura à competição de interesses entre os particulares potencialmente afetados pela decisão administrativa é indispensável para que a administração pública reduza o risco de assimetria informacional e de captura.

É o que se encontra no próximo subtópico.

⁴⁰⁴ MEAZELL, Emily Hammond. Deference and dialogue in administrative law. In: **Columbia Law Review**, Vol. 111, No. 8, December 2011, p. 1.724.

⁴⁰⁵ BERTÓK, János. Lobbying: What Framework for Enhancing Transparency? In: **Zeitschrift für Politikberatung (ZPB)** / Policy Advice and Political Consulting, Vol. 2, No. 1, April 2009, p. 125, tradução livre.

⁴⁰⁶ KAU, James B.; RUBIN, Paul H. Public Interest Lobbies: Membership and Influence. **Public Choice**, Vol. 34, No. 1, 1979, p. 51-52.

⁴⁰⁷ Alguns autores identificam no termo “*advocacy*” uma conotação mais adequada para fazer referência à advocacia de interesses quem possuem caráter amplo e coletivo. Cf. GOZETTO, Andréa; MACHADO, Leandro. **Ainda é necessário esclarecer conceitos: lobby x advocacy** [online]. Cause, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.cause.net.br/ainda-e-necessario-esclarecer-conceitos-lobby-x-advocacy/>> Acesso em 2 nov. 2016.

3.2.6 A ampla abertura à participação competitiva-colaborativa dos particulares interessados no diálogo público-privado

A pluralidade de participantes em estado de concorrência leva a uma maior probabilidade de que as informações apresentadas pelos agentes econômicos sejam colaborativas e compatíveis com os interesses públicos. Isso porque, caso as informações apresentadas por algum agente econômico sejam contrárias aos interesses públicos, é robustecido o risco de que haja uma denúncia dessa condição pelos demais participantes que concorrem pela decisão administrativa, a fim de colocar em descrédito a contribuição daquele que forneceu a informação enviesada. Tal raciocínio é válido para os processos administrativos em que existe, ainda que parcialmente, uma potencial competição de interesses entre os participantes, como, especificamente, naqueles dedicados à elaboração de uma norma regulatória ou às contratações públicas.

Em regra, a efetiva abertura à participação fomenta a competição entre os agentes econômicos participantes e a necessidade de colaboração, o que equilibra a relação de interesses econômicos (o interesse lucrativo do vendedor) e o efetivo atendimento dos interesses públicos (interesse do cliente). Portanto, o estímulo à participação é uma importante forma de amenizar os riscos dos diálogos público-privados. Inclusive, sempre que possível, é essencial que a abertura à participação se estenda aos cidadãos e às pessoas jurídicas integrantes da sociedade civil. Potencializa-se, assim, o controle de legalidade e de legitimidade dos atos administrativos decisórios por meio da participação.

Para se alcançar tal resultado, as expectativas dos particulares sobre o resultado e a forma de condução do procedimento administrativo devem ser atendidas – o que abrange variáveis como o tempo disponível para a participação, a qualidade da informação fornecida ao público e o engajamento dos agentes públicos diante das manifestações externas⁴⁰⁸. Assim, sempre que houver compatibilidade com a natureza do processo administrativo, a participação nos diálogos público-privados deve ser formalmente estruturada, com regras predefinidas, de modo que os agentes econômicos eventualmente interessados saibam como e quando participar.

Na opinião do autor, os procedimentos administrativos de diálogo público-privado não devem impor barreiras de acesso à participação. Exigências como a comprovação de

⁴⁰⁸ MALYSHEV, Nick. **The evolution of regulatory policy in OECD countries**. Paris: OECD, 2008, p. 15
Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/41882845.pdf>> Acesso em 27 jan. 2016.

qualificação técnica, econômico-financeira ou qualquer outro requisito de habilitação para a participação no diálogo público-privado devem ser minimizadas ao máximo. Como regra, essas exigências não devem ser solicitadas.

Adota-se, portanto, a noção de que a solução para os riscos dos diálogos público-privados não perpassa pela imposição de obstáculos de controle prévio à participação, o que, potencialmente, asseguraria a qualificação de quem dialoga. O robustecimento da burocracia nesses procedimentos administrativo potencializa o risco de subversão dos agentes públicos – por diminuir a competitividade colaborativa e por ampliar os meios disponíveis para barganha⁴⁰⁹.

Tal compreensão está em consonância com o que a moderna doutrina dedicada ao estudo da corrupção defende. Leia-se o comentário de Fernando Filgueiras:

Do ponto de vista das reformas institucionais para o combate à corrupção, a mudança deve ser realizada entre os sistemas de incentivo e a eficiência burocrática. Por outras palavras, não cabe às reformas institucionais reforçar o poder da burocracia, uma vez que estas reformas resultariam em maior discricionariedade e em maior incentivo para o pagamento de propina e de suborno, ou seja, em ampliação das práticas de corrupção. *No aspecto formal, que representa um consenso entre analistas ligados a teorias neo-institucionalistas, a prática de corrupção não é coibida mediante reforço do poder burocrático, mas pelo fomento do mercado*⁴¹⁰.

A solução defendida não é adotada de forma unânime pela administração pública brasileira. Inclusive, como se verá no próximo capítulo, diversas espécies de diálogos público-privados – como o procedimento de manifestação de interesse (PMI), a tomada de subsídio e a reunião participativa – são regulamentadas atualmente de forma a permitir que a administração pública selecione e determine o conjunto de agentes econômicos que participarão das interlocuções.

Há defesa em favor dessa solução limitadora na doutrina dedicada ao procedimento de manifestação de interesse (PMI). Tarcila Reis e Eduardo Jordão opinam que a interlocução com um único particular “é usualmente a decisão mais adequada” em razão de um “problema real da incapacidade operacional da Administração”, que não consegue gerenciar diversos estudos ao mesmo tempo. Os autores sustentam também que “a autorização múltipla não resolve o problema da possibilidade de privilégio da Administração a um particular específico”, sendo

⁴⁰⁹ Evidentemente, embora o afastamento de obstáculos formais à regular condução de diálogos público-privados seja uma máxima defendida por este trabalho, não há como escapar da necessidade de se formalizar próprio o desenvolvimento dessas comunicações, o que não deixa de se caracterizar como uma medida que impõe alguma burocracia. Contudo, como já justificado à exaustão, a formalização dessas comunicações no competente processo administrativo é o mínimo necessário para que seja possível exercer controle.

⁴¹⁰ FILGUEIRAS, Fernando. Marcos teóricos da corrupção. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel. **Corrupção: ensaios e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, p. 358, grifou-se.

que o problema seria apenas postergado no tempo. Por fim, argumentam que a autorização múltipla atrai “o risco de produzir um projeto disfuncional, uma ‘colcha de retalhos’”. Segundo o que defendem os autores, a administração pública pode selecionar um único particular para dialogar, mas “terá *necessariamente* que motivar a sua escolha com critérios racionais, adequados e objetivos”⁴¹¹.

Oferece-se neste estudo uma opinião distinta e, em alguns aspectos, complementar.

Em primeiro lugar, o problema da incapacidade operacional da administração pública para a gestão de diálogos público-privados com vários interlocutores deve ser contornado de maneira a que o princípio da isonomia permaneça sendo observado com grande intensidade. Isso porque tal princípio está na essência de qualquer benefício econômico que possa ser auferido pelo particular diante da administração pública, sendo considerado, inclusive, por exemplo, “a própria causa da licitação pública”⁴¹².

Assim, se, por alguma razão justificada, o objetivo da administração pública é selecionar um único participante para a elaboração colaborativa dos estudos técnicos que darão origem a determinado projeto, não poderá simplesmente analisar os diferentes candidatos e motivar a sua escolha de exclusividade a partir de critérios racionais, adequados e objetivos. Há um elemento essencial para essa operação, que não pode ser afastado: os critérios de eleição devem ser previamente conhecidos pelos interessados, o que remete, justamente, ao lançamento de um edital e à promoção de um processo seletivo análogo à licitação pública. Esse é o procedimento-padrão previsto na legislação para os casos em que é preciso escolher apenas um dentre vários potenciais fornecedores ou prestadores de serviços⁴¹³.

Ainda que não se pretenda a contratação do particular, mas somente a concessão de uma autorização qualificada para que realize estudos e projetos, haverá de ser conduzido um chamamento público para a sua eleição, sob pena de violação do princípio da isonomia e da

⁴¹¹ REIS, Tarcila; JORDÃO, Eduardo. A experiência brasileira de MIPS e PMIS: três dilemas da aproximação público-privada na concepção de projetos. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCWHIND, Rafael Wallbach. **Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 218-219.

⁴¹² Cf. NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação e contrato administrativo**. 3ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 54.

⁴¹³ Como ensina Joel de Menezes Niebuhr, “a licitação pública é uma espécie de limitação à atuação da Administração Pública, impondo-lhe rigores mais estreitos do que aqueles a que se sujeitam os particulares. Ora, afora a Administração Pública, em regra, quem quer contratar não está obrigado a realizar procedimento algum, bastando escolher, com absoluta liberdade, com quem contratar, desde que este também o queira. A licitação pública é levada a cabo para assegurar que todos os possíveis interessados em celebrar o contrato administrativo sejam tratados com igualdade, prestigiando o fundamental princípio da isonomia.”. Cf. NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação e contrato administrativo**. 3ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 33.

impessoalidade. E este chamamento público, que conterà as regras de qualificação e seleção, terá de ser necessariamente aberto a todo o conjunto de eventuais interessados.

Não se descarta, na hipótese dos diálogos prévios às licitações públicas, que excepcionalmente apenas um particular seja eleito para a interlocução; essa seleção, no entanto, como regra, deverá ser antecedida de um procedimento aberto e isonômico. Sendo viável a competição, não há como obter uma decisão legítima de exclusão de participantes sem que haja o confronto entre os diferentes potenciais interessados – especialmente em diálogos público-privados cujo resultado pode conferir benefícios econômicos substanciais, como é o caso do procedimento de manifestação de interesse (PMI), em que o participante pode obter o ressarcimento pelos dispêndios incorridos nos estudos, que podem chegar a cifras milionárias.

Em segundo lugar, o risco de que a administração pública privilegie indevidamente um determinado particular em detrimento de outros é intrínseco e permanente a qualquer procedimento administrativo em que exista potencial competição. A defesa pela ampla participação não remete à solução do problema, pois que é insolucionável, mas à diminuição da probabilidade de que esses privilégios indevidos sejam conferidos.

Portanto, o argumento é inválido para sustentar a restrição à participação, pois, caso adotado, legitimaria a hipotética abolição de qualquer procedimento licitatório para as contratações públicas, ou ainda, de qualquer procedimento aberto à participação social ou de diálogo público-privado, haja vista a presumida inutilidade desses expedientes. Escolher-se-ia, previamente, sempre um único particular para a interlocução. A defesa pela amplitude de participação nos diálogos público-privados parte de outro pressuposto: porque há uma multiplicidade de interessados em competição colaborativa, o risco de captura é reduzido pelo perigo de denúncia. A doutrina internacional, inclusive, destaca que, quando há apenas um agente econômico participante de diálogo público-privado, as negociações costumam ocorrer em ambiente de opacidade e tendem à corrupção⁴¹⁴.

Em terceiro lugar, a elaboração de um projeto que se caracterize por uma “colcha de retalhos” não tem relação direta com a ampla participação no diálogo público-privado. Isso porque a defesa pela ampla abertura à participação não se confunde com um hipotético e inexistente dever de absorção de alguma contribuição de cada um dos interlocutores. É perfeitamente possível que apenas um projeto seja eleito dentre vários apresentados. O

⁴¹⁴ DELLACHA, Georgina; HODGES, John T. **Unsolicited Infrastructure Proposals**: how some countries introduce competition and transparency. Public-private Infrastructure Advisory Facility – PPIAF, Washington, DC, Estados Unidos da América, 2009, p.1 Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/142981468777252745/pdf/417300UnsolicitedalsOPPIAF0101PUBLIC1.pdf>> Acesso em: 30 nov. 2016. Este estudo já foi referenciado anteriormente em outra publicação do autor.

aproveitamento parcial de diferentes contribuições é uma possibilidade, que pode se demonstrar ocasionalmente benéfica, mas não é obrigação.

Em quarto lugar, especificamente no âmbito contratual, a manutenção de um diálogo público-privado exclusivo e reservado para a estruturação de um projeto, em etapa preliminar à contratação pública, tende a repercutir de forma acentuada e negativa na competitividade da própria licitação pública. Isso decorre do aumento da desconfiança de que o projeto básico favorece o particular que o elaborou ou algum de seus parceiros comerciais, o que acaba por afastar da licitação pública eventuais interessados que, por ordem da administração pública, não acompanharam a etapa preparatória do certame. Neste quesito, cumpre recordar o questionamento provocativo de Vera Monteiro: “Qual o foco do PMI? É procedimento para selecionar projeto ou para selecionar consultor?”⁴¹⁵. A opinião do autor é que a finalidade desses diálogos público-privados, seja na seara contratual ou regulatória, remete à seleção do conteúdo de um projeto ou norma, e não de algum determinado particular. Busca-se a potencial consensualidade decorrente dessas interlocuções, e não a contratação de um agente econômico por via oblíqua.

E se o plano é proibir a participação do agente econômico na futura licitação pública, tal como aventado pela Medida Provisória nº 727/2016, então por que ele participaria do diálogo público-privado⁴¹⁶? Certamente, o interesse permanece sendo eminentemente econômico, materializado pelo eventual ressarcimento dos dispêndios, por exemplo, que, em verdade, seria espécie de remuneração. Portanto, nesses casos, a relação jurídico-administrativa assume um caráter contratual clássico, sinalagmático e bilateral. Se essa é a intenção, a solução jurídica adequada é contratá-lo, efetivamente, ainda que tal contrato incorpore características mais flexíveis do que um contrato administrativo tradicional. Entretanto, para o que interessa, a

⁴¹⁵ MONTEIRO, Vera. Contratação de serviço de consultoria para a estruturação de projeto de infraestrutura: qual o melhor caminho? In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCWHIND, Rafael Wallbach. **Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 147.

⁴¹⁶ O parágrafo 1º do artigo 14 da Medida Provisória nº 727/2016 continha a seguinte redação: “A administração pública, quando previsto no edital de chamamento, poderá expedir autorização única para a realização de estudos de estruturação integrada ou de liberação, desde que o requerimento do interessado inclua a renúncia da possibilidade de atuação na licitação do empreendimento, ou como contratado do parceiro privado, por parte: I - do próprio requerente; II - dos controladores, controladas e entidades sob controle comum do requerente; III - dos responsáveis econômicos, assim consideradas as pessoas físicas ou jurídicas que tenham contratado ou contratem o requerente para as atividades objeto da autorização, bem como os controladores, controladas e entidades sob controle comum destas; e IV - das pessoas físicas e jurídicas que atuarão como contratadas do requerente na execução das atividades objeto da autorização do PAE.”. Esta previsão não foi convertida por ocasião da respectiva Lei Federal nº 13.334/2016.

contratação desse agente econômico atrairia a legislação aplicável às licitações públicas e contratos administrativos, que, como regra, exigem certame competitivo e aberto⁴¹⁷.

A implementação de um processo administrativo transparente e participativo, como um verdadeiro elemento central da atividade administrativa, é requisito indispensável. Como ensinam Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, “[c]abe jamais esquecer: o processo administrativo aberto, visível, participativo, é instrumento seguro de prevenção à arbitrariedade”.⁴¹⁸

De todo modo, como já apresentado neste estudo, a projetada abertura à participação dialógica nos processos decisórios pode ser insuficiente para originar resultados equilibrados, uma vez que a participação dos pequenos grupos de interesse (como agentes regulados, por exemplo) é mais propensa a acontecer do que os grandes grupos (os usuários, por exemplo)⁴¹⁹.

Um aspecto relevante que pode promover um maior equilíbrio de incentivos para a participação nos diálogos público-privados é a redução dos custos para a participação daqueles que pertencem a grupos maiores. Isso ocorre, por exemplo, a partir da simplificação das formas de participação e da qualidade das informações disponibilizadas – sendo que a rede mundial de computadores (*internet*) possui um grande valor para essa estratégia.

Em outra oportunidade, inclusive, o autor deste estudo já cogitou a possibilidade de que a própria administração pública desenvolva linhas de financiamento dedicadas a promover a participação de “particulares dispostos a defender os interesses dos usuários, fomentando a participação democrática dessa parcela de interesses que não dispõe de recursos econômicos” equivalentes aos agentes econômicos⁴²⁰.

⁴¹⁷ A propósito, a solução de vedação à participação na futura licitação pública não é isenta de riscos, como bem aponta Mais Moreno: “Embora a medida busque trazer neutralidade à modelagem de projeto, não impede por completo a influência indesejada do Poder Concedente, já que poderão surgir empresas fraudulentas que se apresentem como desinteressadas na futura licitação, mas na realidade já conluiadas com futuros interessados.” Cf. MORENO, Mais. **A participação do administrado no processo de elaboração dos contratos de PPP**. Dissertação de mestrado, Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016, p.184.

⁴¹⁸ DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Processo Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 26.

⁴¹⁹ Leia-se a opinião de Eamonn Butler: “O resultado é que pequenos grupos com interesses concentrados podem ser participantes muito mais ativos, verbais e eficientes no processo de tomada de decisão coletiva do que grupos bem maiores com apenas interesses difusos. Enquanto a proibição de tomates importados, digamos, é de grande interesse aos produtores de tomate, significa apenas uma perda de escolha minúscula para os consumidores; da mesma forma, o subsídio para uma casa de ópera pode dobrar as receitas da companhia, contudo acrescenta apenas uns poucos centavos à taxa de impostos de alguém.” Cf. BUTLER, Eamonn. **Escolha Pública: Um Guia**. Belo Horizonte: Estudantes Pela Liberdade. Brasil, 2014, p. 38.

⁴²⁰ Cf. SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI): solicitação e apresentação de estudos e projetos para a estruturação de concessões comuns e parcerias público-privadas**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2013, p. 206.

O risco em caso de diálogo público-privado sem ampla abertura à participação não é somente de corrupção. Caso inexista abertura efetiva à competição colaborativa de interesses entre aqueles que serão afetados pela decisão administrativa, é possível que a administração pública seja capturada em razão de sua eventual deficiência técnica. Ou seja, sem conseguir avaliar corretamente a retidão das informações recebidas, a administração estará mais suscetível a alguma interpretação distorcida sobre a realidade, o que pode levar à adoção de decisões desfavoráveis aos interesses públicos, ainda que involuntariamente. Uma ampla e plural participação suaviza o risco de que a administração pública não esteja tecnicamente preparada para absorver e processar as informações recebidas.

Superada a discussão sobre a eventual restrição do número de interlocutores nos diálogos público-privados, outro aspecto essencial para a condução dessas comunicações refere-se ao tratamento isonômico que deve ser dedicado aos participantes. Ilustrando-se a discussão, note-se que a perspectiva de participação e de acesso à integralidade dos diálogos público-privados em um determinado processo administrativo é uma importante preocupação no direito estadunidense. A partir de uma análise sobre a legislação do estado do Tennessee, Patricia Sue Wall chama a atenção para a proibição das comunicações *ex parte*, fenômeno em que o agente público responsável pela decisão administrativa se comunica com uma parte interessada na ausência de outra. Essa conduta é considerada uma violação do devido processo (*due process*, na língua inglesa) e da audiência justa (*fair hearing*, na língua inglesa), capaz de contaminar todo o processo administrativo⁴²¹. A vedação assume a posição, ainda que de forma implícita, de que o diálogo com a não integralidade das partes diretamente interessadas na decisão administrativa implica o risco de violação do princípio da isonomia.

Em relação ao problema da captura informacional, decorrente do abuso do direito à participação, uma solução remete à limitação da obrigação de resposta a esses agentes econômicos mal-intencionados. É também a opinião de Maís Moreno em atenção às possíveis “contribuições bloqueadistas” apresentadas durante os procedimentos participativos. Nesse caso, há que se impor um limite ao dever de resposta, a fim de “estimular a oitiva dos diversos interesses em jogo, favorecendo a ponderação qualificada de argumentos, em detrimento da força política, mas sempre garantindo o direito mínimo de apreciação de contribuições”⁴²². A conduta, como bem aponta, encontra fundamento no parágrafo 2º do artigo 38 da Lei Federal

⁴²¹ WALL, Patricia Sue. Guide to the Ethics of Ex Parte Communications. **Journal of Business Ethics**, Springer, Vol. 81, No. 3, sep. 2008, p. 555-558.

⁴²² MORENO, Maís. **A participação do administrado no processo de elaboração dos contratos de PPP**. Dissertação de mestrado, Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016, p. 218

nº 9.784/1999, que permite a recusa das provas apresentadas pelo particular, durante a instrução do processo administrativo, quando tal contribuição for ilícita, impertinente, desnecessária ou protelatória.

De maneira geral, os clássicos benefícios teóricos decorrentes da *participação popular* no processo administrativo decisório também se encontram presentes quando ocorre a participação exclusiva ou conjunta de agentes econômicos⁴²³.

A questão é que os agentes econômicos também são legítimos participantes do processo administrativo democrático. Essa conclusão é justificada a partir da noção de que a economia livre de mercado se revela como uma verdadeira *democracia dos consumidores*, em que os consumidores determinam, diariamente, a cada compra realizada, quais são as suas preferências e, em consequência, o que deve ser produzido e quais as necessidades a serem satisfeitas⁴²⁴.

Neste sentido, desde que a administração pública consiga desempenhar uma função análoga àquela que é típica do consumidor e, com isso, consiga orientar as atividades dos agentes econômicos para a efetiva satisfação de suas necessidades, esses agentes econômicos serão bem-vindos nos processos administrativos dialógicos – o que significa que toda a participação de agentes econômicos deveria ser permitida e estimulada.

Como a iniciativa privada se sustenta a partir da ideia de responsividade às necessidades de seus consumidores e, nos casos em que a administração pública é consumidora, os seus interesses devem necessariamente representar os interesses públicos, a colaboração dialógica com os diferentes agentes econômicos tende a fomentar uma maior responsividade da própria administração pública.

A tendência é de que o fortalecimento da competitividade resulte em maior responsividade aos interesses dos consumidores. Quanto maior número de potenciais fornecedores ou prestadores, maior a probabilidade de que os produtos oferecidos tenham conformidade com as necessidades dos consumidores; no caso, as necessidades elencadas pela administração pública, que devem corresponder aos interesses públicos. Torna-se legítimo, portanto, que os agentes econômicos possam dialogar com a administração pública para apresentar as soluções que entendem sejam benéficas também aos seus interesses, já que, para

⁴²³ Para uma abordagem mais aprofundada a respeito dos benefícios da participação popular na administração pública, conferir JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo Henrique. Participação administrativa. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, Fórum v.20, p. 167-194, 2005.

⁴²⁴ MISES, Ludwig von. **Intervencionismo, uma análise econômica**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2. ed., 2010, p. 21.

que sejam acatadas e adotadas pela administração pública, os seus interesses devem harmonizar com os interesses públicos.

Em síntese, portanto, defende-se que a ampla abertura à participação dos agentes econômicos nos diálogos público-privados seja uma diretriz adotada para a regulamentação dos procedimentos administrativos dedicados à condução dessas comunicações.

3.2.7 A institucionalização dos diálogos público-privadas não extingue o confronto entre a opacidade e o ideal de visibilidade na administração pública

Estabelecidas as premissas e os fundamentos jurídicos que justificam a solução procedimental aos diálogos público-privados, é importante que seja levantada outra reflexão igualmente essencial. Há uma questão complementar, portanto; uma questão elementar, em verdade.

Poucos discordariam da célebre frase de Louis Brandeis, responsável pela sintética, porém enérgica proposição de que “a luz solar é dita como o melhor dos desinfetantes”. A famosa analogia dedicada à publicidade de informações que interessam a uma coletividade causa impacto por seu vigor e intensidade. Mas é outra anotação do antigo magistrado da suprema corte estadunidense que merece dedicada atenção. Trata-se de uma advertência sobre a publicidade: “*Mas a revelação precisa ser verdadeira*”⁴²⁵.

O ideal de visibilidade sobre os diálogos público-privados desperta inquietação porque seguramente não é característica peculiar da administração pública, conquanto seja uma diretriz necessária e obrigatória. O desenvolvimento efetivo da transparência administrativa ainda é muito incipiente. Impera sobre os agentes públicos e sobre a própria sociedade, talvez por uma questão de cultura administrativa e de costume, a percepção de que a plena visibilidade sobre o exercício da função administrativa deve ser a exceção, e não a regra.

A publicidade é um princípio constitucional que condiciona todas as atividades da administração pública. A transparência ativa é uma obrigação prevista em lei. Mas o que é capaz de assegurar que os diálogos público-privados serão *verdadeiramente* desenvolvidos em ambiente de visibilidade?

⁴²⁵ BRANDEIS, Louis Dembitz. What Publicity Can Do. **Harper's Weekly**, December 20, 1913, p.10,12, grifou-se.

Como garantir que os diálogos público-privados serão efetivamente internalizados em processo administrativo aberto e transparente, frustrando as comunicações informais e extraprocessuais? Como controlar um *fenômeno que pode ser deliberadamente ocultado* para que não seja descoberto, tal como frequentemente ocorre? Como garantir que a informação registrada no processo administrativo é a informação verdadeira? Como assegurar que a completude dos diálogos público-privados está passível de sindicância?

As respostas existentes já foram ensaiadas. A ausência de respostas mais otimistas a essas questões revela o ceticismo do autor sobre a real possibilidade de que o direito administrativo seja efetivamente imposto sobre a vertente comunicacional da realidade administrativa, especialmente no que diz respeito ao controle dos diálogos público-privados.

Novamente, as soluções parciais dependem do sucesso das estratégias preventivas e repressivas. Dependem também de elementos extrajurídicos, como a efetiva aderência dos agentes públicos e dos agentes econômicos aos pressupostos da ética profissional.

Embora não seja difícil reconhecer que o desvio de finalidade tem o seu nascedouro na fase preparatória das decisões administrativas, a procedimentalização dialógica dessas etapas antecedentes pode não ser suficiente, pois o ajuste ilegítimo pode continuar a ocorrer em momento anterior ou em paralelo; desta feita, em momento anterior ou de forma concomitante ao próprio procedimento de diálogo público-privado formal.

Portanto, conserva-se o risco de que os próprios procedimentos administrativos dedicados aos diálogos público-privados, que buscam inibir a corrupção, sejam utilizados, em verdade, para legitimar às avessas uma imoralidade pré-concebida.

O risco é comum a todos os instrumentos participativos, uma vez que todo instituto com potencial para conferir maior legitimidade a uma decisão administrativa pode ser manejado de modo a lhe conceder, em verdade, um aparente e falso aspecto de legitimidade. Esse problema representa, na opinião do autor, o maior desafio no controle dos riscos dos diálogos público-privados.

Infelizmente, nada garante que um movimento de institucionalização dos diálogos público-privados, ainda que em dedicada atenção aos parâmetros elencados neste estudo, irá resolver o dilema da opacidade. Os instrumentos necessários para a identificação das comunicações informais são tecnicamente insuficientes. Perpetua-se o risco inerente à opacidade; perpetua-se o alerta de Louis Brandeis.

Ao menos, com a imposição de um adequado rito procedimental, a partir de regras claras e conhecidas, acredita-se que os riscos tendam à redução, seja em razão da previsibilidade das etapas, seja em razão da estabilização das regras aplicáveis, seja pela consequente

diminuição da frequência com que comunicações informais são conduzidas, por agentes de boa-fé, por desconhecimento ou inexistência de regulamento.

Fato é que a sincera questão sobre a efetiva viabilidade de se garantir visibilidade sobre os diálogos público-privados não encontra respostas seguras, definitivas ou absolutas. Encontra, porém e somente, algumas respostas no plano das estratégias de incentivo ao cumprimento das obrigações jurídicas e éticas – o que, para todos aqueles que perseveram na busca de um ideal sistema jurídico-administrativo, é algo suficientemente importante para a continuidade dos esforços. A travessia da opacidade à visibilidade remanescerá como o maior desafio para todos aqueles que se dedicam a refletir sobre os diálogos público-privados.

3.2.8 Uma matriz analítica para as espécies de diálogo público-privado

Diferentes espécies de diálogos público-privados são conduzidas pela administração pública brasileira na contemporaneidade. São institutos diversos aplicados a categorias distintas de processo administrativo. O grau de institucionalização dessas interlocuções é variável, o que compreende desde a inexistência de qualquer formalidade ou norma jurídica para orientá-las até a existência de procedimentos típicos e exclusivos para o diálogo.

O próximo e último capítulo é destinado a uma análise individualizada e sistemática sobre esses diálogos público-privados, incluindo-se algum viés comparativo, o que inclui tanto aqueles que, embora desregulamentados, são comuns no cotidiano administrativo, como aqueles que encontram regulamentação em norma jurídica, ainda que parcial.

A metodologia utilizada para tal exame é alicerçada pelas considerações teóricas apresentadas neste estudo, essenciais para a verificação do grau de institucionalização e de aderência ao direito administrativo de cada espécie de diálogo público-privado.

Para auxiliar esse exame individualizado e sistemático sobre cada instituto, elaborou-se uma *matriz de análises*, adiante exposta em sua versão de minuta. Esta matriz preocupou-se em verificar os seguintes parâmetros:

- (i) o âmbito de ocorrência do diálogo público-privado, em relação aos diferentes âmbitos da função administrativa;
- (ii) a natureza das comunicações, se oral e/ou escrita;
- (iii) a frequência estimada para a ocorrência dessas comunicações;
- (iv) o grau de formalidade previsto em norma jurídica;

(v) o nível de registro e publicidade exigível;
 (vi) o nível de abertura à participação;
 (vii) a existência de diretrizes éticas sobre o diálogo público-privado;
 (viii) a existência de mecanismo de controle próprio sobre o diálogo público-privado;
 (ix) a percepção sobre o grau de importância e sobre o grau dos riscos do diálogo público-privado.

(x) a percepção sobre o nível de complexidade das medidas para o controle dos riscos;
 (xi) o nível de institucionalização do diálogo público-privado na administração pública brasileira

Os parâmetros específicos de cada diálogo público-privado, registrados nas respectivas matrizes, foram extraídos a partir das investigações realizadas durante a pesquisa bibliográfica. Contudo, há que se alertar que alguns parâmetros são inerente e naturalmente subjetivos, tal como *a percepção sobre o grau dos riscos do diálogo público-privado*, por exemplo. Nesses casos, o caráter opinativo do autor é prevacente, o que deve ser desde já reconhecido.

Quadro 1 - Matriz sintética de análise sobre os diálogos público-privados

Nome do diálogo público-privado	
Ocorrência	
	Processos administrativos no âmbito das contratações públicas
	Processos administrativos no âmbito da função regulatória
	Processo administrativo sancionatório
	Processos administrativos de qualquer natureza
Natureza das interlocuções	
	Escrita
	Oral
Frequência estimada na administração pública brasileira	
	Cotidiano
	Frequente
	Esporádico
	Raro
Formalidade	
	Procedimento específico previsto em lei
	Procedimento específico previsto e detalhado em decreto e/ou regulamento interno
	Procedimento com previsão insuficiente em decreto e/ou regulamento interno

	Procedimento sem previsão normativa
Registro sobre as comunicações no processo administrativo	
	Prováveis diálogos informais/extraprocessuais
	Não há procedimento padronizado sobre o tema
	Informação sobre a síntese das comunicações deve ser registrada
	Informação sobre a íntegra das comunicações deve ser registrada
Publicidade sobre os documentos	
	Possibilidade de sigilo temporário
	Publicidade espontânea (transparência ativa)
	Sem previsão específica. Publicidade mediante requerimento de acordo com a Lei Federal nº 12.527/2011
	Informações disponíveis na rede mundial de computadores
Amplitude de participação	
	Edital de convocação promovido pela administração pública
	Possibilidade de provocação do diálogo por parte do agente econômico
	Possibilidade jurídica de participação popular e/ou de outros agentes econômicos
	Diálogos reservados. Possibilidade jurídica de exclusão de participação conjunta de potenciais interessados
	Não há procedimento padronizado sobre o tema
Ética	
	Código de conduta específico para o procedimento
	Diretrizes éticas no edital
	Sem diretrizes éticas específicas para o diálogo público-privado
Controle	
	Sem previsão de controle específico / Sujeição ao controle interno e externo comum sobre as atividades da administração pública
	Sujeição a alguma espécie de controle interno ou externo específica
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para a administração pública	
	Baixa
	Média
	Alta
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para o agente econômico	
	Baixa
	Média
	Alta
Percepção sobre o grau de riscos (reduzido, regular, elevado)	
	Potencial lesivo aos interesses públicos/patrimônio público em caso de corrupção ou captura técnica
	Probabilidade de ocorrência de corrupção ou de captura técnica

	Potencial grau de impacto sobre o processo de legitimação estatal em caso de desvirtuamento
	Probabilidade de diálogo público-privado informal
Percepção sobre o nível de complexidade das medidas para o controle dos riscos (reduzido, regular, elevado)	
	Complexidade para implementação de medidas preventivas
	Complexidade para implementação de medidas repressivas
Nível de institucionalização na administração pública brasileira	
	Inexistente
	Incipiente
	Regular
	Avançado

3.3 Síntese parcial do capítulo

A busca por maior visibilidade nos diálogos público-privados, em movimento que busca mitigar os riscos de sua opacidade, está condicionada ao êxito das diferentes medidas preventivas e repressivas de fomento à observância das normas legais e éticas aplicáveis ao fenômeno.

Há uma notória preferência pelas medidas preventivas dedicadas ao controle dos riscos dos diálogos público-privados, pois a eficácia das medidas repressivas é parcialmente neutralizada pela dificuldade de imposição efetiva das sanções previstas em lei. Essa dificuldade é particularmente agravada pela natureza dos diálogos público-privados, uma vez que é tecnicamente inviável que os órgãos de controle obtenham conhecimento amplo e fidedigno a respeito da existência e do conteúdo das interlocuções informais e extraprocessuais. Apesar disso, uma relevante e preventiva função simbólica decorre dessas normas repressivas, o que contribui para afastar da ilicitude uma parcela significativa dos diálogos público-privados.

Dentre as medidas preventivas para o controle dos riscos dos diálogos público-privados, a maior eficácia repousa sobre aquelas que visam à eliminação do fenômeno, seja por eliminação dos programas governamentais ou mediante privatização dos ativos pertencentes à administração pública. Contudo, essa estratégia, caso adotada sistematicamente, não encontra compatibilidade com a constituição federal, que pugna por um estado desenvolvimentista, responsável por orientar, promover e intervir sobre as atividades econômicas.

Restam, assim, as medidas preventivas para o controle parcial dos riscos dos diálogos público-privados, relacionadas à realização de reformas em programas governamentais e, mais especificamente, às reformas dedicadas ao direito administrativo. Nesse contexto, a institucionalização de procedimentos administrativos de diálogo público-privado configura a medida com maior potencial para promover a visibilidade do fenômeno, embora a plena eficácia dessa solução seja reconhecidamente inalcançável. A condução do fenômeno em ambiente processual próprio, que permita o registro desses diálogos a partir de regras claras, impessoais e conhecidas por todos os interessados é uma operação que promete reduzir os riscos dos diálogos público-privados informais. Em síntese, observa-se na vertente procedimental uma solução teórica ao risco de inobservância dos princípios de direito administrativo, que são típicos da ausência de regulamentação. A operação é capaz de materializar a solução determinante para que a condução da função administrativa seja vertida em ambiente processual.

Entretanto, para que essa institucionalização ocorra em conformidade com o direito administrativo e não sirva como instrumento de falsa legitimação de decisões adotadas em ambiente extraprocessual, é essencial que algumas diretrizes sejam observadas, especialmente: a transparência ativa sobre os diálogos, por meio de processos administrativos eletrônicos disponíveis em tempo real para acesso pela rede mundial de computadores (*internet*), a ampla abertura à participação competitiva dos interessados e a vinculação expressa de parâmetros de conduta ética para esses procedimentos, de forma a que os participantes tenham pleno e periódico conhecimento sobre o comportamento esperado e desejado durante os diálogos público-privados.

4 ANÁLISE E CLASSIFICAÇÃO DAS ESPÉCIES DE DIÁLOGO PÚBLICO-PRIVADO

Este capítulo final procede à identificação e à avaliação das características das principais espécies de diálogo público-privado conduzidos pela administração pública brasileira. Há uma parametrização desses institutos sob a perspectiva de maior ou menor conformidade com as diretrizes consideradas relevantes para o desenvolvimento do fenômeno.

Com o objetivo de organizar uma análise sistemática sobre o fenômeno, as diferentes espécies de diálogos público-privados foram ordenadas a partir de uma classificação elaborada especificamente para este estudo.

Essa classificação adotou como referência quatro gêneros de diálogos público-privados, de acordo com o cenário em que as comunicações se desenvolvem, conforme: (i) em todo e qualquer âmbito do processo administrativo; (ii) nos processos administrativos de natureza regulatória; (iii) nos processos administrativos de contratação pública; e (iv) nos processos administrativos sancionatórios. É o que se encontra adiante.

4.1 A audiência público-privada: o diálogo público-privado presencial cabível em qualquer processo administrativo

Neste primeiro gênero, cuida-se dessa única espécie de procedimento administrativo de diálogo público-privado: a *audiência público-privada*.

O evento costuma ser referenciado no ordenamento jurídico brasileiro como *audiência presencial concedida a particular por agente público*, em que ocorre uma reunião presencial exclusiva entre os interlocutores. Mas, neste estudo, a fim de bem distingui-lo pela relevância que possui, intitula-se tal diálogo público-privado simplesmente por *audiência público-privada*.

A designação eleita ressalta a natureza de ambos os interlocutores, sem prejuízo de também assinalar uma contraposição às audiências públicas, que são eventos abertos à participação de quaisquer interessados, e às audiências privadas, cuja nomenclatura denota caráter demasiadamente privativo, como se desses eventos a faceta pública restasse ausente, como se os eventos estivessem subordinados à particular discricção dos participantes.

É uma forma simples e corriqueira de diálogo público-privado. Em síntese, o particular apresenta um requerimento à administração pública e solicita o agendamento de uma reunião com o agente público que possui competência sobre o seu objeto de interesse.

As audiências público-privadas distinguem-se pelo caráter dialógico transversal, podendo se desenvolver em qualquer categoria de processo administrativo. É possível que o agente econômico solicite uma audiência à administração pública para tratar de temas inseridos em processos administrativos regulatórios, fiscalizatórios, de contratação pública ou sancionatórios, por exemplo. A sua centralidade para a matéria justifica-se em razão da frequência com que as diferentes espécies de procedimentos administrativos contemplam etapas em que o evento é necessário.

Nada obstante, salvo em caso de rara exceção, verificada mais adiante, a regulamentação dedicada aos diferentes procedimentos administrativos é absolutamente silente sobre as regras jurídicas aplicáveis às eventuais audiências público-privadas.

A solução sugerida neste estudo remete à aplicação das normas gerais que orientam as audiências público-privadas sobre toda a generalidade de reuniões presenciais ocorridas entre agentes públicos e agentes econômicos, independentemente da natureza do processo administrativo, sem prejuízo de que normas específicas sejam elaboradas para conformar as peculiaridades de uma determinada espécie de processo administrativo ou do ente público que o conduz.

Dessa sorte, por exemplo, as normas gerais aplicáveis às audiências público-privadas deveriam ser respeitadas também nas negociações presenciais que antecedem a concessão de um termo aditivo para reequilíbrio econômico-financeiro em favor do particular. Igualmente, seriam as normas gerais aplicáveis às sessões presenciais em licitações públicas, sejam anteriores ou durante o procedimento⁴²⁶. Ou ainda, as normas seriam aplicáveis às audiências público-privadas que precedem a celebração de um termo de ajustamento de conduta (TAC), um termo de compromisso de cessação de prática (TCC) ou um acordo de leniência.

⁴²⁶ Em relação à realização de audiências em momento antecedente à sessão de licitação pública, mas posterior ao lançamento do edital, merece destaque a prática das “audiências prévias”, por meio do qual a administração pública confere uma oportunidade presencial para esclarecimentos dos requisitos técnicos e formais do edital. Esta é uma prática que não se encontra prevista nas normas gerais aplicáveis às licitações públicas. A despeito disso, algumas licitações públicas promovidas por organismos internacionais, em solo brasileiro, promovem tal prática. Exemplo disso é a Solicitação de Proposta nº JOF-0123-29761/2016, conduzida pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, que visava à obtenção de estudo jurídico para contratação de eficiência energética no setor público. Cf. ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Aviso de audiência prévia**. Solicitação de Proposta nº JOF-0123-29761/2016. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2016. Disponível em: <<https://extranet.undp.org.br/SAP%20FILES/MM/2016/29761/AVISO%20DE%20AUDIENCIA%20PREVIA.pdf>> Acesso em 29 nov. 2016.

Igualmente, seriam essas as normas gerais observadas durante as reuniões solicitadas pelo agente econômico para discutir a regularidade de algum auto de infração emitido após a fiscalização sobre suas atividades.

Opina-se que a solução é promissora. Contudo, resta pendente o percurso de um longo caminho de reformas normativas e culturais sobre as audiências público-privadas. É o que se verá adiante.

4.1.1 A insuficiência e a inadequação do Decreto Federal nº 4.334/2002

A principal regulamentação normativa aplicável às audiências público-privadas encontra-se no Decreto Federal nº 4.334/2002, uma norma cujo conteúdo é insuficiente, inadequado e desconhecido por uma considerável parcela dos agentes públicos. Ainda que vincule apenas uma parcela da administração pública federal, é a norma jurídica mais próxima de uma disciplina geral aplicável aos diálogos público-privados presenciais no âmbito administração pública brasileira.

A referida norma dispõe “sobre as audiências concedidas a particulares por agentes públicos em exercício na Administração Pública Federal direta, nas autarquias e fundações públicas federais”⁴²⁷.

O referido diploma normativo contém apenas sete artigos, cuja análise encontra-se neste tópico. O artigo 1º, responsável pela definição de seu objeto, estabelece que o decreto “disciplina as audiências concedidas a particulares por agentes públicos em exercício na Administração Pública Federal direta, nas autarquias e nas fundações públicas federais”.

Os participantes desse diálogo público-privado – o “agente público” e o “particular” – são definidos pelo parágrafo único do artigo 1º do Decreto Federal nº 4.334/2002. Ao enunciar o particular como “todo aquele que, mesmo ocupante de cargo ou função pública, *solicite audiência* para tratar de interesse privado seu ou de terceiros”, o dispositivo revela que o objetivo da norma é disciplinar apenas os eventos que são requeridos por iniciativa dos particulares, e não aqueles que, ocasionalmente, poderiam ser solicitados por iniciativa da

⁴²⁷ Embora seja possível a concessão dessas audiências para o tratamento de interesses não-econômicos, é seguro presumir que uma parcela considerável dos eventos estará relacionada com interesses econômicos, razão pela qual o Decreto Federal nº 4.334/2002 é aqui considerado como um regramento aplicável a uma generalidade de diálogos público-privados.

própria administração pública⁴²⁸. Essa peculiaridade exclui do seu âmbito de aplicação todos as reuniões presenciais e exclusivas promovidas espontânea e voluntariamente pela própria administração pública, como, eventualmente, as reuniões participativas e os *road shows*, que serão mais adiante analisados.

Os artigos 2º e 3º do Decreto Federal nº 4.334/2002 qualificam-se como os únicos dispositivos que trazem alguma efetiva regulamentação sobre esses diálogos público-privados.

Leia-se:

Art. 2º O pedido de audiência efetuado por particular deverá ser dirigido ao agente público, por escrito, por meio de fax ou meio eletrônico, indicando:

I - a identificação do requerente;

II - data e hora em que pretende ser ouvido e, quando for o caso, as razões da urgência;

III - o assunto a ser abordado; e

IV - a identificação de acompanhantes, se houver, e seu interesse no assunto.

Art. 3º As audiências de que trata este Decreto terão sempre caráter oficial, ainda que realizadas fora do local de trabalho, devendo o agente público:

I - estar acompanhado nas audiências de pelo menos um outro servidor público ou militar; e

II - manter registro específico das audiências, com a relação das pessoas presentes e os assuntos tratados.

Parágrafo único. Na audiência a se realizar fora do local de trabalho, o agente público pode dispensar o acompanhamento de servidor público ou militar, sempre que reputar desnecessário, em função do tema a ser tratado.

Os referidos dispositivos viabilizam, ainda que minimamente, o eventual exercício de controle posterior sobre o diálogo público-privado. Enquanto o artigo 2º do Decreto Federal nº 4.334/2002 obriga o registro das informações cadastrais dos particulares que participarão da audiência e do assunto a ser abordado, o artigo 3º estabelece as seguintes regras materiais: (i) as audiências sempre terão caráter oficial; (ii) pelo menos dois agentes públicos devem participar da audiência, exceto nas reuniões realizadas fora do local de trabalho, se for o caso e; (iii) deve existir um “registro específico das audiências”.

A definição regulamentar de que essas audiências sempre terão *caráter oficial* representa um lembrete a respeito de sua natureza e sujeição ao direito administrativo. Em verdade, o caráter oficial da audiência público-privada significa que o evento deve ser qualificado e conduzido em atenção à sua natureza de relação jurídico-administrativa, sendo que, portanto, todos os princípios e regras de direito administrativo aplicáveis devem ser observados.

⁴²⁸ Grifou-se. Decreto Federal nº 4.334/2002.

Art. 1º [...] Parágrafo único. Para os fins deste Decreto, considera-se:

I - agente público todo aquele, civil ou militar, que por força de lei, contrato ou qualquer outro ato jurídico detenha atribuição de se manifestar ou decidir sobre ato ou fato sujeito à sua área de atuação; e

II - particular todo aquele que, mesmo ocupante de cargo ou função pública, solicite audiência para tratar de interesse privado seu ou de terceiros.

Algumas críticas negativas merecem registro sobre o artigo 3º do Decreto Federal nº 4.334/2002. Primeiramente, a finalidade do seu inciso I, determinante para que o agente público esteja “acompanhado nas audiências de pelo menos um outro servidor público ou militar”, poderia ser mais bem atendida a partir de outras medidas complementares. Parece evidente que o objetivo primário dessa determinação é diminuir a probabilidade de conluio entre o agente público e o particular, pois, para que o ajuste ilegítimo aconteça durante o encontro, seria necessária a subversão de todos os agentes públicos presentes, e não somente de um agente público. Contudo, algumas medidas complementares, que robustecem igualmente a probabilidade de observância do princípio da moralidade, como a obrigatoriedade de registro integral e fidedigno da audiência, inclusive por meio de gravação audiovisual, por exemplo, reforçariam a oportunidade de atingimento da finalidade normativa. Voltar-se-á a esse tema mais adiante.

Ainda, merece censura o parágrafo único do artigo 3º, que permite a dispensa do segundo agente público caso a audiência seja realizada “fora do local de trabalho”. A motivação dessa regra é de difícil compreensão. Supõe-se que o propósito é de diminuir os custos diretos e indiretos relacionados à participação do segundo agente público. Todavia, é evidente que a eficácia preventiva da regra se torna substancialmente prejudicada com essa ausência. Isso, pois, a realização de diálogos público-privados presenciais em ambientes exteriores à administração pública agrava o problema do principal-agente e da captura, já que o potencial registro e controle sobre as informações e condutas dos interlocutores é reduzido.

Ao contrário do que determina o Decreto Federal nº 4.334/2002, as audiências realizadas “fora do local de trabalho” deveriam receber medidas preventivas complementares, a título de reforço, não sendo adequada a dispensa de uma das únicas cautelas previstas para o evento.

Ainda, percebe-se que a motivação necessária para a dispensa da presença do segundo agente público não exige grande esforço exegético por parte do agente público responsável pela audiência. A regra é de que “o agente público pode dispensar o acompanhamento de servidor público ou militar, sempre que reputar desnecessário, em função do tema a ser tratado”. Há uma desproporcional amplitude discricionária, pois, literalmente, *sempre que reputar desnecessário*, em função do tema a ser tratado, o primeiro agente público poderá dispensar a presença do segundo agente público. Ora, quais parâmetros jurídicos devem ser empregados pelo agente público para a avaliação da relação entre o tema e a necessidade da presença de outro agente público? A norma é silente e, assim, concede uma ampla e pouco orientada margem de

discricionariedade ao agente público responsável pela reunião, esvaziando parcialmente a eficácia da cautela inserida na norma.

Em suma, por hipótese, para evitar dolosamente a presença de outro agente público e, ao mesmo tempo, assegurar o cumprimento formal da norma, é bastante que os participantes da audiência agendem o encontro em ambiente externo à administração pública. Em conjunto, parece suficiente registrar no processo administrativo que, “em função do tema a ser tratado”, era desnecessária a presença de outro agente público, sendo justificada a presença de apenas um interlocutor.

Outra crítica negativa deve ser dirigida à modesta regulamentação sobre o dever de registro do conteúdo dessas interlocuções. O inciso II do artigo 3º do Decreto Federal nº 4.334/2002 exige tão somente que o agente público deverá “manter registro específico das audiências, com a relação das pessoas presentes e os assuntos tratados”. Não há, portanto, a obrigação de registro integral sobre as comunicações, tampouco a obrigação de qualquer formalidade sobre esse “registro específico”, ou ainda qualquer previsão a respeito da publicidade que deverá ser conferida a essas informações. Como visto anteriormente, esse silêncio normativo prejudica a memória dos processos administrativos e a própria capacidade administrativa de transmitir informações.

A pobre regulamentação sobre o dever de registro dessas audiências público-privadas já foi utilizada pela própria administração pública federal como um pretexto para a negativa de acesso a informações sobre essas audiências⁴²⁹. Cite-se, como exemplo, o pedido de acesso à informação nº 16853.006676/2012-58, apresentado por um cidadão ao Ministério da Fazenda, em que se buscava cópia da “ata da reunião do Ministro da Fazenda com o empresário Eike Batista, em 03/07/2012”. Após a interposição de recursos sobre a negativa de acesso ao documento, a Controladoria-Geral da União expediu a Nota Técnica nº 2.396, de 1º de novembro de 2012, opinando no sentido de que não havia a obrigação legal de lavratura de ata da reunião. Leia-se:

14. Deve-se esclarecer, de pronto, que a norma que regula esta matéria - o Decreto nº 4.334, de 12 de agosto de 2002 - exige o registro das audiências concedidas por agentes públicos da administração pública federal a particulares, porém não se refere em nenhum momento à confecção de ata. Portanto, nos termos da legislação, não há obrigatoriedade de se lavrar ata de reunião para o registro das audiências. [...]

⁴²⁹ Como o conteúdo dos processos administrativos de acesso à informação (Lei Federal nº 12.527/2011) é disponibilizado na rede mundial de computadores (*internet*), é possível resgatar alguns exemplos de solicitações que visavam à obtenção de acesso às informações das audiências previstas no Decreto Federal nº 4.334/2002.

16. [...] O Decreto não exige, pois, a anotação detalhada da reunião, em forma de ata, mas requer que se registre quem participou da reunião e quais os assuntos tratados⁴³⁰.

Predomina o entendimento de que não há dever de “anotação detalhada da reunião”, sendo que *sequer seria necessária a redação de uma ata* sobre a audiência presencial concedida a particular por agente público. Comparando-se esse fato com o ideal de visibilidade dos diálogos público-privados, apresentado no capítulo anterior, é segura a conclusão de que o Decreto Federal nº 4.334/2002 regulamenta o fenômeno de forma insuficiente e inadequada.

Robustece tal conclusão a verificação de que os demais artigos do Decreto Federal nº 4.334/2002 não versam diretamente sobre a regulamentação da audiência.

O artigo 4º estabelece que as normas do decreto “não geram direito a audiência”, o que revela, sem maiores detalhamentos, o entendimento de que a solicitação do particular pode ser negada. Na opinião do autor, é um dispositivo inútil, que deveria ser acompanhado de parâmetros indicativos sobre as hipóteses fáticas que ensejam tal negativa.

O artigo 5º prevê a inaplicabilidade formal do decreto “às audiências realizadas para tratar de matérias relacionadas à administração tributária, à supervisão bancária, à segurança e a outras sujeitas a sigilo legal” ou “às hipóteses de atendimento aberto ao público”; e os artigos 6º e 7º versam sobre a vacância da lei e a revogação de outras normas, respectivamente.

No âmbito da Presidência da República, a norma jurídica equivalente é o Decreto Federal nº 4.081/2002, que, dentre outros assuntos, disciplina as audiências público-privadas de forma muito semelhante. No que se diferencia do Decreto Federal nº 4.334/2002, destaca-se o seu artigo 13, segundo o qual “[a]s propostas de trabalho ou de negócio futuro no setor privado serão imediatamente informadas pelo agente público à CEPR, independentemente da sua aceitação ou rejeição”⁴³¹. É mais um mecanismo de caráter preventivo, que visa a evitar a formação de conluios nesses diálogos público-privados.

De mais a mais, existem indícios probatórios de que essas próprias e poucas regras existentes, notadamente insuficientes e inadequadas, são desrespeitadas pela administração pública federal.

Por exemplo, em resposta à solicitação de acesso aos registros de audiências concedidas pela Presidência da República a um determinado particular, a Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República (SECOM/PR) afirmou que todas as

⁴³⁰ BRASIL. Controladoria-Geral da União – CGU. **Nota Técnica nº 2.396, de 1 de novembro de 2012**. Disponível em: <<http://www.acaoainformacao.gov.br/precedentes/MF/16853006676201258.pdf>> Acesso em 9 out. 2016.

⁴³¹ A sigla CEPR refere-se a “Comissão de Ética dos Agentes Públicos da Presidência e Vice-Presidência da República”.

informações relacionadas a esses eventos encontram-se na agenda da presidência, que é disponibilizada livremente na rede mundial de computadores (*internet*). Ocorre que as informações contidas na agenda da presidência da república não atendem ao que é exigido pela norma – as únicas informações disponíveis referem-se ao o horário e a data da reunião, ao nome do interlocutor e à sua principal qualificação. Há um disparatado silêncio sobre o assunto abordado na audiência, seus respectivos registros, as providências adotadas ou programadas, a identificação de eventuais acompanhantes, a eventual presença de outros agentes públicos ou quaisquer outras informações relevantes para os interesses públicos, o que configura um desrespeito ao próprio conteúdo da norma disciplinadora⁴³².

4.1.2 Uma proposta de reforma para o Decreto Federal nº 4.334/2002: a visibilidade dos parlatórios *versus* a opacidade do registro sintético por escrito

Como visto no tópico anterior, inúmeras lacunas normativas podem ser identificadas no Decreto Federal nº 4.334/2002. Propõe-se, neste tópico, a título de sugestão contributiva e prospectiva, algumas alterações que, caso incorporadas no referido texto normativo, poderiam transformá-lo positivamente, em favor da visibilidade do diálogo público-privado na administração pública.

Em primeiro lugar, o objeto de aplicação da norma. Como visto, as audiências público-privadas empreendidas espontaneamente pela administração pública não se subordinam à norma. Essa exclusão é imprópria, uma vez que as normas jurídicas aplicáveis poderiam e deveriam ser precisamente as mesmas. Em caso de diálogos público-privados análogos, como nos diálogos presenciais prévios às contratações diretas, nas reuniões participativas ou no *road show*, que serão mais adiante examinados, bastaria aplicar-lhes as normas gerais do hipoteticamente reformado Decreto Federal nº 4.334/2002, permitindo-se eventuais normas específicas para adaptação.

Em segundo lugar, seria adequada uma reforma no texto normativo para que contivesse uma disciplina mais detalhada sobre a publicidade aplicável ao conteúdo e à

⁴³² BRASIL. Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República. **Decisão em recurso do pedido de acesso à informação n.º 00077.000954/2015-13**, out. 2015. Disponível em: <http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/422168/RESPOSTA_RECORSO_1_REC_%201%20INST_00077_000954_2015_13-01-10-2015%20-%20SECOM.pdf> Acesso em 9 out. 2016.

existência dessas audiências. Seria relevante, no mínimo, a obrigatoriedade de divulgação eletrônica do calendário de audiências, com as informações registradas sobre os particulares, os assuntos de interesse e as providências programadas e entabuladas a partir do diálogo, tanto em relação às audiências já realizadas, como, no que possível, daquelas agendadas.

Em relação às audiências passadas, a normativa ideal disciplinaria a forma de obtenção de acesso aos registros dos conteúdos dos diálogos – preferencialmente, ou até mesmo, obrigatoriamente, o conteúdo audiovisual das audiências, e não somente registros formalizados e sintetizados por escrito sobre os temas versados. O acesso integral às comunicações conformaria a regra geral de acesso à informação contida na Lei Federal nº 12.527/2011⁴³³.

A potencial transparência decorrente do acesso à gravação audiovisual dessas reuniões é uma medida preventiva essencial porque, como explica Itamar de Carvalho Júnior, “se existissem instrumentos estabelecendo um ambiente de maior transparência na relação público-privada, teríamos um *constrangimento* mitigador de problemas e condutas antiéticas”⁴³⁴.

Sabe-se que tal medida preventiva causa espanto, pela ênfase que confere à transparência. Sabe-se também que o dever de gravação acarretaria custos e dificuldades operacionais para a administração pública. Contudo, como já apresentado anteriormente, em época de notável desenvolvimento tecnológico, a instalação de equipamentos capazes de empreender uma gravação audiovisual com boa qualidade é medida cada vez menos custosa, assim como o próprio arquivamento dessas informações. A sugestão, que, sabidamente, configura medida muito distante da realidade contemporânea, trataria de equiparar o registro integral de comunicações orais ao que já existe, ou, no mínimo, deve existir, tecnicamente, em relação às comunicações escritas. Acredita-se que em futuro próximo a solução será viável, se já não é.

No mesmo contexto dessa sugestão, percebe-se que o Decreto Federal nº 4.334/2002 não se aplica às audiências que tratam de matérias sujeitas a sigilo legal (inciso I do seu artigo 5º). Mas não há motivo razoável para tal exclusão. Em caso de conteúdo classificado como

⁴³³ Com intensidade distinta, Maís Moreno defende que essas reuniões sejam formalizadas em atas, “contendo as informações de interesse geral, especialmente aquelas que motivarão escolhas da Administração, respeitando o sigilo às informações empresariais sensíveis que eventualmente tenham vindo à tona nos seus encontros com os administrados.” Para a autora, o risco de uma publicidade mais intensa é de que “a Administração Pública faça de seu dia a dia um verdadeiro *reality show*, publicando em *websites* e diários oficiais cada reunião que realizar, aparentemente sem qualquer compromisso com a razoabilidade e a economicidade.” MORENO, Maís. **A participação do administrado no processo de elaboração dos contratos de PPP**. Dissertação de mestrado, Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016, p. 205.

⁴³⁴ CARVALHO JÚNIOR, Itamar de. **Os Parlatórios e as gravações eletrônicas: uma experiência de transparência na Administração Pública Federal**. Instituto Brasileiro de Direito e Ética Empresarial – IBDEE, ago. 2016. Disponível em: <<http://www.ibdee.org.br/os-parlatorios-e-as-gravacoes-eletronicas-uma-experiencia-de-transparencia-na-administracao-publica-federal/>> Acesso em 9 out. 2016.

sigiloso, poder-se-ia aplicar o mesmo regramento, ressalvada a peculiaridade de que os registros não seriam disponibilizados ao público, mas arquivados no competente processo administrativo. Não há justificativa para que a norma deixe de subordinar as audiências público-privadas qualificadas pelo intercâmbio de informações sigilosas. Essa exclusão sumária é imprópria, haja vista que, como já defendido, o sigilo não afasta o dever de registro dos diálogos, o que inclui a sugerida regra de gravação audiovisual. Para se assegurar o sigilo, é bastante a inclusão de dispositivo determinante para que as informações sobre essas audiências não sejam obtidas pelos não participantes.

A propósito das reuniões realizadas pela administração pública, enfatize-se o conteúdo do parágrafo 2º do artigo 86 da Lei Federal nº 13.303/2016. O dispositivo faz menção expressa à necessidade de que sejam disponibilizados aos órgãos de controle, sempre que solicitados, no exercício de auditoria, as “atas e demais expedientes oriundos de reuniões, ordinárias ou extraordinárias, dos conselhos de administração ou fiscal das empresas públicas e das sociedades de economia mista, inclusive *gravações e filmagens*”⁴³⁵. Não se trata, portanto, de operação inteiramente estranha ao direito ou à prática administrativa. A grande vantagem das gravações e filmagens refere-se ao grau de fidelidade da informação registrada, o que potencializa a transparência administrativa.

Em suma, não há nada que diferencie, por sua natureza oral ou escrita, o caráter público e o dever de transparência sobre uma comunicação desenvolvida no âmbito de um processo administrativo comum. Sendo assim, também, não há nada que afaste o dever de registro e acesso público às informações intercambiadas das reuniões presenciais – tal como o registro integral que ocorre, por exemplo, nas licitações públicas sob a modalidade pregão eletrônico, em que todas as comunicações escritas são registradas e disponibilizadas aos interessados.

De qualquer modo, seria significativo o progresso mesmo em caso de alteração normativa mais modesta, como a simples obrigação de que o conteúdo dessas audiências seja *detalhadamente* registrado no respectivo processo administrativo, a partir de uma *ata* elaborada especificamente para o evento.

Em atenção às diretrizes elencadas nos capítulos anteriores, outras reformas normativas sugeridas para o Decreto Federal nº 4.334/2002 referem-se às seguintes operações:

(i) inserção de uma regra geral de vedação à realização de audiências em ambientes externos à administração pública, salvo em situações excepcionais, devidamente justificadas no

⁴³⁵ Grifou-se.

processo administrativo, em que as medidas preventivas de controle também deveriam ser obrigatoriamente asseguradas;

(ii) revogação do parágrafo único do artigo 3º, o que tornaria obrigatória a presença de, no mínimo, dois agentes públicos também – e especialmente – nas excepcionais audiências público-privadas externas, medida que seria aplicável transitoriamente até que houvesse a efetiva instituição das gravações audiovisuais;

(iii) determinação expressa de que as comunicações escritas prévias ou posteriores à audiência devem ser obrigatoriamente realizadas mediante o uso dos endereços oficiais dos interlocutores, tanto os endereços físicos (correspondências) como os endereços eletrônicos (*e-mails* oficiais);

(iv) determinação de que os contatos telefônicos ou telemáticos prévios ou posteriores à audiência devem ocorrer obrigatoriamente por intermédio dos aparelhos eletrônicos (*smartphones*) e dos números telefônicos oficiais das partes, assim como que essas interlocuções devem ser gravadas e arquivadas por um determinado período, razoável para se assegurar a possibilidade de eventual controle – ou, no mínimo, que após essas conversações, o respectivo conteúdo seja apropriadamente registrado no processo administrativo;

(v) a vedação à utilização de meios de comunicação eletrônica com criptografia de ponta a ponta (*WhatsApp, Telegram, Facetime*, dentre outros, conforme apresentado e justificado anteriormente neste estudo) para a realização de diálogos público-privados prévios ou posteriores à audiência, haja vista a inviabilidade técnica de acesso ao conteúdo por terceiros, ainda que tal monitoramento seja determinado judicialmente;

(vi) o dever jurídico de comunicação às autoridades superiores em caso de apresentação ou oferecimento de qualquer oportunidade de negócio público-privado, ou ainda, em caso de sugestão de ato administrativo pelo agente econômico;

(vii) a regulamentação das hipóteses e dos motivos pelos quais a audiência, quando solicitada pelo particular, deve ser concedida ou negada pelo agente público; e

(viii) o dever de encaminhamento de um código de conduta ética ao agente econômico, em momento antecedente à audiência, que informe os comportamentos esperados e desejados durante o evento, em conjunto com a obrigação de assinatura de um termo de compromisso com conteúdo equivalente, como condição para o diálogo.

A reforma sobre o conteúdo do Decreto Federal nº 4.334/2002 constitui relevante medida preventiva também porque, historicamente, na sequência de sua originária publicação, diversos órgãos da administração pública federal expediram normativas internas próprias para regulamentar o evento. Esses atos administrativos normativos internos utilizaram o texto do

decreto federal como base e parâmetro, sendo que alguns deles, inclusive, constituem essencialmente uma cópia do regramento.

São exemplos de portarias e resoluções administrativas expedidas com o propósito de regulamentar as audiências público-privadas⁴³⁶:

- (i) Portaria nº 910/2008, da Advocacia-Geral da União (AGU);
- (ii) Portaria nº 654, de 9 de maio de 2014, do Ministério do Trabalho e Emprego;
- (iii) Portaria nº 66.693, de 11 de agosto de 2011, da Procuradoria-Geral do Banco Central;
- (iv) Portaria nº 191, de 14 de outubro de 2013, da Secretaria de Aviação Civil;
- (v) artigos 17 a 21 da Resolução nº 3.681, de 6 de outubro de 2014, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ);
- (vi) Portaria nº 579, de 6 de setembro de 2002, do Ministério da Integração Nacional;
- (vii) Portaria nº 390, de 17 de setembro de 2002, do Ministério da Justiça;
- (viii) Portaria nº 155, de 12 de maio de 2016, do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) (artigos 337 a 341);
- (ix) Portaria nº 1.171, de 15 de junho de 2004, do Ministério da Saúde;
- (x) Portaria Normativa nº 36, de 14 de junho de 2016, do Ministério da Defesa;
- (xi) Portaria nº 107, de 29 de janeiro de 2014, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA);
- (xii) Portaria nº 507, de 14 de agosto de 2014, do Tribunal Superior Eleitoral (TSE);
- (xiii) Resolução Normativa nº 408, de 6 de junho de 2016, da Agência Nacional da Saúde Suplementar (ANS).

Após uma análise detalhada sobre esses atos normativos, algumas sugestões complementares podem ser expedidas para o aperfeiçoamento do Decreto Federal nº 4.334/2002⁴³⁷.

A Portaria nº 910, de 4 de julho de 2008, da Advocacia-Geral da União (AGU), por exemplo, estabelece que a audiência deve “realizar-se preferencialmente na sede do órgão público” (inciso I do artigo 3º). Também há uma regulamentação sobre os horários de realização das audiências⁴³⁸. Na linha do que apresentado anteriormente, essa regra já representa um

⁴³⁶ As informações detalhadas das normas, com os endereços eletrônicos para acesso ao conteúdo desses textos normativos encontram-se na seção das referências bibliográficas deste estudo.

⁴³⁷ Registre-se que algumas dessas medidas foram inseridas em mais de uma portaria ou resolução de órgão e entidade da administração pública federal, mas, para efeitos de síntese, este levantamento exaustivo não se encontra registrado neste estudo.

⁴³⁸ Portaria nº 910, de 4 de julho de 2008, da Advocacia-Geral da União – AGU

avanço em relação ao Decreto Federal nº 4.334/2002, que não prevê qualquer diferenciação preferencial sobre o local ou o horário dessas audiências.

A Portaria nº 654, de 9 de maio de 2014, do Ministério do Trabalho e Emprego, por sua vez, prevê expressamente que a autoridade responsável deverá aprovar ou negar o pleito apresentado pelo particular, estabelecendo algumas consequências de cunho prático para cada operação (parágrafo único do artigo 2º). Também é previsto que todas as audiências devem ser inseridas na agenda eletrônica da respectiva autoridade, que deve ser disponibilizada para acesso remoto via rede mundial de computadores (*internet*) (alínea “b” do inciso I do parágrafo único do artigo 2º e artigo 3º). Além disso, consta a regra de que toda audiência deverá conter uma *memória da reunião*, com o registro das informações e encaminhamentos tratados (parágrafo único do artigo 3º). Por fim, existe uma determinação de que “[o] agente público que receber documentos ou informações em audiência, em meio físico ou eletrônico, deverá providenciar imediatamente seu regular registro no protocolo”. Todas essas medidas representam avanços em relação ao atual conteúdo do Decreto Federal nº 4.334/2002.

A Portaria nº 66.693, de 11 de agosto de 2011, da Procuradoria-Geral do Banco Central estabelece prazos para a análise dos pedidos de audiência encaminhados por particulares, o que confere uma maior previsibilidade temporal ao diálogo público-privado (parágrafo único do artigo 3º e artigo 4º). Outra medida operacional relevante é a utilização de comunicações eletrônicas, por meio de endereço eletrônico exclusivo, para a formalização e registro das solicitações de audiência e das respectivas respostas – medida que potencializa a eficiência e a potencial publicidade das comunicações prévias e posteriores à audiência. Merece igual registro a previsão explícita dos motivos pelos quais a solicitação de audiência poderá ser negada pela autoridade administrativa, quais sejam, a “natureza do processo ou do estágio em que se encontra, ou ainda, devido à impropriedade da finalidade indicada ou sua prejudicialidade” (artigo 6º); o dispositivo traz algum parâmetro material para a decisão e, por isso, milita favoravelmente à previsibilidade e à impessoalidade da decisão e da própria audiência. A norma prevê também a necessidade de que seja elaborado um relatório dos assuntos tratados na audiência (artigo 8º). Mais uma vez, cuida-se de normativa mais completa e mais adequada para o tratamento desses diálogos público-privados do que o Decreto Federal nº 4.334/2002.

É igualmente importante a regra de que as reuniões de audiência “devem ser registradas em ata e contar com lista de presença, que serão posteriormente juntadas ao processo

Art. 3º. [...] II - realizar-se em dia útil, no horário normal de funcionamento do órgão público, podendo ser concluída após esse horário e, a critério do agente público, o adiamento for prejudicial ao seu curso regular ou causar dano ao interessado ou à Administração Pública;

administrativo correspondente”, tal como previsto no parágrafo único do artigo 18 da Resolução nº 3.681, de 6 de outubro de 2014, da ANTAQ. A propósito, lembre-se que a ausência de previsão expressa sobre a necessidade de registro em ata, mas apenas de genéricos “registros”, já foi utilizada como motivação para a negativa de produção e divulgação desse documento pela administração pública brasileira.

A Portaria Normativa nº 36, de 14 de junho de 2016, do Ministério da Defesa, por sua vez, determina que “o agente público deve estar acompanhado de, no mínimo, outro agente público, inclusive em audiências realizadas fora da sede do órgão público” (inciso V do artigo 3º), tal como sugerido.

Diversos órgãos e entidades da administração pública federal (ANEEL, AGU, Procuradoria-Geral do Banco Central e Ministério da Defesa, por exemplo) disponibilizam formulários-modelo para os particulares que pretendem solicitar o agendamento de uma audiência⁴³⁹. Outras entidades, como a ANTAQ, por exemplo, possuem uma minuta de registro de reunião e de lista de participantes, que devem ser aplicados pelo agente público responsável pela audiência⁴⁴⁰. O Ministério da Defesa, por sua vez, possui formulários para a publicidade da agenda de reuniões, das audiências concedidas e até dos eventos político-eleitorais que porventura participe a autoridade⁴⁴¹. Todas essas medidas conformam o conteúdo do artigo 7º da Lei Federal nº 9.784/1999, segundo o qual “[o]s órgãos e entidades administrativas deverão elaborar modelos ou formulários padronizados para assuntos que importem pretensões equivalentes”.

Por fim, é digna de *maior atenção* a Portaria nº 107/2014, da ANVISA, ora considerada como *o regramento mais avançado* em matéria de audiências público-privadas. O texto normativo contém 37 artigos e adentra em minúcias que superam todos os outros regulamentos mencionados neste tópico.

As audiências realizadas pela ANVISA devem ocorrer em local específico, denominado *Parlatório*. Trata-se de uma “estrutura física localizada no edifício sede da Anvisa,

⁴³⁹ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. **Solicitação de Reunião**. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/documents/656815/14968772/Formul%C3%A1rio+Reuni%C3%A3o/116b8822-5dca-484c-be32-a4df85282da0>> Acesso em 9 out. 2016; BRASIL. Advocacia-Geral da União – AGU. **Portaria nº 910, de 4 de julho de 2008**. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/14115200> Acesso em 9 out. 2016; BRASIL. Banco Central do Brasil – BCB. **Portaria nº 66.693, de 11 de agosto de 2011**. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/portalcidadao/bcb/portaria_66693.pdf> Acesso em 9 out. 2016. BRASIL. Ministério da Defesa. **Portaria Normativa nº 1.234, de 11 de maio de 2012**. Disponível em: <http://www.defesa.gov.br/arquivos/lai/sobre_a_LAI/pn1234.pdf> Acesso em 9 out. 2016.

⁴⁴⁰ Cf. Anexos III e IV da Resolução nº 3.681, de 6 de outubro de 2014, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ).

⁴⁴¹ Cf. Anexos II, III e IV da Portaria Normativa nº 1.234, de 11 de maio de 2012, do Ministério da Defesa.

em Brasília/DF, a qual comporta salas e equipamentos necessários à realização de audiências” (inciso XI do artigo 2º).

O trâmite da solicitação de audiências é todo eletrônico, “mediante acesso ao Sistema do Parlatório, disponível no site da Anvisa” (artigo 3º), onde é possível acompanhar a situação da solicitação de agendamento (artigo 8º). Esse sistema eletrônico permite que o particular indique a data e a hora que pretende ser ouvido, com limite para até o dia 31 de dezembro do ano seguinte à data de solicitação (artigo 6º). Também permite “a anexação de arquivos com informações complementares ou pertinentes ao assunto da audiência” (artigo 7º). O prazo para manifestação administrativa quanto à solicitação de agendamento é de 5 dias úteis (parágrafo único do artigo 10).

Além das regras específicas previstas no Decreto Federal nº 4.334/2002 (como o forçoso acompanhamento por outro agente público, por exemplo), o regulamento da ANVISA estabelece que é obrigatória a lavratura de uma ata da reunião, assinada por todos os participantes, além do lembrete moral de que os participantes devem agir com “urbanidade, respeito, cordialidade e boa-fé”.

E o mais impressionante: *há regra determinante para que as audiências sejam gravadas por sistema de áudio e/ou vídeo.*

A previsão de gravação audiovisual desses diálogos público-privados presenciais encontra-se nos artigos 27 a 29 da Portaria nº 107/2014, da ANVISA, que também asseguram, ao particular requerente da audiência, o direito de acesso ao conteúdo das gravações pelo período de três anos. Nesse contexto, a única falha identificável na normativa refere-se à implícita negativa de direito de acesso amplo e irrestrito ao conteúdo das gravações, o que leva à presunção de que se um cidadão quiser obter conhecimento sobre esse conteúdo, não poderá fazer cópia das gravações – o que não se compatibiliza com o ideal de visibilidade proposto para os diálogos público-privados. O conteúdo das comunicações é equivocadamente tratado como se houvesse uma presunção de sigilosidade.

Outro dispositivo interessante refere-se à obrigatoriedade de que os particulares que requererem acesso aos autos do processo administrativo devem obtê-lo no Parlatório, sendo “vedada a realização de vista dos autos diretamente nas unidades organizacionais” (parágrafo único do artigo 32). Certamente, é mais uma medida que visa a mitigar os riscos de desvirtuamento a partir dos diálogos público-privados.

Em suma, o regulamento contido na Portaria nº 107/2014, da ANVISA, é muito mais completo e adequado para o tratamento dos diálogos público-privados orais e presenciais do que o regulamento previsto no Decreto Federal nº 4.334/2002. Ainda que existam lacunas no

que se refere à disponibilização das informações, há pelo menos grande dedicação ao registro dessas informações, o que é um grande avanço em relação às normativas atuais.

Sugere-se que tal regramento seja utilizado como base para uma reforma do Decreto Federal nº 4.334/2002, ou mesmo, para a promulgação de uma lei federal que estipule normas gerais sobre esta espécie de diálogo público-privado.

A propósito, cumpre registrar que já existiu pelo menos um projeto legislativo tendente à implementação de uma disciplina mais detalhada sobre as audiências público-privadas. Foi o Projeto de Lei do Senado nº 32, de 2013, de autoria do senador Pedro Simon, que foi arquivado ao fim de sua legislatura, no ano de 2014.

Na linha do que se defende neste estudo, o projeto legislativo buscava trazer visibilidade aos diálogos público-privados. Previu-se a instituição do parlatório como o ambiente típico para essas comunicações, o que consistiria no “conjunto de salas com circuito interno de áudio e vídeo para a gravação de todas as audiências” (inciso III do parágrafo único do artigo 1º). A finalidade perseguida pelo projeto é a mesma ora exposta. Veja-se o seu artigo 3º:

Art. 3º. As audiências de que trata esta Lei terão sempre caráter oficial, serão realizadas sempre no respectivo parlatório do órgão público, de modo que todo contato entre agentes públicos e particulares fique devidamente registrado, devendo o agente público manter registro específico das audiências, com a relação das pessoas presentes e os assuntos tratados.

Parágrafo único. Caso o órgão público ainda não tenha constituído o parlatório, as audiências deverão ser realizadas no parlatório do órgão público a que este está subordinado, e assim sucessivamente.

Defende-se que norma semelhante seja promulgada, pois provavelmente a visibilidade decorrente mitigaria a rigorosa opacidade contemporânea. Ao menos, que se promulgue norma análoga para a disciplina dos diálogos público-privados em projetos administrativos relevantes, como a elaboração de normas regulatórias de grande impacto ou em delegações de utilidades públicas.

De todo modo, as alterações normativas propostas podem ser – e provavelmente seriam – insuficientes para mitigar os riscos dos diálogos público-privados presenciais. O desafio de prover visibilidade aos diálogos público-privados depende também da própria cultura administrativa, que não é forjada de modo a considerar a essencialidade dos registros sobre essas audiências público-privadas. Inclusive, há um relativo desconhecimento sobre a própria existência do atual regramento aplicável à espécie, conforme exposto adiante.

4.1.3 Um desafio à cultura administrativa: o relativo desconhecimento do Decreto Federal nº 4.334/2002 pelos próprios agentes públicos

Há um relativo desconhecimento sobre o Decreto Federal nº 4.334/2002 pelos próprios agentes públicos a ela submetidos. Essa conclusão foi alcançada após pesquisa empreendida pelo autor por meio do Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Foram encaminhados diversos questionamentos formais a diferentes órgãos e entidades da administração pública federal⁴⁴²⁻⁴⁴³.

Reporta-se, neste subtópico, às respostas decorrentes de questões encaminhadas a trinta e um órgãos da administração pública federal, autarquias ou fundações, que sabidamente se submetem ao Decreto Federal nº 4.334/2002 ou à regulamentação própria análoga.

Dentre os questionamentos, indagou-se a respeito do procedimento e da regulamentação aplicável aos requerimentos de reunião presencial com os agentes públicos, conforme a seguinte redação exemplificativa, em questão dirigida às agências reguladoras:

Caso um particular requeira uma reunião presencial com os agentes públicos pertencentes à Agência, para tratar de tema que lhe interessa, qual o procedimento previsto para que esta reunião aconteça? Existe regulamentação sobre este procedimento? Se sim, qual é a norma?⁴⁴⁴

Destaque-se o seguinte conjunto de respostas cujo conteúdo remete à declaração de inexistência ou desconhecimento sobre a regulamentação aplicável às audiências público-privadas. Nada obstante, a possibilidade de realização dessas audiências não foi negada, o que

⁴⁴² Como exposto anteriormente, por motivos de organização e síntese, as referências detalhadas às solicitações de acesso à informação encaminhadas a órgãos e entidades da administração pública federal encontram-se detalhadas ao final do trabalho, na seção dedicada às referências bibliográficas. O modelo de questionário encaminhado pode ser verificado no Apêndice A.

⁴⁴³ Em relação à presente questão, interessa as solicitações de informações enviadas aos seguintes órgãos e entidades subordinados ao Decreto Federal nº 4.334/2002: Advocacia-Geral da União (AGU), Agência Espacial Brasileira (AEB), Agência Nacional de Águas (ANA), Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional do Cinema (ANCINE), Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários (CVM) Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), Instituto Brasileiro do Turismo (EMBRATUR), Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ), Fundação Nacional do Índio (FUNAI), Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação, Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, Ministério das Comunicações, Ministério da Defesa, Ministério da Educação, Ministério da Integração Nacional, Ministério da Justiça e Cidadania, Ministério do Trabalho e Emprego, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Ministério da Saúde e Superintendência de Seguros Privados (SUSEP).

⁴⁴⁴ Questionamentos idênticos foram encaminhados aos demais órgãos e entidades da administração pública federal mencionados na nota de rodapé anterior, com a única diferença no tocante à declinação do nome do destinatário da indagação.

significa que, em tese, o diálogo público-privado ocorreria sem a aplicação de regras específicas. Veja-se:

Resposta da ANAC

[...] Não há normatização para agendamento de reuniões. As reuniões poderão ser solicitadas por qualquer meio de contato com a ANAC e cabe à unidade da agência que participará do encontro informar sobre o dia e horário disponível para realização da reunião. [...]

Resposta da ANCINE

[...] 4. É possível, ao particular, solicitar reunião presencial com as áreas técnicas a qualquer tempo, a ser marcada de acordo com as necessidades do particular e a disponibilidade da área requerida. Não há norma que regule especificamente o requerimento de reuniões presenciais. [...]

Resposta da ANEEL

[...] O particular pode encaminhar ofício à ANEEL solicitando reunião com o Diretor-Relator do processo o qual tenha interesse ou ainda com o Superintendente da Área que trata do tema que lhe interesse, se for o caso. Não há norma específica para tal procedimento. [...]

Resposta do DNPM

[...] Não existe regulamentação mas essa questão é regida pela ética e transparência pública que o órgão deve ter em seus procedimentos [...]

Resposta da ANATEL

[...] Quanto ao agendamento e realização de reuniões com entes externos, esclarecemos também que não há procedimento previamente definido para o registro de reuniões com entes externos ou para o agendamento de tais reuniões, cabendo ao corpo gerencial definir os critérios aplicáveis a cada setor.[...]

Resposta da AGU

[...] Não há regulamentação específica, que se tenha conhecimento, acerca do agendamento de reuniões por parte do particular com os servidores da AGU. Dependendo do objeto a ser tratado, cada setor adota um determinado procedimento, visando-se sempre o pleno atendimento ao cidadão, alinhado à manutenção do interesse público. [...]

Resposta do Ministério do Trabalho e Emprego

[...] Não temos conhecimento da existência de qualquer regulamentação para o requerimento de reunião presencial. [...]

Resposta da FIOCRUZ

[...] No que se refere a solicitação de reunião com agentes públicos da Fiocruz não há procedimento formalizado orientando sobre o tema, no entanto, todos os servidores públicos da Fiocruz devem seguir o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil, aprovado pelo decreto n.1171/94. [...]

Algumas agências reguladoras – AEB, ANA, ANS, ANVISA e ANTAQ – confirmaram a existência e a regulamentação do Decreto Federal nº 4.334/2002, ou ainda, de normativo próprio análogo. A ANP não respondeu à questão específica sobre a regulamentação, indicando apenas a forma de contato e agendamento da reunião. A ANTT, por sua vez, afirmou que as reuniões presenciais ocorrem por meio de audiência pública ou reunião participativa,

mas não mencionou ou confirmou a possibilidade de realização de audiências público-privadas ou qualquer regulamentação sobre o evento.

Dentre os ministérios do governo federal que receberam o questionamento, alguns deles também confirmaram a existência de regulamentação dedicada ao evento (Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação, Ministério da Defesa, Ministério da Justiça e Cidadania). O Ministério da Integração Nacional mencionou que a regulamentação dessas reuniões presenciais se submete à Lei Federal nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) e à Lei Federal nº 12.813/2013, que dispõe sobre conflito de interesses, mas não houve menção ao Decreto Federal nº 4.334/2002 ou norma análoga. O Ministério das Comunicações, o Ministério da Educação e o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão não responderam à questão sobre a existência ou inexistência de normas aplicáveis às reuniões presenciais com particulares. O Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento não encaminhou resposta, mesmo após o esgotamento do prazo legal. O Ministério da Saúde, por sua vez, mencionou apenas a existência de um “memorando-circular que define rotina de reuniões junto às empresas contratadas que prestam serviços ao Ministério da Saúde”.

Mencione-se também, no que se refere às autarquias e fundações questionadas, que a EMBRATUR e a CVM confirmaram a subordinação ao Decreto Federal nº 4.334/2002. O DNIT, o Banco Central do Brasil, a SUSEP, a FUNAI e o IBGE não responderam à questão sobre a existência ou inexistência de normas aplicáveis às reuniões presenciais com particulares.

Em síntese, de um conjunto de trinta e um órgãos ou entidades da administração pública federal subordinados ao Decreto Federal nº 4.334/2002 ou à norma própria análoga, apenas dez deles confirmaram a vinculação à tal normativa após questionamento específico a respeito da existência de algum regulamento dedicado às reuniões presenciais com particulares. Oito órgãos ou entidades negaram expressamente a existência ou o conhecimento sobre qualquer regulamentação sobre o assunto; os demais órgãos ou entidades não responderam à questão ou, se responderam, indicaram normas apenas indiretamente incidentes sobre o evento.

Diante dessa amostragem, a conclusão que se extrai é de que, além da insuficiência e inadequação das normas jurídicas aplicáveis às audiências público-privadas, existe também um relativo desconhecimento sobre essas normas por parte dos agentes públicos subordinados.

Por corolário, a reforma normativa sugerida para o Decreto Federal nº 4.334/2002 é uma medida que, por si só, provavelmente não seria suficiente para alterar o quadro de opacidade que recai sobre essa importante espécie de diálogo público-privado. Será imprescindível empreender uma adequação da própria cultura da administração pública

brasileira. Em primeiro lugar, para que seus agentes públicos possam efetivamente conhecer as normas jurídicas aplicáveis aos diálogos público-privados, especialmente às audiências público-privadas; em segundo lugar, para que os agentes públicos compreendam a relevância da regulamentação para exercício da função administrativa e para a aderência à legalidade.

Em síntese, a conclusão é de que as denominadas audiências público-privadas, que representam uma das mais frequentes e relevantes espécies de diálogo público-privado, possuem regulamentação insuficiente, inadequada e parcialmente desconhecida pelos próprios agentes públicos. Essa verificação dá azo à conclusão de que a opacidade ainda reina sobre essas comunicações.

Quadro 2 - Matriz sintética de análise sobre as audiências público-privadas

Audiências público-privadas	
Ocorrência	
	Processos administrativos de qualquer natureza
Natureza das interlocuções	
	Oral
Frequência estimada na administração pública brasileira	
	Cotidiano
Formalidade	
	Procedimento com previsão insuficiente em decreto e/ou regulamento interno
Registro sobre as comunicações no processo administrativo	
	Prováveis diálogos informais/extraprocessuais
	Informação sobre a síntese das comunicações deve ser registrada
Publicidade sobre os documentos	
	Sem previsão específica. Publicidade mediante requerimento de acordo com a Lei Federal nº 12.527/2011
Amplitude de participação	
	Possibilidade de provocação do diálogo por parte do agente econômico
	Diálogos reservados. Possibilidade jurídica de exclusão de participação conjunta de potenciais interessados
Ética	
	Sem diretrizes éticas específicas para o diálogo público-privado
Controle	
	Sem previsão de controle específico / Sujeição ao controle interno e externo comum sobre as atividades da administração pública
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para a administração pública	
	Baixa

Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para o agente econômico	
	Alta
Percepção sobre o grau de riscos	
Elevado	Potencial lesivo aos interesses públicos/patrimônio público em caso de corrupção ou captura técnica
Elevado	Probabilidade de ocorrência de corrupção ou de captura técnica
Elevado	Potencial grau de impacto sobre o processo de legitimação estatal em caso de desvirtuamento
Elevada	Probabilidade de diálogo público-privado informal
Percepção sobre o nível de complexidade das medidas para o controle dos riscos	
Elevado	Complexidade para implementação de medidas preventivas
Elevado	Complexidade para implementação de medidas repressivas
Nível de institucionalização na administração pública brasileira	
	Incipiente

4.2 Os diálogos público-privados no âmbito da função regulatória

O exercício da função regulatória pela administração pública objetiva a consecução dos interesses públicos por meio de intervenções normativas e fiscalizações que visam à orientação e modificação de comportamentos em um determinado setor econômico. Por intermédio de normas regulatórias, pretende-se que a administração pública corrija e controle as práticas de mercado consideradas “ineficientes ou não equitativas”⁴⁴⁵.

Em razão do alto grau de impacto sobre a forma de organização de diferentes setores econômicos, é natural e esperado que inúmeros diálogos público-privados se sucedam durante o exercício da função regulatória pela administração pública. É comum que diálogos público-privados sejam provocados por agentes econômicos que pretendem influenciar a elaboração, a interpretação e a aplicação das normas regulatórias às suas realidades específicas.

O processo de criação das normas regulatórias “decorre de um jogo institucionalizado entre os diversos interesses postos em contraste pelo regulador”⁴⁴⁶. Esse *jogo institucionalizado* entre interesses contrapostos ocorre em meio a diálogos público-privados, que, em tese, devem se suceder em ambientes procedimentais para que exista a possibilidade de exercício de controle. Em sentido muito semelhante à defesa apresentada neste estudo encontra-se a doutrina especializada de Floriano de Azevedo Marques Neto, com ênfase para a defesa de que a

⁴⁴⁵ POSNER, Richard. **A Economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 50.

⁴⁴⁶ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **Da regulação como função de direito administrativo**. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2007, p. 137

atividade regulatória deve envolver especificamente os agentes econômicos regulados e deve ser desenvolvido em ambiente de “radical transparência”:

Isso torna necessário que a atividade regulatória estatal: (i) passe a ter uma maior preocupação com a motivação, não meramente formal, de seus atos; (ii) tenha um *caráter marcadamente procedimental, processualizado*, com sua subordinação a regras, ritos e procedimentos claros e preestabelecidos; (iii) *envolva fortemente os administrados – mormente os atores relacionados ao setor específico objeto da regulação – no processo decisório*, mediante o recurso a consultas e audiências públicas, por exemplo; (iv) não possa se desenvolver sem uma *radical transparência*, traduzida na radicalização do princípio da publicidade e na introdução de efetivos mecanismos de controle pelos sujeitos e interessados no exercício desta atividade⁴⁴⁷.

O grande desafio dos mecanismos dialógicos no âmbito regulatório é elidir o risco de que “a regulação seja um jogo de cartas marcadas em que há por parte do regulador a assunção velada de um interesse como preponderante antes de se ouvirem todos os interessados”⁴⁴⁸. O risco é acentuado por Susan Rose-Ackermann, para quem “sempre que os agentes reguladores têm discricção, existe um incentivo para suborno”⁴⁴⁹. Ainda que inexista suborno, o desafio recai sobre os excessos porventura resultantes do incentivo natural que acomete os agentes econômicos para que busquem influenciar essas normas regulatórias em proveito próprio.

Daí porque somente um ambiente em que exista plena visibilidade, ampla participação competitiva-colaborativa e fomento à ética profissional durante essas comunicações permitirá seja efetivamente assegurada “a possibilidade de compreensão do porquê da adoção de determinada solução em vista dos interesses que estão em conflito, que devem ter sido representados na discussão”⁴⁵⁰.

Bernardo Strobel Guimarães, em dissertação de mestrado dedicada à função regulatória, coloca ênfase sobre a impropriedade de qualquer raciocínio que busque afastar a submissão da atividade regulatória ao controle. Ressalta, contudo, que esse controle tem as suas peculiaridades: não se admite um “mero contraste de legalidade”. Isso se justifica porque a atividade regulatória é eminentemente complexa, envolvendo questões técnicas e uma pluralidade de interessados com preocupações distintas. Por isso é que se defende, por ocasião do controle sobre essa função, uma ênfase sobre a análise do processo de formação dos

⁴⁴⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.), **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 79.

⁴⁴⁸ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **Da regulação como função de direito administrativo**. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2007, p. 137.

⁴⁴⁹ Cf. ROSE-ACKERMANN, Susan. **Corruption and government: causes, consequences, and reform**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1999, p. 18, tradução livre.

⁴⁵⁰ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **Da regulação como função de direito administrativo**. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2007, p. 137.

objetivos assumidos pela regulação, em conjunto com o processo de formação das normas regulatórias propriamente ditas, e não especificamente sobre o mérito da decisão final⁴⁵¹.

De outro modo, o controle representaria um grande risco para o esperado desempenho da função de regulação pela administração pública. Se algum órgão de controle intervém sobre o conteúdo de uma norma regulatória, mediante uma análise dirigida exclusivamente ao seu mérito, acaba por afastar da administração pública parte de sua própria competência, que passa a ser substituída pelo entendimento de quem exerce o controle⁴⁵².

É justamente nesse contexto de destaque sobre o processo de formação das normas regulatórias que se descobrem os diálogos público-privados. Nesse delicado cenário, em que o risco de invasão do controle sobre o mérito da decisão regulatória é temperado pelo risco de que a discricionariedade do agente regulador resulte em desvirtuamento voluntário dos interesses públicos, diálogos público-privados são inevitáveis e decisivos, razão pela qual devem ser orientados por normas padronizadas, que revelem um procedimento assecuratório de transparência, ética e abertura à participação competitiva.

As agências reguladoras brasileiras já adotam algumas práticas que permitem a participação dialógica formal dos agentes econômicos durante a elaboração de normas regulatórias⁴⁵³. Veja-se adiante.

4.2.1 A submissão de minutas de normas regulatórias por agentes econômicos

É natural que os agentes econômicos potencialmente afetados pelas normas regulatórias manifestem espontaneamente o interesse em auxiliar e influenciar a administração pública durante o exercício de sua função normativa.

⁴⁵¹ Ibidem, p. 134-137.

⁴⁵² Ora, a própria razão da existência de agências reguladoras está essencialmente relacionada à tecnicidade das normas regulatórias. Tratando-se de conteúdo jurídico formado a partir de elementos técnicos, que exige a participação de especialistas durante o seu processo de formação, a regra é que sejam respeitadas as conclusões do processo administrativo que cria as normas regulatórias. Esta regra é válida desde que – e aqui é onde o exercício de controle deve se inclinar – o processo administrativo normativo seja regularmente observado e que o conteúdo dessas normas, após o devido processo administrativo, enquadre-se na margem de competência legal definida para o órgão regulador.

⁴⁵³ Alerta-se que a pesquisa realizada adiante não pode ser declarada exaustiva. Considerando-se a multiplicidade de normas regulatórias expedidas pelas diversas agências reguladoras existentes na administração pública brasileira (portarias, resoluções, instruções normativas), além das normas legais que lhes condicionam (leis e decretos), uma análise integral sobre todos esses diplomas extrapolaria o escopo do presente trabalho. Dessa sorte, o foco da investigação foi direcionado às agências reguladoras federais e às principais normas por si expedidas ou a si direcionadas.

Em outra oportunidade, o autor deste estudo sustentou a juridicidade da submissão particular voluntária de uma proposta contratual à administração pública, independentemente de norma jurídica específica autorizativa. O mesmo raciocínio é válido para a submissão de minutas de normas regulatórias⁴⁵⁴.

O dever de recebimento e de análise das minutas de normas regulatórias submetidas à apreciação da administração pública por agentes econômicos, em conjunto com o dever de conferir publicidade à minuta e de permitir a participação de outros eventuais interessados, representa uma expressão conjugada de quatro direitos fundamentais do indivíduo, que, por outro ângulo, podem ser identificados como alicerces de quatro deveres fundamentais da administração pública: (i) o dever de receber e analisar as petições apresentadas pelos particulares; (ii) o dever de permitir a participação dos particulares na administração pública; (iii) o dever de observância da isonomia e; (iv) o dever de conferir ampla publicidade sobre a atuação administrativa.

Em síntese, os agentes econômicos têm o direito de submeter minutas de normas regulatórias à administração pública, que, por sua vez, tem o dever de recebê-las, de conferir publicidade à minuta, de analisá-las e, caso lhe interesse o conteúdo ou a temática, de permitir a eventual participação dos demais potenciais interessados na construção da norma⁴⁵⁵.

Nesse contexto, a submissão de minutas de normas regulatórias à administração pública qualifica-se como uma espécie típica de diálogo público-privado, que deve ser regulamentada de acordo com os princípios e as regras de direito administrativo.

Conhece-se ao menos um exemplo de norma interna de agência reguladora que, embora sem qualquer aprofundamento ou detalhamento, prevê a possibilidade de que particulares submetam minutas de normas regulatórias.

O regimento interno da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), aprovado pela Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013, permite que pessoas físicas e jurídicas

⁴⁵⁴ Trata-se do procedimento que comumente é denominado por “propostas não solicitadas – PNS” ou por “manifestação de interesse da iniciativa privada – MIP”. Em dissertação de mestrado, o autor apresentou a seguinte explicação, que é válida também para a submissão de minutas de normas regulatórias: “O Procedimento de Manifestação de Interesse deve ser compreendido como uma oportunidade aprimorada para a manifestação de quatro direitos fundamentais do indivíduo: o direito de petição (alínea “a” do inciso XXXIV do artigo 5º da Constituição Federal), o direito de acesso à informação (incisos XIV e XXXIII do artigo 5º da Constituição Federal), o direito de participação na Administração Pública (parágrafo único e inciso II do artigo 1º e parágrafo 3º do artigo 37 da Constituição Federal) e o direito à igualdade (artigo 5º e inciso XXI do artigo 37 da Constituição federal)”. Cf. SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI):** solicitação e apresentação de estudos e projetos para a estruturação de concessões comuns e parcerias público-privadas. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2013, p. 288.

⁴⁵⁵ Em complemento, o artigo 5º da Lei Federal nº 9.784/1999 prevê expressamente que o processo administrativo pode iniciar-se a pedido do interessado.

proponham atos normativos. Segundo o inciso IV do artigo 63 da referida resolução, “[a] proposta de ato normativo será: quando encaminhada por pessoa física ou jurídica, analisada pela área competente da Anatel que, se entender pertinente, submetê-la-á à apreciação do Conselho Diretor”⁴⁵⁶.

Embora seja louvável a previsão expressa, em regulamentação interna, sobre a possibilidade de que agentes econômicos submetam minutas de atos normativos, deve-se reconhecer a flagrante incompletude da regulamentação.

O parágrafo 1º do seu artigo 63 do regimento interno da ANATEL, dedicado à regulamentação dos procedimentos normativos, prevê apenas que os comitês instituídos pela agência, cuja atuação é relacionada à realização de estudos e formulação de proposições normativas, poderão obter cópia integral dos autos e formular críticas ou sugestões à minuta do ato normativo.

A ausência de previsão expressa de que outros eventuais interessados também poderão obter cópia dos autos e formular críticas ou sugestões é um indicativo negativo a respeito da transparência e da abertura à participação nesse potencial diálogo público-privado, que não atingem o parâmetro ora considerado ideal para o fenômeno.

O regimento interno da ANATEL, em outros capítulos, assegura ao “administrado” alguns direitos relacionados à publicidade e à participação nos processos administrativos, mas essas previsões são genéricas e não estão inseridas no capítulo pertencente aos atos normativos⁴⁵⁷.

De toda sorte, o mesmo regimento interno prevê, como regra geral, que todos os atos de caráter normativo propostos no âmbito da ANATEL devem ser precedidos de análise de impacto regulatório (AIR), sendo possível e esperado que exista maior publicidade e

⁴⁵⁶ BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. **Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013**. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/450-resolucao-612>> Acesso em: 4 out. 2016.

⁴⁵⁷ Em relação à publicidade processual, a norma assegura ao particular o direito de “ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópia de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas, na forma prevista neste Regimento” (inciso II do artigo 45). Ainda, há previsão de que, “durante o trâmite dos processos administrativos, qualquer cidadão poderá solicitar, por intermédio da Biblioteca ou na página da Agência na Internet, vista de processo administrativo” (artigo 50). Este pedido, contudo, “poderá ser indeferido quando causar prejuízo ao andamento do processo”, o que levanta um alerta sobre a precariedade da disciplina, haja vista o conceito jurídico indeterminado de “prejuízo ao andamento do processo” (parágrafo 3º do artigo 50). No que toca à participação, o regimento interno da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) assegura ao interessado o direito de “formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente” (inciso III do artigo 45). É uma previsão genérica que, conquanto seja teoricamente suficiente para justificar a submissão de minutas normativas por eventuais interessados no procedimento, não parece revelar uma cultura administrativa de abertura e fomento à participação competitiva entre os potenciais interessados na elaboração ou revisão de norma regulatória.

possibilidade de participação dos interessados nesse outro procedimento, que também está inserido no processo normativo regulatório e será analisado mais adiante.

Além da incompletude da regulamentação sobre esta espécie de diálogo público-privado, há uma agravante: o desconhecimento da previsão normativa dessa potencial interlocução por parte de agentes públicos da própria ANATEL.

Com o propósito de enriquecer a pesquisa, como já visto anteriormente, o autor, valendo-se do Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC), encaminhou um questionário a todas as agências reguladoras federais⁴⁵⁸. Um questionamento especificamente relacionado à propositura de minutas de normas regulatórias foi apresentado, conforme a seguinte redação:

Qual o procedimento previsto para que um particular (pessoa física ou pessoa jurídica) submeta uma proposta de norma regulatória à Agência? Existe regulamentação sobre este procedimento? Se sim, qual é a norma?⁴⁵⁹

A resposta da ANATEL para tal questionamento foi a seguinte:

[...] Por ora, informamos que não há procedimento pré-estabelecido na Agência para a que um particular submeta uma proposta de regulamentação. Entretanto, este pode peticionar a Agência por meio de carta, para que esta avalie a oportunidade de inclusão do tema na Agenda Regulatória da Anatel para os próximos períodos. [...]

Portanto, ainda que a submissão de minutas de normas regulatórias seja autorizada pelo inciso IV do artigo 63 do regimento interno da ANATEL, há, no mínimo, um relativo desconhecimento por parte dos agentes públicos que integram a entidade.

Em relação às demais agências reguladoras federais, houve a confirmação da informação sobre a inexistência de um procedimento específico para a submissão voluntária particular de minutas de normas regulatórias. Leia-se os seguintes excertos de respostas, que se reportam ao específico questionamento sobre o procedimento para a submissão de minutas de normas regulatórias:

⁴⁵⁸ O conjunto das agências reguladoras federais refere-se às seguintes entidades: Agência Espacial Brasileira (AEB), Agência Nacional de Águas (ANA), Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional do Cinema (ANCINE), Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). O Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), que não se qualifica como agência reguladora, também foi consultado, pois detém algumas competências normativas regulatórias, vide artigo 2º de seu regimento interno (aprovado pela Portaria nº 247, de 08 de abril de 2011, do Ministério de Minas e Energia).

⁴⁵⁹ Como anteriormente explicado, por uma questão de organização e síntese do trabalho, as referências às respostas apresentadas pelos diferentes órgãos e entidades da administração pública podem ser consultadas ao final do trabalho, em seção dedicada às referências bibliográficas do trabalho. O modelo de questionário encaminhado pode ser verificados no Apêndice A.

Resposta da ANAC

[...] Atualmente não há uma forma regulamentada para submissão de proposta normativa à Agência, no entanto, por meio do fale com a ANAC é possível requer qualquer providência por parte da Agência, inclusive proposta de norma.[...]

Resposta da AEB

[...] Não existem normas ou regulamentação nesta Autarquia sobre procedimentos de como um particular (pessoa física ou jurídica) submeta proposta de normas regulatórias, entretanto, estamos abertos a receber sugestões. [...]

Resposta da ANCINE

[...] Qualquer particular pode submeter propostas de norma regulatória através da Ouvidoria-Geral da ANCINE. Não há regulamentação específica para a submissão de proposta de norma por particular à Agência. [...]

Resposta da ANA

[...] Não existe regulamentação da ANA sobre o assunto. Porém, o particular poderá enviar a sua proposta ao Diretor Presidente, que a encaminhará à área interna competente para análise e manifestação. [...]

Resposta da ANS

[...] Não há regulamentação específica para essa finalidade, mas o requerimento é possível por meio do exercício do Direito de Petição. [...]

Resposta da ANVISA

[...] Não existe regulamentação sobre esse procedimento, todavia o particular poderá submeter uma proposta regulatória à Agência durante a fase de Diálogos Internos e Setoriais da Agenda Regulatória da Anvisa (AR). Essa etapa conta com a participação de cidadãos, profissionais de saúde, setor regulado, comunidade científica, VISA's, LACEN's e servidores da Anvisa nas sugestões de temas regulatórios por meio da identificação de problemas, seja do arcabouço legal existente ou de inovações relacionadas à atuação regulatória da Anvisa. [...]

Resposta da ANEEL

[...] Não existe regulamento e procedimento específicos para que um particular submeta proposta de norma à ANEEL, o que não significa que a Agência não esteja apta a recepcionar sugestões de temas apresentadas por qualquer interessado, por meio de um ofício. Além disso, é válido mencionar o instrumento da Agenda Regulatória, que é disponibilizada no site da Agência e permite a divulgação antecipada dos assuntos que serão discutidos pela Agência e, portanto, a identificação, pelos interessados, dos tais temas e a preparação prévia para os debates de seus interesses, facilitando a identificação das oportunidades em que suas manifestações serão mais facilmente acolhidas. [...]

Resposta da ANP

[...] Apesar da inexistência de regulamentação formalizando o encaminhamento de sugestões de normas e regulamentos por quaisquer interessados, a ANP possui canais institucionais por meio dos quais a sociedade e o mercado regulado podem encaminhar mensagens de qualquer natureza, entre as quais a sugestão de atos normativos. Entre os canais institucionais disponíveis está o Centro de Relações com o Consumidor (CRC), que pode ser acessado via internet (<http://anp.gov.br/?id=588>) ou por meio do telefone 0800 970 0267. [...]

Resposta do DNPM

[...] Não existe procedimento previsto como Vossa Senhoria sugere em seu questionamento, a Ouvidoria do DNPM está aberta a receber sugestões e encaminhar ao Diretor-Geral para análise. [...]

Resposta da ANTAQ

[...]O procedimento para que um particular submeta uma proposta de norma à ANTAQ pode ser feito via petição / protocolo. Não há norma específica regulamentando esse procedimento. No entanto, há a Agenda Regulatória, instrumento que indica ao mercado regulado e à sociedade em geral os temas regulatórios prioritários da Agência, resultantes de um processo participativo que busca envolver as unidades organizacionais internas bem como os entes públicos e privados e a sociedade civil, tendo como referência as diretrizes da Diretoria Colegiada e do Planejamento Governamental.[...]

Resposta da ANTT

Em setembro de 2016 iniciaram-se os procedimentos para elaboração da Agenda Regulatória concernente ao biênio 2017/2018, com o levantamento de temas a serem inseridos, alterados e/ou excluídos da Agenda para esse período. Para isso, foi realizada uma Consulta Interna junto a todos os servidores da ANTT, concomitantemente com um Processo de Participação e Controle Social - PPCS na modalidade Tomada de Subsídio, aberta ao público, cujo prazo de contribuições compreendeu o período de 05 a 21 de setembro de 2016.

Na Tomada de Subsídio, registrada sob o número 002/2016, qualquer pessoa (física ou jurídica) pôde fazer contribuições e propostas de norma regulatória: a) sugerindo novos temas; b) propondo alteração/exclusão nos temas já incluídos na Agenda Regulatória 2015/2016 ainda não finalizados; ou c) propondo alteração/exclusão nos temas que compõem o Banco de Temas. [...]

Acrescente-se, ainda, que a “Ficha de Proposta de Inclusão de Tema” constante no sítio eletrônico da Agenda pode ser preenchida e enviada ao e-mail agenda.regulatoria@antt.gov.br a qualquer tempo, e será considerada nos processos de revisão ordinária ou construção de novas Agendas da ANTT.

De maneira geral, quando analisado o contexto das agências reguladoras brasileiras, é patente a ausência de regulamentação para a submissão voluntária e espontânea de minutas de normas regulatórias por agentes econômicos, embora haja uma reconhecida abertura a esta espécie de diálogo público-privado. Esse silêncio normativo milita contrariamente aos interesses públicos porque dele se origina uma grande insegurança jurídica, é inviabilizada a participação e a transparência, além de serem robustecidos os riscos de captura e de corrupção, conforme detalhado nos capítulos anteriores.

Conquanto seja evidente que os agentes econômicos potencialmente afetados pela regulação estatal buscarão influenciar as normas expedidas, inclusive mediante proposição autônoma de minutas de normas regulatórias, não há, atualmente, uma regulamentação procedimental mínima ou uniforme sobre o fenômeno.

Além disso, embora algumas agências reguladoras possuam a prática de selecionar e discutir os temas passíveis de normatização a partir de uma *agenda regulatória*, esse procedimento não possui um caráter permanente, sendo que a iniciativa do particular está condicionada à realização de eventos relacionados à referida agenda. Além disso, ao que indicam as informações prestadas pelas próprias agências reguladoras, apenas a proposta de tema regulatório pode ser submetida oficialmente pelo agente econômico, e não a minuta de norma regulatória propriamente dita.

O contexto regulatório brasileiro, no que se refere à regulamentação e controle da participação de agentes econômicos no encaminhamento de minutas de normas regulatórias, encontra-se em estágio prematuro de desenvolvimento. Muito distante de um cenário em que os riscos decorrem de excesso de participação, tal como na captura informacional, os riscos no contexto brasileiro parecem estar relacionados à ausência de formalidade e controle sobre essas participações pontuais, o que robustece a probabilidade de interlocuções opacas entre agentes econômicos e agentes públicos.

Quadro 3 - Matriz sintética de análise sobre a submissão de minutas de normas reguladoras por agentes econômicos

Submissão de minutas de normas reguladoras por agentes econômicos	
Ocorrência	
	Processos administrativos no âmbito da função regulatória
Natureza das interlocuções	
	Escrita
Frequência estimada na administração pública brasileira	
	Esporádico
Formalidade	
	Procedimento sem previsão normativa
Registro sobre as comunicações no processo administrativo	
	Prováveis diálogos informais/extraprocessuais
	Não há procedimento padronizado sobre o tema
Publicidade sobre os documentos	
	Sem previsão específica. Publicidade mediante requerimento de acordo com a Lei Federal nº 12.527/2011
Amplitude de participação	
	Edital de convocação promovido pela administração pública
	Possibilidade de provocação do diálogo por parte do agente econômico
Ética	
	Sem diretrizes éticas específicas para o diálogo público-privado
Controle	
	Sem previsão de controle específico / Sujeição ao controle interno e externo comum sobre as atividades da administração pública
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para a administração pública	
	Média
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para o agente econômico	
	Alta

Percepção sobre o grau de riscos	
Elevado	Potencial lesivo aos interesses públicos/patrimônio público em caso de corrupção ou captura técnica
Regular	Probabilidade de ocorrência de corrupção ou de captura técnica
Elevado	Potencial grau de impacto sobre o processo de legitimação estatal em caso de desvirtuamento
Elevado	Probabilidade de diálogo público-privado informal
Percepção sobre o nível de complexidade das medidas para o controle dos riscos	
Reduzido	Complexidade para implementação de medidas preventivas
Elevado	Complexidade para implementação de medidas repressivas
Nível de institucionalização na administração pública brasileira	
	Inexistente

4.2.2 A análise de impacto regulatório (AIR)

A análise de impacto regulatório (AIR) é outro exemplo de procedimento administrativo de diálogo público-privado em que agentes econômicos podem participar oficialmente do processo administrativo de elaboração de normas regulatórias.

O grande propósito da análise de impacto regulatório (AIR) é que o procedimento administrativo de criação ou alteração de normas regulatórias contenha uma etapa padronizada, transparente e participativa que possibilite um método analítico consistente sobre os dados empíricos, as necessidades, os prováveis benefícios, os custos e os efeitos da regulação⁴⁶⁰.

Por seu intermédio, realiza-se o levantamento das diferentes alternativas técnicas e uma avaliação da eficiência das potenciais decisões que podem ser adotadas pela agência reguladora. Pretende-se que, a partir da análise de impacto regulatório (AIR), a regulação “não distorça desnecessariamente a concorrência, que seja simples, proporcional, consistente e transparente, ou seja, que atenda os objetivos de política a que ela se destina, ao menor custo possível para a sociedade”⁴⁶¹.

A análise de impacto regulatório (AIR) é um procedimento administrativo que se inicia antes da elaboração ou alteração da norma regulatória, constituindo instrumento por meio do qual a administração pública, elaborando estudos preliminares, identifica o problema, os riscos

⁴⁶⁰ OCDE. **Brasil**: Fortalecendo a governança para o crescimento. Relatório sobre a reforma regulatória, 2007, p. 62 Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2064390.PDF>> Acesso em 27 jan. 2016

⁴⁶¹ GAETANI, Francisco; ALBUQUERQUE, Kélvia. Análise de impacto regulatório e melhoria regulatória. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (org.). **Regulação e agências reguladoras**: governança e análise de impacto regulatório. Brasília: ANVISA e Casa Civil da Presidência da República, 2009, p. 195.

de manutenção da situação em vigor e os objetivos a serem perseguidos por meio de sua função regulatória. Na sequência, lança-se um edital de chamamento público para que os particulares eventualmente interessados contribuam com alternativas para a solução do problema e para o atingimento dos objetivos. A administração pública conduz o procedimento de modo a: (i) realizar os levantamentos de dados pertinentes; (ii) analisar e selecionar as alternativas apropriadas; (iii) submeter os resultados à consulta pública; e (iv) elaborar um relatório de análise de impacto regulatório. Após a elaboração da norma, a análise de impacto regulatório (AIR) passa à etapa de monitoramento da alternativa adotada, a fim de que haja uma permanente colaboração para a avaliação sobre o conteúdo normativo e, se for o caso, que sejam viabilizadas mais facilmente as alterações ou a revogação da norma⁴⁶².

Como sintetizou Patricia Rodrigues Pessôa Valente, em dissertação de mestrado dedicada ao instituto, a análise de impacto regulatório (AIR) resulta “na introdução de mecanismos de legitimação democrática e de responsabilização do regulador”⁴⁶³. Embora a análise de impacto regulatório (AIR) não pretenda substituir a decisão política, o instrumento promete induzir uma maior qualidade decisória, assegurando uma análise de caráter empírico às etapas de planejamento, monitoramento e controle das normas regulatórias. Acredita-se que o procedimento deva ser empregado “no início do processo decisório, caso contrário se reduz a justificar a decisão já tomada”, ou ainda, “*post facto*, a fim de verificar se os benefícios e as eficiências esperadas de fato aconteceram”⁴⁶⁴.

A respeito de sua institucionalização, tramita atualmente na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 1.539/2015, que pretende estabelecer “a obrigatoriedade de realização de Análise de Impacto Regulatório – AIR pelas Agências Reguladoras no âmbito da Administração Federal”⁴⁶⁵.

O projeto de lei prevê a nulidade do ato administrativo normativo como a consequência legal que sucederia a eventual ausência de realização prévia da análise de impacto regulatório

⁴⁶² Este é o procedimento previsto, por exemplo, no artigo 6º do Projeto de Lei nº 1.539/2015, em trâmite perante a Câmara dos Deputados. Cf. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.539/2015**, 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1278807>> Acesso em 9 out. 2016.

⁴⁶³ VALENTE, Patricia Rodrigues Pessôa. **Avaliação de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado**. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2010, p.89

⁴⁶⁴ SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. **Análise de impacto regulatório: uma abordagem exploratória**. Texto para discussão nº 1463. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, 2010, p.23 Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1463.pdf Acesso em: 24 jan. 2016.

⁴⁶⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.539/2015**, 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1278807>> Acesso em 9 out. 2016.

(AIR) (artigo 34)⁴⁶⁶. Essa enérgica consequência admitiria exceções em algumas específicas situações, em que o procedimento seria dispensado, como para atos normativos de efeitos concretos ou de simples organização interna, ou ainda, em “casos excepcionais em que a edição do ato não puder aguardar a realização de AIR” (incisos I e II do artigo 3º e artigo 35).

O Projeto de Lei nº 1.539/2015 prevê que os documentos desenvolvidos nesse procedimento administrativo sejam todos disponibilizados na rede mundial de computadores (*internet*), medida compatível com a cultura de transparência ativa pretendida (artigo 8º)⁴⁶⁷⁻⁴⁶⁸.

O referido projeto de lei federal também prevê a ampla participação dos interessados, ainda que não possuam comprovado conhecimento técnico e que a contribuição seja meramente parcial (parágrafo único do artigo 12)⁴⁶⁹. Essa medida também é considerada compatível com o que se defende a respeito das benesses que decorrem da ampla abertura à competição de interesses nesses diálogos público-privados.

A norma projetada estabelece ainda que o grupo de trabalho responsável pelo procedimento tem o dever de “responder individual, justificada e circunstanciadamente às contribuições recebidas por meio do Chamamento Público e da Consulta Pública” (artigo 33)⁴⁷⁰. Ainda que seja louvável a intenção desse dispositivo e, em certo aspecto, necessária e

⁴⁶⁶ “Art. 34. A não realização de AIR para a edição dos atos previstos no art. 3º, nos termos desta Lei, ensejará a nulidade do ato administrativo.” Cf. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.539/2015**, 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1278807>> Acesso em 9 out. 2016.

⁴⁶⁷ “Art. 8º Todos os documentos desenvolvidos nas diferentes etapas da AIR deverão ser disponibilizados pelas Agências Reguladoras em seu sítio eletrônico na Internet, de modo a possibilitar o acompanhamento e monitoramento do processo por todos os interessados.” Cf. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.539/2015**, 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1278807>> Acesso em 9 out. 2016.

⁴⁶⁸ A propósito do tema, algum nível de transparência ativa pode ser observado, por exemplo, no Reino Unido, em que a ampla divulgação da análise de impacto regulatório (AIR) é considerada diretriz essencial para maximizar os benefícios do procedimento. Leia-se o comentário de Donald Macrae: “Essas análises possuem quatro etapas: inicial, parcial, completa e final. É solicitada a publicidade daquelas realizadas para algumas regulamentações específicas, mas todas estão sujeitas à divulgação que prevê o Ato de Liberdade de Informação do Reino Unido, o que efetivamente torna todas disponíveis para o público. Esse elemento de publicação é um dos aspectos-chave da AIR, uma vez que fortalece tanto o procedimento do elaborador de política, pela antecipação de questionamentos mais sofisticados, como permite que as partes que serão afetadas pela regulação possam ter acesso ao impacto que sofrerão. Se desejarem, as partes podem questionar sobre essa regulação.” Cf. MACRAE, Donald. *Análise de Impacto Regulatório – AIR: a experiência do Reino Unido*. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (org.). **Regulação e agências reguladoras: governança e análise de impacto regulatório**. Brasília: ANVISA e Casa Civil da Presidência da República, 2009, p. 255

⁴⁶⁹ “Art.12. [...] Parágrafo único. Qualquer interessado poderá encaminhar sugestões à Agência Reguladora, vedado o anonimato, sem necessidade de que as propostas sejam acompanhadas de estudos aprofundados, os quais poderão ser solicitados posteriormente ou desenvolvidos pelo grupo de trabalho referido no art. 5º.” Cf. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.539/2015**, 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1278807>> Acesso em 9 out. 2016.

⁴⁷⁰ “Art. 33. Caberá ao grupo de trabalho condutor da AIR responder individual, justificada e circunstanciadamente às contribuições recebidas por meio do Chamamento Público e da Consulta Pública.” Cf. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.539/2015**, 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1278807>> Acesso em 9 out. 2016.

justificável, o risco de captura informacional merece consideração, conforme já apresentado neste estudo. Em suma, o dever de resposta individual, justificada e circunstancial às contribuições pode ser utilizado pelos agentes econômicos como uma forma de inviabilizar o processo administrativo, ou ainda, de promover a captura pelo excesso de informações técnicas. Seria legítimo inserir na norma alguma exceção para coibir situações extremas que visem nitidamente à captura informacional, sendo mantida a regra geral que obriga a resposta individual, justificada e circunstanciada.

Embora atualmente inexista obrigação legal, algumas agências reguladoras já praticam a análise de impacto regulatório (AIR). No âmbito da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), por exemplo, a regra geral é que os atos normativos devem ser precedidos de análise de impacto regulatório (AIR), conforme preconiza o parágrafo único do artigo 62 do seu regimento interno⁴⁷¹. A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) também possui uma atuação destacada sobre o assunto. Escolhida pelo Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação – PRO-REG como agência-piloto para a implementação do instituto no Brasil⁴⁷², é possível encontrar exemplos em que a análise de impacto regulatória (AIR) foi realizada com a participação efetiva de agentes econômicos⁴⁷³.

De todo modo, como apontado em auditoria de natureza operacional realizada pelo Tribunal de Contas da União, que avaliou a governança regulatória das agências reguladoras de infraestrutura, “[a] Análise de Impacto Regulatório - AIR ainda não está formalmente institucionalizada no contexto regulatório brasileiro”. Apesar disso, afirma-se há algum tempo que “o tema vem sendo estudado e debatido pelo PRO-REG, da Casa Civil da Presidência da República”⁴⁷⁴.

⁴⁷¹ “Art. 62. Os atos de caráter normativo da Agência serão expedidos por meio de Resoluções, de competência exclusiva do Conselho Diretor, observado o disposto nos arts. 59 e 60, relativos aos procedimentos de Consultas Pública e Interna, respectivamente.

Parágrafo único. Os atos de caráter normativo a que se refere o caput, salvo em situações expressamente justificadas, deverão ser precedidos de Análise de Impacto Regulatório.” BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. **Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013**. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/450-resolucao-612>> Acesso em: 27 jan. 2016. Grifou-se

⁴⁷² BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. **Análise de Impacto Regulatório** [online], 2016. Disponível em: <<http://s.anvisa.gov.br/wps/s/r/P7X>> Acesso em 27 jan. 2016.

⁴⁷³ BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. **Processo n.º: 25351.088742/2010-27**. Relatório preliminar de análise de impacto regulatório – nível 2. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/25d608804f7338d4a41ff59a71dcc661/14-07-exemplo-de-air-da-anvisa.pdf?MOD=AJPERES>> Acesso 27 jan. 2016.

⁴⁷⁴ O PRO-REG é o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação, instituído pelo Decreto Federal nº 6.062/2007. Cf. BRASIL. Tribunal de Contas da União, **Acórdão nº 2.261/2011**. Plenário, Relator Ministro José Jorge, Data de Julgamento: 24 ago 2011. BRASIL. **Decreto nº 6.062, de 16 de março de 2007**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6062.htm> Acesso em 27 jan. 2016.

A carência de uma efetiva institucionalização desse diálogo público-privado pôde ser aferida também a partir das consultas formais encaminhadas pelo autor às agências reguladoras federais por intermédio do Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Na ocasião, o seguinte questionamento foi apresentado:

Em que âmbito é possível que um particular (pessoa física ou jurídica) opine previamente sobre o conteúdo de uma proposta de norma regulatória a ser expedida pela Agência? Existe regulamentação sobre este procedimento? Se sim, qual é a norma?

Nenhuma das agências reguladoras informou a possibilidade de participação dos agentes econômicos ou de particulares em geral por meio da análise de impacto regulatório (AIR). Essa constatação permite confirmar que o instituto ainda não se encontra plenamente disseminado na cultura das agências reguladoras brasileiras, uma vez que a participação de particulares é típica ao procedimento.

Em resposta às consultas do autor, a integralidade das agências reguladoras federais mencionou que a participação pode ocorrer por intermédio das consultas públicas e/ou audiências públicas, espécies de diálogo público-privado serão analisadas mais adiante⁴⁷⁵.

Além da participação por meio das discussões realizadas na “Agenda Regulatória”, já mencionada no subtópico anterior, também foi referenciada a possibilidade de participação por intermédio de conselhos, câmaras técnicas ou grupos de trabalho vinculados à atuação da agência (Agência Nacional de Águas – ANA, Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e Agência Espacial Brasileira – AEB); essa participação, no entanto, não é aberta a todos os eventuais interessados, mas aos representantes que compõem formalmente esses órgãos⁴⁷⁶.

Em especial, a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), para além das audiências públicas e consultas públicas, fez referência também ao procedimento de *tomada de subsídio* e da *reunião participativa*, que serão abordados mais adiante neste estudo. A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), por sua vez, referenciou um ambiente de participação pouco comum, mencionando a possibilidade de que particulares participem das *reuniões públicas* da Diretoria, ocasião em que os particulares possuem direito de fala caso esteja sendo deliberado um processo de seu interesse. O evento carrega características semelhantes à reunião participativa, que, como dito, será abordada mais adiante.

⁴⁷⁵ As referências à integralidade das consultas mencionadas encontram-se dispostas ao final do trabalho. Em relação às audiências públicas e às consultas públicas, o único órgão que não mencionou esta possibilidade foi o DNPM, que, como visto, não se qualifica como agência reguladora, embora detenha algumas competências normativas regulatórias.

⁴⁷⁶ Algumas notas distintivas sobre esta espécie de participação, que não configura um diálogo público-privado propriamente dito, encontram-se mais adiante neste estudo.

A questão é que todos os institutos de diálogo público-privado desenvolvidos no âmbito regulatório poderiam ser conduzidos durante um procedimento de análise de impacto regulatório (AIR). Em outras palavras, a análise de impacto regulatório (AIR), em razão de seu caráter abrangente e permanente, possibilita a incorporação de diferentes institutos participativos, mesmo após a expedição da norma regulatória, a fim de que seus efeitos sejam monitorados.

De toda sorte, o procedimento ainda não foi institucionalizado pela administração pública brasileira, não sendo possível afirmar que já pertence à cultura das agências reguladoras. A opinião do autor é de que a eventual promulgação do Projeto de Lei nº 1.539/2015, em trâmite perante a Câmara dos Deputados, ou de norma análoga, contribuiria para a maior visibilidade dos diálogos público-privados no contexto regulatório.

Quadro 4 - Matriz sintética de análise sobre a análise de impacto regulatório (AIR)

Análise de impacto regulatório (AIR)	
Ocorrência	
	Processos administrativos no âmbito da função regulatória
Natureza das interlocuções	
	Escrita
Frequência estimada na administração pública brasileira	
	Esporádico
Formalidade	
	Procedimento com previsão insuficiente em decreto e/ou regulamento interno
Registro sobre as comunicações no processo administrativo	
	Prováveis diálogos informais/extraprocessuais
	Informação sobre a íntegra das comunicações deve ser registrada
Publicidade sobre os documentos	
	Sem previsão específica. Publicidade mediante requerimento de acordo com a Lei Federal nº 12.527/2011
Amplitude de participação	
	Edital de convocação promovido pela administração pública
	Possibilidade jurídica de participação popular e/ou de outros agentes econômicos
Ética	
	Sem diretrizes éticas específicas para o diálogo público-privado
Controle	
	Sem previsão de controle específico / Sujeição ao controle interno e externo comum sobre as atividades da administração pública

Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para a administração pública	
	Alta
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para o agente econômico	
	Alta
Percepção sobre o grau de riscos	
Elevado	Potencial lesivo aos interesses públicos/patrimônio público em caso de corrupção ou captura técnica
Regular	Probabilidade de ocorrência de corrupção ou de captura técnica
Elevado	Potencial grau de impacto sobre o processo de legitimação estatal em caso de desvirtuamento
Regular	Probabilidade de diálogo público-privado informal
Percepção sobre o nível de complexidade das medidas para o controle dos riscos	
Regular	Complexidade para implementação de medidas preventivas
Elevada	Complexidade para implementação de medidas repressivas
Nível de institucionalização na administração pública brasileira	
	Incipiente

4.2.3 As consultas públicas

As consultas públicas constituem um clássico instituto de participação popular por meio do qual os cidadãos podem opinar por escrito em momento prévio à adoção definitiva de alguma decisão no âmbito do processo administrativo. Não há qualquer caráter deliberativo neste diálogo público-privado, sendo que a sua função consultiva é oficialmente promovida pelas comunicações escritas entre os interessados – pessoas físicas ou jurídicas – e a administração pública.

O artigo 31 da Lei Federal nº 9.784/1999 regulamenta as normas gerais do instituto da consulta pública⁴⁷⁷. O dispositivo assegura ao participante o “direito de obter da Administração resposta fundamentada” sobre suas manifestações, mas que “poderá ser comum a todas as

⁴⁷⁷ Lei Federal nº 9.784/1999.

Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

§ 1º A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas.

§ 2º O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.

alegações substancialmente iguais”. Além disso, dentre outras regras, o dispositivo determina que a abertura da consulta pública seja “objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos”.

A consulta pública também é prevista pelo inciso IX do artigo 2º do Decreto Federal nº 8.243/2014, que instituiu a Política Nacional de Participação Social. Define-se o instituto como “mecanismo participativo, a se realizar em prazo definido, de caráter consultivo, aberto a qualquer interessado, que visa a receber contribuições por escrito da sociedade civil sobre determinado assunto”, conforme as disposições contidas no seu ato de convocação.

Quando implementada no contexto regulatório, a consulta pública representa o instituto por intermédio do qual a administração pública promove a submissão de minutas de atos normativos à apreciação do público em geral, que poderá apresentar críticas e sugestões por escrito antes que a norma seja efetivamente adotada.

A forma escrita das contribuições e a ausência de uma sessão pública presencial são característicos típicos da consulta pública. Em verdade, são as peculiaridades que, sob a perspectiva teórica, diferenciam as consultas públicas e as audiências públicas, já que, nas últimas, as contribuições são orais e presenciais, em evento específico e próprio⁴⁷⁸.

Não há qualquer restrição a respeito da legitimidade ativa para a participação na consulta pública. Não é necessário comprovar o interesse específico na decisão ou alguma mínima qualificação técnica. Dessa sorte, quando houver interlocuções com agentes econômicos, a consulta pública configura um diálogo público-privado, tal como definido neste estudo; quando dedicada exclusivamente às comunicações por escrito com a sociedade civil, por outro lado, na defesa de interesses difusos, por exemplo, representará somente um instrumento de participação popular.

É comum que a consulta pública esteja inserida no contexto de algum procedimento administrativo de diálogo público-privado mais complexo. Por exemplo, como visto no tópico anterior, a consulta pública pode ser incorporada por uma das etapas da análise de impacto regulatório (AIR). Igualmente, o instituto pode encontrar-se inserido em instrumentos

⁴⁷⁸ A respeito da similaridade com as audiências públicas, leia-se o seguinte trecho contido em trabalho já publicado pelo autor: “Assemelham-se às audiências públicas, diferenciando-se pelo caráter formal com que são conduzidas as participações dos particulares. Ao contrário delas, não há sessão pública para debate oral. Nas consultas públicas as participações dos particulares devem ser formalmente documentadas e a Administração Pública tem o dever de responder pública e motivadamente as eventuais sugestões e pedidos de esclarecimento.” Cf. SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)**: solicitação e apresentação de estudos e projetos para a estruturação de concessões comuns e parcerias público-privadas. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2013, p. 159. Com referência, no original, à seguinte obra: PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública democrática**: institutos de participação popular na Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 175-176.

promovedores da gestão pública democrática, tal como previsto no artigo 43 da Lei Federal nº 10.257/2001 (Estatuto das Cidades). Como se verá mais adiante, a consulta pública também é frequentemente conduzida no contexto dos processos administrativos de contratação pública.

Um dos principais riscos atrelados à consulta pública refere-se ao fato de que, na qualidade de um procedimento administrativo participativo, a sua promoção pode servir como instrumento dedicado a conferir uma falsa impressão de legitimidade a alguma decisão previamente adotada em caráter absoluto e definitivo pela administração pública.

A partir dessa preocupação e em atenção às consultas públicas realizadas durante uma análise de impacto regulatório (AIR), Lucia Helena Salgado e Eduardo Bizzo de Pinho Borges comentam o seguinte:

Observe-se que a consulta pública tem maior utilidade para a AIR se for utilizada como subsídio para análise, ou seja, se a sua realização for realmente para servir aos reguladores com informações que serão utilizadas no abalçamento dos efeitos da regulação, e não somente ser um instrumento de legitimação da decisão tomada, pois, neste caso, a função da consulta será nula, apenas uma etapa burocrática a ser seguida⁴⁷⁹.

Como visto anteriormente, em conjunto com as audiências públicas, as consultas públicas são confirmadas pelas próprias agências reguladoras como um instituto clássico de participação dos particulares (pessoas físicas e jurídicas) durante os processos administrativos que elaboram ou alteram normas regulatórias. Nesse sentido, é bastante comum que as agências reguladoras brasileiras possuam uma regulamentação própria para as consultas públicas. Cite-se, exemplificativamente, dentre várias outras, a regulamentação da consulta pública prevista no artigo 59 do regimento interno da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e no artigo 35 do regimento interno da Agência Nacional de Cinema (ANCINE)⁴⁸⁰.

As consultas públicas desenvolvidas em processos administrativos *regulatórios* encontram paralelo estrangeiro no denominado *procedimento de notificações e comentários públicos* (*public notice-and-comment*, na língua inglesa), desenvolvido no âmbito dos países pertencentes à Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Cuida-

⁴⁷⁹ Cf. SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. **Análise de impacto regulatório: uma abordagem exploratória**. Texto para discussão nº 1463. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, 2010, p.20 Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1463.pdf Acesso em: 24 jan. 2016. Grifou-se.

⁴⁸⁰ Regimento interno da Agência Nacional de Cinema (ANCINE): “Art. 35 A Consulta Pública tem por finalidade submeter minuta de ato normativo a comentários e sugestões do público em geral, bem como documento ou assunto de interesse relevante. § 1º A Consulta Pública será formalizada por publicação no Diário Oficial da União e no sítio da Agência na internet, com antecedência, devendo as contribuições ser apresentadas conforme dispuser o respectivo instrumento. § 2º Os comentários e sugestões encaminhados e devidamente justificados deverão ser respondidos em documento próprio a ser enviado à Ouvidoria pela Unidade responsável pela matéria, contendo as razões para sua adoção ou não, ficando o documento arquivado na Agência, à disposição do público interessado.”

se de um procedimento aberto e inclusivo em que os particulares podem opinar a respeito da norma regulatória proposta. Especialmente no contexto estadunidense, em que o procedimento é muito utilizado, as regras são bastante rígidas, sendo que os agentes públicos estão proibidos de se basearem em informações fáticas que não estejam publicamente registradas⁴⁸¹.

Outro procedimento de consulta que merece registro é a denominada *consulta interna*, por meio da qual minutas de atos normativos são submetidas às críticas e às sugestões dos próprios agentes públicos vinculados à agência reguladora, que não se encontram diretamente envolvidos no processo administrativo de elaboração da norma regulatória. Em outras palavras, a consulta interna é um método de coleta de opinião entre os próprios colaboradores da entidade, que tomam ciência do teor da normativa e anexam aos autos do processo administrativo o seu parecer, antes da submissão da minuta normativa à consulta pública. O instituto é regulamentado pelo artigo 60 do regimento interno da ANATEL. Embora a consulta interna não se qualifique como um diálogo público-privado, mas como uma espécie de comunicação interna, é importante mencioná-la, pois o procedimento representa uma abertura à participação dos agentes públicos que não se encontram diretamente vinculados ao processo administrativo normativo⁴⁸².

Quadro 5 - Matriz sintética de análise sobre as consultas públicas

Consultas públicas	
Ocorrência	
	Processos administrativos no âmbito das contratações públicas
	Processos administrativos no âmbito da função regulatória
Natureza das interlocuções	
	Escrita
Frequência estimada na administração pública brasileira	

⁴⁸¹ Nos Estados Unidos da América e em Portugal, o procedimento é regulamentado por lei; no Canadá, por sua vez, foi adotado por norma administrativa. Cf. MALYSHEV, Nick. **The evolution of regulatory policy in OECD countries**. Paris: OECD, 2008, p. 14-15 Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/41882845.pdf>> Acesso em 27 jan. 2016.

⁴⁸² Regimento interno da ANATEL

Art. 60. A Consulta Interna tem por finalidade submeter minuta de ato normativo, documento ou matéria de interesse relevante, a críticas e sugestões dos servidores da Agência.

§ 1º A Consulta Interna será realizada previamente ao encaminhamento da proposta de Consulta Pública ao Conselho Diretor, com prazo fixado pela autoridade competente, devendo ser juntada aos autos do processo a que se refere.

§ 2º A Consulta Interna poderá, justificadamente, ser dispensada quando a sua realização impedir ou retardar a deliberação de matéria urgente.

§ 3º A Consulta Interna poderá ser realizada independentemente de realização de Consulta Pública.

§ 4º As críticas e as sugestões encaminhadas e devidamente justificadas deverão ser consolidadas em documento próprio, anexado aos autos do processo administrativo, contendo as razões para sua adoção ou rejeição.

	Frequente
Formalidade	
	Procedimento específico previsto em lei
	Procedimento específico previsto e detalhado em decreto e/ou regulamento interno
Registro sobre as comunicações no processo administrativo	
	Informação sobre a íntegra das comunicações deve ser registrada
Publicidade sobre os documentos	
	Sem previsão específica. Publicidade mediante requerimento de acordo com a Lei Federal nº 12.527/2011
	Informações disponíveis na rede mundial de computadores
Amplitude de participação	
	Edital de convocação promovido pela administração pública
	Possibilidade jurídica de participação popular e/ou de outros agentes econômicos
Ética	
	Sem diretrizes éticas específicas para o diálogo público-privado
Controle	
	Sem previsão de controle específico / Sujeição ao controle interno e externo comum sobre as atividades da administração pública
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para a administração pública	
	Média
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para o agente econômico	
	Média
Percepção sobre o grau de riscos	
Regular	Potencial lesivo aos interesses públicos/patrimônio público em caso de corrupção ou captura técnica
Reduzido	Probabilidade de ocorrência de corrupção ou de captura técnica
Elevado	Potencial grau de impacto sobre o processo de legitimação estatal em caso de desvirtuamento
Reduzido	Probabilidade de diálogo público-privado informal
Percepção sobre o nível de complexidade das medidas para o controle dos riscos	
Reduzido	Complexidade para implementação de medidas preventivas
Elevado	Complexidade para implementação de medidas repressivas
Nível de institucionalização na administração pública brasileira	
	Avançado

4.2.4 As audiências públicas

As audiências públicas constituem um mecanismo de participação em que agentes econômicos – e quaisquer interessados – podem verbalizar sugestões e opiniões à administração pública, presencialmente, em sessão pública dedicada ao evento; à administração pública, conjuntamente, é uma oportunidade para prover informação detalhada aos particulares a respeito de determinada proposta administrativa⁴⁸³⁻⁴⁸⁴.

Trata-se de um evento dialógico porque há um fluxo de informação multilateral: a partir de uma ou mais posições, permite-se que os particulares se manifestem oralmente e informem a administração pública sobre seus interesses; de outra, permite-se o fluxo inverso da informação, do público ao privado, em formato de apresentação oral sobre as características da ação administrativa projetada⁴⁸⁵.

Como lembra Diogo de Figueiredo Moreira Neto, as audiências públicas possuem origem anglo-saxônica, o que remete o intérprete à garantia do devido processo legal, sendo assegurado o “*direito individual* de qualquer pessoa a ser ouvida em matéria em que esteja em jogo seu interesse, seja concreto seja abstrato (*right to a fair hearing*)”⁴⁸⁶.

A audiência pública é prevista pelo artigo 32 da Lei Federal nº 9.784/1999 como um instituto que pode ser promovida pela autoridade competente, antes da tomada de decisão, diante da relevância de uma dada questão, para debates sobre a matéria do processo. O Decreto Federal nº 8.243/2014, por sua vez, define o instituto como um “mecanismo participativo de caráter presencial, consultivo, aberto a qualquer interessado, com a possibilidade de manifestação oral dos participantes, cujo objetivo é subsidiar decisões governamentais” (inciso VIII do artigo 2º).

Como afirmado anteriormente, a audiência pública diferencia-se da consulta pública, sob a perspectiva teórica, justamente em razão do caráter oral de suas interlocuções e pela

⁴⁸³ Enaltecendo a oralidade inerente às audiências públicas, Fábio Gomes dos Santos, em dissertação de mestrado dedicada ao tema, ensina que esses eventos “constituem institutos participativos utilizados para a criação de espaços de debate onde seja possível ouvir e ser ouvido”. SANTOS, Fábio Gomes dos. **Audiências públicas administrativas no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 34.

⁴⁸⁴ Trata-se de um instituto comum à prática administrativa internacional. Países como Estados Unidos, Alemanha, Finlândia e Canadá também empregam este instituto no âmbito regulatório, em formas que não se distinguem muito de como é realizado no Brasil. Cf. MALYSHEV, Nick. **The evolution of regulatory policy in OECD countries**. Paris: OECD, 2008, p. 14-15 Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/41882845.pdf>> Acesso em 27 jan. 2016.

⁴⁸⁵ Esta característica é apontada na clássica lição de Gustavo Henrique Justino de Oliveira sobre o “duplo papel informativo” das audiências públicas. Leia-se: “De um lado, propiciam a obtenção de dados por parte dos cidadãos; de outro, habilitam o órgão administrativo “decididor”, tornando-o apto a emitir um provimento mais acertado e mais justo, pois estabelece um maior conhecimento acerca da situação subjacente à decisão administrativa.” Cf. JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo Henrique. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 34, n. 135, jul./set. 1997, p. 277.

⁴⁸⁶ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 255.

sessão pública presencial. Por vezes, também é possível identificar um caráter consultivo mais amplo e mais aberto nas audiências públicas do que nas consultas públicas⁴⁸⁷. Todavia, são institutos muito semelhantes, sendo que, por vezes, como se verá no próximo subtópico, as diferenças teóricas chegam a ser excluídas.

Assim como na consulta pública, o entendimento mais adequado é de que a administração pública tem o dever de responder às ponderações e sugestões apresentadas pelos participantes. Por sua característica oral e mais informal do que a consulta pública, é possível que as respostas administrativas sejam verbalizadas na própria sessão pública. Caso seja necessário ou pertinente, a administração pública poderá postergar a resposta ao participante, para que seja apropriadamente contemplada, por ocasião de que será formalizada por escrito.

Audiências públicas são frequentemente desenvolvidas no âmbito regulatório.

Tome-se, a título ilustrativo, a regulamentação instituída pelos artigos 56 a 58 do regimento interno da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), aprovado pela Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013.

Há avanços significativos nessa regulamentação, especialmente vinculados com o desenvolvimento tecnológico. Cite-se a relevante previsão de que a audiência será transmitida em tempo real pelo sítio eletrônico da agência, salvo em caso de inviabilidade técnica. Igualmente admirável é a previsão referente à regra de que o evento será gravado por meios eletrônicos e divulgado na biblioteca e no sítio eletrônico da agência, sendo assegurada a possibilidade de obtenção de cópia (parágrafo 1º e *caput* do artigo 58). Ambas as medidas estão em conformidade com o ideal de visibilidade proposto para os diálogos público-privados.

Alguns elementos nessa normativa poderiam ser adequados para o maior preenchimento dos parâmetros essenciais dos diálogos público-privados. Por exemplo, a previsão de que “o objeto e o procedimento da Audiência Pública serão divulgados, com pelo menos 5 (cinco) dias de antecedência” é insuficiente para que uma efetiva publicidade e abertura à participação competitiva aconteça (artigo 57).

No âmbito da Agência Nacional de Aviação (ANAC), o artigo 27 da Lei Federal nº 11.182/2005 determina que serão necessariamente precedidas de audiência pública as

⁴⁸⁷ É o caso, por exemplo, da diferenciação que realiza a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) entre os dois institutos, conferindo às audiências pública a qualidade de “ampla consulta à sociedade”, enquanto às consultas públicas, apenas, de recolhimento de subsídios e informações “às unidades organizacionais na instrução de processos de regulamentação ou na implementação de suas atribuições específicas.” Cf. BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. **Procedimentos para audiência e consulta pública**, 2008. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2011/073/documento/procedimentos_ap_cp_internet_v28_02_2008.pdf> Acesso em 17 out. 2016.

“iniciativas ou alterações de atos normativos que afetem direitos de agentes econômicos, inclusive de trabalhadores do setor ou de usuários de serviços aéreos”. Os objetivos das audiências públicas realizadas pela ANAC, conforme o Decreto Federal nº 5.731/2006, referem-se ao recolhimento de subsídios para o processo decisório, à garantia da possibilidade de encaminhamento de pleitos e sugestões aos agentes e usuários, à identificação dos aspectos relevantes da matéria e à publicidade da ação regulatória (artigo 45). Existe a obrigação de que as propostas de atos normativos, que serão objeto da audiência pública, sejam previamente disponibilizadas na rede mundial de computadores (parágrafo único do artigo 45).

As audiências públicas dedicadas à formação de atos normativos também se encontram regulamentadas no âmbito da Agência Nacional do Cinema (ANCINE). A disciplina é um tanto quanto precária, pois não determina prazos, locais ou questões relacionadas à forma de funcionamento. Um aspecto positivo, todavia, refere-se à previsão de que a participação e as manifestações na audiência pública “não dependerão de inscrição prévia, sendo facultado o oferecimento de documentos ou arrazoados”, o que confere um caráter amplo às formas de participação, para além da simples verbalização de opiniões (parágrafo único do artigo 33). Diferentemente da ANATEL, que prevê a gravação das audiências e a respectiva disponibilização na rede mundial de computadores (*internet*), a ANCINE estabelece apenas que “a transcrição dos fatos” será disponibilizada, também na rede mundial de computadores, o que, por si só, já é medida avançada em matéria de transparência ativa.

Assim como as consultas públicas, as audiências públicas sujeitam-se ao risco de que sejam empregadas com o único propósito de conferir falsa impressão de legitimidade ao processo administrativo de elaboração do ato normativo. Como um instrumento participativo, é possível que agentes públicos e agentes econômicos conluiados tenham previamente acertado o conteúdo da norma regulatória e que a audiência seja “*pro forma*”. Inclusive, nesses casos, é de se cogitar que o agente econômico possa até mesmo auxiliar ilegítima e informalmente os agentes públicos responsáveis pela audiência, mediante a prestação de minutas de respostas às possíveis sugestões e críticas provenientes dos cidadãos, em exercício de captura regulatória.

A despeito desses riscos, cujos métodos para prevenção ou repressão já foram apresentados, as audiências públicas figuram como um dos mais tradicionais e disseminados institutos de participação social, sendo que, como visto neste subtópico, o evento também configura um ambiente típico para a promoção de diálogos público-privados no âmbito regulatório.

Quadro 6 - Matriz sintética de análise sobre as audiências públicas

Audiências públicas	
Ocorrência	
	Processos administrativos no âmbito das contratações públicas
	Processos administrativos no âmbito da função regulatória
Natureza das interlocuções	
	Escrita
	Oral
Frequência estimada na administração pública brasileira	
	Frequente
Formalidade	
	Procedimento específico previsto em lei
	Procedimento específico previsto e detalhado em decreto e/ou regulamento interno
Registro sobre as comunicações no processo administrativo	
	Informação sobre a síntese das comunicações deve ser registrada
Publicidade sobre os documentos	
	Sem previsão específica. Publicidade mediante requerimento de acordo com a Lei Federal nº 12.527/2011
Amplitude de participação	
	Edital de convocação promovido pela administração pública
	Possibilidade jurídica de participação popular e/ou de outros agentes econômicos
Ética	
	Sem diretrizes éticas específicas para o diálogo público-privado
Controle	
	Sem previsão de controle específico / Sujeição ao controle interno e externo comum sobre as atividades da administração pública
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para a administração pública	
	Média
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para o agente econômico	
	Baixa
Percepção sobre o grau de riscos	
Elevado	Potencial lesivo aos interesses públicos/patrimônio público em caso de corrupção ou captura técnica
Reduzido	Probabilidade de ocorrência de corrupção ou de captura técnica
Elevado	Potencial grau de impacto sobre o processo de legitimação estatal em caso de desvirtuamento
Reduzido	Probabilidade de diálogo público-privado informal
Percepção sobre o nível de complexidade das medidas para o controle dos riscos	
Regular	Complexidade para implementação de medidas preventivas
Elevado	Complexidade para implementação de medidas repressivas

Nível de institucionalização na administração pública brasileira	
	Avançado

4.2.5 O intercâmbio documental: uma modalidade de audiência pública ou de consulta pública em que não há sessão presencial

Embora a audiência pública e a consulta pública, sob o ponto de vista teórico, diferenciem-se pelo contraste entre a forma oral e escrita das contribuições, existem casos concretos em que essa dessemelhança é mitigada – restando apenas a variedade referente a uma possível maior amplitude do objeto de discussão da audiência pública em relação à consulta pública.

Isso significa que, na realidade administrativa brasileira, audiências públicas ocasionalmente também são promovidas na forma escrita, em operação muito semelhante, ou mesmo idêntica, à consulta pública em sua definição clássica. Nesses casos, o procedimento é identificado como uma audiência pública sob a modalidade de *intercâmbio documental*. Inversamente, existe a possibilidade que uma consulta pública envolva “realização de uma Sessão ao Vivo – Presencial, para a manifestação de viva voz dos interessados”⁴⁸⁸.

Diante desse contexto, em que a simples menção ao nome *audiência pública* ou *consulta pública* deixa de ser capaz de identificar, por si só, a forma oral ou escrita das contribuições, a resolução de eventual dúvida passa pela designação do procedimento de audiência pública ou consulta pública sob a “modalidade de intercâmbio documental” ou com “sessão ao vivo-presencial”.

É exatamente o que ocorre nos procedimentos de intercâmbio documental desenvolvidos no âmbito da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). Conforme a regulamentação da agência, o intercâmbio documental se qualifica como uma modalidade de consulta pública ou de audiência pública em que não há um evento presencial, em oposição às consultas públicas ou audiências públicas que se realizam a partir de sessões públicas *ao-vivo presenciais*. Essa espécie de diálogo público-privado tem como característica a coleta de informações dos particulares no processo de elaboração de uma norma regulatória. As

⁴⁸⁸ Cf. BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. **Procedimentos para audiência e consulta pública**, 2008. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2011/073/documento/procedimentos_ap_cp_internet_v28_02_2008.pdf> Acesso em 17 out. 2016.

contribuições se sucedem formalmente, durante prazo predefinido, e o procedimento pode evoluir para uma sessão presencial, atraindo, então, a clássica qualidade de audiência pública⁴⁸⁹.

Em alguns casos, são formuladas perguntas prévias pela administração pública, cujo objetivo é promover uma reflexão sobre a adequação e a oportunidade da elaboração daquela norma. O intercâmbio documental, em verdade, é uma nova denominação classificatória para as contribuições por escrito em procedimentos de audiência pública ou consulta pública.

Uma crítica negativa é devida: o instituto da audiência pública é descaracterizado quando promovido somente na modalidade de intercâmbio documental. Ainda que seja pertinente a permissão de que as contribuições dos particulares possam ser realizadas por escrito, a sessão pública para as interlocuções orais constitui elemento essencial às audiências públicas. Dessa sorte, é possível que, a fim de evitar o debate oral a respeito da norma regulatória proposta, uma agência reguladora transforme a audiência pública em uma espécie de consulta pública, mediante a adjetivação de que se trata de uma audiência pública sob a modalidade de *intercâmbio documental*.

Essa hipotética subversão da audiência pública é negativa em razão de que o evento, por sua informalidade e oralidade, possui grande potencial para a participação de particulares que, embora interessados na decisão administrativa, não possuem estrutura suficiente para oferecer suas razões por escrito ou para acompanhar o processo administrativo formal. Além disso, é momento em que os debates podem ser enriquecidos pelo confronto de posições em tempo real, em que as ênfases típicas da comunicação oral podem revelar nuances imperceptíveis nas manifestações escritas.

Quadro 7 - Matriz sintética de análise sobre o intercâmbio documental

Intercâmbio documental	
Ocorrência	Processos administrativos no âmbito da função regulatória
Natureza das interlocuções	Escrita
Frequência estimada na administração pública brasileira	Raro
Formalidade	Procedimento específico previsto e detalhado em decreto e/ou regulamento interno
Registro sobre as comunicações no processo administrativo	

⁴⁸⁹ Idem.

	Informação sobre a íntegra das comunicações deve ser registrada
Publicidade sobre os documentos	
	Sem previsão específica. Publicidade mediante requerimento de acordo com a Lei Federal nº 12.527/2011
Amplitude de participação	
	Edital de convocação promovido pela administração pública
	Possibilidade jurídica de participação popular e/ou de outros agentes econômicos
Ética	
	Sem diretrizes éticas específicas para o diálogo público-privado
Controle	
	Sem previsão de controle específico / Sujeição ao controle interno e externo comum sobre as atividades da administração pública
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para a administração pública	
	Média
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para o agente econômico	
	Média
Percepção sobre o grau de riscos	
Elevado	Potencial lesivo aos interesses públicos/patrimônio público em caso de corrupção ou captura técnica
Regular	Probabilidade de ocorrência de corrupção ou de captura técnica
Elevado	Potencial grau de impacto sobre o processo de legitimação estatal em caso de desvirtuamento
Reduzido	Probabilidade de diálogo público-privado informal
Percepção sobre o nível de complexidade das medidas para o controle dos riscos	
Reduzido	Complexidade para implementação de medidas preventivas
Elevado	Complexidade para implementação de medidas repressivas
Nível de institucionalização na administração pública brasileira	
	Incipiente

4.2.6 A tomada de subsídio

Outra espécie de diálogo público-privado típica do âmbito regulatório denomina-se tomada de subsídio, um procedimento administrativo desenvolvido no âmbito da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). Na tomada de subsídio, o intuito é que haja a construção do conhecimento sobre determinada matéria regulatória e o consequente desenvolvimento de propostas, o que é realizado a partir do encaminhamento, pelos

interessados, de contribuições *por escrito*. Esse procedimento pode ser aberto ao público ou *restrito a convidados específicos*.

Leia-se a definição constante do inciso I do artigo 2º da Resolução nº 3.705, de 10 de agosto de 2011, da ANTT:

I – Tomada de Subsídio: instrumento utilizado para a construção do conhecimento sobre dada matéria e para o desenvolvimento de propostas, que, a critério da ANTT, pode ser aberto ao público ou restrito a convidados, e que possibilita aos interessados o encaminhamento de contribuições por escrito à Agência sobre matéria definida pela ANTT, em momento diverso da sessão presencial.

O grande diferencial do procedimento, quando em comparação com os institutos anteriormente apresentados, especialmente em relação à consulta pública, é que a abertura à participação pode ser restrita a particulares convidados pela agência reguladora. Trata-se de previsão estranha à sistemática tradicional dos institutos de participação na administração pública, que costumam ser abertos às contribuições de quaisquer interessados, ou, ao menos, a quaisquer interessados minimamente qualificados.

O regulamento da ANTT estabelece que os participantes da tomada de subsídio restrita a convidados serão atores identificados “como importantes para o desenvolvimento das matérias em discussão” (parágrafo 1º do artigo 15). Esta é uma discricionariedade que confere ao diálogo público-privado um caráter exclusivo, e não inclusivo sobre o procedimento, pois permite à agência reguladora limitar a variedade de agentes econômicos potencialmente interessados no diálogo público-privado.

Como visto anteriormente, a restrição do diálogo público-privado a agentes econômicos convidados é medida que impõe riscos à administração pública. Isso porque o grau de opacidade dessas interlocuções é naturalmente acentuado quando existe uma relação comunicacional que não observa, com o rigor máximo possível, o princípio da impessoalidade, da isonomia e da ampla publicidade.

A regulamentação entendida como a mais adequada para o procedimento de tomada de subsídio não permitiria a restrição do universo de participantes. Sem dúvidas, haveria uma aproximação entre o procedimento de tomada de subsídio e a consulta pública; não significa, entretanto, que a administração pública deva abster-se de convidar eventuais interlocutores que julga importantes para o processo de elaboração da norma regulatória, peculiaridade típica da tomada de subsídio.

A possibilidade de que determinados particulares sejam convidados a contribuir com a minuta de norma regulatória poderia ser mantida, desde que eventuais outros particulares,

informados sobre o procedimento a partir dos meios oficiais de publicidade, também pudessem contribuir se porventura interessados.

Aspecto relevante sobre o instituto refere-se à obrigação de registro sobre as informações intercambiadas na tomada de subsídio, seja em procedimento aberto ao público ou restrito a convidados. O registro deve ocorrer mediante a elaboração de um relatório simplificado que contenha, no mínimo, as seguintes informações, conforme o artigo 27 da Resolução nº 3.705, de 10 de agosto de 2011, da ANTT:

- I - especificação do objeto, datas e prazos;
- II - nome do responsável pela condução;
- III - documentos disponibilizados para o recebimento de contribuições e para embasamento técnico e procedimental;
- IV - informações estatísticas sobre a Tomada de Subsídio;
- V - descrição dos procedimentos realizados;
- VI - transcrição das contribuições; e
- VII - indicação dos próximos passos a serem adotados.

O registro exigido, embora seja denominado “simplificado”, é verdadeiramente detalhado, especialmente em comparação com outros regramentos aplicáveis a registros de diálogos público-privados – como nas audiências público-privadas, anteriormente analisadas. Esse é um ponto positivo, que revela maior proximidade com os parâmetros elencados como adequados à regulamentação dos diálogos público-privados.

Uma parcela considerável da regulamentação sobre a tomada de subsídio preocupa-se em disciplinar questões formais e operacionais, como a definição de prazos e prorrogações, a competência para a instauração do procedimento e o dever de motivação das decisões que rejeitam os pedidos de prorrogação apresentados por particulares (vide parágrafos do artigo 15 da Resolução nº 3.705, de 10 de agosto de 2011, da ANTT).

Um procedimento semelhante à tomada de subsídio também pode ser identificado na experiência estrangeira. Trata-se da *circulação de propostas de regulação* (*circulation of regulatory proposals*, na língua inglesa), uma espécie de diálogo público-privado formal desenvolvido no âmbito de países pertencentes à Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Neste, há uma considerável flexibilidade de prazos, escopos e formas de participação. Para o que interessa à semelhança narrada, é também a administração pública quem seleciona os particulares que serão provocados a opinar sobre a proposta regulatória – o que, embora possa trazer alguma vantagem em termos operacionais,

configura justamente a desvantagem identificada pela doutrina especializada, em razão da consequente amplitude reduzida de participação⁴⁹⁰.

Quadro 8 - Matriz sintética de análise sobre a tomada de subsídio

Tomada de subsídio	
Ocorrência	
	Processos administrativos no âmbito da função regulatória
Natureza das interlocuções	
	Escrita
Frequência estimada na administração pública brasileira	
	Raro
Formalidade	
	Procedimento específico previsto e detalhado em decreto e/ou regulamento interno
Registro sobre as comunicações no processo administrativo	
	Informação sobre a íntegra das comunicações deve ser registrada
Publicidade sobre os documentos	
	Sem previsão específica. Publicidade mediante requerimento de acordo com a Lei Federal nº 12.527/2011
Amplitude de participação	
	Edital de convocação promovido pela administração pública
	Possibilidade jurídica de participação popular e/ou de outros agentes econômicos
	Diálogos reservados. Possibilidade jurídica de exclusão de participação conjunta de potenciais interessados
Ética	
	Sem diretrizes éticas específicas para o diálogo público-privado
Controle	
	Sem previsão de controle específico / Sujeição ao controle interno e externo comum sobre as atividades da administração pública
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para a administração pública	
	Alta
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para o agente econômico	
	Média
Percepção sobre o grau de riscos	
Elevado	Potencial lesivo aos interesses públicos/patrimônio público em caso de corrupção ou captura técnica
Elevado	Probabilidade de ocorrência de corrupção ou de captura técnica

⁴⁹⁰ Cf. MALYSHEV, Nick. **The evolution of regulatory policy in OECD countries**. Paris: OECD, 2008, p. 14
Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/41882845.pdf>> Acesso em 27 jan. 2016.

Elevado	Potencial grau de impacto sobre o processo de legitimação estatal em caso de desvirtuamento
Elevado	Probabilidade de diálogo público-privado informal
Percepção sobre o nível de complexidade das medidas para o controle dos riscos	
Reduzido	Complexidade para implementação de medidas preventivas
Elevado	Complexidade para implementação de medidas repressivas
Nível de institucionalização na administração pública brasileira	
	Incipiente

4.2.7 A reunião participativa

A reunião participativa é outro procedimento de diálogo público-privado desenvolvido no âmbito da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). Por seu intermédio, em sessões presenciais, procede-se à construção do conhecimento e ao desenvolvimento das propostas sobre determinada matéria, seja pela via oral ou escrita. Leia-se a definição constante do inciso II do artigo 2º da Resolução nº 3.705, de 10 de agosto de 2011, da ANTT:

II – Reunião Participativa: instrumento utilizado para construção do conhecimento sobre dada matéria e para o desenvolvimento de propostas, aberto ao público ou, a critério da ANTT, restrito a convidados, que possibilita participação oral ou escrita em discussões presenciais, sobre matéria definida pela Agência.

Assim como o instituto da tomada de subsídio, a reunião participativa também possibilita que a abertura à participação seja *restrita* a agentes convidados pela agência reguladora.

A diferença entre a tomada de subsídio e a reunião participativa restringe-se à forma de organização do procedimento e de contribuição dos participantes. Enquanto na tomada de subsídio não há sessão pública e a contribuição dos participantes realiza-se obrigatoriamente por escrito, na reunião participativa a agência reguladora promove discussões presenciais e os participantes podem apresentar contribuições orais ou escritas.

Outra distinção regulamentar entre a tomada de subsídio e a reunião participativa refere-se à previsão, no último procedimento, de que as manifestações e contribuições serão dirigidas “sobre matéria específica, inclusive mediante apresentação de estudos, laudos, pareceres e outros documentos” (artigo 14 da Resolução nº 3.705/ 2011, da ANTT). Na tomada de subsídio, não há qualquer menção a respeito de matéria “específica” ou a “estudos, laudos,

pareceres e outros documentos”, mas apenas a matérias que são objeto de discussão na agência reguladora (artigo 15).

Essa diferenciação leva à dedução de que a reunião participativa é instituto dialógico que pretende trazer contribuições mais intensas, em momento processual mais amadurecido do que a tomada de subsídio. Aliás, essa diferenciação pode ser identificada a partir de análise sobre a nomenclatura empregada para os institutos. Enquanto na tomada de subsídio busca-se apenas uma contribuição com informações, dados e elementos que *subsidiarão* as bases da norma regulatória, a reunião participativa parece indicar que é momento de encontro para que uma pluralidade de pessoas *participe* da construção de determinado objeto cujas bases já foram predefinidas.

A respeito do registro das reuniões participativas, a regulamentação prevê que, caso elas sejam abertas ao público, deverá ser elaborado um relatório simplificado, tal como no caso da tomada de subsídio⁴⁹¹. Contudo, nas reuniões participativas restritas a convidados, a forma de registro prevista é uma simples ata, cujo conteúdo é menos detalhado do que o mencionado relatório simplificado (vide artigo 26 da Resolução nº 3.705/2011, da ANTT).

Reitere-se a opinião de que a possibilidade de restrição do procedimento a uma lista de particulares convidados impõe sérios riscos ao diálogo público-privado. Especialmente neste caso, a determinação de que os registros devem ser menos completos quando as reuniões participativas são restritas a convidados representa uma medida que merece repúdio. A lógica que deveria nortear essas determinações é inversa: quando há a restrição do universo de participantes, então as medidas preventivas para o controle devem ser robustecidas.

Tal como na tomada de subsídio, a possibilidade de que particulares sejam convidados a contribuir poderia ser mantida na reunião participativa, desde que outros particulares também pudessem contribuir, caso interessados.

Quadro 9 - Matriz sintética de análise sobre a reunião participativa

⁴⁹¹ Art. 27. O registro das Tomadas de Subsídio abertas ao público ou restritas a convidados, assim como das Reuniões Participativas abertas ao público consistirá em Relatório Simplificado, que conterà, no mínimo, as seguintes informações:

I - especificação do objeto, datas e prazos;

II - nome do responsável pela condução;

III - documentos disponibilizados para o recebimento de contribuições e para embasamento técnico e procedimental;

IV - informações estatísticas sobre a Tomada de Subsídio;

V - descrição dos procedimentos realizados;

VI - transcrição das contribuições; e

VII - indicação dos próximos passos a serem adotados.

Reunião participativa	
Ocorrência	
	Processos administrativos no âmbito da função regulatória
Natureza das interlocuções	
	Oral
Frequência estimada na administração pública brasileira	
	Raro
Formalidade	
	Procedimento específico previsto e detalhado em decreto e/ou regulamento interno
Registro sobre as comunicações no processo administrativo	
	Prováveis diálogos informais/extraprocessuais
	Informação sobre a síntese das comunicações deve ser registrada
Publicidade sobre os documentos	
	Sem previsão específica. Publicidade mediante requerimento de acordo com a Lei Federal nº 12.527/2011
Amplitude de participação	
	Edital de convocação promovido pela administração pública
	Possibilidade jurídica de participação popular e/ou de outros agentes econômicos
	Diálogos reservados. Possibilidade jurídica de exclusão de participação conjunta de potenciais interessados
Ética	
	Sem diretrizes éticas específicas para o diálogo público-privado
Controle	
	Sem previsão de controle específico / Sujeição ao controle interno e externo comum sobre as atividades da administração pública
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para a administração pública	
	Alta
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para o agente econômico	
	Média
Percepção sobre o grau de riscos	
Elevado	Potencial lesivo aos interesses públicos/patrimônio público em caso de corrupção ou captura técnica
Elevado	Probabilidade de ocorrência de corrupção ou de captura técnica
Elevado	Potencial grau de impacto sobre o processo de legitimação estatal em caso de desvirtuamento
Elevado	Probabilidade de diálogo público-privado informal
Percepção sobre o nível de complexidade das medidas para o controle dos riscos	
Regular	Complexidade para implementação de medidas preventivas
Elevado	Complexidade para implementação de medidas repressivas
Nível de institucionalização na administração pública brasileira	

4.2.8 Os diálogos público-privados conduzidos durante a aplicação de normas de natureza regulatória: a fiscalização de atividades econômicas

Os diálogos mantidos entre agentes públicos e agentes econômicos também ocorrem em momento posterior ao exercício da função regulatória. São diálogos público-privados que se sucedem após a estabilização das normas regulatórias, ou seja, durante a fase de implementação e fiscalização das regras estabelecidas para uma determinada atividade econômica.

Essas comunicações ocorrem em ambientes que extrapolam a relação de sujeição do particular às agências reguladoras, abrangendo também as leis e as normas administrativas de caráter regulatório expedidas e operacionalizadas por outros órgãos e entidades da administração pública – vigilância sanitária, corpo de bombeiros, defesa civil, polícia militar, órgãos ambientais, dentre outros.

Esta espécie de diálogo público-privado pode ser exemplificada por meio das comunicações orais ou escritas intercambiadas em processos administrativos para a obtenção de alvarás para o funcionamento de estabelecimentos comerciais, para a prática de atividades potencialmente danosas ao meio ambiente ou à saúde da população. Cite-se ainda os licenciamentos ambientais, as autorizações para a comercialização de medicamentos, para a utilização de barcos pesqueiros, dentre outros. Cuida-se do diálogo promovido pelo agente econômico que procura o agente público para discutir sua situação peculiar perante as regras aplicáveis à obtenção de outorga ou à fiscalização para o exercício de atividades reguladas.

O risco típico desses diálogos público-privados é semelhante àquele que acomete as demais espécies. Identifica-se perigo no fato de que, “quando uma empresa precisa obter uma licença para operar, a habilidade de corromper autoridades para receber aprovações e negá-las a seus concorrentes produz uma manifesta vantagem competitiva”⁴⁹². Ou seja, o problema da captura também permanece acentuado após a emissão da norma regulatória, quando a administração pública é responsável por sua aplicação.

⁴⁹² ROSE-ACKERMANN, Susan. **Corruption and government**: causes, consequences, and reform. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1999, p. 24-25, tradução livre.

O nível de regulamentação desses diálogos público-privados é bastante reduzido, sendo-lhes aplicável, de uma maneira geral, quando formalizados por escrito, as normas procedimentais dedicadas aos processos administrativos, especialmente sobre o contraditório e a ampla defesa. Quando esses diálogos público-privados adotam a forma oral, sugere-se a aplicação das normas gerais dedicadas às audiências público-privadas.

Há raros e insuficientes exemplos normativos que se ocupam especificamente dos diálogos mantidos nesses procedimentos⁴⁹³. Nesse contexto, é preocupante a existência de algumas normativas que impõem restrição de acesso às informações intercambiadas durante a fiscalização de atividades reguladas, o que reclama uma tensão entre a necessidade de preservação de informações eventualmente sigilosas e a necessidade de que exista algum controle sobre a atividade fiscalizatória da administração pública⁴⁹⁴.

De toda sorte, numa análise geral, os diálogos público-privados conduzidos no âmbito dos processos administrativos dedicados à autorização e fiscalização de atividades econômicas carecem de regulamentação específica – o que não significa que possam ser livremente conduzidos, haja vista a eventual aplicabilidade do Decreto Federal nº 4.334/2002, ou de norma análoga, e das normas gerais de processo administrativo, que, como visto anteriormente, impõem o registro formal de todos os diálogos público-privados, em apreço ao dever de motivação, de impessoalidade e de publicidade que impera sobre o exercício da função administrativa.

Quadro 10 - Matriz sintética de análise sobre os diálogos público-privados durante a fiscalização de atividades econômicas

Diálogos público-privados durante a fiscalização de atividades econômicas	
Ocorrência	
	Processos administrativos no âmbito da função regulatória
Natureza das interloquções	

⁴⁹³ Cite-se, a título ilustrativo, o artigo 8º da Lei Federal nº 9.984/2000, que prescreve à Agência Nacional de Águas (ANA) uma obrigação relacionada, ainda que indiretamente, a essa espécie de diálogo. Trata-se do dever jurídico de conferir “publicidade aos pedidos de outorga de direito de uso de recursos hídricos de domínio da União, bem como aos atos administrativos que deles resultarem”, o que deve ocorrer “por meio de publicação na imprensa oficial e em pelo menos um jornal de grande circulação na respectiva região.”. Igualmente, o artigo 44 do Decreto Federal nº 5.731/2006, determinante para que as sessões deliberativas da diretoria da ANAC, “que se destinem a resolver pendências entre agentes econômicos, ou entre estes e usuários de bens e serviços compreendidos na área de atuação da ANAC, serão públicas”.

⁴⁹⁴ Nesse sentido, cite-se a previsão de que a ANATEL “dará tratamento confidencial às informações técnicas, operacionais, econômico-financeiras e contábeis que solicitar às empresas prestadoras de serviços de telecomunicações”, ressalvadas algumas hipóteses (impedimento de discriminação de usuários ou prestadores de serviços de telecomunicações, ou ainda, a verificação de cumprimento de obrigações) (parágrafo 1º do artigo 51 do Regimento Interno). Previsão análoga existe no âmbito da ANAC, conforme o parágrafo único do artigo 43 do Decreto Federal nº 5.731/2006.

	Escrita
	Oral
Frequência estimada na administração pública brasileira	
	Frequente
Formalidade	
	Procedimento sem previsão normativa
Registro sobre as comunicações no processo administrativo	
	Prováveis diálogos informais/extraprocessuais
	Não há procedimento padronizado sobre o tema
Publicidade sobre os documentos	
	Possibilidade de sigilo temporário
	Sem previsão específica. Publicidade mediante requerimento de acordo com a Lei Federal nº 12.527/2011
Amplitude de participação	
	Diálogos reservados. Possibilidade jurídica de exclusão de participação conjunta de potenciais interessados
Ética	
	Sem diretrizes éticas específicas para o diálogo público-privado
Controle	
	Sem previsão de controle específico / Sujeição ao controle interno e externo comum sobre as atividades da administração pública
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para a administração pública	
	Média
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para o agente econômico	
	Alta
Percepção sobre o grau de riscos	
Elevado	Potencial lesivo aos interesses públicos/patrimônio público em caso de corrupção ou captura técnica
Elevado	Probabilidade de ocorrência de corrupção ou de captura técnica
Elevado	Potencial grau de impacto sobre o processo de legitimação estatal em caso de desvirtuamento
Elevado	Probabilidade de diálogo público-privado informal
Percepção sobre o nível de complexidade das medidas para o controle dos riscos	
Regular	Complexidade para implementação de medidas preventivas
Elevado	Complexidade para implementação de medidas repressivas
Nível de institucionalização na administração pública brasileira	
	Inexistente

4.2.9 Os conselhos regulatórios: uma espécie de arena participativa, mas distinta dos diálogos público-privados

Os conselhos regulatórios constituem ambientes em que interlocuções semelhantes aos diálogos público-privados podem ser promovidas durante a elaboração de normas regulatórias. Não se trata, portanto, de um diálogo público-privado propriamente dito. A principal diferença dessas comunicações refere-se ao caráter orgânico da potencial participação do agente econômico, ou mesmo de integrante da sociedade civil, que passa a compor formalmente um órgão, ainda que *ad hoc*, do órgão regulador.

Além disso, ao menos no plano da ética profissional e das normas jurídicas, essa arena decisória não deve ser utilizada para a defesa de interesses econômicos do próprio agente econômico. Os debates referem-se a interesses de caráter difuso ou coletivo, o que afasta esses conselhos do fenômeno analisado neste estudo, aproximando-os dos institutos clássicos de participação popular.

Cite-se, como exemplo, as câmaras técnicas desenvolvidas no âmbito da Agência Nacional do Cinema (ANCINE). Segundo o artigo 36 do seu regimento interno, as câmaras técnicas “possuem caráter consultivo e têm por objetivo debater questões relevantes do setor audiovisual indicadas pela Diretoria Colegiada da ANCINE, para subsídio à proposição de normas e regulamentos, estudos técnicos e outros atos”. É regulamentada a participação de agentes econômicos e de representantes da sociedade civil, conforme:

Artigo 36. [...] §1º. As Câmaras podem ser compostas por representantes de associações do setor audiovisual e da sociedade civil, especialistas em matérias de relevância para o setor, entidades de defesa do consumidor e por outros entes públicos ou privados, conforme convocação específica.

Ainda a título ilustrativo, veja-se que algumas competências regulatórias na área de recursos hídricos não pertencem à ANA, mas ao Conselho Nacional de Recursos Hídricos, órgão cuja composição pode ser preenchida por representantes de organizações civis de recursos hídricos e, nesta qualidade, é possível que esses representantes sejam vinculados a agentes econômicos atuantes na área⁴⁹⁵. Situação semelhante ocorre em outros setores econômicos, como nas atividades espaciais, em que a atuação da AEB é suplementada pelo Sistema Nacional de Desenvolvimento das Atividades Espaciais (SINDAE), que possui grupos

⁴⁹⁵ Cf. inciso IV do artigo 34 da Lei Federal nº 9.433/1997.

técnicos compostos por uma variedade de integrantes; dentre eles, por representantes das universidades e das indústrias⁴⁹⁶.

Como a composição desses conselhos regulatórios é mista, há um grau maior de legitimidade nas recomendações apresentadas oficialmente pelo órgão; vários deles, inclusive, possuem algumas competências normativas e deliberativas. Essa peculiaridade merece atenção porque a organicidade desses comitês acentua o risco de sucesso de uma estratégia de captura, haja vista a dificuldade de identificação das práticas ilícitas ou ilegítimas em momento posterior à opinião oficialmente emitida pelo conselho regulatório e à eventual adoção da norma pela agência reguladora.

Os conselhos regulatórios possuem natureza semelhante aos diversos conselhos de políticas públicas existentes na administração pública brasileira, que são formados por uma composição mista entre integrantes da administração pública, da sociedade civil e de sociedades empresariais. Todavia, como já afirmado, esses conselhos de políticas públicas não configuram diálogos público-privados propriamente ditos, de acordo com a definição delineada neste estudo. Isso porque os interlocutores não-públicos são investidos de função pública quando ingressam neste órgão, podendo, inclusive, sofrer responsabilização na qualidade de agente público⁴⁹⁷.

O uso de comitês, conselhos, grupos de trabalho e comissões no âmbito regulatório representa o mecanismo participativo mais utilizado por países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Como dito, a característica marcante desses órgãos (*advisory bodies*, na língua inglesa) é que eles possuem uma competência oficial perante o órgão regulador, geralmente vinculada ao fornecimento de opiniões especializadas, à busca por consenso ou à própria atividade normativa⁴⁹⁸⁻⁴⁹⁹.

⁴⁹⁶ BRASIL. Agência Espacial Brasileira – AEB. **Informações procedimentais sobre as interlocuções entre particulares e a Agência** - Pedido 01390000883201640. Disponível em: <http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetallePedido/DetallePedido.aspx?nup=01390000883201640> Acesso em 14 nov. 2016.

⁴⁹⁷ Cite-se a condenação de presidente do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e Adolescente, ocorrida no âmbito da ação civil pública por ato de improbidade administrativa nº 0002301-76.2009.8.26.0430, que tramitou perante o Poder Judiciário do Estado de São Paulo. Cf. ESTADO DE SÃO PAULO. **Apelação nº 0002301-76.2009.8.26.0430**, Relator: Paulo Galizia, Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 15/04/2014.

⁴⁹⁸ MALYSHEV, Nick. **The evolution of regulatory policy in OECD countries**. Paris: OECD, 2008, p. 14-16 Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/41882845.pdf>> Acesso em 27 jan. 2016.

⁴⁹⁹ Como não se trata de um diálogo público-privado propriamente dito, a sua matriz de análises não foi elaborada.

4.3 Diálogos público-privados nas contratações públicas

As relações contratuais do estado brasileiro encontram amparo na constituição federal, que permite expressamente a celebração de contratos pela administração pública e adota um modelo híbrido para a prestação de serviços públicos, mediante execução direta ou delegação à iniciativa privada.

Depreende-se tal estrutura pela leitura conjugada do inciso XXI do artigo 37 e do artigo 175 da constituição federal. Ambos os dispositivos prescrevem a possibilidade de que serviços e obras de interesse público sejam executados diretamente pelo estado ou por particulares contratados pela administração pública. Admite-se também o fornecimento de bens à administração pública, assim como a alienação de seus bens móveis e imóveis aos particulares.

O relacionamento contratual entre a administração pública e a iniciativa privada se sucede no âmbito de procedimentos administrativos típicos⁵⁰⁰. Como visto anteriormente, a legislação brasileira prevê a devida formalização dessa relação, sendo que, ressalvadas as exceções legais, a prévia realização de licitação pública é condição para a celebração de contratos administrativos.

Esse relacionamento é naturalmente conduzido e exteriorizado por meio de inúmeras comunicações orais e escritas. As comunicações indispensáveis para a celebração e execução dos contratos administrativos são formalizadas por escrito e regulamentadas pela legislação aplicável às licitações públicas. Ou seja, as comunicações minimamente necessárias para o estabelecimento de uma relação contratual são previstas para acontecer no interior de um processo administrativo. É dessa forma, por exemplo, que a Lei Federal nº 8.666/1993 estabelece a necessidade de apresentação de uma proposta formal à administração pública pelo particular interessado no contrato administrativo.

Ocorre que nem todas as comunicações conduzidas entre agentes públicos e agentes econômicos durante os processos de contratação pública são regulamentadas pela legislação. Muito em virtude disso, nem sempre as comunicações são efetivamente registradas e

⁵⁰⁰ Como identifica Fernando Dias de Menezes de Almeida, para além dos contratos administrativos típicos, existem inúmeros outros *módulos convencionais de cooperação*, tais como os convênios, os contratos de repasse, os convênios de cooperação, os contratos de gestão, os termos de parceria e até as sociedades ou associações de que participe a administração pública. Diálogos público-privados também existem nesses institutos, geralmente sem qualquer regulamentação. De maneira geral, as considerações deste tópico são aplicáveis também a esses outros institutos, com exceção das reflexões sobre normas dedicadas especialmente às licitações públicas e contratos administrativos. Cf. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 240-241.

formalizadas. Essa opacidade se perfectibiliza, especialmente, em razão da inexistência de procedimentos administrativos específicos para disciplinar os diálogos público-privados conduzidos no momento originário do processo de contratação pública, quando as possíveis soluções à necessidade pública estão sendo elaboradas; ou ainda, em razão da ausência de regimentos dedicados à obtenção de orçamentos com fornecedores e às relações comunicacionais que antecedem as contratações diretas.

Segue-se adiante uma análise sobre os principais diálogos público-privados desenvolvidos em processos administrativos dedicados à formalização e execução de contratos administrativos e ajustes de natureza análoga ou semelhante.

4.3.1 O procedimento de manifestação de interesse (PMI)

O procedimento de manifestação de interesse (PMI) é diálogo público-privado frequentemente conduzido pela administração pública brasileira durante a etapa preparatória de licitações públicas que precedem concessões comuns e parcerias público-privadas (PPPs). É um instrumento empregado para a estruturação conjunta de projetos concessórios, em que os particulares colaboram com a administração pública mediante a apresentação de estudos e projetos para a modelagem da licitação pública, incluindo-se, por exemplo, a apresentação de minutas do próprio edital licitatório e do projeto básico.

Em dissertação de mestrado dedicada à análise do instituto, o autor desta tese de doutorado definiu o procedimento de manifestação de interesse (PMI) a partir de uma análise detalhada sobre suas diversas características, que podem ser sintetizadas conforme o seguinte⁵⁰¹:

⁵⁰¹ Considerado o fato de que a dissertação de mestrado do autor foi dedicada exclusivamente à análise do procedimento de manifestação de interesse (PMI), este tópico contém diversas referências àquela publicação, bem como a outras publicações elaboradas pelo autor a respeito do tema. Tratando-se de uma extensa obra acadêmica, seria improdutivo e impróprio repetir, neste tópico, toda a investigação já levantada a respeito do instituto. Portanto, para além das características básicas do instituto, buscou-se aqui a exposição de desdobramentos contemporâneos do instituto, como o Decreto Federal nº 8.428/2015, em paralelo com o que o autor já havia defendido anteriormente. O autor remete o leitor às suas demais publicações sobre o tema caso haja a intenção de verificar o que houve de aprofundamento teórico sobre o procedimento de manifestação de interesse (PMI). As características do instituto foram extraídas de SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI):** solicitação e apresentação de estudos e projetos para a estruturação de concessões comuns e parcerias público-privadas. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2013, p. 123.

(i) É um procedimento administrativo consultivo e participativo, cujo lançamento é facultado à administração pública, por iniciativa própria ou após provocação por terceiro;

(ii) Está sujeito ao regime jurídico de direito público e deve observar, com ênfase, os princípios e valores da constituição federal, uma vez que inexiste lei que estabeleça as suas normas gerais⁵⁰²;

(iii) É instrumento por meio do qual a administração pública organiza, em edital de chamamento público, a oportunidade para que particulares, por conta e risco, elaborem modelagens que objetivem a estruturação da delegação de utilidades públicas, mais comumente por intermédio de concessão comum ou parceria público-privada;

(iv) Os particulares interessados, geralmente agentes econômicos, apresentam estudos e projetos específicos que sejam úteis à licitação pública e ao respectivo contrato administrativo, conforme diretrizes predefinidas pela administração pública;

(v) É possível, porém não obrigatório, que haja o posterior ressarcimento dos dispêndios incorridos por quem participou do procedimento de manifestação de interesse (PMI), que será devido pelo vencedor da respectiva licitação pública;

(vi) A administração pública não está obrigada a promover a licitação pública projetada no procedimento de manifestação de interesse (PMI), tampouco possui o dever de adotar integral ou parcialmente o material elaborado pelos participantes, embora sejam objetivos do instituto;

(vii) É vedada a concessão de qualquer vantagem formal ao licitante que tenha participado de procedimento de manifestação de interesse (PMI) promovido pela administração pública brasileira.

Os fundamentos legais do procedimento de manifestação de interesse (PMI) encontram-se no artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/1995 e no artigo 2º da Lei Federal nº 11.922/2009; enquanto o primeiro confere juridicidade à sua prática no âmbito das concessões, o último autoriza a regulamentação pelos Poderes Executivos de cada ente federado⁵⁰³⁻⁵⁰⁴.

⁵⁰² O raciocínio é válido para a grande maioria dos diálogos público-privados, que não possuem normas gerais disciplinadas por lei.

⁵⁰³ Lei Federal nº 8.987/1995.

Art. 21. Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital.

⁵⁰⁴ Lei Federal nº 11.922/2009.

Art. 2º Ficam os Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios autorizados a estabelecer normas para regular procedimento administrativo, visando a estimular a iniciativa privada a apresentar, por sua conta e risco, estudos e projetos relativos à concessão de serviços públicos, concessão de obra pública ou parceria público-privada.

Esses dispositivos legais não regulamentam as minúcias do procedimento, que encontra a sua disciplina em normas infralegais – “a prática comum tem sido a promulgação de decretos municipais e estaduais, embora isto não seja imprescindível, sendo suficiente uma resolução administrativa, se for o caso”⁵⁰⁵.

Recentemente, também, o procedimento de manifestação de interesse (PMI) foi adotado expressamente pela Lei Federal nº 13.303/2016, que, dentre outras matérias, disciplina as licitações públicas e os contratos celebrados por empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias. É o que está previsto nos parágrafos 4º e 5º do seu artigo 31:

Art. 31 [...] § 4º A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão adotar procedimento de manifestação de interesse privado para o recebimento de propostas e projetos de empreendimentos com vistas a atender necessidades previamente identificadas, cabendo a regulamento a definição de suas regras específicas.
§ 5º Na hipótese a que se refere o § 4º, o autor ou financiador do projeto poderá participar da licitação para a execução do empreendimento, podendo ser ressarcido pelos custos aprovados pela empresa pública ou sociedade de economia mista caso não vença o certame, desde que seja promovida a cessão de direitos de que trata o art. 80.

As etapas do procedimento de manifestação de interesse podem ser sintetizadas conforme o seguinte⁵⁰⁶.

1ª Etapa – Identificação de uma necessidade administrativa cuja solução potencial envolve a celebração de um contrato de concessão comum, de parceria público-privada (PPP), de permissão de serviços públicos, de arrendamento de bens públicos, de concessão do direito real de uso ou de qualquer outra espécie de delegação de utilidade pública; ou ainda, no caso das empresas estatais, a identificação de qualquer necessidade que seja solucionável por contrato administrativo;

2ª Etapa – Análise da autoridade competente sobre a oportunidade e adequação do procedimento de manifestação de interesse (PMI) em relação ao programa de atividades da administração pública;

3ª Etapa – Levantamento de dados e elaboração do edital de chamamento público;

4ª Etapa – Publicidade do procedimento de manifestação de interesse (PMI);

5ª Etapa – Recebimento dos requerimentos de autorização apresentados por particulares interessados e outorga das autorizações para a realização dos estudos;

⁵⁰⁵ Cf. SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **O procedimento de manifestação de interesse (PMI) como um instrumento eficiente e democrático de planejamento de concessões**. Blog da Zênite, 10 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.zenite.blog.br/o-procedimento-de-manifestacao-de-interesse-pmi-como-um-instrumento-de-planejamento-eficiente-e-democratico-de-concessoes/>> Acesso em 19 out. 2016.

⁵⁰⁶ Esta síntese foi elaborada e atualizada a partir de obra pretérita do autor, onde é possível verificar o detalhamento de cada etapa. Cf. SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 399-418.

6ª Etapa – Acompanhamento administrativo da produção dos estudos;

7ª Etapa – Entrega e apresentação dos estudos pelos participantes;

8ª Etapa – Avaliação e seleção dos estudos, assim como de eventual atribuição de valores para futuro ressarcimento dos dispêndios;

9ª Etapa – Consolidação da modelagem final da concessão comum, da parceria público-privada (PPP), da permissão de serviços públicos, do arrendamento de bens públicos, da concessão do direito real de uso ou de outra espécie de delegação de utilidades públicas; ou, no caso das empresas estatais, do respectivo contrato administrativo.

Após a consolidação da modelagem final do projeto obtido no procedimento de manifestação de interesse (PMI), a administração pública poderá providenciar o lançamento da licitação pública, observadas as obrigações legais aplicáveis ao certame, como, oportunamente, a realização de uma consulta pública, por exemplo.

A respeito de sua regulamentação, merece destaque o Decreto Federal nº 8.428/2015, que dispõe de maneira detalhada sobre o instituto no âmbito federal. Este decreto revogou o Decreto Federal nº 5.977/2006, que disciplinava o instituto anteriormente.

O conteúdo da nova regulamentação consolidou uma série de entendimentos sobre o procedimento de manifestação de interesse (PMI). Diversas controvérsias decorrentes do silêncio da antiga regulamentação foram solucionadas. Pela sua completude e posicionamento no ordenamento jurídico brasileiro, atualmente esse decreto serve como base e parâmetro para os demais entes federados, razão pela qual merece detida análise.

Em primeiro lugar, houve a consolidação do próprio nome do instituto, uma vez que o decreto registrou expressamente a expressão “Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI” (artigo 1º). O regulamento anterior não intitulava o instituto e, em vista disso, ainda havia espaço para debates na doutrina⁵⁰⁷.

O Decreto Federal nº 8.428/2015 também expandiu a abrangência formal dos procedimentos de manifestação de interesse (PMIs), que, no âmbito federal, eram destinados apenas às parcerias público-privadas (PPPs). O instituto passou a abranger também as concessões comuns, as permissões de serviços públicos, o arrendamento de bens públicos e as concessões de direito real de uso (artigo 1º). Essa consolidação está de acordo com o que

⁵⁰⁷ Anteriormente ao Decreto Federal nº 8.428/2015, o nome do instituto ainda encontrava alguma resistência doutrinária, o que era de alguma forma relevante em razão de que o nome não havia sido oficialmente reconhecido na regulamentação federal. A respeito da crítica ao nome, ver. PRADO, Lucas Navarro; RIBEIRO, Maurício Portugal. **Comentários à lei de PPP – parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. P.332, nota 13. Esta referência já foi utilizada anteriormente pelo autor em outra publicação.

defendeu o autor anteriormente, no sentido de que “o Procedimento de Manifestação de Interesse é instituto que conserva aptidão jurídica para servir como meio de estruturação de qualquer forma de delegação de utilidades públicas”, embora deva reconhecer-se, atualmente, na forma em que se encontra regulamentado, uma aptidão maior para a estruturação de contratações de maior complexidade e vulto⁵⁰⁸.

Permitiu-se também a abertura do procedimento de manifestação de interesse (PMI) por provocação de pessoa física ou jurídica interessada (artigo 3º). Segundo o regramento anterior, essas propostas deveriam ser recusadas pela administração pública federal. Cuida-se do que comumente era denominado por *Propostas não Solicitadas (PNS)* ou por *Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP)*.

Essa alteração também está de acordo com o que já foi defendido pelo autor, em crítica ao revogado Decreto Federal nº 5.977/2006, no sentido de que “[v]edações sumárias como essa são juridicamente ilegais – em virtude do direito de petição e de participação na Administração Pública já comentados – e, por isso, não deveriam subsistir no ordenamento”. A solução de que essa provocação por terceiro deve dar origem a um procedimento de manifestação de interesse (PMI) ordinário também é compatível com o entendimento já publicado pelo autor, no sentido de que a apresentação de uma proposta não solicitada (PNS) ou de uma manifestação de interesse da iniciativa privada (MIP) deveria ser “reconhecida, na prática, como equivalente a uma proposta de solicitação de Procedimento de Manifestação de Interesse”⁵⁰⁹. O novo decreto também prevê que o nome da pessoa física ou jurídica que provocou a administração pública para o lançamento do procedimento de manifestação de interesse (PMI) deverá ser publicado no edital de chamamento público, o que é uma medida de transparência compatível com os parâmetros considerados adequados para o desenvolvimento dos diálogos público-privados (parágrafo 7º do artigo 4º).

Outra consolidação normativa refere-se à previsão de que o procedimento de manifestação de interesse (PMI) será “objeto de ampla publicidade, por meio de publicação no Diário Oficial da União e de divulgação no sítio na internet dos órgãos e entidades”. A medida é igualmente compatível com a opinião anteriormente publicada pelo autor, que sustentava a

⁵⁰⁸ SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)**: solicitação e apresentação de estudos e projetos para a estruturação de concessões comuns e parcerias público-privadas. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2013, p. 362, 405.

⁵⁰⁹ SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)**: solicitação e apresentação de estudos e projetos para a estruturação de concessões comuns e parcerias público-privadas. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2013, p. 410.

obrigatoriedade de publicação desses documentos na rede mundial de computadores (*internet*) mesmo diante do dispositivo em sentido contrário presente no antigo Decreto Federal nº 5.977/2006, que a condicionava à conveniência da administração pública. Defendeu-se, na oportunidade, que a publicação integral do edital e de seus anexos na rede mundial de computadores seria sempre conveniente aos interesses públicos, “em razão da ausência de custos significativos e do notório proveito que segue a sua ampla divulgação”⁵¹⁰.

Mais uma relevante disposição do Decreto Federal nº 8.428/2015 refere-se à previsão de que “[o]s projetos, levantamentos, investigações e estudos somente serão divulgados após a decisão administrativa, nos termos do § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011” (artigo 14). Ainda que o autor tenha defendido anteriormente medida distinta, concernente à publicidade desses estudos e projetos em momento prévio à decisão final sobre o procedimento, a opção pela divulgação posterior é legítima e também encontra fundamento legal. A propósito, o destaque maior do dispositivo refere-se à própria previsão de que efetivamente haverá publicidade sobre a íntegra desses documentos, o que inexistia anteriormente e levantava dúvidas sobre a existência de um dever de publicidade. Essa é mais uma medida relevante para a transparência do diálogo público-privado.

O Decreto Federal nº 8.428/2015 não repisou a proibição de interposição de recurso administrativo sobre a avaliação e a seleção das contribuições, que estava presente no artigo 11 do Decreto Federal nº 5.977/2006. Essa é uma medida louvável, haja vista o entendimento de que “os decretos regulamentares não têm normatividade suficiente para negar direitos assegurados em lei, logo, tais dispositivos que vedam o direito de recurso são juridicamente infundados”⁵¹¹.

Outras previsões do Decreto Federal nº 8.428/2015, por seu ineditismo, também merecem registro. Previu-se que: (i) o procedimento de manifestação de interesse (PMI) pode ser dedicado a projetos já iniciados pela administração pública, ou seja, pode ser “aplicado à atualização, complementação ou revisão de projetos, levantamentos, investigações e estudos já elaborados” (parágrafo 2º do artigo 1º); (ii) a competência para a abertura, autorização e aprovação do procedimento é da autoridade máxima ou órgão colegiado máximo do órgão ou entidade da administração pública responsável; (iii) é possível estabelecer prazos intermediários, para entregas parciais dos estudos e projetos desenvolvidos pelos participantes (parágrafo 4º do artigo 4º); (iv) há possibilidade de condicionar o ressarcimento dos dispêndios incorridos pelo particular cujos estudos foram selecionados à atualização e à adequação do

⁵¹⁰ Ibidem, p. 396.

⁵¹¹ Ibidem, p. 427.

material até o lançamento do edital, em decorrência da eventual necessidade de alterações, como, por exemplo, após as contribuições de consultas públicas e audiências públicas (parágrafo 6º do artigo 4º); e (v) os particulares podem se associar para a participação no procedimento (parágrafo 3º do artigo 5º).

Algumas de suas previsões, no entanto, levantam polêmicas. No que diz respeito à amplitude da participação, o Decreto Federal nº 8.428/2015 estabeleceu que o edital de chamamento público deverá conter os “critérios para qualificação, análise e aprovação de requerimento de autorização” apresentado pelo particular (alínea “e” do inciso II do artigo 4º). A administração pública poderá proceder a uma prévia habilitação dos participantes desse diálogo público-privado, excluindo aqueles que, em seu entendimento, não atendem aos critérios mínimos de qualificação. Essa é uma medida flagrantemente contrária à opinião defendida, que, como visto anteriormente, sustenta a máxima abertura à participação competitiva-colaborativa nesses procedimentos.

Outro dispositivo controverso refere-se à previsão de que a administração pública “poderá realizar reuniões com a pessoa autorizada e quaisquer interessados na realização de chamamento público”, em audiência que será realizada “sempre que entender que possam contribuir para a melhor compreensão do objeto e para a obtenção de projetos, levantamentos, investigações e estudos mais adequados aos empreendimentos” (artigo 8º). Em relação ao tema, o autor já sustentou que “sejam programadas reuniões abertas para que se promovam diálogos sobre os objetos de estudo”, mas não reuniões exclusivas com os participantes, tal como as referenciadas audiências público-privadas, pois essas representam “uma intervenção em desfavor da concorrência leal que existe entre os interesses dos particulares”, que coloca em risco “observância da transparência, da impessoalidade, da formalidade e da isonomia na gestão da coisa pública”⁵¹².

Ainda que se admita a possibilidade de realização de reuniões exclusivas com determinado participante do procedimento de manifestação de interesse (PMI), o ideal seria que a regulamentação previsse medidas preventivas para o controle dessas interlocuções orais, tal como o registro fidedigno das comunicações e a presença de, no mínimo, dois agentes públicos para o evento – como prevê o Decreto Federal nº 4.334/2002. Como visto, em razão do desenvolvimento tecnológico e dos custos reduzidos para a gravação audiovisual dessas reuniões, uma solução para o problema pode ser o registro integral dessas comunicações, a fim de que sejam publicamente disponibilizadas *após* o término do procedimento de manifestação

⁵¹² Ibidem, p. 414-417.

de interesse (PMI). Dessa forma, ambos os objetivos seriam alcançados; a administração pública poderia realizar reuniões exclusivas com um particular autorizado e não seria prejudicada a possibilidade de controle sobre essas comunicações em caso de eventual desvirtuamento.

De todo modo, admitida a realização de audiências público-privadas com algum participante do procedimento de manifestação de interesse (PMI), como autoriza o Decreto Federal nº 8.428/2015, todas as considerações anteriormente dedicadas a tal espécie de diálogo público-privado são igualmente válidas para essa etapa.

O Decreto Estadual nº 61.371/2015, do Estado de São Paulo, é outro regulamento dedicado ao procedimento de manifestação de interesse (PMI) que merece breve registro. O destaque específico refere-se à criação de uma “Plataforma Digital de Parcerias”, que foi projetada para representar um repositório de todos os documentos relacionados aos procedimentos de manifestação de interesse (PMIs)⁵¹³.

Inclusive, a própria participação dos interessados é prevista para ocorrer no interior da plataforma, que é estruturada para receber as propostas e documentos dos particulares. Após o cadastro no sistema, o usuário pode navegar em uma área de trabalho com as suas propostas, uma agenda, informações sobre os chamamentos públicos, sobre a entrega de estudos e as consultas públicas. A iniciativa é admirável, haja vista que a maior acessibilidade fornecida pelo ambiente eletrônico é compatível com o nível de transparência e de participação pretendidos para esses diálogos público-privados.

Restam dúvidas apenas sobre a efetiva utilização desta plataforma, haja vista que, em novembro de 2016, um usuário que acessava o sistema não encontrava qualquer informação sobre procedimentos de manifestação de interesse (PMIs) futuros ou passados; ou seja, a plataforma encontrava-se sem quaisquer informações a respeito dos eventuais chamamentos públicos, consultas públicas e propostas já apresentadas ou projetadas para acontecer.

Os desdobramentos normativos que se sucederam nos últimos anos denotam um nítido amadurecimento institucional do procedimento de manifestação de interesse (PMI). Na opinião do autor, a grande frequência com que a administração pública brasileira empreende esta espécie de diálogo público-privado permitiu o desenvolvimento de regras procedimentais mais detalhadas, seguras, completas e, a maioria delas, mais apropriadas para uma regulamentação conforme o direito administrativo. Ainda há lacunas no que se refere à amplitude da participação e à transparência ativa sobre os procedimentos de manifestação de interesse

⁵¹³ ESTADO DE SÃO PAULO. **Plataforma Digital de Parcerias** [online], 2015. Disponível em: <<https://www.parcerias.sp.gov.br/Plataforma>> Acesso em 15 nov. 2016.

(PMIs), mas há que se reconhecer o importante progresso materializado nos últimos anos a partir dessas novas regulamentações.

Quadro 11 - Matriz sintética de análise sobre o procedimento de manifestação de interesse (PMI)

Procedimento de manifestação de interesse (PMI)	
Ocorrência	
	Processos administrativos no âmbito das contratações públicas
Natureza das interlocuções	
	Escrita
	Oral
Frequência estimada na administração pública brasileira	
	Frequente
Formalidade	
	Procedimento específico previsto e detalhado em decreto e/ou regulamento interno
Registro sobre as comunicações no processo administrativo	
	Não há procedimento padronizado sobre o tema
Publicidade sobre os documentos	
	Possibilidade de sigilo temporário
	Sem previsão específica. Publicidade mediante requerimento de acordo com a Lei Federal nº 12.527/2011
Amplitude de participação	
	Edital de convocação promovido pela administração pública
	Possibilidade de provocação do diálogo por parte do agente econômico
	Possibilidade jurídica de participação popular e/ou de outros agentes econômicos
	Diálogos reservados. Possibilidade jurídica de exclusão de participação conjunta de potenciais interessados
Ética	
	Sem diretrizes éticas específicas para o diálogo público-privado
Controle	
	Sem previsão de controle específico / Sujeição ao controle interno e externo comum sobre as atividades da administração pública
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para a administração pública	
	Alta
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para o agente econômico	
	Alta
Percepção sobre o grau de riscos	

Elevado	Potencial lesivo aos interesses públicos/patrimônio público em caso de corrupção ou captura técnica
Regular	Probabilidade de ocorrência de corrupção ou de captura técnica
Elevado	Potencial grau de impacto sobre o processo de legitimação estatal em caso de desvirtuamento
Regular	Probabilidade de diálogo público-privado informal
Percepção sobre o nível de complexidade das medidas para o controle dos riscos	
Regular	Complexidade para implementação de medidas preventivas
Elevado	Complexidade para implementação de medidas repressivas
Nível de institucionalização na administração pública brasileira	
	Regular

4.3.2 O procedimento de manifestação de interesse social (PMI Social)

O procedimento de manifestação de interesse social (PMI Social) constitui mais uma espécie de diálogo público-privado voluntário e consultivo dedicada à estruturação de modelagens de relações jurídico-administrativas de caráter econômico. Diferencia-se do procedimento de manifestação de interesse (PMI) porque é destinado à estruturação de parcerias voluntárias com o terceiro setor, e não de contratos administrativos.

As parcerias voluntárias são ajustes celebrados em regime de mútua cooperação entre a administração pública brasileira e organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público.

Essa espécie de relação jurídico-administrativa é disciplinada pela Lei Federal nº 13.019/2014, conhecida como o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil. A norma previu expressamente o procedimento de manifestação de interesse social (PMI Social).

O instituto é um mecanismo de participação popular que também se enquadra no presente objeto de estudo, uma vez que os interesses perseguidos pelas organizações da sociedade civil, nessas parcerias voluntárias, repercutem sob o âmbito econômico, pois, como regra, há repasse de recursos públicos. Portanto, o objeto das interlocuções repercute sobre os interesses econômicos da entidade, ainda que inexista propósito lucrativo⁵¹⁴.

⁵¹⁴ Em relação ao caráter participativo do instituto, leia-se o comentário da doutrina especializada: “O Procedimento de Manifestação de Interesse Social previsto na nova lei como mecanismo de participação social ajudará o Poder Público a absorver as demandas da sociedade — apresentada por OSCs, movimentos sociais e cidadãos — sendo necessário que o gestor inclua as boas ideias propostas no ciclo orçamentário da gestão pública. Caso tenha fundamento o diagnóstico da realidade que se pretende transformar apresentado, poderá o Poder Público realizar um chamamento público, tal qual na fase seguinte da parceria, seja para fomento ou para

O procedimento de manifestação de interesse social (PMI Social) é disciplinado pelos artigos 18 a 21 da Lei Federal nº 13.019/2014. Tal disciplina destaca-se por seu ineditismo no ordenamento jurídico brasileiro, já que o procedimento de manifestação de interesse (PMI), instituto coirmão que o inspirou, até a promulgação da Lei Federal nº 13.303/2016, não era disciplinado expressamente por lei.

O diálogo público-privado ocorre em momento anterior ao chamamento público que conduzirá à seleção da entidade do terceiro setor para a celebração da parceria; em verdade, o objetivo é definir o objeto e as regras do pretendido edital de chamamento público, sendo permitida, inclusive, a apresentação de uma minuta do documento e de seus anexos.

Há uma desvinculação formal entre o procedimento de manifestação de interesse social (PMI Social) e o chamamento público, tal como no procedimento de manifestação de interesse (PMI) em relação à licitação pública.

O diálogo público-privado não dispensa, por si só, o lançamento do chamamento público para a celebração de parceria voluntária, o que ocorrerá somente se o procedimento de manifestação de interesse social (PMI Social) resultar na estruturação de alguma parceria voluntária cujo chamamento público seja legalmente dispensável ou inexigível, nos termos dos artigos 30 e 31 da Lei Federal nº 13.019/2014.

O procedimento também não determina obrigatoriamente o conteúdo do edital de chamamento público, sendo que a administração pública poderá ajustá-lo conforme a sua conveniência e oportunidade; inclusive, poderá utilizar apenas parcialmente as contribuições dos participantes, amoldando-as às suas intenções.

Mas não há obrigação de lançamento do chamamento público após o procedimento de manifestação de interesse social (PMI Social). Tampouco é obrigatória a sua realização para que exista chamamento público ou para que seja celebrada diretamente uma parceria voluntária. De todo modo, caso a administração pública opte pela realização da parceria voluntária sugerida, não há vedação à participação de uma organização da sociedade civil (OSC) que previamente contribuiu formalmente no diálogo público-privado.

Além disso, há permissão expressa para que o procedimento seja provocado pelo particular interessado. Nesse contexto, merece elogio a previsão de que “a administração pública deverá tornar pública a proposta em seu sítio eletrônico”, o que deve ocorrer

colaboração.” Cf. LOPES, Laís de Figueiredo; SOUZA, Silas Cardoso de; SANT’ANA, Diogo de; HERNANDEZ, Maria Victória; ARAUJO JÚNIOR, Evânio Antônio; SOUZA, Aline Gonçalves; MACEDO, Ana Túlia. Fomento e colaboração: novas propostas de parcerias entre Estado e organizações da sociedade civil. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, jul./set. 2014, p. 50.

independentemente do seu prosseguimento. Tal medida de transparência é louvável, haja vista que o conteúdo da proposta deve ser, por determinação da lei, significativamente detalhado⁵¹⁵.

Uma vez verificada a conveniência e oportunidade para a realização do procedimento de manifestação de interesse social (PMI Social), a administração pública deverá instaurá-lo oficialmente para oitiva da sociedade sobre o tema (artigo 20 da Lei Federal nº 13.019/2014).

Embora inexista previsão legal específica para a realização espontânea de um procedimento de manifestação de interesse (PMI Social), lançado voluntariamente pela administração pública, o entendimento mais adequado é de que a omissão não proíbe a prática. Essa conclusão tem amparo no fato de que, em última análise, como defendido anteriormente, esse diálogo público-privado encontra fundamento e juridicidade na própria constituição federal. A lição de Mariana Bueno Resende reforça essa compreensão, no sentido de que a superveniência da previsão legal a respeito do procedimento de manifestação de interesse social (PMI Social) não constituiu direito antes inexistente⁵¹⁶. Assim, se a administração pública já poderia lançar procedimento análogo antes da Lei Federal nº 13.019/2014, permanece com esse direito após a sua entrada em vigor.

Em relação aos prazos e regras específicas do procedimento, a legislação outorgou tal disciplina aos regulamentos de cada ente federado. Ou seja, a proposta é que cada ente federado possa estabelecer os fluxos procedimentais do procedimento de manifestação de interesse social (PMI Social) de acordo com as peculiaridades de sua realidade administrativa, em operação que costumeiramente ocorre por meio de decreto estabelecido pelo chefe do poder executivo.

Nesse contexto encontra-se o Decreto Federal nº 8.726/2016, que dispõe “sobre regras e procedimentos do regime jurídico das parcerias celebradas entre a administração pública federal e as organizações da sociedade civil”.

Um primeiro destaque do decreto refere-se à previsão da aplicabilidade do procedimento de manifestação de interesse social (PMI Social) ao acordo de cooperação – espécie de parceria voluntária que não envolve transferência de recurso financeiro, que não havia sido prevista autonomamente pela Lei Federal nº 13.019/2014 (inciso IV do artigo 6º).

⁵¹⁵ De acordo com o artigo 19 da Lei Federal nº 13.019/2014, a proposta deve conter a identificação do seu subscritor, a indicação do interesse público envolvido e o “diagnóstico da realidade que se quer modificar, aprimorar ou desenvolver e, quando possível, indicação da viabilidade, dos custos, dos benefícios e dos prazos de execução”.

⁵¹⁶ “Observa-se que não há na nova legislação constituição de direitos antes inexistentes aos cidadãos. A novidade reside na institucionalização do procedimento para trazer transparência nas decisões relativas às parcerias com o terceiro setor e maior divulgação e incentivo à participação da sociedade.” Cf. RESENDE, Mariana Bueno. O procedimento de manifestação de interesse social na Lei nº 13.019/14: um instrumento de administração pública consensual. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte** – RPGMBH, Belo Horizonte, ano 7, n. 13, jul./dez. 2015, p. 125.

Outra relevante disposição pode ser identificada na previsão de que a administração pública federal “disponibilizará modelo de formulário para que as organizações da sociedade civil, os movimentos sociais e os cidadãos possam apresentar proposta de abertura” do diálogo público-privado (artigo 76), o que é fator estimulante à maior participação.

Além disso, a administração pública somente poderá ser provocada a apreciar sugestões de parcerias voluntárias inéditas, que não coincidam com projetos ou atividades que já constituam objeto de chamamento público ou de parceria voluntária daquele órgão ou entidade (parágrafo 1º do artigo 75).

Destaque negativo do Decreto Federal nº 8.726/2016 refere-se à restrição temporal prevista para o recebimento de propostas de procedimento de manifestação de interesse social (PMI Social). O parágrafo 2º do seu artigo 76 prevê que “[o]s órgãos e as entidades da administração pública federal estabelecerão período para o recebimento de propostas que visem à instauração de Pmis, observado o mínimo de sessenta dias por ano”. Ou seja, a propositura de projetos de parceria voluntária somente ocorrerá em períodos determinados. A previsão é manifestamente imprópria, já que mitiga um direito legal e constitucional dos particulares. Supõe-se que a motivação dessa medida, que desfavorece a participação, deve estar relacionada às dificuldades de operacionalização do diálogo público-privado, seja por excesso de participação, que pode levar à captura informacional, seja por carência de pessoal ou estrutura, em termos qualitativos ou quantitativos.

Duas últimas medidas merecem realce. Primeiramente, o estabelecimento de um prazo máximo de seis meses para que a administração pública finalize a sua avaliação sobre o procedimento de manifestação de interesse social (PMI Social). A medida é importante para evitar que o diálogo público-privado seja relegado a uma situação de suspensão temporária por período indefinido, fenômeno que notadamente desestimula a participação e compromete a confiança na administração pública. Em segundo lugar, há também a previsão de que a administração pública federal manterá um portal eletrônico único com a finalidade de divulgar as propostas de procedimento de manifestação de interesse social (PMI Social), o que é medida compatível com a transparência e a ampla participação que se estima para os diálogos público-privados.

Em linhas gerais, a relação entre o procedimento de manifestação de interesse social (PMI Social) e o chamamento público é análoga àquela existente entre o procedimento de manifestação de interesse (PMI) e a licitação pública. Mas, para além da evidente diferença relacionada ao objeto da interlocução, há outras peculiaridades que merecem registro.

Em primeiro lugar, a competência para oferecer proposta de procedimento de manifestação de interesse social (PMI Social) não é livre a qualquer particular. Pelo contrário, apenas as organizações da sociedade civil, os movimentos sociais e os cidadãos foram designados como os participantes que poderão apresentar essa proposta à administração pública. Isto significa que, em virtude da omissão legislativa, as propostas apresentadas por sociedades empresariais podem ser sumariamente rejeitadas.

Por um lado, a exclusão das sociedades empresariais é medida coerente com a natureza das parcerias voluntárias, uma vez que esses ajustes somente podem ser celebrados entre a administração pública e organizações da sociedade civil. Por outro lado, contudo, considerada a cada vez mais frequente coincidência entre os âmbitos de atuação das sociedades empresariais e das organizações da sociedade civil, é possível projetar um sem número de situações em que as sociedades empresariais teriam interesse direto em oferecer uma proposta de procedimento de manifestação de interesse social (PMI Social). Por exemplo, é razoável cogitar uma situação em que a sociedade empresarial, parceira comercial e estratégica de organizações da sociedade civil, pretende propor e colaborar com a estruturação de parcerias voluntárias. Em vista disso, por mais que o perfil dos participantes remeta frequentemente àqueles agentes definidos na Lei Federal nº 13.019/2014, a disciplina ideal deveria prever a possibilidade de propositura do diálogo público-privado por qualquer agente econômico, inclusive por sociedades empresariais.

No que se refere à capacidade subjetiva para a participação em procedimento de manifestação de interesse social (PMI Social) já existente, a Lei Federal nº 13.019/2014 é silente. Contudo, é possível deduzir uma resposta a partir da regra de que o procedimento será instaurado “para oitiva da sociedade sobre o tema” (artigo 20). Muito embora uma interpretação sistêmica da norma possa eventualmente resultar na conclusão de que houve o alijamento das sociedades empresariais também em relação à participação em procedimento de manifestação de interesse social (PMI Social) já existente, o entendimento não merece prosperar. As sociedades empresariais também integram a sociedade e, portanto, devem poder participar desses diálogos público-privados. Inclusive porque, em muitas ocasiões, haverá interesse direto. Suponha-se que uma sociedade empresarial, oportunamente, defenda a impropriedade de uma determinada proposta de termo de fomento ou termo de colaboração, pois entende que a solução mais adequada para os interesses públicos seria a celebração de um contrato administrativo. É legítimo e saudável que essa interlocução competitiva-colaborativa seja permitida.

Por fim, não há previsão para o ressarcimento dos dispêndios incorridos pelo participante do procedimento de manifestação de interesse social (PMI Social) pelo vencedor do chamamento público. Ou seja, diferentemente do que ocorre no procedimento de manifestação de interesse (PMI), neste diálogo público-privado não é possível estabelecer ao futuro parceiro da administração pública o dever de ressarcir aquele particular que contribuiu efetivamente para a estruturação do termo de fomento, para o termo de colaboração ou para o acordo de colaboração.

Quadro 12 - Matriz sintética de análise sobre o procedimento de manifestação de interesse social (PMI Social)

Procedimento de manifestação de interesse social (PMI Social)	
Ocorrência	
	Processos administrativos no âmbito das contratações públicas
Natureza das interlocuções	
	Escrita
Frequência estimada na administração pública brasileira	
	Raro
Formalidade	
	Procedimento específico previsto em lei
	Procedimento específico previsto e detalhado em decreto e/ou regulamento interno
Registro sobre as comunicações no processo administrativo	
	Não há procedimento padronizado sobre o tema
Publicidade sobre os documentos	
	Sem previsão específica. Publicidade mediante requerimento de acordo com a Lei Federal nº 12.527/2011
Amplitude de participação	
	Edital de convocação promovido pela administração pública
	Possibilidade de provocação do diálogo por parte do agente econômico
	Possibilidade jurídica de participação popular e/ou de outros agentes econômicos
Ética	
	Sem diretrizes éticas específicas para o diálogo público-privado
Controle	
	Sem previsão de controle específico / Sujeição ao controle interno e externo comum sobre as atividades da administração pública
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para a administração pública	
	Média

Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para o agente econômico	
	Alta
Percepção sobre o grau de riscos	
Elevado	Potencial lesivo aos interesses públicos/patrimônio público em caso de corrupção ou captura técnica
Regular	Probabilidade de ocorrência de corrupção ou de captura técnica
Regular	Potencial grau de impacto sobre o processo de legitimação estatal em caso de desvirtuamento
Elevado	Probabilidade de diálogo público-privado informal
Percepção sobre o nível de complexidade das medidas para o controle dos riscos	
Regular	Complexidade para implementação de medidas preventivas
Elevado	Complexidade para implementação de medidas repressivas
Nível de institucionalização na administração pública brasileira	
	Incipiente

4.3.3 Diálogos prévios à elaboração de edital em licitações públicas comuns e às contratações diretas

Não raramente, em virtude da complexidade do objeto a ser licitado, os agentes públicos consultam os fabricantes e fornecedores a fim de coletar informações para subsidiar o processo licitatório. É dizer: frequentemente o diálogo prévio com os particulares, diante das especificidades do objeto a ser licitado, é determinante para que a Administração Pública consiga elaborar o instrumento convocatório. O tema já foi apresentado em maiores detalhes no primeiro capítulo deste estudo, em que a inevitabilidade e a imprescindibilidade desse diálogo público-privado foram fundamentadas⁵¹⁷.

⁵¹⁷ A interlocução prévia à licitação pública não é o único momento dialógico do processo de contratação pública. Existem outros mecanismos comunicacionais durante o procedimento. Como aponta Guilherme Fredherico Dias Reisdorfer, “[h]á certo espaço para diálogo dentro da própria licitação – por meio de impugnações, pedidos de esclarecimento e, mesmo, através das vias de participação social acima referidas [audiências públicas e consultas públicas]”. Contudo, “esse diálogo parte de soluções predefinidas pela Administração. Não há propriamente um debate amplo sobre as alternativas existentes para solucionar determinada demanda de relevância pública, mas a discussão em torno de opções predefinidas a partir de elevados investimentos de recursos pessoais e materiais para o planejamento e concepção dos contratos. Cf. REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. Soluções contratuais público-privadas: os procedimentos de manifestação de interesse (PMI) e as propostas não solicitadas (PNS). In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCWHIND, Rafael Wallbach. **Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 186-187. O autor deste estudo também já sustentou que “não obstante as audiências públicas e as consultas públicas possam representar institutos de participação na preparação de concessões comuns e parcerias público-privadas, a intervenção do particular se dá em momento posterior à consolidação das modelagens, o que significa dizer que a possibilidade de influenciá-las com seus interesses é substancialmente reduzida.” Cf. SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Procedimento**

Trata-se de diálogo público-privado legítimo e esperado. Sob uma perspectiva econômica, inclusive, como ensinam Benjamin E. Hermalin, Avery W. Katz e Richard Craswell, uma das mais importantes funções do direito aplicável ao momento de formação dos contratos é a criação de canais claros e diretos de comunicação entre as partes⁵¹⁸. Em reforço à naturalidade dessas comunicações, leia-se o comentário de Marçal Justen Filho sobre a participação de agentes econômicos na etapa de planejamento das licitações públicas:

A etapa interna pode comportar a colaboração de particulares. Em qualquer das fases, a Administração Pública poderá identificar a ausência de conhecimento técnico ou de informações de qualquer ordem indispensáveis ao desenvolvimento satisfatório da atividade administrativa. Nesse caso, a Administração poderá, inclusive, promover a contratação de terceiros para a elaboração dos documentos pertinentes e necessários à licitação. Isso envolverá, como regra, um impedimento a que esses terceiros participem da futura licitação, tal como disposto no art. 9.º da Lei 8.666/1993. Nada impede que a Administração solicite a colaboração de possíveis interessados na futura contratação. Partindo do pressuposto de que a Administração não dispõe de conhecimento tão aprofundado quanto os particulares que atuam profissionalmente numa certa área, *é legítimo solicitar informações e sugestões*. Essa solução pode conduzir, inclusive, à redução da litigiosidade e à eliminação de defeitos não identificados pela autoridade administrativa. Mas as informações recebidas deverão ser examinadas com cautela, eis que cada particular fornecerá à Administração uma concepção marcada pelos seus próprios interesses e limitada pelo próprio conhecimento sobre o tema. Portanto, *a decisão de promover consultas aos setores interessados deve compreender a provocação de todos os possíveis interessados*⁵¹⁹.

Essa espécie de diálogo público-privado é inerente às contratações públicas, variando-se apenas a intensidade com que o fenômeno se apresenta de acordo com a complexidade das necessidades que devem ser contratualmente satisfeitas. Em outra lição, Marçal Justen Filho ensina que os particulares podem ser provocados pela Administração Pública durante o processo de padronização das especificidades técnicas que comporão as futuras contratações da administração pública, em diálogo público-privado por meio do qual os agentes econômicos tentam convencer a administração pública sobre a vantajosidade de determinadas especificações técnicas para os próprios interesses públicos⁵²⁰.

de Manifestação de Interesse (PMI): solicitação e apresentação de estudos e projetos para a estruturação de concessões comuns e parcerias público-privadas. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2013, p. 161.

⁵¹⁸ Cf. HERMANLIN, Benjamin; KATZ, Avery; CRASWELL, Richard. **The Law and Economics of Contracts**. Handbook of Law and Economics, Forthcoming; Columbia Law and Economics, Working Paper No. 296, 2006, p. 56-57.

⁵¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 8.666/1993**. 16ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 180.

⁵²⁰ “No procedimento que visa a promover a padronização, não é caso de aplicar o estrito princípio do formalismo. [...] Não se convocam os particulares para formular uma “proposta” na acepção adotada pela Lei 8.666/1993. Em termos práticos, os particulares não comparecerão diante da Administração para propor uma contratação específica, com definição de objetos, quantitativos, preços específicos. Os particulares, potenciais interessados em futuros contratos, poderão exhibir as vantagens de seus produtos, apontando os benefícios que apresentam em face da satisfação do interesse coletivo.” Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos**

Em verdade, portanto, a colaboração dos particulares na etapa preparatória das licitações públicas e contratações não é notícia nova. Inclusive, como se viu, o procedimento de manifestação de interesse (PMI) é um diálogo público-privado específico para esse momento processual, embora, atualmente, encontre-se dedicado exclusivamente à estruturação de projetos de delegação de utilidades públicas – concessões comuns, parcerias público-privadas (PPPs), arrendamento de bens públicos, dentre outras operações análogas – e às contratações realizadas por empresas estatais.

Há um problema maior que aflige a administração pública por ocasião dos diálogos público-privados que precedem a elaboração dos editais de licitação pública e as contratações diretas subordinadas à Lei Federal nº 8.666/1993. Conquanto seja um fenômeno conhecido, legítimo e esperado, o seu tratamento pela legislação brasileira é praticamente nulo. Quando direcionado à estruturação de contratos administrativos ordinários, submetidas às normas gerais de licitação pública, tal diálogo público-privado não encontra previsão ou disciplina.

Pelo contrário, o diálogo público-privado prévio às contratações públicas ordinárias encontra obstáculos que incentivam a sua opacidade. Por consequência, a comunicação é frequentemente realizada de maneira absolutamente informal. E quando é empreendida com alguma formalidade, estabelece-se sob terreno de grande insegurança jurídica.

A opacidade dessas interlocuções, como se viu, acentua o risco de desvios. É como ilustra Carlos Borges de Castro: “A autoridade, tendo em mente determinado fornecedor, sagazmente redige a peça editalícia colocando atributos que só o preferido – somente ele – poderá preencher”⁵²¹. O desafio é evitar que diálogos público-privados informais, em etapa preliminar à licitação pública, sejam responsáveis por eleger previamente o futuro contratado. Essa função não pode ser retirada da licitação pública, que é o procedimento administrativo competente para tanto, desde que o objeto não se enquadre nas ressalvas legais da dispensa ou da inexigibilidade de licitação. Aliás, mesmo no caso de contratação direta, as tratativas prévias devem ser integralmente formalizadas, em ambiente de plena visibilidade.

Uma razoável solução para o problema levantado seria a aplicação das regras do procedimento de manifestação de interesse (PMI) às licitações comuns e às contratações diretas. Isso porque, como visto anteriormente, a prática já se encontra bem arraigada na cultura dos contratos concessórios e poderia simplesmente se propagar sobre as demais contratações.

Há um inoportuno empecilho, entretanto.

administrativos: Lei 8.666/1993. 16ª ed. ver, atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 248-249.

⁵²¹ Cf. CASTRO, Carlos Borges de. **Desvios na licitação**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1994, p. 65

A legislação aplicável às concessões e às contratações por empresas estatais autoriza expressamente a participação na licitação pública daqueles particulares que foram autores ou economicamente responsáveis pelos estudos e projetos que deram origem ao edital licitatório (artigo 31 da Lei Federal nº 9.074/1999 e parágrafos 4º e 5º do artigo 31 da Lei Federal nº 13.303/2016)⁵²². É o que viabiliza, sob a perspectiva negocial, a participação dos agentes econômicos nos procedimentos de manifestação de interesse (PMIs).

Em sentido contrário, os incisos I e II do artigo 9º da Lei Federal nº 8.666/1993 vedam a participação na licitação pública dos particulares que foram autores ou responsáveis pelo projeto básico ou do projeto executivo⁵²³. No mesmo sentido, os incisos I a III do artigo 36 da Lei Federal nº 12.462/2011, em vedação dirigida às licitações públicas sob o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC⁵²⁴.

Em razão desse obstáculo, a participação dos particulares na etapa preparatória das licitações públicas ordinárias e submetidas ao Regime Diferenciado de Contratações – RDC, momento em que o projeto básico ou executivo está sendo formatado, é operação que carrega uma alta carga de insegurança jurídica para os agentes econômicos; em regra, o risco de que esses agentes econômicos sejam aliçados do futuro certame inviabiliza o diálogo público-privado formal. De todo modo, mesmo com esse risco, alguns procedimentos são

⁵²² Lei Federal nº 9.074/1999

Art. 31. Nas licitações para concessão e permissão de serviços públicos ou uso de bem público, os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básico ou executivo podem participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços.

⁵²³ Lei Federal nº 8.666/1993

Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado; [...]

§ 3º Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários.

⁵²⁴ Lei Federal nº 12.462/2011

Art. 36. É vedada a participação direta ou indireta nas licitações de que trata esta Lei:

I - da pessoa física ou jurídica que elaborar o projeto básico ou executivo correspondente;

II - da pessoa jurídica que participar de consórcio responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo correspondente;

III - da pessoa jurídica da qual o autor do projeto básico ou executivo seja administrador, sócio com mais de 5% (cinco por cento) do capital votante, controlador, gerente, responsável técnico ou subcontratado; [...]

§ 4º Para fins do disposto neste artigo, considera-se participação indireta a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários.

ocasionalmente conduzidos pela administração pública, como o *request for information* (RFI) e o *request for proposals* (RFP), conforme se verá no próximo subtópico

A vedação à participação na licitação pública daqueles que participaram do projeto básico ou executivo pode ser compreendida como uma tentativa de se impedir a influência indevida do particular sobre o edital licitatório que lhe interessa. É medida que visa a evitar o conflito de interesses instaurado no agente econômico que, ao mesmo tempo em que entrega à administração pública os documentos que devem atender mais adequadamente aos interesses públicos durante a licitação pública e no futuro contrato administrativo, também persegue, a partir desses mesmos documentos, por intermédio de licitação pública por si modelada, algum proveito econômico próprio.

Ocorre que tal medida preventiva encontra justificativa teórica somente em um cenário em que o particular responsável pelo projeto básico ou executivo é selecionado de forma prévia e exclusiva pela administração pública, tal como numa contratação para a elaboração de um projeto básico de engenharia, por exemplo.

Contudo, no âmbito dos diálogos público-privados formais, na forma apresentada e defendida neste estudo, em que a participação desses particulares ocorre em ambiente transparente e competitivo-colaborativo, o que fomenta a apresentação de projetos mais adequados aos interesses públicos, a vedação à participação na projetada licitação pública não guarda a mesma eficácia. Em verdade, a vedação impede a institucionalização do procedimento e mantém os diálogos em ambiente de opacidade, como se inexistissem.

A administração pública brasileira vive atualmente um dilema velado em relação ao problema. Se promove um procedimento de diálogo público-privado formal, oficial, procedimental, transparente e aberto à participação, os agentes econômicos ficam receosos e não participam, pois podem ser futuramente alijados da licitação pública. Se a administração pública promove um diálogo público-privado informal, não-oficial, sem procedimento, sem registros fidedignos e sem ampla abertura à participação, violam-se as regras e os princípios de direito administrativo, mas há razoável probabilidade de obtenção da informação desejada e necessária à contratação pública.

Considerada a inevitabilidade e da necessidade dos diálogos público-privados, a opinião é que a solução para o problema não deve ser orientada no sentido de pressupor que o direito administrativo conseguirá impor à realidade administrativa o devido respeito às vedações contidas nos incisos I e II do artigo 9º da Lei Federal nº 8.666/1993 e nos incisos I a III do artigo 36 da Lei Federal nº 12.462/2011.

Propõe-se uma solução normativa para esse imbróglio. Sugere-se a inserção imediata de um dispositivo semelhante àquele contido nos parágrafos 4º e 5º do artigo 31 da Lei Federal nº 13.303/2016. Bastaria, em verdade, a aprovação do artigo 30 do Projeto de Lei do Senado nº 559/2013, que pretende substituir a Lei Federal nº 8.666/1993, conforme:

Art. 30. A Administração Pública poderá adotar procedimento de manifestação de interesse privado para o recebimento de propostas e projetos de empreendimentos com vistas a atender necessidades públicas previamente identificadas, cabendo a regulamentação a definição de suas regras específicas.

Parágrafo único. Na hipótese a que se refere o caput, o autor ou financiador do projeto poderá participar da licitação para execução do empreendimento, podendo ser ressarcido pelos custos aprovados pela Administração, caso não vença o certame, e desde que seja promovida a cessão de direitos de que trata o art. 84 desta Lei⁵²⁵.

Caso adotada a solução que estende formalmente a aplicação do procedimento de manifestação de interesse (PMI) às licitações públicas ordinárias, permitindo-se expressamente a eventual contratação dos agentes econômicos que contribuíram no diálogo público-privado, haverá maior probabilidade de alcance do pretendido ambiente de visibilidade que deve qualificar essas interlocuções.

Depois disso, o desafio se resumirá à estruturação de um regulamento e ao fomento de uma cultura administrativa compatíveis com a visibilidade pretendida, que forneçam a esses diálogos público-privados um ambiente aberto à participação competitiva, garantido pela transparência ativa e pela observância rigorosa dos pressupostos éticos aplicáveis.

No que se refere às contratações diretas, os diálogos público-privados prévios à contratação também deveriam receber disciplina normativa específica. Nada impede que seja promovido um procedimento de manifestação de interesse (PMI) nos casos em que a pretensão é celebrar uma contratação direta. Todavia, nesses casos, como é despicienda a licitação pública ou qualquer processo seletivo equivalente, é possível que sejam empreendidas comunicações exclusivas, como audiências público-privadas ou intercâmbio de mensagens e documentos escritos.

⁵²⁵ BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013**. Senado Federal, 2013. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115926>> Acesso em 20 nov. 2016. O projeto substitutivo apresentado pelo Senador Fernando Bezerra Coelho possui dispositivo análogo, mas que permite, se for a intenção da administração pública, o impedimento ou a limitação da participação na licitação pública do autor dos estudos, projetos, levantamentos e investigações apresentados por participante do procedimento de manifestação de interesse (PMI), que tenham sido utilizados para a estruturação da licitação pública. Opina-se contrariamente à possibilidade de impedimento de participação na licitação pública, haja vista que, nesses casos, é potencializado o risco de uso do procedimento de manifestação de interesse (PMI) como instrumento de burla à licitação, sendo que os participantes passam a encontrar no ressarcimento de seus dispêndios uma forma de remuneração. De todo modo, a solução proposta no projeto substitutivo já seria mais adequada do que a normativa atual.

A regulamentação sobre essa interlocução deveria adotar medidas assecuratórias dos pressupostos defendidos neste estudo. Propõe-se, especificamente, as seguintes alterações normativas:

(i) a inserção do dever jurídico de registro integral de todas as comunicações, orais ou escritas, preliminares ou posteriores à instrução do processo administrativo e à decisão pela contratação direta, evitando-se a rotineira situação em que o processo administrativo é iniciado a partir de uma nota técnica ou projeto básico que já identifica o potencial contratado, como se essa informação surgisse espontaneamente a partir de uma simples pesquisa unilateral da administração pública, ou seja, como se inexistissem comunicações prévias com o referido agente econômico;

(ii) a inserção do dever jurídico de anexação de um código de conduta ética ao processo administrativo, em conjunto com o encaminhamento do documento ao agente econômico em etapa preambular do diálogo público-privado e da respectiva contratação;

(iii) a disponibilização voluntária, independentemente de requisição, em tempo real, da integralidade do processo administrativo na rede mundial de computadores (*internet*).

O registro da integralidade das comunicações orais ou escritas intercambiadas entre a administração pública e os agentes econômicos durante o processo preparatório das contratações diretas é medida que muito provavelmente conferirá maior segurança aos próprios agentes públicos. Isso porque, atualmente, mesmo na ausência de provas concretas, não são raras as ocasiões em que órgãos de controle buscam responsabilizar os agentes públicos em razão de uma contratação direta considerada indevida, mediante acusações de conluio e direcionamento indevido.

Esses processos administrativos, na grande maioria dos casos, não contemplam as comunicações preliminares mantidas entre os agentes públicos e o agente econômico. Especialmente, o primeiro contato não é registrado, sendo impossível verificar se a proposta de contratação resultou de busca de uma postura ativa ou passiva da administração pública. Muito por isso, opina-se, é comum que os órgãos de controle, por desconhecerem uma parcela dos diálogos público-privados notoriamente desenvolvidos, desconfiem da regularidade e da lisura do processo administrativo. O registro integral e fidedigno de todas as comunicações colocará esta etapa do processo administrativo em visibilidade, garantindo-se uma maior segurança jurídica para o contrato e para os próprios agentes envolvidos.

A obrigação de anexação de um código de conduta ética, em conjunto com o dever de envio ao agente econômico em etapa inicial do diálogo público-privado, representa uma espécie de lembrete moral com grande potencial de esclarecimento a respeito dos comportamentos

esperados para o diálogo público-privado. Como visto anteriormente neste estudo, os lembretes morais podem robustecer a aderência dos comportamentos à legalidade aplicável.

Por fim, ressurgem também a questão a respeito do momento da disponibilização das informações referentes a esses diálogos público-privados, se antes ou depois da celebração do contrato administrativo. Embora haja fundamento legal suficiente para restringir o acesso às informações até a edição do ato decisório, conforme preconiza o parágrafo 3º do artigo 7º da Lei Federal nº 12.527/2011, a opinião do autor é de que a disponibilidade dos processos administrativos em tempo real corresponde à medida que atende com maior rigor os pressupostos da transparência ativa defendidos para os diálogos público-privados.

A grande vantagem é permitir que eventuais equívocos e desvios grosseiros sejam eventualmente apontados antes da celebração do contrato administrativo. A proposta não remete a um obrigatório controle prévio, mas a um possível controle prévio, dedicado aos casos em que a impropriedade é flagrante.

Quadro 13 - Matriz sintética de análise sobre os diálogos prévios à elaboração de edital em licitações públicas comuns e às contratações diretas

Diálogos prévios à elaboração de edital em licitações públicas comuns e às contratações diretas	
Ocorrência	
	Processos administrativos no âmbito das contratações públicas
Natureza das interlocuções	
	Escrita
	Oral
Frequência estimada na administração pública brasileira	
	Cotidiano
Formalidade	
	Procedimento sem previsão normativa
Registro sobre as comunicações no processo administrativo	
	Prováveis diálogos informais/extraprocessuais
	Não há procedimento padronizado sobre o tema
Publicidade sobre os documentos	
	Sem previsão específica. Publicidade mediante requerimento de acordo com a Lei Federal nº 12.527/2011
Amplitude de participação	
	Não há procedimento padronizado sobre o tema
Ética	
	Sem diretrizes éticas específicas para o diálogo público-privado
Controle	

	Sem previsão de controle específico / Sujeição ao controle interno e externo comum sobre as atividades da administração pública
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para a administração pública	
	Alta
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para o agente econômico	
	Alta
Percepção sobre o grau de riscos	
Elevado	Potencial lesivo aos interesses públicos/patrimônio público em caso de corrupção ou captura técnica
Elevado	Probabilidade de ocorrência de corrupção ou de captura técnica
Elevado	Potencial grau de impacto sobre o processo de legitimação estatal em caso de desvirtuamento
Elevado	Probabilidade de diálogo público-privado informal
Percepção sobre o nível de complexidade das medidas para o controle dos riscos	
Regular	Complexidade para implementação de medidas preventivas
Elevado	Complexidade para implementação de medidas repressivas
Nível de institucionalização na administração pública brasileira	
	Inexistente

4.3.4 O request for information (RFI) e o request for proposal (RFP)

O *request for information* (RFI) e o *request for proposal* (RFP) são procedimentos administrativos atípicos, sem regulamentação específica, em que a administração pública solicita informações aos agentes econômicos a respeito de algum bem ou serviço, a fim de obter maior conhecimento e, possivelmente, estruturar o edital licitatório e dar seguimento a uma licitação pública, ou ainda, proceder a uma contratação direta.

São diálogos público-privados que ocorrem em momento preliminar da elaboração do edital licitatório ou do processo administrativo de contratação direta, destacando-se pelo fato de que a administração pública lhe confere alguma formalidade. Frequentemente, lança-se um edital de chamamento público para regulamentar a participação dos possíveis interessados, em forte aproximação com o procedimento de manifestação de interesse (PMI), mas em dedicação a contratos menos complexos, subordinados à legislação comum aplicável às licitações públicas e contratos administrativos.

É diálogo equivalente ao fenômeno versado no subtópico anterior, mas, desta feita, o diálogo público-privado é conduzido por intermédio de um procedimento administrativo

específico, ainda que simplificado, sem previsão legal e sob o risco do obstáculo presente nos incisos I e II do artigo 9º da Lei Federal nº 8.666/1993 e nos incisos I a III do artigo 36 da Lei Federal nº 12.462/2011.

A diferença entre o *request for information* (RFI) e o *request for proposal* (RFP) está no nível de maturação do projeto pretendido por quem solicita essas informações. Se a administração pública demanda dos possíveis fornecedores informações técnicas para que possa montar uma minuta de projeto básico, o procedimento adequado é o *request for information* (RFI). Caso a administração pública já detenha um conjunto de informações técnicas, por meio das quais, inclusive, elaborou uma minuta de projeto básico, mas ainda possui dúvidas sobre a sua adequação, orçamento ou sobre as possíveis soluções variantes, o procedimento adequado é o *request for proposal* (RFP). A tradução livre dos nomes desses procedimentos, que costumam ser empregados na expressão original em língua inglesa, corrobora com a anunciada diferenciação: enquanto o primeiro representaria apenas uma solicitação de informações, o último constituiria uma solicitação de propostas⁵²⁶. Nenhuma das informações apresentadas vincula o particular ou a administração pública.

Por intermédio do *request for information* (RFI), em regra, a administração pública estabelece alguns requisitos técnicos sobre a necessidade a ser satisfeita e envia um questionário a fornecedores previamente identificados como potenciais licitantes. No caso do *request for information* (RFP), além da solicitação de eventuais informações técnicas, costuma-se anexar uma minuta de projeto básico, exigindo-se dos participantes uma proposta comercial para a composição do orçamento estimado, em operação que contempla a pesquisa de preços, etapa necessária em qualquer contratação pública. As respostas a esses formulários têm o objetivo de consolidar as especificações sobre as possíveis soluções para determinada necessidade da administração pública. Promove-se, na sequência, se for o caso, a licitação pública ou até uma contratação direta.

Este gênero de diálogo público-privado, que também é desenvolvido no estrangeiro, é considerado pela doutrina como “uma maneira rápida de avaliar o quanto algo pode custar, o que está disponível localmente e se há interesse suficiente dos fornecedores caso seja lançado

⁵²⁶ Esta diferenciação foi elaborada a partir da observação das variações constantes de uma ampla lista de *requests for information* (RFIs) e *requests for proposal* (RFPs) desenvolvidas pelo Banco do Brasil. Esta lista pode ser verificada em: BANCO DO BRASIL. **Avisos e Editais - Consultas e Audiências Públicas** [online], 2016. Disponível em: <[http://www.bb.com.br/pbb/pagina-inicial/compras,-contratacao-e-venda-de-imoveis/compras-e-contratacoes/avisos-e-editais#/>](http://www.bb.com.br/pbb/pagina-inicial/compras,-contratacao-e-venda-de-imoveis/compras-e-contratacoes/avisos-e-editais#/) Acesso em 20 nov. 2016.

um edital de licitação pública”⁵²⁷. Diversos objetivos podem ser perseguidos por meio desses diálogos público-privados, como a identificação dos fornecedores que atuam no mercado e o interesse em eventual contratação, as soluções disponíveis, a verificação de que as especificações técnicas do projeto básico foram redigidas de maneira adequada e compreensível, o preço médio do mercado, dentre outros.

Não é raro encontrar casos em que o *request for information* (RFI) foi conduzido pela administração pública brasileira. Veja-se, por exemplo, o seguinte edital lançado por uma sociedade de economia mista federal em novembro de 2015:

Contratação dos Serviços de Recepcionista e Telefonista para as dependências do Banco do Brasil S.A. – Request for Information (RFI) [...]
 O Banco do Brasil S. A. torna público seu interesse em receber informações sobre serviços de Recepcionistas e Telefonistas. Para tanto, submete ao mercado, solicitação de informações, em forma de RFI (Request for Information), de possíveis fornecedores sobre suas soluções. [...]
 O objetivo final é levantar possíveis soluções, sugestões e informações relativas a procedimentos operacionais, prazos de implementação e variáveis que subsidiem o aperfeiçoamento da prestação dos serviços em possíveis editais futuros⁵²⁸.

Inúmeras outras solicitações de informações dirigidas a possíveis fornecedores foram lançadas recentemente pelo Banco do Brasil. Em forma de *request for information* (RFI), por exemplo, publicou-se aviso no diário oficial da União, em 1º de novembro de 2016, em que o banco “torna público seu interesse em serviços de monitoramento de dispositivos eletrônicos de segurança”, destinando formulários para as contribuições. Em operação análoga, em 3 de novembro de 2016, o banco publicou aviso de *request for information* (RFI) para a “obtenção do esforço em horas para realização das tarefas elencadas no Guia USDNBB, com o intuito de subsidiar decisão sobre possível futura contratação de empresa para prestação de serviços especializados em Design de Negócios”. Diversas outros avisos foram publicados em forma de *request for proposal* (RFP), como a consulta ao mercado para obtenção de informações voltadas à “identificação de empresas capacitadas à fornecer solução de segurança para reforço da abertura do dispensador de cédulas e do depositário de envelopes dos terminais de autoatendimento e a que custo”, publicada em novembro de 2016⁵²⁹.

⁵²⁷ Cf. NABERS, Mary Scott. **What is an RFI, and why is it so important for your business?** South Florida Business Journal [online], 25 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.bizjournals.com/southflorida/print-edition/2011/02/25/what-is-an-rfi-and-why-is-it-so.html>> Acesso em 20 jan. 2016. Tradução livre.

⁵²⁸ BANCO DO BRASIL. **Contratação dos Serviços de Recepcionista e Telefonista para as dependências do Banco do Brasil S.A – Request for Information (RFI)**, nov. 2015. Disponível em: <<http://www.bb.com.br/docs/pub/siteEsp/dilog/dwn/RFIProjEfi.pdf>> Acesso em 20 jan. 2016

⁵²⁹ BANCO DO BRASIL. Avisos e Editais - Consultas e Audiências Públicas [online], 2016. Disponível em: <[http://www.bb.com.br/pbb/pagina-inicial/compras,-contratacao-e-venda-de-imoveis/compras-e-contratacoes/avisos-e-editais#/>](http://www.bb.com.br/pbb/pagina-inicial/compras,-contratacao-e-venda-de-imoveis/compras-e-contratacoes/avisos-e-editais#/) Acesso em 20 nov. 2016.

Noutro exemplo, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), no ano de 2014, lançou um *request for information* (RFI) com o objetivo de “realizar consulta ampla ao mercado acerca de possíveis soluções de TI”, incluindo “modelos de fornecimento, precificação e condições de fornecimento”. O diálogo público-privado visava à modernização do sistema de suporte aos seus usuários, mediante a “atualização tecnológica, incorporação de novas necessidades, como atendimento a usuários móveis e universalização das plataformas de acesso da sociedade à Agência, melhoria dos relatórios de gestão, entre outros benefícios”⁵³⁰. Naquele mesmo ano, a entidade regulatória promoveu outro procedimento análogo, desta feita para consultar sobre a possível contratação de um “moderno sistema informatizado destinado a apoiar a gestão da arrecadação de créditos administrados pela Agência Nacional de Telecomunicações”⁵³¹.

Embora, sob a perspectiva teórica, a presença dos participantes do diálogo público-privado na licitação pública, após a contribuição no *request for information* (RFI) ou no *request for proposal* (RFP), seja juridicamente questionável em razão das sobreditas vedações constantes nos incisos I e II do artigo 9º da Lei Federal nº 8.666/1993 e nos incisos I a III do artigo 36 da Lei Federal nº 12.462/2011, a prática ainda não foi obstaculizada.

O acórdão nº 1.959/2007, do Plenário do Tribunal de Contas da União, por exemplo, considerou legítima e legal uma contratação direta de aeronaves cujo fornecedor foi selecionado após a aplicação de questionários, no âmbito de um *request for information* (RFI), e a solicitação de propostas, no âmbito de um *request for proposal* (RFP)⁵³². No acórdão nº 279/2001, um procedimento análogo foi utilizado para selecionar o fornecedor de um *software* empresarial e de integração pela Petrobrás. Embora a contratação tenha sido considerada controvertida no referido acórdão, a realização dos referidos diálogos público-privados não foi questionada⁵³³.

⁵³⁰ BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. **Consulta Pública nº 41/2014 – Request for Information**, 2014. Disponível em: <http://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Contribuicoes/TextoConsulta.asp?CodProcesso=C1808&Tipo=1&Opcao=finalizadas> Acesso em: 20 jan. 2016.

⁵³¹ BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. **Consulta Pública nº 44/2014 – Request for Information**, 2014. Disponível em: [<http://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Contribuicoes/TextoConsulta.asp?CodProcesso=C1809&Tipo=1&Opcao=>](http://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Contribuicoes/TextoConsulta.asp?CodProcesso=C1809&Tipo=1&Opcao=) Acesso em: 20 jan. 2016.

⁵³² Na ocasião, entendeu-se que “[o] sigilo requerido na realização da seleção e na contratação, no âmbito do Projeto CT-X, não permitiu sua ampla divulgação, o que, entretanto, não comprometeu a transparência do procedimento administrativo referente, nem a isonomia do processo de aquisição, pois, todos os potenciais interessados tiveram acesso às mesmas informações, aos mesmos prazos e ao mesmo tipo de avaliação, composta por critérios objetivos;”. Cf. BRASIL. Tribunal de Contas da União, **Acórdão nº 1.959/2007**, Plenário, Relator Raimundo Carreiro, Data da Sessão: 19 set. 2007.

⁵³³ Cf BRASIL. Tribunal de Contas da União, **Acórdão nº 279/2001**, Plenário, Relator Benjamin Zymler, Data da Sessão: 7 nov 2011.

No que se refere ao emprego do procedimento *request for proposal* (RFP), a prática, inclusive, é mencionada no “Guia de boas práticas em contratação de soluções de tecnologia da informação”, elaborado pelo próprio Tribunal de Contas da União. Esta espécie de diálogo público-privado é mencionada como uma das possíveis fontes de informação para a composição da estimativa de preços. Segundo a orientação, esta modalidade de consulta direta aos fornecedores deve “incluir as informações definidas até então no termo de referência ou no projeto básico, pois essas informações afetam a percepção de risco das empresas, que por sua vez influencia os preços oferecidos”⁵³⁴.

Quadro 14 - Matriz sintética de análise sobre o *request for information* (RFI) e o *request for proposal* (RFP)

<i>Request for information</i> (RFI) e o <i>request for proposal</i> (RFP)	
Ocorrência	
	Processos administrativos no âmbito das contratações públicas
Natureza das interlocuções	
	Escrita
Frequência estimada na administração pública brasileira	
	Esporádico
Formalidade	
	Procedimento sem previsão normativa
Registro sobre as comunicações no processo administrativo	
	Prováveis diálogos informais/extraprocessuais
	Não há procedimento padronizado sobre o tema
Publicidade sobre os documentos	
	Sem previsão específica. Publicidade mediante requerimento de acordo com a Lei Federal nº 12.527/2011
Amplitude de participação	
	Edital de convocação promovido pela administração pública
	Possibilidade jurídica de participação popular e/ou de outros agentes econômicos
	Não há procedimento padronizado sobre o tema
Ética	
	Sem diretrizes éticas específicas para o diálogo público-privado
Controle	
	Sem previsão de controle específico / Sujeição ao controle interno e externo comum sobre as atividades da administração pública

⁵³⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Guia de boas práticas em contratação de soluções de tecnologia da informação: riscos e controles para o planejamento da contratação**. Brasília: TCU, 2012

Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para a administração pública	
	Alta
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para o agente econômico	
	Média
Percepção sobre o grau de riscos	
Elevado	Potencial lesivo aos interesses públicos/patrimônio público em caso de corrupção ou captura técnica
Regular	Probabilidade de ocorrência de corrupção ou de captura técnica
Elevado	Potencial grau de impacto sobre o processo de legitimação estatal em caso de desvirtuamento
Regular	Probabilidade de diálogo público-privado informal
Percepção sobre o nível de complexidade das medidas para o controle dos riscos	
Regular	Complexidade para implementação de medidas preventivas
Elevado	Complexidade para implementação de medidas repressivas
Nível de institucionalização na administração pública brasileira	
	Incipiente

4.3.5 Pesquisa de preços com potenciais fornecedores e prestadores de serviços

As pesquisas de preços realizadas com possíveis prestadores de serviços e fornecedores da administração pública constitui outro diálogo público-privado típico pertencente à etapa que precede as licitações públicas e contratações diretas.

A legislação brasileira determina que as contratações públicas devem ser precedidas de pesquisa de preços. A necessidade de um orçamento prévio é uma regra válida tanto para as contratações realizadas por intermédio de licitação pública como para aquelas celebradas diretamente⁵³⁵. É um comando que tem por base o princípio da economicidade e da eficiência administrativa, já que objetiva evitar a celebração de contratos administrativos cujos valores estejam acima daqueles praticados no mercado ou sejam inexequíveis.

⁵³⁵ A exigência de que as licitações públicas e as contratações diretas sejam precedidas de uma pesquisa de preços está prevista expressa ou implicitamente em diversos dispositivos normativos contidos na legislação aplicável, como o artigo 23, o parágrafo único do artigo 26 e o parágrafo 2º do artigo 40 da Lei Federal nº 8.666/1993, assim como o inciso III do artigo 3º da Lei Federal nº 10.520/2002 e o inciso VI do artigo 2º da Lei Federal nº 12.462/2011.

Embora o agente público possa empreender esta pesquisa de preços por meio de uma pluralidade de fontes, é comum – e muitas vezes necessário – que seja realizada diligência diretamente com os potenciais fornecedores e prestadores de serviços.

Para tanto, o agente público responsável pelo processo administrativo dialoga com os potenciais fornecedores ou prestadores de serviços de uma determinada solução contratual, solicitando orçamentos para a composição do processo administrativo. É um típico diálogo público-privado, já que esses particulares se qualificam como agentes econômicos presumidamente interessados em negociar com a administração pública.

A legislação brasileira não contém um procedimento administrativo específico para que esses diálogos aconteçam. Assim, é comum que o contato com os agentes econômicos seja realizado de maneira absolutamente informal, como por meio de um simples telefonema seguido de troca de mensagens eletrônicas. Ainda que o produto dessas comunicações seja frequentemente anexado, os diálogos público-privados que lhe precederam não costumam ser formalizados no processo administrativo. É prática comum que apenas os orçamentos encaminhados pelos potenciais fornecedores ou prestadores de serviços sejam devidamente registrados⁵³⁶.

A ausência de registro das comunicações administrativas informais que originam orçamentos de preços encaminhados por potenciais fornecedores caracteriza medida contrária ao direito administrativo, que coloca em risco os interesses públicos. Por essa razão é que se defende a institucionalização de um procedimento administrativo específico para tal operação.

Como visto anteriormente, o procedimento denominado *request for proposal* (RFP) instrumentaliza essa etapa, permitindo que seja devidamente formalizada. Contudo, esse procedimento, até porque existente apenas na prática administrativa, mas ausente nas normas jurídicas, não é a única forma de proceder à consulta formal de orçamentos com os possíveis fornecedores e prestadores de serviços.

Ainda que tímida, é de se apreciar a iniciativa da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI/MPOG), que estabeleceu, por intermédio da Instrução Normativa nº 5, de 27 de junho de 2014, diferentes parâmetros que podem ser empregados pela administração pública durante a etapa de pesquisa de preços. Por intermédio dessa instrução normativa, estabeleceu-se um mínimo de formalidade

⁵³⁶ A respeito desta exigência, cite-se trecho de acórdão do Tribunal de Contas da União: “9.4.6. realize pesquisa prévia de preços com o objetivo de conhecer os preços praticados pelo mercado e anexe ao processo de compras o resultado da pesquisa efetuada em respeito ao princípio da publicidade.” Cf. BRASIL. Tribunal de Contas da União, **Acórdão nº 2.866/2009**, Relator: Augusto Nardes, Órgão Julgador: Primeira Câmara, Data da Sessão: 2/6/2009.

para a realização de pesquisa de preços diretamente com agentes econômicos na etapa que precede a aquisição de bens e a contratação de serviços em geral.

O artigo 3º de sua Instrução Normativa nº 5, de 27 de junho de 2014 – SLTI/MPOG estabelece que “[q]uando a pesquisa de preços for realizada com os fornecedores, estes deverão receber solicitação formal para apresentação de cotação”. Em seu parágrafo único, a norma dispõe que “[d]everá ser conferido aos fornecedores prazo de resposta compatível com a complexidade do objeto a ser licitado, o qual não será inferior a cinco dias úteis”⁵³⁷.

A justificativa apresentada pelo referido órgão para a necessidade de formalização da fase de orçamentação com potenciais fornecedores é compatível com o que se defende neste estudo, especialmente a relevância do registro para a memória e controle da administração pública. Leia-se:

A falta da formalização dá margem para que os dados acrescidos no processo quanto à pesquisa de preços *não possam ser posteriormente consultados*, ensejando em uma instrução processual deficiente. Diante disso, há a necessidade de que o processo para aquisição contenha o modo como foi realizada a pesquisa, os dados do fornecedor pesquisado, existência jurídica. A exigência de formalização permite uma maior transparência nas realizações das pesquisas junto a fornecedores, *facilitando o exercício do controle interno e externo da Administração*⁵³⁸.

Evidentemente, quando a referida instrução normativa propugna uma solução formal para as solicitações de cotação de preços com potenciais fornecedores, quer-se assegurar o devido e integral registro desses diálogos público-privados no processo administrativo. Isso porque, como visto anteriormente e como explicitado na própria justificativa da norma referenciada, há um notório vínculo entre o dever de formalização dos diálogos público-privados, a completude da instrução processual, a viabilidade de que haja uma posterior consulta e a possibilidade de exercício de eventual controle.

Registre-se também a existência da Portaria nº 80, de 22 de janeiro de 2016, do Ministério da Justiça, que regulamentou a Instrução Normativa nº 5, de 27 de junho de 2014 – SLTI/MPOG e complementou a disciplina sobre a cotação de preços com potenciais fornecedores e prestadores de serviços⁵³⁹.

⁵³⁷ BRASIL. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Instrução Normativa nº 5, de 27 de junho de 2014**. Disponível em: <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/paginas/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-5-de-27-de-junho-de-2014>> Acesso em: 25 jan. 2016.

⁵³⁸ BRASIL. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Pesquisa de preços**: caderno de logística, 2014. Disponível em: <http://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/caderno/pesquisa_precos-02-09.pdf> Acesso em 25 jan. 2016. Grifou-se.

⁵³⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. **Portaria nº 80, de 22 de janeiro de 2016**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/107778962/dou-secao-1-26-01-2016-pg-10/pdfView>> Acesso em 17 nov. 2016.

A referida portaria estabelece um conjunto admirável de orientações para os agentes públicos que promovem esse diálogo público-privado (item 3.4 do Anexo I). Dentre as orientações, destacam-se as seguintes: (i) as solicitações de orçamento devem ser enviadas por ofício ou por e-mail; (ii) essas comunicações “deverão ser anexadas aos autos como comprovantes, mesmo nos casos que não logrem êxito”; (iii) o orçamento apresentado pelo agente econômico deverá conter as suas informações cadastrais completas (razão social, CNPJ, endereço, telefone), além da “especificação do objeto, valor, validade, assinatura do representante legal da empresa e declaração de submissão total às obrigações trazidas no Termo de Referência ou Projeto Básico”; e (iv) o orçamento apresentado “deverá informar expressamente que os preços apresentados contemplam todos os custos necessários à prestação do serviço ou fornecimento do bem”, incluindo-se as “taxas, fretes, seguros, deslocamento de pessoal, encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais ou quaisquer outras obrigações que possam incidir direta ou indiretamente no objeto”.

Ainda que já exista alguma regulamentação sobre a operação, são muitas as dificuldades encontradas pela administração pública para a cotação de preços diretamente com os agentes econômicos.

Em primeiro lugar, como o agente econômico não está obrigado a apresentar um orçamento à administração pública, muitas vezes as tentativas de estabelecer a comunicação ocorrem em vão. Em segundo lugar, como o preço oferecido pelos agentes econômicos nessa etapa está desvinculado do preço que será apresentado na licitação pública, inexistindo, portanto, qualquer pressão concorrencial, há uma tendência à apresentação de orçamentos com sobrepreço. A estratégia consiste em influenciar o orçamento estimado pela administração para que seja fixado acima do preço de mercado. Assim, caso não haja uma efetiva concorrência no certame, será possível apresentar proposta com maior margem de lucro sem que a administração pública perceba a incompatibilidade com o preço de mercado – o que poderia levar à desclassificação da proposta.

Historicamente, a problemática relacionada à confiabilidade das informações apresentadas pelos agentes econômicos nesta espécie de diálogo público-privado gerou certa resistência no Tribunal de Contas da União, perceptível em diversos precedentes jurisprudenciais. Defende-se que a administração pública empreenda pesquisas de preços diretamente com fornecedores apenas quando não for possível estimar o custo com base em “preços praticados em contratações similares, bem como aqueles parametrizados em indicadores setoriais, tabelas de fabricantes, valores oficiais de referência, tarifas públicas ou

outros equivalentes”⁵⁴⁰. Ainda que se admita a pesquisa direta com fornecedores, tal como previsto, até mesmo, no referenciado “Guia de boas práticas em contratação de soluções de tecnologia da informação”, esta fonte de informação é considerada como secundária pelo órgão⁵⁴¹.

Embora não seja a opção adotada na atual redação da Instrução Normativa nº 5, de 27 de junho de 2014 – SLTI/MPOG, há uma nítida preferência jurisprudencial pelas demais fontes de pesquisa de preços. Inclusive, a Portaria nº 80, de 22 de janeiro de 2016, do Ministério da Justiça, estabelece uma explícita precedência à verificação dos preços praticados em outras contratações da administração pública, sendo que a pesquisa de preços com fornecedores somente pode ocorrer “mediante justificativa devidamente aprovada pela autoridade competente da unidade responsável pela elaboração da pesquisa” (artigo 2º).

No âmbito das licitações de obras e serviços de engenharia, essa preferência também é positivada para toda a administração pública federal. O Decreto Federal nº 7.893/2013 determina que a pesquisa de mercado seja realizada somente em caso de inviabilidade da definição de custos por meio dos sistemas de referências oficiais da administração pública, especialmente o Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil – SINAPI e o Sistema de Custos Referenciais de Obra – SICRO⁵⁴². Nesse contexto, é firme também a jurisprudência do Tribunal de Contas da União no sentido de que os sistemas oficiais de referência de preços da administração “devem ter precedência em relação à utilização de cotações feitas diretamente com empresas do mercado”⁵⁴³.

Em síntese, as pesquisas de preços com possíveis fornecedores e prestadores de serviços remetem à condução de diálogos público-privados com baixa carga de regulamentação. O risco de opacidade pode ser facilmente mitigado a partir do registro integral dessas comunicações no processo administrativo. Como a regra é de que os diálogos sejam formalizados por escrito, não há maiores riscos de informalidade caso a prática do registro seja adotada. Os riscos maiores repousam sobre a qualidade informacional desses diálogos, uma vez que, como visto, há grande dificuldade em se reconhecer a veracidade dos orçamentos

⁵⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União, **Acórdão nº 3.395/2013**, 2ª Câmara, Relator Ministro Aroldo Cedraz, Data da Sessão: 18 jun. 2013.

⁵⁴¹ Refere-se aqui, novamente, ao *request for proposal* (RFP), versado no subtópico anterior. Cf. BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Guia de boas práticas em contratação de soluções de tecnologia da informação: riscos e controles para o planejamento da contratação**. Brasília: TCU, 2012

⁵⁴² Esta relação de precedência das pesquisas em sistemas oficiais de referência de preços em relação à pesquisa de mercado para as obras e serviços de engenharia encontra-se no artigo 6º do Decreto Federal nº 7.983/2013.

⁵⁴³ BRASIL. Tribunal de Contas da União, **Informativo de Jurisprudência nº 297**, Acórdão 1923/2016, Plenário, Relator Ministro Bruno Dantas, Data da Sessão 27 jul. 2016.

apresentados pelos particulares, motivo pelo qual, inclusive, formou-se jurisprudência contrária ao uso primário dessa fonte de pesquisa.

Quadro 15 - Matriz sintética de análise sobre a pesquisa de preços com potenciais fornecedores e prestadores de serviços

Pesquisa de preços com potenciais fornecedores e prestadores de serviços	
Ocorrência	
	Processos administrativos no âmbito das contratações públicas
Natureza das interlocuções	
	Escrita
Frequência estimada na administração pública brasileira	
	Cotidiano
Formalidade	
	Procedimento com previsão insuficiente em decreto e/ou regulamento interno
Registro sobre as comunicações no processo administrativo	
	Prováveis diálogos informais/extraprocessuais
	Informação sobre a síntese das comunicações deve ser registrada
Publicidade sobre os documentos	
	Sem previsão específica. Publicidade mediante requerimento de acordo com a Lei Federal nº 12.527/2011
Amplitude de participação	
	Diálogos reservados. Possibilidade jurídica de exclusão de participação conjunta de potenciais interessados
Ética	
	Sem diretrizes éticas específicas para o diálogo público-privado
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para a administração pública	
	Alta
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para o agente econômico	
	Baixa
Percepção sobre o grau de riscos	
Regular	Potencial lesivo aos interesses públicos/patrimônio público em caso de corrupção ou captura técnica
Reduzido	Probabilidade de ocorrência de corrupção ou de captura técnica
Regular	Potencial grau de impacto sobre o processo de legitimação estatal em caso de desvirtuamento
Regular	Probabilidade de diálogo público-privado informal
Percepção sobre o nível de complexidade das medidas para o controle dos riscos	
Reduzido	Complexidade para implementação de medidas preventivas
Elevado	Complexidade para implementação de medidas repressivas

Nível de institucionalização na administração pública brasileira	
	Incipiente

4.3.6 O *road show*

À proporção da envergadura do contrato administrativo pretendido, a publicidade ordinária do edital de licitação pública pode ser insuficiente para fomentar a competitividade, ainda que a publicação em diário oficial seja complementada pela divulgação em jornais de grande circulação. Pode ser relevante, por exemplo, a divulgação do projeto em outros estados ou países, para a atração de investimentos interestaduais ou internacionais.

Nesse contexto, é comum que a administração pública busque alternativas publicitárias para a atração de potenciais licitantes. Uma dessas alternativas refere-se justamente ao *road show*, espécie de diálogo público-privado em que a administração pública organiza eventos presenciais sequenciais, em diferentes localidades, convidando particulares potencialmente interessados para que conheçam informações detalhadas sobre um determinado projeto de caráter contratual – uma concessão comum, uma parceria público-privada ou uma privatização de ativos, por exemplo⁵⁴⁴⁻⁵⁴⁵.

A expressão *road show* não costuma ser traduzida para a língua portuguesa, sendo comumente empregada no Brasil em sua versão original, na língua inglesa. Uma tradução livre levaria a alguma expressão como *exposição itinerante*. Esse exercício reflexivo interessa, uma vez que a análise semântica sobre a expressão revela o seu caráter de transitoriedade e de apresentação de informações – de fato, tal como uma *exposição itinerante*. Compreende-se assim a peculiaridade distintiva do *road show*, relacionada à realização de eventos presenciais

⁵⁴⁴ Em outra oportunidade, por ocasião de uma comparação entre o instituto do *road show* e do procedimento de manifestação de interesse (PMI), o autor definiu aquele como o “conjunto de diligências cujo objetivo é o deslocamento físico de agentes públicos, em nome da Administração Pública, em busca de potenciais interessados no projeto da parceria público-privada, predeterminados ou não.” Cf. SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 128.

⁵⁴⁵ Para além da apresentação de um único projeto, não são raras as ocasiões em que a administração pública organiza um único *road show* para a apresentação um conjunto de empreendimentos. A título exemplificativo, cite-se o *road show* organizado pelo Estado do Ceará, no ano de 2016, para a apresentação dos ativos prioritários cuja projeção é de que sejam concedidos à iniciativa privada. DIÁRIO DO NORDESTE. **Cronograma de road shows para concessões em 60 dias**, 7 jun, 2016. Disponível em: <<http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/negocios/cronograma-de-road-shows-para-concessoes-em-60-dias-1.1562040>> Acesso em 29 out. 2016.

sequenciais, em localidades distintas, para a apresentação de um mesmo projeto ou conjunto de projetos a diferentes potenciais particulares interessados.

Enaltecendo o caráter dialógico do instituto, Maurício Portugal Ribeiro sustenta que a realização de *road shows* pode ser útil para que a administração pública absorva “o posicionamento do mercado, os diversos aspectos do projeto com os quais alguns ou todos os parceiros privados não estão confortáveis, e que se constituem em barreiras de entrada, ou que impactam de forma relevante o preço”⁵⁴⁶. Nesse contexto, há pelo menos um registro, em acórdão do Tribunal de Contas do Estado do Pernambuco, a respeito do recebimento de informações, por parte de quem representa a administração pública, sobre óbices apresentados por potenciais investidores⁵⁴⁷. Portanto, tal como ocorre em diversos diálogos público-privados, o *road show* também carrega uma dupla função informativa.

É habitual que o instituto receba contornos internacionais, por meio do qual representantes da administração pública se deslocam a outros países a fim de que sejam apresentadas as oportunidades a investidores estrangeiros. É o caso, por exemplo, de um *road show* conduzido nos Estados Unidos da América pelo governo de Filipinas, que, em junho de 2015, organizou eventos em Washington, Nova Iorque e São Francisco para a apresentação de informações a respeito de quarenta projetos de parceria público-privada. Os recursos financeiros previstos para a implementação desses quarenta projetos ultrapassavam o montante de dezoito bilhões de dólares⁵⁴⁸.

Outro exemplo é o contemporâneo *road show* realizado pelo governo federal brasileiro para a implementação do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), baseado na Lei Federal nº 13.334/2016, que objetiva a “celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização”. A agenda deste *road show* compreende eventos nos Estados Unidos da América, na Europa e na Ásia⁵⁴⁹.

Do conjunto de notícias sobre os *road shows* realizados pela administração pública brasileira nos últimos anos, é de se deduzir que a prática tem sido implementada com frequência

⁵⁴⁶ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 50. Este excerto já foi referenciado pelo autor em outro trabalho acadêmico.

⁵⁴⁷ ESTADO DE PERNAMBUCO. Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. **Processo nº 03016493**, Relator: Severino Otávio Raposo, Órgão Julgado: Segunda Câmara, Data de Publicação: 15/02/2007.

⁵⁴⁸ FILIPINAS. **PH roadshow in US to showcase PPP projects**, 24 jun. 2015. Disponível em: <https://ppp.gov.ph/?press_releases=ph-roadshow-in-us-to-showcase-ppp-projects> Acesso em 29 out. 2016.

⁵⁴⁹ COSTA, Ana Clara. **À caça de investidores, governo participa de evento em Londres** [online]. Revista Época. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/tempo/expresso/noticia/2016/09/caca-de-investidores-governo-participa-de-evento-em-londres.html>> Acesso em 29 out. 2016.

cada vez maior, quase sempre para a estruturação de projetos concessórios ou para a privatização de equipamentos públicos ou empresas estatais⁵⁵⁰.

Esta espécie de diálogo público-privado é frequentemente realizada em etapa anterior ao lançamento do edital da licitação pública, embora nada impeça a sua realização durante a vacância que precede o prazo de apresentação de propostas⁵⁵¹. A propósito, como argumenta Maís Moreno, “[j]ustamente por não ser regulamentado em lei, o administrador terá liberdade para modelar o formato dos encontros em um *roadshow* conforme lhe parecer mais apropriado para travar um bom diálogo com os interessados”⁵⁵². Outra peculiaridade refere-se à possibilidade de que a administração pública contrate terceiros para que, em seu nome, promovam o *road show* para a apresentação de algum projeto⁵⁵³.

Diálogos público-privados semelhantes ao *road show*, que também possuem caráter presencial e publicitário, são frequentemente promovidos pela administração pública; porque destituídos de um caráter itinerante, contudo, recebem outra denominação, como simplesmente *seminário*, *workshop* ou *showcase*, por exemplo. A título ilustrativo, no âmbito internacional, cite-se o “*8th annual Africa Public and Private Partnership Conference & Showcase (APPP)*”, promovido entre 24 e 26 de outubro de 2016 em Londres, no Reino Unido, que buscou apresentar oportunidades de investimentos e de desenvolvimento de infraestrutura por intermédio de parcerias público-privadas na África⁵⁵⁴.

Outra variante do *road show* refere-se à promoção de eventos itinerantes para o desenvolvimento de diálogos entre os dirigentes da administração pública e os próprios funcionários públicos, afastando-se do conceito de diálogo público-privado e inaugurando, em conjunto com as *consultas informais*, o gênero dos diálogos público-públicos. Exemplo é o

⁵⁵⁰ Cite-se, a título complementar, o *road show* desenvolvido pelo Estado de Minas Gerais para a promoção do “Projeto de Implantação do Centro Empresarial Gameleira (Expominas II), realizado em março de 2014. Cf. ESTADO DE MINAS GERAIS. **O Governo de Minas Gerais realiza Road Show do Projeto de Implantação do Centro Empresarial Gameleira**, 24 mar. 2014. Disponível em: <<http://ppp.mg.gov.br/component/gmg/page/687-o-governo-de-minas-gerais-disponibiliza-a-apresentacao-do-road-show>> Acesso em 29 out. 2016.

⁵⁵¹ É comum que o road show seja empreendido de forma concomitante com próprio o procedimento de manifestação de interesse (PMI). Nesse sentido, o *road show* realizado pelo Estado do Piauí a respeito do “Complexo Turístico do litoral”, em que o projeto de parceria público-privada encontrava-se em fase de procedimento de manifestação de interesse. Cf. ESTADO DO PIAUÍ. **Governo apresenta projeto de requalificação da Colônia de Férias do Iapep**, 26 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.piaui.pi.gov.br/noticias/index/id/23796>> Acesso em 29 out. 2016.

⁵⁵² MORENO, Maís. **A participação do administrado no processo de elaboração dos contratos de PPP**. Dissertação de mestrado, Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016, p. 173

⁵⁵³ Esta situação é relatada em acórdão do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. Cf. ESTADO DE PERNAMBUCO. Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. **Processo nº 03016493**, Relator: Severino Otávio Raposo, Órgão Julgado: Segunda Câmara, Data de Publicação: 15/02/2007.

⁵⁵⁴ AME TRADE LTD. **8th annual Africa Public and Private Partnership Conference & Showcase (APPP)**, 2016. Disponível em: <<http://ametrade.org/africappp/programme/>> Acesso em 29 out. 2016.

road show promovido pelo governo de Portugal para esclarecimentos a respeito de reformas na administração pública que afetavam as carreiras públicas⁵⁵⁵.

É possível, igualmente, que um *road show* seja promovido quando a administração pública se coloca na posição de potencial vendedora, e não de potencial cliente de um determinado contrato. É o caso da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, empresa pública brasileira que presta uma variedade de serviços diretamente à população e que, casualmente, promove *road shows* para a divulgação de seus produtos⁵⁵⁶.

Em verdade, o instituto do *road show* tem a sua origem nas práticas comuns de mercado, sendo frequente a sua promoção por sociedades empresariais que pretendem realizar a abertura de capitais, em diálogo que relaciona empreendedores e investidores⁵⁵⁷. Na essência, portanto, o *road show* revela um conjunto de atividades presenciais itinerantes que promove a publicidade sobre um determinado tema, geralmente uma oportunidade de negócios, que se presume interessante ao público-alvo.

Uma pesquisa ampliada sobre o instituto indica que ainda há pouca reflexão acadêmica a seu respeito, especialmente quando aplicado no âmbito da administração pública⁵⁵⁸. Uma possível explicação para esta modesta abordagem doutrinária remete à verificação de que o instituto carece de normatização e publicidade. Há grande dificuldade para a obtenção de informações a respeito da simples existência dos *road shows* já realizados pela administração pública, sendo virtualmente inexistente qualquer informação a respeito dos particulares participantes ou do conteúdo discutido. Quando muito, há a disponibilização da apresentação formal elaborada pela administração pública.

Por exemplo, há indícios em notícias jornalísticas de que o BNDES promoveu um *road show* “para os investidores interessados no empreendimento” do projeto de Trem de Alta Velocidade (TAV), no ano de 2010. Contudo, a obtenção de informações detalhadas a respeito deste diálogo público-privado é uma tarefa improdutiva, sendo que, costumeiramente, como

⁵⁵⁵ PÚBLICO. **Finanças iniciam amanhã road-show para explicar reforma da função pública** [online], Portugal, 11 dez. 2008. Disponível em: <<https://www.publico.pt/economia/noticia/financas-iniciam-amanha-roadshow-para-explicar-reforma-da-funcao-publica-1352767>> Acesso em 29 out. 2016.

⁵⁵⁶ COMARCA DE GARÇA. **Marília recebe Roadshow dos Correios sobre soluções estratégicas em marketing direto e e-commerce**. 10 ago. 2012. Disponível em: <http://www.jornalcomarca.com.br/?pagina=editorial&id_materia=162434&id_secao=29> Acesso em 29 out. 2016.

⁵⁵⁷ OLIVEIRA, Bruno Cals de. **Fatores determinantes para abertura de capital de empresas brasileiras**. Dissertação de mestrado, Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da USP, São Paulo, 2011, p. 22.

⁵⁵⁸ RIBEIRO, Mauricio Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 50 *et seq.*

nesse caso, o conhecimento a respeito da mera existência do *road show* depende da publicação de notícias por veículos da mídia⁵⁵⁹.

Tal constatação subsidia a conclusão de que o *road show* entranha-se em ambiente de severa opacidade, assim como muitas espécies de diálogo público-privado, especialmente aquelas não disciplinadas em norma, da qual é exemplar. Dito de outra forma, esse é um típico diálogo público-privado envolto em ambiente de opacidade na administração pública brasileira.

Assim como outros diálogos público-privados apresentados neste estudo, o *road show* não possui previsão específica em lei, tampouco em regulamento. Essa peculiaridade acarreta algum nível de insegurança jurídica ao projeto de contratação pública, pois a ausência de regras claras a respeito de sua condução pode atrair questionamentos judiciais sobre a regularidade do procedimento.

Por sua qualidade dialógica, é natural que surjam preocupações em relação à publicidade das informações permutadas durante o *road show*. A preocupação é agravada quando o conjunto de participantes é limitado, ou seja, quando a presença de particulares não é ampla e aberta, mas restrita àqueles que foram diretamente convidados pela administração pública. Essa restrição de acesso ao evento causa uma tensão principiológica, pois confronta, de um lado, a transparência, a impessoalidade e a isonomia, e de outro, a potencial eficiência que decorre desses diálogos – problemática abordada anteriormente.

A ausência de publicidade e a restrição à participação já foi levantada como óbice à legalidade perante o Poder Judiciário brasileiro. Há um precedente jurisprudencial do Tribunal Regional Federal da 5ª Região em que foram analisados questionamentos do Ministério Público Federal a respeito de *road show* realizado pelo Banco Central para promover o projeto de privatização do antigo Banco do Estado do Ceará. A ação civil pública ocupava-se a respeito do potencial lesivo das sessões restritas a convidados. Entretanto, consignou-se em julgamento que “[p]elo vulto do investimento a ser realizado neste tipo de licitação, é intuitivo que o rol de interessados é restritíssimo”. Na ocasião, afirmou-se que o *road show* “caracteriza-se muito mais como estratégia de marketing voltada a captar investidores do que a afastá-los”. Considerou-se que o evento questionado, “para o qual foram convidados os investidores em potencial, não configura burla a este princípio [da publicidade] nem tampouco traduz medida de acesso privilegiado a informações em detrimento de eventuais participantes”⁵⁶⁰.

⁵⁵⁹PEREIRA, Renée. **Subsídio para construção do trem-bala pode chegar a R\$ 8 bilhões** [online]. O Estado de São Paulo, 25 mai. 2010. Disponível em <<http://economia.estadao.com.br/noticias/negocios,subsidio-para-construcao-do-trem-bala-pode-chegar-a-r-8-bilhoes,19924e>> Acesso em 29 out. 2016.

⁵⁶⁰ Tribunal Regional Federal da 5ª Região, **AGTR: 62381 CE 2005.05.00.015795-8**, Relator: Paulo Machado Cordeiro, Órgão Julgador: Primeira Câmara, Data de Julgamento: 27/10/2005.

Em atenção à potencialidade restritiva do *road show*, Maurício Portugal Ribeiro afirma que a utilidade do instituto ultrapassa a simples atração de participantes à licitação pública, pois também permite que sejam solucionadas “dúvidas e questionamentos, em ambiente em que, sem a interferência de outros participantes, cada um se sinta à vontade para perguntar”. Para o autor, é possível que potenciais licitantes, na presença de eventuais concorrentes, tenham receio de apresentar perguntas e manifestações que “revelem dados ou informações estratégicas, sigilosas, ou de alguma forma relevantes para a elaboração da sua proposta que poderiam eventualmente vir a ser utilizadas pelos outros participantes”⁵⁶¹.

Pelas razões jurídicas expostas nos capítulos precedentes deste trabalho, que avistam na opacidade dos diálogos público-privados um grande risco aos interesses públicos, defende-se que algumas medidas preventivas de controle devem ser dedicadas às reuniões existentes no âmbito de um *road show*.

Se não uma regra de ampla abertura à participação de quaisquer interessados no evento, vedando-se os *road shows* com lista fechada de convidados, então, minimamente, que se assegure o registro fidedigno de todas as informações intercambiadas durante esse diálogo público-privado. Entende-se que, como regra geral, não é permitido impor sigilo às interlocuções ocorridas durante as sessões do *road show*, seja por ausência de previsão legal, seja porque não há fundamento material que justifique o benefício dessa operação, especialmente quando considerados os riscos de conluio e de captura.

De todo modo, em sentido prospectivo, é de se cogitar, caso, de fato, entenda-se relevante alguma confidencialidade nesses eventos, que seja implementada fórmula semelhante àquela já anunciada anteriormente, ou seja, que essas informações sejam disponibilizadas imediatamente após o encerramento da licitação pública.

Ainda nesse contexto, uma regulamentação mais ampla e detalhada a respeito das audiências público-privadas, que inclua também as audiências solicitadas espontaneamente pela própria administração pública, poderia abranger eventos como o *road show*, em benefício à prática.

Outra preocupação relacionada à espécie concerne aos custos necessários para a realização dos eventos. Nesse sentido, em análise sobre um *road show* promovido pelo Instituto Brasileiro de Turismo – EMBRATUR para a “Promoção Turística do Brasil no Exterior”, o Tribunal de Contas da União afirmou que “ações de promoção devem ser avaliadas porque

⁵⁶¹ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 50. Este trecho já foi referenciado pelo autor em outra publicação.

todas incorrem em custos que necessitam ser cotejados com os resultados obtidos”. E complementou:

Com esse intuito, devem ser emitidos relatórios sobre os custos e os resultados de participações em cada um dos eventos (feiras, 'workshops', 'road shows', etc.), incluindo-se informações, tais como, o volume aproximado dos negócios realizados pelos prestadores de serviços nacionais durante a realização do evento, a quantidade aproximada de compradores e clientes potenciais com os quais foram estabelecidos contatos, a quantidade e o tipo de material promocional solicitado. [...] Quanto aos contatos realizados durante os eventos, é importante que seja organizada uma lista completa dos mesmos a ser distribuída às entidades representativas dos prestadores de serviços nacionais, objetivando o aproveitamento das oportunidades de venda surgidas⁵⁶².

Ainda que o evento referenciado no acórdão não seja relacionado a um projeto concessório ou de privatização de ativos, é nítida e legítima a preocupação com o registro das informações decorrentes do *road show* e com a utilidade do próprio procedimento, haja vista os custos financeiros para a administração pública.

Em síntese, o *road show* constitui mais um exemplo de diálogo público-privado que, apesar de desenvolvido com frequência pela administração pública brasileira, permanece carente de regulamentação. A institucionalização do *road show*, a partir de regras claras de transparência ativa, abertura à participação e aderência às normas éticas é medida essencial para que esta espécie de diálogo público-privado se desenvolva regularmente perante o direito administrativo.

Quadro 16 - Matriz sintética de análise sobre o *road show*

<i>Road show</i>	
Ocorrência	
	Processos administrativos no âmbito das contratações públicas
Natureza das interlocuções	
	Oral
Frequência estimada na administração pública brasileira	
	Esporádico
Formalidade	
	Procedimento sem previsão normativa
Registro sobre as comunicações no processo administrativo	
	Prováveis diálogos informais/extraprocessuais
	Não há procedimento padronizado sobre o tema
Publicidade sobre os documentos	

⁵⁶² Tribunal de Contas da União, **Acórdão nº 948/1999**. Relator: Adhemar Paladini Ghisi, Órgão Julgador: Plenário, Sessão em 15/12/1999.

	Possibilidade de sigilo temporário
	Sem previsão específica. Publicidade mediante requerimento de acordo com a Lei Federal nº 12.527/2011
Amplitude de participação	
	Possibilidade jurídica de participação popular e/ou de outros agentes econômicos
	Diálogos reservados. Possibilidade jurídica de exclusão de participação conjunta de potenciais interessados
Ética	
	Sem diretrizes éticas específicas para o diálogo público-privado
Controle	
	Sem previsão de controle específico / Sujeição ao controle interno e externo comum sobre as atividades da administração pública
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para a administração pública	
	Alta
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para o agente econômico	
	Baixa
Percepção sobre o grau de riscos	
Elevado	Potencial lesivo aos interesses públicos/patrimônio público em caso de corrupção ou captura técnica
Elevado	Probabilidade de ocorrência de corrupção ou de captura técnica
Elevado	Potencial grau de impacto sobre o processo de legitimação estatal em caso de desvirtuamento
Elevado	Probabilidade de diálogo público-privado informal
Percepção sobre o nível de complexidade das medidas para o controle dos riscos	
Regular	Complexidade para implementação de medidas preventivas
Elevado	Complexidade para implementação de medidas repressivas
Nível de institucionalização na administração pública brasileira	
	Inexistente

4.3.7 As consultas públicas e audiências públicas no âmbito contratual

As consultas públicas e as audiências públicas foram apresentadas e analisadas anteriormente quando da abordagem a respeito dos diálogos público-privados que se sucedem no âmbito da função regulatória da administração pública. Em relação aos aspectos teóricos dos institutos, aquelas considerações são válidas também para as consultas públicas e audiências públicas realizadas no âmbito dos contratos administrativos.

Uma característica marcante desses institutos no âmbito das contratações públicas refere-se às situações em que a prévia realização de consulta pública ou audiência pública é condição para o lançamento da licitação pública.

No caso da audiência pública, haverá obrigação de promovê-la quando o valor estimado da licitação pública representar montante superior a cento e cinquenta milhões de reais, conforme estabelece o artigo 39, em leitura conjugada com a alínea “c” do inciso I do artigo 23 da Lei Federal nº 8.666/1993. Em se tratando de consulta pública, a sua prévia realização, mediante disponibilização da minuta do edital e do contrato, é condição para a abertura de processo licitatório para a contratação de parcerias público-privadas (PPPs), conforme a regra insculpida no inciso VI do artigo 10 da Lei Federal nº 11.079/2004. Caso o valor estimado da licitação pública dedicada à contratação de parceria público-privada (PPP) supere o montante de cento e cinquenta milhões, então será obrigatória a realização de consulta pública e audiência pública.

Como já defendido em outra oportunidade pelo autor, uma relevante distinção das consultas públicas e audiências públicas refere-se à peculiaridade de que “a intervenção do particular se dá em momento posterior à consolidação das modelagens, o que significa dizer que a possibilidade de influenciá-las com seus interesses é substancialmente reduzida”. Outro problema remete ao diminuto prazo fixado em lei para esses procedimentos, o que dificulta a efetiva ciência, compreensão e resposta às informações apresentadas pela administração pública por ocasião de uma consulta pública ou audiência pública que precede a contratação⁵⁶³.

De todo modo, como visto anteriormente, as consultas públicas e as audiências públicas constituem as duas espécies de diálogo público-privado mais frequentemente empregadas pela administração pública brasileira a título de participação social. São também as espécies formais mais conhecidas, tanto por parte da administração pública, como pelos particulares em geral. No mais, remete-se o leitor às considerações e às matrizes já apresentadas neste estudo a respeito desses institutos.

⁵⁶³ Ainda sobre o mesmo tema: “Todo o projeto, notadamente complexo, terá de ser avaliado e, ainda, conformado às pretendidas alterações em tempo exíguo: no caso de audiência pública, em dez dias úteis, se não houver prazo superior; no caso de consulta pública, em trinta dias, se não houver prazo superior.” Cf. SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)**: solicitação e apresentação de estudos e projetos para a estruturação de concessões comuns e parcerias público-privadas. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2013, p. 161

4.4 Diálogos público-privados nos processos administrativos sancionatórios

Os diálogos público-privados se sucedem, ainda, nos processos administrativos sancionatórios, em que a administração pública promove investigações que podem resultar na aplicação unilateral de penalidades aos agentes econômico, seja a imposição de multa ou a restrição do exercício de direitos subjetivos – como as penalidades que afastam o direito de participação em licitação pública e de celebração de contratos administrativos, por exemplo.

Essas comunicações frequentemente retratam uma iniciativa do agente econômico em seu propósito de comprovar que não incorreu no ato ilícito apontado pela administração pública, em atividade que pode coincidir com o próprio exercício do contraditório e da ampla defesa. Igualmente, as interlocuções podem ser capitaneadas pela própria administração pública, durante a instrução processual, em atividade investigativa voltada à averiguação dos fatos relacionados ao caso concreto.

Nesses diálogos público-privados, é comum existir alguma regulamentação sobre as formalidades e os prazos aplicáveis às interlocuções, que geralmente são escritas, mediante apresentação de defesa ou de recurso, por exemplo.

Não costuma haver previsão de audiência presencial durante os processos administrativos sancionatórios para a oposição de penalidades mais simples. Nada obstante, o evento é requerido com alguma frequência pelos particulares. A solução mais adequada e razoável é a aplicação das normas jurídicas que regulamentam as audiências público-privadas, sendo mantidas todas as ressalvas anteriormente apresentadas a respeito da impropriedade e da insuficiência da atual disciplina normativa aplicável ao evento.

Esses diálogos público-privados, que ocorrem no âmbito dos mais variados processos administrativos, não serão analisados detalhadamente neste estudo, considerado o fato de que, na essência, se sucedem de acordo o próprio exercício do contraditório e da ampla defesa, inerentes à fase de instrução processual.

Mas existe outro gênero de diálogos público-privados nos processos administrativos sancionatórios, menos frequentes, mas igualmente relevantes, em que as interlocuções constituem um verdadeiro exercício de negociação entre as partes. Promovem-se diálogos público-privados com o objetivo de estruturar um acordo que materialize e harmonize os interesses dos agentes econômicos e da administração pública. São *acordos substitutivos*, que “como o próprio nome indica, voltam-se à substituição do ato administrativo final ou do

processo administrativo pela celebração de pactos, cujo cumprimento das cláusulas obrigacionais – de fazer ou não fazer – determinam a terminação consensual do processo”⁵⁶⁴.

O ajuste ocorre mediante transação, em que ambas as partes cedem algum direito subjetivo para conformar interesses maiores, alçando-as a uma posição mais vantajosa do que se o acordo inexistisse. É justamente o fenômeno identificado por Gustavo Henrique Justino de Oliveira, com o apoio da lição de Sabino Cassese:

Em terceiro lugar, o emprego de mecanismos participativos enseja a criação de espaços de efetiva negociação, nos quais as decisões administrativas são tomadas não somente a partir da perspectiva da ponderação ou harmonização dos interesses envolvidos, mas também sob a ótica do que Sabino Cassese denomina reciprocidade de concessões⁵⁶⁵.

A grande questão em relação aos diálogos público-privados que objetivam o entabulamento de algum acordo em um processo administrativo sancionatório é que o ordenamento jurídico brasileiro não estabelece as normas gerais aplicáveis às transações administrativas. É o que ensina Onofre Alves Batista Júnior, em obra dedicada ao tema, acrescentando que, muito em razão do silêncio normativo, a operação “produz certa desorientação na dogmática que considera a atuação unilateral da Administração, assentada em formas predeterminadas, como a garantia de vinculação à lei e ao Direito”⁵⁶⁶.

Ainda que pesem inúmeras indefinições a respeito da forma de condução desses processos administrativos, especialmente no que se refere ao momento da negociação propriamente dita, a solução procedimental permanece como a orientação primária para o problema. Afinal de contas, “[a] procedimentalização permite, democraticamente, que todo e qualquer administrado tenha condições de propor à Administração a realização de transação”. Além disso, “[e]xistindo procedimento preestabelecido, o administrado não fica na dependência de ter acesso privilegiado a autoridades com poder de decisão para discutir o problema concreto”, forma de acesso à comunicação que costumeiramente representa uma violação à

⁵⁶⁴ Cf. PALMA, Juliana Bonacorsi. Governança pública nas parcerias público-privadas: o caso da elaboração consensual de projetos de PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCWHIND, Rafael Wallbach. **Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 127.

⁵⁶⁵ JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo Henrique. Participação administrativa. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, Fórum v.20, 2005, p. 181.

⁵⁶⁶ Em síntese, Onofre Alves Batista Júnior reclama a conjunção de cinco elementos para que seja possível proceder à transação administrativa conforme: “1. relação jurídico-administrativa controvertida (controvérsia, em curso ou potencial, do qual a Administração Pública seja parte, ou sua iminência); 2. vontade de transigir; 3. capacidade do interessado e competência administrativa para transigir; 4. objeto litigioso transacionável; 5. concessões recíprocas.”. Cf. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 17-19.

isonomia e à impessoalidade, inclusive porque, é comum a alegação de que, “na prática, somente os mais ricos e poderosos” conseguem obter tal acesso⁵⁶⁷.

Embora seja imprescindível, em algumas hipóteses e em alguns momentos processuais, a decretação de sigilo temporário sobre os diálogos público-privados desenvolvidos em processos administrativos sancionatórios, o ideal de visibilidade continua a ser uma diretriz essencial nessas comunicações. Isso porque permanecerá a necessidade de se mitigar o risco de conluio e de se permitir, em observância da isonomia, que outros agentes econômicos em situação análoga conheçam os precedentes e as possibilidades jurídicas de transação⁵⁶⁸. A peculiaridade é que a publicidade sobre o processo administrativo sancionatório não poderá mitigar a própria eficácia da operação, razão pela qual será comum permitir o acesso à informação somente após a sua conclusão.

Avançando-se a análise sobre este subgênero de processos administrativos sancionatórios, destaca-se a existência de três institutos típicos que estabelecem diálogos público-privados durante as negociações que precedem uma possível composição: o acordo de leniência, o termo de ajustamento de conduta (TAC) e o termo de compromisso de cessação de prática (TCC). É o objeto de análise deste tópico.

4.4.1 As negociações prévias ao acordo de leniência

O acordo de leniência é um ajuste celebrado entre algum órgão ou entidade da administração pública e uma pessoa jurídica responsável pela prática de atos lesivos à própria administração pública. Como o próprio nome sugere, a celebração do acordo de leniência resulta no abrandamento de penalidades jurídicas que, de outro modo, seriam *aplicáveis*, possivelmente, ao particular. O acordo de leniência não dispensa a pessoa jurídica de sua obrigação de reparação integral dos danos causados à administração pública; volta-se, portanto, apenas às sanções administrativas, civis e penais que seriam por ela aplicáveis. Como ensina Sidney Bittencourt, “a intenção é incentivar a empresa envolvida em infração a confessar o

⁵⁶⁷ Ibidem, p. 550.

⁵⁶⁸ É também a opinião de Onofre Alves Batista Júnior: “Impõe-se, assim, em respeito aos princípios da isonomia e da publicidade, que as transações administrativas celebradas sejam dadas ao amplo conhecimento dos administrados, de forma a possibilitar que todos os que estejam na mesma situação jurídica possam ser tratados isonomicamente pela Administração.”. Ibidem, p. 549

ilícito, pelo que, em contrapartida à cooperação, receberá a suavização da pena em forma de benefícios”⁵⁶⁹.

A finalidade administrativa do acordo de leniência não é graciosa. Procura-se também um benefício à própria administração pública. Especificamente, busca-se a obtenção de provas concretas no âmbito do processo administrativo que investiga um determinado ato ilícito. O acordo de leniência facilita a obtenção de informações e documentos, permitindo que a administração pública imprima maior celeridade e obtenha um maior alcance ao seu processo administrativo investigatório. Consequentemente, a eficácia da prevenção e da reparação dos danos causados é acentuada, seja pela definição a respeito do ato ilícito praticado por aquela pessoa jurídica, seja porque viabiliza a aplicação de sanções aos demais envolvidos.

Historicamente, o acordo de leniência é conhecido por sua previsão na legislação relacionada ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, do qual se destaca a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Os artigos 86 e 87 da Lei Federal nº 12.529/2011 disciplinam a celebração de acordos de leniência com pessoas físicas ou jurídicas que colaborem em investigações sobre infrações à ordem econômica. Permite-se, por meio do acordo de leniência, “a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável” (artigo 86). Inclusive, é possível também impedir o oferecimento de denúncia criminal contra o agente beneficiário da leniência, especificamente em relação aos crimes contra a ordem econômica tipificados na Lei Federal nº 8.137/1990 e “nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel” (artigo 87 da Lei Federal nº 12.529/2011). O cumprimento do acordo de leniência extingue a punibilidade desses crimes, inclusive.

Atualmente, o acordo de leniência recebe grande destaque em razão da referenciada Operação Lava Jato. É o noticiário: “O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) tem hoje em curso cerca de 30 investigações de cartéis formados por empresas envolvidas na Lava Jato”. Ainda, afirma-se na grande mídia que “a operação tem provocado uma verdadeira corrida das empresas ao Conselho em busca de acordos de leniência: os pedidos aumentaram 300% do ano passado para cá, segundo o superintendente-geral do Cade, Eduardo Frade”⁵⁷⁰.

⁵⁶⁹ Cf. BITTENCOURT, Sidney. **Comentários à lei anticorrupção**: Lei 12.846/2013. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 110

⁵⁷⁰ RODRIGUES, Lorena. **Cade investiga 30 cartéis formados por empresas envolvidas na Lava Jato**. O Estado de São Paulo [online]. São Paulo, 18 nov. 2016. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,cade-investiga-30-carteis-formados-por-empresas-envolvidas-na-lava-jato,10000089064>> Acesso em 18 nov. 2016.

A espécie recebeu destaque maior também após a sua inserção na Lei Federal nº 12.846/2011, aqui já referenciada como a Lei Anticorrupção. Nesse âmbito, a celebração do acordo de leniência pode gerar a isenção ou a atenuação de algumas penalidades previstas na própria Lei Anticorrupção e na Lei Federal nº 8.666/1993, que dispõe sobre as normas gerais de licitação pública e contrato administrativo.

Especificamente, três diferentes transações podem compor o acordo de leniência em relação às penalidades previstas na Lei Anticorrupção: (i) a isenção da publicação extraordinária da decisão condenatória; (ii) o afastamento da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público; e (iii) a redução do valor da multa aplicável em até 2/3 (dois terços)⁵⁷¹.

De forma conjugada à leniência dirigida às penalidades da Lei Anticorrupção, lança-se também a relevante possibilidade de isenção ou atenuação das penalidades previstas nos seus artigos 86 a 88 da Lei Federal nº 8.666/1993, conforme: (i) advertência; (ii) multa moratória; (iii) multa compensatória; (iv) suspensão temporária de participação e contratação com a administração; e (v) declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a administração pública⁵⁷².

Tratando-se de uma espécie de transação administrativa, é natural que o conteúdo do acordo de leniência seja construído por intermédio de diálogos público-privados. Aliás, o caráter variável do ajuste está materializado no próprio parágrafo 4º do artigo 16 da Lei Federal nº 12.846/2013, responsável pela previsão de que o acordo de leniência “estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo”. Há, portanto, flexibilidade procedimental para que uma negociação administrativa entabule as condições do acordo de leniência, a fim de adequar as especificidades do caso concreto à eficácia do processo administrativo investigatório.

Alguns requisitos para que o ajuste seja celebrado são previstos no artigo 16 da Lei Federal nº 12.846/2011 e a verificação do atendimento a esses requisitos se sucede em meio a diálogos público-privados. São depoimentos, documentos, informações e compromissos apresentados e estabelecidos entre os agentes econômicos e os agentes públicos em arena de negociação.

⁵⁷¹ A previsão legal deste acordo de leniência encontra-se no parágrafo 2º do artigo 16 da Lei Federal nº 12.846/2013.

⁵⁷² A previsão legal deste acordo de leniência encontra-se no artigo 17 da Lei Federal nº 12.846/2013.

Em primeiro lugar, a pessoa jurídica beneficiada pelo acordo de leniência deve admitir a sua participação no ilícito investigado pela administração pública. Em segundo lugar, a pessoa jurídica beneficiada deve se comprometer a cooperar plenamente, de forma permanente, com as investigações e com o processo administrativo, arcando com as respectivas despesas financeiras para fazê-lo. Em terceiro lugar, esta pessoa jurídica, dentre as envolvidas no ilícito investigado, deve ter sido a primeira a se manifestar sobre o interesse em cooperar, sendo que é possível a formação de uma fila – o que é útil caso outros interessados manifestem o interesse previamente, mas não celebrem o acordo. Em quarto lugar, a pessoa jurídica beneficiada deve cessar integralmente o seu envolvimento no ilícito investigado. Em quinto lugar, quando couber, a pessoa jurídica deve identificar os demais envolvidos no ilícito investigado, fornecendo informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. Em sexto lugar, o acordo deve ser necessariamente celebrado pela autoridade máxima do órgão ou entidade da administração pública, exceto no caso do Poder Executivo Federal, em que a competência é atribuída ao Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (MTFC), que substituiu a Controladoria-Geral da União (CGU).

A regulamentação do instituto no âmbito da Lei Federal nº 12.529/2011, que disciplina o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, é muito semelhante àquela prevista no âmbito da Lei Federal nº 12.846/2011. No que difere, destaca-se a previsão de um requisito distinto para a celebração do acordo de leniência: será possível celebrar o acordo desde que “a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo” (inciso III do parágrafo 1º do artigo 86). Essa condição não se encontra na Lei Anticorrupção, o que conduz ao entendimento de que, em relação à espécie de acordo de leniência por si prevista, é viável celebrá-la ainda que já existam provas suficientes para assegurar uma condenação.

É evidente que o acordo de leniência, assim como qualquer outro ajuste administrativo, pode ser construído para conferir ares de legalidade e legitimidade a alguma ilicitude previamente acordada entre agente público e agente econômico. É o que aconteceria, por exemplo, em caso de celebração do ajuste sem a conformação de seus pressupostos, a fim de beneficiar indevidamente o agente econômico. Em verdade, como já exposto, esse risco é comum à própria atuação administrativa, e não somente às transações administrativas, sendo que tal operação também pode ser materializada no âmbito de decisões unilaterais nos processos administrativos sancionatórios. A respeito da temática, leia-se a opinião de Onofre Alves Batista Júnior:

As dúvidas e reticências que a introdução da transação administrativa tem suscitado se deve, em grande parte, à possibilidade de que esse instrumento seja utilizado indevidamente para dar cobertura jurídica a possíveis conluíus entre administrados e agentes públicos, respaldando atuações em desvio de poder. Ocorre que esse mesmo risco existe quando se adotam atos administrativos unilaterais, cujo conteúdo pode ter sido pactuado ocultamente. Ao contrário, a utilização do mecanismo contratual pode ter como efeito positivo dar transparência ao resultado da transação, sem emascará-la por baixo de ato administrativo⁵⁷³.

De fato, o acordo de leniência, por sua característica bilateral e negocial, prefere à simples concessão unilateral de alguma vantagem equivalente à pessoa jurídica após o regular processo administrativo sancionatório. Isso porque, sem supor que os diálogos público-privados inexistem, esta espécie de atuação administrativa assume e se reconhece como o resultado de uma negociação, representando espécie de transação administrativa celebrada sob ambiente de potencial visibilidade. Além disso, constituindo-se como um ajuste bilateral, o conteúdo do acordo de leniência contempla os compromissos assumidos pelo agente econômico, cujo descumprimento pode trazer-lhe consequências desfavoráveis inéditas quando em comparação com a simples concessão unilateral de uma sanção.

Reconhecendo-se a negociação como um processo de comunicação recíproca que objetiva construir um acordo que atende aos interesses das partes em nível maior do que aquele que seria obtido de outra forma, a conclusão é de que a celebração de um acordo de leniência, desde que seus pressupostos tenham sido contemplados, coloca a administração pública numa situação mais vantajosa do que encontraria após uma atuação meramente unilateral.

De todo modo, retomando-se o pressuposto da transparência como uma diretriz essencial aplicável aos diálogos público-privados, algumas considerações complementares são relevantes. Como ensina Sidney Bittencourt, “não se pode descurar da manutenção do sigilo como fator para o êxito do instituto”⁵⁷⁴. Pela natureza processual investigatória em que se insere o acordo de leniência, é natural que o sigilo seja condição para a obtenção de provas e para a própria eficácia da operação.

Contudo, o sigilo é imprescindível apenas e enquanto prover utilidade ao processo administrativo. Após a conclusão da investigação pela administração pública, todo o processo administrativo deve se submeter à regra geral de publicidade, incluindo-se todos os diálogos público-privados mantidos durante as tratativas das negociações prévias ao acordo de leniência. Como visto, o que é importante preservar, mediante o devido registro das negociações em

⁵⁷³ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 553.

⁵⁷⁴ BITTENCOURT, Sidney. **Comentários à lei anticorrupção**: Lei 12.846/2013. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 114.

processo, é o potencial de visibilidade desses diálogos público-privados, ainda que tal visibilidade seja postergada em razão do sigilo necessário durante as negociações e investigações.

Essa solução encontra fundamento também no próprio inciso LX do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. No caso, o interesse social nos desdobramentos do acordo de leniência é que pode justificar a imposição de sigilo enquanto as investigações e as negociações se sucedem. Como o acordo de leniência muito provavelmente não se sujeitará às demais hipóteses constitucionais de sigilo, a consequência jurídica natural ao término do processo administrativo investigatório deve ser o acesso pleno e integral por qualquer um do povo – tal como a solução anunciada anteriormente para os *road shows* com convidados exclusivos e às reuniões reservadas com participantes do procedimento de manifestação de interesse (PMI)⁵⁷⁵.

O que se pretende evitar, mais uma vez, é que eventuais tratativas entre agentes públicos e agentes econômicos ocorram de maneira informal, em reuniões não registradas no processo administrativo e sem qualquer viabilidade de controle sobre eventuais conluíus ou assimetrias técnicas que levem ao fenômeno da captura.

Novamente, uma solução razoável para as negociações que precedem o acordo de leniência é a aplicação das regras propostas para as audiências público-privadas, excetuada a questão da imediata publicidade, sendo mantida a ênfase para o registro integral e fidedigno das comunicações orais. Essa solução é comum às demais negociações que precedem transações administrativas no âmbito dos processos administrativos sancionatórios.

Quadro 17 - Matriz sintética de análise sobre as negociações prévias ao acordo de leniência

As negociações prévias ao acordo de leniência	
Ocorrência	
	Processo administrativo sancionatório
Natureza das interlocuções	

⁵⁷⁵ As demais hipóteses de sigilo, previstas na constituição federal (incisos X e XXXIII do artigo 5º) e disciplinadas pela Lei Federal nº 12.527/2011, referem-se a dois conjuntos de situações: (i) a imprescindibilidade para a segurança do estado e da sociedade; e (ii) a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem das pessoas. Neste quesito, é seguro concluir que a divulgação da informação sobre a participação de alguém em um ato ilícito não constitui uma violação ao direito à honra ou à imagem desta pessoa, uma vez que, se este raciocínio fosse verdadeiro, nenhuma notícia e nenhum processo administrativo ou judicial com caráter sancionatório poderia ser divulgado. O direito à inviolabilidade da honra não deve proteger a pessoa em relação à divulgação de fatos ou da apuração de fatos.

	Escrita
	Oral
Frequência estimada na administração pública brasileira	
	Raro
Formalidade	
	Procedimento com previsão insuficiente em decreto e/ou regulamento interno
Registro sobre as comunicações no processo administrativo	
	Prováveis diálogos informais/extraprocessuais
	Informação sobre a síntese das comunicações deve ser registrada
Publicidade sobre os documentos	
	Possibilidade de sigilo temporário
	Sem previsão específica. Publicidade mediante requerimento de acordo com a Lei Federal nº 12.527/2011
Amplitude de participação	
	Diálogos reservados. Possibilidade jurídica de exclusão de participação conjunta de potenciais interessados
Ética	
	Sem diretrizes éticas específicas para o diálogo público-privado
Controle	
	Sem previsão de controle específico / Sujeição ao controle interno e externo comum sobre as atividades da administração pública
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para a administração pública	
	Alta
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para o agente econômico	
	Alta
Percepção sobre o grau de riscos	
Elevado	Potencial lesivo aos interesses públicos/patrimônio público em caso de corrupção ou captura técnica
Elevado	Probabilidade de ocorrência de corrupção ou de captura técnica
Elevado	Potencial grau de impacto sobre o processo de legitimação estatal em caso de desvirtuamento
Elevado	Probabilidade de diálogo público-privado informal
Percepção sobre o nível de complexidade das medidas para o controle dos riscos	
Elevado	Complexidade para implementação de medidas preventivas
Elevado	Complexidade para implementação de medidas repressivas
Nível de institucionalização na administração pública brasileira	
	Incipiente

4.4.2 As negociações prévias ao termo de ajustamento de conduta (TAC)

O termo de ajustamento de conduta (TAC) é uma espécie de transação administrativa prevista na Lei Federal nº 7.347/1985, norma que disciplina a ação civil pública. Os órgãos públicos legitimados para a propositura da ação civil pública podem “tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial” (parágrafo 6º do artigo 5º).

É um expediente dedicado à adequação de condutas potencialmente irregulares perpetradas por agentes econômicos. Diz-se “potencialmente irregulares” porque, como regra, a celebração do termo de ajustamento de conduta (TAC) não reclama a confissão do agente econômico em relação à responsabilidade e aos fatos que lhe são imputados. Ou seja, o agente econômico opta por celebrar o ajuste para fazer cessar o processo administrativo, sem que haja a necessidade de reconhecer formalmente a responsabilidade pelo ilícito de que é acusado. Conforme sustenta Nelson de Freitas Porfirio Junior, em atenção aos termos de ajustamento de conduta (TAC) na seara ambiental, o expediente é “uma excelente alternativa extrajudicial para a resolução do conflito”⁵⁷⁶.

O objeto do termo de ajustamento de conduta (TAC) varia de acordo com a natureza da lesão que se pretende evitar, sendo bastante amplo o leque de matérias passíveis de acordo. A potencial irregularidade deve estar vinculada ao risco ou à concretização de danos morais e patrimoniais ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, à ordem urbanística, à honra e dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, ao patrimônio público e social, por infração da ordem econômica ou a qualquer outro interesse difuso e coletivo.

Embora seja frequente o manejo do expediente pelo Ministério Público, ou ainda, embora mais raramente, pela Defensoria Pública, interessa que a competência para a celebração de termo de ajustamento de conduta (TAC) se estende à administração pública direta da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, assim como às suas autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista.

Havendo competência administrativa para a celebração desses acordos, exsurge a temática dos diálogos público-privados, haja vista a necessidade de negociação de seus termos durante a formação do ajuste.

⁵⁷⁶ PORFIRIO JUNIOR, Nelson de Freitas. **Acordos Ambientais**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005, p. 161.

A preocupação novamente recai sobre as regras aplicáveis às comunicações orais e escritas. Uma análise abrangente sobre as regulamentações dedicadas à espécie corrobora a hipótese de que o ordenamento jurídico brasileiro pouco se dedica aos diálogos público-privados.

Veja-se, por exemplo, que a Resolução nº 199/2011, da Agência Nacional de Aviação (ANAC) silencia sobre as negociações preliminares ao termo de ajustamento de conduta (TAC), muito embora estabeleça precisamente “os procedimentos para a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta no âmbito da ANAC”⁵⁷⁷. O mesmo silêncio normativo pode ser identificado na Resolução nº 5.083/2016, da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), que disciplina o processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de penalidades, incluindo-se os termos de ajustamento de conduta (TACs)⁵⁷⁸. Cite-se, neste mesmo sentido, a lacuna normativa que pode ser aferida na Resolução nº 3.259/2014, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ)⁵⁷⁹.

Outras regulamentações aplicáveis aos termos de ajustamento de conduta (TACs) até mencionam o diálogo público-privado, reportando-se às “negociações dos termos do TAC” e indicando quem deve conduzi-las por parte da administração pública, mas silenciam completamente a respeito de quais regras devem ser aplicadas durante o procedimento. Nesse sentido encontra-se a Resolução nº 629/2013, da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), cujo objeto é o “regulamento de celebração e acompanhamento de termo de compromisso de ajustamento”⁵⁸⁰.

Há pelo menos uma exceção positiva no que se refere à regulamentação das negociações preliminares aos termos de ajustamento de conduta (TACs). A título de parâmetro que deve orientar o desenvolvimento normativo aplicável ao fenômeno, tome-se a disciplina prevista na Instrução Normativa nº 118/2015, da Agência Nacional do Cinema (ANCINE), que

⁵⁷⁷ BRASIL. Agência Nacional de Aviação – ANAC. **Resolução nº 199, de 13 de setembro de 2011**. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2011/resolucao-no-199-de-13-09-2011/@@display-file/arquivo_norma/RA2011-0199.pdf> Acesso em 19 nov. 2016.

⁵⁷⁸ BRASIL. Resolução nº 5.083, de 27 de abril de 2016, da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, 2016. Disponível em: <http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/46843/Resolucao_n__5083.html> Acesso em 19 nov. 2016.

⁵⁷⁹ BRASIL. Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ. **Resolução nº 3.259, de 30 de janeiro de 2014**. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/Portal/pdfSistema/Publicacao/0000006315.pdf>> Acesso em 19 nov. 2016.

⁵⁸⁰ BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. **Resolução nº 629, de 16 de dezembro de 2013**. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/680-resolucao-629>> Acesso em 19 nov. 2016.

disciplina “o procedimento de celebração e acompanhamento de Termo de Ajuste de Conduta – TAC e dá outras providências”⁵⁸¹.

De forma semelhante às demais normas, dispõe a referida instrução normativa que o processo administrativo relativo à propositura do termo de ajustamento de conduta (TAC) deve ser instruído pela área técnica competente da agência reguladora, que apresenta à diretoria um “parecer acerca da legalidade, conveniência e oportunidade de sua celebração” (inciso I do artigo 4º). Como é praxe, a iniciativa de proposição do acordo pode resultar de manifestação por escrito do agente econômico ou da própria agência reguladora. Após as composições ajustadas por meio de negociação, o processo administrativo tramita perante as instâncias consultivas e deliberativas da agência, como a assessoria jurídica e a diretoria colegiada⁵⁸².

Para o que interessa diretamente ao estudo, há previsão expressa de que a primeira etapa do procedimento é a realização de “reuniões de negociação entre representantes da ANCINE e o representante legal do agente econômico, ou procurador devidamente constituído, em local, data e hora indicados pela ANCINE” (inciso I do artigo 10).

Avulta que a solução prevista para o registro e controle das negociações preliminares ao termo de ajustamento de conduta (TAC) é muito semelhante àquela sugerida. O inciso I do parágrafo 1º do artigo 10 Instrução Normativa nº 118/2015, da ANCINE contém determinação expressa de que, caso essas negociações sejam realizadas por “reuniões presenciais, os participantes deverão, além de observar as regras específicas acerca de reuniões previstas no Decreto nº 4.334 de 2002, elaborar ata a ser assinada por todos os presentes e juntada ao processo correspondente”. Ainda, se as negociações não forem realizadas em ambiente presencial, aplica-se a determinação de que “todas as correspondências físicas ou eletrônicas deverão ser juntadas ao processo correspondente” (inciso II do parágrafo 1º do artigo 10).

De fato, essa é a solução normativa e procedimental que se propõe seja institucionalizada. Normas gerais que regulamentam as audiências público-privadas deveriam ser aplicadas sempre que diálogos público-privados presenciais são conduzidos no âmbito dos processos administrativos, sem prejuízo de que alguma disciplina específica seja adaptada para a realidade do órgão ou do procedimento. Em relação às comunicações por escrito, a solução

⁵⁸¹ BRASIL. Agência Nacional do Cinema – ANCINE. **Instrução Normativa nº 118/2015**. Disponível em: <<http://www.ancine.gov.br/legislacao/instrucoes-normativas-consolidadas/instru-o-normativa-n-118-de-16-de-junho-de-2015>> Acesso em 19 nov. 2016.

⁵⁸² A manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória interrompe o prazo prescricional da pretensão punitiva, o que é medida razoável para se evitar o risco de que o instituto fosse empregado como meio de postergar o processo até a extinção da punibilidade por prescrição (vide inciso IV do artigo 2º da Lei Federal nº 9.783/1999).

também é coincidente: a integralidade das informações deve ser anexada ao processo administrativo correspondente.

É louvável, portanto, a previsão contida na Instrução Normativa nº 118/2015, da ANCINE. Nesse contexto, em complemento ao conjunto de alterações normativas apresentadas para o Decreto Federal nº 4.334/2002, sugere-se que uma vinculação semelhante às normas gerais das audiências público-privadas seja inserida nos regulamentos de todos os procedimentos administrativos em que existe a possibilidade de se proceder a algum diálogo público-privado presencial.

Quadro 18 - Matriz sintética de análise sobre as negociações prévias ao termo de ajustamento de conduta (TAC)

As negociações prévias ao termo de ajustamento de conduta (TAC)	
Ocorrência	
	Processo administrativo sancionatório
Natureza das interlocuções	
	Escrita
	Oral
Frequência estimada na administração pública brasileira	
	Esporádico
Formalidade	
	Procedimento com previsão insuficiente em decreto e/ou regulamento interno
Registro sobre as comunicações no processo administrativo	
	Prováveis diálogos informais/extraprocessuais
	Informação sobre a síntese das comunicações deve ser registrada
Publicidade sobre os documentos	
	Possibilidade de sigilo temporário
	Sem previsão específica. Publicidade mediante requerimento de acordo com a Lei Federal nº 12.527/2011
Amplitude de participação	
	Editais de convocação promovido pela administração pública
	Diálogos reservados. Possibilidade jurídica de exclusão de participação conjunta de potenciais interessados
Ética	
	Sem diretrizes éticas específicas para o diálogo público-privado
Controle	
	Sem previsão de controle específico / Sujeição ao controle interno e externo comum sobre as atividades da administração pública

Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para a administração pública	
	Alta
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para o agente econômico	
	Alta
Percepção sobre o grau de riscos	
Elevado	Potencial lesivo aos interesses públicos/patrimônio público em caso de corrupção ou captura técnica
Elevado	Probabilidade de ocorrência de corrupção ou de captura técnica
Elevado	Potencial grau de impacto sobre o processo de legitimação estatal em caso de desvirtuamento
Elevado	Probabilidade de diálogo público-privado informal
Percepção sobre o nível de complexidade das medidas para o controle dos riscos	
Elevado	Complexidade para implementação de medidas preventivas
Elevado	Complexidade para implementação de medidas repressivas
Nível de institucionalização na administração pública brasileira	
	Incipiente

4.4.3 As negociações prévias ao termo de compromisso de cessação de prática (TCC)

Com natureza semelhante ao acordo de leniência e ao termo de ajustamento de conduta (TAC), o *termo de compromisso de cessação de prática (TCC)* encontra-se previsto no artigo 85 da Lei Federal nº 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. No âmbito regulamentar, o instituto é disciplinado pelos artigos 179 a 196 do regimento interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

O termo de compromisso de cessação de prática (TCC) é uma espécie de transação administrativa por infração à ordem econômica em que o particular investigado, durante o trâmite do processo administrativo perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), compromete-se a não praticar a conduta investigada ou permitir os seus efeitos lesivos; em contrapartida, o processo administrativo investigatório é suspenso e, após a

confirmação da cessação da conduta, promove-se a sua extinção, sem prejuízo de que, oportunamente, alguma multa seja incluída no ajuste⁵⁸³⁻⁵⁸⁴.

A multa aplicável é proporcionalmente reduzida em relação àquela que seria esperada em caso de condenação em regular do processo administrativo. Essa redução proporcional varia de acordo com “a amplitude e utilidade da colaboração do compromissário com a instrução processual e o momento de apresentação da proposta” (artigo 187 do regimento interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica). Diferentemente do acordo de leniência, não há a possibilidade de extinção da punibilidade criminal, o que resulta em menor atratividade do instituto para os agentes econômicos⁵⁸⁵.

Assim como as demais transações administrativas em processos administrativos sancionatórios, o termo de compromisso de cessação de prática (TCC) é celebrado em momento processual preliminar à decisão administrativa, em que há incerteza em relação ao desfecho da investigação. Nesse sentido, a proposta de termo de compromisso de cessação de prática (TCC) pode ser apresentada pelo próprio particular ou pela Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). A simples propositura de acordo, contudo, não configura – e não deve configurar – um adiantamento da análise de mérito por parte da administração pública ou a confissão da prática pelo particular.

A identificação dos demais envolvidos na atividade investigada não é condição para a celebração do termo de compromisso de cessação de prática (TCC), inclusive porque o acordo pode ser celebrado em situações que inexistem outros agentes econômicos potencialmente envolvidos. Também não há necessidade de confissão da prática investigada e de colaboração com a instrução processual, exceto nos casos de investigação de acordo, combinação,

⁵⁸³ Como ensina Patrícia Regina Pinheiro Sampaio, ressalvadas algumas nuances, “os TCCs são acordos celebrados entre o Cade e uma ou mais pessoas investigadas por infração à ordem econômica, no qual, de um lado, os investigados se comprometem a fazer cessar a prática investigada e, de outro, a autoridade concorrencial suspende o processo administrativo com relação aos signatários do pacto que, uma vez cumprido, ensejará o arquivamento do processo.”. Outra vantagem ao particular, apontada pela autora, refere-se ao fato de que os particulares signatários não serão considerados reincidentes caso, futuramente, incorram em prática ilícita análoga àquela que foi cessada em decorrência do acordo. Cf. PINHEIRO SAMPAIO, Patrícia Regina. A utilização do termo de compromisso de cessação de prática no combate aos cartéis. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 249, ago. 2008, p. 245-246. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4100>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

⁵⁸⁴ Vale mencionar que a *proposta* de termo de compromisso, seja por parte do Superintendente-Geral ou do particular, “não suspende a tramitação do processo administrativo, do inquérito administrativo ou do procedimento preparatório de inquérito administrativo” (parágrafo 1º do artigo 179 e parágrafo 5º do artigo 190 do regimento interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica). O que suspende o processo administrativo é a efetiva celebração do ajuste.

⁵⁸⁵ Para uma análise sobre as vantagens do acordo de leniência em relação ao termo de compromisso de cessação de prática (TCC), conferir PINHEIRO SAMPAIO, Patrícia Regina. A utilização do termo de compromisso de cessação de prática no combate aos cartéis. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 249, ago. 2008, p. 254-255. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4100>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

manipulação ou ajuste entre concorrentes, conforme delineado no artigo 185 do regimento interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica⁵⁸⁶. Em caso de cartel ou de práticas análogas, portanto, o termo de compromisso de cessação de prática (TCC) aproxima-se conceitualmente do acordo de leniência, exigindo-se a confissão e a contribuição ativa na instrução processual, embora o cardápio de potenciais benefícios seja comparativamente reduzido.

Como as demais espécies de transações administrativas, a celebração de um termo de compromisso de cessação de prática (TCC) também demanda uma fase preliminar de negociação.

Esse *processo de negociação* é disciplinado pelos artigos 182 e 182 do regimento interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Prevê-se a criação de uma “*Comissão de Negociação*, formada por três ou mais servidores em exercício no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), além do Superintendente-Geral ou do Conselheiro-Relator, o que depende do momento processual em que a proposta de termo de compromisso de cessação de prática (TCC) é apresentada.

Resultará dessas negociações uma determinada proposta de termo de compromisso, que será deverá ser submetida à apreciação dos membros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), em conjunto com um parecer do Superintendente-Geral, caso tenha participado, em que opinará pela homologação ou rejeição do acordo⁵⁸⁷. Não há, contudo, qualquer disciplina específica sobre a modo de condução desses diálogos público-privados.

⁵⁸⁶ Tome-se, como exemplo, o termo de compromisso de cessação de prática (TAC) firmado pela JBS S.A. e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em 28 de novembro de 2007. No caso, “[a] celebração deste Termo de Compromisso não importou em confissão quanto à matéria de fato e nem o reconhecimento de culpa ou de qualquer ilicitude pela JBS, seus acionistas, gestores e prepostos, de toda e qualquer conduta investigada no mercado relevante de compra de gado desclassificado para abate no Brasil.”. Contudo, comprometeu-se a “não estabelecer e nem se utilizar de tabelas padronizadas de descontos para compra de gado desclassificado.”. Cf. JBS S.A. **Comunicado ao mercado**: termo de compromisso de cessação junto ao CADE. 28 nov. 2007. Disponível em: <http://jbss.foinvest.com.br/enu/2172/TermodeCompromissodecessaojuntoaoCADE_html/TermodeCompromissodecessaojuntoaoCADE.html> Acesso em 18 nov. 2016.

⁵⁸⁷ Em relação à metodologia que deve ser empregada para esta avaliação, uma interessante solução foi empregada pelo conselheiro relator Luís Fernando Schuartz por ocasião do julgamento do Requerimento nº 08700.004221/2007-56, que versava sobre uma proposta de celebração de termo de compromisso de cessação de prática (TCC). A fim de evitar um revolvimento da negociação, a metodologia utilizada foi a seguinte: “A análise da conveniência e oportunidade da proposta deve, a meu ver, ser realizada a partir de um critério ‘consequencialista’ de decisão, i. e., da valoração das consequências associadas à decisão de celebrar o TCC e à decisão de não celebrar o TCC tal como este se apresenta, contando-se a decisão de celebrar o TCC como ‘conveniente e oportuna’ do ponto de vista da administração pública se e somente se as consequências esperadas a ela associadas forem, desse ponto de vista exclusivamente, ‘estritamente preferíveis’ àquelas associadas à decisão de não celebrá-lo.”. A íntegra do voto pode ser encontrada em PINHEIRO SAMPAIO, Patrícia Regina. A utilização do termo de compromisso de cessação de prática no combate aos cartéis. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 249, ago. 2008, p. 254-255. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4100>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

Ainda, uma agravante refere-se à previsão de que, “[a] critério do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral, poderá ser deferido tratamento de acesso restrito à apresentação do requerimento, aos seus termos, ao andamento processual e ao processo de negociação”.

Não se duvida que, em alguns casos, especialmente quando diante de investigações que envolvem outros agentes econômicos ou agentes públicos, o sigilo seja uma medida temporária essencial. A inquietação paira sobre a ausência de critérios predefinidos e a respectiva concessão de ampla margem de discricionariedade para a decisão de conferir publicidade ou sigilo a esses diálogos público-privados.

Nesse contexto, novamente, uma solução adequada e razoável reporta-se à construção de normas gerais aplicadas às audiências público-privadas. Como visto, atualmente essas regras podem ser encontradas no Decreto Federal nº 4.334/2002, que, insista-se, deveriam ser reformadas para contemplar disposições mais completas e rigorosas no que se refere à formalização e à publicidade das comunicações. Em relação às comunicações escritas, a solução perpassa pelo registro integral dos documentos intercambiados, ainda que a publicidade seja eventualmente postergada.

Por fim, mencione-se que a realização desses acordos substitutivos pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) acabou por influenciar outros órgãos da administração pública brasileira, a exemplo da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), que também possui espécie de termo de compromisso para a cessação de práticas e correção de irregularidades⁵⁸⁸.

Contudo, a regulamentação legal é menos detalhada e, para o que interessa ao estudo, não há detalhamento a respeito das negociações que precedem o acordo, apenas questões relacionadas aos prazos e competências para a negociação e para a sua celebração (parágrafos 5º a 8º do artigo 11 da Lei Federal nº 6.385/1976 e Deliberação CVM nº 390, de 8 de maio de 2001). Apesar disso, as estatísticas indicam o uso frequente do expediente, sendo que entre 2009 a 2014, “chegou-se ao número total de 405 termos aprovados pelo órgão regular, resultados que caracterizam uma acentuada utilização deste instrumento regulatório”⁵⁸⁹. Mais uma razão, portanto, para que sejam expedidas normas gerais regulamentadoras, no mínimo, para as audiências público-privadas inerentes a essas negociações.

⁵⁸⁸ Cf. CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Termo de compromisso no processo administrativo sancionador do Banco Central: possibilidades e limites. In: OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito sancionador**: Sistema Financeiro Nacional. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 296.

⁵⁸⁹ CHAVES, Vinicius Figueiredo; SOARES, Abel Rafael. Análise crítica da aplicação do termo de compromisso como instrumento regulatório do mercado de capitais. **Revista do Direito Público**, Londrina, v.11, n.1, jan./abr.2016, p. 61.

Quadro 19 - Matriz sintética de análise sobre as negociações prévias ao termo de compromisso de cessação de prática (TCC)

As negociações prévias ao termo de compromisso de cessação de prática (TCC)	
Ocorrência	
	Processo administrativo sancionatório
Natureza das interlocuções	
	Escrita
	Oral
Frequência estimada na administração pública brasileira	
	Raro
Formalidade	
	Procedimento com previsão insuficiente em decreto e/ou regulamento interno
Registro sobre as comunicações no processo administrativo	
	Prováveis diálogos informais/extraprocessuais
	Informação sobre a síntese das comunicações deve ser registrada
Publicidade sobre os documentos	
	Possibilidade de sigilo temporário
	Sem previsão específica. Publicidade mediante requerimento de acordo com a Lei Federal nº 12.527/2011
Amplitude de participação	
	Diálogos reservados. Possibilidade jurídica de exclusão de participação conjunta de potenciais interessados
Ética	
	Sem diretrizes éticas específicas para o diálogo público-privado
Controle	
	Sem previsão de controle específico / Sujeição ao controle interno e externo comum sobre as atividades da administração pública
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para a administração pública	
	Alta
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para o agente econômico	
	Alta
Percepção sobre o grau de riscos	
Elevado	Potencial lesivo aos interesses públicos/patrimônio público em caso de corrupção ou captura técnica
Elevado	Probabilidade de ocorrência de corrupção ou de captura técnica
Elevado	Potencial grau de impacto sobre o processo de legitimação estatal em caso de desvirtuamento
Elevado	Probabilidade de diálogo público-privado informal
Percepção sobre o nível de complexidade das medidas para o controle dos riscos	

Elevado	Complexidade para implementação de medidas preventivas
Elevado	Complexidade para implementação de medidas repressivas
Nível de institucionalização na administração pública brasileira	
	Incipiente

4.5 Análise sistêmica sobre os institutos de diálogo público-privado

Uma análise sistêmica sobre as espécies de diálogo público-privado desenvolvidos pela administração pública brasileira revela que o nível de institucionalização do fenômeno está aquém daquele que poderia ser considerado adequado.

Embora existam algumas raras exceções, como as audiências públicas, as consultas públicas e, mais recentemente, o procedimento de manifestação de interesse (PMI), a grande maioria dos institutos dialógicos recebe tratamento precário e assistemático pelo ordenamento jurídico brasileiro. A maioria absoluta dos institutos encontra-se em nível incipiente de institucionalização.

Além disso, essas próprias regras jurídicas inadequadas e insuficientes são frequentemente desconhecidas pelos próprios agentes públicos, conforme revelou a pesquisa empreendida pelo autor. Denuncia-se, assim, uma carência que transpõe a ciência jurídica, pois depende de soluções vinculadas ao fomento de uma cultura administrativa hoje inexistente. A conclusão é de que a institucionalização dos diálogos público-privados na administração pública brasileira encontra-se em estado prematuro de desenvolvimento.

Nesse contexto, há um destaque negativo para as audiências público-privadas, em que agentes públicos dialogam presencialmente com agentes econômicos. Embora existam inúmeros instrumentos normativos infralegais dedicados à regulamentação do fenômeno, o conteúdo dessas disposições, porque insuficiente e inadequado, estimula a opacidade dos diálogos público-privados presenciais. Essa característica merece a atenção em maiores proporções porque, como visto, tal espécie de diálogo se insere no âmago de inúmeros relacionamentos público-privados de caráter econômico, inclusive de outros diálogos público-privados, independentemente da natureza do processo administrativo.

Tal como apresentado, as normas aplicáveis às audiências público-privadas não determinam o registro detalhado dessas reuniões, sendo que, em regra, resumem-se a exigir que o registro contenha alguns dados cadastrais e sintéticos. Essa solução está muito distante do

ideal de visibilidade defendido neste estudo, em que a obrigação de promover o registro fidedigno e a publicidade das comunicações orais não se distingue da obrigação aplicável às comunicações escritas. Um conjunto de sugestões para alterações normativas foi apresentado neste estudo com o objetivo de aproximar esta importante espécie de diálogo público-privado aos parâmetros de visibilidade anteriormente expostos.

A carência de soluções institucionais também acomete os diálogos público-privados conduzidos em processos administrativos de natureza regulatória.

A submissão de minutas de normas regulatórias por agentes econômicos é uma atividade que não encontra regulamentação específica no âmbito das agências reguladoras brasileiras. Embora essa peculiaridade possa decorrer do fato de que as minutas de normas reguladoras costumam ser apresentadas pela própria administração pública, não parece adequado sonegar a possibilidade e a probabilidade de que algum agente econômico deseje submeter uma proposta de inovação ou alteração de norma regulatória. Essa potencial opacidade é agravada pela constatação de que *as agências reguladoras se demonstram abertas à recepção dessas sugestões normativas*, mas não reconhecem qualquer regulamentação sobre o fenômeno, conforme revelado na pesquisa empreendida pelo autor. Ou seja, é um diálogo público-privado que ainda não se encontra apropriadamente institucionalizado.

A análise de impacto regulatório (AIR), que carrega potencial para constituir-se como a derradeira solução procedimental para os diálogos público-privados no âmbito regulatório, já que pode englobar as diferentes fases de desenvolvimento de uma norma regulatória, também se encontra em situação de prematuro desenvolvimento na administração pública brasileira. A pesquisa empreendida pelo autor revelou que as agências reguladoras federais não percebem a análise de impacto regulatório (AIR) como uma típica arena de diálogo público-privado, ainda que essa interlocução seja inerente ao procedimento e que existam registros de que o instituto é desenvolvido com alguma frequência pela administração pública brasileira. Nesse contexto, o Projeto de Lei nº 1.539/2015, em trâmite perante a Câmara de Deputados, caso aprovado, poderia estimular a solução procedimental para esses diálogos público-privados, uma vez que tornaria obrigatória a realização de análises de impacto regulatório (AIRs) pela administração pública federal.

Embora se defenda a ampla participação competitiva e a máxima transparência possível como diretrizes que deveriam orientar os diálogos público-privados, o que se percebe no âmbito regulatório é uma acentuada flexibilização em desprestígio desses valores. Por meio do intercâmbio documental, por exemplo, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) retira das audiências públicas a sua característica sessão presencial, reduzindo o seu potencial

de abertura à participação. Por intermédio da tomada de subsídio e da reunião participativa, noutro exemplo, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANTT) pode restringir o diálogo público privado a agentes econômicos convidados, o que retira o potencial benefício anunciado sobre a maior pluralidade possível de interlocutores.

Também não há qualquer solução institucionalizada para os diálogos público-privados ocorridos durante a etapa de fiscalização das atividades econômicas submetidas a normas de caráter regulatório. A aplicação das normas gerais de audiência público-privada às reuniões presenciais ocorridas neste âmbito é uma solução potencialmente adequada, sendo complementada pelo registro fidedigno e integral das comunicações por escrito, para que possam ser verificadas por terceiros quaisquer.

No âmbito das contratações públicas, uma análise histórica sobre o procedimento de manifestação de interesse (PMI) sugere esta espécie de diálogo público-privada encontra-se em fase mais avançada de desenvolvimento institucional. A consolidação normativa promovida pelo Decreto Federal nº 8.428/2015 e pela recente previsão do instituto na Lei Federal nº 13.303/2016 (Lei das Estatais) constituem evidências dessa institucionalização. Contudo, ainda persistem carências em matéria de abertura à participação, haja vista a anunciada possibilidade de restrição do universo de interlocutores após análise prévia de qualificação técnica. Também não há clareza em relação à obrigação de registro das comunicações orais e sobre o livre acesso à integralidade das informações orais ou escritas intercambiadas durante o procedimento.

A paulatina institucionalização do procedimento de manifestação de interesse (PMI) repercutiu no desenvolvimento e na implementação de outras soluções dialógicas no âmbito das contratações públicas e de ajustes correlatos. Exemplo disso é a previsão legal concernente ao procedimento de manifestação de interesse social (PMI Social), que inaugurou o ordenamento jurídico brasileiro com uma solução dialógica para o planejamento de parcerias voluntárias. A prática tem influenciado igualmente o conteúdo de normas projetadas, a exemplo do que ocorre com o Projeto de Lei do Senado nº 559/2013, que pretende estabelecer novas normas gerais sobre licitação pública, em substituição à Lei Federal nº 8.666/1993. Este projeto legislativo, assim como outros diversos, prevê a expansão do procedimento de manifestação de interesse (PMI) às contratações públicas ordinárias, o que é defendido como uma medida acertada.

Atualmente, contudo, os diálogos que antecedem a elaboração de editais licitatórios remanescem imersos em ambiente de acentuada insegurança jurídica e opacidade. Isso porque, além de inexistir regulamentação aplicável ao fenômeno, há uma vedação à participação na licitação pública daqueles que participam da elaboração do projeto básico ou projeto executivo

do certame. Dessa sorte, em razão do risco que se apresenta aos particulares que pretendem celebrar o respectivo contrato administrativo com a administração pública, essa importante e corriqueira interlocução acaba sendo promovida em ambiente alheio às regras de processo administrativo. Embora alguns tímidos avanços normativos sejam identificados em relação às comunicações dedicadas à obtenção de orçamentos com potenciais fornecedores e prestadores de serviços, não há soluções institucionalizadas para o intercâmbio de informações técnicas dirigidas à construção do projeto básico ou termo de referência. Consequência disso é o desenvolvimento de procedimentos administrativos estranhos ao ordenamento jurídico brasileiro, como o *Request for Information* (RFI) e o *Request for Proposals* (RFP).

Considera-se essencial que a eventual legislação substitutiva às atuais normas gerais de licitação pública e contrato administrativo permitam a aplicação do procedimento de manifestação de interesse (PMI) – ou instituto análogo – à etapa preliminar das licitações públicas comuns. A ausência de regras jurídicas específicas e a consequente insegurança jurídica estabelece-se também nas contratações públicas decorrentes de dispensa ou inexigibilidade de licitação pública.

O silêncio normativo acomete também a etapa de divulgação e promoção do projeto de contratação pública. O *road show* é outro exemplo concreto de diálogo público-privado que, a despeito de não possuir regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro, é empreendido com frequência cada vez maior e, inclusive, reconhecido como lícito em precedente jurisprudencial. A institucionalização de todos esses momentos dialógicos é medida essencial para que os riscos inerentes às comunicações entre agentes públicos e agentes econômicos sejam parcialmente mitigados.

A escassez de normas jurídicas dedicadas aos diálogos público-privados situa-se também no âmbito dos processos administrativos sancionatórios. Com exceção das comunicações por escrito, cujo regramento é bem conhecido e coincide com o próprio exercício do contraditório e da ampla defesa, as eventuais comunicações orais não recebem disciplina específica. Não há maiores detalhamentos normativos a respeito das regras aplicáveis às negociações que precedem os acordos de leniência, os termos de ajustamento de conduta (TACs) e os termos de compromisso de cessação de prática (TCCs).

A omissão investe-se sobre todas as reuniões eventualmente solicitadas para a discussão de penalidades administrativas, como aquelas aplicáveis, por exemplo, no âmbito dos contratos administrativos. Para essas situações, defende-se veementemente a aplicabilidade das normas gerais dedicadas às audiências público-privadas, solução que não é apresentada de forma explícita pelos normativos inseridos no âmbito dos processos administrativos, exceto no

admirável caso da Instrução Normativa nº 118/2015, da Agência Nacional do Cinema (ANCINE), que aplica o Decreto Federal nº 4.334/2002 às reuniões que precedem a celebração de um termo de ajustamento de conduta (TAC).

Nenhum diálogo público-privado desenvolvido pela administração pública brasileira vincula os interlocutores a diretrizes éticas específicas. Essa constatação reforça a percepção de que ainda há um grande percurso até a apropriada institucionalização dessas comunicações. O ordenamento jurídico brasileiro também não dedica qualquer medida de controle específica e exclusiva para os diálogos público-privados, como, por exemplo, um hipotético dever de disponibilização dos registros de audiências público-privadas aos órgãos de controle, o que é mais um indicativo de que a regulamentação sobre essas interlocuções é bastante precária. De toda sorte, essa peculiaridade não impede que essas comunicações, caso devidamente formalizadas, sejam analisadas a partir dos mecanismos ordinários de controle interno e externo sobre os processos administrativos.

Numa análise geral, a opacidade dos diálogos público-privados continua bastante densa, haja vista a dificuldade existente em se conhecer os regulamentos e os procedimentos já realizados. A visibilidade pretendida, em que haveria o acesso facilitado ao conteúdo dos diálogos público-privados, inexistente. Há uma presumida aversão à exposição por parte dos agentes públicos, em que certamente são acompanhados pelos agentes econômicos. O grau prematuro de desenvolvimento dos regulamentos legais e infralegais aplicáveis aos diálogos público-privados é sintoma de uma cultura administrativa pouco afeita à visibilidade.

CONCLUSÃO

1) Os diálogos estabelecidos entre agentes públicos e agentes econômicos, porque inevitáveis, inerentes e decisivos para o exercício da função administrativa, impactam significativamente o grau de responsividade da administração pública à coletividade e, conseqüentemente, o desafio de legitimação estatal perante a população. O fenômeno é robustecido no estado brasileiro contemporâneo, considerado o seu caráter intervencionista-desenvolvimentista, o presumido e histórico contexto de corrupção sistêmica, os indícios de uma contemporânea crise de responsividade, a acentuada carga tributária e a reduzida taxa de retorno ao bem-estar social.

2) A ausência de registro e publicidade sobre os diálogos público-privados milita contrariamente ao desafio de legitimação estatal porque há um acentuado risco de que, por intermédio dessas comunicações, sem que haja possibilidade de controle, os agentes públicos deixem de se submeter à lei e passem a perseguir interesses econômicos incompatíveis com os interesses públicos, em violação à esperada responsividade da atuação administrativa.

3) Conforme revelam variados indícios extraídos de publicações editoriais, de notícias jornalísticas, de relatórios de precedentes jurisprudenciais e, inclusive, da própria pesquisa empírica empreendida para a redação deste estudo, são incontáveis os diálogos público-privados conduzidos pela administração pública brasileira em ambiente de severa opacidade. É frequente que processos administrativos não registrem integralmente as informações e comunicações que conduziram às suas conclusões, não sendo possível resgatar de forma fidedigna a memória da formação decisória.

4) A informalidade dos diálogos público-privados é característica que ofende o direito administrativo brasileiro, pois que a forma processual é impositiva para o exercício da função administrativa. Ainda que tal operação afigure-se distante da realidade contemporânea, todos os diálogos público-privados, sejam orais ou escritos, deveriam ser integralmente registrados em processo administrativo. Inclusive, no caso das comunicações orais, a gravação audiovisual é a medida com maior potencial de aderência à legalidade, pelo grau de fidelidade às informações intercambiadas. Para além do registro, o acesso ao conteúdo dos diálogos público-privados, como regra, deveria ser livre a qualquer interessado, independentemente de suas motivações, ou até mesmo espontaneamente concedido, se relevante para os interesses

públicos, em atenção às regras gerais de publicidade e de transparência ativa insculpidas na Lei Federal nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação).

5) O desvirtuamento voluntário das finalidades administrativas está condicionado à existência de canais informais e sigilosos de comunicação entre os agentes envolvidos. Em virtude da disseminação de tecnologias de criptografia de ponta a ponta, o custo e a dificuldade técnica para a estruturação de canais eletrônicos eficientes, informais e sigilosos para a manutenção de diálogos público-privados informais são diminutos ou inexistentes. Ainda em virtude dos avanços da criptografia eletrônica, o risco de que diálogos público-privados informais originem, estruturam e desenvolvam esquemas de corrupção é agravado pela contemporânea facilidade com que também transações financeiras sejam realizadas de forma universal, pouco custosa, instantânea e indetectável, por intermédio das recém-disseminadas moedas digitais (*Bitcoin*, por exemplo). A ausência de formas predefinidas para o entabulamento de esquemas de corrupção, que nem sempre se estruturam a partir do pagamento de vantagens pecuniárias indevidas, é outro elemento que dificulta a detecção e a mitigação dos riscos dos diálogos público-privados.

6) O risco de ausência de detecção sobre a eventual preponderância de interesses privados do agente público durante os diálogos público-privados é acentuado também pela natural subjetividade e complexidade da atuação administrativa, que não encontra nas normas jurídicas uma fórmula que prescindia de juízos valorativos para a perseguição dos interesses públicos. A dificuldade para a verificação desses potenciais comportamentos desviados também é justificada com o auxílio de elementos originários das ciências econômicas, especialmente a partir do problema do principal-agente, responsável pela compreensão de que, como inexitem meios para se monitorar eficiente e diretamente os agentes públicos, permite-se que, sem detecção, interesses econômicos ilegítimos sejam perseguidos durante os diálogos público-privados, ou ainda, que os agentes públicos atuem sem o comprometimento esperado pela coletividade. Aplicando-se a teoria da captura ao contexto dos diálogos público-privados, compreende-se igualmente que há uma propensão de que agentes econômicos patrocinem o desprestígio voluntário dos interesses públicos pelos agentes públicos, para que passem a atuar em benefício de interesses exclusivamente privados, em agravamento dos riscos da ausência de controle pleno sobre essas comunicações.

7) O ideal de plena visibilidade sobre os diálogos público-privados é utópico, haja vista que, independentemente das medidas preventivas ou repressivas implementadas para o controle de seus riscos, uma parcela de informalidade comunicacional permanecerá inerente às relações jurídico-administrativas e sempre influenciará os processos administrativos. Portanto,

o direito administrativo, por si só, é incapaz de assegurar o pleno controle sobre os riscos dos diálogos público-privados; é capaz, no entanto, de mitigar parcialmente esses riscos a partir de um conjunto de medidas preventivas e repressivas.

8) Analisando-se as medidas preventivas e repressivas existentes para o controle dos riscos dos diálogos público-privados, há uma manifesta predileção às medidas preventivas, pois a eficácia das medidas repressivas resta parcialmente neutralizada pela dificuldade de imposição efetiva das sanções legais. Essa dificuldade é particularmente agravada pela própria natureza dos diálogos público-privados informais, haja vista a anunciada inviabilidade técnica de que órgãos de controle obtenham conhecimento a respeito da existência e do conteúdo de interlocuções propositadamente ocultadas. Apesar disso, uma relevante e preventiva função simbólica decorre da simples existência dessas normas repressivas, o que contribui para afastar da ilicitude uma parcela significativa dos interlocutores de diálogos público-privados.

9) Dentre as medidas preventivas para o controle dos riscos dos diálogos público-privados, a maior eficácia repousa sobre aquelas que visam à eliminação do fenômeno, seja a eliminação de programas governamentais ou mediante privatização dos ativos pertencentes à administração pública. Contudo, essa estratégia, caso adotada sistematicamente, não encontra compatibilidade com a atual constituição federal, que pugna por um estado desenvolvimentista, responsável por orientar, promover e intervir sobre as atividades econômicas.

10) A realização de reformas pontuais sobre o direito administrativo e sobre os programas governamentais vigentes representam as medidas preventivas que, em consonância com as diretrizes constitucionais, podem mitigar parcialmente os riscos dos diálogos público-privados, embora a plena eficácia dessa solução seja reconhecidamente inalcançável. Nesse contexto, a institucionalização de procedimentos administrativos de diálogo público-privado configura a medida reformativa com maior potencial para promover visibilidade ao fenômeno.

11) Para que essa institucionalização dos diálogos público-privados ocorra em conformidade com o direito administrativo e não sirva como instrumento de falsa legitimação às decisões porventura adotadas em ambiente extraprocessual, é imperioso que três principais diretrizes sejam observadas numa desejada operação de transformação da cultura administrativa e de reforma sobre os regulamentos normativos dedicados ao fenômeno: a transparência ativa sobre os diálogos, a ampla abertura à participação competitiva-colaborativa dos interessados e o fomento à ética profissional. De toda sorte, sempre que necessário para preservar a eficácia do procedimento administrativo, é admissível que a publicidade seja temporariamente mitigada, para que seja – apenas – posteriormente revelada; o dever de registro fidedigno sobre os

diálogos público-privados, contudo, sempre existirá, pois que é condição para o exercício de controle sobre a administração pública.

12) Os regulamentos normativos dedicados aos diálogos público-privados devem considerar o risco de que a oportunidade de interlocução seja utilizada como instrumento de captura informacional, expediente por meio do qual o agente econômico obtém a prevalência dos seus interesses mediante o oferecimento acintoso de um volume desproporcional de informações e provocações, em abuso do seu direito à participação. Portanto, embora a regra geral seja o dever administrativo de resposta individual, justificada e circunstanciada às contribuições dos agentes econômicos, os regulamentos devem ressaltar a hipótese excepcional de abuso desse direito, ocasião em que o particular não gozará do direito de obter resposta.

13) A vinculação expressa de códigos de conduta ética aos procedimentos de diálogo público-privado é estratégia preventiva relevante, pois permite que os participantes tenham pleno conhecimento e periódicas lembranças sobre os comportamentos esperados e desejados durante essas comunicações. A vinculação de preceitos éticos é indispensável porque servem como um importante incentivo ao cumprimento dos deveres funcionais, em complemento aos incentivos e desincentivos jurídico-econômicos. A pesquisa bibliográfica revelou, a partir de estudos empíricos já realizados, que, frequentemente, a eficácia das normas morais e socialmente desejáveis é maior que a eficácia das normas jurídicas comuns, cujas sanções podem ser percebidas como simples transações comerciais, ou mesmo, desconsideradas em razão da baixa probabilidade de detecção do ilícito. Ainda sob essa perspectiva, a disseminação da compreensão sobre as consequências sociais negativas que decorrem da informalidade dos diálogos público-privados pode ter um efeito positivo sobre a probabilidade de que os interlocutores se mantenham alinhados à ética e às normas jurídicas.

14) A eficácia preventiva da solução institucional proposta para os diálogos público-privados aumentará mediante a conversão dos seus respectivos processos administrativos ao ambiente eletrônico, para que, em conformidade com o que já ocorre em muitos processos judiciais, também seja concedido livremente, em tempo real, pela rede mundial de computadores (*internet*), o acesso integral de seus conteúdos aos interessados. Se ausente o sigilo, nos termos da Lei Federal nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), o acesso eletrônico deve ser livre a qualquer cidadão, em atenção ao dever de publicidade e de transparência ativa, sendo presumido o interesse do cidadão nos processos administrativos.

15) Atualmente, o estágio de institucionalização dos procedimentos de diálogo público-privado na administração pública brasileira é flagrantemente incipiente. As próprias regras jurídicas existentes em dedicação à disciplina dos diálogos público-privados são

frequentemente desconhecidas pelos próprios agentes públicos, conforme revelou a pesquisa empírica e bibliográfica empreendida. A constatação denuncia uma carência que transpõe a ciência jurídica, pois depende de soluções vinculadas ao fomento de uma cultura administrativa hoje inexistente.

16) Diversas espécies de diálogo público-privado – a submissão de minutas de normas regulatórias, os diálogos conduzidos durante a fiscalização de atividades econômicas, o *road show* e os diálogos prévios à elaboração de editais licitatórios ou às contratações diretas, por exemplo – sequer possuem previsão legal ou alguma regulamentação normativa, excetuadas aquelas contratações em que o procedimento de manifestação de interesse (PMI) já é permitido. Outras espécies – o intercâmbio documental, a tomada de subsídio, a reunião participativa, o *request for information* (RFI) e o *request for proposals* (RFP) – constituem iniciativas que, embora disciplinadas em regulamento próprio, não possuem expresso e específico fundamento em lei; inclusive, numa interpretação mais rigorosa, verificou-se que algumas de suas características podem ser consideradas como contrárias às normas jurídicas aplicáveis. Para esses institutos, conclui-se que a superveniência de uma disciplina legal seria benéfica ao propósito de institucionalização dos diálogos público-privados, em razão da maior segurança jurídica que confere aos interlocutores.

17) Uma das mais relevantes espécies de diálogo público-privado também se encontra em estado primitivo de institucionalização: as audiências público-privadas, por meio das quais os agentes públicos dialogam de forma presencial e reservada com agentes econômicos. A relevância dessas reuniões exclusivas é mais acentuada porque se inserem no âmbito de numerosos relacionamentos público-privados de caráter econômico, inclusive durante outros procedimentos administrativos típicos de diálogo público-privado, independentemente da natureza do processo administrativo. O Decreto Federal nº 4.334/2002, que representa a principal norma jurídica dedicada ao fenômeno e que, muito por isso, exerceu influência direta sobre o conteúdo de inúmeras normativas análogas, revela uma disciplina inadequada, insuficiente e parcialmente desconhecida pelos próprios agentes públicos subordinados. Defende-se uma urgente reforma sobre o seu conteúdo e, a fim de orientá-la, sugeriu-se um extenso conjunto de alterações normativas, muitas delas em linha com o que prescreve a vanguardista Portaria nº 107/2014, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

18) A análise de impacto regulatório (AIR), por sua vez, uma espécie de diálogo público-privado com grande potencial para prover visibilidade às comunicações que ocorrem no processo de formação das normas regulatórias, ainda não encontra significativo respaldo na

cultura das agências reguladoras brasileiras, tampouco nos regulamentos que disciplinam esses processos administrativos. Defende-se, para que a situação seja remediada, a aprovação do Projeto de Lei nº 1.539/2015, que tramita atualmente na Câmara dos Deputados e confere um detalhado e expandido regramento ao instituto.

19) Uma análise histórica e comparativa sobre o procedimento de manifestação de interesse (PMI) sugere esta espécie de diálogo público-privada encontra-se em fase mais avançada de desenvolvimento institucional, excetuando-se as consultas públicas e as audiências públicas. A consolidação normativa promovida pelo Decreto Federal nº 8.428/2015 e a recente inclusão do instituto pela Lei Federal nº 13.303/2016 (Lei das Estatais) constituem evidências dessa institucionalização. Contudo, ainda persistem carências em matéria de abertura à participação, haja vista a anunciada possibilidade de restrição do universo de interlocutores após análise prévia da qualificação técnica do particular interessado. Também não há clareza em relação à obrigação de registro das comunicações orais e sobre o livre acesso à integralidade das informações orais ou escritas intercambiadas durante o procedimento.

20) A paulatina institucionalização do procedimento de manifestação de interesse (PMI) repercutiu no desenvolvimento e na implementação de outras soluções dialógicas no âmbito das contratações públicas e de ajustes correlatos. Exemplo disso foi a previsão legal concernente ao procedimento de manifestação de interesse social (PMI Social), que inaugurou o ordenamento jurídico brasileiro com uma solução dialógica para o planejamento de parcerias voluntárias. Igualmente, a prática influenciou o conteúdo de normas projetadas, a exemplo do que ocorre com o Projeto de Lei do Senado nº 559/2013, que pretende estabelecer novas normas gerais sobre licitação pública. Este projeto legislativo, assim como outros diversos, prevê a expansão do procedimento de manifestação de interesse (PMI) às contratações públicas ordinárias, o que é uma solução defendida por este estudo.

21) Não há detalhamentos normativos a respeito das regras aplicáveis às negociações que precedem os acordos de leniência, os termos de ajustamento de conduta (TACs) e os termos de compromisso de cessação de prática (TCCs), o que revela mais uma vez a ausência de uma solução institucionalizada para os diálogos público-privados. A omissão também acomete todas as reuniões eventualmente solicitadas para a discussão de penalidades administrativas, como aquelas aplicáveis, por exemplo, no âmbito dos contratos administrativos. Defende-se a aplicabilidade das normas gerais dedicadas às audiências público-privadas, solução que, salvo rara exceção, ilustrada pela Instrução Normativa nº 118/2015, da Agência Nacional de Cinema (ANCINE), não é apresentada de forma explícita pelos normativos inseridos no âmbito dos processos administrativos sancionatórios.

22) A corriqueira informalidade dos diálogos público-privados, estimulada por uma cultura administrativa avessa à abertura participativa-colaborativa e por normas jurídicas cujo conteúdo é insuficiente e inadequado para discipliná-los, além de desconhecido por uma parcela dos próprios agentes públicos, obstaculiza o processo de legitimação do estado brasileiro perante a população, pois possibilita, sem obstáculos, que os interesses públicos que justificam esses relacionamentos público-privados sejam desvirtuados. A sugerida institucionalização de procedimentos típicos para essas comunicações, a partir dos parâmetros predefinidos, é medida com potencial para converter a opacidade desses diálogos público-privados; o potencial dessa conversão à visibilidade, no entanto, é notadamente parcial, haja vista que, enquanto essas comunicações permanecerem essenciais à função administrativa, por razões alheias ao direito administrativo, também remanescerá o risco da informalidade e suas respectivas consequências negativas à administração pública e à coletividade.

REFERÊNCIAS

- ABRAMO, Claudio Weber. Percepções pantanosas: a dificuldade de medir a corrupção. **Novos Estudos** - CEBRAP, n. 73, p. 33-37, 2005.
- ADVCASH. **Advanced cash – About** [online], 2016. Disponível em <<http://advcash.com/en/about/company/>> Acesso em 21 nov. 2016.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- ALMEIDA, Mário Aroso de. **Teoria Geral do Direito Administrativo**. Coimbra, Portugal: Almedina, 2012.
- AME TRADE LTD. **8th annual Africa Public and Private Partnership Conference & Showcase (APPP)**. Disponível em: <<http://ametrade.org/africappp/programme/>> Acesso em 29 out. 2016.
- APPARECIDO JUNIOR, José Antonio. O novo paradigma da consensualidade administrativa e a atuação dos advogados públicos. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARAÚJO, Glaucio Roberto Brittes de; LIVIANU, Roberto; PASCOLATI JUNIOR, Ulisses Augusto (coords.). **48 visões sobre corrupção**. São Paulo: Quartier Latin, p. 367-380, 2016.
- ARAGÃO, Leo; MILLER, Gustavo (ed.). Resultado das manifestações de junho - Infográfico. **Portal G1 - Brasil** [online], 28 jun. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/linha-tempo-manifestacoes-2013/platb/>> Acesso em 16 dez. 2015.
- ARORA, Mohit. How secure is AES against brute force attacks? **EE Times** [online], 5 jul. 2012. Disponível em: <http://www.eetimes.com/document.asp?doc_id=1279619> Acesso em: 31 mai 2016.
- ASSIS, Luís Otávio Milagres de; TELLES, Cecília. **Inovações recentes na remuneração variável em Minas Gerais**: Características da premiação por produtividade baseada no modelo de gestão por resultados. II Congresso Consad de Gestão Pública, 2009. Disponível em: <<http://consad.org.br/wp-content/uploads/2013/02/INOVA%C3%87%C3%95ES-RECENTES-NA-REMUNERA%C3%87%C3%83O-VARI%C3%81VEL-EM-MINAS-GERAIS-CARACTER%C3%8DSTICAS-DA-PREMIA%C3%87%C3%83O-POR-PRODUTIVIDADE-BASEADA-NO-MODELO-DE-GEST%C3%83O-POR-RESULTADOS.pdf>> Acesso em 31 mai. 2016.
- AURÉLIO, Bruno Francisco Cabral; CARVALHO JUNIOR, Itamar de. **Regulação e o interesse privado: contribuição brasileira para a teoria da regulação econômica de George J. Stigler**. Portal Migalhas, 10 jul. 2008. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI64434,81042-Regulacao+e+o+interesse+privado+contribuicao+brasileira+para+a+Teoria>> Acesso em 20 jan. 2016.
- AYALA, Bernardo Diniz. **Administração Informal**: mais uma aparente (?) reserva de Administração perante os Tribunais (?). Ordem dos Advogados, Portugal, 2003. Disponível em: <<http://www.oa.pt/Uploads/%7BD59FC3C5-BC9B-4EA8-B2A0-B449E3914636%7D.doc>> Acesso em 28 nov. 2015.

BACHARACH, Samuel B; AIKEN, Michael. Communication in Administrative Bureaucracies. **The Academy of Management Journal**, Vol. 20, No. 3, p. 365-377, Sep. 1977.

BAGASHAKA, Tanya. Unpacking Corruption: The Effect of Veto Players on State Capture and Bureaucratic Corruption. **Political Research Quarterly**, Vol. 67, No. 1, p. 165-180, mar. 2014.

BANCO DO BRASIL. **Avisos e Editais - Consultas e Audiências Públicas** [online], 2016. Disponível em: <<http://www.bb.com.br/pbb/pagina-inicial/compras,-contratacao-e-venda-de-imizeis/compras-e-contratacoes/avisos-e-editais#/>> Acesso em 20 nov. 2016.

_____. **Contratação dos Serviços de Recepcionista e Telefonista para as dependências do Banco do Brasil S.A – Request for Information (RFI)**, nov. 2015. Disponível em: <<http://www.bb.com.br/docs/pub/siteEsp/dilog/dwn/RFIProjEfi.pdf>> Acesso em 20 jan. 2016.

BARBOSA, Tatiana Casseb Bahr de Miranda (coord). **A revolução das moedas digitais: Bitcoins e Altcoins**. São Paulo, Editora Renovar, 2016.

BARNES, Javier (ed.). **Innovación y reforma en el derecho administrativo**. Sevilla: Editorial Derecho Global-Global Law Press, 2006.

BASTIAT, Frédéric. **A lei**. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises, 2010.

_____. **Frédéric Bastiat**. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises, 2010.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1997.

BERCOVICI, Gilberto. O Direito Constitucional Passa, o Direito Administrativo Permanece: A Persistência da Estrutura Administrativa de 1967. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). **O Que Resta da Ditadura: A Exceção Brasileira**. São Paulo: Boitempo Editorial, p. 77-90, 2010.

BERTÓK, János. Lobbying: What Framework for Enhancing Transparency? In: **Zeitschrift für Politikberatung (ZPB) / Policy Advice and Political Consulting**, Vol. 2, No. 1, p. 124-132, April 2009.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto de Direito Público, nº 13, março/abril/maio, 2008.

BITTENCOURT, Sidney. **Comentários à lei anticorrupção: Lei 12.846/2013**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BITVALOR. **Mercado Brasileiro de Bitcoins – set/2016** [online], 2016. Disponível em: <http://bitvalor.com/files/Relatorio_Mercado_Brasileiro_Bitcoins_Setembro2016.pdf> Acesso em: 11 dez. 2016.

_____. **Página inicial – Cotações**. [online], 2016. Disponível em: <<http://bitvalor.com/>> Acesso em: 11 dez. 2016.

BLOCKCHAIN INFO. **Capitalização de mercado; Número total de transações** [online], 2016. Disponível em: <<https://blockchain.info/pt/charts/n-transactions-total>>; <<https://blockchain.info/pt/charts/market-cap>> Acesso em 30 out. 2016.

BOAZ, David. Competition and cooperation. In: PALMER, Tom G (ed.). **The morality of capitalism: what your professors won't tell you**, Ottawa, IL, USA: Jameson Book, 2011, p.34

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro, 1986.

BOÉTIE, Étienne de la. **Introduction to the politics of obedience: the discourse of voluntary servitude [1552]**, New York: Free Life Editions, 1975.

BÖHME, Rainer; CHRISTIN, Nicolas; EDELMAN, Benjamin; MOORE, Tyler. **Bitcoin: Economics, Technology, and Governance**. The Journal of Economic Perspectives 29 (2). American Economic Association, p. 213–238, 2015.

BRANDEIS, Louis Dembitz. What Publicity Can Do. **Harper's Weekly**, December 20, 1913.

BRASIL. Advocacia-Geral da União – AGU. **Portaria nº 910, de 4 de julho de 2008**. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/14115200> Acesso em 9 out. 2016.

_____. Agência Nacional de Aviação – ANAC. **Resolução nº 199, de 13 de setembro de 2011**. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2011/resolucao-no-199-de-13-09-2011/@@display-file/arquivo_norma/RA2011-0199.pdf> Acesso em 19 nov. 2016.

_____. Agência Nacional do Cinema – ANCINE. **Instrução Normativa nº 118/2015**. Disponível em: <<http://www.ancine.gov.br/legislacao/instrucoes-normativas-consolidadas/instru-o-normativa-n-118-de-16-de-junho-de-2015>> Acesso em 19 nov. 2016.

_____. Agência Nacional do Cinema – ANCINE. **Resolução de Diretoria Colegiada nº 59 (regimento interno)**, abr. 2014. Disponível em: <<http://www.ancine.gov.br/sites/default/files/anexos/RDC%2059%20-%20ANEXO%20-%20REGIMENTO%20INTERNO.pdf>> Acesso em 16 out. 2016.

_____. Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. **Procedimentos para audiência e consulta pública**, 2008. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2011/073/documento/procedimentos_ap_cp_internet_v28_02_2008.pdf> Acesso em 17 out. 2016.

_____. Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. **Solicitação de Reunião**. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/documents/656815/14968772/Formul%C3%A1rio+Reuni%C3%A3o/116b8822-5dca-484c-be32-a4df85282da0>> Acesso em 9 out. 2016.

_____. Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. **Consulta Pública nº 41/2014 – Request for Information**, 2014. Disponível em: <http://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Contribuicoes/TextoConsulta.asp?CodProcesso=C1808&Tipo=1&Opcao=finalizadas> Acesso em: 20 jan. 2016.

_____. Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. **Consulta Pública nº 44/2014 – Request for Information**, 2014. Disponível em: <<http://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Contribuicoes/TextoConsulta.asp?CodProcesso=C1809&Tipo=1&Opcao=>>> Acesso em: 20 jan. 2016.

_____. Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. **Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013**. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/450-resolucao-612>> Acesso em: 27 jan. 2016.

_____. Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. **Resolução nº 629, de 16 de dezembro de 2013**. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/680-resolucao-629>> Acesso em 19 nov. 2016.

_____. Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ. **Resolução nº 3.681, de 6 de outubro de 2014**. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/portal/pdfSistema/Publicacao/0000006819.pdf>> Acesso em 9 out. 2016.

_____. Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ. **Resolução nº 3.259, de 30 de janeiro de 2014**. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/Portal/pdfSistema/Publicacao/0000006315.pdf>> Acesso em 19 nov. 2016.

_____. Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. **Resolução nº 3.705, de 10 de agosto de 2011**. Disponível em: <http://www.normasbrasil.com.br/norma/resolucao-3705-2011_113681.html> Acesso em 17 out. 2016.

_____. Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. **Resolução nº 5.083, de 27 de abril de 2016**. Disponível em: <http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/46843/Resolucao_n__5083.html> Acesso em 19 nov. 2016.

_____. Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. **Resolução Normativa nº 408, de 6 de junho de 2016**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=PDFAtualizado&format=raw&id=MzI2MQ==>> Acesso em 20 nov. 2016.

_____. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. **Análise de Impacto Regulatório** [online], 2016. Disponível em: <<http://s.anvisa.gov.br/wps/s/r/P7X>> Acesso em 27 jan. 2016.

_____. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. **Processo n.º: 25351.088742/2010-27**. Relatório preliminar de análise de impacto regulatório – nível 2. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/25d608804f7338d4a41ff59a71dcc661/14-07-exemplo-de-air-da-anvisa.pdf?MOD=AJPERES>> Acesso 27 jan. 2016.

_____. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. **Portaria nº 107/2014**. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2014/prt0107_29_01_2014.html> Acesso em 9 out. 2016.

_____. Banco Central do Brasil – BCB. **Portaria nº 66.693, de 11 de agosto de 2011**. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/portalcidadao/bcb/portaria_66693.pdf> Acesso em 9 out. 2016.

_____. Controladoria-Geral da União – CGU. **Nota Técnica nº 2.396, de 1 de novembro de 2012**. Disponível em: <<http://www.acessoinformacao.gov.br/precedentes/MF/16853006676201258.pdf>> Acesso em 9 out. 2016.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Nota Técnica nº 51/2015/CGAA4/SGA1/SG/CADE**, nov. 2015. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?VBBJLI3rmW24Lpm-9Pg6BnCwr7-STokaZwrLy4cNmhsWHkebg508G8FWBIMR3hvxTrdi--ZqQ4HmbdzucS5tA#_Toc435019067> Acesso em 2 out. 2016.

_____. **Código de conduta da alta administração federal**, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/codigos/codi_conduta/cod_conduta.htm> Acesso em 20 nov. 2015.

_____. **Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal**, 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm> Acesso em 20 jan. 2016.

_____. **Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm> Acesso em 14 mai. 2016.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em 31 mai. 2016.

_____. **Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm> Acesso em 14 mai. 2016.

_____. **Decreto nº 4.081, 11 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4081.htm> Acesso em 18 out. 2016.

_____. **Decreto nº 4.334, de 12 de agosto de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4334.htm> Acesso em 9 out. 2016.

_____. **Decreto nº 6.062, de 16 de março de 2007**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6062.htm> Acesso em 27 jan. 2016.

_____. **Decreto nº 6.555, de 8 de setembro de 2008**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6555.htm> Acesso em 9 out. 2016.

_____. **Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7724.htm> Acesso em 18 out. 2016.

_____. **Decreto nº 8.243, de 23 de maio de 2014**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8243.htm> Acesso em 11 dez. 2016.

_____. **Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm> Acesso em 11 dez. 2016.

_____. **Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8539.htm> Acesso em 30 nov. 2016.

_____. **Decreto nº 8.726, de 27 de abril de 2016**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Decreto/D8726.htm> Acesso em 11 dez. 2016.

_____. Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM. **Portaria nº 155, 12 de maio de 2016**. Disponível em: <<http://www.dnpm.gov.br/aceso-a-informacao/legislacao/portarias->

do-diretor-geral-do-dnpm/portarias-do-diretor-geral/portaria-dnpm-no-155-de-2016> Acesso em 22 nov. 2016.

_____. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm> Acesso em: 15 dez. 2015.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm> Acesso em: 15 dez. 2015.

_____. **Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm> Acesso em: 15 dez. 2015.

_____. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm> Acesso em 14 mai. 2016.

_____. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10520.htm> Acesso em 14 mai. 2016.

_____. **Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm> Acesso em 14 mai. 2016.

_____. **Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm> Acesso em: 15 dez. 2015.

_____. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm> Acesso em 20 jan. 2016.

_____. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm> Acesso em: 15 dez. 2015.

_____. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Disponível em
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm> Acesso em 9 out. 2016.

_____. **Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014.** Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13019.htm> Acesso em 2 out. 2016.

_____. **Lei nº 13.255, de 14 de janeiro de 2016.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13255.htm> Acesso em 2 out. 2016.

_____. **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm> Acesso em 2 out. 2016.

_____. Ministério da Defesa. **Portaria Normativa nº 1.234, de 11 de maio de 2012.** Disponível em: <http://www.defesa.gov.br/arquivos/lai/sobre_a_LAI/pn1234.pdf> Acesso em 9 out. 2016.

_____. Ministério da Fazenda. **Dívida Pública Federal: Relatório Mensal da Dívida – Julho 2016.** Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2016. Disponível em:
<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/552691/Texto_RMD_Jul_16.pdf/a8a2dfaa-3e30-4c4b-8150-c492dbed5230> Acesso em 2 out. 2016.

_____. Ministério da Integração Nacional. **Portaria nº 579, de 6 de setembro de 2002.**

Disponível em:

<<http://www.mi.gov.br/documents/10157/3672567/PORTARIA+579.pdf/76976c85-1c16-4402-a517-aaf6fac97bbe>> Acesso em 9 out. 2016.

_____. Ministério da Justiça. **Portaria nº 80, de 22 de janeiro de 2016.** Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/107778962/dou-secao-1-26-01-2016-pg-10/pdfView>> Acesso em 17 nov. 2016.

_____. Ministério da Justiça. **Portaria nº 390, de 17 de setembro de 2002.** Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/webstj/Institucional/Biblioteca/Clipping/2Imprimir2.asp?seq_edicao=143&seq_materia=7764> Acesso em 9 out. 2016.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG. **Informações gerenciais de contratações e compras públicas**, 2014. Disponível em:

<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/estatisticas/01-apresentacao-siasg-dados-gerais-_2014.pdf/view> Acesso em 14 mai. 2016.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Instrução Normativa nº 5, de 27 de junho de 2014.** Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. Disponível em:

<<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/paginas/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-5-de-27-de-junho-de-2014>> Acesso em: 25 jan. 2016.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Orçamentos da União – Exercício Financeiro 2016 - Projeto de lei orçamentária.** Vol. 1., 2015.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Pesquisa de preços:** caderno de logística. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, 2014. Disponível em:

<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/caderno/pesquisa_precos-02-09.pdf> Acesso em 25 jan. 2016

_____. Ministério da Saúde. **Portaria nº 1.171, de 15 de junho de 2004.** Disponível em:

<http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2004/prt1171_15_06_2004.html> Acesso em 9 out. 2016.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. **Portaria nº 654, de 09 de maio de 2014.**

Disponível em: <<https://www.diariodasleis.com.br/legislacao/federal/227159-concessuo-registro-e-arquivo-de-solicitauuo-de-audiuncia-estabelece-procedimentos-no-umbito-do-ministurio-do-trabalho-e-emprego-para-concessuo-registro-e-arquivo-de-solicitau.html>> Acesso em 9 out. 2016.

_____. Ministério Público Federal. **Caso Lava Jato - entenda o caso** [online]. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>> Acesso em 16 dez. 2015.

_____. Procuradoria-Geral do Banco Central. **Portaria nº 66.693, de 11 de agosto de 2011.**

Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/portalcidadao/bcb/portaria_66693.pdf> Acesso em 9 out. 2016.

_____. **Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013.** Senado Federal, 2013. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115926>> Acesso em 20 nov. 2016.

_____. **Projeto de Lei nº 1.539/2015.** Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em:

<<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1278807>> Acesso em 9 out. 2016.

_____. Presidência da República. **Decisão em recurso do pedido de acesso à informação n.º 00077.000954/2015-13.** Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República,

out. 2015. Disponível em:

<http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/422168/RESPOSTA_RECURSO_1_REC_%201%20INST_00077_000954_2015_13-01-10-2015%20-%20SECOM.pdf> Acesso em 9 out. 2016.

_____. Secretaria de Aviação Civil. **Portaria nº 191, de 14 de outubro de 2013**. Disponível em:

<http://www.lex.com.br/legis_24949476_PORTARIA_N_191_DE_14_DE_OUTUBRO_DE_2013.aspx> Acesso em 9 out. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Advocacia-Geral da União – AGU. **Informações procedimentais sobre as interlocuções com particulares - Pedido 00700000742201613**, 2016. Disponível em:

<http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetailPedido/DetailPedido.aspx?nup=00700000742201613> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Agência Espacial Brasileira – AEB. **Informações procedimentais sobre as interlocuções entre particulares e a Agência - Pedido 01390000883201640**, 2016. Disponível em:

<http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetailPedido/DetailPedido.aspx?nup=01390000883201640> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Agência Nacional de Águas – ANA. **Informações procedimentais sobre as interlocuções entre particulares e a Agência - Pedido 02680002192201688**, 2016. Disponível em:

<http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetailPedido/DetailPedido.aspx?nup=02680002192201688> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC. **Informações procedimentais sobre as interlocuções entre particulares e a Agência - Pedido 00086000522201684**, 2016. Acesso à Informação, 8 out. 2016. Disponível em:

<http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetailPedido/DetailPedido.aspx?nup=00086000522201684> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. **Informações procedimentais sobre as interlocuções entre particulares e a Agência - Pedido 53850001444201693**, 2016. Acesso à Informação, 8 out. 2016. Disponível em:

<http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetailPedido/DetailPedido.aspx?nup=53850001444201693> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Agência Nacional do Cinema – ANCINE. **Informações procedimentais sobre as interlocuções entre particulares e a Agência - Pedido 01590001110201624**, 2016. Disponível em:

<http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetailPedido/DetailPedido.aspx?nup=01590001110201624> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. **Informações procedimentais sobre as interlocuções entre particulares e a Agência - Pedido 48700004333201612**, 2016. Disponível em:

<http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetailPedido/DetailPedido.aspx?nup=48700004333201612> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP. **Informações procedimentais sobre as interlocuções entre particulares e a Agência - Pedido 48700004334201667**, 2016.

Disponível em:

<http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetailPedido/DetailPedido.aspx?nup=48700004334201667> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. **Informações procedimentais sobre as interlocuções entre particulares e a Agência - Pedido 25820004473201629**, 2016. Disponível em:

<http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetailPedido/DetailPedido.aspx?nup=25820004473201629> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ. **Informações procedimentais sobre as interlocuções entre particulares e a Agência - Pedido 50650004056201622**, 2016. Disponível em:

<http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetailPedido/DetailPedido.aspx?nup=50650004056201622> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. **Informações procedimentais sobre as interlocuções entre particulares e a Agência - Pedido 50650004055201688**, 2016. Disponível em:

<http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetailPedido/DetailPedido.aspx?nup=50650004055201688> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. **Informações procedimentais sobre as interlocuções entre particulares e a Agência - Pedido 25820004474201673**, 2016. Disponível em:

<http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetailPedido/DetailPedido.aspx?nup=25820004474201673> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Banco Central do Brasil – BACEN. **Informações procedimentais sobre as interlocuções com particulares - Pedido 18600002197201693**, 2016. Disponível em:

<http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetailPedido/DetailPedido.aspx?nup=18600002197201693> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Banco do Brasil S.A – BB. **Informações procedimentais sobre as interlocuções com particulares - Pedido 99901001914201677**, 2016. Disponível em:

<http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetailPedido/DetailPedido.aspx?nup=99901001914201677> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Banco do Nordeste do Brasil S.A – BNB. **Informações procedimentais sobre as interlocuções com particulares - Pedido 99905000213201681**, 2016. Disponível em:

<http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetailPedido/DetailPedido.aspx?nup=99905000213201681> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Caixa Econômica Federal – CEF. **Informações procedimentais sobre as interlocuções com particulares - Pedido 99902004868201658**, 2016. Disponível em:

<http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetailPedido/DetailPedido.aspx?nup=99902004868201658> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – ELETROBRÁS. **Informações procedimentais sobre as interlocuções com particulares - Pedido 99908000611201677**, 2016. Disponível em: <http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetailPedido/DetailPedido.aspx?nup=99908000611201677> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. – ELETRONORTE. **Informações procedimentais sobre as interlocuções com particulares - Pedido 99908000612201611**, 2016. Disponível em: <http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetailPedido/DetailPedido.aspx?nup=99908000612201611> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Comissão de Valores Mobiliários – CVM. **Informações procedimentais sobre as interlocuções com particulares - Pedido 12632000201201625**, 2016. Disponível em: <http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetailPedido/DetailPedido.aspx?nup=12632000201201625> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Companhia de Armazéns e Silos do Estado de Minas Gerais – CASEMG. **Informações procedimentais sobre as interlocuções com particulares - Pedido 99910000017201637**, 2016. Disponível em: <http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetailPedido/DetailPedido.aspx?nup=99910000017201637> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba – CODEVASF. **Informações procedimentais sobre as interlocuções com particulares - Pedido 99932000049201684**, 2016. Disponível em: <http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetailPedido/DetailPedido.aspx?nup=99932000049201684> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Companhia Docas do Estado de São Paulo – CODESP. **Informações procedimentais sobre as interlocuções com particulares - Pedido 99920000481201612**, 2016. Disponível em: <http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetailPedido/DetailPedido.aspx?nup=99920000481201612> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Companhia Nacional de Abastecimento – CONAB. **Informações procedimentais sobre as interlocuções com particulares - Pedido 99933000109201659**, 2016. Disponível em: <http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetailPedido/DetailPedido.aspx?nup=99933000109201659> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT. **Informações procedimentais sobre as interlocuções com particulares - Pedido 50650004105201627**, 2016. Disponível em: <http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetailPedido/DetailPedido.aspx?nup=50650004105201627> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM. **Informações procedimentais sobre as interlocuções entre particulares e a Agência - Pedido 48700004335201610**, 2016. Disponível em:

<http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetalhePedido/DetalhePedido.aspx?nup=48700004335201610> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária – INFRAERO. **Informações procedimentais sobre as interlocuções com particulares - Pedido 99927000353201609**, 2016. Disponível em:

<http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetalhePedido/DetalhePedido.aspx?nup=99927000353201609> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária – EMBRAPA. **Informações procedimentais sobre as interlocuções com particulares - Pedido 99937000301201613**, 2016. Disponível em:

<http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetalhePedido/DetalhePedido.aspx?nup=99937000301201613> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSEH. **Informações procedimentais sobre as interlocuções com particulares - Pedido 99945000661201616**, 2016. Disponível em:

<http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetalhePedido/DetalhePedido.aspx?nup=99945000661201616> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social – DATAPREV. **Informações procedimentais sobre as interlocuções com particulares - Pedido 99922000630201615**, 2016. Disponível em:

<http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetalhePedido/DetalhePedido.aspx?nup=99922000630201615> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Financiadora de Estudos e Projetos – FINEP. **Informações procedimentais sobre as interlocuções com particulares - Pedido 99906000244201621**, 2016. Disponível em:

<http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetalhePedido/DetalhePedido.aspx?nup=99906000244201621> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. **Informações procedimentais sobre as interlocuções com particulares - Pedido 03950002681201675**, 2016. Disponível em:

<http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetalhePedido/DetalhePedido.aspx?nup=03950002681201675> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Fundação Nacional do Índio – FUNAI. **Informações procedimentais sobre as interlocuções com particulares - Pedido 08850003185201681**, 2016. Disponível em:

<http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetalhePedido/DetalhePedido.aspx?nup=08850003185201681> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Fundação Oswaldo Cruz – FIOCRUZ. **Informações procedimentais sobre as interlocuções com particulares - Pedido 25820004516201676**, 2016. Disponível em:

<http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetalhePedido/DetalhePedido.aspx?nup=25820004516201676> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Instituto Brasileiro de Turismo – EMBRATUR. **Informações procedimentais sobre as interlocuções com**

particulares - Pedido 72550000182201679, 2016. Disponível em:

<http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetailPedido/DetailPedido.aspx?nup=72550000182201679> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Ministério da Ciência e Tecnologia – MCT. **Informações procedimentais sobre as interlocuções com particulares - Pedido 01390000893201685**, 2016. Disponível em:

<http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetailPedido/DetailPedido.aspx?nup=01390000893201685> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Ministério da Defesa – MD. **Informações procedimentais sobre as interlocuções com particulares - Pedido 60502001856201649**, 2016. Disponível em:

<http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetailPedido/DetailPedido.aspx?nup=60502001856201649> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Ministério da Educação – MEC. **Informações procedimentais sobre as interlocuções com particulares - Pedido 23480017952201688**, 2016. Disponível em:

<http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetailPedido/DetailPedido.aspx?nup=23480017952201688> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Ministério da Integração Nacional – MI. **Informações procedimentais sobre as interlocuções com particulares - Pedido 59900000315201621**, 2016. Disponível em:

<http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetailPedido/DetailPedido.aspx?nup=59900000315201621> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Ministério da Justiça – MJ. **Informações procedimentais sobre as interlocuções com particulares - Pedido 08850003184201636**, 2016. Disponível em:

<http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetailPedido/DetailPedido.aspx?nup=08850003184201636> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Ministério da Saúde – MS. **Informações procedimentais sobre as interlocuções com particulares - Pedido 25820004515201621**, 2016. Disponível em:

<http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetailPedido/DetailPedido.aspx?nup=25820004515201621> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Ministério das Comunicações – MC. **Informações procedimentais sobre as interlocuções com particulares - Pedido 53850001451201695**, 2016. Disponível em:

<http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetailPedido/DetailPedido.aspx?nup=53850001451201695> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG. **Informações procedimentais sobre as interlocuções com particulares - Pedido 03950002680201621**, 2016. Disponível em:

<http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetailPedido/DetailPedido.aspx?nup=03950002680201621> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Ministério do Trabalho e Emprego – MTE. **Informações procedimentais sobre as interlocuções com particulares - Pedido 46800001859201697**, 2016. Disponível em:

<http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetalhePedido/DetalhePedido.aspx?nup=46800001859201697> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS. **Informações procedimentais sobre as interlocuções com particulares - Pedido 99909000937201694**, 2016. Disponível em:

<http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetalhePedido/DetalhePedido.aspx?nup=99909000937201694> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). Superintendência de Seguros Privados – SUSEP. **Informações procedimentais sobre as interlocuções com particulares - Pedido 12649001290201648**, 2016. Disponível em:

<http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetalhePedido/DetalhePedido.aspx?nup=12649001290201648> Acesso em 14 nov. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ, **Decisão Monocrática em Habeas Corpus nº 320206/PR**, Relator: Ministro Newton Trisotto - Desembargador Convocado do TJ/SC, Data de Publicação: DJ 13/04/2015.

_____. Tribunal de Contas da União. **Governança Pública: referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública e ações indutoras de melhoria**. Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014.

_____. Tribunal de Contas da União, **Acórdão nº 279/2001**, Plenário, Relator Benjamin Zymler, Data da Sessão: 7 nov 2011.

_____. Tribunal de Contas da União, **Acórdão nº 948/1999**. Relator: Adhemar Paladini Ghisi, Órgão Julgador: Plenário, Data da Sessão: 15/12/1999.

_____. Tribunal de Contas da União, **Acórdão nº 1.959/2007**, Plenário, Relator Raimundo Carreiro, Data da Sessão: 19 set. 2007.

_____. Tribunal de Contas da União, **Acórdão nº 2.261/2011**. Plenário, Relator Ministro José Jorge, Data da Sessão: 24 ago 2011.

_____. Tribunal de Contas da União, **Acórdão nº 2.866/2009**, Relator: Augusto Nardes, Órgão Julgador: Primeira Câmara, Data da Sessão: 2 jun. 2009.

_____. Tribunal de Contas da União, **Acórdão nº 3.395/2013**, 2ª Câmara, Relator: Ministro Aroldo Cedraz, Data da Sessão: 18 jun. 2013.

_____. Tribunal de Contas da União. **Guia de boas práticas em contratação de soluções de tecnologia da informação: riscos e controles para o planejamento da contratação**. Brasília: TCU, 2012.

_____. Tribunal de Contas da União, **Informativo de Jurisprudência nº 297**, Acórdão 1923/2016, Plenário, Relator Ministro Bruno Dantas, Data da Sessão 27 jul. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região - TRF-1, **Habeas Corpus nº 0054657-96.2015.4.01.0000**, Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro, Órgão Julgador: Terceira Turma, Data de Julgamento: 16/12/2015.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, **Habeas Corpus nº 5043942-23.2015.4.04.0000**, Relator: Leandro Paulsen, Órgão Julgador: Oitava Turma, Data de Julgamento: 09/11/2015.

_____. Tribunal Superior Eleitoral – TSE. **Portaria nº 507, de 14 de agosto de 2014**. Disponível em: <<http://sintse.tse.jus.br/documentos/2014/Ago/15/portaria-no-507-de-14-de-agosto-de-2014-dispoe.>> Acesso em 30 nov. 2016.

- BRETAS, Marcos. **A Corrupção no Tempo de Dom João - 1808**, A Corte no Brasil. Documentário Globo News [Vídeo], 2012. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=h1WFRq31gUc>> Acesso em 17 jan. 2016.
- BRITO, Jerry; CASTILLO, Andrea. Bitcoin: A Primer for Policymakers. trad. por Fernando Ulrich. In: ULRICH, Fernando. **Bitcoin: a moeda na era digital**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, p. 17-33, 2014.
- BRITTO, Carlos Ayres. Comentários ao artigo 37, caput. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, p. 818-823, 2013.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Processo administrativo eletrônico e informação pública. O sistema e-MEC e o marco regulatório da educação superior. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (org.). **Direito e administração pública**. São Paulo: Editora Atlas, p. 700-724, 2013.
- BUCHANAN, James; TULLOCK, Gordon. **The calculus of consent: logical foundations of constitutional democracy** [1962]. Indianapolis, USA: Liberty Fund, 2011.
- BUEGER, Christian; GADINGER, Frank. Die Formalisierung der Informalität: Praxistheoretische Überlegungen. In: BRÖCHLER, Stephan; GRUNDEN, Timo (ed.). **Informelle Politik: Konzepte, Akteure und Prozesse**. Springer Vs, p. 81-98, 2014.
- BUFFELAN, Jean-Paul. La communication administrative par réseau local. In: **La Revue administrative**, Presses Universitaires de France, Année, No. 239, p. 488-493, set-out 1987.
- BUTLER, Eamonn. **Escolha Pública: Um Guia**. Belo Horizonte: Estudantes Pela Liberdade. Brasil, 2014.
- CAMPOS, Roberto de Oliveira. **Entrevista no Programa Roda Viva** (Programa de TV). Transcrição. São Paulo: Fapesp, 4 mar. 1991. Disponível em: <http://www.rodaviva.fapesp.br/materia/648/entrevistados/roberto_campos_1991.htm> Acesso em 16 dez. 2015.
- CARAZZAI, Emílio; CAMARGO, João Laudo de. Ética na governança corporativa. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARAÚJO, Glaucio Roberto Brittes de; LIVIANU, Roberto; PASCOLATI JUNIOR, Ulisses Augusto (coords.). **48 visões sobre corrupção**. São Paulo: Quartier Latin, p. 57-68, 2016.
- CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**. Buenos Aires: Abeledo – Perrot S.A, 1973.
- CARVALHO, André Castro. **A importância dos lembretes morais nas contratações públicas**. Revista Colunistas – Direito do Estado, n. 261, 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/andre-castro-carvalho/a-importancia-dos-lembretes-morais-nas-contratacoes-publicas>> Acesso em 3 out. 2016.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.
- CARVALHO JÚNIOR, Itamar de. **Os Parlatórios e as gravações eletrônicas: uma experiência de transparência na Administração Pública Federal**. Instituto Brasileiro de Direito e Ética Empresarial – IBDEE, ago. 2016. Disponível em: <<http://www.ibdee.org.br/os-parlatorios-e-as-gravacoes-eletronicas-uma-experiencia-de-transparencia-na-administracao-publica-federal/>> Acesso em 9 out. 2016.

CASTRO, Carlos Borges de. **Desvios na licitação**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1994.

CELLA, José Renato Gaziero. A crítica de Habermas à idéia de legitimidade em Weber e Kelsen. In: **XXII World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy**, Granada. Law and Justice in a Global Society: Abstracts, Special Workshops and Working Groups, 2005.

CHAVES, Vinicius Figueiredo; SOARES, Abel Rafael. Análise crítica da aplicação do termo de compromisso como instrumento regulatório do mercado de capitais. **Revista do Direito Público**, Londrina, v.11, n.1, p.61-84, jan./abr. 2016.

CHAUDHARY A. S. Upward Communication in a Public Sector Organization. **Indian Journal of Industrial Relations**, Vol. 15, No. 3, p. 459-468, jan. 1980

CICERO, Marco Tullius. **De Officiis** - with an english translation by Walter Miller. New York: The Macmillan Co., 1913.

CIRNE LIMA, Ruy. Contratos administrativos e atos de comércio. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, v. 32, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 16-26, 1953.

COSTA, Ana Clara. **À caça de investidores, governo participa de evento em Londres** [online]. Revista Época. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/tempo/expresso/noticia/2016/09/caca-de-investidores-governo-participa-de-evento-em-londres.html>> Acesso em 29 out. 2016.

CLARK, Kathleen. Regulating the conflict of interest of government officials. In: DAVIS, Michael; STARK, Andrew. **Conflict of interest in the professions**. New York: Oxford University Press, p. 49-60, 2001.

COIN MARKET CAP. **Crypto-Currency Market Capitalizations** [online]. Disponível em: <<http://coinmarketcap.com/>> Acesso em 6 jun 2016.

COMARCA DE GARÇA. **Marília recebe Roadshow dos Correios sobre soluções estratégicas em marketing direto e e-commerce**. 10 ago. 2012. Disponível em: <http://www.jornalcomarca.com.br/?pagina=editorial&id_materia=162434&id_secao=29> Acesso em 29 out. 2016.

COMIN, Diego; HOBIJN, Bart. Lobbies and technology diffusion. MIT Press, **The Review of Economics and Statistics**, Vol. 91, No. 2, p. 229-244, May 2009.

COUTINHO, Mateus. **PF acha 'bovino religioso', 'descobridor', 'nazista' no celular de empreiteiro**. Estado de São Paulo [online]. São Paulo, 14 abr. 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/pf-acha-bovino-religioso-descobridor-nazista-no-celular-de-empreiteiro/>> Acesso em 18 mai. 2016.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Termo de compromisso no processo administrativo sancionador do Banco Central: possibilidades e limites. In: OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito sancionador: Sistema Financeiro Nacional**. Belo Horizonte: Fórum, p. 281-309, 2007

CRETELLA JÚNIOR, José. Apresentação. In: CASTRO, Carlos Borges de. **Desvios na licitação**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1994.

CZERWICK, Edwin. Verwaltungskommunikation. In: JARREN, Otfried; SARCINELLI, Ulrich; SAXER, Ulrich (ed.) **Politische Kommunikation in der demokratischen Gesellschaft**, Opladen/Wiesbaden, Deutschland: Westdeutscher Verlag, 1998, p. 489-496

DAHL, Robert. A. A democracia e seus críticos. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012.

DALLARI, Adilson Abreu. Processo administrativo como instrumento de segurança jurídica. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (org.). **Direito e administração pública**. São Paulo: Editora Atlas, p. 685-699, 2013.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Processo Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

DANA, Jason. Conflicts of interest and strategic ignorance of harm. In: MOORE, Don A.; CAIN, Daylian M.; LOEWENSTEIN, George; BAZERMAN, Max H. (ed). **Conflicts of interest: challenges and solutions in business, law, medicine, and public policy**. New York: Cambridge University Press, p. 206-223, 2005.

DAVIES, Christie. Humour and protest: jokes under communism. In: HART, Marjolein't; BOS, Dennis. **Humour and Social Protest**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, , p. 291-305, 2008.

DAWKINS, Richard. **O Gene Egoísta**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo – EDUSP, 1979.

DELL. **Dell now accepts bitcoin** [online], 2016. Disponível em: <<http://www.dell.com/learn/us/en/uscorp1/campaigns/bitcoin-marketing?c=us&l=en&s=corp>> Acesso em 21 nov. 2016.

DELLACHA, Georgina; HODGES, John T. **Unsolicited Infrastructure Proposals: how some countries introduce competition and transparency**. Public-private Infrastructure Advisory Facility – PPIAF, Washington, DC, Estados Unidos da América, 2009, p.1 Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/142981468777252745/pdf/417300Unsolicitedals0PPIAF0101PUBLIC1.pdf>> Acesso em: 30 nov. 2016.

DIÁRIO DO NORDESTE. **Cronograma de road shows para concessões em 60 dias**, 7 jun, 2016. Disponível em: <<http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/negocios/cronograma-de-road-shows-para-concessoes-em-60-dias-1.1562040>> Acesso em 29 out. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Pressupostos do Ato Administrativo: Vícios, Anulação, Revogação e Convalidação em Face das Leis de Processo Administrativo**. I Seminário de Direito Administrativo – TCMSP, 2003. Disponível em: <http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/29a03_10_03/4Maria_Silvia1.htm> Acesso em: 20 jan. 2016.

DROMI, Roberto. **El Derecho Público em la Hipermodernidad**. Madrid: Hispania Libros, 2005.

ESTADO DE MINAS GERAIS. **O Governo de Minas Gerais realiza Road Show do Projeto de Implantação do Centro Empresarial Gameleira**, 24 mar. 2014. Disponível em: <<http://ppp.mg.gov.br/component/gmg/page/687-o-governo-de-minas-gerais-disponibiliza-a-apresentacao-do-road-show>> Acesso em 29 out. 2016.

ESTADO DE PERNAMBUCO. Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. **Processo nº 03016493**, Relator: Severino Otávio Raposo, Órgão Julgado: Segunda Câmara, Data de Publicação: 15/02/2007.

ESTADO DO PIAUÍ. **Governo apresenta projeto de requalificação da Colônia de Férias do Iapep**, 26 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.piaui.pi.gov.br/noticias/index/id/23796>> Acesso em 29 out. 2016.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP. **Apelação nº 0002301-76.2009.8.26.0430**, Relator: Paulo Galizia, Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 15/04/2014.

_____. **Plataforma Digital de Parcerias** [online], 2015. Disponível em: <<https://www.parcerias.sp.gov.br/Plataforma>> Acesso em 15 nov. 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Administrative Procedure Act**, 1946. Disponível em: <<https://www.archives.gov/federal-register/laws/administrative-procedure/553.html>> Acesso em 24 jan. 2016.

EVANS, Peter. O Estado como problema e solução. **Lua Nova**, São Paulo, n. 28-29, p. 107-157, Abr. 1993.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. 3ª ed. rev. Rio de Janeiro: Editora Globo, 2001.

FERRAZ JÚNIOR. Tercio Sampaio. Ética administrativa num país em desenvolvimento. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (org). **Doutrinas Essenciais: Direito administrativo**. Vol. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.983-990, 2012.

FILGUEIRAS, Fernando. Marcos teóricos da corrupção. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel. **Corrupção: ensaios e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, p. 353-363, 2008.

_____. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. **Opinião Pública**, Campinas, vol. 15, nº 2, p.386-421, nov. 2009.

FILIPINAS. **PH roadshow in US to showcase PPP projects**, 24 jun. 2015. Disponível em: <https://ppp.gov.ph/?press_releases=ph-roadshow-in-us-to-showcase-ppp-projects> Acesso em 29 out. 2016.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Mensagens de empreiteiro citam 15 investigados na Lava Jato** [online]. São Paulo, 21 jan. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/01/1731931-mensagens-de-empreiteiro-citam-14-investigados-na-lava-jato.shtml>> Acesso em 18 mai 2016.

FOX NEWS. **Study: Brutality, corruption lead to defections from Islamic State**. 21 set. 2015. Disponível em <<http://www.foxnews.com/world/2015/09/21/study-brutality-corruption-lead-to-defections-from-islamic-state/>> Acesso em 25 nov. 2015.

FRANCA, Maria Adelaide de Campos. **Comentários à lei de licitações e contratos da administração pública**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

FRANK, Anne. **O diário de Anne Frank**. trad. Elia Ferreira Edel. (ebook) São Paulo: Círculo do Livro, 1988, p. 41. Disponível em: <http://youtruth.weebly.com/uploads/1/3/1/8/1318459/o_diario_de_anne_frank_portuguese.pdf> Acesso em 5 jan. 2016.

FREITAS, Juarez. **Discrecionabilidade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

FRIEDMAN, David D. **As engrenagens da liberdade: guia para um capitalismo radical**, 2ed. [ebook], trad. colaborativa não-oficial de Portal Libertarianismo e Estudantes pela Liberdade, 1989 (orig.). Disponível em: <<http://www.libertarianismo.org/livros/aedl.pdf>> Acesso em 9 jan. 2015.

FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Free to choose: a personal statement**. New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1980.

FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção no Brasil**: estudo de casos e lições para o futuro. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

GABARDO, Emerson. **A eficiência no desenvolvimento do Estado brasileiro**: uma questão política e administrativa. In: MARRARA, Thiago. (Org.). **Princípios de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, p. 327-351, 2012.

_____. **O jardim e a praça para além do bem e do mal**: uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado Social. Tese de doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

GADELHA, Igor. **PM estima agora 1 milhão de manifestante na Avenida Paulista e adjacências**. Estadão – Política [online], São Paulo, 15 mar. 2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,pm-estima-agora-1-milhao-de-manifestante-na-avenida-paulista-e-adjacencias,1651260>> Acesso em 16 dez. 2015.

GAETANI, Francisco; ALBUQUERQUE, Kélvia. Análise de impacto regulatório e melhoria regulatória. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (org.). **Regulação e agências reguladoras: governança e análise de impacto regulatório**. Brasília: ANVISA e Casa Civil da Presidência da República, p. 189-196, 2009.

GARCIA, Ricardo Letizia. **A Economia da Corrupção – Teoria e Evidências**: Uma aplicação ao setor de obras rodoviárias no Rio Grande do Sul. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2003.

GIANNINI, Massimo Severo. **Direito Administrativo**. Vol 2. 3ª ed. Milão: Giuffrè Editore, 1993.

GLOBO. **Manifestantes fazem maior protesto nacional contra o governo Dilma**. G1 – Política [online], 13 mar. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/03/manifestacoes-contr-a-governo-dilma-ocorrem-pelo-pais.html>> Acesso em 29 mar. 2016.

GNEEZY, Ury; RUSTICHINI, Aldo. A fine is a price. **Journal of Legal Studies**, vol. XXIX, p. 1-17, jan. 2000.

GOMES, Carla Amado; LUÍS, Sandra Lopes. **O dom da ubiquidade administrativa: reflexões sobre a actividade administrativa informal**. Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2012. Disponível em: <<http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1128-2457.pdf>> Acesso em 28 nov. 2015.

GOZETTO, Andréa; MACHADO, Leandro. **Ainda é necessário esclarecer conceitos: lobby x advocacy** [online]. Cause, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.cause.net.br/ainda-e-necessario-esclarecer-conceitos-lobby-x-advocacy/>> Acesso em 2 nov. 2016.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6ª ed. ver. e ampl. São Paulo: Malheiro Editores, 2006.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O desvio de poder em atos administrativos. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (org.). **Direito e administração pública**. São Paulo: Editora Atlas, p. 795-821, 2013.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **Da regulação como função de direito administrativo**. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2007.

- GWARTNEY, James; LAWSON, Robert; HALL, Joshua. **Economic Freedom of the World: 2015 Annual Report**. Fraser Institute, 2015. Disponível em: <<https://www.fraserinstitute.org/sites/default/files/economic-freedom-of-the-world-2015.pdf>> Acesso em 24 nov. 2015.
- HABERMAS, Jürgen. Como es posible la legitimidad por via de la legalidad? **Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho**, n. 5, p. 21-46, 1988.
- HAMANN, Renan. **É possível acabar com a internet brasileira?** Tecmundo [online], 26 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.tecmundo.com.br/internet/22730-e-possivel-acabar-com-a-internet-no-brasil-.htm>> Acesso em 11 jan. 2016.
- HAUBERT, Mariana; NERY, Natuza. **'A corrupção é uma senhora idosa', diz Dilma após os protestos**. Folha de São Paulo, São Paulo, 16 mar. 2015. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/03/1603638-a-corrupcao-e-uma-senhora-idosa-diz-dilma-apos-os-protestos.shtml>> Acesso em 15 dez. 2015.
- HAYEK, Friedrich August von. The use of knowledge in society. **American Economic Review**, v. 35, p. 519-530, 1945.
- HEINRICH, Jürgen. Wirtschaftspolitische Kommunikation. In: JARREN, Otfried; SARCINELLI, Ulrich; SAXER, Ulrich (ed.) **Politische Kommunikation in der demokratischen Gesellschaft**, p. 548-554, 1998.
- HEISE, J. Arthur. Toward closing the confidence gap: an alternative approach to communication between public and government. **Public Administration Quarterly**, Vol. 9, No. 2, p. 196-217, Summer, 1985.
- HERMANLIN, Benjamin; KATZ, Avery; CRASWELL, Richard. **The Law and Economics of Contracts**. Handbook of Law and Economics, Forthcoming; Columbia Law and Economics, Working Paper No. 296, 2006.
- HIPPOCRATES. **Hippocrates** – with an english translation by W. S. Jones Vol I. London: William Heinemann Ltd, 1923.
- HOBBS OF MALMESBURY, Thomas. **Leviathan or the Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civil**. London: St. Pauls Church-yard, 1651. Disponível em: <<http://socserv2.socsci.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/hobbes/Leviathan.pdf>> Acesso em 14 dez. 2015.
- HOLYOKE, Thomas T. Choosing battlegrounds: interest group lobbying across multiple venues. **Political Research Quarterly**, Vol. 56, No. 3, p. 325-336, sep. 2003.
- HORBACH, Carlos Batisde. **Teoria das nulidades do ato administrativo**. 2ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- HUBERTS, Leo; LASTHUIZEN, Karin; PETTERS, Carel. Measuring Corruption: Exploring the Iceberg. In: SHACKLOCK, Arthur; SAMPFORD, Charles; CONNORS, Carmel; GALTUNG Fredrik (ed.). **Measuring Corruption**. Hampshire: Ashgate Publishing Limited, p. 265-293, 2006.
- HUMBOLDT, Wilhelm von. Sobre pensamento e linguagem. Tradução e Apresentação: Antonio Ianni Segatto. **Revista Trans/Form/Ação**, São Paulo, v.32, n.1, p. 193-198, 2009.
- INSTITUTO DE PESQUISAS DATAFOLHA. **Corrupção lidera pela primeira vez pauta de problemas do país**, 2015. Disponível em: <<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2015/11/1712972-corrupcao-lidera-pela-primeira-vez-pauta-de-problemas-do-pais.shtml>> Acesso em 3 dez. 2015.

ISSACHAROFF, Samuel. Legal responses to conflicts of interest. In: MOORE, Don A.; CAIN, Daylian M.; LOEWENSTEIN, George; BAZERMAN, Max H. (ed). **Conflicts of interest: challenges and solutions in business, law, medicine, and public policy**. New York: Cambridge University Press, p. 189-201, 2005.

JBS S.A. **Comunicado ao mercado: termo de compromisso de cessação junto ao CADE**, São Paulo, 28 nov. 2007. Disponível em: <http://jbss.infoinvest.com.br/enu/2172/TermodeCompromissodecessaojuntoaoCADE_html/TermodeCompromissodecessaojuntoaoCADE.html> Acesso em 18 nov. 2016.

JHERING, Rudolf von. **Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung**. Teil 2, Bd. 2. Leipzig, 1858. Disponível em: <http://www.deutschestextarchiv.de/book/view/jhering_recht0202_1858?p=203> Acesso em 21 nov. 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 8.666/1993**. 16ª ed. ver, atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Corrupção e contratação administrativa – A necessidade de reformulação do modelo jurídico brasileiro. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 258, p. 721-723, ago. 2015.

JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo Henrique. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 34, n. 135, p. 271-281, jul./set. 1997.

_____. **Direito administrativo democrático**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

_____. Efetivação do direito à saúde: ampliação do debate e renovação da agenda. **Revista de Direito Sanitário**, v. 16, n. 1, p. 78-86, 2015.

_____. Participação administrativa. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, Fórum v.20, p. 167-194, 2005.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2007.

_____. **Para a paz perpétua**. Trad. de Bárbara Kristensen. Rianxo, Espanha: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006.

_____; BARROS FILHO, Wilson Accioli de. A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) como experiência cooperativa interinstitucional de governo aberto no Brasil. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARAÚJO, Glaucio Roberto Brittes de; LIVIANU, Roberto; PASCOLATI JUNIOR, Ulisses Augusto (coords.). **48 visões sobre corrupção**. São Paulo: Quartier Latin, p. 305-335, 2016.

KAU, James B.; RUBIN, Paul H. Public Interest Lobbies: Membership and Influence. In: **Public Choice**, Vol. 34, No. 1, p. 45-54, 1979.

KELLEHER, Christine A.; YACKEE, Susan Webb. A Political Consequence of Contracting: Organized Interests and State Agency Decision Making. **Journal of Public Administration Research and Theory: J-PART**, Vol. 19, No. 3, p. 579-602, jul. 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. trad. por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KEOHANE, Robert O. **Power and Governance in a Partially Globalized World**. London: Routledge, 2004.

KOOIMAN, Jan. Social-political governance: introduction. In: KOOIMAN, Jan (org.). **Modern Governance: new government-society interactions**. London, UK: SAGE Publications Ltd., p. 1-8, 1993.

LAMBSDORFF, Johann Graf. Corruption and Rent-Seeking. In: **Public Choice**, Vol. 113, No. 1/2, p. 97-125, out. 2002.

LANGSETH, Petter. Measuring corruption. In: SHACKLOCK, Arthur; SAMPFORD, Charles; CONNORS, Carmel; GALTUNG Fredrik (ed.). **Measuring Corruption**. Hampshire: Ashgate Publishing Limited, p. 7-43, 2006.

LASSALE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

LAUHLAN, Iain. Laughter in the dark: humour under Stalin. In: DUNCAN, Alastair (ed.). **Le rire européen/European Laughter**, Perpignan, France: Perpignan University Press, 2009, p. 1-4 Disponível em: <<https://dspace.stir.ac.uk/bitstream/1893/2730/1/laughter.pdf>> Acesso em 21 dez. 2015.

LEONE, Richard C. Public Interest Advocacy and the Regulatory Process. In: **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**, Vol. 400, The Government as Regulator, p. 46-58, mar. 1972.

LINCOLN, Abraham. **The Gettysburg Address**. Gettysburg, Pennsylvania. Estados Unidos da América, 1863. Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/cache/epub/4/pg4.txt>> Acesso em: 27 nov. 2015.

LLOSA, Mario Vargas. The Culture of Liberty. In: PALMER, Tom G (ed.). **The morality of capitalism: what your professors won't tell you**, Ottawa, IL, USA: Jameson Book, p. 114-122, 2011.

LOEWENSTEIN, George. Conflicts of interest begin where principal-agent problems end. In: MOORE, Don A.; CAIN, Daylian M.; LOEWENSTEIN, George; BAZERMAN, Max H. (ed). **Conflicts of interest: challenges and solutions in business, law, medicine, and public policy**. New York: Cambridge University Press, p. 203-204, 2005.

LOPES, Laís de Figueiredo; SOUZA, Silas Cardoso de; SANT'ANA, Diogo de; HERNANDEZ, Maria Victória; ARAUJO JÚNIOR, Evânio Antônio; SOUZA, Aline Gonçalves; MACEDO, Ana Túlia. Fomento e colaboração: novas propostas de parcerias entre Estado e organizações da sociedade civil. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 33-57, jul./set. 2014.

MACASKILL, Ewen; DANCE, Gabriel. **NSA Files: decoded – What the revelations mean for you**. The Guardian [online], 1 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/world/interactive/2013/nov/01/snowden-nsa-files-surveillance-revelations-decoded>> Acesso em: 11 jan. 2016.

MACRAE, Donald. Análise de Impacto Regulatório – AIR: a experiência do Reino Unido. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (org.). **Regulação e agências reguladoras: governança e análise de impacto regulatório**. Brasília: ANVISA e Casa Civil da Presidência da República, p. 255-264, 2009.

MALYSHEV, Nick. **The evolution of regulatory policy in OECD countries**. Paris: OECD, 2008. Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/41882845.pdf>> Acesso em 27 jan. 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.), **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, p. 72-98, 2000.

_____. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, abr. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=66621>>. Acesso em: 2 ago. 2016.

MARRARA, Thiago. O princípio da publicidade: uma proposta de renovação. In: MARRARA, Thiago (org). **Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, moralidade, razoabilidade, interesse público**. São Paulo: Atlas, p. 280-300, 2012.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Princípio da publicidade. In: MARRARA, Thiago (org). **Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, moralidade, razoabilidade, interesse público**. São Paulo: Atlas, p. 233-258, 2012.

MATSUKI, Edgard. **Entenda o que é a criptografia de ponta-a-ponta, utilizada pelo WhatsApp**. Empresa Brasil de Comunicação S/A – EBC (online), 5 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/tecnologia/2016/04/entenda-o-que-e-criptografia-de-ponta-ponta-utilizada-pelo-whatsapp>> Acesso em 31 mai. 2016.

MCKAY, Amy Melissa. The decision to lobby bureaucrats. In: **Public Choice**, Vol. 147, No. 1/2, p. 123-138, abr 2011.

MEAZELL, Emily Hammond. Deference and dialogue in administrative law. In: **Columbia Law Review**, Vol. 111, No. 8, p. 1722-1787, December 2011.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2ª ed. ampl., rev. e atual. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MELLO, Fernando; DINIZ, Laura. O jornalismo como ferramenta de controle da corrupção. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARAÚJO, Glaucio Roberto Brittes de; LIVIANU, Roberto; PASCOLATI JUNIOR, Ulisses Augusto (coords.). **48 visões sobre corrupção**. São Paulo: Quartier Latin, p. 117-124, 2016.

MENG, Qingli. **Corruption in Transitional China – a 33-year study**. Oisterwijk, The Netherlands: Wolf Legal Publishers, 2013.

MERQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo: antigo e moderno**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1991.

MISES, Ludwig von. **Intervencionismo, uma análise econômica**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2. ed., 2010.

MONTEIRO, Vera. Contratação de serviço de consultoria para a estruturação de projeto de infraestrutura: qual o melhor caminho? In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCWHIND, Rafael Wallbach. **Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 143-152, 2015.

MONZÓ, Josep Ochoa. ¿Hacia la ciberadministración y el ciberprocedimiento? In: Wagner, Francisco Sosa (org.). **El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI: Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo**. Tomo I. Valencia: Tirant lo blanch, p. 151-171, 2000.

MOORE, Don A.; CAIN, Daylian M.; LOEWENSTEIN, George; BAZERMAN, Max H. (ed). **Conflicts of interest: challenges and solutions in business, law, medicine, and public policy**. New York: Cambridge University Press, p. 1-9, 2005.

MORENO, Mais. **A participação do administrado no processo de elaboração dos contratos de PPP**. Dissertação de mestrado, Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016.

MOTTA, Fabrício Macedo. Comentários ao artigo 37, §1º e 2º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, p. 886-890, 2013.

MOTTA, Paulo Roberto. A modernização da administração pública brasileira nos últimos 40 anos. **Revista Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 41, n. spe, p. 87-96, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122007000700006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 11 Dez. 2015.

MURPHY, Kevin M.; SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W. Why is rent-seeking so costly to growth? In: **The American Economic Review**, p. 409-414, 1993.

NABERS, Mary Scott. **What is an RFI, and why is it so important for your business?** South Florida Business Journal [online], 25 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.bizjournals.com/southflorida/print-edition/2011/02/25/what-is-an-rfi-and-why-is-it-so.html>> Acesso em 20 jan. 2016.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, p. 67-74, 2013.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação e contrato administrativo**. 3ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

NÓBREGA, Marcos. Análise Econômica do Direito Administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, p. 404-416, 2011.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. trad. por. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Hazar Editor, 1991.

ODIFREDDI, Piergiorgio. Os para-doxa da democracia. **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**, p.156-169, 2010. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/piergiorgioodifreddi.pdf>> Acesso em 13 jan. 2015.

OECD. **Public sector corruption: an international survey of prevention measures**. Paris: OECD Publications, 1999.

_____. **Brasil: Fortalecendo a governança para o crescimento**. Relatório sobre a reforma regulatória, 2007. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2064390.PDF>> Acesso em 27 jan. 2016.

OECD/ECLAC/CIAT/IDB. **Revenue Statistics in Latin America and the Caribbean: 1990-2014**. Paris: OECD Publishing, 2016.

OLENIKE, João Eloi; AMARAL, Gilberto Luiz do; AMARAL, Letícia Mary Fernandes do (Coord). **Cálculo do IRBES (Índice de retorno de bem estar à sociedade)**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT), 2015, p. 5-6 Disponível em: <<https://www.ibpt.com.br/img/uploads/novelty/estudo/2171/IRBES2015.pdf>> Acesso em 15 dez. 2015.

OLIVEIRA, Bruno Cals de. **Fatores determinantes para abertura de capital de empresas brasileiras**. Dissertação de mestrado, Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da USP, São Paulo, 2011.

OLSON, Mancur. **The logic of collective action: public goods and theory of groups**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1971.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Aviso de audiência prévia: solicitação de Proposta nº JOF-0123-29761/2016**. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2016. Disponível em: <<https://extranet.undp.org.br/SAP%20FILES/MM/2016/29761/AVISO%20DE%20AUDIENCIA%20PREVIA.pdf>> Acesso em 29 nov. 2016.

OWEN, Taylor. **Disruptive Power: The crisis of the state in the digital age**. New York: Oxford University Press, 2015.

PALMA, Juliana Bonacorsi. **Governança pública nas parcerias público-privadas: o caso da elaboração consensual de projetos de PPP**. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCWHIND, Rafael Wallbach. *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 113-141, 2015.

PALMER, Tom G. **Liberdade: a idéia que está mudando o nosso mundo**. [ebook] Estudantes pela Liberdade, 2015, p. 4 Disponível em: <<http://epl.org.br/files/2015/02/TomPalmerLiberdade.pdf>> Acesso em 10 jan. 2016.

_____. **The morality of capitalism: what your professors won't tell you**, Ottawa, IL, USA: Jameson Book, 2011.

PANDEY, Sanjay K.; GARNETT, James L. **Exploring Public Sector Communication Performance: Testing a Model and Drawing Implications**. In: *Public Administration Review*, Vol. 66, No. 1, p. 37-51, Jan. - Feb. 2006.

PARADA, Ramón. **Derecho Administrativo I: Parte General**. 16ª ed. Madrid, Barcelona: Marcial Pons: 2007.

PASSARINHO, Nathalia. SIQUEIRA, Fausto; CARNEIRO, Fausto. **Documentos apontam esquema para fraudar licitações de ônibus pelo país**. G1 – Globo.com. 4 ago. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/08/documentos-apontam-esquema-para-fraudar-licitacoes-de-onibus-pelo-pais.html>> Acesso em 2 out. 2016.

PATTON, Bruce. Negotiation. In: MOFFITT, Michael L.; BORDONE, Robert C. **The Handbook of Dispute Resolution**. Program on Negotiation at Harvard Law School. San Francisco, USA: Jossey Bass, p. 279-303, 2005.

PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários ao sistema legal brasileiro de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Editora NDJ, 2016.

PEREIRA, Renée. **Subsídio para construção do trem-bala pode chegar a R\$ 8 bilhões** [online]. O Estado de São Paulo, 25 mai. 2010. Disponível em <<http://economia.estadao.com.br/noticias/negocios,subsidio-para-construcao-do-trem-bala-pode-chegar-a-r-8-bilhoes,19924e>> Acesso em 29 out. 2016.

PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública democrática: institutos de participação popular na Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2004

PINHEIRO SAMPAIO, Patrícia Regina. A utilização do termo de compromisso de cessação de prática no combate aos cartéis. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 249, p. 245-265, ago. 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4100>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

PINKER, Steven. **The language instinct**. New York: HarperPerennial, 1995

POLINSKY, Mitchell; SHAVELL, Steven. The economic theory of public enforcement of law. In: **Journal of Economic Literature**. Vol. XXXVIII, p. 45-76, 2000.

POPPER, Karl. **Conhecimento Objetivo: uma abordagem evolucionária**. Belo Horizonte: Editora Itatiaia Limitada, 1975.

_____. **Lógica das ciências sociais**. Trad. de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 3ª ed., 2004.

PORFIRIO JUNIOR, Nelson de Freitas. **Acordos Ambientais**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005.

PORTA, Donatella della; VANNUCCI, Alberto. The 'Perverse Effects' of Political Corruption. In: **Political Studies**, p. 516-538, jan. 1997.

PÚBLICO. **Finanças iniciam amanhã road-show para explicar reforma da função pública** [online], Portugal, 11 dez. 2008. Disponível em: <<https://www.publico.pt/economia/noticia/financas-iniciam-amanha-roadshow-para-explicar-reforma-da-funcao-publica-1352767>> Acesso em 29 out. 2016.

POSNER, Eric A. Agency Models in Law and Economics. In: RASMUSEN, Eric (ed.). **Game Theory and the Law**. Northampton, Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2007.

POSNER, Richard. **A Economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Economic Analysis of Law**. 9ª ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

_____. Teorias da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo (coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, p. 49-80, 2004.

PPP BRASIL. **O Observatório das parcerias público-privadas** [online]. Disponível em: <http://www.pppbrasil.com.br/portal/> Acesso em 5 jan. 2016.

RAUHAUSER, Neal. **Encrypted email goes mobile with Tutanota**. Hacked [online]. Oslo, Norway. 8 jan. 2015. Disponível em: <<https://hacked.com/encrypted-email-goes-mobile-tutanota/>> Acesso em 11 jan. 2016.

REIS, Tarcila; JORDÃO, Eduardo. A experiência brasileira de MIPS e PMIS: três dilemas da aproximação público-privada na concepção de projetos. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCWHIND, Rafael Wallbach. **Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 207-231, 2015.

REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. Soluções contratuais público-privadas: os procedimentos de manifestação de interesse (PMI) e as propostas não solicitadas (PNS). In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCWHIND, Rafael Wallbach. **Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 177-205, 2015.

RESENDE, Mariana Bueno. O procedimento de manifestação de interesse social na Lei nº 13.019/14: um instrumento de administração pública consensual. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH**, Belo Horizonte, ano 7, n. 13, p. 109-130, jul./dez. 2015.

RIBAS JÚNIOR, Salomão. **Corrupção pública e privada: quatro aspectos: ética no serviço público, contratos, financiamento eleitoral e controle**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

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

RIO, João do. **Vida Vertiginosa**. Rio de Janeiro: Garnier, Livreiro-Editor, 1911.

RODRIGUES, Lorena. **Cade investiga 30 cartéis formados por empresas envolvidas na Lava Jato**. O Estado de São Paulo [online]. São Paulo, 18 nov. 2016. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,cade-investiga-30-carteis-formados-por-empresas-envolvidas-na-lava-jato,10000089064>> Acesso em 18 nov. 2016.

ROTHBARD, Murray. **Anatomy of the state**. Auburn, Alabama: The Ludwig von Mises Institute, 2009.

_____. **Egalitarianism as a revolt against nature and other essays**. 2 ed. Auburn, Alabama: The Ludwig von Mises Institute, 2000.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Douglas North e a Lava-Jato**. Instituto Liberal [Online], 14 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.institutoliberal.org.br/blog/douglass-north-e-a-lava-jato/>> Acesso em: 15 jan. 2016.

SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. **Análise de impacto regulatório: uma abordagem exploratória**. Texto para discussão nº 1463. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, 2010. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1463.pdf Acesso em: 24 jan. 2016.

SALZBERGER, Eli M.; ELKIN-KOREN, Niva. The effects of cyberspace on the economic theory of the state. In: MARCIANO, Alain; JOSSELIN, Jean-Michel (ed.). **Law and the state: a political economy approach**. Northampton, USA: Edward Elgar Publishing, p. 58-99, 2005.

SANCRES, Mônica. **A Corrupção no Tempo de Dom João - 1808**, A Corte no Brasil. Documentário Globo News [Vídeo], 2012. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=h1WFRq31gUc>> Acesso em 17 jan. 2016.

SANTOS, Fábio Gomes dos. **Audiências públicas administrativas no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. Anotações sobre o regime jurídico aplicável às informações disponibilizadas pela Administração Pública na rede mundial de computadores. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 13, n.146, abr. 2013.

_____. Comentários sobre a convivência do controle de resultados e de meios nas parcerias voluntárias: uma análise a partir da Lei Federal nº 13.019/2014. **Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS**, Belo Horizonte, ano 8, n. 16, p. 123-135, jul./dez. 2014.

_____. **O procedimento de manifestação de interesse (PMI) como um instrumento eficiente e democrático de planejamento de concessões**. Blog da Zênite, 10 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.zenite.blog.br/o-procedimento-de-manifestacao-de-interesse->

pmi-como-um-instrumento-de-planejamento-eficiente-e-democratico-de-concessoes/> Acesso em 19 out. 2016.

_____. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

_____. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)**: solicitação e apresentação de estudos e projetos para a estruturação de concessões comuns e parcerias público-privadas. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2013.

SCHIRATO, Vitor Rhein. As parcerias público-privadas e políticas públicas de infraestrutura. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCWHIND, Rafael Wallbach. **Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 73-97, 2015.

SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo: necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos. In: BARNES, Javier (ed.) **Innovación y reforma en el derecho administrativo**. Sevilla: Editorial Derecho Global-Global Law Press, p. 15-122, 2006.

SCHMIDT, Rolf. **Allgemeines Verwaltungsrecht: Grundlagen des Verwaltungsverfahrens Staatshaftungsrecht**. Bremen: Dr. Rolf Schmidt GmbH, 2015.

SCHRAMM, Fernanda Santos. Instituição de programas de integridade (compliance): uma análise sob a ótica da Lei Federal nº 12.846/2013. **Revista do Portal Jurídico Investidura**, Ed. 83, Ano II, set/2015, Florianópolis, 2015. Disponível em: <www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-administrativo/334386>. Acesso em: 4 ago. 2016.

SCHULER, Albert W. **Criminal corruption: why broad definitions of bribery make things worse**. University of Chicago Public Law & Legal Theory, Working Paper No. 502, 2015. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1951&context=public_law_and_legal_theory> Acesso em 3 dez. 2015.

SÉRVULO CORREIA, José Manuel. **As relações jurídicas administrativas de prestação de cuidados de saúde**. Instituto de Ciências Jurídico-Políticas [online], 2009. Disponível em: <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/616-923.pdf> Acesso em: 21 nov. 2015.

SEVERI, Fabiana Cristina. Participação popular em órgãos da administração pública: perspectivas e desafios à luz dos debates sobre as características gerais e a efetividade das instituições participativas brasileiras. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (org.). **Direito e administração pública: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro**. São Paulo: Editora Atlas, p. 173-187, 2013.

SHACKLOCK, Arthur; SAMPFORD, Charles; CONNORS, Carmel. Introduction. In: SHACKLOCK, Arthur; SAMPFORD, Charles; CONNORS, Carmel; GALTUNG Fredrik (ed.). **Measuring Corruption**. Hampshire: Ashgate Publishing Limited, p. 1-6, 2006.

SOUZA, Junia Verna Ferreira de. Forma e formalidade do ato administrativo como garantia do administrado. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Doutrinas Essenciais: Direito administrativo**. Vol. 2, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.781-803, 2012.

SOUZA, Leonardo. **Nem o FBI consegue decifrar arquivos de Daniel Dantas**. Jornal Folha de São Paulo (online). São Paulo, 25 jun. 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/po2506201015.htm>> Acesso em 31 mai 2016.

ŠPAČEK, David; ŠPALEK, Jiří. **Communication and electronic public administration: some issues in the context of the Czech system of public administration. Lessons and Recommendations for Improvement: Central and Eastern European Public Administration and Public Policy**, Bratislava: NISPAcee, p. 217-238, 2007.

SPENCER, Herbert. **Social Statics: or, The Conditions essential to Happiness specified, and the First of them Developed**. London: John Chapman, 1851.

STIGLER, George. The Theory of Economic Regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, Vol. 2, No. 1, Spring, p. 3-21, 1971.

SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (org). **Doutrinas Essenciais: Direito administrativo**. Vol. 3, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 825-839, 2012.

_____. **Direito administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

_____. Processo administrativo: um diálogo necessário entre estado e cidadão. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum v.23, p. 39-51, jan. 2006.

_____; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. O que melhorar no direito brasileiro quanto à estrutura da gestão pública? In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (org.). **Direito e administração pública: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro**. São Paulo: Editora Atlas, p. 33-55, 2013.

TEACHOUT, Zephyr. **Corruption in America: from Benjamin Franklin's snuff box to Citizens United**. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2014.

TECNISA. **Bitcoins na Tecnisa** [online], 2016. Disponível em: <<https://www.tecnisa.com.br/lp/bitcoins>> Acesso em 21 nov. 2016.

TELEGRAM. **FAQ - How do self-destructing messages work?** [online], 2016. Disponível em: <<https://telegram.org/faq#q-how-do-self-destructing-messages-work>> Acesso em 6 jun 2016.

THE HERITAGE FOUNDATION; THE WALL STREET JOURNAL. **2016 Index of Economic Freedom**. Washington, DC, 2016. Disponível em: <<http://www.heritage.org/index/download>> Acesso em 14 mai 2016.

TOR PROJECT. **Tor: Overview** [Website], 2016. Disponível em: <<https://www.torproject.org/about/overview.html.en>> Acesso em 17 jan. 2016.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Corruption Perceptions Index 2014** [online], 2015. Disponível em: <<http://www.transparency.org/cpi2014/results>> Acesso em 20 nov. 2015.

_____. **Corruption Perceptions Index 2015** [online], 2016. Disponível em: <<http://www.transparency.org/cpi2015>> Acesso em 27 jan. 2016.

_____. **How do you define corruption?** [online], 2015. Disponível em <<http://www.transparency.org/what-is-corruption/#define>> Acesso em 25 nov. 2015.

TUCKER, Jeffrey. Prefácio. In: ULRICH, Fernando. **Bitcoin: a moeda na era digital**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, p.11-14, 2014.

TYLER, Tom R. Managing conflicts of interest within organizations. In: MOORE, Don A.; CAIN, Daylian M.; LOEWENSTEIN, George; BAZERMAN, Max H. (ed). **Conflicts of interest: challenges and solutions in business, law, medicine, and public policy**. New York: Cambridge University Press, p. 13-35, 2005.

ULRICH, Fernando. **Bitcoin: a moeda na era digital**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2014, p. 16.

UNIVERSAL PICTURES. **Schindler's List**. Director: Steven Spielberg, 195min, DVD, 1993.

VALENTE, Patricia Rodrigues Pessôa. **Avaliação de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado**. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2010.

YUSHI, Mao. The paradox of morality. In: PALMER, Tom G (ed.). **The morality of capitalism: what your professors won't tell you**, Ottawa, IL, USA: Jameson Book, p.43-54, 2011.

WAGENER, Volker. **Opinião: mais segurança, mas sem paranoia**. Deutsche Welle [Online] 18 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.dw.com/pt/opini%C3%A3o-mais-seguran%C3%A7a-mas-sem-paranoia/a-18860922>> Acesso em 11 jan. 2016.

WAGNER, Kurt. **Is your messaging app encrypted?** Re/code [online]. Vox Media, Inc. 21 dez. 2015, Disponível em: <<http://recode.net/2015/12/21/is-your-messaging-app-encrypted/>> Acesso em 11 jan. 2016.

WAGNER, Wendy E. Administrative law, filter failure, and information capture. In: **Duke Law Journal**, Vol. 59, No. 7, p. 1321-1432, April 2010.

WALL, Patricia Sue. Guide to the Ethics of Ex Parte Communications. **Journal of Business Ethics**, Springer, Vol. 81, No. 3, p. 555-559, sep. 2008.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa Oficial, 1999.

_____. **Ensaio de Sociologia**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Editora LTC, 1982, p. 98.

_____. **Wissenschaft als Beruf 1917/1919, Politik als Beruf 1919 – Studienausgabe**. Tübingen, Deutschland: Mohr, 1994.

WEHLING, Arno. **A Corrupção no Tempo de Dom João - 1808**, A Corte no Brasil. Documentário Globo News [Vídeo], 2012. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=h1WFRq31gUc>> Acesso em 17 jan. 2016.

WICKSELL, Knut. A new principle of just taxation. In: MUSGRAVE, Richard A.; PEACOCK, Alan T. **Classics in the theory of public finance** (ed.). New York: St. Martin's Press, p. 72-118, 1994.

ZANCHIM, Kleber Luiz; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. Empresas, direito, ética e compliance: existe relação? In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARAÚJO, Glaucio Roberto Brittes de; LIVIANU, Roberto; PASCOLATI JUNIOR, Ulisses Augusto (coords.). **48 visões sobre corrupção**. São Paulo: Quartier Latin, p. 99-116, 2016.

APÊNDICE A⁵⁹⁰

Questionário encaminhado às agências reguladoras federais pelo Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC)⁵⁹¹

Prezado Diretor,

Solicito informações a respeito do seguinte:

1. Qual o procedimento previsto para que um particular (pessoa física ou pessoa jurídica) submeta uma proposta de norma regulatória à Agência? Existe regulamentação sobre este procedimento? Se sim, qual é a norma?
2. Em que âmbito é possível que um particular (pessoa física ou jurídica) opine previamente sobre o conteúdo de uma proposta de norma regulatória a ser expedida pela Agência? Existe regulamentação sobre este procedimento? Se sim, qual é a norma?
3. No âmbito dos processos administrativos da Agência (procedimentos administrativos normativos, de contratação pública, de fiscalização, de aplicações de sanções), existe o registro das comunicações realizadas entre os agentes públicos e os particulares? Por exemplo, existe registro dos telefonemas (transcrição ou síntese da conversa), das reuniões (gravações), dos e-mails (cópias)? Se sim, onde esses registros são arquivados? É possível obter acesso ao conteúdo?
4. Caso um particular requeira uma reunião presencial com os agentes públicos pertencentes à Agência, para tratar de tema que lhe interessa, qual o procedimento previsto para que esta reunião aconteça? Existe regulamentação sobre este procedimento? Se sim, qual é a norma?

⁵⁹⁰ Os dois modelos de questionários ora apresentados foram encaminhados a quarenta e seis órgãos ou entidades da administração pública federal. Os questionários propriamente ditos e as respectivas respostas podem ser acessados eletronicamente, por meio da rede mundial de computadores (internet), a partir dos links registrados nas referências bibliográficas desta tese de doutorado.

⁵⁹¹ Em 8 de outubro de 2016, este questionário foi encaminhado às doze seguintes entidades da administração pública federal: Agência Espacial Brasileira (AEB), Agência Nacional de Águas (ANA), Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional do Cinema (ANCINE), Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM). Optou-se por incluir o DNPM nesta categoria, pois, embora não se qualifique como agência reguladora, detém algumas competências normativas regulatórias, vide artigo 2º de seu regimento interno (aprovado pela Portaria nº 247, de 08 de abril de 2011, do Ministério de Minas e Energia).

Questionário encaminhado a sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações, autarquias e órgãos federais pelo Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC)⁵⁹²

Prezados Diretor,

Solicito informações a respeito do seguinte:

1. Qual o procedimento previsto para que um particular (pessoa física ou pessoa jurídica) submeta uma proposta de contratação pública (prestação de serviços, venda de um produto bem, construção de uma obra, etc) para atendimento das necessidades [da/do] [nome do órgão ou entidade]? Existe regulamentação sobre este procedimento? Se sim, qual é a norma?
2. No âmbito dos processos administrativos da entidade (procedimentos administrativos de contratação pública, de fiscalização, de aplicações de sanções), existe o registro das comunicações realizadas entre os agentes públicos e os particulares? Por exemplo, existe registro dos telefonemas (transcrição ou síntese da conversa), das reuniões (gravações), dos e-mails (cópias)? Se sim, onde esses registros são arquivados? É possível obter acesso ao conteúdo?
3. Caso um particular requeira uma reunião presencial com os agentes públicos pertencentes [a/ao] [nome do órgão ou entidade], para tratar de tema que lhe interessa, qual o procedimento previsto para que esta reunião aconteça? Existe regulamentação sobre este procedimento? Se sim, qual é a norma?

⁵⁹² Em 10 de outubro de 2016, este questionário foi encaminhado aos trinta e quatro seguintes órgãos ou entidades da administração pública federal: Advocacia-Geral da União (AGU), Banco Central do Brasil (BACEN), Banco do Brasil S.A (BB), Banco do Nordeste do Brasil S.A (BNB), Caixa Econômica Federal (CEF), Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (ELETROBRÁS), Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. (ELETRONORTE), Comissão de Valores Mobiliários (CVM), Companhia de Armazéns e Silos do Estado de Minas Gerais (CASEMG), Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba (CODEVASF), Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP), Companhia Nacional de Abastecimento (CONAB), Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária (INFRAERO), Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA), Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH), Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social (DATAPREV), Financiadora de Estudos e Projetos (FINEP), Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Fundação Nacional do Índio (FUNAI), Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ), Instituto Brasileiro de Turismo (EMBRATUR), Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, Ministério da Ciência e Tecnologia, Ministério da Defesa, Ministério da Educação, Ministério da Integração Nacional, Ministério da Justiça, Ministério da Saúde, Ministério das Comunicações, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Ministério do Trabalho e Emprego, Petróleo Brasileiro S.A. (PETROBRAS), Superintendência de Seguros Privados (SUSEP). O único órgão que não respondeu à solicitação de informações foi o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento.

APÊNDICE B

Quadro 1 - Matriz sintética de análise sobre os diálogos público-privados

Nome do diálogo público-privado	
Ocorrência	
	Processos administrativos no âmbito das contratações públicas
	Processos administrativos no âmbito da função regulatória
	Processo administrativo sancionatório
	Processos administrativos de qualquer natureza
Natureza das interlocuções	
	Escrita
	Oral
Frequência estimada na administração pública brasileira	
	Cotidiano
	Frequente
	Esporádico
	Raro
Formalidade	
	Procedimento específico previsto em lei
	Procedimento específico previsto e detalhado em decreto e/ou regulamento interno
	Procedimento com previsão insuficiente em decreto e/ou regulamento interno
	Procedimento sem previsão normativa
Registro sobre as comunicações no processo administrativo	
	Prováveis diálogos informais/extraprocessuais
	Não há procedimento padronizado sobre o tema
	Informação sobre a síntese das comunicações deve ser registrada
	Informação sobre a íntegra das comunicações deve ser registrada
Publicidade sobre os documentos	
	Possibilidade de sigilo temporário
	Publicidade espontânea (transparência ativa)
	Sem previsão específica. Publicidade mediante requerimento de acordo com a Lei Federal nº 12.527/2011
	Informações disponíveis na rede mundial de computadores
Amplitude de participação	
	Edital de convocação promovido pela administração pública
	Possibilidade de provocação do diálogo por parte do agente econômico
	Possibilidade jurídica de participação popular e/ou de outros agentes econômicos

	Diálogos reservados. Possibilidade jurídica de exclusão de participação conjunta de potenciais interessados
	Não há procedimento padronizado sobre o tema
Ética	
	Código de conduta específico para o procedimento
	Diretrizes éticas no edital
	Sem diretrizes éticas específicas para o diálogo público-privado
Controle	
	Sem previsão de controle específico / Sujeição ao controle interno e externo comum sobre as atividades da administração pública
	Sujeição a alguma espécie de controle interno ou externo específica
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para a administração pública	
	Baixa
	Média
	Alta
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para o agente econômico	
	Baixa
	Média
	Alta
Percepção sobre o grau de riscos (reduzido, regular, elevado)	
	Potencial lesivo aos interesses públicos/patrimônio público em caso de corrupção ou captura técnica
	Probabilidade de ocorrência de corrupção ou de captura técnica
	Potencial grau de impacto sobre o processo de legitimação estatal em caso de desvirtuamento
	Probabilidade de diálogo público-privado informal
Percepção sobre o nível de complexidade das medidas para o controle dos riscos (reduzido, regular, elevado)	
	Complexidade para implementação de medidas preventivas
	Complexidade para implementação de medidas repressivas
Nível de institucionalização na administração pública brasileira	
	Inexistente
	Incipiente
	Regular
	Avançado

Quadro 2 - Matriz sintética de análise sobre as audiências público-privadas

Audiências público-privadas	
Ocorrência	
	Processos administrativos de qualquer natureza

Natureza das interlocuções	
	Oral
Frequência estimada na administração pública brasileira	
	Cotidiano
Formalidade	
	Procedimento com previsão insuficiente em decreto e/ou regulamento interno
Registro sobre as comunicações no processo administrativo	
	Prováveis diálogos informais/extraprocessuais
	Informação sobre a síntese das comunicações deve ser registrada
Publicidade sobre os documentos	
	Sem previsão específica. Publicidade mediante requerimento de acordo com a Lei Federal nº 12.527/2011
Amplitude de participação	
	Possibilidade de provocação do diálogo por parte do agente econômico
	Diálogos reservados. Possibilidade jurídica de exclusão de participação conjunta de potenciais interessados
Ética	
	Sem diretrizes éticas específicas para o diálogo público-privado
Controle	
	Sem previsão de controle específico / Sujeição ao controle interno e externo comum sobre as atividades da administração pública
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para a administração pública	
	Baixa
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para o agente econômico	
	Alta
Percepção sobre o grau de riscos	
Elevado	Potencial lesivo aos interesses públicos/patrimônio público em caso de corrupção ou captura técnica
Elevado	Probabilidade de ocorrência de corrupção ou de captura técnica
Elevado	Potencial grau de impacto sobre o processo de legitimação estatal em caso de desvirtuamento
Elevada	Probabilidade de diálogo público-privado informal
Percepção sobre o nível de complexidade das medidas para o controle dos riscos	
Elevado	Complexidade para implementação de medidas preventivas
Elevado	Complexidade para implementação de medidas repressivas
Nível de institucionalização na administração pública brasileira	
	Incipiente

Quadro 3 - Matriz sintética de análise sobre a submissão de minutas de normas reguladoras por agentes econômicos

Submissão de minutas de normas reguladoras por agentes econômicos	
Ocorrência	
	Processos administrativos no âmbito da função regulatória
Natureza das interlocuções	
	Escrita
Frequência estimada na administração pública brasileira	
	Esporádico
Formalidade	
	Procedimento sem previsão normativa
Registro sobre as comunicações no processo administrativo	
	Prováveis diálogos informais/extraprocessuais
	Não há procedimento padronizado sobre o tema
Publicidade sobre os documentos	
	Sem previsão específica. Publicidade mediante requerimento de acordo com a Lei Federal nº 12.527/2011
Amplitude de participação	
	Editais de convocação promovido pela administração pública
	Possibilidade de provocação do diálogo por parte do agente econômico
Ética	
	Sem diretrizes éticas específicas para o diálogo público-privado
Controle	
	Sem previsão de controle específico / Sujeição ao controle interno e externo comum sobre as atividades da administração pública
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para a administração pública	
	Média
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para o agente econômico	
	Alta
Percepção sobre o grau de riscos	
Elevado	Potencial lesivo aos interesses públicos/patrimônio público em caso de corrupção ou captura técnica
Regular	Probabilidade de ocorrência de corrupção ou de captura técnica
Elevado	Potencial grau de impacto sobre o processo de legitimação estatal em caso de desvirtuamento
Elevado	Probabilidade de diálogo público-privado informal
Percepção sobre o nível de complexidade das medidas para o controle dos riscos	
Reduzido	Complexidade para implementação de medidas preventivas
Elevado	Complexidade para implementação de medidas repressivas
Nível de institucionalização na administração pública brasileira	
	Inexistente

Quadro 4 - Matriz sintética de análise sobre a análise de impacto regulatório (AIR)

Análise de impacto regulatório (AIR)	
Ocorrência	
	Processos administrativos no âmbito da função regulatória
Natureza das interlocuções	
	Escrita
Frequência estimada na administração pública brasileira	
	Esporádico
Formalidade	
	Procedimento com previsão insuficiente em decreto e/ou regulamento interno
Registro sobre as comunicações no processo administrativo	
	Prováveis diálogos informais/extraprocessuais
	Informação sobre a íntegra das comunicações deve ser registrada
Publicidade sobre os documentos	
	Sem previsão específica. Publicidade mediante requerimento de acordo com a Lei Federal nº 12.527/2011
Amplitude de participação	
	Editais de convocação promovido pela administração pública
	Possibilidade jurídica de participação popular e/ou de outros agentes econômicos
Ética	
	Sem diretrizes éticas específicas para o diálogo público-privado
Controle	
	Sem previsão de controle específico / Sujeição ao controle interno e externo comum sobre as atividades da administração pública
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para a administração pública	
	Alta
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para o agente econômico	
	Alta
Percepção sobre o grau de riscos	
Elevado	Potencial lesivo aos interesses públicos/patrimônio público em caso de corrupção ou captura técnica
Regular	Probabilidade de ocorrência de corrupção ou de captura técnica
Elevado	Potencial grau de impacto sobre o processo de legitimação estatal em caso de desvirtuamento
Regular	Probabilidade de diálogo público-privado informal
Percepção sobre o nível de complexidade das medidas para o controle dos riscos	
Regular	Complexidade para implementação de medidas preventivas
Elevada	Complexidade para implementação de medidas repressivas
Nível de institucionalização na administração pública brasileira	

	Incipiente
--	------------

Quadro 5 - Matriz sintética de análise sobre as consultas públicas

Consultas públicas	
Ocorrência	
	Processos administrativos no âmbito das contratações públicas
	Processos administrativos no âmbito da função regulatória
Natureza das interlocuções	
	Escrita
Frequência estimada na administração pública brasileira	
	Frequente
Formalidade	
	Procedimento específico previsto em lei
	Procedimento específico previsto e detalhado em decreto e/ou regulamento interno
Registro sobre as comunicações no processo administrativo	
	Informação sobre a íntegra das comunicações deve ser registrada
Publicidade sobre os documentos	
	Sem previsão específica. Publicidade mediante requerimento de acordo com a Lei Federal nº 12.527/2011
	Informações disponíveis na rede mundial de computadores
Amplitude de participação	
	Editais de convocação promovido pela administração pública
	Possibilidade jurídica de participação popular e/ou de outros agentes econômicos
Ética	
	Sem diretrizes éticas específicas para o diálogo público-privado
Controle	
	Sem previsão de controle específico / Sujeição ao controle interno e externo comum sobre as atividades da administração pública
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para a administração pública	
	Média
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para o agente econômico	
	Média
Percepção sobre o grau de riscos	
Regular	Potencial lesivo aos interesses públicos/patrimônio público em caso de corrupção ou captura técnica
Reduzido	Probabilidade de ocorrência de corrupção ou de captura técnica
Elevado	Potencial grau de impacto sobre o processo de legitimação estatal em caso de desvirtuamento
Reduzido	Probabilidade de diálogo público-privado informal

Percepção sobre o nível de complexidade das medidas para o controle dos riscos	
Reduzido	Complexidade para implementação de medidas preventivas
Elevado	Complexidade para implementação de medidas repressivas
Nível de institucionalização na administração pública brasileira	
	Avançado

Quadro 6 - Matriz sintética de análise sobre as audiências públicas

Audiências públicas	
Ocorrência	
	Processos administrativos no âmbito das contratações públicas
	Processos administrativos no âmbito da função regulatória
Natureza das interlocuções	
	Escrita
	Oral
Frequência estimada na administração pública brasileira	
	Frequente
Formalidade	
	Procedimento específico previsto em lei
	Procedimento específico previsto e detalhado em decreto e/ou regulamento interno
Registro sobre as comunicações no processo administrativo	
	Informação sobre a síntese das comunicações deve ser registrada
Publicidade sobre os documentos	
	Sem previsão específica. Publicidade mediante requerimento de acordo com a Lei Federal nº 12.527/2011
Amplitude de participação	
	Edital de convocação promovido pela administração pública
	Possibilidade jurídica de participação popular e/ou de outros agentes econômicos
Ética	
	Sem diretrizes éticas específicas para o diálogo público-privado
Controle	
	Sem previsão de controle específico / Sujeição ao controle interno e externo comum sobre as atividades da administração pública
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para a administração pública	
	Média
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para o agente econômico	
	Baixa
Percepção sobre o grau de riscos	

Elevado	Potencial lesivo aos interesses públicos/patrimônio público em caso de corrupção ou captura técnica
Reduzido	Probabilidade de ocorrência de corrupção ou de captura técnica
Elevado	Potencial grau de impacto sobre o processo de legitimação estatal em caso de desvirtuamento
Reduzido	Probabilidade de diálogo público-privado informal
Percepção sobre o nível de complexidade das medidas para o controle dos riscos	
Regular	Complexidade para implementação de medidas preventivas
Elevado	Complexidade para implementação de medidas repressivas
Nível de institucionalização na administração pública brasileira	
	Avançado

Quadro 7 - Matriz sintética de análise sobre o intercâmbio documental

Intercâmbio documental	
Ocorrência	
	Processos administrativos no âmbito da função regulatória
Natureza das interlocuções	
	Escrita
Frequência estimada na administração pública brasileira	
	Raro
Formalidade	
	Procedimento específico previsto e detalhado em decreto e/ou regulamento interno
Registro sobre as comunicações no processo administrativo	
	Informação sobre a íntegra das comunicações deve ser registrada
Publicidade sobre os documentos	
	Sem previsão específica. Publicidade mediante requerimento de acordo com a Lei Federal nº 12.527/2011
Amplitude de participação	
	Edital de convocação promovido pela administração pública
	Possibilidade jurídica de participação popular e/ou de outros agentes econômicos
Ética	
	Sem diretrizes éticas específicas para o diálogo público-privado
Controle	
	Sem previsão de controle específico / Sujeição ao controle interno e externo comum sobre as atividades da administração pública
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para a administração pública	
	Média
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para o agente econômico	
	Média

Percepção sobre o grau de riscos	
Elevado	Potencial lesivo aos interesses públicos/patrimônio público em caso de corrupção ou captura técnica
Regular	Probabilidade de ocorrência de corrupção ou de captura técnica
Elevado	Potencial grau de impacto sobre o processo de legitimação estatal em caso de desvirtuamento
Reduzido	Probabilidade de diálogo público-privado informal
Percepção sobre o nível de complexidade das medidas para o controle dos riscos	
Reduzido	Complexidade para implementação de medidas preventivas
Elevado	Complexidade para implementação de medidas repressivas
Nível de institucionalização na administração pública brasileira	
	Incipiente

Quadro 8 - Matriz sintética de análise sobre a tomada de subsídio

Tomada de subsídio	
Ocorrência	
	Processos administrativos no âmbito da função regulatória
Natureza das interlocuções	
	Escrita
Frequência estimada na administração pública brasileira	
	Raro
Formalidade	
	Procedimento específico previsto e detalhado em decreto e/ou regulamento interno
Registro sobre as comunicações no processo administrativo	
	Informação sobre a íntegra das comunicações deve ser registrada
Publicidade sobre os documentos	
	Sem previsão específica. Publicidade mediante requerimento de acordo com a Lei Federal nº 12.527/2011
Amplitude de participação	
	Editais de convocação promovido pela administração pública
	Possibilidade jurídica de participação popular e/ou de outros agentes econômicos
	Diálogos reservados. Possibilidade jurídica de exclusão de participação conjunta de potenciais interessados
Ética	
	Sem diretrizes éticas específicas para o diálogo público-privado
Controle	
	Sem previsão de controle específico / Sujeição ao controle interno e externo comum sobre as atividades da administração pública
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para a administração pública	
	Alta

Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para o agente econômico	
	Média
Percepção sobre o grau de riscos	
Elevado	Potencial lesivo aos interesses públicos/patrimônio público em caso de corrupção ou captura técnica
Elevado	Probabilidade de ocorrência de corrupção ou de captura técnica
Elevado	Potencial grau de impacto sobre o processo de legitimação estatal em caso de desvirtuamento
Elevado	Probabilidade de diálogo público-privado informal
Percepção sobre o nível de complexidade das medidas para o controle dos riscos	
Reduzido	Complexidade para implementação de medidas preventivas
Elevado	Complexidade para implementação de medidas repressivas
Nível de institucionalização na administração pública brasileira	
	Incipiente

Quadro 9 - Matriz sintética de análise sobre a reunião participativa

Reunião participativa	
Ocorrência	
	Processos administrativos no âmbito da função regulatória
Natureza das interlocuções	
	Oral
Frequência estimada na administração pública brasileira	
	Raro
Formalidade	
	Procedimento específico previsto e detalhado em decreto e/ou regulamento interno
Registro sobre as comunicações no processo administrativo	
	Prováveis diálogos informais/extraprocessuais
	Informação sobre a síntese das comunicações deve ser registrada
Publicidade sobre os documentos	
	Sem previsão específica. Publicidade mediante requerimento de acordo com a Lei Federal nº 12.527/2011
Amplitude de participação	
	Edital de convocação promovido pela administração pública
	Possibilidade jurídica de participação popular e/ou de outros agentes econômicos
	Diálogos reservados. Possibilidade jurídica de exclusão de participação conjunta de potenciais interessados
Ética	
	Sem diretrizes éticas específicas para o diálogo público-privado
Controle	

	Sem previsão de controle específico / Sujeição ao controle interno e externo comum sobre as atividades da administração pública
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para a administração pública	
	Alta
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para o agente econômico	
	Média
Percepção sobre o grau de riscos	
Elevado	Potencial lesivo aos interesses públicos/patrimônio público em caso de corrupção ou captura técnica
Elevado	Probabilidade de ocorrência de corrupção ou de captura técnica
Elevado	Potencial grau de impacto sobre o processo de legitimação estatal em caso de desvirtuamento
Elevado	Probabilidade de diálogo público-privado informal
Percepção sobre o nível de complexidade das medidas para o controle dos riscos	
Regular	Complexidade para implementação de medidas preventivas
Elevado	Complexidade para implementação de medidas repressivas
Nível de institucionalização na administração pública brasileira	
	Incipiente

Quadro 10 - Matriz sintética de análise sobre os diálogos público-privados durante a fiscalização de atividades econômicas

Diálogos público-privados durante a fiscalização de atividades econômicas	
Ocorrência	
	Processos administrativos no âmbito da função regulatória
Natureza das interlocuções	
	Escrita
	Oral
Frequência estimada na administração pública brasileira	
	Frequente
Formalidade	
	Procedimento sem previsão normativa
Registro sobre as comunicações no processo administrativo	
	Prováveis diálogos informais/extraprocessuais
	Não há procedimento padronizado sobre o tema
Publicidade sobre os documentos	
	Possibilidade de sigilo temporário
	Sem previsão específica. Publicidade mediante requerimento de acordo com a Lei Federal nº 12.527/2011
Amplitude de participação	

	Diálogos reservados. Possibilidade jurídica de exclusão de participação conjunta de potenciais interessados
Ética	
	Sem diretrizes éticas específicas para o diálogo público-privado
Controle	
	Sem previsão de controle específico / Sujeição ao controle interno e externo comum sobre as atividades da administração pública
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para a administração pública	
	Média
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para o agente econômico	
	Alta
Percepção sobre o grau de riscos	
Elevado	Potencial lesivo aos interesses públicos/patrimônio público em caso de corrupção ou captura técnica
Elevado	Probabilidade de ocorrência de corrupção ou de captura técnica
Elevado	Potencial grau de impacto sobre o processo de legitimação estatal em caso de desvirtuamento
Elevado	Probabilidade de diálogo público-privado informal
Percepção sobre o nível de complexidade das medidas para o controle dos riscos	
Regular	Complexidade para implementação de medidas preventivas
Elevado	Complexidade para implementação de medidas repressivas
Nível de institucionalização na administração pública brasileira	
	Inexistente

Quadro 11 - Matriz sintética de análise sobre o procedimento de manifestação de interesse (PMI)

Procedimento de manifestação de interesse (PMI)	
Ocorrência	
	Processos administrativos no âmbito das contratações públicas
Natureza das interlocuções	
	Escrita
	Oral
Frequência estimada na administração pública brasileira	
	Frequente
Formalidade	
	Procedimento específico previsto e detalhado em decreto e/ou regulamento interno
Registro sobre as comunicações no processo administrativo	
	Não há procedimento padronizado sobre o tema
Publicidade sobre os documentos	

	Possibilidade de sigilo temporário
	Sem previsão específica. Publicidade mediante requerimento de acordo com a Lei Federal nº 12.527/2011
Amplitude de participação	
	Edital de convocação promovido pela administração pública
	Possibilidade de provocação do diálogo por parte do agente econômico
	Possibilidade jurídica de participação popular e/ou de outros agentes econômicos
	Diálogos reservados. Possibilidade jurídica de exclusão de participação conjunta de potenciais interessados
Ética	
	Sem diretrizes éticas específicas para o diálogo público-privado
Controle	
	Sem previsão de controle específico / Sujeição ao controle interno e externo comum sobre as atividades da administração pública
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para a administração pública	
	Alta
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para o agente econômico	
	Alta
Percepção sobre o grau de riscos	
Elevado	Potencial lesivo aos interesses públicos/patrimônio público em caso de corrupção ou captura técnica
Regular	Probabilidade de ocorrência de corrupção ou de captura técnica
Elevado	Potencial grau de impacto sobre o processo de legitimação estatal em caso de desvirtuamento
Regular	Probabilidade de diálogo público-privado informal
Percepção sobre o nível de complexidade das medidas para o controle dos riscos	
Regular	Complexidade para implementação de medidas preventivas
Elevado	Complexidade para implementação de medidas repressivas
Nível de institucionalização na administração pública brasileira	
	Regular

Quadro 12 - Matriz sintética de análise sobre o procedimento de manifestação de interesse social (PMI Social)

Procedimento de manifestação de interesse social (PMI Social)	
Ocorrência	
	Processos administrativos no âmbito das contratações públicas
Natureza das interlocuções	
	Escrita
Frequência estimada na administração pública brasileira	

	Raro
Formalidade	
	Procedimento específico previsto em lei
	Procedimento específico previsto e detalhado em decreto e/ou regulamento interno
Registro sobre as comunicações no processo administrativo	
	Não há procedimento padronizado sobre o tema
Publicidade sobre os documentos	
	Sem previsão específica. Publicidade mediante requerimento de acordo com a Lei Federal nº 12.527/2011
Amplitude de participação	
	Edital de convocação promovido pela administração pública
	Possibilidade de provocação do diálogo por parte do agente econômico
	Possibilidade jurídica de participação popular e/ou de outros agentes econômicos
Ética	
	Sem diretrizes éticas específicas para o diálogo público-privado
Controle	
	Sem previsão de controle específico / Sujeição ao controle interno e externo comum sobre as atividades da administração pública
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para a administração pública	
	Média
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para o agente econômico	
	Alta
Percepção sobre o grau de riscos	
Elevado	Potencial lesivo aos interesses públicos/patrimônio público em caso de corrupção ou captura técnica
Regular	Probabilidade de ocorrência de corrupção ou de captura técnica
Regular	Potencial grau de impacto sobre o processo de legitimação estatal em caso de desvirtuamento
Elevado	Probabilidade de diálogo público-privado informal
Percepção sobre o nível de complexidade das medidas para o controle dos riscos	
Regular	Complexidade para implementação de medidas preventivas
Elevado	Complexidade para implementação de medidas repressivas
Nível de institucionalização na administração pública brasileira	
	Incipiente

Quadro 13 - Matriz sintética de análise sobre os diálogos prévios à elaboração de edital em licitações públicas comuns e às contratações diretas

Diálogos prévios à elaboração de edital em licitações públicas comuns e às contratações diretas	
Ocorrência	
	Processos administrativos no âmbito das contratações públicas
Natureza das interlocuções	
	Escrita
	Oral
Frequência estimada na administração pública brasileira	
	Cotidiano
Formalidade	
	Procedimento sem previsão normativa
Registro sobre as comunicações no processo administrativo	
	Prováveis diálogos informais/extraprocessuais
	Não há procedimento padronizado sobre o tema
Publicidade sobre os documentos	
	Sem previsão específica. Publicidade mediante requerimento de acordo com a Lei Federal nº 12.527/2011
Amplitude de participação	
	Não há procedimento padronizado sobre o tema
Ética	
	Sem diretrizes éticas específicas para o diálogo público-privado
Controle	
	Sem previsão de controle específico / Sujeição ao controle interno e externo comum sobre as atividades da administração pública
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para a administração pública	
	Alta
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para o agente econômico	
	Alta
Percepção sobre o grau de riscos	
Elevado	Potencial lesivo aos interesses públicos/patrimônio público em caso de corrupção ou captura técnica
Elevado	Probabilidade de ocorrência de corrupção ou de captura técnica
Elevado	Potencial grau de impacto sobre o processo de legitimação estatal em caso de desvirtuamento
Elevado	Probabilidade de diálogo público-privado informal
Percepção sobre o nível de complexidade das medidas para o controle dos riscos	
Regular	Complexidade para implementação de medidas preventivas
Elevado	Complexidade para implementação de medidas repressivas
Nível de institucionalização na administração pública brasileira	
	Inexistente

Quadro 14 - Matriz sintética de análise sobre o *request for information* (RFI) e o *request for proposal* (RFP)

<i>Request for information</i> (RFI) e o <i>request for proposal</i> (RFP)	
Ocorrência	
	Processos administrativos no âmbito das contratações públicas
Natureza das interlocuções	
	Escrita
Frequência estimada na administração pública brasileira	
	Esporádico
Formalidade	
	Procedimento sem previsão normativa
Registro sobre as comunicações no processo administrativo	
	Prováveis diálogos informais/extraprocessuais
	Não há procedimento padronizado sobre o tema
Publicidade sobre os documentos	
	Sem previsão específica. Publicidade mediante requerimento de acordo com a Lei Federal nº 12.527/2011
Amplitude de participação	
	Edital de convocação promovido pela administração pública
	Possibilidade jurídica de participação popular e/ou de outros agentes econômicos
	Não há procedimento padronizado sobre o tema
Ética	
	Sem diretrizes éticas específicas para o diálogo público-privado
Controle	
	Sem previsão de controle específico / Sujeição ao controle interno e externo comum sobre as atividades da administração pública
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para a administração pública	
	Alta
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para o agente econômico	
	Média
Percepção sobre o grau de riscos	
Elevado	Potencial lesivo aos interesses públicos/patrimônio público em caso de corrupção ou captura técnica
Regular	Probabilidade de ocorrência de corrupção ou de captura técnica
Elevado	Potencial grau de impacto sobre o processo de legitimação estatal em caso de desvirtuamento
Regular	Probabilidade de diálogo público-privado informal
Percepção sobre o nível de complexidade das medidas para o controle dos riscos	
Regular	Complexidade para implementação de medidas preventivas
Elevado	Complexidade para implementação de medidas repressivas

Nível de institucionalização na administração pública brasileira	
	Incipiente

Quadro 15 - Matriz sintética de análise sobre a pesquisa de preços com potenciais fornecedores e prestadores de serviços

Pesquisa de preços com potenciais fornecedores e prestadores de serviços	
Ocorrência	
	Processos administrativos no âmbito das contratações públicas
Natureza das interlocuções	
	Escrita
Frequência estimada na administração pública brasileira	
	Cotidiano
Formalidade	
	Procedimento com previsão insuficiente em decreto e/ou regulamento interno
Registro sobre as comunicações no processo administrativo	
	Prováveis diálogos informais/extraprocessuais
	Informação sobre a síntese das comunicações deve ser registrada
Publicidade sobre os documentos	
	Sem previsão específica. Publicidade mediante requerimento de acordo com a Lei Federal nº 12.527/2011
Amplitude de participação	
	Diálogos reservados. Possibilidade jurídica de exclusão de participação conjunta de potenciais interessados
Ética	
	Sem diretrizes éticas específicas para o diálogo público-privado
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para a administração pública	
	Alta
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para o agente econômico	
	Baixa
Percepção sobre o grau de riscos	
Regular	Potencial lesivo aos interesses públicos/patrimônio público em caso de corrupção ou captura técnica
Reduzido	Probabilidade de ocorrência de corrupção ou de captura técnica
Regular	Potencial grau de impacto sobre o processo de legitimação estatal em caso de desvirtuamento
Regular	Probabilidade de diálogo público-privado informal
Percepção sobre o nível de complexidade das medidas para o controle dos riscos	
Reduzido	Complexidade para implementação de medidas preventivas
Elevado	Complexidade para implementação de medidas repressivas

Nível de institucionalização na administração pública brasileira	
	Incipiente

Quadro 16 - Matriz sintética de análise sobre o *road show*

<i>Road show</i>	
Ocorrência	
	Processos administrativos no âmbito das contratações públicas
Natureza das interlocuções	
	Oral
Frequência estimada na administração pública brasileira	
	Esporádico
Formalidade	
	Procedimento sem previsão normativa
Registro sobre as comunicações no processo administrativo	
	Prováveis diálogos informais/extraprocessuais
	Não há procedimento padronizado sobre o tema
Publicidade sobre os documentos	
	Possibilidade de sigilo temporário
	Sem previsão específica. Publicidade mediante requerimento de acordo com a Lei Federal nº 12.527/2011
Amplitude de participação	
	Possibilidade jurídica de participação popular e/ou de outros agentes econômicos
	Diálogos reservados. Possibilidade jurídica de exclusão de participação conjunta de potenciais interessados
Ética	
	Sem diretrizes éticas específicas para o diálogo público-privado
Controle	
	Sem previsão de controle específico / Sujeição ao controle interno e externo comum sobre as atividades da administração pública
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para a administração pública	
	Alta
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para o agente econômico	
	Baixa
Percepção sobre o grau de riscos	
Elevado	Potencial lesivo aos interesses públicos/patrimônio público em caso de corrupção ou captura técnica
Elevado	Probabilidade de ocorrência de corrupção ou de captura técnica
Elevado	Potencial grau de impacto sobre o processo de legitimação estatal em caso de desvirtuamento

Elevado	Probabilidade de diálogo público-privado informal
Percepção sobre o nível de complexidade das medidas para o controle dos riscos	
Regular	Complexidade para implementação de medidas preventivas
Elevado	Complexidade para implementação de medidas repressivas
Nível de institucionalização na administração pública brasileira	
	Inexistente

Quadro 17 - Matriz sintética de análise sobre as negociações prévias ao acordo de leniência

As negociações prévias ao acordo de leniência	
Ocorrência	
	Processo administrativo sancionatório
Natureza das interlocuções	
	Escrita
	Oral
Frequência estimada na administração pública brasileira	
	Raro
Formalidade	
	Procedimento com previsão insuficiente em decreto e/ou regulamento interno
Registro sobre as comunicações no processo administrativo	
	Prováveis diálogos informais/extraprocessuais
	Informação sobre a síntese das comunicações deve ser registrada
Publicidade sobre os documentos	
	Possibilidade de sigilo temporário
	Sem previsão específica. Publicidade mediante requerimento de acordo com a Lei Federal nº 12.527/2011
Amplitude de participação	
	Diálogos reservados. Possibilidade jurídica de exclusão de participação conjunta de potenciais interessados
Ética	
	Sem diretrizes éticas específicas para o diálogo público-privado
Controle	
	Sem previsão de controle específico / Sujeição ao controle interno e externo comum sobre as atividades da administração pública
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para a administração pública	
	Alta
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para o agente econômico	
	Alta
Percepção sobre o grau de riscos	

Elevado	Potencial lesivo aos interesses públicos/patrimônio público em caso de corrupção ou captura técnica
Elevado	Probabilidade de ocorrência de corrupção ou de captura técnica
Elevado	Potencial grau de impacto sobre o processo de legitimação estatal em caso de desvirtuamento
Elevado	Probabilidade de diálogo público-privado informal
Percepção sobre o nível de complexidade das medidas para o controle dos riscos	
Elevado	Complexidade para implementação de medidas preventivas
Elevado	Complexidade para implementação de medidas repressivas
Nível de institucionalização na administração pública brasileira	
	Incipiente

Quadro 18 - Matriz sintética de análise sobre as negociações prévias ao termo de ajustamento de conduta (TAC)

As negociações prévias ao termo de ajustamento de conduta (TAC)	
Ocorrência	
	Processo administrativo sancionatório
Natureza das interlocuções	
	Escrita
	Oral
Frequência estimada na administração pública brasileira	
	Esporádico
Formalidade	
	Procedimento com previsão insuficiente em decreto e/ou regulamento interno
Registro sobre as comunicações no processo administrativo	
	Prováveis diálogos informais/extraprocessuais
	Informação sobre a síntese das comunicações deve ser registrada
Publicidade sobre os documentos	
	Possibilidade de sigilo temporário
	Sem previsão específica. Publicidade mediante requerimento de acordo com a Lei Federal nº 12.527/2011
Amplitude de participação	
	Edital de convocação promovido pela administração pública
	Diálogos reservados. Possibilidade jurídica de exclusão de participação conjunta de potenciais interessados
Ética	
	Sem diretrizes éticas específicas para o diálogo público-privado
Controle	
	Sem previsão de controle específico / Sujeição ao controle interno e externo comum sobre as atividades da administração pública

Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para a administração pública	
	Alta
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para o agente econômico	
	Alta
Percepção sobre o grau de riscos	
Elevado	Potencial lesivo aos interesses públicos/patrimônio público em caso de corrupção ou captura técnica
Elevado	Probabilidade de ocorrência de corrupção ou de captura técnica
Elevado	Potencial grau de impacto sobre o processo de legitimação estatal em caso de desvirtuamento
Elevado	Probabilidade de diálogo público-privado informal
Percepção sobre o nível de complexidade das medidas para o controle dos riscos	
Elevado	Complexidade para implementação de medidas preventivas
Elevado	Complexidade para implementação de medidas repressivas
Nível de institucionalização na administração pública brasileira	
	Incipiente

Quadro 19 - Matriz sintética de análise sobre as negociações prévias ao termo de compromisso de cessação de prática (TCC)

As negociações prévias ao termo de compromisso de cessação de prática (TCC)	
Ocorrência	
	Processo administrativo sancionatório
Natureza das interlocuções	
	Escrita
	Oral
Frequência estimada na administração pública brasileira	
	Raro
Formalidade	
	Procedimento com previsão insuficiente em decreto e/ou regulamento interno
Registro sobre as comunicações no processo administrativo	
	Prováveis diálogos informais/extraprocessuais
	Informação sobre a síntese das comunicações deve ser registrada
Publicidade sobre os documentos	
	Possibilidade de sigilo temporário
	Sem previsão específica. Publicidade mediante requerimento de acordo com a Lei Federal nº 12.527/2011
Amplitude de participação	
	Diálogos reservados. Possibilidade jurídica de exclusão de participação conjunta de potenciais interessados

Ética	
	Sem diretrizes éticas específicas para o diálogo público-privado
Controle	
	Sem previsão de controle específico / Sujeição ao controle interno e externo comum sobre as atividades da administração pública
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para a administração pública	
	Alta
Percepção sobre o grau de importância do diálogo público-privado para o agente econômico	
	Alta
Percepção sobre o grau de riscos	
Elevado	Potencial lesivo aos interesses públicos/patrimônio público em caso de corrupção ou captura técnica
Elevado	Probabilidade de ocorrência de corrupção ou de captura técnica
Elevado	Potencial grau de impacto sobre o processo de legitimação estatal em caso de desvirtuamento
Elevado	Probabilidade de diálogo público-privado informal
Percepção sobre o nível de complexidade das medidas para o controle dos riscos	
Elevado	Complexidade para implementação de medidas preventivas
Elevado	Complexidade para implementação de medidas repressivas
Nível de institucionalização na administração pública brasileira	
	Incipiente