



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

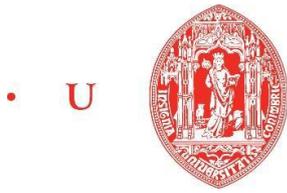
Fernanda Kellner de Oliveira Palermo

**A COLABORAÇÃO COMO CRITÉRIO DE
FLEXIBILIZAÇÃO EM PROL DA SIMPLIFICAÇÃO
DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA**

**Tese no âmbito do doutoramento em Direito, área de Direito
Público, orientada pelo Professor Doutor Licínio Lopes Martins e
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.**

Setembro de 2022

Para Carlos, João Wilson, Daniel
e Tatiana por seu imensurável apoio.



• U

C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

FERNANDA KELLNER DE OLIVEIRA PALERMO

**A COLABORAÇÃO COMO CRITÉRIO DE FLEXIBILIZAÇÃO
EM PROL DA SIMPLIFICAÇÃO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA**

Tese apresentada como requisito para
obtenção do grau de Doutora em Direito
Público pela Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra.

Orientador: Professor Doutor Licínio
Lopes Martins.

Coimbra

Setembro de 2022

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente a Deus pela minha saúde e por jamais ter permitido que todos os obstáculos que surgiram ao longo do percurso trilhado para concretização desta missão fossem motivo de desânimo ou desesperança.

A dedicação material e emocional de meu marido, Carlos, não pode ser qualificada ou quantificada em palavras. A ele, a meu filho João Wilson, a meu enteado Daniel e à sua esposa Tatiana, meu eterno carinho como agradecimento por seu enorme incentivo e consideração.

Minhas homenagens póstumas aos meus pais, Wilson e Maura, aos meus sogros, Senhor Alfredo e Senhora Nydia, aos meus avós paternos Tarcísio e Otávia e aos meus avós maternos Avelino e Maria Conceição, com a certeza que, de onde estão, zelam por mim e me inspiram em cada instante de minha existência.

O percurso para realização desta investigação teve início em meu primeiro Mestrado em minha cidade natal, Franca (SP). Meu orientador à época, Senhor Professor Doutor Augusto Martinez Perez, sempre irá merecer os maiores louvores por ter germinado esta semente que foi capaz de gerar frutos. Meu orientador durante o Mestrado realizado nos Estados Unidos, em Washington, D.C., Senhor Professor Doutor Christopher R. Yukins, também merece meu eterno agradecimento. Ao estimado Senhor Professor Doutor Licínio Lopes Martins, meu orientador nesta tese de Doutorado, dedico minha mais sincera gratidão por ter me permitido realizar um sonho acalentado por muitos anos.

Aos prezados Senhores Professores Doutores Jorge Manuel Coutinho Abreu, Mário Alberto Pedrosa Reis Marques, José Carlos Vieira de Andrade e à Senhora Professora Doutora Ana Raquel Gonçalves Moniz minhas homenagens pela condução das disciplinas ministradas e pelos grandes conhecimentos hauridos durante a elaboração de meus relatórios de investigação. Pela atenção, consideração e eficiência ímpar quanto ao cumprimento de suas funções na Universidade de Coimbra, meus agradecimentos à Senhora Doutora Isabel Abreu e à equipe da Divisão de Relações Internacionais. Ao prezado Senhor Professor Doutor Giovanni Sartor, Coordenador do *Centro Interdipartimentale di Ricerca in Storia del Diritto, Filosofia, Sociologia del Diritto e Informatica Giuridica* da *Università di Bologna*, minha eterna gratidão por minha admissão no Programa de Mobilidade *Outgoing* Erasmus+ para estágio doutoral.

“É o tempo da travessia: e, se não
ousarmos fazê-la, teremos ficado,
para sempre, à margem de nós mesmos.”

Fernando Teixeira de Andrade

RESUMO

Recentemente, houve um interesse renovado quanto à adequação de instrumentos jurídicos viabilizadores da flexibilização do regime jurídico da contratação pública em face da crescente imprevisibilidade nas relações humanas que permeiam as relações jurídicas de direito público. Neste sentido, diversos estudos relacionados à Administração Pública passaram a conceber a contratação pública como um instrumento de criação de valor público com vistas à prestação e fornecimento de serviços públicos que correspondam à satisfação da urgência das demandas hodiernas. No entanto, não foram encontradas investigações que abordassem de modo holístico as várias esferas de relação entre os atores que atuam neste âmbito de maneira coordenada para que a almejada flexibilização efetivamente resultasse em simplificação por meio da colaboração entre estes atores. Assim, o objetivo principal do presente estudo foi investigar se é possível utilizar a colaboração como critério de flexibilização em prol da simplificação da contratação pública. Para sua realização, percorreu-se um *iter* cujo início abordou a questão da evolução da posição jurídica dos indivíduos perante a Administração Pública na relação jurídica administrativa com ênfase na temática dos direitos subjetivos públicos e interesses legítimos. Os atores da Administração Pública como contraentes públicos foram analisados sob a perspectiva da influência política exercida em relação ao direito de regulação. A seguir, os atores como contratantes privados foram analisados sob a perspectiva da influência econômica que exercem em face da responsabilidade social das empresas e sua evolução concernente à contratação pública sustentável. O papel social primordial dos atores destinatários da prestação e fornecimento dos serviços públicos, os cidadãos, foi abordado logo após para demonstrar que sua concepção tradicional de sujeito passivo na relação jurídica administrativa assume novos contornos neste novo paradigma colaborativo. Finalmente, abordou-se a utilização de instrumentos tecnológicos devido ao avanço que têm possibilitado em relação ao direito, especialmente quanto ao aperfeiçoamento dos contratos inteligentes em direito público, a tecnologia *blockchain* que lhe dá suporte, Modelagem da Informação da Construção e acordos colaborativos. Após a análise do embasamento teórico de cada temática, realizou-se estudo de direito comparado destas abordagens em três ordenamentos jurídicos distintos, Itália, Portugal e Brasil, em face das características semelhantes e alguns pontos de convergência pelo entrelaçamento histórico entre estes países e modo de concepção do direito em seus arcabouços legais. Cabe destacar a relevância da abordagem específica

acerca da inexistência do contencioso administrativo no ordenamento jurídico brasileiro e suas consequências. Um outro ponto de relevo diz respeito à análise do modelo contratual colaborativo *Framework Alliance Contract* (FAC-1) concebido no Reino Unido e sua adaptação à contratação pública em Itália. Esta concepção abrange o modo pelo qual o planejamento estratégico, a seleção de profissionais capacitados, a integração contratual e o uso da tecnologia digital são capazes de aperfeiçoar a colaboração na contratação pública, corroborando a possibilidade de adaptação de um instrumento viabilizado no sistema de *common law* para o sistema de *civil law*. Para elaboração da presente investigação, quanto aos métodos de abordagem, utilizou-se o método hipotético-dedutivo para a análise da evolução das teorias supramencionadas. Os itens nos quais ocorre a abordagem referente aos ordenamentos jurídicos de Itália, Portugal e Brasil são estruturados de acordo com o método indutivo. O método dialético foi utilizado ao longo de toda a investigação. Em relação aos métodos de procedimentos, os itens iniciais de cada capítulo foram estruturados através do método histórico. O método comparativo foi utilizado para comparar semelhanças e diferenças em Itália, Portugal e Brasil e o método estruturalista correspondeu à abordagem holística que permeia o presente estudo. Quanto ao método de interpretação, utilizou-se o método sistemático. Os dados coletados indicaram que a colaboração entre os atores envolvidos na contratação pública delinea os critérios aptos à viabilização da flexibilização em prol da simplificação. Estes resultados dão suporte à visão de que é possível empregar instrumentos tecnológicos para a concretização deste objetivo, especialmente com a utilização de plataformas de automação “low-code” ou “no-code”.

Palavras-chave: Contratação Pública; Colaboração; Flexibilização; Simplificação; Contratos Inteligentes; Modelagem da Informação da Construção; Acordos Colaborativos.

ABSTRACT

Recently, there has been a renewed interest in the adequacy of legal instruments that facilitate the flexibility of public procurement legal regime in view of the growing unpredictability in human relationships that permeate legal relations under public law. In this sense, several studies related to Public Administration began to conceive public procurement as an instrument for creating public value with a view to delivering public services that meet the urgency of today's demands. However, no scientific research was found that addressed in a holistic way the various spheres of relations among the actors who act in this area in a coordinated way, so that the desired flexibility would effectively result in simplification through collaboration among these actors. Thus, the main objective of this study was to investigate whether it is possible to use collaboration as a criterion for flexibilization in favor of simplifying public procurement. To accomplish it, the thesis's beginning addressed the issue of the evolution of the legal position of individuals regarding the Public Administration in the administrative legal relation with an emphasis on public subjective rights and legitimate interests. Public Administration actors as public contractors were analyzed from the perspective of political influence exerted in relation to regulation. Then, the actors as private contractors were analyzed from the perspective of the economic influence they exert regarding corporate social responsibility and its evolution towards sustainable public procurement. The crucial social role of public service users, the citizens, was approached subsequently to demonstrate that their traditional conception of passive subject in the administrative legal relation takes on new contours in this new collaborative paradigm. Finally, the use of technological instruments was addressed due to the advance they have made towards law, especially regarding applying smart contracts to public law, the blockchain technology that supports them, Building Information Modelling and collaborative agreements. After analyzing the theoretical basis of each theme, a comparative law study of these approaches was carried out in three different legal systems, Italy, Portugal and Brazil, in view of the similar characteristics and some points of convergence due to the historical intertwining between these countries and the law conception on their legal frameworks. It is worth highlighting the relevance of the specific approach regarding the inexistence of administrative courts in the Brazilian legal system and its consequences. Another important point concerns the analysis of the collaborative contractual model Framework Alliance Contract (FAC-1) conceived in the United Kingdom and its adaptation to public

procurement in Italy. This conception encompasses the way in which strategic planning, the selection of qualified professionals, contractual integration and the use of digital technology are able to improve collaboration in public procurement, supporting the possibility of adapting an instrument from the common law system to the civil law system. Specifically regarding the methods of approach used to elaborate the research, the hypothetical-deductive method was used to analyze the evolution of the aforementioned theories. The items in which the approach referring to the legal systems of Italy, Portugal and Brazil occurs are structured according to the inductive method. The dialectical method was used throughout the investigation. Regarding the methods of procedures, the initial items of each chapter were structured using the historical method. The comparative method was used to compare similarities and differences in Italy, Portugal and Brazil and the structuralist method corresponded to the holistic approach that permeates this study. As for the method of interpretation, the systematic method was used. The data collected indicated that the collaboration between the actors involved in public procurement outlines the criteria suitable for enabling flexibility in favor of simplification. These results support the view that it is possible to employ technological instruments to achieve this goal, especially with the use of low-code or no-code automation platforms.

Keywords: Public Contracting; Collaboration; Flexibilization; Simplification; Smart Contracts; Building Information Modelling; Collaborative Agreements.

LISTA DE ABREVIATURAS, ACRÔNIMOS E SIGLAS

ABDI – Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial

ADM – *Automated decision-making*

AEC – *Architecture, engineering and construction*

AIR – Análise de Impacto Regulatório

AMA – Agência para a Modernização Administrativa

ANA – Agência Nacional de Águas

ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil

ANAC – *Autorità Nazionale Anticorruzione*

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

ANCINE – Agência Nacional do Cinema

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica

ANM – Agência Nacional de Mineração

ANP – Agência Nacional do Petróleo

ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar

ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários

ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

APA – *Administrative Procedure Act*

APEE – Associação Portuguesa de Ética Empresarial

APIs – *Application Programming Interfaces*

B2B – *Business-to-business*

B2G – *Business-to-government*

BC – *Blockchain*

BCSD – *Business Council for Sustainable Development*

BDNCP – *Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici*

BfV – *Business for value*

BIM – *Building Information Modelling*

BVM – *Best value for money*

CBIC – Câmara Brasileira da Indústria da Construção

CCAF – Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal

CCP – Código dos Contratos Públicos

CDE – *Common data environment*

CEJUR – Centro Jurídico da Presidência do Conselho de Ministros

CF – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CITE – Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego

CoST – *Construction Sector Transparency Initiative*

CPA – Código do Procedimento Administrativo

CPPT – Código de Procedimento e Processo Tributário

CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSR – *Corporate social responsibility*

CSR-SC – *Corporate Social Responsibility – Social Commitment Project*

DLTs – *Distributed ledger technologies*

DNIT – Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes

DTC/CGU – Diretoria de Transparência e Controle Social da Controladoria-Geral da União

EBP – *European Blockchain Partnership*

EBSI – *European Blockchain Services Infrastructure*

EGD – Estratégia de Governo Digital

ESG – *Environmental, social and governance*

ESPD – *European Single Procurement Document*

ETAF – *Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais*

FAC – *Framework Alliance Contract*

FOIA – *Freedom of Information Act*

FSC – *Forest Stewardship Council*

GaaP – *Government as a Platform*

GDPR – *General Data Protection Regulation*

GPA – *WTO Plurilateral Agreement on Government Procurement*

GPLP – *Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça*

GPPN – *Global public policy networks*

GRACE – *Grupo de Reflexão e Apoio à Cidadania Empresarial*

GRI – *Global Reporting Initiative*

GTBIM – *Grupo de trabalho BIM*

ICTs – *Information and Communication Technologies*

IMS – *Integrated management systems*

INOVA – *Departamento de Modernização da Gestão Pública*

IOL – *Inter Organisational Learning*

IPD – *Integrated Project Delivery*

IPP – *Innovative public procurement*

ISDA – *International Swaps and Derivatives Association*

ISO – *International Organization for Standardization*

KPI – *Key Performance Indicators*

LabX – *Centro para a Inovação no Setor Público*

LAI – Lei de Acesso à Informação

LCC – *Life cycle costing*

MAPS – *Methodology for Assessing Procuring Systems*

MDB – *Multilateral development bank*

MEAT – *Most economically advantageous tender*

MMS – *Minerals Management Service*

MVP – *Minimal Viable Process*

NFRD – *Non-financial reporting directive*

NGEU – *Next Generation EU*

NGO – *Nongovernmental organisation*

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

OCDS – *Open Contracting Data Standard*

ODS – Objetivos de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas

OECD – *Organisation for Economic Co-operation and Development*

OGU – Ouvidoria-Geral da União

ONG – Organização não governamental

OSCIP – Organização da sociedade civil de interesse público

PDCA – *Plan-Do-Check-Act*

PIGs – *Public interest groups*

PLU – *Power, legitimacy and urgency*

PMEs – Pequenas e médias empresas

PMI – Procedimento de Manifestação de Interesse

PNCP – Portal Nacional de Contratações Públicas

PND – Programa Nacional de Desestatização

PNRR – *Piano nazionale di ripresa e resilienza*

PPI – *Public procurement for innovation*

PPPs – Parcerias Público-Privadas

PTPC – Plataforma Portuguesa Tecnológica da Construção

R&D – *Research & Development*

RaC – *Rules as code*

REFIT – *Regulatory Fitness and Performance*

RFPs – *Requests for Proposals*

RIA – *Regulatory impact analysis*

RICS – *Royal Institution of Chartered Surveyors*

RPDA – *Relational Project Delivery Agreement*

RSE – Responsabilidade social da empresa

RSO.pt – Rede Portuguesa de Responsabilidade Social das Organizações

SA 8000 – *Social Accountability 8000*

SAcc – *Social accountability*

SAI – *Social Accountability International*

SEGES – Secretaria de Gestão do Ministério da Economia

SEMA – Secretaria de Estado da Modernização Administrativa

SGA – Sistemas de Gestão Ambiental

SGD/ME – Secretaria de Governo Digital do Ministério da Economia

SIASG – Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais

SICAF – Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores

SIGMA – *Support for Improvement in Governance and Management*

SISG – Sistema de Serviços Gerais

SMSPP – *Single Market Scoreboard for Public Procurement*

SRA – *Self-regulatory associations*

SRPP – *Socially responsible public procurement*

TAC – Termo de ajustamento de conduta

TAR – *Tribunali amministrativi regionale*

TCU – Tribunal de Contas da União

TED – *Tenders Electronic Daily*

TFEU – *Treaty of Functioning of the European Union*

TICs – Tecnologias de informação e comunicação

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

UNCED – *United Nations Conference on Environment and Development*

WBCSD – *World Business Council for Sustainable Development*

WEF – *World Economic Forum*

WTO – *World Trade Organization*

SUMÁRIO

| | |
|--|-----|
| Introdução..... | 17 |
| Capítulo I – Direitos subjetivos públicos e contratação pública..... | 30 |
| 1. Teoria dos direitos subjetivos públicos | |
| 1.1.Breve esboço histórico sobre a evolução da teoria dos atos jurídicos de direito público..... | 32 |
| 1.2.Relação jurídica administrativa e procedimento administrativo..... | 38 |
| 1.3.Interesse legítimo..... | 45 |
| 2. Evolução da teoria do interesse legítimo em Itália..... | 50 |
| 3. Evolução da teoria dos direitos subjetivos públicos em Portugal..... | 56 |
| 4. Evolução da teoria dos direitos subjetivos públicos no Brasil..... | 63 |
| 5. Novos paradigmas da teoria dos direitos subjetivos públicos na contratação pública..... | 67 |
| 6. Síntese conclusiva..... | 73 |
| Capítulo II - Influência política da Administração Pública em relação ao direito de regulação..... | 74 |
| 1. Governar por regulação | |
| 1.1.Descentração regulatória..... | 79 |
| 1.2.Flexibilidade..... | 84 |
| 1.3.Ética regulatória..... | 89 |
| 1.4.Discrecionalidade regulatória..... | 94 |
| 2. Atores da Administração Pública e regulação da contratação pública.... | 99 |
| 3. Regulação da contratação pública em Itália..... | 107 |
| 4. Regulação da contratação pública em Portugal..... | 115 |
| 5. Regulação da contratação pública no Brasil..... | 123 |
| 6. Novos paradigmas da regulação da contratação pública..... | 131 |
| 7. Síntese conclusiva..... | 139 |
| Capítulo III - Influência econômica dos contratantes privados em busca da contratação pública sustentável..... | 141 |
| 1. Evolução da teoria da responsabilidade social da empresa | |
| 1.1.Instrumentos de autorregulação e corregulação..... | 149 |

| | |
|--|-----|
| 1.2.Responsabilidade social da empresa na contratação pública..... | 157 |
| 1.3.A evolução do direito europeu da contratação pública com foco na sustentabilidade..... | 165 |
| 2. Da responsabilidade social da empresa à contratação pública sustentável em Itália..... | 173 |
| 3. Da responsabilidade social da empresa à contratação pública sustentável em Portugal..... | 181 |
| 4. Da responsabilidade social da empresa à contratação pública sustentável no Brasil..... | 189 |
| 5. Cultura colaborativa na responsabilidade social da empresa com vistas à contratação pública sustentável..... | 197 |
| 6. Síntese conclusiva..... | 205 |
| Capítulo IV – Influência social dos atores destinatários da prestação e do fornecimento dos serviços públicos, os cidadãos..... | 206 |
| 1. Processos de tomada de decisão na esfera pública | |
| 1.1.A questão da transparência para uma efetiva participação..... | 214 |
| 1.2.A participação através do monitoramento..... | 222 |
| 1.3.Redes de colaboração..... | 230 |
| 2. Instrumentos de efetivação da participação social em Itália..... | 238 |
| 3. Instrumentos de efetivação da participação social em Portugal..... | 246 |
| 4. Instrumentos de efetivação da participação social no Brasil..... | 254 |
| 5. Instrumentos de flexibilização através da participação dos cidadãos no monitoramento da execução da contratação pública..... | 262 |
| 6. Síntese conclusiva..... | 270 |
| Capítulo V - Utilização da tecnologia como meio para que sejam atingidos os fins de interesse público..... | 272 |
| 1. Principais desafios referentes aos instrumentos tecnológicos como meio de implementação da colaboração na contratação pública | |
| 1.1. <i>Blockchain</i> | 280 |
| 1.2. <i>Smart contracts</i> | 288 |
| 1.3. <i>Building Information Modelling (BIM)</i> | 296 |
| 2. Instrumentos tecnológicos como meio de implementação da colaboração na contratação pública em Itália..... | 304 |

| | |
|--|-----|
| 3. Instrumentos tecnológicos como meio de implementação da colaboração na contratação pública em Portugal..... | 312 |
| 4. Instrumentos tecnológicos como meio de implementação da colaboração na contratação pública no Brasil..... | 320 |
| 5. Instrumentos de viabilização da contratação pública colaborativa..... | 330 |
| 6. Síntese conclusiva..... | 338 |
| Conclusões gerais..... | 340 |
| Bibliografia..... | 361 |

Introdução

A justificação do tema analisado na presente investigação ocorre com fulcro na crescente necessidade de adequação de instrumentos jurídicos devido à complexidade e urgência das demandas hodiernas. O regime jurídico da contratação pública se caracteriza por relações contratuais desiguais que não se coadunam com a realidade imposta por um mundo no qual crescem as tensões entre os atores destas relações. Nestes cenários de constantes imprevisibilidades, indaga-se sobre maneiras que possibilitem adaptação do direito administrativo a esta nova realidade e qual o papel da colaboração neste contexto.

A análise dos atores que atuam na contratação pública assume especial primazia. Privilegia-se sua atuação nas fases decisivas da prossecução do interesse público, ou seja, naquela na qual a contratação pública irá ocorrer. Tal escolha ocorre devido ao número elevado de problemas nela existentes, que ensejam a busca por soluções advindas de critérios aptos a coordenar a tomada de decisões em face da necessidade de flexibilização e consequente simplificação. Nesta perspectiva, a evolução da legislação de regência na contratação pública e a prospecção de alguns dados jurisprudenciais *pari passu* com minuciosa investigação doutrinária revelaram o *iter* para desenvolvimento da tese.

Impende ressaltar que, na presente investigação, o direcionamento da análise tem como objetivo demonstrar que é possível flexibilizar e consequentemente simplificar a contratação pública através de abordagem que reflita a realidade de três ordenamentos jurídicos que apresentam características semelhantes e alguns pontos de convergência para o delineamento da flexibilização para obtenção da simplificação através da colaboração entre os atores que atuam nesta contextualização. Estes três ordenamentos jurídicos são os referentes à Itália, Portugal e Brasil.

Não obstante, pondera-se que os atores que operam na contratação pública dos respectivos ordenamentos realizam tal mister sob a influência diuturna de fatores políticos, econômicos e sociais. Os paradoxos, conflitos e multiplicidade de posições destes atores exigem uma sistematização clara.

Por conseguinte, os atores atuantes na Administração Pública e suas diversas formas organizacionais (contraentes públicos) são analisados sob a perspectiva da influência política exercida em relação ao direito de regulação em sua esfera de poder. A seguir, os atores relacionados aos entes privados como contratantes privados são analisados sob a perspectiva da influência econômica que exercem sob a égide da

responsabilidade social das empresas como fator determinante para atingir os objetivos da contratação pública sustentável e, finalmente, os atores destinatários da prestação e do fornecimento dos serviços públicos, os cidadãos, são analisados sob a perspectiva da influência social que devem exercer neste contexto em face dos avanços tecnológicos em relação ao direito.

O tema em análise se enquadra na evolução da contratação pública na União Europeia a partir da transposição das Diretivas 2014/23/EU, 2014/24/EU e 2014/25/EU para leis nacionais dos Estados-Membros Portugal e Itália, assim como na evolução da influência exercida no arcabouço legal concernente à contratação pública no Brasil.

Em 1995, encontrava-se em tramitação na Câmara dos Deputados do Brasil o Projeto de Lei n.º 1.292/1995. De acordo com sua ementa, o PL n.º 1.292/1995 alterava a Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, e instituía normas para licitações e contratos da Administração Pública. No Senado Federal, este Projeto de Lei sofreu alterações que culminaram com a elaboração do Projeto de Lei n.º 4.253/2020 como novo marco legal em substituição à Lei n.º 8.666/1993, assim como à Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002, que instituiu modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns e à Lei n.º 12.462, de 4 de agosto de 2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC. O presente texto foi sancionado pelo Presidente da República em 1.º de abril de 2021, Lei n.º 14.133, Licitações e Contratos Administrativos.

Tanto o enquadramento espacial como o temporal compreendem a abordagem sistemática deste campo do direito administrativo delineada através dos preceitos instituídos nos ordenamentos jurídicos da Itália, de Portugal e do Brasil. O arcabouço legal que rege a contratação pública em Portugal está contido primordialmente no Código dos Contratos Públicos (CCP), Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (retificado pelas declarações de retificação n.º 36-A/2017, de 30 de outubro e n.º 42/2017, de 30 de novembro)¹. O Código dos Contratos Públicos contém a transposição das Diretivas 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE e 2014/55/UE, de 16 de abril de 2014.

A contratação pública em Itália é regida pelo Decreto Legislativo 50/2016, de 18 de abril de 2016, promulgado em 19 de abril. Sofreu alterações através do Decreto

¹ Em 2021 houve a promulgação de Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, que aprovou medidas especiais de contratação pública e alterou o Código dos Contratos Públicos, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, o Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado em anexo à Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, e o Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de outubro.

Legislativo 56/2017 e Decreto Lei 50/2017. Trata-se do Código de Contratos Públicos (*Codice degli Appalti Pubblici*) que implementou as Diretivas de 2014.

As fontes bibliográficas advindas da literatura e casuística referentes aos diplomas legais supramencionados são abordadas em consonância com temas correlatos à análise de cada capítulo. Primeiramente, procede-se à análise da evolução da posição jurídica dos indivíduos perante a Administração Pública, com ênfase na temática relativa aos direitos subjetivos públicos comparada à modalidade concernente aos interesses legítimos².

Neste jaez, a concepção de direito subjetivo adotada por Vasco Pereira da Silva “é a de considerar o particular como titular de direitos subjectivos nas relações jurídicas administrativas”³. Em relação ao interesse legítimo, João Caupers pontua que “[e]sta distinção teve origem em Itália, onde serve de delimitação à jurisdição dos tribunais administrativos e dos tribunais comuns”⁴. A evolução desta concepção na doutrina italiana é objeto de análise ao longo do capítulo inicial. Ao final, aborda-se o direito subjetivo público de acordo com a evolução desta concepção na literatura brasileira para se perquirir a respeito de sua correlação com o papel dos atores atuantes na contratação pública⁵.

Quanto ao papel dos atores da Administração Pública neste contexto, em suas diversas formas organizacionais (contraentes públicos), a abordagem ocorre sob a perspectiva da influência política exercida em relação ao direito de regulação. Sara Valaguzza atribui a ineficiência da Administração Pública à hiper-regulação⁶, dentre

² A este respeito, ver João CAUPERS, *Introdução ao direito administrativo*, Âncora, Lisboa, 2000, pág. 77. O Autor define as posições para diferenciá-las, *in verbis*: “[o] o direito subjectivo caracterizar-se-ia por consubstanciar uma situação jurídica activa que possibilita a satisfação de um interesse próprio do seu titular – razão pela qual lhe é conferida uma protecção jurídica directa. O interesse legítimo, inversamente, não possibilitaria a satisfação de um interesse próprio do titular, mas tão-somente a satisfação de um interesse público que, ao sê-lo, poderia acarretar também a satisfação do interesse privado conexo – a protecção jurídica que é conferida a este seria meramente indirecta, acoplada como parece estar à protecção do interesse público”.

³ Cfr. Vasco Pereira da SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, Almedina, Coimbra, 1996, pág. 217.

⁴ Cfr. João CAUPERS, *Introdução ao direito administrativo*, Âncora, Lisboa, 2000, pág. 78.

⁵ A este respeito, Vinicius Marins compara as concepções existentes em Itália e no Brasil. Ver Vinicius MARINS, *Transformações no direito administrativo contemporâneo: reflexos sobre a contratualidade pública nos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.º 47, jul.-dez. 2005, págs. 318-319.

⁶ Cfr. Sara VALAGUZZA, *Governare per contratto. Como creare valore attraverso i contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, pág. 57. A Autora utiliza os binômios “goals versus constraints” e “sostanza versus forma” para apontar uma das causas da ineficiência da Administração Pública na atualidade, ao asseverar: “[u]na eccessiva attenzione alla forma si trasforma facilmente in un burocratico formalismo, cioè in un ossessivo ossequio alle regole, capace di allontanare l’azione degli enti pubblici dai suoi obiettivi sostanziali”. *Ibidem*, págs. 41-45.

outras causas. Neste sentido, com vistas à análise do fenômeno relacionado à proliferação de regras, o direito de regulação é abordado em consonância com os seguintes vetores principais em sede de regulação hodiernamente: a descentração regulatória, a ética regulatória, a flexibilidade e discricionariedade regulatória⁷. A abordagem é realizada preliminarmente de modo generalizado, para em seguida adentrar nas características inerentes aos ordenamentos dos países objeto da investigação.

A seguir, os atores como contratantes privados são analisados sob a perspectiva da influência econômica que exercem sob a égide da responsabilidade social das empresas e especificamente quanto à contratação pública sustentável. Em 2011, a Comissão Europeia adotou uma nova definição de responsabilidade social das empresas sob o título de “Uma visão moderna da responsabilidade social das empresas”, v.g.: “a responsabilidade social das empresas é ‘a responsabilidade das empresas pelo impacto que têm na sociedade’”⁸. Um estudo técnico-jurídico que realize a intersecção entre esta responsabilidade e as políticas horizontais apontadas por Sue Arrowsmith possui o condão de minimizar as chances de disputas em fase de execução contratual⁹.

Os atores destinatários da prestação e do fornecimento dos serviços públicos, os cidadãos, são analisados à guisa de sua não aceitação do papel de sujeito passivo na relação jurídica administrativa na atualidade, como mero expectadores. Torna-se relevante discorrer acerca da utilização da tecnologia em face dos avanços que tem possibilitado em relação ao direito. Especificamente neste contexto, o aperfeiçoamento dos *smart contracts*¹⁰ certamente traz enormes vantagens quanto à sua aplicação para a flexibilização e conseqüente simplificação da contratação pública. A mudança de paradigma, no entanto, ocorrerá tão-somente se for possível adentrar na esfera de acordos

⁷ Cfr. Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A crise e a regulação: o futuro da regulação administrativa*, in *A Crise e o Direito Público*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2013, pág. 95.

⁸ Cfr. COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões relativa à Responsabilidade Social das Empresas: uma nova estratégia da EU para o período de 2011-2014, 25/10/2011, Bruxelas, COM (2011) 681 FINAL.

⁹ A Autora define políticas horizontais em referência aos objetivos que devem ser promovidos através da contratação pública, ou seja, econômicos, ambientais e sociais. A este respeito, aduz: “[t]he use of public procurement as a policy tool is a longstanding and much-analysed phenomenon, which covers a range of policy areas such as support for fair labour conditions, regional development and the provision of economic opportunities for disadvantaged groups”. Cfr. Sue ARROWSMITH, *Horizontal policies in public procurement: a taxonomy*, in *Journal of Public Procurement*, vol. 10, issue 2, Summer 2010, pág. 149.

¹⁰ As premissas desta tecnologia foram elaboradas por Nick Szabo em artigo publicado em 1997. Cfr. Nick SZABO, *Formalizing and securing relationships on public networks*, 1997, disponível em *View of Formalizing and Securing Relationships on Public Networks | First Monday*.

colaborativos, em consonância com instrumentos tecnológicos como *Building Information Modelling* (BIM)¹¹.

Quanto à problematização neste âmbito, o estado da arte da contratação pública possui contornos bastante complexos na atualidade. O tema escolhido nesta investigação se refere a um dos principais problemas neste contexto, a crescente necessidade de flexibilização e conseqüente simplificação da contratação pública. A questão crucial se apresenta da seguinte maneira: é possível utilizar a colaboração como critério de flexibilização em prol da simplificação da contratação pública?

A partir desta questão fulcral, surgem inúmeros questionamentos: caso a resposta seja afirmativa, como atingir tal objetivo? A doutrina sobre direito subjetivo público e interesse legítimo, em sua atual perspectiva, apresenta soluções adequadas para permitir a flexibilização? A utilização de institutos e instrumentos pertencentes ao Direito Privado tornará a Administração Pública ainda mais ineficiente? A atenção dos agentes públicos à forma, em detrimento da substância é causa de impedimento à flexibilização? O trabalho burocrático destes agentes reduz a margem de discricionariedade da Administração Pública? A limitação existente no processo de tomada de decisão na contratação pública também se apresenta como causa de impedimento da flexibilização?

Quanto aos contratantes privados, a aferição dos parâmetros da responsabilidade social da empresa em sede de contratação pública será capaz de dirimir as questões relacionadas à falta de colaboração? É possível atingir uma esfera colaborativa neste contexto através da transparência e do conhecimento prévio das preferências públicas? Os parâmetros de negociação advindos de práticas existentes no sistema de *common law* poderão facilitar a flexibilização almejada?

Os destinatários dos serviços públicos poderão participar ativamente do processo de tomada de decisões na contratação pública? Um novo delineamento da doutrina sobre direitos subjetivos públicos e interesse legítimo oferecerá a legitimidade para a concretização da titularidade de acesso aos procedimentos da contratação pública? A utilização da tecnologia em consonância com o direito propiciará os meios adequados para que sejam atingidos os fins de interesse público? Os acordos colaborativos serão

¹¹ Esclarecimentos e maiores informações sobre BIM podem ser obtidos em EU BIM TASK GROUP, *Manual relativo à aplicação da modelação da informação da construção no setor público europeu*, 2017, disponível em [GROW-2017-01356-00-00-PT-TRA-00.pdf](#) (eubim.eu). Ver também EU BIM TASK GROUP, *Bringing together national efforts into a common and aligned European approach to develop a world-class digital construction sector*, 2021, disponível em EU BIM Task Group.

capazes de suplantar a rigidez normativa do direito administrativo como instrumentos de flexibilização com vistas à simplificação da contratação pública?

No que tange à comparação da contratação pública em Itália, Portugal e Brasil, a inexistência do contencioso administrativo no ordenamento jurídico brasileiro tem efeito deletério quanto à implementação desta flexibilização?

A adequação da doutrina sobre direito subjetivo público e interesse legítimo às inúmeras posições existentes na relação jurídica administrativa na atualidade apresenta, à primeira vista, uma perspectiva de alargamento e reposicionamento do papel dos atores desta relação¹². Tal perspectiva viabilizaria atuações conjuntas, colaborativas e solidárias neste contexto.

A relevância da colaboração já pode ser percebida antes mesmo da assinatura do contrato. Neste momento, as partes colaboram no sentido de antever imprevistos que possam ocorrer, dando origem à eventuais modificações no acordo pactuado¹³. Entende-se, portanto, que a colaboração é a justa medida da flexibilização e seu principal parâmetro. Nesta concepção, ela se tornaria elemento norteador da consensualidade¹⁴ no contrato.

Na esteira desta concepção, a Administração Pública aperfeiçoaria a regulação na medida em que se posicionasse como um ente de colaboração entre contratantes privados e cidadãos¹⁵. Esta aproximação em relação aos modelos estratégicos de gestão advindos do sistema de *common law* traz à baila indagações acerca de gestão estratégica

¹² A este respeito, ver Vasco Pereira da SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, Almedina, Coimbra, 1996, pág. 273.

¹³ A Diretiva 2014/24/EU, artigo 72, dispõe sobre tal possibilidade. Neste sentido, Yseult Marique aduz: “[t]his solution offers the most secure means of avoiding the contract having to be retendered”. Cfr. Yseult MARIQUE, *Changes during performance. A case for revising the extension of competition*, in Yseult MARIQUE, Kris WAUTERS (eds.), *EU Directive 2014/24 on public procurement. A new turn for competition in public markets?* Group Lassier, Bruxelles, 2016, pág. 217.

¹⁴ A importância da participação e da consensualidade é incontestável. Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “[a] participação e a consensualidade tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (*eficiência*); propiciam mais freios contra o abuso (*legalidade*); garantem a atenção a todos os interesses (*justiça*); proporcionam decisão mais sábia e prudente (*legitimidade*); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (*civismo*); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (*ordem*)”. Cfr. Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, *Mutações de direito administrativo*, 2.^a ed. atual. e ampl., Renovar, Rio de Janeiro, 2001, pág. 41 (grifos do Autor).

¹⁵ Nesta acepção, Suzana Tavares da Silva esclarece, pontualmente: “[a] ideia central é o Estado ‘saber posicionar-se na rede regulatória’ e conseguir a partir dela assegurar a produção dos ‘bens sociais’ segundo esquemas de *smart regulation*”. Cfr. Suzana Tavares da SILVA, *Direitos fundamentais na arena global*. Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 125 (grifos da Autora).

no setor público¹⁶, assim como sobre a noção de valor na esfera pública¹⁷, que apresentam elementos fundamentais para a presente análise.

Quanto aos aspectos atinentes aos contratantes privados, a falta de colaboração existente pode ser solucionada através de ferramentas de autorregulação. Exemplos eficientes desta ferramenta são os códigos de conduta para implementação da responsabilidade social da empresa. Em uma análise específica quanto aos códigos de conduta como ferramentas de autorregulação para esta finalidade, Jan Eijsbouts esclarece que “corporate codes must be characterized increasingly as co-regulation instruments, mandated by soft and hard law as meta-regulation”¹⁸. Abre-se a perspectiva de *soft regulation*, na qual, consoante as observações de Sara Valaguzza, “il regolatore dei contratti pubblici ha il compito di guidare la condotta delle amministrazioni limitandosi a suggerire determinate azioni invece che imporle”¹⁹. Trata-se, portanto, de uma mudança de paradigma.

Na abordagem alusiva aos cidadãos, destinatários da prestação e fornecimento de serviços públicos, alude-se aos princípios estabelecidos na Diretiva 2014/24/EU, concernentes à adjudicação dos contratos. Não obstante sua referência à fase da formação contratual, sua aplicação deve ser realizada em todas as etapas da relação jurídica contratual. Na fase da execução, o princípio da transparência assume peculiar relevância, especialmente quanto ao envolvimento dos usuários, como destinatários da prestação e fornecimento de serviços públicos. Destarte, instrumentos direcionados à facilitação da participação e monitoramento tornam-se imprescindíveis. Nesta seara, são trazidos a lume os instrumentos tecnológicos concernentes aos *smart contracts* e *Building Information Modelling* (BIM) como modelos de aplicação de uso disseminado para a sociedade e operadores econômicos, respectivamente.

Os instrumentos advindos do avanço tecnológico em sua relação com o direito nesta temática são abordados de acordo com as inúmeras aplicações da tecnologia *blockchain*, que oferece suporte ao desenvolvimento dos *smart contracts*, posteriores

¹⁶ Neste contexto, gestores públicos conduzem as atividades de sua função de modo proativo. Cfr. Mark H. MOORE, *Creating public value. Strategic management in government*, 5.^a ed., Cambridge, Harvard University Press, 2000, pág. 20.

¹⁷ Cfr. Mark H. MOORE, *Public value as the focus of strategy*, *Australian Journal of Public Administration*, vol. 53, n.º 3, September 1994.

¹⁸ Cfr. Jan EIJSBOUTS, *Corporate codes as private co-regulatory instruments in corporate governance and responsibility and their enforcement*, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 24, winter 2017, págs. 185-186.

¹⁹ Cfr. Sara VALAGUZZA, *Governare per contratto. Como creare valore attraverso i contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, pág. 67.

avanços aplicáveis em *Building Information Modelling* (BIM) e nos acordos colaborativos projetados nestes moldes.

Na presente investigação, pretende-se comprovar que o menor ou maior grau de transparência corresponde, proporcionalmente, ao menor ou maior grau de flexibilização que possibilite a simplificação almejada. Neste contexto, especificamente quanto à flexibilidade procedimental, por ocasião da coordenação da revisão do Código dos Contratos Públicos português em 2016, Maria João Estorninho advertiu, *in verbis*: “[ela] não deve, no entanto, ser entendida como sinónimo de (des) procedimentalização, e exige também novos paradigmas de profissionalização na contratação pública e mecanismos acrescidos de garantia de transparência, controlo e responsabilidade”²⁰.

Destarte, a comprovação de que é possível utilizar a colaboração como critério de flexibilização em prol da simplificação da contratação pública e a proposição quanto aos caminhos através dos quais isto pode ser realizado configura-se como objetivo geral do presente estudo.

Quanto aos objetivos específicos, almeja-se, ao longo da investigação: realizar adequação pragmática da doutrina sobre direito subjetivo público e interesse legítimo com vistas ao embasamento teórico dos elementos da flexibilização; analisar a utilização de institutos e instrumentos pertencentes ao direito privado e ao sistema de *common law* para aferir seu grau de relevância para a flexibilização da contratação pública; realizar um estudo aprofundado sobre o processo de tomada de decisão na contratação pública para aferir se o grau de conhecimento técnico dos agentes públicos interfere de maneira decisiva quanto ao comprometimento de consecução do interesse público; apresentar parâmetros de aferição da importância da responsabilidade social da empresa em sede de contratação pública para indução de um sistema de colaboração efetivo entre contraentes públicos e contratantes privados; analisar o papel da transparência instrumentalizada através de meios tecnológicos quanto à prevenção da malversação de bens e valores e como elemento indutor de colaboração entre os atores envolvidos; comprovar que os destinatários dos serviços públicos poderão participar ativamente do processo de tomada de decisões na contratação pública através de um novo delineamento da doutrina sobre direitos subjetivos públicos e interesse legítimo, o qual oferecerá a legitimidade para a concretização da titularidade de acesso aos processos da contratação pública; comparar a

²⁰ Cfr. Maria João ESTORNINHO, *Apreciação crítica à alteração de 2017 ao Código dos Contratos Públicos*, in Anabela RUSSO, Margarida REIS, Sofia DAVID (coord.), *Contratação pública*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, abril 2018, pág. 15.

literatura sobre esta matéria em Itália, Portugal e Brasil, salientando os pontos conflitantes e semelhantes para verificar se a inexistência do contencioso administrativo no ordenamento jurídico brasileiro tem efeito deletério quanto à implementação da flexibilização e para verificar como ela vem sendo realizada; e propor soluções normativas para utilização de tecnologia como meio para que sejam atingidos os fins de interesse público, em especial quanto aos acordos colaborativos como instrumentos capazes de suplantar a rigidez do direito administrativo, sem que se corra o risco de que o instrumento prevaleça sobre o objetivo e a forma se sobreponha à substância.

Em relação à metodologia, através dos métodos de abordagem há a utilização de procedimentos gerais que norteiam o desenvolvimento das etapas fundamentais da investigação. Os itens referentes à análise da evolução de teorias são abordados de acordo com o método hipotético-dedutivo, por ser considerado lógico, por excelência. Não há somente a generalização empírica das observações realizadas, mas a tentativa de construção de um critério adequado à realidade hodierna.

Os itens nos quais desenvolve-se a análise dos ordenamentos jurídicos da Itália, Portugal e Brasil são abordados de acordo com o método indutivo, pois ocorre a investigação de aspectos de *hard law* e *soft law* de cada país em particular, para que se possa efetuar uma posterior generalização, através da extensão a outros casos semelhantes dos conceitos operacionais obtidos, fundamentados na observação efetuada.

Além dos métodos de abordagem supramencionados, ressalte-se que o método dialético também é utilizado ao longo da elaboração da tese. Trata-se de método imprescindível em estudos de natureza científica pois, consoante os ensinamentos de Maria Margarida de Andrade, “opõe-se a todo conhecimento rígido: tudo é visto em mudança constante, pois sempre há algo que surge e se desenvolve e algo que se desagrega e se transforma”²¹.

Quanto aos métodos de procedimentos, como não são exclusivos entre si e devem ser adequados a cada área de pesquisa, necessário se faz aludir aos capítulos específicos da tese. Os itens iniciais dos capítulos são abordados em consonância com o método histórico, por se referirem ao contexto histórico da evolução das teorias analisadas.

²¹ Cfr. Maria Margarida de ANDRADE, *Como preparar trabalhos para cursos de pós-graduação*, 5.ª ed., Atlas, São Paulo, 2002, pág. 27.

O método comparativo é utilizado para realizar comparações com a finalidade de verificar semelhanças e explicar diferenças quanto aos ordenamentos jurídicos de Itália, Portugal e Brasil.

O método estruturalista configurou-se como o mais adequado à abordagem realizada ao longo da elaboração da tese. Este método parte da investigação de um fenômeno concreto (o atual estágio de desenvolvimento da contratação pública), atinge o nível do abstrato ao colocar em evidência as variáveis pertencentes às condicionantes de direito público e de direito privado, por ainda não se encontrarem completamente sedimentadas e por representarem a constituição de um modelo que represente o objeto de estudo (utilização da colaboração como critério de flexibilização em prol da simplificação da contratação pública) e retorna ao nível do concreto como uma realidade estruturada e relacionada com o que existe de experiência nos diversos fenômenos.

A alusão ao método de interpretação utilizado é importante por se tratar de uma pesquisa jurídica. Devido ao objeto geral e aos objetivos específicos já aventados, elegeu-se o método sistemático como o método de procedimento próprio à interpretação dos dados coletados.

A coleta de dados compreende a busca por dados contidos em documentação indireta e documentação direta. Quanto à documentação indireta, incluem-se na elaboração da tese a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental. A primeira abrange publicações digitalizadas, livros e fontes advindas do ordenamento jurídico dos países objeto da presente investigação; e a segunda abrange publicações administrativas e estatísticas. Já a documentação direta se refere à observação direta intensiva.

Especificamente quanto ao aspecto da contribuição original à ciência jurídica, a partir do pressuposto de que uma tese de doutoramento deve colocar e solucionar um problema demonstrando hipóteses formuladas e convencendo os leitores mediante a apresentação de razões fundadas na evidência dos fatos e na coerência do raciocínio lógico, o fundamento teleológico desta pesquisa se direciona não somente a definir os principais pontos relacionados a um critério jurídico, mas proporcionar soluções realmente adequadas a sustentar uma modificação paradigmática nos estudos científicos já efetuados nesta área do conhecimento. Objetiva-se provar que a flexibilização da contratação pública é capaz de oferecer um novo paradigma à prestação de serviços públicos, caso instrumentos tecnológicos que proporcionem suporte à aplicação do direito sejam utilizados em consonância e como meio de prossecução do interesse público.

Neste sentido, os objetivos almejados pela contratação pública podem ser alcançados com um alargamento e reposicionamento da teoria dos direitos subjetivos públicos e interesse legítimo em uma relação de causa e efeito com os próprios efeitos da contratação pública. As lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro são bastante esclarecedoras quanto a este aspecto: “[u]ma das características do contrato de concessão de serviço público é a de produzir efeitos trilaterais: embora celebrado apenas entre poder concedente e concessionário, os seus efeitos alcançam terceiros estranhos à celebração do ajuste e que são os usuários do serviço concedido”²².

Com a flexibilização das fases do processo de contratação pública, os efeitos entre os atores envolvidos serão alçados a um patamar ainda não vislumbrado ao longo dos últimos anos²³. Abrir-se-á possibilidade para que o monitoramento seja realizado pelo próprio destinatário final da prestação dos serviços a partir da disponibilização de informações em tempo real nos portais e plataformas já concretizados ou em vias de serem implementados²⁴.

Especificamente quanto a esta característica, atribui-se a contribuição original objeto do presente item. Sob o fundamento legal da nova concepção da teoria dos direitos subjetivo públicos, vislumbra-se a possibilidade de concretizar a matriz comum idealizada por Fortunato Gambardella, ao se referir à nova regra do diálogo e à nova disciplina da *evidenza pubblica* em Itália: “partecipazione, contraddittorio e collaborazione”²⁵, não somente sob a égide da formação contratual. É necessário incorporá-la à fase de execução para que a flexibilização atinja os efeitos entre as partes envolvidas e a prestação eficiente seja realizada.

²² Cfr. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Parcerias na administração pública*, 5.^a ed., 2.^a reimp., Atlas, São Paulo, 2006, pág. 111.

²³ As observações de Paulo Magina e Jeremy McCrary a respeito da necessidade de reforma integral no ciclo da contratação pública alertam quanto à urgência da existência de maior progresso na fase de execução: “once the contract has been awarded, waste and corruption can take place if no sound system to monitor the progress of work and ensure that the contractor performs its tasks. Common risks identified in OECD countries include: failure to monitor a contractor’s performance, in particular lack of supervision over the quality and timing of the process; subcontractors chosen in a non-transparent way or not being kept accountable; deficient separation of duties with the risk of false accounting or late payment”. Cfr. Paulo MAGINA, Jeremy MCCRARY, *Applying OECD public procurement principles*, in Gabriella M. RACCA, Christopher R. YUKINS (eds.), *Integrity and efficiency in sustainable public contracts*, n.º 18, Bruylant, Bruxelles, 2014, pág. 15.

²⁴ A este respeito, em Itália: AGENZIA PER L’ITALIA DIGITALE, *E-procurement*, 2021, disponível em E-Procurement |Agenzia per l’Italia digitale (agid.gov.it); em Portugal: PORTAL BASE, *IMPIC lança Portal Nacional de Fornecedores do Estado*, Lisboa, 2021, disponível em IMPIC lança Portal Nacional de Fornecedores do Estado (base.gov.pt); e no Brasil, GOVERNO FEDERAL, *Portal de compras do governo federal*, Brasília, 2021, disponível em Compras — Português (Brasil) (www.gov.br).

²⁵ Cfr. Fortunato GAMBARDELLA, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell’evidenza pubblica*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2016, pág. 42.

Contudo, o destinatário final deverá ocupar posição ativa nesta matriz comum. A disponibilização de dados através do respeito fundamental à transparência é imprescindível neste contexto²⁶. As Diretivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE contêm padrões de transparência mais altos do que as Diretivas anteriores²⁷ e, portanto, já comprovam a importância de sua irrestrita adoção.

Como salientado, o que se pretende comprovar se refere, portanto, à implementação da simplificação administrativa através da flexibilização da contratação pública. Para que tal mister ocorra, cumpre atentar, igualmente, ao “principio di sussidiarietà orizzontale” apontado por Gregorio Arena²⁸. Para que o princípio de subsidiariedade horizontal seja efetivamente aplicado, as redes de colaboração criadas através da flexibilização são promovidas através do que Sara Valaguzza denomina “alliancing”²⁹.

Os exemplos destas redes de colaboração instrumentalizadas por acordos colaborativos representam um novo enfoque de contribuição original analisado. Estes exemplos se referem especificamente ao *Building Information Modelling* (BIM), ao modelo contratual colaborativo *Framework Alliance Contract* (FAC-1) e modelos que eventualmente possam ser criados a partir da tecnologia concernente aos *smart contracts*.

O *Framework Alliance Contract* (FAC-1) foi concebido no Reino Unido a partir de relatórios de 2012 que informavam ao governo que “the general lack of standard-form framework arrangements makes it difficult for clients to procure frameworks on a consistent basis”³⁰. De 2013 a 2015 alguns projetos foram implementados e em 2015 o

²⁶ Sobre este particular aspecto, Jean-Bernard Auby destaca reflexões que enriquecem a visão democrática das leis administrativas na atualidade. À título exemplificativo, o Autor elenca alguns mecanismos “aimed at increasing the participation of private persons in administrative decision-making procedures”. Cfr. Jean-Bernard AUBY, *The transformation of the Administrative State and Administrative Law*, in Armin von BOGDANDY, Peter M. HUBER, Sabino CASSESE (eds.), *The Administrative State*, vol. 1, Oxford University Press, Oxford, 2017, pág. 626.

²⁷ Cfr. Abby SEMPLE, *Living wages in public contracts: impact of the RegioPost judgment and the proposed revisions to the Posted Workers Directive*, in Albert SÁNCHEZ-GRAELLS (ed.), *Smart public procurement and labour standards*, Hart Publishing, Oxford, 2018, pág. 81.

²⁸ Cfr. Gregorio ARENA, *L'implementazione della semplificazione amministrativa*, in Maria Alessandra SANDULLI (ed.), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Giuffrè Editore, Milano, 2005, pág. 239.

²⁹ Cfr. Sara VALAGUZZA, *Governare per contratto. Como creare valore attraverso i contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, págs. 202-203. A Autora descreve esta rede de colaboração da seguinte maneira: “inserir tutti i soggetti coinvolti, a vario titolo, in un contratto pubblico all'interno di un unico quadro contrattuale, che venga a sostituirsi ai contratti d'opera o di servizio che ciascun professionista sottoscriveva, ma che racchiuda, in un'unica rete, fatta di obiettivi, finalità e tempistiche, il lavoro di ciascuno dovrebbe facilmente portare benefici, sia in termini di trasparenza sia in termini di controllo da parte dell'ente pubblico, più facilmente registra di una iniziativa in cui tutti i protagonisti siano legati non solo con l'amministrazione, ma anche tra di loro”.

³⁰ Cfr. ALLIANCE CONTRACTS, FAC-1, 2021, disponível em About FAC-1 – Alliance Forms.

Código de Práticas *UK Infrastructure Client Group Alliancing* reconheceu que “[a] horizontal agreement between the respective partners capture(s) the principles within the commercial model, particularly those that jointly incentivise performance and create collaboration”³¹.

Ao longo dos últimos anos surgiu então a concepção “collaborative construction procurement”, elaborada por David Mosey³². Esta concepção abrange os modelos acima referidos e explora o modo pelo qual o planejamento estratégico, a seleção de profissionais capacitados, a integração contratual e o uso da tecnologia digital podem aperfeiçoar o valor nos projetos de construção. A análise sobre esta concepção mostrou-se relevante para a presente investigação com vistas à sua possível adaptação ao sistema de *civil law*, através de estudos sistemáticos de sua implementação atual e futura.

Quanto ao plano de atividades, a pesquisa de campo para coleta de dados relativos às fontes bibliográficas em Itália foi realizada através do Programa de Mobilidade *Outgoing Erasmus+*, na modalidade estágio doutoral, com auxílio de bolsa de estudos Erasmus para subsistência, oferecido pelo Divisão de Relações Internacionais da Universidade de Coimbra. A candidatura se concretizou mediante contato com o Senhor Professor Doutor Giovanni Sartor, Coordenador do *Centro Interdipartimentale di Ricerca in Storia del Diritto, Filosofia, Sociologia del Diritto e Informatica Giuridica “A. Gaudenzi e G. Fassò” (CIRSFID)* da *Università di Bologna*, em fevereiro de 2018. Após envio de sua carta de aceitação e dos trâmites procedimentais para realização do processo seletivo, a pesquisa de campo foi realizada no período de 25 de março a 24 de maio de 2019. Foi possível coletar dados relevantes para a elaboração da presente tese através do sistema informático *proxy* da Universidade, assim como em obras disponíveis nas seguintes bibliotecas: *Biblioteca Giuridica “Antonio Cicu”*, *Biblioteca Giuridica “Antonio Cicu” della Scuola di Specializzazione in Studi sull’Amministrazione Pubblica (SPISA)* e *Biblioteca Giuridica “Antonio Cicu” del Centro Interdipartimentale di Ricerca in Storia del Diritto, Filosofia, Sociologia del Diritto e Informatica Giuridica “A. Gaudenzi e G. Fassò” (CIRSFID)*.

Cabe ainda destacar a oportunidade oferecida pelo Programa *Bryter Open*, através do qual foi possível coletar dados sobre automação “no-code”³³.

³¹ *Ibidem*.

³² Cfr. David MOSEY, *Collaborative construction procurement and improved value*, London, Wiley Blackwell, 2019, págs. 1-3.

³³ Ver, a este respeito, ARTIFICIAL LAWYER, *Bryter is open: apply for free access*, June 2020, disponível em BRYTER is Open: Apply For Free Access – Artificial Lawyer.

Capítulo I – Direitos subjetivos públicos e contratação pública

1. Teoria dos direitos subjetivos públicos

A análise acerca da multiplicidade de posições jurídicas no presente tópico ocorre com fulcro na crescente necessidade de adequação de instrumentos jurídicos em face da escassez de recursos públicos, complexidade e urgência das demandas hodiernas. As especificidades da contratação pública, cujo regime jurídico se caracteriza por relações contratuais desiguais, dão origem a inúmeros questionamentos acerca do grau de adaptabilidade do direito administrativo quanto à flexibilização e consequente simplificação de seu arcabouço jurídico.

A prossecução do interesse público, como fim almejado constitucionalmente pelo Estado Democrático de Direito, sendo o contrato um de seus instrumentos de realização, ainda não atingiu seu apogeu. O descompasso entre esta constatação e o modo pelo qual se objetiva definir soluções para esta relevante questão demonstram, à primeira vista, que a relação jurídica administrativa não pode ser concebida por ora como conceito central no atual estágio de desenvolvimento da matéria³⁴.

Surgem, destarte, indagações acerca da causa deste fenômeno. Consoante as lições de Vasco Pereira da Silva, “o reconhecimento ao indivíduo da titularidade de direitos subjectivos constitui [...] o próprio fundamento da admissibilidade de relações jurídicas entre ele e o Estado”. Contudo, o Autor vai além, pois o imprescindível equilíbrio nestas relações alcança os direitos fundamentais e, portanto, “o indivíduo titular de direitos fundamentais não ocupa uma posição de subalternidade perante as autoridades públicas, antes goza de um estatuto que lhe permite relacionar-se com elas de ‘igual para igual’”³⁵.

Exsurge neste contexto, atualmente, uma multiplicidade de posições³⁶ que expõem a incapacidade do Estado quanto ao gerenciamento da prestação e do fornecimento de serviços públicos de modo eficiente. Em especial, em ambientes de

³⁴ Ver, a este respeito, Vasco Pereira da SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, Almedina, Coimbra, 1996, págs. 149-150.

³⁵ *Ibidem*, págs. 212-213. O Autor reconhece a projeção jurídica da dignidade da pessoa humana neste jaez, observando que a mesma “constitui um princípio essencial do Estado de Direito, cuja consagração determina importantes consequências práticas no domínio do Direito Administrativo”.

³⁶ Ver, a este respeito, José Carlos Vieira de ANDRADE, *Lições de direito administrativo*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 5.ª ed., 2017, pág. 68.

constante imprevisibilidade socioeconômica, nos quais enfrenta grandes desafios impostos por circunstâncias políticas. Esta incapacidade do Estado revela a importância da contextualização da multiplicidade de posições em face de direitos fundamentais sob uma perspectiva subjetiva e objetiva nas quais há uma correlação, não sendo possível dissociá-las, consoante Daniel Wunder Hachem³⁷. O Autor se refere à sua “multifuncionalidade” como consequência da “fusão entre essas duas dimensões (*subjetiva e objetiva*) das normas garantidoras de direitos fundamentais”³⁸.

Neste sentido, Vasco Pereira da Silva aduz que “a orientação [...] mais correcta quanto ao entendimento do direito subjectivo é a correspondente à da actual perspectiva da teoria da norma de protecção”³⁹. João Caupers, por sua vez, caracteriza o direito subjetivo “por consubstanciar uma situação jurídica activa que possibilita a satisfação de um interesse próprio do seu titular – razão pela qual lhe é conferida uma protecção jurídica directa”⁴⁰.

Para uma análise percuciente da evolução histórica da teoria dos direitos subjetivos públicos em consonância com o embasamento proporcionado pelos estudos acerca de sua caracterização como situação jurídica ativa para satisfação de um interesse de seu titular com o respaldo de uma protecção jurídica direta, faz-se necessário, primeiramente, tecer breves considerações sobre a história da evolução teórica dos atos jurídicos de direito público.

Após tais considerações, a relação jurídica administrativa ocupa papel de destaque como um conceito central na caracterização dos direitos subjetivos públicos na contratação pública, assim como a análise do interesse legítimo, o qual, consoante as lições de João Caupers, “nem a Administração Pública teria o dever de satisfazer [...], nem o particular poderia exigir que este fosse satisfeito”⁴¹.

³⁷ Cfr. Daniel Wunder HACHEM, *São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais*, in Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), vol. 11, n. 3, set.-dez. 2019, disponível em Vista do São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais (unisin.br), pág. 425.

³⁸ *Ibidem* (grifos do Autor).

³⁹ Cfr. Vasco Pereira da SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, Almedina, Coimbra, 1996, pág. 254. O Autor esclarece que “[a]derir à doutrina da norma de protecção não significa, portanto, utilizar uma óptica exclusivamente legalista de consideração dos direitos subjectivos, antes implica a consideração da globalidade da ordem jurídica, tratando de forma unitária e integrada todas as posições subjectivas dos particulares, independentemente de sua fonte”. E complementa: “para além dos casos em que a lei proteja de forma objectiva e intencional os interesses dos particulares (ainda que em simultâneo com interesses públicos), devem ser consideradas como integrando o âmbito dos direitos subjectivos, todas aquelas situações em que o ordenamento jurídico apenas concede ‘um mero benefício de facto, decorrente de um direito fundamental’”.

⁴⁰ Cfr. João CAUPERS, *Introdução ao direito administrativo*, Âncora, Lisboa, 2000, pág. 77.

⁴¹ *Ibidem*.

1.1. Breve esboço histórico sobre a evolução da teoria dos atos jurídicos de direito público

A definição de atos jurídicos traz à baila a de fatos voluntários conforme explanação de Roberto de Ruggiero: “ações humanas devidas a um ato de vontade, quer esta se dirija ou não a provocar efeitos jurídicos”⁴².

Preliminarmente à análise da evolução histórica dos atos jurídicos de direito público propriamente ditos, cumpre tecer algumas observações sobre conceitos fundamentais que os originaram.

Consoante as lições de Ruggiero, direito como regra direcionada à conduta humana à qual deve se submeter o indivíduo (*jus est norma agendi*) denomina-se direito objetivo. Já o direito como faculdade que permite ao indivíduo levar a efeito certos atos (*jus est facultas agendi*) se chama direito subjetivo⁴³.

Há inúmeras controvérsias acerca da conceituação de direito subjetivo. A sua própria existência chega a ser negada por Duguit e Kelsen. Sua fundamentação, da mesma forma, possui divergências doutrinárias atinentes às concepções expostas por Windscheid (plano volitivo), Von Ihering (plano teleológico) ou até na correlação de ambos (Saleilles, Jellinek e Michoud)⁴⁴. As análises que negam o subjetivismo consoante as concepções de Duguit e Kelsen baseiam-se nas premissas de que somente existe o direito objetivo e na impossibilidade de haver prerrogativas individuais em relação ao Estado, respectivamente. Caio Mário da Silva Pereira discorda destas concepções sob o argumento de que “a existência da norma em si, ou do direito objetivo só, conduz à existência de deveres exclusivamente”⁴⁵.

⁴² Cfr. Roberto de RUGGIERO, *Instituições de direito civil*, vol. I, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 1971, pág. 212. O Autor classifica-os como uma das categorias dos fatos jurídicos, aqueles aos quais o ordenamento atribui a produção de efeitos de direito, ou seja: “eventualidades capazes de provocar a aquisição, perda e a modificação de um direito”. Os fatos voluntários são classificados como ações humanas simples ou se configuram como declarações de vontade “que se dirigem a fins que o ordenamento reconhece e protege”, constituindo a categoria de negócios jurídicos. *Ibidem*, págs. 214-215.

⁴³ *Ibidem*, pág. 18.

⁴⁴ Cfr. Caio Mário da Silva PEREIRA, *Instituições de direito civil*, vol. I, 12. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1990, pág. 21. Orlando Gomes destaca que as concepções de Von Ihering e Windscheid são incompletas por colocarem em relevo somente um dos aspectos do direito subjetivo: “[a] de R. Von Ihering leva em conta apenas o fim, sem indicar os meios para alcançá-lo. A de Windscheid aponta os meios, mas silencia quanto ao fim. O direito subjetivo não é só poder da vontade, como não é apenas interesse, senão *poder* atribuído à *vontade* do sujeito para a satisfação dos seus próprios interesses protegidos legalmente” (grifos do Autor). Cfr. Orlando GOMES, *Introdução ao direito civil. Curso de direito civil*, vol. 1, 5. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1977, pág. 129.

⁴⁵ Cfr. Caio Mário da Silva PEREIRA, *Instituições de direito civil*, vol. I, 12. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1990, pág. 23.

Duguit afirma de modo enfático que os problemas que o direito busca solucionar somente podem ser dirimidos sob o ponto de vista objetivo. Portanto, o ponto de vista subjetivo deve ser completamente desprezado. Para embasar sua teoria, aborda a norma social sob a perspectiva objetivista. Primeiramente, o homem é um ser consciente de seus atos e, além disto, é um ser que não pode viver em isolamento. A questão acerca de seu pertencimento a um determinado grupo social, nação, família ou tribo, das quais ele é parte direta, ou a uma vasta sociedade que forma a espécie humana é de somenos importância. O fato inquestionável como uma observação direta é o de que o homem é um ser consciente e social. A partir desta constatação, é possível perceber imediatamente a necessidade da existência de uma lei imposta sobre o homem que vive em sociedade e o caráter da lei. Pode somente ser uma lei com um propósito ou uma norma que estabelecem o objeto e o objetivo de sua vontade, as quais proíbem certos atos e impõem alguns outros⁴⁶.

Caio Mário da Silva Pereira, ao analisar a teoria de Duguit, esclarece que sua negação do direito subjetivo está embasada em sua afirmação de que somente existe o direito objetivo “uma vez que não reside no indivíduo um poder de comando, conduzindo a uma qualidade superior de sua vontade, e dominando a vontade do indivíduo subordinado”⁴⁷. Neste contexto, Orlando Gomes considera Duguit como o iniciador do movimento doutrinário que preconiza a eliminação da categoria correspondente ao direito subjetivo por não corresponder à realidade dos fatos⁴⁸.

Washington de Barros Monteiro condensa seus estudos teóricos ao constatar que para ele “o que a análise revela não é a presença de direitos subjetivos, mas de situações jurídicas, que se apresentam sob duas faces distintas: situações jurídicas objetivas e situações jurídicas subjetivas”⁴⁹. Alessandro Groppali apresenta igualmente um breve

⁴⁶ Cfr. Léon DUGUIT, *Objective Law*, in *Columbia Law Review*, vol. 20, n.º 8, Dec. 1920, pág. 822.

⁴⁷ Cfr. Caio Mário da Silva PEREIRA, *Instituições de direito civil*, vol. I, 12. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1990, pág. 22.

⁴⁸ Cfr. Orlando GOMES, *Introdução ao direito civil. Curso de direito civil*, vol. 1, 5. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1977, pág. 130. O Autor assinala que Duguit pertence à Escola Realista, a qual “sustenta que o Direito tem por fundamento a interdependência social, motivo por que o homem não tem direitos, mas, apenas, deveres. Existem unicamente *situações jurídicas* em que se encontram as pessoas, ativas ou passivamente. Ou podem exigir alguma coisa, de acordo com a lei, ou devem prestá-la” (grifos do Autor). *Ibidem*, págs. 130-131.

⁴⁹ Cfr. Washington de Barros MONTEIRO, *Curso de direito civil. Parte geral*, 28. ed. atual., São Paulo, Saraiva, 1989, pág. 6. O contrato é classificado como uma situação jurídica subjetiva. As características desta classificação são assim apontadas por Duguit, primeiramente, quanto às situações jurídicas objetivas: “derivam diretamente da norma, ou de sua expressão, a lei positiva. São gerais e permanentes. Gerais, porque sua determinação se impõe a todos; permanentes, porque continuam a subsistir, sem embargo de todas as aplicações que delas se façam, até o momento em que venham a ser modificadas ou derogadas. Tome-se como exemplo o estado das pessoas casadas”. Em relação às situações jurídicas subjetivas, “são

resumo da teoria de Duguit, *in verbis*: “o único sujeito de direito seria o Estado e os indivíduos seriam os mandatários deste exercício do direito objectivo, com a consequência de a acção deixar de estar ligada ao direito subjectivo, sendo exercida *ex officio* com vista à realização dos fins do sistema jurídico”⁵⁰.

Kelsen nega o direito subjectivo sob o argumento de que “[s]ubjective is not different from objective law; it is the objective law itself in so far as the latter directs the penalty against a concrete subject (duty), or puts itself at the disposal of such (right)”⁵¹. Caio Mário da Silva Pereira resume sua teoria ao aduzir que Kelsen eleva a norma jurídica à expressão máxima do direito e, desta forma, nega o direito subjectivo “partindo de que o direito se confunde com o Estado, no sentido de que este é um sistema de normas, impostas aos indivíduos, e em consequência não poderá haver prerrogativas individuais em relação ao Estado”⁵². Washington de Barros Monteiro complementa: “[e]fetivamente, para Kelsen, a obrigação jurídica não é senão a própria norma jurídica, considerada do ponto de vista do comportamento que ela impõe a um indivíduo determinado”⁵³.

Contrariamente às teorias negacionistas de Duguit e Kelsen, surgem os teóricos da caracterização jurídica do direito subjectivo. A corrente denominada teoria da vontade defendida por Windscheid destaca o direito subjectivo em estreita correlação com o elemento volitivo. Neste sentido, Roberto de Ruggiero analisa os estudos de Windscheid, segundo o qual, “a ordem jurídica, [...], emite uma norma, ordena assim determinada

especiais e temporárias. Especiais, porque só podem ser invocadas por uma ou mais pessoas individualmente determinadas e só se tornam oponíveis a uma ou mais pessoas igualmente individualizadas. Temporárias, porque, uma vez realizada a atuação que delas se espera, uma vez exercida a via de direito que as sanciona, elas desaparecem, sem deixar vestígios. *O exemplo mais característico de situação jurídica subjectiva é a resultante de um contrato*, que outorga a uma das partes o direito de exigir e a outra o dever de prestar” (grifo nosso). *Ibidem*, págs. 6-7.

⁵⁰ Cfr. Alessandro GROPPALI, *Introdução ao estudo do direito*, 3. ed., trad. Manuel de Alarcão, Coimbra, Coimbra Editora, 1978, pág. 121. O Autor complementa: “[s]egundo Duguit [...] é necessário substituir o direito subjectivo, entendido tradicionalmente como uma vontade dotada de um poder superior (a vontade do sujeito activo da relação jurídica de se impor a uma vontade subordinada, isto é, à vontade do sujeito passivo) por aquilo a que ele chama a *situação jurídica*, que não será mais do que a situação em que alguém, por força da lei ou de um contrato, se vem a encontrar no cumprimento de uma função de interesse para a sociedade” (grifos do Autor). *Ibidem*, págs. 120-121.

⁵¹ Cfr. Hans KELSEN, *The Pure Theory of Law - Its Method and Fundamental Concepts*, in *Law Quarterly Review*, vol 50, n.º 4, October 1934, pág. 496. Sua conclusão é a de que “The Pure Theory of Law, by rejecting so-called subjective law in all its appearances – legal right, legal duty, legal subject – as an entity different in kind from the objective law, and by showing it to be only a special form of figurative exposition of the objective law, has made way for the overthrow of that subjectivistic attitude which produced the concept of subjective right, that attitude of special pleading which regards the law only from a party interest point of view, considering how it may benefit the individual and his interests”. *Ibidem*, pág. 497.

⁵² Cfr. Caio Mário da Silva PEREIRA, *Instituições de direito civil*, vol. I, 12. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1990, pág. 22.

⁵³ Cfr. Washington de Barros MONTEIRO, *Curso de direito civil. Parte geral*, 28. ed. atual., São Paulo, Saraiva, 1989, pág. 7.

conduta, e põe esse preceito à livre disposição daqueles a favor de quem foi publicado”, destacando que “o que é decisivo é a vontade dos particulares: a ordem jurídica, promulgado o preceito, abandona-o a favor deles; a norma abstrata concretiza-a numa proteção particular do sujeito pela determinação da sua vontade, que é decisiva para o nascimento do direito”⁵⁴.

Aqueles que se insurgiram contra esta corrente baseiam-se na premissa de que a vontade não esgota a definição do direito. O direito não pode se embasar unicamente no elemento volitivo. Para exemplificar tal assertiva, Karl Larenz evoca a figura do incapaz que pode ser titular de um direito subjetivo⁵⁵.

Surge assim uma outra teoria, cujo teórico exponencial é Ihering. Roberto de Ruggiero apresenta sua definição de direito subjetivo: “‘um interesse juridicamente protegido’, isto é: um interesse humano garantido pela lei mediante a coação e concretizado num fim”⁵⁶. A doutrina de Ihering desloca, portanto, o elemento-chave para o campo do interesse. Caio Mário da Silva Pereira apresenta os dois tópicos que constituem o princípio do direito, consoante a teoria de Ihering: o substancial e o formal. De sua conjugação, “resulta, e nestes termos a definição é por toda parte repetida: o direito subjetivo é um interesse juridicamente protegido”⁵⁷.

Orlando Gomes afirma que as concepções de Windscheid e Ihering são incompletas “porque frisam um dos aspectos do direito subjetivo, pecando por unilateralismo”. Consoante o entendimento do Autor, Ihering considera somente o fim, sem indicação dos meios pelo quais é possível alcançá-lo. Já em relação a Windscheid, há indicação dos meios, no entanto, peca-se quanto à indicação dos fins⁵⁸. Roberto de Ruggiero comunga do mesmo entendimento⁵⁹.

⁵⁴ Cfr. Roberto de RUGGIERO, *Instituições de direito civil*, vol. I, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 1971, pág. 179. Savigny também é apontado por Ruggiero como um dos grandes teóricos do direito subjetivo como um “poder da vontade”. *Ibidem*.

⁵⁵ Cfr. Karl LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, 6. ed. ref., trad. José Lamego, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pág. 38.

⁵⁶ Cfr. Roberto de RUGGIERO, *Instituições de direito civil*, vol. I, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 1971, pág. 180.

⁵⁷ Cfr. Caio Mário da Silva PEREIRA, *Instituições de direito civil*, vol. I, 12. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1990, pág. 25. Cumpre ressaltar que o substancial “se situa na sua finalidade prática, isto é, na sua utilidade, na sua vantagem, ou no interesse; outro, formal, por via do qual se efetiva o primeiro, ou seja, a sua proteção jurídica por meio da ação na justiça”. *Ibidem*.

⁵⁸ Cfr. Orlando GOMES, *Introdução ao direito civil. Curso de direito civil*, vol. 1, 5. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1977, pág. 129.

⁵⁹ O Autor refuta as teorias apresentadas nos seguintes termos: “[a]ssim como a doutrina precedente peca por formalismo e unilateralidade, quando concebe o poder de querer como qualquer coisa de abstrato, prescindindo completamente do interesse a que se destina, assim a segunda, se tem o mérito de dar relevo ao conteúdo real e concreto do direito, cai também, posto que noutra sentido, no mesmo vício de

A conjugação do elemento volitivo com o elemento teleológico é sustentada por Saleilles e Jellinek principalmente. De acordo com esta concepção, o direito subjetivo é “o poder da vontade do homem de agir, para satisfação dos interesses próprios, em conformidade com a norma jurídica”⁶⁰. Orlando Gomes preleciona que “Jellinek integrou os dois elementos, definindo o direito subjetivo como o interesse protegido mediante o reconhecimento do poder da vontade individual”, enquanto “Saleilles parece ter penetrado mais fundo, ao defini-lo como um poder posto a serviço de interesses de caráter social e exercido por uma vontade autônoma”⁶¹.

A construção teórica de Jellinek, no entanto, adentra na questão da conexão da teoria do direito subjetivo em sede de direito público. Olivier Jouanjan aborda a construção jurídica do Estado moderno na concepção de Georg Jellinek. Ao integrar os dois elementos das teorias antecessoras, a vontade individual e o interesse protegido, Jellinek aduz que “le droit public subjectif n’est que l’autre face de l’autolimitation de l’État”⁶².

Roberto de Ruggiero rechaça o entendimento pelo qual os direitos subjetivos públicos não poderiam pertencer a outro sujeito a não ser o Estado, entendimento este que leva à negação dos direitos públicos individuais. O Autor afirma que “[e]ste conceito deve ser desprezado, por representar um exagero do conceito de soberania do Estado”⁶³.

unilateralidade. Cfr. Roberto de RUGGIERO, *Instituições de direito civil*, vol. I, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 1971, pág. 180.

⁶⁰ *Ibidem*, pág. 181. Em complementação, Ruggiero sustenta que esta doutrina é a que lhe parece mais perfeita, pois “resultando das duas já faladas, as harmoniza, não tomando como critério exclusivamente o conceito do poder de querer ou do interesse, mas ambos”.

⁶¹ Cfr. Orlando GOMES, *Introdução ao direito civil. Curso de direito civil*, vol. 1, 5. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1977, pág. 130.

⁶² Cfr. Olivier JOUANJAN, *Le droits publics subjectifs et la dialectique de la reconnaissance: Georg Jellinek et la construction juridique de l’État moderne*, in *Reveu d’Allemagne et des pays de langue allemande*, vol. 46, n.º 1, 2014, pág. 61. Tal assertiva possui a seguinte explanação: “[I]a doctrine des droits publics subjectifs et celle de l’autolimitation se tinent en un rapport de reciprocite logique. Et c’est pourquoi la volonte de l’individu peut etre pensee comme capable juridiquement d’arreter la volante de l’Etat des lors qu’il s’agit de proteger une sphere d’interets propres pour laquelle l’Etat s’autolimitate”. *Ibidem*.

⁶³ Cfr. Roberto de RUGGIERO, *Instituições de direito civil*, vol. I, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 1971, pág. 192. Ruggiero ainda sustenta que “não se pode esquecer que, quando os cidadãos exercem uma faculdade que lhes pertence como membros da comunidade e em vista de um fim que não é particular, mas implica o interesse geral de todos e do Estado, tal faculdade, por ser garantida pelo ordenamento, assume o aspecto de um verdadeiro direito subjetivo”. *Ibidem*. Neste sentido, consultar Daniel Wunder HACHEM, *São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais*, in *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, vol. 11, n.º 3, set.-dez. 2019, pág. 413.

Nesta seara, Caio Mário da Silva Pereira apresenta o critério apto a distinguir o direito subjetivo público do privado: “[o] critério distintivo, pois, da natureza privada ou pública do direito subjetivo está na decorrência do caráter privado ou público da norma. É preciso, entretanto, frisar que não importa a natureza do titular”⁶⁴. A evolução teórica é exposta pelo Autor da seguinte maneira: “[h]oje se reconhece o direito subjetivo público ao Estado ou ao indivíduo, quando a relação criada é de natureza pública, por emanar de uma norma de direito público”⁶⁵.

Vicente Ráo apresenta os postulados utilizados por Jellinek para o delineamento de sua doutrina dos direitos públicos subjetivos. Primeiramente, esclarece que “o Estado só é sujeito de direitos quando e enquanto for concebido como um ente de atividade juridicamente limitada”. Por conseguinte, “a existência dos direitos públicos subjetivos é possível apenas quando o Estado reconhece que a deveres ele próprio está sujeito”⁶⁶.

Portanto, consoante Ráo, os atos jurídicos de direito público “se caracterizam como declarações de vontade do Estado produtoras de efeitos jurídicos”. Entretanto, para o Autor, a teoria geral do direito de Duguit apresenta dupla vantagem em relação à doutrina de Jellinek, pois não se baseia no princípio da autolimitação, pelo Estado, de seus poderes, além de não distinguir os atos estatais segundo o modo de sua formação, ou exteriorização, mas de acordo com seu objeto⁶⁷.

A evolução teórica do direito subjetivo também trouxe a lume seus três elementos fundamentais: sujeito, objeto e relação jurídica. Caio Mário da Silva Pereira tece algumas considerações sobre cada um destes elementos. Sujeito é o titular do direito e em sua análise não há direito sem sujeito. Quanto ao objeto, tudo que tenha existência fora do homem pode ser objeto de direito. Já a relação é o vínculo que impõe a submissão do objeto ao sujeito.

Em síntese, o Autor elenca estes elementos essenciais: “o sujeito, que tem o poder de ação; o objeto, que traduz a satisfação daquele poder; e a relação ou vínculo

⁶⁴ Cfr. Caio Mário da Silva PEREIRA, *Instituições de direito civil*, vol. I, 12. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1990, pág. 27.

⁶⁵ Pereira complementa: “[e], ao revés, o Estado ou o indivíduo é sujeito de um direito subjetivo privado, quando a relação é de ordem privada, por emanar de uma norma de direito privado”. *Ibidem*, pág. 35.

⁶⁶ Cfr. Vicente RÁO, *Ato jurídico*, 4. ed. anot., rev. e atual., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, págs. 72-73. O Autor acrescenta: “assim sendo, enquanto no direito privado a obrigação unilateral das pessoas, resultante de atos de sua vontade, constitui a exceção – para o Estado, a obrigação unilateral (ou seja, sua auto-obrigação) é a regra e, conseqüentemente, as pretensões jurídicas individuais (perante o Estado) advêm, de modo primacial, de atos unilaterais, como são as leis, os regulamentos e os provimentos”.

⁶⁷ *Ibidem*, págs. 72, 76.

jurídico, que é o meio técnico de que vale a ordem legal, para a integração efetiva do poder da vontade”⁶⁸.

1.2 Relação jurídica administrativa e procedimento administrativo

Lourival Vilanova apresenta a definição de relação jurídica a partir da descrição de seus termos: “os sujeitos-de-direito ativo e passivo – e o fator relacionante (relator ‘ter a pretensão de’ e o seu simétrico, ‘ter o dever de’)”. A partir desta concepção, o Autor alude à incidência da norma neste contexto: “a relação jurídica contém um dado-de-fato, sobre o qual tem incidência norma de direito”. E ainda observa o seguinte: “aqueles relatores (termos com função de relacionar), reciprocamente simétricos, que correlatam condutas e fatos relevantes para a conduta: enchem-se de objeto”⁶⁹.

José Carlos Vieira de Andrade, ao discorrer acerca das relações jurídicas de direito administrativo, aduz que “uma relação jurídica, enquanto relação social disciplinada pelo direito, pressupõe um relacionamento entre dois ou mais sujeitos, que seja regulado por normas jurídicas, das quais decorrem posições jurídicas, activas (‘direitos’) e passivas (‘deveres’), que constituem o respectivo conteúdo”. Destarte, em sede de direito administrativo, “são relações jurídicas de direito público”⁷⁰.

Vieira de Andrade apresenta a dupla evolução da relação jurídica. Primeiramente, “os particulares passaram a ser vistos como cidadãos, titulares de verdadeiros direitos subjectivos perante a Administração”. Nesta perspectiva, as relações jurídicas subdividem-se em simétricas e dissimétricas. Simétricas, “em que à posição passiva de um sujeito corresponde exactamente uma posição activa do outro sujeito” e dissimétricas, “em que cada um dos sujeitos é simultaneamente titular perante o outro de posições activas e passivas, conexas entre si, como acontece nas relações contratuais”. Quanto à segunda perspectiva, exsurtem “as relações complexas ou multipolares,

⁶⁸ Cfr. Caio Mário da Silva PEREIRA, *Instituições de direito civil*, vol. I, 12. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1990, págs. 27-32.

⁶⁹ Cfr. Lourival VILANOVA, *Causalidade e relação no direito*, 4. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, pág. 236. O Autor adverte que “[s]eria restringir o conceito de relação jurídica só tomar as posições dos sujeitos-de-direito como titulares de direitos subjectivos e deveres jurídicos”. *Ibidem*.

⁷⁰ Cfr. José Carlos Vieira de ANDRADE, *Lições de direito administrativo*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 5.ª ed., 2017, pág. 67. O Autor complementa este conceito: “segundo um critério estatutário, que combina a qualidade pública dos sujeitos, a natureza pública dos fins e a especificidade pública (prerrogativas de autoridade) dos meios utilizados -, isto é, aquelas em que um dos sujeitos, pelo menos, seja uma entidade pública ou uma entidade particular no exercício de um poder público ou de um dever público, conferido ou imposto com vista à realização de um interesse público legalmente definido”.

polissimétricas, poligonais ou multilaterais, em que confrontam mais de dois sujeitos e distintos pólos de interesse, em conjuntos interligados de posições activas e passivas”⁷¹. A partir destas concepções, o Autor identifica a construção de “um novo paradigma de relação jurídica administrativa multilateral, poligonal ou multipolar”. Este novo paradigma surge a partir do momento no qual “a lei determina um alargamento da legitimidade dos interessados (basta um interesse de facto relevante para a impugnação de actos ilegais)”. Vieira de Andrade conclui identificando um fenómeno por ele denominado “alargamento do conceito de direito subjectivo público (construído como ‘direito e interesse legalmente protegido’)”⁷².

Surgem então as posições jurídicas subjectivas de vantagem⁷³. Sobre esta temática, Vasco Pereira da Silva destaca que “existem seis principais concepções quanto ao modo de conceber essas posições de vantagem dos particulares em relação à Administração”. À guisa de síntese, cumpre salientar que o Autor perfilha a solução de “considerar o particular como titular de direitos subjectivos nas relações jurídicas administrativas”, baseando seu argumento na “teoria da norma de protecção”⁷⁴.

Esta teoria, definida por Vasco Pereira da Silva como “uma perspectiva que não esquece os direitos fundamentais, interpretando os demais direitos subjectivos públicos à luz deles, mas que recorre também directamente à Constituição para invocar autónomos direitos subjectivos de defesa”, implica “a consideração da globalidade da ordem jurídica, tratando de forma unitária e integrada todas as posições subjectivas dos particulares, independentemente de sua fonte”⁷⁵.

⁷¹ *Ibidem*, pág. 68.

⁷² *Ibidem*, págs. 69-70.

⁷³ Vieira de Andrade as classifica como “posições jurídicas subjectivas de vantagem (ou favoráveis)” e as define como “posições jurídicas dos particulares às quais correspondem obrigações, deveres e sujeições da Administração e/ou limitações (negativas) ou condicionamentos (positivos) da actividade administrativa”. Cfr. José Carlos Vieira de ANDRADE, *Lições de direito administrativo*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 5.ª ed., 2017, pág. 70.

⁷⁴ Cfr. Vasco Pereira da SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, Almedina, Coimbra, 1996, págs. 215-217. As seis principais concepções descritas pelo Autor são as seguintes: “1. Uma mera situação de interesse de facto que confere aos indivíduos legitimidade processual, uma vez que possuem um ‘interesse próximo do da Administração; 2. Um ‘direito à legalidade’, ou um ‘direito reflexo’, que os indivíduos fazem valer no processo; 3. Duas modalidades de posições jurídicas distintas: os direitos subjectivos e os interesses legítimos, consoante o poder de vantagem do indivíduo resulte imediata e intencionalmente das normas jurídicas, ou seja atribuído apenas de forma mediata e reflexa; 4. Igualmente, as duas modalidades de direitos subjectivos e de interesses legítimos, mas que se distinguem, já não com base no carácter mediato ou imediato do modo de protecção pela norma, mas antes consoante se trate ou não de uma situação dependente do exercício do poder administrativo; 5. Duas situações diferentes: os direitos subjectivos ‘clássicos’, ou ‘activos’, e os direitos subjectivos ‘novos’, ou ‘reactivos’, ou que denomina estes últimos de direitos ‘eventuais’, ou ‘futuros’; 6. Uma única categoria de situações jurídicas dos particulares, a dos direitos subjectivos”.

⁷⁵ *Ibidem*, pág. 254.

José Manuel Sérvulo Correia vai além. Em detrimento da análise da figura da relação jurídica administrativa abstratamente de modo relativo, mister se faz delinear suas especificidades como “meio analítico da dinâmica de produção de efeitos jurídico-administrativos entre a Administração e os particulares no âmbito de regimes de objecto delimitado”. Sob este prisma, objetiva-se em sede axiológica “respeito pelos destinatários da actividade administrativa como portadores de direito e interesses legalmente protegidos em face da Administração, isto é, como pessoas que não poderão ser olhadas como mero objecto de atos de poder”⁷⁶.

Por conseguinte, Sérvulo Correia define a relação jurídica administrativa como “um sistema complexo de situações jurídicas activas e passivas interligadas, regidas pelo Direito Administrativo e tituladas por entidades incumbidas do exercício de uma actividade específica da função administrativa e por particulares ou apenas por diversos pólos finais de imputação pertencentes à própria Administração”.⁷⁷

A relação jurídica administrativa, destarte, desencadeia uma sucessão de direitos e obrigações que se estendem no decurso temporal. O direito administrativo de prestação exsurge então, consoante Sérvulo Correia, como instrumento de atuação do Estado Social para “a realização de prestações destinadas a satisfazer direitos de ordem social, económica e cultural”. Sua esfera de abrangência abarca até mesmo a própria cidadania que “enriqueceu-se com a inclusão de um *status positivus*, formado por pretensões tendo por objecto uma actividade prestadora da Administração”⁷⁸.

Neste contexto, Vasco Pereira da Silva apresenta o mais relevante dilema existencial do direito administrativo hodierno em decorrência da crise da doutrina do ato administrativo: a oposição entre relação jurídica e procedimento como conceito central da dogmática administrativa⁷⁹. Robertônio Santos Pessoa realiza um cotejo entre a relação

⁷⁶ Cfr. José Manuel Sérvulo CORREIA, *Relações jurídicas administrativas de prestação de cuidados de saúde*, in *Direitos Fundamentais & Justiça*, n.º 7, abril/jun. 2009, pág. 15. O Autor aponta as funções heurística, estruturante e dogmática em face da utilização da relação jurídica como forma típica de conduta administrativa, *in verbis*: “A função heurística significa a utilidade do modelo relacional para a melhor compreensão dos meios próprios de comunicação entre Administração e particular. A visão relacional facilita uma percepção integrada de uma situação real da vida graças à sua redução a um esquema de situações subjectivas activas e passivas cujas correspondências e conexões assim se clarificam; A função estruturante prende-se com a classificação ordenadora das diferentes relações jurídicas em função do seu objecto e dos subsistemas normativos do Direito Administrativo em que elas se alojam; A função dogmática respeita às consequências normativas que especificamente decorrem da verificação de uma relação jurídica administrativa”. *Ibidem*, pág. 16.

⁷⁷ *Ibidem*, pág. 17.

⁷⁸ *Idem* (grifos do Autor).

⁷⁹ Cfr. Vasco Pereira da SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, Almedina, Coimbra, 1996, págs. 309-310. O Autor analisa as duas alternativas da seguinte maneira: “uma orientação (que corresponde à do direito alemão) que parte da relação jurídica como conceito central do Direito Administrativo e que caminha

jurídica administrativa e o procedimento administrativo, apontando, primeiramente, o cerne doutrinário que oferece suporte à relação jurídica administrativa: “mesmo quando a Administração tem de lançar mão de seus ‘poderes de autoridade’ [...], exercita sempre um ‘poder jurídico’, poder jurídico este integrado no quadro de uma relação jurídica administrativa mais ampla e complexa”. O papel do particular possui especial relevo neste cenário: “[d]iante destes ‘poderes’, juridicamente regradados, o particular é sempre titular de direitos subjetivos, estabelecidos na Constituição e nas leis”⁸⁰. Em seguida, aponta duas formas básicas de atuação da Administração Pública para abordar o procedimento administrativo. A primeira, “de uma forma unilateral e autoritária, onde lança mão de seus poderes tradicionais, ou de uma forma bilateral e consensual, lançando mão de ‘técnicas contratuais’. Em ambas as formas de atuação o procedimento é o dado comum”⁸¹.

Diogo Freitas do Amaral define o procedimento administrativo como “a sequência juridicamente ordenada de actos e formalidades tendentes à preparação da prática de um acto da Administração ou à sua execução”⁸². Convém também trazer à colação a definição de João Caupers, *in verbis*: “a sucessão ordenada de actos e

no sentido da radical ‘subjectivização’ deste, procedendo ao equilíbrio das posições relativas dos particulares e das autoridades administrativas; e uma outra tendência (correspondente à da [...] doutrina italiana) que faz do procedimento a nova realidade fulcral da dogmática administrativa, reconduzindo tanto a actuação das autoridades administrativas como dos particulares aos esquemas procedimentais, e preconizando a ‘objectivização’ do Direito Administrativo, dado que todos esses sujeitos se encontram a realizar em conjunto a função administrativa”.

⁸⁰ Cfr. Robertônio Santos PESSOA, *Direito administrativo: um novo eixo central*, in Pensar, Fortaleza, vol. 8, n.º 8, fev. 2003, pág. 87.

⁸¹ *Ibidem*. Ainda complementa: “[o] procedimento administrativo regula ambas as formas da ação administrativa, antecedendo tanto a edição do ato administrativo típico, quanto a celebração de contratos com os particulares”.

⁸² Cfr. Diogo Freitas do AMARAL, *Direito Administrativo*, 2.ª ed., vol. III, lições policopiadas, Lisboa, 1989, págs. 164-165. O Autor analisa sua definição detalhadamente: “Primeiro, o procedimento é uma sequência. Quer isto dizer que os vários elementos que o integram não se encontram organizados de qualquer maneira. [...] Constituem uma sucessão, um encadeamento de actos e formalidades. Isto é assim no procedimento administrativo, como o é em qualquer processo (legislativo, judicial, etc.). Segundo, o procedimento constitui uma sequência juridicamente ordenada. É a lei que determina quais os actos a praticar e quais as formalidades a observar; é também a lei que estabelece a ordem dos trâmites a cumprir, o momento em que cada um deve ser efectuado, quais os actos antecedentes e os actos consequentes. [...] Terceiro, o procedimento administrativo traduz-se numa sequência de actos e formalidades. Na verdade, não há nele apenas actos jurídicos ou tão-só formalidades. [...] Quarto, o procedimento administrativo tem por objecto um acto da Administração. Não dizemos ‘um acto administrativo’, porque embora a grande maioria dos procedimentos administrativos tenham a ver com actos administrativos, a verdade é que há procedimentos respeitantes a regulamentos e a contratos administrativos. [...] O que dá carácter administrativo ao procedimento é, precisamente, o envolvimento da Administração Pública e o facto de o objecto dele ser um acto da Administração. Quinto, o procedimento administrativo tem por finalidade preparar a prática de um acto ou a respectiva execução. Daqui decorre a distinção [...] entre procedimentos decisórios e executivos. *Ibidem*, págs. 165-167.

formalidades que visam assegurar a correcta formação ou execução da decisão administrativa e a defesa dos direitos e interesses legítimos dos particulares”⁸³.

O artigo 1º do Código do Procedimento Administrativo (CPA), Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, estabelece as definições de procedimento e processo administrativo⁸⁴. Caupers sublinha a distinção entre procedimento e processo administrativo contida neste artigo. Reporta-se à definição de procedimento supramencionada e explica que “o termo *processo* fica reservado àquilo que em língua inglesa é o *file* e em língua francesa o *dossier*, isto é, o suporte físico do procedimento, o acervo documental que lhe dá corpo”⁸⁵. Cabe salientar que o referido Autor teceu suas considerações acerca do CPA em vigor à época de sua obra, Decreto-Lei n.º 442/1991, de 15 de novembro. No entanto, não houve modificação na presente revisão em vigor desde 2015.

Um dos maiores desafios do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, diz respeito à aplicabilidade do princípio da participação na Administração Pública. O CPA regulamenta o artigo 267, n. 2, da Constituição da República Portuguesa, *in verbis*: “a lei estabelecerá adequadas formas de descentralização e desconcentração administrativas, sem prejuízo da necessária eficácia e unidade de acção da Administração e dos poderes de direcção, superintendência e tutela dos órgãos competentes”.

Janaína Rigo Santin analisa as inovações contidas no referido dispositivo legal. Especificamente quanto aos princípios insculpidos no Código do Procedimento Administrativo português, a Autora elenca os da participação dos particulares na formação das decisões que a eles se referem, da colaboração da Administração, da informação e da transparência na gestão pública como seus pilares. Santin ainda aponta os princípios da boa administração, da administração aberta e da administração eletrônica⁸⁶.

⁸³ Cfr. João CAUPERS, *Introdução ao direito administrativo*, Âncora, Lisboa, 2000, pág. 141.

⁸⁴ Artigo 1.º Definições 1 – Entende-se por procedimento administrativo a sucessão ordenada de atos e formalidades relativos à formação, manifestação e execução da vontade dos órgãos da Administração Pública. 2. – Entende-se por processo administrativo o conjunto de documentos devidamente ordenados em que se traduzem os atos e formalidades que integram o procedimento administrativo.

⁸⁵ Cfr. João CAUPERS, *Introdução ao direito administrativo*, Âncora, Lisboa, 2000, pág. 141. O Autor observa que “o legislador português não utilizou a distinção entre procedimento e processo tal como é habitualmente feita pela doutrina italiana: para esta, o procedimento consubstancia uma sucessão ordenada de actos formalidades, sendo o processo uma espécie de procedimento caracterizada pelo litígio entre interesses antagónicos, corporizados em partes”. *Ibidem*.

⁸⁶ Cfr. Janaína Rigo SANTIN, *Princípio da participação no Código do Procedimento Administrativo português: inovações do Decreto-lei n. 4/2015*, in Revista Direito GV, São Paulo, vol. 12, n.º 3, set.-dez. 2016, pág. 849.

Os princípios atinentes à efetivação da participação dos particulares no procedimento de tomada de decisões no âmbito administrativo em Portugal estão previstos nos artigos 11, 12, 13 e 68 do CPA: princípio da colaboração da administração com os particulares, princípio da participação, princípio da decisão e princípio da ampla legitimidade procedimental respectivamente⁸⁷.

A concretização da participação dos particulares está diretamente relacionada ao seu direito à conferência procedimental. Neste sentido, Santin esclarece que tal conferência “contempla como uma de suas fases a audiência dos interessados antes de ser tomada a decisão final”⁸⁸. Ao abordar esta temática, Vasco Pereira da Silva perfilha o entendimento segundo o qual “o princípio da dignidade da pessoa humana implica que todas as decisões administrativas que afectem os direitos fundamentais devem ser tomadas com base num procedimento participado”⁸⁹.

A conferência procedimental prevista no CPA baseou-se na conferência de serviços do direito administrativo italiano. A este respeito, consta no preâmbulo do referido Código que “[a] expressão conferência procedimental afigura-se preferível à de conferência de serviços, de inspiração italiana. Na verdade, quem conferencia são órgãos e não ‘serviços’ à maneira italiana”. Filomena Isabel Silvano Maurício discorre acerca de sua relevância “uma vez que permite a concertação de opiniões de vários órgãos da Administração Pública, assim como de outros entes públicos imprescindíveis para a tomada da decisão administrativa, de uma forma mais coordenada e célere”⁹⁰.

⁸⁷ *Ibidem*, pág. 848.

⁸⁸ *Ibidem*, pág. 853. A Autora complementa: “o CPA obriga à audiência dos interessados no procedimento administrativo de aprovação tanto de um ato administrativo, de um contrato administrativo ou de um regulamento, o que para muitos autores trata-se de um direito fundamental”.

⁸⁹ Cfr. Vasco Pereira da SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, Almedina, Coimbra, 1996, pág. 431. O Autor é contundente ao afirmar: “[n]em se diga que o direito de audiência, que integra o conteúdo legislativo da previsão constitucional da participação dos interessados, não deve ser considerado como um direito fundamental, por não ser inerente à dignidade da pessoa humana. Nos nossos dias, e perante a importância da actividade administrativa no quotidiano dos cidadãos, a dignidade da pessoa humana necessita também de ser garantida não apenas através do Estado-Administração, mediante a consagração de direitos económicos e sociais, mas também em face dele, através da consideração do indivíduo como sujeito de direito nas relações administrativas, titular de direitos substantivos e procedimentais. Os direitos de procedimento surgem, assim, como o desenvolvimento do princípio da dignidade da pessoa humana num Estado pós-social de Direito ou, dito de outra maneira, como uma manifestação desse princípio nas relações jurídicas administrativas”. *Ibidem*, págs. 430-431.

⁹⁰ Cfr. Filomena Isabel Silvano MAURÍCIO, *Simplificação e e-Administração no âmbito do Novo Código do Procedimento Administrativo*, Dissertação de Mestrado Científico na área de especialização em Ciências Jurídico-Políticas, 92 p., Coimbra, Universidade de Coimbra, 2015, pág. 40. A este respeito, esclarece pontualmente que “[o] outro *plus* caracterizador da figura da conferência procedimental relaciona-se com a tendência gradual para a tomada de decisões administrativas mais sensatas e concertadas, evitando que o caso em concreto seja avaliado de forma isolada e individualizada por cada ente público, sem a observância das demais posições dos entes públicos que igualmente colaboraram e participaram na decisão final. *Ibidem*, pág. 42.

Especificamente quanto à audiência como elemento de concretização do princípio da participação, Ednaldo Silva Ferreira Júnior, ao abordar a dimensão infraconstitucional da relevância dogmática da vontade dos particulares no CPA, assevera que “[e]sta fase do procedimento tem como finalidade essencial o estabelecimento do contraditório, assumindo assim uma função essencialmente garantística, de defesa dos interesses dos particulares perante a Administração”⁹¹.

Ainda sobre a audiência, Janaína Rigo Santin tece relevantes considerações sobre o objeto central de investigação deste estudo. A Autora esclarece que “a audiência pública no procedimento administrativo português é uma instância no procedimento, que é público, apesar de ter obrigatoriedade de notificação apenas dos interessados na decisão administrativa, o que pode reduzir o número de participantes”.⁹² Para ela “é, portanto, o oposto do que ocorre no Brasil, já que em Portugal a audiência é um ato administrativo dentro de um procedimento público permeado de vários atos sucessivos”⁹³.

Vasco Pereira da Silva analisa esta comunicação entre os interesses dos particulares e da Administração Pública em Portugal aduzindo que entre eles “estabelecem-se [...] verdadeiras relações jurídicas processuais – o que tem subjacente a ideia de dois ou mais sujeitos autónomos ligados por vínculos jurídicos, e não a redução dos indivíduos a meros agentes ao serviço de uma Administração toda-poderosa”⁹⁴.

Não obstante, Janaína Rigo Santin aponta o problema que surge hodiernamente como preponderante neste contexto tanto em Portugal quanto no Brasil: “a influência do decidido na audiência pública para a tomada da decisão final, [...] já que em ambos os países não se prevê o caráter deliberativo das audiências”⁹⁵.

⁹¹ Cfr. Ednaldo Silva FERREIRA JÚNIOR, *A relevância da vontade do particular no procedimento do ato administrativo*, in e-Pública, vol. 6, n.º 1, abril 2019, pág. 155.

⁹² Cfr. Janaína Rigo SANTIN, *Princípio da participação no Código do Procedimento Administrativo português: inovações do Decreto-lei n. 4/2015*, in Revista Direito GV, São Paulo, vol. 12, n.º 3, set.-dez. 2016, pág. 861. A este respeito, complementa: “[a] quantidade de participantes não põe em causa a decisão final, mas sim se houve a violação de direitos fundamentais dos diretamente prejudicados por aquela decisão. Assim, aqueles que não tiveram conhecimento e, em decorrência, não puderam participar do procedimento decisório, acaso tenham seus direitos e interesses violados, em especial o direito de participação, poderão ingressar via contencioso administrativo”.

⁹³ *Ibidem*. Cumpre indicar algumas características da audiência no Brasil expostas pela Autora: “a audiência pública não é considerada um ato administrativo isolado, mas sim uma etapa no processo de formação de uma lei municipal ou de um ato administrativo”. *Ibidem*, pág. 860.

⁹⁴ Cfr. Vasco Pereira da SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, Almedina, Coimbra, 1996, pág. 425.

⁹⁵ Cfr. Janaína Rigo SANTIN, *Princípio da participação no Código do Procedimento Administrativo português: inovações do Decreto-lei n. 4/2015*, in Revista Direito GV, São Paulo, vol. 12, n.º 3, set.-dez. 2016, pág. 864. A Autora observa que “[o] que ocorre muitas vezes é que a Administração Pública ouve os particulares, mas não considera seus argumentos. Trata-se, portanto, não de um problema formal, mas sim material. Um problema não de legalidade, mas sim de legitimidade da decisão jurídico-administrativa”.

Roberto Correia da Silva Gomes Caldas analisa a relação jurídica administrativa e o procedimento administrativo sob o prisma de um pacto público em sede de contrato administrativo. O Autor se refere a um “contexto de concertação”. Neste contexto, “as partes deixam de ser vistas como atores tradicionalmente contrapostos para verificarem-se enquanto colaboradores de um espírito de cooperação mútua”. Seu objetivo seria concretizar “uma parceria regida pelo diálogo antes e durante a tomada de quaisquer decisões no âmbito do desenvolver do ajuste público, de sorte que ressaíam mais legitimadas”⁹⁶.

Exsurge, portanto, a relevância da temática da legitimidade, sobre a qual discorrer-se-á no próximo item com abordagem atinente ao interesse legítimo no direito administrativo italiano.

1.3 Interesse legítimo

A questão do interesse legítimo no direito administrativo italiano traz a lume a repartição de competências jurisdicionais entre o Poder Judiciário e a Justiça Administrativa. À guisa de introito, mister se faz tecer algumas considerações atinentes aos sistemas administrativos, cujo conceito é descrito por João Caupers: “[p]or sistema administrativo entende-se um modo jurídico típico de organização, funcionamento e controlo da administração pública”⁹⁷.

Caupers apresenta três tipos de sistemas. O primeiro remonta à monarquia absolutista e denomina-se “sistema da concentração de poderes”. Nele, “os particulares não podiam invocar contra [a administração pública] quaisquer direitos, encontrando-se na posição de súbditos”. O segundo, denominado “sistema de administração executiva”, surgiu em França com o advento do Estado de Direito e possui as seguintes características: “sujeição da administração pública a regras próprias; o poder conferido à Administração Pública de [...] tomar decisões [...] sem prévia validação de um tribunal; o controlo da administração pública por tribunais especiais”⁹⁸. O terceiro, chamado

⁹⁶ Cfr. Roberto Correia da Silva Gomes CALDAS, *A relação jurídico-administrativa pactual pública: por um paradigma de eficiência e eficácia nos contratos administrativos*, Universitas Jus, Brasília, vol. 27, n.º 3, 2017, pág. 229.

⁹⁷ Cfr. João CAUPERS, *Introdução ao direito administrativo*, Âncora, Lisboa, 2000, pág. 43.

⁹⁸ O Autor descreve as diferenças práticas deste sistema, *in verbis*: “a) Enquanto em França os tribunais administrativos não estão integrados no poder judicial mas no poder administrativo, em homenagem a uma visão radical do princípio da separação de poderes, já na Alemanha – e em Portugal – os tribunais administrativos integram o poder judiciário, coincidindo a especialização do juiz administrativo com a unidade deste poder; b) Em Espanha, o tribunal superior com competência para controlar a administração

“sistema de administração judiciária”, originou-se na tradição anglo-saxônica e estendeu-se para os Estados Unidos. Caracteriza-se por “sujeição da administração pública ao direito comum; não reconhecimento à Administração Pública, em regra, do poder de tomar decisões que afectem os cidadãos sem prévia intervenção de um tribunal; controlo da administração pública pelos tribunais comuns”⁹⁹.

A evolução da Justiça Administrativa em Itália sofreu influência do contencioso administrativo francês a partir do início do século XIX, século no qual ocorreu sua unificação. Fabriccio Quixadá Steindorfer Proença, ao abordar a Justiça Administrativa em perspectiva comparada, discorre acerca deste período. O Autor esclarece que “no período pré-unificação, a Itália experimentava uma rígida separação de poderes, excluindo o controle da atividade administrativa pelo judiciário. Na segunda metade do século XIX houve uma atenuação desse princípio”¹⁰⁰. Proença aponta o ano de 1889 como um marco na instituição da Justiça Administrativa, pois a partir deste ano ela “toma uma nova feição, buscando proteger o legítimo interesse dos cidadãos que fossem violados por um ato administrativo. Nessa fase, pouco restou de competência à justiça comum”¹⁰¹. Na atualidade, a Justiça Administrativa italiana é composta pelos tribunais administrativos regionais e pelo Conselho de Estado.

A noção de interesse legítimo possui especial relevância neste contexto. Para um melhor entendimento sobre o tema, primeiramente faz-se necessário aludir à evolução da posição jurídica dos indivíduos perante a Administração Pública, com ênfase na temática referente aos direitos subjetivos públicos cotejada à modalidade concernente aos interesses legítimos¹⁰². João Caupers pontua que “[e]sta distinção teve origem em Itália,

pública constitui uma secção especial do Tribunal Supremo, isto é, a última instância judicial com competência para julgar feitos civis; já entre nós, a última instância judicial encarregue de controlar a administração pública é o Supremo Tribunal Administrativo, um tribunal totalmente distinto do Supremo Tribunal de Justiça. *Ibidem*, págs. 43-45.

⁹⁹ *Ibidem*, pág. 45.

¹⁰⁰ Cfr. Fabriccio Quixadá Steindorfer PROENÇA, *A Justiça Administrativa em perspectiva comparada*, in Revista da AGU, Brasília – DF, ano XIII, n.º 40, abr./jun. 2014, pág. 178.

¹⁰¹ *Ibidem*. Para uma descrição detalhada da evolução histórica deste período, consultar Charles ETTORI, *O controle jurisdicional da Administração na Itália*, in Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, vol. 27, págs. 34-66, jan. 1952.

¹⁰² Cfr. João CAUPERS, *Introdução ao direito administrativo*, Âncora, Lisboa, 2000, pág. 77. O Autor define as posições para diferenciá-las, *in verbis*: “[o] o direito subjectivo caracterizar-se-ia por consubstanciar uma situação jurídica activa que possibilita a satisfação de um interesse próprio do seu titular – razão pela qual lhe é conferida uma protecção jurídica directa. O interesse legítimo, inversamente, não possibilitaria a satisfação de um interesse próprio do titular, mas tão-somente a satisfação de um interesse público que, ao sê-lo, poderia acarretar também a satisfação do interesse privado conexo – a protecção jurídica que é conferida a este seria meramente indirecta, acoplada como parece estar à protecção do interesse público”.

onde serve de delimitação à jurisdição dos tribunais administrativos e dos tribunais comuns”¹⁰³.

Roberto de Ruggiero descreve as peculiaridades da contraposição entre direito subjetivo e interesse legítimo no campo do direito administrativo. O interesse assume um papel distinto, “que não é mera expectativa mas qualquer coisa mais, ou seja: um interesse legítimo”. O Autor ressalta que não se trata de direito subjetivo “porque não o acompanha a tutela da ação judiciária perante os tribunais ordinários, mas também não é interesse puro e simples, visto que é provido de uma tutela que se exerce mediante o recurso à justiça administrativa”¹⁰⁴.

Vasco Pereira da Silva observa que em Portugal o legislador não diferencia direitos subjetivos de interesses legalmente protegidos, “antes usa as duas expressões (quase sempre conjugadas) em sinonímia, para designar as posições jurídicas de vantagem do particular perante a Administração, dotadas de um regime jurídico exactamente idêntico”¹⁰⁵.

João Caupers, ao cotejar a posição de Vasco Pereira da Silva com as lições de Freitas do Amaral, o qual sustenta que “a diferença entre o direito subjectivo e o interesse legítimo não respeita [...] à existência do próprio direito, mas a uma, eventual, maior ou menor amplitude de seu conteúdo”, assevera que “não julgamos que esteja em causa um problema de ‘quantidade’ do objecto ou do conteúdo da posição jurídica activa, mas sim de ‘qualidade’ desta”¹⁰⁶.

Em conformidade com a Constituição Italiana, (artigo 103, parágrafo 1), o juiz administrativo possui jurisdição sobre interesses legalmente protegidos em matérias referentes à Administração Pública e direitos individuais em áreas específicas determinadas pela lei. Estas áreas pertencem à assim denominada jurisdição exclusiva. Os interesses legalmente protegidos ou interesses legítimos podem ser definidos como as situações subjetivas concedidas a um indivíduo que é sujeito do exercício do poder administrativo. Interesses legalmente protegidos envolvem a possibilidade de contestar o exercício impróprio do poder administrativo ou a possibilidade de influenciar o exercício

¹⁰³ *Ibidem*, pág. 78.

¹⁰⁴ Cfr. Roberto de RUGGIERO, *Instituições de direito civil*, vol. I, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 1971, pág. 184. O Autor ainda complementa que há “eficácia e consequência diversas daquelas a que dá lugar o exercício do direito subjetivo visto que, ao passo que os tribunais ordinários não podem anular o ato administrativo, mas apenas conhecer os seus efeitos lesivos, os órgãos da justiça administrativa procedem à anulação desse ato”. *Ibidem*.

¹⁰⁵ Cfr. Vasco Pereira da SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, Almedina, Coimbra, 1996, pág. 218.

¹⁰⁶ Cfr. João CAUPERS, *Introdução ao direito administrativo*, Âncora, Lisboa, 2000, págs. 78-79.

próprio do poder administrativo com vistas à invalidação do ato e indenização pelo dano causado.

O Código de Processo Administrativo italiano, Decreto Legislativo n.º 104/2010, passou a vigorar em 16 de setembro com o objetivo de determinar a jurisdição referente ao juiz administrativo ou ao juiz ordinário, além de regular todos os aspectos de competência e organização das cortes administrativas. De acordo com o artigo 7, parágrafo 1, as cortes administrativas têm jurisdição sobre a proteção de interesses legítimos contra a Administração Pública e, em particular, matérias dispostas pela lei, inclusive a proteção de direitos subjetivos atinentes às decisões administrativas, atos, acordos ou condutas adotadas pelas administrações públicas, enquanto guardarem relação até mesmo indireta quanto ao exercício do poder público.

Qualquer pessoa capaz possui acesso à Justiça Administrativa. A capacidade se baseia nas regras de direito civil. Organizações não-governamentais, organizações de proteção aos consumidores e ao meio ambiente e associações também podem apresentar recursos consoante as condições previstas em lei. Administrações Públicas, igualmente, podem apresentar um pedido perante a corte administrativa. O direito de acesso à corte é protegido por previsão constitucional (artigo 24 da Constituição italiana).

Quanto aos critérios de admissibilidade, cada peticionário deve ter um interesse atual relacionado à anulação de uma decisão administrativa. Este interesse, cuja existência é analisada no momento do peticionamento e da publicação da decisão, pode ser de vários tipos: moral ou material, individual ou coletivo. Os requerentes também devem possuir legitimidade processual, ou seja, devem ter direito à situação subjetiva legalmente protegida afetada pelo ato contestado. Pessoas jurídicas, associações e organizações não-governamentais podem apresentar um recurso contra as medidas que afetem seus próprios interesses, contudo também podem apresentar à corte um pedido de defesa do interesse coletivo daqueles que representam, na medida em que a questão em disputa possa afetar este interesse coletivo.

Raffaele Greco analisa o interesse legítimo inicialmente sob a premissa da presença de muitos atores no procedimento administrativo italiano, cada um como portador de interesses específicos e detentor de poderes, deveres e ônus. Esta presença, portanto, “non può non indurre a ritenere che fra costoro si instauri un rapporto giuridico, inteso quale relazione tra più soggetti qualificata e regolata dalla legge per il

perseguimento di un interesse”¹⁰⁷. Com respeito à evolução e ao reconhecimento da natureza substantiva do interesse legítimo, Greco assinala a importância da lei n.º 241/1990, a qual representou uma passagem fundamental para uma afirmação definitiva do interesse legítimo como situação jurídica substantiva, “aprendo la via al riconoscimento della sua ‘pari dignità’ con il diritto soggettivo, del quale era stato a lungo considerato una sorta di versione minore”¹⁰⁸.

Biagio Giliberti aborda a questão sob a ótica da legitimidade de agir no processo administrativo. Para ele, tal legitimidade coincide com a existência de posições qualificadas e diferenciadas de interesse legítimo. Portanto, a construção que parece melhor ser capaz de realizar o preceito constitucional de ação contra o poder público é aquela que reconduz as figuras do interesse e da legitimidade como elementos coexistenciais do direito de ação no processo administrativo¹⁰⁹. Especificamente quanto à legitimidade de agir em relação ao direito substantivo e processual, Giliberti esclarece que no direito administrativo italiano o elemento diferencial situa-se na demonstração efetiva de titularidade de uma posição de interesse legítimo¹¹⁰.

Vinicius Marins, ao comparar as concepções existentes em Itália e no Brasil, aduz que “as controvérsias sobre os atos do procedimento de ‘evidenza’, precedentes à estipulação do contrato, restariam condicionadas ao juiz administrativo (por atinentes a questões de *interesse legítimo*); por sua vez, as disputas nas fases subsequentes pertenceriam ao juiz ordinário (por destacar-se a repercussão sobre *direitos subjetivos*)”¹¹¹.

A evolução doutrinária do interesse legítimo sobreleva a dinâmica colaborativa na atualidade, com o objetivo precípuo de restituir no âmbito da fase publicista da

¹⁰⁷ Cfr. Raffaele GRECO, *Le situazioni giuridiche soggettive e il rapporto procedimentale*, in Claudio CONTESSA, Raffaele GRECO (a cura di), *L’attività amministrativa e le sue regole (a trent’anni dalla legge n. 241/90)*, Tribuna Professionisti, Piacenza, 2020, pág. 3.

¹⁰⁸ *Ibidem*. O Autor se refere expressamente à Constituição italiana, na qual ocorreu a primeira menção normativa da afirmação da natureza substantiva do interesse legítimo.

¹⁰⁹ Cfr. Biagio GILIBERTI, *La legittimazione ad agire nel processo amministrativo di legittimità tra potere qualificatorio pubblico e forza legittimante della sovranità dell’individuo*, in P.A. Persona e Amministrazione, n.º 2, Università di Urbino, 2019, págs. 12-13.

¹¹⁰ *Ibidem*, pág. 15. Cabe anotar a distinção apontada pelo Autor entre “legittimazione” e “legittimità”, *in verbis*: “il principale distinguo tra la legittimazione ad agire nel processo amministrativo e l’omologo istituto processual-civilistico andrebbe rinvenuto nell’essere la legittimazione in quest’ultimo mera affermazione dell’attore laddove, nel primo, la legittimazione ad agire si risolverebbe nella dimostrazione effettiva della titolarità di una posizione di interesse legítimo”.

¹¹¹ Cfr. Vinicius MARINS, *Transformações no direito administrativo contemporâneo: reflexos sobre a contratualidade pública nos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.º 47, jul.-dez. 2005, págs. 318-319 (grifos do Autor).

atividade contratual da Administração Pública a possibilidade quanto à ativação deste tipo de instrumento¹¹². A literatura a ser analisada no item subsequente corrobora este entendimento.

2. Evolução da teoria do interesse legítimo em Itália

No século XIX as posições jurídicas subjetivas foram excluídas da proteção do tribunal ordinário em Itália. Estas posições não correspondiam aos direitos subjetivos e, portanto, deram origem aos assim chamados interesses legítimos. A noção de interesse legítimo foi então gradualmente construída ao longo do tempo. Hodiernamente, a noção segundo a qual o interesse legítimo deveria ser considerado como o interesse individual que é intimamente ligado ao interesse público, o que significa que a proteção concedida pela lei ao interesse público em geral estaria refletida indiretamente sobre esse interesse individual através de proteção indireta (interesses ocasionalmente protegidos), resta superada. A noção respaldada pela doutrina atual considera o interesse legítimo como pretensão ou interesse à legitimidade da atividade discricionária a ser reconhecida a favor de quem se encontra em uma situação particular ou status legítimo.

Como anteriormente exposto, leis de 1889 e 1890 mantiveram a jurisdição da autoridade judiciária instituída por lei em 1865. A nova forma de Justiça Administrativa deveria constituir um controle sobre atos administrativos em consonância com as garantias da jurisdição. O critério discriminatório das competências deveria ser claro: para jurisdição ordinária as questões de direito, para a IV Seção do Conselho de Estado as questões relacionadas a meros interesses. Considerou-se direito o interesse protegido por lei em relação a uma determinada pessoa e interesse aquele protegido por lei não em relação à pessoa, mas em vista do bem geral. Ao conceito de interesse protegido por lei ou interesse legítimo aplicou-se a doutrina de direito público sujeita à Justiça Administrativa.

A lei de 1889 passou a definir de forma aparentemente clara o âmbito da jurisdição da Seção IV, estabelecendo que cabia ao Conselho de Estado em sede jurisdicional decidir quando os recursos não fossem de competência da autoridade judiciária. A intenção do legislador era garantir a tutela naquelas situações subjetivas que

¹¹² Cfr. Fortunato GAMBARDILLA, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2016, pág. 54.

não foram abarcadas pela lei de 1865 porque não representavam verdadeiramente direitos. Para realizar este objetivo, a tutela não estava mais direcionada a um direito civil ou político, mas se estendia a interesses dos indivíduos ou entes morais jurídicos. Os interesses que permaneceram desprotegidos não foram aqueles mais tarde denominados pela doutrina como interesses legítimos. Na verdade, foi a necessidade percebida de fornecer aos indivíduos uma forma de proteção perante o poder administrativo na presença de um juiz ordinário em face dos assim chamados atos de pura administração. Esta nova fórmula era tão ambígua que ocasionou contrastes interpretativos na jurisprudência que duraram até a década de 1930.

Sobre este aspecto, Alberto Romano tece as seguintes considerações: “[s]e il legislatore del 1889 avesse pensato ad una vera e propria giurisdizione su quelli che poi si sarebbero chiamati interessi legittimi, ed una giurisdizione sotto tutti i profili evocati simile a quella del giudice ordinario, probabilmente avrebbe esteso, o tentato di estendere quest’ultima”¹¹³. Para Romano, a distinção entre direito subjetivo e interesse legítimo, que foi a base da duplicidade das jurisdições sobre a atividade da Administração Pública como sujeito de direito público, em seu significado originário, está superada. Todavia, isto não impede uma possível recuperação através de uma outra via: uma análise mais refinada da padronização da lei relativa aos poderes da Administração, a fim de verificar se ainda é possível identificar características específicas da padronização da ação e da disciplina do exercício desses poderes no que diz respeito à norma de existência, quanto à determinação dos limites externos desses.

Ademais, pontua que é importante e urgente, do ponto de vista dos problemas da Justiça Administrativa, um questionamento que parece ser imposto pelas necessidades de solucionar outros inúmeros e graves problemas do direito público: a análise e definição dos possíveis conteúdos da lei em sentido formal, o que exige a generalização dessa característica como forma cada vez mais numerosa e, portanto, com o surgimento de provimentos legislativos cada vez mais heterogêneos. Essa recuperação da relevância da

¹¹³ Cfr. Alberto ROMANO, *Diritto soggettivo, interesse legittimo e assetto costituzionale*, in *Il Foro Italiano*, vol. 103, parte quinta: monografie e varietà, 1980, pág. 260. O Autor esclarece que a força do sistema de Justiça Administrativa delineada com a legislação de 1865 e 1889 deriva de sua coerência um tipo de Estado muito específico: o Estado de Direito da era liberal, que foi amplamente realizado em uma determinada época da legislação italiana. Atualmente, tal modelo está superado e é possível identificar as linhas de evolução que levaram à sua superação. Não é possível, contudo, definir com igual precisão o novo modelo de Estado. Conclui-se que o novo sistema de Justiça Administrativa emerge mais do determinismo das consequências do que por finalização de ação legislativa e no que diz respeito ao que estão abandonando, apresenta-se pior qualitativamente ao menos sob um aspecto: não há um Estado e uma ideia de Estado com respeito ao qual isto possa ser considerado funcional. *Ibidem*, pág. 272.

distinção entre direitos subjetivos e interesses legítimos parece, em certa medida, ainda ser possível: uma vez que à distinção entre lei e regulamento seja dado um conteúdo substancial, o legislador dá cada vez mais forma legislativa a conteúdo essencialmente regulatório, o que, em última análise, deriva apenas de uma mudança de assunto do órgão emissor a partir de uma mudança do elemento subjetivo do ato, ou seja, como tal não pode alterar seu conteúdo e substância que, portanto, sempre pode ser individualizado e detectado na peculiaridade de suas características¹¹⁴.

Em seus primeiros pronunciamentos, a IV Seção admitiu, de fato, sua jurisdição a cada vez que o indivíduo tivesse solicitado a anulação do ato administrativo, prescindindo da natureza da situação jurídica, se se tratasse de direito subjetivo ou interesse legítimo, aplicando o critério denominado *petitum*¹¹⁵. Alessandro Crosetti considera que este critério originava teoricamente a dupla tutela, isto é, em face da mesma situação poder-se-ia ajuizar ação de anulação perante a IV Seção e ação de ressarcimento perante o juiz ordinário. A doutrina majoritária sustentava essa possibilidade com base na teoria de que o direito subjetivo poderia ser afirmado como interesse legítimo, estando este último contido no primeiro¹¹⁶.

O Autor também se refere à teoria que aborda a distinção entre as normas de ação e de relação como embasamento para o sistema da dupla tutela. As normas de ação teriam disciplinado diretamente o poder da Administração Pública, enquanto as normas de relação teriam regulado a relação jurídica entre a Administração Pública e os indivíduos com a possibilidade de emergência dos direitos subjetivos pelos entes privados. De acordo com esta concepção, da violação das normas de ação derivaria a ilegitimidade do procedimento administrativo e a consequente possibilidade de impugná-lo perante o juiz administrativo, enquanto da violação da norma de relação resultaria a ilegalidade do ato administrativo (com violação de um direito subjetivo), e a possibilidade de reagir perante um juiz ordinário. No caso de coexistência de normas de ação e de

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ Alessandro Crosetti preleciona que de acordo com este critério, ao se pretender anular um ato administrativo, dever-se-ia se dirigir ao juiz administrativo. Se o objetivo fosse obter um ressarcimento por dano seria necessário requerer uma sentença de condenação ao juiz ordinário. Esta solução interpretativa, segundo a doutrina majoritária, foi um reflexo da deturpação da competência da IV Seção devido, provavelmente, além da indeterminação da fórmula estabelecida pela lei de 1889 (que geralmente reconduzia a “interesses do indivíduo ou entes morais jurídicos”), também ao fato de que a mesma Seção IV, na ausência de uma qualificação expressa de sua natureza (órgão administrativo ou judicial), foi considerada órgão administrativo e, portanto, potencialmente investido de poder mais amplo de controle sobre os atos da Administração Pública. Cfr. Alessandro CROSETTI, *Il Consiglio di Stato dall'unità d'Italia alla Costituzione. Genesi ed evoluzione della giustizia amministrativa*, in *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia*, Utet Giuridica, Milano, 2011, pág. 225.

¹¹⁶ *Ibidem*.

relação disciplinando uma mesma *fattispecie*, configurar-se-ia a possibilidade da dupla tutela¹¹⁷.

Alberto Romano aborda a questão pontualmente ao aduzir que a distinção entre direito subjetivo e interesse legítimo que se refere à distinção entre normas de relação e normas de ação e a subordinação da segunda à primeira, têm algo a ver com a distinção entre lei e regulamento e com a subordinação deste àquela¹¹⁸.

A possibilidade de dupla tutela foi rechaçada pela Corte de Cassação romana em duas sentenças proferidas nos anos de 1891 e 1897. A Corte afirmou claramente que as duas jurisdições eram mutuamente excludentes e que a divisão deveria ser operada com base no tipo de situação jurídica violada. Destarte, foi introduzido o critério da *causa petendi*, segundo o qual para tutela dos direitos subjetivos era competente o juiz ordinário, enquanto para a tutela dos interesses legítimos a competência seria do juiz administrativo¹¹⁹.

Em 1930, a Suprema Corte italiana e o Conselho de Estado definiram duplo critério (*causa petendi* e *petitum*) para a distribuição das competências. Para o Conselho de Estado, os critérios segundo os quais se determina a competência “nas matérias em que ele não possui jurisdição exclusiva são em número de dois, que se completam reciprocamente: o da demanda (*petitum*) e o da natureza do litígio (*causa petendi*)”¹²⁰.

A evolução doutrinária deste período foi analisada por Franco Gaetano Scoca em comentários sobre as lições de Elio Casetta. No início da década de cinquenta, a doutrina tinha algumas certezas e talvez alguns tabus: o interesse legítimo seria instrumentalmente ligado ao interesse público e o interesse legítimo deveria ser postulado na jurisdição administrativa como fim precípua e provavelmente único de explicar o critério de repartição da jurisdição. A partir dessas certezas e, particularmente, a partir da segunda, surgiram duas consequências: por um lado, a relevância do interesse legítimo estaria reconhecida somente com relação à adoção do ato administrativo impugnável. Por outro lado, a tutela do interesse legítimo não poderia estar limitada à legitimidade, uma vez que somente desta o juiz administrativo poderia se ocupar. Para Scoca, Casetta, ao

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ Cfr. Alberto ROMANO, *Diritto soggettivo, interesse legittimo e assetto costituzionale*, in *Il Foro Italiano*, vol. 103, parte quinta: monografie e varietà, 1980, pág. 262.

¹¹⁹ Cfr. Alessandro CROSETTI, *Il Consiglio di Stato dall'unità d'Italia alla Costituzione. Genesi ed evoluzione della giustizia amministrativa*, in *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia*, Utet Giuridica, Milano, 2011, págs. 225-226.

¹²⁰ Cfr. Charles ETTORI, *O contrôle jurisdicional da Administração na Itália*, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 27, jan. 1952, pág. 45.

dar importância ao interesse material do privado, superou o primeiro tabu, retirando o interesse público do enquadramento e, com isto, o caráter instrumental do interesse legítimo. O tempo ainda não estava maduro para superar o segundo tabu¹²¹.

A nova Constituição republicana de 1948 insere-se em um contexto caracterizado pela presença de duas jurisdições: a do juiz ordinário, embasada pela lei que aboliu o contencioso administrativo em 1865 em razão do critério da situação jurídica prejudicada e a do juiz administrativo, originada em 1899 e alçada quase que imediatamente como jurisdição competente para julgar geralmente as lesões contra interesses legítimos, mesmo quando a letra da lei não se referia expressamente a situações jurídicas subjetivas¹²².

Convém ressaltar que, ao determinar que todos podem postular em juízo para obter tutela dos próprios direitos e interesses legítimos, a Constituição (art. 24) esclareceu que o interesse legítimo, bem como o direito subjetivo, são situações subjetivas de caráter substancial que precedem a tutela jurisdicional e são próprias das pessoas físicas ou jurídicas, ao invés de serem um resultado ou um reflexo do interesse público¹²³.

Em consonância com o artigo 125 da Constituição, foram criados os juízes administrativos de primeira instância em bases regionais em 1971. A partir de então, os tribunais regionais administrativos (*Tribunali amministrativi regionali* – TAR) surgiram com os juízos administrativos de primeira instância e o Conselho de Estado se tornou a corte administrativa de segunda e última instância. Há vinte e um tribunais regionais administrativos localizados em cada região italiana. Em oito regiões, consideradas as maiores, há também uma seção destacada denominada Corte Administrativa Regional.

A criação dos tribunais regionais administrativos ocorreu após um longo esforço legislativo, durante o qual também surgiram diretrizes para reunir todos os litígios no âmbito da jurisdição administrativa, abandonando assim o critério da situação subjetiva tutelada (direito subjetivo ou interesse legítimo). Sua criação ocorreu através da lei n.º 1034, de 6 de dezembro de 1971¹²⁴. Em 2000, houve determinação da competência geral das cortes administrativas com o poder de ordenar compensação por danos em face da

¹²¹ Cfr. Franco Gaetano SCOCA, *Ricordo di Elio Casetta*, in *Il diritto dell'economia*, vol. 27, n.º 84, 2014, pág. 271.

¹²² Cfr. Alessandro CROSETTI, *Il Consiglio di Stato dall'unità d'Italia alla Costituzione. Genesi ed evoluzione della giustizia amministrativa*, in *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia*, Utet Giuridica, Milano, 2011, pág. 235.

¹²³ *Ibidem*, pág. 236.

¹²⁴ *Ibidem*, pág. 248.

responsabilidade da Administração Pública por decisões ilegais como consequência de uma importante sentença (500/99) das Seções Unidas da Corte de Cassação. Segundo a sentença, o interesse legítimo foi enquadrado ao direito subjetivo como interesses juridicamente relevantes, sem uma substancial diferença entre as duas posições.

Gianluca Gardini analisa a crise oriunda da diferença entre direitos subjetivos e interesses legítimos em Itália a partir deste novo entendimento da Corte de Cassação. O Autor considera que o verdadeiro elemento diferencial entre as posições subjetivas são as formas de tutela e coloca em evidência a tutela ressarcitória para exemplificar a distância máxima entre as duas posições sob o argumento de que não é correto afirmar que a jurisprudência está consolidada quanto à posição de não ressarcimento do interesse legítimo. Gardini apresenta três razões que justificaram a sentença 500/99: o impulso da doutrina; a progressiva ampliação da área de ressarcimento das situações subjetivas; e a evolução do direito positivo (lei 241/90, que codifica a teoria do interesse legítimo como posição substantiva e não somente processual; lei 142/92, que prevê instrumentos de tutela em matéria de licitação pública; lei 493/93, que prevê a responsabilidade do prefeito e do responsável pelo procedimento por não respeitarem o termo estabelecido para outorgar a concessão da construção; lei 59/97, que contém a delegação para a tutela plena e efetiva do cidadão para com a Administração Pública e indica ao legislador delegado o caminho para concentrar as ações dissolutórias e as ações de ressarcimento perante um juiz único; lei 205/00, na qual o legislador reconhece expressamente a possibilidade do juiz administrativo condenar ao ressarcimento de danos em todos os casos de jurisdição geral de legitimidade e não somente nas hipóteses de jurisdição exclusiva, podendo também anular o ato ilegítimo). Portanto, a sentença 500/99 foi um reconhecimento verificável das condições para a superação do dogma de não ressarcimento¹²⁵.

Especialmente quanto à lei 241/90, Edoardo Fragale sustenta que desde sua aprovação as garantias de participação representam algo mais que simples faculdades dentro do interesse legítimo, constituindo-se como projeções de uma nova concepção das relações entre o Estado e os particulares. Cabe salientar que esta concepção está mais alinhada com os princípios do Estado democrático, na qual os sujeitos privados já não são

¹²⁵ Cfr. Gianluca GARDINI, *La crisis de la diferencia entre derechos subjetivos e intereses legítimos en Italia. Razones para una tendencia*, in *Revista Derecho del Estado*, n.º 13, diciembre 2002, págs. 18-23. Consultar também Hadrian SIMONETTI, *La parábola del risarcimento per lesione degli interessi legittimi. Dalla negazione allá marginalità?*, in Gianpiero Paolo CIRILLO, *Diritto processuale amministrativo*, Cedam, 2017.

representados como administrados, mas como cidadãos possuidores de direitos soberanos¹²⁶.

3. Evolução da teoria dos direitos subjetivos públicos em Portugal

Para descrever a evolução da teoria dos direitos subjetivos públicos em Portugal é necessário, primeiramente, abordar em breves linhas os principais estágios da evolução de sua Justiça Administrativa.

De 1845 a 1933 havia o sistema do administrador, o qual consistia em delegar o poder para a solução de questões litigiosas de um órgão da administração ativa para consulta de outro órgão colegiado.

Em 1933 surgiu o sistema das cortes administrativas, as quais possuíam o controle do julgamento final. No entanto, os magistrados destas cortes não eram apontados da maneira que ocorria quanto aos juízes das cortes judiciais. Os magistrados das cortes administrativas eram apontados pelo governo. Desta forma, alguns autores entendem que estas cortes ainda poderiam ser consideradas órgãos da administração ativa.

Em 1984 houve a promulgação do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF), aprovado pelo Decreto-lei 129/84, de 27 de abril. A partir de então, o sistema das cortes administrativas foi totalmente separado da administração, possuindo as características de cortes judiciais. O processo se baseia no recurso contencioso (tutela da legalidade).

Em 2004 ocorreu a promulgação do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF), aprovado pelo Decreto-lei 13/2002, de 19 de fevereiro, alterado pela Lei 107-D/2003, de 31 de dezembro. O sistema das cortes administrativas foi mantido a partir de então com poderes de plena jurisdição.

Quanto à organização do sistema judicial e tribunais competentes para julgar litígios sobre atos da Administração Pública, o artigo 110º, 1 da Constituição da República Portuguesa (CRP) estipula que são órgãos de soberania o Presidente da República, a Assembleia da República, o Governo e os Tribunais. Os Tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei (artigo 203º, CRP).

¹²⁶ Cfr. Edoardo FRAGALE, *El derecho europeo a la buena administración y el problema de la autonomía de las pretensiones participativas en el ordenamiento italiano*, in Revista Digital de Derecho Administrativo, n.º 21, 2019, pág. 138.

Além do Tribunal Constitucional, existem as seguintes categorias de tribunais: a) o Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais judiciais de primeira e de segunda instância; b) o Supremo Tribunal Administrativo e os demais tribunais administrativos e fiscais; c) o Tribunal de Contas (artigo 209º, 1, CRP).

O Supremo Tribunal Administrativo é o mais alto tribunal em casos nos quais o Tribunal Constitucional não possui jurisdição. Compete aos tribunais administrativos e fiscais o julgamento das ações e recursos contenciosos que tenham por objeto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais (artigo 212º, 3, CRP).

A previsão constitucional está consagrada em leis infraconstitucionais como o Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), Código do Procedimento Administrativo (CPA) e o Código de Procedimento e Processo Tributário (CPPT).

Os tribunais administrativos operam em paralelo e são semelhantes em estrutura aos tribunais judiciais comuns em matéria cível e criminal. São geralmente competentes para decidir sobre litígios de natureza administrativa, embora os tribunais judiciais possam ser competentes para julgar tais casos sob certas circunstâncias específicas.

O Tribunal Constitucional pode julgar litígios nos quais as partes ou o Ministério Público suscitaram questões sobre a constitucionalidade da norma legal por virtude da qual a atividade administrativa é exercida.

Quanto aos direitos e garantias dos administrados, os atos administrativos estão sujeitos a notificação aos interessados, na forma prevista na lei, e carecem de fundamentação expressa e acessível quando afetem direitos ou interesses legalmente protegidos (artigo 268º, 3, CRP).

É garantido aos administrados tutela jurisdicional efetiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer atos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de atos administrativos legalmente devidos e a adoção de medidas cautelares adequadas (artigo 268º, 4, CRP).

Os cidadãos têm igualmente direito de impugnar as normas administrativas com eficácia externa lesivas dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos (artigo 268º, 5, CRP).

Os artigos supramencionados demonstram a equiparação entre direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos. Vasco Pereira da Silva observa que a Constituição os considera como situações jurídico-materiais dos indivíduos, ao aduzir: “[e]ntidades da mesma natureza, direitos subjectivos e interesses legalmente protegidos

devem ser reconduzidos à categoria unitária dos direitos subjectivos, no que em nada se contrariam as disposições constitucionais”¹²⁷.

João Caupers, ao cotejar a Administração Pública atual com aspectos doutrinários de sua concepção evolutiva, observa que “[p]ode-se dizer que um dos traços característicos da administração pública de hoje é a crescente substituição da decisão unilateral e autoritária pela decisão negociada com os cidadãos afectados”. Para corroborar tal assertiva, o Autor alude ao poder de decisão unilateral dos órgãos da Administração Pública ínsito à atividade administrativa como exercício de autoridade. Todavia, para Caupers, atualmente há multiplicação de situações em que a Administração Pública “solicita e obtém a colaboração dos cidadãos na prossecução dos interesses públicos”. O Autor define tal colaboração como “administração participada, administração concertada ou administração contratualizada”¹²⁸.

Sob o Título IX da CRP, que dispõe sobre a Administração Pública, esta visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos (artigo 266º, 1, CRP). Esta prossecução já não mais se coaduna com o período histórico no qual o equilíbrio entre interesses públicos e privados ocorria através do princípio da legalidade.

A este respeito, José Carlos Vieira de Andrade descreve a evolução principiológica no contexto do direito administrativo. Para o Autor, “[n]o período liberal, a administração estava limitada pelo princípio da legalidade administrativa”. A partir das mudanças ocorridas na segunda metade do século XX, a subordinação da Administração ao Direito no Estado Democrático e Social ocorreu sob a égide do princípio da juridicidade. Vieira de Andrade elenca o princípio da tutela judicial plena e efetiva como um de seus subprincípios. Através dele, “o poder judicial, actualmente dotado de poderes de plena jurisdição (apreciação, anulação e condenação), pode e deve controlar quer a

¹²⁷ Cfr. Vasco Pereira da SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, Almedina, Coimbra, 1996, pág. 217. Neste sentido, o Autor complementa: “[e] o mesmo se diga da legislação ordinária que, continuando a usar as expressões da Constituição (v.g. artigos 4º, 12º, 53º do Código do Procedimento Administrativo), utiliza indistintamente os dois termos como sinónimos de posições substantivas de vantagem dos indivíduos perante os poderes públicos. Direitos subjectivos e interesses legalmente protegidos são, pois, no ordenamento jurídico português, duas formas de designar a posição jurídico-subjectiva dos privados perante a Administração Pública, às quais corresponde sempre o mesmo regime jurídico”. *Ibidem*, págs. 217-218. Cabe salientar que o referido Autor teceu suas considerações acerca do CPA em vigor à época de sua obra, Decreto-Lei n.º 442/1991, de 15 de novembro. No entanto, houve modificação na presente revisão em vigor desde 2015. Os artigos que continuam a usar as expressões da Constituição no CPA em vigor são os seguintes: 4º, 7º, 14º, 62º, 68º, 100º, 110º, 114º, 131º, 141º, 147º, 152º, 156º, 160º, 164º, 170º, 172º, 173º e 186º.

¹²⁸ Cfr. João CAUPERS, *Introdução ao direito administrativo*, Âncora, Lisboa, 2000, págs. 74-75.

legalidade [...], quer a juridicidade [...] da actividade administrativa”. Para Vieira de Andrade, as dificuldades advindas da aplicação do princípio da legalidade e do seu subprincípio da tutela judicial efetiva para concretização de políticas públicas na atualidade geraram uma crise da legalidade estrita¹²⁹.

João Caupers alude à questão do equilíbrio entre interesses públicos e interesses privados sob a mesma ótica quando afirma que “hoje, alargada enormemente a intervenção pública na vida social, a legalidade já não é garantia bastante de tal equilíbrio”. Considera que um dos fatores que procuram assegurá-lo na atualidade é o princípio da proporcionalidade¹³⁰.

O princípio da proporcionalidade, juntamente com os princípios da igualdade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé são os princípios jurídicos fundamentais da Administração Pública no ordenamento jurídico português, consagrados no artigo 266º, 2, da CRP. Possui grande relevância no estudo da evolução dos direitos subjetivos públicos pois está relacionado à fiscalização do exercício dos poderes discricionários. Para Caupers, isto ocorre “na medida em que permite um controlo objectivo destes, bem mais operativo do que o controlo subjectivo, restrito à busca dos motivos determinantes da decisão, no quadro da investigação do desvio de poder”¹³¹.

Vieira de Andrade observa que a evolução desta matéria resultou em uma “ampliação do conjunto das posições jurídicas substantivas”. O Autor alude à “juridificação do poder discricionário”, como “o dever da Administração de actuar em conformidade com princípios jurídicos fundamentais”. Esta juridificação teve o condão de transformar “interesses, antes considerados meras expectativas ou interesses de facto, em ‘interesses legalmente (isto é, juridicamente) protegidos’ dos particulares, designadamente dos que são destinatários directos das decisões administrativas”¹³².

¹²⁹ Cfr. José Carlos Vieira de ANDRADE, *Lições de direito administrativo*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 5.ª ed., 2017, págs. 49-52.

¹³⁰ Cfr. João CAUPERS, *Introdução ao direito administrativo*, Âncora, Lisboa, 2000, págs. 76-77.

¹³¹ *Ibidem*, págs. 80-81. Vieira de Andrade assinala a tripla dimensão do princípio da proporcionalidade, *in verbis*: adequação, necessidade e equilíbrio (proporcionalidade, em sentido estrito). Cfr. José Carlos Vieira de ANDRADE, *Lições de direito administrativo*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 5.ª ed., 2017, pág. 53. Para Caupers, o conceito de proporcionalidade possui três níveis de apreciação: a) A *exigibilidade* do comportamento administrativo, tendo este de constituir condição indispensável de prossecução do interesse público; b) A *adequação* do comportamento administrativo à prossecução do interesse público visado; c) A *proporcionalidade* em sentido estrito ou *relação custos-benefícios*, isto é, a existência de uma proporção entre as vantagens decorrentes da prossecução do interesse público e os sacrifícios inerentes dos interesses privados. *Ibidem*, pág. 80 (grifos do Autor).

¹³² Cfr. José Carlos Vieira de ANDRADE, *Lições de direito administrativo*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 5.ª ed., 2017, pág. 76. O Autor também aponta o “alargamento do domínio da protecção jurídica das normas reguladoras da actividade administrativa” como consequência da juridificação. *Ibidem*.

Para corroborar tal assertiva, no n.º 2 do artigo 65.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA) consta a designação “interessados”, nomenclatura mantida para a parte que se posiciona perante os sujeitos de direito público da relação jurídica procedimental. No preâmbulo do referido Código há comentário esclarecedor a respeito desta opção: “não basta para identificar os sujeitos de situações jurídicas procedimentais que o particular seja titular ou portador institucional de interesse envolvido na matéria decidendi”. Há alusão aos aspectos doutrinários desta questão: “a essa posição substantiva terá de se somar uma intervenção formal, por iniciativa própria ou por convocação da Administração”. O ponto mais relevante para o presente estudo é apresentado em seguida quando ocorre a análise acerca da democratização do procedimento: “importa que os particulares e a Administração nele apareçam face a face, enquanto titulares de situações subjetivas ativas e passivas recíprocas”¹³³.

Maria Amália Pereira dos Santos aborda esta questão de modo aprofundado, ao trazer à baila um impulso decisivo atinente à “‘reconstrução’ do estatuto jurídico do particular perante a administração”. A Autora analisa o complexo heterogêneo normas – regras e princípios nesta seara sob a égide do disposto no n.º 4 do artigo 268.º da CRP, sobre os direitos e garantias dos administrados com destaque à garantia da tutela jurisdicional efetiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, com a observação de que “[e]ste preceito contempla as dimensões mais significativas da posição jurídico-constitucional do ‘cidadão-pessoa’, do ‘particular-cidadão’ ou ‘cidadão-administrado’, nos esquemas jurídico-organizatórios do Estado e da sua Administração”¹³⁴.

Santos discorre de modo enfático quanto à possibilidade de o cidadão apelar para uma decisão jurisdicional sobre uma questão que o oponha à Administração (conforme dispõem os artigos 20.º e 268.º, n.º 4, da CRP): “não é [...] suficiente que a lei assegure essa possibilidade; há que garantir os meios necessários para que a garantia em causa seja efectiva”¹³⁵.

¹³³ Em complementação, há importante ressalva: “[i]sso não significa uma igualização, porque, ao passo que os particulares detêm direitos, a Administração exerce um poder público. Mas os particulares não são reduzidos a objeto daquele poder, nem meramente afetados, positiva ou negativamente, pelo modo como sobre eles se refletem as consequências da respetiva concretização. Pelo contrário, a par de efeitos materiais, existem efeitos jurídicos, bem como pretensões de estofa jurídico quanto ao modo do respetivo exercício”.

¹³⁴ Cfr. Maria Amália Pereira dos SANTOS, *O direito constitucionalmente garantido dos cidadãos à tutela jurisdicional efectiva*, in *Julgar Online*, novembro de 2019, pág. 19.

¹³⁵ À guisa de exemplificação, “de nada vale ao cidadão que a lei preveja a possibilidade de recurso contencioso de um acto administrativo se, por exemplo, os pressupostos de recorribilidade dos mesmos forem de tal forma apertados que inibam a possibilidade de recurso na grande maioria das situações em que o particular se tenha por lesado pela Administração”. *Ibidem*, págs. 19-18.

A crescente necessidade de tutela em adequação às vicissitudes da realidade hodierna e em conformidade com o direito material exsurge, igualmente, como tema relevante para Santos. A Autora traz à colação dois exemplos. Primeiramente, em casos nos quais o tribunal administrativo não pode declarar-se incompetente por não existir ato administrativo de que se possa recorrer, ou ação específica para reconhecimento de direito ou interesse legítimo, deverá criar “uma ‘ação atípica’, de modo a que a tutela do direito do cidadão administrado possa ser efectivamente assegurada”. Em seguida, alude ao artigo 7.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro (atualizado pela Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro), que consagra o princípio da promoção do acesso à justiça administrativa. Nos casos nos quais haja conduta lesiva da Administração, deverá “o juiz de se pronunciar sobre o mérito das pretensões requeridas, não se podendo limitar a uma mera apreciação formal do litígio – princípio *pro actione*”¹³⁶.

Vasco Pereira da Silva analisa a evolução do direito administrativo iniciando suas investigações pelo direito administrativo nacional como uma “infância difícil”. Para Silva, “as transformações decorrentes da passagem da Administração de Polícia do Estado Liberal, para a Administração Prestadora do Estado Social, e para a Administração Infra-estrutural do Estado Pós-Social” ofereceram o embasamento para o que se denomina atualmente “Direito Administrativo sem Fronteiras”, cujo objetivo “não é o de ‘copiar’ instituições ou regimes jurídicos, mas sim o de conhecê-los a fim de melhor poder escolher as soluções mais adequadas para aquele caso concreto”¹³⁷.

A origem do direito administrativo como um direito de matriz autoritária justifica a dificuldade que surge com a necessidade de abertura a procedimentos de tomada de decisão democráticos, ínsita aos tempos atuais. Para Janaína Rigo Santin, “a lógica da participação e da administração dialética são realidades que se impõem a ambas, sociedade civil e sociedade política, tanto em Portugal quanto no Brasil, sob pena dessa decisão ser questionada via contencioso administrativo (em Portugal) ou via judiciário (no Brasil), com todas as implicações daí decorrentes”¹³⁸.

¹³⁶ Cfr. Maria Amália Pereira dos SANTOS, *O direito constitucionalmente garantido dos cidadãos à tutela jurisdicional efectiva*, in Julgar Online, novembro de 2019, pág. 20.

¹³⁷ Cfr. Vasco Pereira da SILVA, *O impacto do Direito Administrativo sem Fronteiras no Direito Administrativo português*, in Actas do XII Colóquio Luso-Espanhol de Professores de Direito Administrativo – O Direito Administrativo Transnacional e as suas implicações, Lisboa, Universidade Lusíada, 2018, pág. 58.

¹³⁸ Cfr. Janaína Rigo SANTIN, *Princípio da participação no Código do Procedimento Administrativo português: inovações do Decreto-lei n. 4/2015*, in Revista Direito GV, São Paulo, vol. 12, n.º 3, set.-dez. 2016, pág. 865.

4. Evolução da teoria dos direitos subjetivos públicos no Brasil

À guisa de introdução, cumpre tecer algumas considerações a respeito do surgimento do direito administrativo no ordenamento jurídico brasileiro. Maria Sylvia Zanella Di Pietro descreve sua evolução em consonância com cada período histórico. Durante o período colonial, “ao tempo das capitânicas, os respectivos donatários detinham em mãos poderes absolutos que lhes eram outorgados pelo monarca português e que abrangiam, sem qualquer controle, a administração, a legislação e a distribuição da justiça”. No período do Império, “há uma divisão de funções entre o Poder Legislativo, o Poder Judiciário, o Poder Executivo e o Poder Moderador, os dois últimos concentrados em mãos do Imperador”. A Autora observa que neste período já era possível identificar “uma administração pública organizada, mas regida praticamente pelo direito privado, que o Conselho de Estado se limitava a aplicar”. Com o advento do período republicano e consequente supressão do Poder Moderador, suprime-se igualmente “a jurisdição administrativa antes atribuída ao Conselho de Estado. A Administração Pública começa a agilizar-se e afastar-se dos moldes do direito privado”. Sob a égide da Constituição de 1934, há grande evolução do direito administrativo com “a instituição de um Tribunal de Direito Administrativo na esfera federal”¹³⁹.

Quanto ao sistema administrativo brasileiro, adotou-se o sistema da jurisdição única no qual o controle administrativo é realizado pela Justiça Comum desde a instauração da República em 1891. Hely Lopes Meirelles salienta que as “Constituições posteriores (1934, 1937, 1946 e 1969) afastaram sempre a ideia de uma Justiça administrativa coexistente com a Justiça ordinária”, ocorrendo o mesmo com a Constituição de 1988. Para Meirelles, a primeira Constituição Republicana brasileira teve inspiração no direito público norte-americano e “essa filiação histórica é de suma relevância para compreendermos o Direito Público Brasileiro, especialmente o Direito Administrativo”. Sobre a caracterização do sistema norte americano, o Autor explica que “[t]al sistema [...] é o da separação entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário, vale dizer, entre o administrador e o juiz”¹⁴⁰. Nos litígios atinentes aos atos administrativos ou

¹³⁹ Cfr. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito Administrativo*, 14.ª ed., São Paulo, Atlas, 2002, págs. 42-43.

¹⁴⁰ Cfr. Hely Lopes MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 24.ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999, pág. 52. O Autor complementa, a este respeito: “[c]om esta diversificação entre a Justiça e a Administração é inconciliável o contencioso administrativo, porque todos os interesses, quer do particular, quer do Poder Público, se sujeitam a uma única jurisdição conclusiva: a do Poder Judiciário”.

entre particulares e Administração Pública, “a Administração e os administrados dispõem dos mesmos meios processuais admitidos pelo Direito Comum, e recorrerão ao mesmo Poder Judiciário uno e único – que decide os litígios de Direito Público e de Direito Privado (CF, art. 5.º, XXXV)”¹⁴¹.

Não obstante, Autoras como Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁴² e Maria Paula Dallari Bucci abordam a grande influência do direito francês e do italiano na origem do direito administrativo brasileiro. Bucci inicia sua abordagem através da análise das relações entre direito administrativo de modelo francês e norte-americano observando que “o que se percebe é que há mais pontos de semelhança que de afastamento entre ambas”. A Autora elenca estes pontos da seguinte maneira: adoção da separação de poderes com a criação de grande estrutura no Poder Executivo (no modelo francês, o contencioso administrativo com parte das funções judiciais e no modelo norte-americano, as agências com parte das funções normativas); ambos assumem parte das funções remanescentes (em França, função legislativa com a atividade consultiva do Conselho de Estado e nos Estados Unidos, função quase-judicial das agências); e fragmentação. Quanto à diferença mais pontual, Bucci aponta a revisibilidade dos atos das agências pelo Poder Judiciário, nos Estados Unidos. Não há nada semelhante em França¹⁴³.

A Autora considera que a interação entre os dois modelos é de suma relevância para a compreensão do sistema administrativo brasileiro “especialmente porque o sistema brasileiro adotou elementos de cada um dos modelos, sem ter incorporado a lógica integral de nenhum deles, e, por isso, muitas vezes tenta conciliar o inconciliável”¹⁴⁴.

No Brasil, portanto, a justiça deve tratar de todos os litígios, inclusive aqueles nos quais figura a Administração Pública no polo ativo ou passivo. O artigo 92 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF) dispõe que são órgãos do Poder Judiciário: o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho, os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, os Tribunais e Juízes do Trabalho, os Tribunais e Juízes Eleitorais, os

¹⁴¹ *Ibidem*, pág. 53.

¹⁴² Consultar Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito Administrativo*, 14.ª ed., São Paulo, Atlas, 2002, pág. 44.

¹⁴³ Cfr. Maria Paula Dallari BUCCI, *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, São Paulo, Saraiva, 2002, págs. 79-81. A Autora, no entanto, esclarece que “quanto ao controle da atuação administrativa, com a difusão do Estado de Direito, atualmente não há diferença marcante entre os sistemas americano ou francês, considerando-se que em ambos a Administração é sujeita a controle e a responsabilidade em face dos administrados”.

¹⁴⁴ *Ibidem*, pág. 82.

Tribunais e Juízes Militares, os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

O artigo 109 da CF estabelece a competência da Justiça Federal. O inciso I estatui que compete aos juízes federais processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho. Consoante observação de Fabriccio Quixadá Steindorfer Proença a este respeito, a Justiça Federal é constitucionalmente competente “para processar e julgar os assuntos de interesse da Administração Pública, não havendo varas especializadas, mas uma Justiça especializada como um todo, com as exceções previstas na parte final do inciso supra transcrito”¹⁴⁵.

Proença acrescenta dois importantes aspectos desta questão. O primeiro se refere a um sistema direcionado à solução das causas comuns que incluem assuntos de interesse da Administração Pública, “ora de forma abrangente, como é o caso da Justiça Federal, ora em varas especializadas, como é o caso das varas da fazenda pública na Justiça Comum dos estados”¹⁴⁶. O segundo diz respeito ao Decreto n.º 7.392, de 13 de dezembro de 2010, que introduziu, na estrutura organizacional da Advocacia-Geral da União, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF.

A CCAF tem por objetivo a prevenção e redução do número de litígios judiciais que envolviam a administração direta e indireta na esfera federal. Posteriormente, houve ampliação deste objetivo e na atualidade são resolvidas controvérsias entre entes da Administração Pública Federal e entre estes e a Administração Pública dos estados, distrito federal e municípios¹⁴⁷.

Fabriccio Quixadá Steindorfer Proença esclarece que apesar da CCAF não poder ser considerada uma espécie de contencioso administrativo, ela “representou um avanço em termos de solução de conflitos entre entes públicos, com a grande vantagem de

¹⁴⁵ Cfr. Fabriccio Quixadá Steindorfer PROENÇA, *A Justiça Administrativa em perspectiva comparada*, in Revista da AGU, Brasília – DF, ano XIII, n.º 40, abr./jun. 2014, pág. 184.

¹⁴⁶ Sobre este último aspecto especificamente, o Autor explica que “por comando inserto no artigo 125, § 1º da Constituição, a respectiva Constituição estadual disporá sobre a competência do Tribunal de Justiça, que tem a prerrogativa de iniciativa para a propositura da lei de organização judiciária, a qual poderá dispor sobre a criação de varas especializadas da fazenda pública, para dirimir conflitos dessa natureza. Esse modelo tem sido amplamente adotado nas justiças estaduais, buscando uma melhora no provimento jurisdicional e possibilitando aos juízes um contato mais próximo com a matéria administrativa”. *Ibidem*.

¹⁴⁷ Cfr. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, *Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF*, Cartilha, 3.ª ed., 2012, pág. 7.

prevenir o ajuizamento de ações ou implicar na extinção daquelas já propostas, proporcionando economia de tempo e dinheiro para a administração”¹⁴⁸.

Em obra publicada anteriormente a este avanço, Maria Paula Dallari Bucci apresentou o seguinte questionamento: “na falta do contencioso administrativo, quem exerce as funções de coordenação jurídico-administrativa, no Brasil?”. Bucci admite a importância dos Juízos da Fazenda Pública e da Justiça Federal neste contexto. Todavia, a relevância de uma “instância atuante de qualificação jurídica” é incontestável. A principal razão desta observação ocorre porque “as decisões do Poder Judiciário nos múltiplos tribunais das várias esferas federativas padecem da falta de um crivo sistemático que identifique as linhas de evolução da matéria”¹⁴⁹.

A evolução da teoria dos direitos subjetivos públicos no Brasil carece, em seu atual estágio de desenvolvimento, de uma “instância atuante de qualificação jurídica”, como pontuado por Bucci. Com vistas à uma análise específica de um aspecto desta questão, Clarice Seixas Duarte aborda o direito subjetivo público em face de políticas educacionais. Para a Autora, “o direito público subjetivo configura-se como um instrumento jurídico de controle da atuação do poder estatal, pois permite ao seu titular constranger judicialmente o Estado a executar o que deve”. Sua abordagem se refere ao artigo 208, §1º da CF, *in verbis*: “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo” e se estende à questão sobre a possibilidade que se abre ao Poder Judiciário de julgar litígios atinentes à esfera do juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública à medida em que a própria Constituição reconhece um direito social como direito público subjetivo¹⁵⁰.

O §1º do artigo 208 da CF também foi objeto de análise de Luiz Roberto Barroso, para o qual “[o] dispositivo, todavia, não deve induzir ao equívoco de uma leitura restritiva: todas as outras situações jurídicas constitucionais que sejam redutíveis ao

¹⁴⁸ Cfr. Fabriccio Quixadá Steindorfer PROENÇA, *A Justiça Administrativa em perspectiva comparada*, in Revista da AGU, Brasília – DF, ano XIII, n.º 40, abr./jun. 2014, pág. 186.

¹⁴⁹ Cfr. Maria Paula Dallari BUCCI, *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, São Paulo, Saraiva, 2002, págs. 236-237. A Autora ainda aborda a temática da centralização neste contexto: “se não é possível advogar a tese da conveniência da adoção de um contencioso administrativo centralizado no Brasil, o fato é que o controle posterior da função administrativa é ainda extremamente débil. Uma estrutura do tipo do Conselho de Estado no Brasil, por si só, não garantiria a necessária racionalização, arriscando-se, ao contrário, ao perigo histórico das centralizações que periodicamente vitimam nossas instituições, comprometendo os avanços do federalismo e da descentralização administrativa”.

¹⁵⁰ Cfr. Clarice Seixas DUARTE, *Direito público subjetivo e políticas educacionais*, in São Paulo em Perspectiva, vol. 18, n.º 2, 2004, págs. 113-115.

esquema *direito individual – dever do Estado* configuram, da mesma sorte, direitos públicos subjetivos”¹⁵¹.

Não obstante, Carlos Ari Sundfeld define juridicamente o Estado brasileiro atual em consonância com a noção de Estado Social e Democrático de Direito com ênfase quanto à “imposição, ao Estado, do dever de atingir objetivos sociais, e a atribuição, aos indivíduos, do correlato direito de exigí-lo”¹⁵². Sua definição serve como embasamento para a ampliação do objeto e titularidade da figura do direito público subjetivo, para abranger as políticas públicas, como defendido por Clarice Seixas Duarte quanto às políticas educacionais¹⁵³.

Maria Paula Dallari Bucci perfilha este entendimento ao se referir aos programas instituídos por ato administrativo no contexto de políticas públicas. Para a Autora, “[a] criação de determinado programa faz surgir interessados, titulares de direitos específicos a medidas contempladas no programa (a eles, por alguma razão, não estendidas), onde antes havia apenas titulares de direitos em abstrato”¹⁵⁴.

À guisa de fecho do presente item, faz-se necessário tecer breve consideração sobre o papel da autonomia contratual na formação do direito subjetivo em sede de direito privado devido à influência da matéria no direito contratual público. Quanto a este papel, Rodrigo José Rodrigues Bezerra conclui que “não há direito subjetivo que possa ser submetido exclusivamente ao interesse privado, uma vez que o direito objetivo obedece

¹⁵¹ Cfr. Luiz Roberto BARROSO, *A efetividade das normas constitucionais revisitada*, in Revista de Direito Administrativo, vol. 197, jul. 1994, pág. 41 (grifos do Autor).

¹⁵² Cfr. Carlos Ari SUNDFELD, *Fundamentos de direito público*, 4.^a ed., 2.^a tir., São Paulo, Malheiros, 2001, pág. 56. Para o Autor, os elementos do conceito de Estado Social e Democrático de Direito são os seguintes: “a) criado e regulado por uma Constituição; b) os agentes públicos fundamentais são eleitos e renovados periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento de seus deveres; c) o poder político é exercido, em parte diretamente pelo povo, em parte por órgãos estatais independentes e harmônicos, que controlam uns aos outros; d) a lei produzida pelo Legislativo é necessariamente observada pelos demais Poderes; e) os cidadãos, sendo titulares de direitos, inclusive políticos e sociais, podem opô-los ao próprio Estado; f) o Estado tem o dever de atuar positivamente para gerar desenvolvimento e justiça social. Em termos sintéticos, o Estado Social e Democrático de Direito é a soma e o entrelaçamento de: constitucionalismo, república, participação popular direta, separação de Poderes, legalidade, direitos (individuais, políticos e sociais), desenvolvimento e justiça social”. *Ibidem*, págs. 56-57.

¹⁵³ Cfr. Clarice Seixas DUARTE, *Direito público subjetivo e políticas educacionais*, in São Paulo em Perspectiva, vol. 18, n.º 2, 2004, pág. 117.

¹⁵⁴ Cfr. Maria Paula Dallari BUCCI, *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, São Paulo, Saraiva, 2002, pág. 258. A Autora exemplifica justamente com a existência de uma política de valorização do ensino fundamental, tema abordado por Clarice Seixas Duarte, supramencionado. Para Bucci, “a existência de uma política de valorização do ensino fundamental pode fazer surgir o direito à matrícula numa escola em determinada região onde antes se poderia falar apenas em titularidade do direito à educação”. Ela então faz o seguinte questionamento: “[c]omo lidar com esse ‘novo direito’, que pode estar colocado diante de novas complexidades, compreendidas na estrutura e funcionamento do programa?”. *Ibidem*.

à finalidade de interesse público, que inclui também sua proteção em favor de seu titular”¹⁵⁵.

5. Novos paradigmas da teoria dos direitos subjetivos públicos na contratação pública

A evolução da teoria dos direitos subjetivos públicos analisada até então coloca em evidência dois movimentos abordados por Enzo Roppo em sede de contratos: o movimento de intervenção pública nas atividades econômicas privadas e o movimento no qual o contrato se apresenta como instrumento necessário para a consecução da ação administrativa. O primeiro movimento “determina uma correspondente dilatação da ingerência dos órgãos administrativos no exercício da autonomia contratual”, cuja consequência é a de que “o papel do contrato está destinado a ser, cada vez mais, comprimido e circunscrito, pelo multiplicar-se das funções e dos poderes da intervenção da administração pública”. Já o segundo movimento, de modo contrário, apresenta o contrato não mais como “simples objeto da intervenção pública, mas seu meio insubstituível. De modo que o contrato, se assim se pode dizer, celebre a sua ‘vitória’ sobre a actividade da administração pública”¹⁵⁶.

Na atualidade, a aludida vitória tem surgido com nova roupagem: “posições e papéis qualitativamente novos”, consoante Roppo. Nas relações entre Administração Pública e administrados, atos e procedimentos unilaterais da Administração já não se adequam à complexidade das situações jurídicas e, destarte, surge a necessidade quanto à utilização de instrumentos embasados na via convencional. O Autor considera que o instrumento adequado deste novo modo de ação administrativa “é, fundamentalmente, o contrato, embora adaptado às peculiaridades das situações e das funções inéditas com as quais é chamado a confrontar-se”¹⁵⁷.

A via convencional deu origem à nova concepção doutrinária denominada administração pública consensual. Gustavo Justino de Oliveira e Cristiane Schwanka discorrem acerca da administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI. Os Autores atribuem a relevância do consensualismo no cenário

¹⁵⁵ Cfr. Rodrigo José Rodrigues BEZERRA, *A funcionalização da autonomia contratual e seu reflexo na formação do direito subjetivo*, in Revista da ESMAL, n.º 6, novembro 2017, pág. 118.

¹⁵⁶ Cfr. Enzo ROPPO, *O Contrato*, Coimbra, Almedina, 1988, pág. 342.

¹⁵⁷ *Ibidem*, págs. 344-345.

do Estado em rede e da Governança Pública, “manifestado em fenômenos como a *concertação administrativa* e a *contratualização administrativa*, e exercido por meio de instrumentos como os *acordos administrativos*, a *conciliação* e a *transação administrativas*”¹⁵⁸.

Alexandre Luiz Moraes do Rêgo Monteiro atribui ao aumento do déficit público advindo de modificações no contexto internacional a partir do século XXI, o fator desencadeante do assim chamado “Estado mediador de interesses públicos, passando a atuar em rede com a sociedade (‘Estado em rede’), impulsionando um autêntico incremento das relações horizontais entre o Estado e os particulares, visando, destarte, a uma maior eficiência na alocação de recursos”¹⁵⁹.

O Estado em rede tem provocado profundas mudanças na organização administrativa tradicional, dando ensejo à denominada administração em rede. A organização hierárquica já não se apresenta como modelo apto a responder prontamente à complexidade das questões públicas contemporâneas. O grande fluxo de informações entre o setor público e o privado “aponta para a substituição de atuações impositivas por decisões concertadas”, consoante as observações de Eurico Bitencourt Neto. O Autor aponta uma característica bastante relevante das redes administrativas, *in verbis*: “representam uma abertura da Administração Pública ao exterior, conectando-se com particulares no desempenho de múltiplas tarefas”¹⁶⁰.

A noção de administração em rede está associada à Governança Pública. Especificamente quanto à noção de Governança, Gustavo Justino de Oliveira e Cristiane Schwanka apresentam a seguinte definição: “pode ser entendida como um modelo alternativo a estruturas hierarquizadas de Governo, e implica que os Governos sejam mais eficazes em um marco de economia globalizada, atuando com capacidade máxima e garantindo e respeitando as normas e valores próprios de uma sociedade democrática”. Os Autores aludem à Governança Pública apontando sua finalidade precípua: “alcançar a estabilidade das instituições políticas e sociais por meio do fortalecimento do Estado de

¹⁵⁸ Cfr. Gustavo Justino de OLIVEIRA, Cristiane SCHWANKA, *A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação*, in A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 8, n.º 32, abr./jun. 2008, pág. 33 (grifos dos Autores).

¹⁵⁹ Cfr. Alexandre Luiz Moraes do Rêgo MONTEIRO, *Administração Pública consensual e a arbitragem*, in Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 35, out. 2012, pág. 117.

¹⁶⁰ Cfr. Eurico BITENCOURT NETO, *Transformações do Estado e Administração Pública no século XXI*, in Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 4, n.º 1, jan./abr. 2017, págs. 216-217. O Autor ainda ressalta que “[a]s redes público-privadas têm ganhado relevo ao longo do tempo, tanto no que se refere às relações com entidades privadas sem fins lucrativos, na prestação de serviços públicos, quanto no que toca a entidades que atuam no mercado”.

Direito e do fortalecimento da sociedade civil, mediante o fomento de uma participação e de um pluralismo de dimensões múltiplas”¹⁶¹.

José Matias-Pereira discorre acerca da busca de experiências bem-sucedidas de modelo de governança utilizados no setor privado para viabilizar uma boa governança nas organizações do setor público. O Autor admite que, embora possuam focos diferentes, há grande semelhança entre ambos, como por exemplo: “as questões que envolvem a separação propriedade e gestão, responsável pela geração dos problemas de agência, os instrumentos definidores de responsabilidades e poder, o acompanhamento e o incentivo na execução das políticas e objetivos definidos, entre outros”. Matias-Pereira observa ainda que os princípios básicos que os direcionam são idênticos: “transparência, equidade, cumprimento das leis, prestação de contas e conduta ética”¹⁶².

Neste contexto, o Autor aborda as mudanças substanciais no enfoque da gestão pública ao longo das últimas décadas, sob a influência do movimento denominado “New Public Management”. Seu maior objetivo “era a adaptação e a transferência dos conhecimentos gerenciais desenvolvidos no setor privado para o público”. Seus principais propósitos são assim descritos por Matias-Pereira: “diminuir o tamanho do Estado, em particular, promover a redução do tamanho da máquina administrativa, o aumento de sua eficiência e a criação de mecanismos voltados à responsabilização dos atores políticos”¹⁶³.

Sob esta mesma ótica, Leo Kissler e Francisco G. Heidemann destacam, similarmente, um propósito muito importante da estrutura de governança pública: “o Estado ativo, nos termos do modelo dos três setores, se transforma num Estado ativador, que age, principalmente, sobre o setor privado e o terceiro setor, com o propósito de mobilizar seus recursos e ativar as forças da sociedade civil”. Os Autores salientam que “isto significa que o setor privado e o terceiro setor acabam sendo valorizados perante o setor público”¹⁶⁴.

¹⁶¹ Cfr. Gustavo Justino de OLIVEIRA, Cristiane SCHWANKA, *A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação*, in A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 8, n.º 32, abr./jun. 2008, págs. 35-36.

¹⁶² Cfr. José MATIAS-PEREIRA, *Controle social e transparência: avaliação do modelo de acesso à informação no Brasil*, in GIGAPP Estudos/Working Papers, vol. 32, mar. 2014, pág. 1.

¹⁶³ *Ibidem*, pág. 8.

¹⁶⁴ Cfr. Leo KISSLER, Francisco G. HEIDEMANN, *Governança pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade?*, in Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, vol. 40, n.º 3, jan. 2006, pág. 485. Os Autores definem Estado ativo esclarecendo, igualmente, o significado dos três setores: “O Estado produtor de serviços públicos é um Estado ativo. Ele se caracteriza por um setor público altamente diferenciado e superdimensionado. A ele se contrapõem um setor privado e um assim chamado terceiro setor. Esse ‘modelo alemão de três setores’ obedece a diferentes lógicas de gestão,

O fenômeno do consensualismo decorre da aplicação de métodos e técnicas de negociação nas atividades relacionadas à gestão pública. Neste sentido, Eurico Bitencourt Neto alude à contratualização da atividade administrativa como consequência deste fenômeno, “com a ampliação de instrumentos pactuados de atuação”¹⁶⁵. Tais instrumentos têm sido desenvolvidos em consonância com o objetivo principal e propósitos da governança pública, mencionados anteriormente.

No início da primeira década do século XXI, Leo Kissler e Francisco G. Heidemann descrevem os pactos municipais de trabalho como novas maneiras de criar redes políticas. Os Autores aludem à experiência alemã quanto à criação de formas que estão situadas “em uma das pontas de um amplo espectro de redes sociais (*networks*), alianças e parcerias, nas esferas local e regional, servindo como matéria-prima para o surgimento da governança pública”¹⁶⁶. Já na outra ponta, ocorre ampliação do raio de ação com a inclusão de empresas privadas e organizações sem fins lucrativos do terceiro setor. Kissler e Heidemann também destacam as associações comunitárias e cidadãos individuais no âmbito municipal¹⁶⁷.

Como consequência, após a evolução destas formas ao longo dos últimos anos, surge “[o] caráter infraestrutural, regulador e prospectivo” da atuação administrativa apontado por Eurico Bitencourt Neto. Para ele, tal caráter “reclama [...] um diálogo institucionalizado entre o Poder Público e os particulares e a valorização de instrumentos de concertação social, seja sob o aspecto organizatório [...], seja pelo incremento dos contratos administrativos e pela consagração de novas figuras de atuação concertada”¹⁶⁸.

respectivamente: controle hierárquico no setor público, concorrência no setor privado e solidariedade/negociação no terceiro setor (grupos de autoajuda, iniciativas comunitárias, associações, cooperativas, grupos de interesse organizados)”. Torna-se interessante observar que, por ocasião da elaboração do estudo dos Autores, havia menção ao controle hierárquico no setor público.

¹⁶⁵ Cfr. Eurico BITENCOURT NETO, *Transformações do Estado e Administração Pública no século XXI*, in Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 4, n.º 1, jan./abr. 2017, pág. 217.

¹⁶⁶ Cfr. Leo KISSLER, Francisco G. HEIDEMANN, *Governança pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade?*, in Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, vol. 40, n.º 3, jan. 2006, pág. 491.

¹⁶⁷ *Ibidem*, págs. 492-493. Os resultados empíricos apresentados pelos Autores quanto ao funcionamento das redes locais e parcerias são referendados por sua avaliação sobre os pactos municipais de trabalho e são elencados da seguinte maneira: “as concepções de governança pública são pautadas por um enfoque pluralista; as alianças e redes sociais podem ser entendidas como *um novo modelo político*; nessas estruturas de governança pública, as relações de trabalho repousam sobre *consenso e cooperação*; as alianças locais e as redes sociais podem ser entendidas como *um negócio de troca*; o *acordo* é um dos principais pressupostos para uma cooperação entre aliados; as alianças precisam de *condução*, ou *coordenação*; [e] as relações de cooperação estão sujeitas a um controle do bom desempenho, isto é, a uma *avaliação*” (grifos dos Autores).

¹⁶⁸ Cfr. Eurico BITENCOURT NETO, *Transformações do Estado e Administração Pública no século XXI*, in Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 4, n.º 1, jan./abr. 2017, págs. 218-219.

Neste mesmo diapasão, Gustavo Justino de Oliveira e Cristiane Schwanka sustentam que as atividades realizadas no âmbito da administração consensual “podem envolver unicamente a participação de órgãos e entidades públicas, como também contemplar a sua interação com organizações de finalidade lucrativa (setor privado) ou desprovidas de finalidade lucrativa (Terceiro Setor)”. Os Autores aludem à expressão “*governar por contrato*, a qual evocaria a necessidade de o Estado continuamente estabelecer vínculos com a sociedade, como meio para a melhor consecução de suas ações”¹⁶⁹.

A este respeito, insta ressaltar a opinião de Diogo de Figueiredo Moreira Neto sobre a atuação consensual na Administração Pública. Para o Autor, “os tipos de atuação consensual cobrem uma extensa gama, que a legislação pode abrir ao Estado-administrador, desde a forma de *intervenções*, integrativas, fiscalizadoras ou corretivas à forma de *pactos*, como os contratos e acordos”¹⁷⁰.

O consensualismo na Administração Pública, vem, portanto, trazer nova roupagem ao regime jurídico da contratação pública. A consequente expansão deste fenômeno deu origem a um “*módulo consensual da Administração Pública*” para Gustavo Justino de Oliveira e Cristiane Schwanka. Os Autores aduzem que este módulo “englobaria todos os ajustes – não somente o contrato administrativo – passíveis de serem empregados pela Administração Pública na consecução de suas atividades e atingimento de seus fins”¹⁷¹.

¹⁶⁹ Cfr. Gustavo Justino de OLIVEIRA, Cristiane SCHWANKA, *A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação*, in A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 8, n.º 32, abr./jun. 2008, págs. 37-38 (grifos dos Autores). Ao proceder a uma análise mais acurada a respeito da consensualidade, as Autores sustentam o seguinte: “[a]plicada ao terreno da Administração pública, essa orientação gerou expressões como Administrar por contrato, Administrar por acordos, Administração paritária, Administração dialógica e, mais recentemente, Administração consensual”.

¹⁷⁰ Cfr. Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, *Mutações do direito administrativo*, 2.ª ed. atual. e ampl., Rio de Janeiro, Renovar, 2001, pág. 42. O Autor elenca os motivos pelos quais “é surpreendentemente rica a justificação da preferência pela via da coordenação na Administração Pública: 1º pelo potencial criativo e operativo dos entes da constelação social (*colaboração*); 2º pelo potencial criativo e operativo dos próprios entes da constelação estatal (*cooperação*); 3º pela redução de custos para o Estado e a sociedade (*economicidade*); 4º pela simplificação da máquina gestora do Estado (*racionalidade*); 5º pelo reforço da máquina reguladora do Estado (*publicização*); 6º pela renovação das modalidades de prestação de serviços a cargo do Estado (*modernização*); 7º pelo atendimento às demandas reprimidas após o fracasso dos modelos de Estado monoclasa do Welfare State e do Socialista (*eficiência*); 8º pela racionalização da atribuição de competências ao Estado (*subsidiariedade*) e 9º pela racionalização da distribuição de competências dentro do Estado (*subsidiariedade*)”. *Ibidem*, págs. 42-43 (grifos do Autor).

¹⁷¹ Cfr. Gustavo Justino de OLIVEIRA, Cristiane SCHWANKA, *A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação*, in A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 8, n.º 32, abr./jun. 2008, pág. 44 (grifos dos Autores).

O acordo administrativo, neste cenário, assume papel de especial relevância. Oliveira e Schwanka sustentam que o acordo é o próprio instrumento de ação da administração consensual, por se tratar de “uma noção mais ampla se comparada à de contrato; acordo é gênero, do qual contrato é espécie”¹⁷². Consoante as concepções de Sabino Cassese sobre os novos paradigmas do Estado, o acordo pode ser considerado um exemplo típico à medida que “[p]asan a primer plano la negociación en lugar del procedimiento, la libertad de formas en lugar de la tipicidad, el intercambio en lugar de la ponderación”¹⁷³.

Ao discorrer acerca da administração concertada, Eurico Bitencourt Neto aponta uma desvantagem atinente à contratualização, em especial no que tange à “transferência de atribuições e responsabilidades públicas a particulares”. O Autor pondera que “pode significar inadequada transferência de responsabilidades públicas a agentes privados, sem o necessário acautelamento dos fins públicos do Estado, da esfera de proteção de direitos fundamentais e dos controles decorrentes do princípio democrático”¹⁷⁴.

Bitencourt Neto salienta que a administração concertada abrange um contexto mais alargado, além dos contratos públicos típicos, atingindo outras formas de consenso ainda não definidas de modo claro pela doutrina. Com o fito de exemplificação, o Autor enumera tarefas administrativas em relações administrativas internas e externas, com ênfase no âmbito externo quanto à “participação e o consenso [que] passam a pautar boa parte da atuação administrativa, seja com o uso alargado de instrumentos bilaterais ou multilaterais de decisão, seja com a formação de consensos sobre o conteúdo de atos unilaterais”¹⁷⁵.

A abalizada opinião de Enzo Roppo a este respeito é taxativa: “esta afirmação do modelo ‘convencional’ em lugar dos instrumentos de imposição unilateral, assinala um processo rico de potencialidades positivas”. O Autor alerta, no entanto, para o perigo quanto a “desvios perigosos no modo de proceder e nos objectivos dos poderes públicos, dando azo a formas de colusão e mesmo a situações em que é fácil que interesses individuais ou de grupo se sobreponham aos interesses da colectividade”¹⁷⁶.

¹⁷² *Ibidem*, pág. 45.

¹⁷³ Cfr. Sabino CASSESE, *La crisis del Estado*, Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2003, pág. 157.

¹⁷⁴ Cfr. Eurico BITENCOURT NETO, *Transformações do Estado e Administração Pública no século XXI*, in *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 4, n.º 1, jan./abr. 2017, pág. 217.

¹⁷⁵ *Ibidem*, págs. 218-219.

¹⁷⁶ Cfr. Enzo ROPPO, *O Contrato*, Coimbra, Almedina, 1988, pág. 346. O Autor conclui: “o contrato, com os valores que exprime, coloca-se, de certo modo, como símbolo e suporte de um novo e mais avançado modelo de relação entre autoridade e liberdade”. *Ibidem*, pág. 347.

6. Síntese conclusiva

Os indivíduos passaram a ser considerados cidadãos titulares de direitos subjetivos perante a Administração Pública sob a concepção de que hodiernamente se reconhece o direito subjetivo público ao Estado e ao indivíduo, quando a relação criada é de natureza pública por surgir a partir de uma norma de direito público.

A relação jurídica administrativa é concebida como um conjunto de situações jurídicas ativas e passivas regidas pelo direito administrativo, cujos titulares são órgãos responsáveis pelo exercício da função administrativa e particulares. Destaca-se nesta seara o direito administrativo de prestação, permeado pela relação jurídica administrativa que dá origem a uma sucessão de direitos e obrigações ao longo de um decurso temporal. O procedimento administrativo também ocupa papel de relevante destaque por estar presente tanto em formas de atuação unilateral e autoritária da Administração, como em formas de atuação bilateral e consensual.

A distinção entre direitos subjetivos públicos e interesses legítimos possui reflexos quanto à repartição de competências jurisdicionais entre o Poder Judiciário e a Justiça Administrativa em Itália. Neste contexto, o interesse assume papel distinto, por ser um interesse legítimo, à medida que não possui respaldo da tutela da ação judiciária, mas não é interesse simples, ao passo que a tutela é exercida em face da Justiça Administrativa.

A aludida distinção não possui especial relevância em Portugal, sendo que tais concepções são utilizadas em sinonímia. Uma das características principais do direito administrativo português diz respeito à crescente substituição da decisão unilateral e autoritária pela decisão negociada com os cidadãos afetados, havendo alusão inclusive à reconstrução do estatuto jurídico do particular perante a Administração. Este aspecto traz à lume a importância de se questionar a lógica do direito administrativo como um direito de matriz autoritária e a dificuldade quanto à abertura a procedimentos de tomada de decisão concertados. Este questionamento é imprescindível no Brasil devido à falta do contencioso administrativo no ordenamento jurídico com a consequente ausência de uma instância de qualificação jurídica específica.

O movimento no qual o contrato se apresenta como instrumento necessário para a consecução da ação administrativa está em plena evolução em face da crescente necessidade quanto à utilização de instrumentos embasados na via convencional.

Capítulo II – Influência política da Administração Pública em relação ao direito de regulação

1. Governar por regulação

Em continuidade à análise do papel dos atores da Administração Pública em ambientes de constante imprevisibilidade socioeconômica, nos quais surgem inúmeros desafios impostos por circunstâncias políticas, o presente capítulo possui como escopo a abordagem da atuação dos contraentes públicos sob a perspectiva da influência política exercida em relação ao direito de regulação em sua esfera de poder.

Preliminarmente, uma nova separação de poderes proposta por Bruce Ackerman possuiria especialização suficiente para justificar a previsão constitucional de uma função regulatória, sob a justificativa de que “[a]lthough democratic legislation can provide guiding principles, parliaments have neither the time nor the expertise to sift the changing scientific data in search of responsible regulatory solutions”¹⁷⁷.

Ackerman traz à baila o processo legislativo burocrático no ambiente regulatório em contraposição ao sério problema quanto à sua legitimação. A primeira questão diz respeito ao empenho científico e profissional quanto aos esforços regulatórios. Todavia, há uma quantidade imensa de documentos burocráticos que retiram a legitimação da regulação. A segunda questão se refere à burocracia como meio de transmissão para julgamentos normativos efetuados pela legislação parlamentar. O Autor apresenta sugestões para dirimir tais questões. Quanto à primeira, preceitos constitucionais no estado moderno devem conter medidas pontuais para assegurar que pretensões burocráticas se tornem conquistas plenas. Em referência à segunda questão, as constituições modernas devem conter medidas construtivas para minimizar as dimensões

¹⁷⁷ Cfr. Bruce ACKERMAN, *The new separation of powers*, in Harvard Law Review, vol. 113, n.º 3, January 2000, pág. 693. Em síntese, a nova separação de poderes proposta pelo Autor desafia a separação de poderes nos moldes americanos. Sua abordagem se baseia em um modelo denominado “constrained parliamentarism”, através do qual a constituição não deveria criar uma presidência independentemente eleita como um sistema de freios e contrapesos em referência a um congresso eleito pelo povo. Pelo contrário, deveria autorizar um primeiro-ministro e seu gabinete a permanecer no poder caso eles possuam o apoio de uma câmara de deputados democraticamente eleitos. Este tipo de parlamentarismo objetiva aferir o poder do gabinete e da câmara, no entanto, através da delegação de independência a uma variedade de instituições de fiscalização, incluindo uma corte constitucional. A variedade de estratégias institucionais gerada por este modelo alimenta os três grandes princípios basilares da doutrina moderna da separação de poderes – democracia, profissionalismo e a proteção de direitos fundamentais. *Ibidem*, pág. 634. Cumpre salientar que a função regulatória acima descrita pertenceria a uma destas instituições de fiscalização.

cruciais do julgamento burocrático normativo e para disciplinar seu exercício através de técnicas que abarquem participação pública e supervisão judicial¹⁷⁸.

Na esteira destas observações, importa atentar à definição de direito regulatório, consoante Marçal Justen Filho, *in verbis*: “usa-se falar de direito regulatório para indicar o conjunto de princípios de normas jurídicas por meio das quais se exterioriza uma função estatal diferenciada, consistente na regulação”¹⁷⁹. Perquire-se, portanto, sobre o papel da Administração Pública em face da complexidade exposta pela avaliação de risco inerente à função regulatória. Este papel torna-se paradoxal pois aqueles que governam deveriam se sujeitar à vontade popular. Não obstante, apesar das necessidades de uma sociedade complexa e tecnológica serem direcionadas a um processo de tomada de decisão respaldado por informações advindas de bases de dados consolidados, o processo de governar tem sido delegado a tomadores de decisão na esfera administrativa não eleitos¹⁸⁰.

Elizabeth Fisher aponta três modos pelos quais conceitos regulatórios de risco interferem no processo de tomada de decisão da regulação. Primeiramente, tais conceitos possuem um papel relevante quanto à definição da competência da Administração Pública. Ao se requerer ao tomador de decisão a avaliação de risco através de um método quantitativo, conferir-se-á a ele um nível de expertise diferente em comparação aos poderes discricionários que possui para considerar algo que seja significativo. Em segundo lugar, conceitos regulatórios de risco limitam o poder administrativo, pois ao se requerer aos tomadores de decisão que ajam baseados em estratégias de avaliação de risco ou gerenciamento de risco, haverá limitações quanto ao que podem fazer ou não. Estas limitações são feitas com base na premissa de que conceitos regulatórios de risco irão promover tomadas de decisão mais efetivas. Isto ocorre particularmente porque gerenciamento de risco e avaliação de risco são processos que introduzem métodos analíticos na tomada de decisão fazendo com que as decisões sejam tomadas com base

¹⁷⁸ Cfr. Bruce ACKERMAN, *The new separation of powers*, in Harvard Law Review, vol. 113, n.º 3, January 2000, pág. 694.

¹⁷⁹ Cfr. Marçal JUSTEN FILHO, *O Direito Regulatório*, in Interesse Público – IP, ano 9, n.º 43, Belo Horizonte, maio/jun. 2007, pág. 1. Cabe destacar o seguinte conceito de regulação estatal conforme Floriano de Azevedo Marques Neto: “a atividade estatal mediante a qual o Estado, por meio de intervenção direta ou indireta, condiciona, restringe, normatiza ou incentiva a atividade econômica de modo a preservar a sua existência, assegurar o seu equilíbrio interno ou atingir determinados objetivos públicos como a proteção de hipossuficiências ou a consagração de políticas públicas”. Cfr. Floriano de Azevedo MARQUES NETO, *A nova regulação dos serviços públicos*, in Revista de Direito Administrativo, n.º 228, Rio de Janeiro, abr./jun. 2002, pág. 14.

¹⁸⁰ Cfr. Elizabeth FISHER, *Risk regulatory concepts and the law*, in Risk and Regulatory Policy, Organisation for Economic Co-operation and Development, Paris, 2010, pág. 48.

em informações. Deste modo, uma decisão baseada em avaliação de risco deve ser teoricamente mais exata em cotejo com uma que não tenha sido. Em terceiro lugar, conceitos regulatórios de risco são promovidos sob a justificativa de que sua realização irá proporcionar decisões mais responsáveis e transparentes. Estas decisões podem ser mais facilmente escrutinadas devido ao fato de que tais técnicas exigem que os tomadores de decisão expliquem seu raciocínio¹⁸¹.

Exsurtem neste contexto indagações pertinentes sobre os custos da regulação do risco. Inquestionavelmente, nas ocasiões em que o administrador público não é capaz de gerenciar o risco de modo adequado, os custos podem se tornar bastante elevados para a população. Gregory Bounds afirma de modo contundente: “[a]s a matter of principle, regulation should be set at the minimum level necessary to achieve a regulatory objective to reduce unnecessary regulatory costs”. O Autor aponta a hiper-regulação como um dos efeitos negativos do tratamento irregular dos custos do risco. Neste sentido, “intervening in markets or the lives of citizens in a disproportionate manner to the scale of the risk is wasteful of resources”. Em consequência, se por um lado regular para preservar as pessoas do risco que pode ser mais facilmente absorvido em nível individual resultará em risco moral, por outro lado, a ação governamental desnecessária e ineficaz quanto à remoção de riscos pode interferir na vida dos cidadãos, aumentando os custos para consumidores e impondo obrigações sem contraprestações para a sociedade¹⁸².

O surgimento do estado regulador gerou características específicas em cada país. Ao contrário das funções governamentais das agências reguladoras independentes dos Estados Unidos, houve mais cautela na Europa quanto à limitação de seus poderes, devido às restrições históricas e legais concernentes à delegação de poderes regulatórios. O modelo tradicional fornece o conceito de regulação como uma função governamental exercida por órgãos públicos, tais como agências independentes, ou uma combinação entre legisladores, agências e tribunais. Hodiernamente, no entanto, doutrinadores apresentam uma noção mais genérica e abrangente. A função regulatória das agências é um exemplo que revela não somente a definição, monitoramento e aplicação de regras, mas também sua ampla função quanto à elaboração de padrões, fornecimento de instruções, comentários e correções, através de processos formais e informais e até

¹⁸¹ *Ibidem*, págs. 48-49.

¹⁸² Cfr. Gregory BOUNDS, *Challenges to designing regulatory policy frameworks to manage risks*, in Risk and Regulatory Policy, Organisation for Economic Co-operation and Development, Paris, 2010, pág. 18. Especificamente quanto ao risco moral, o Autor aduz que este risco pode aumentar os incentivos para que indivíduos se arrisquem e, desta forma, aumentar ao invés de diminuir seu impacto público.

mesmo ferramentas típicas de mercado. Como consequência, poucos ambientes estão livres de regulação e caso o estado decida não realizar regulação pública e formal, o livre mercado e seus mecanismos (*e.g.* contratos), assim como as normas sociais ocuparão este espaço vago.

Faz-se necessário, portanto, analisar algumas variáveis advindas da regulação privada em decorrência do relevante papel que esta assume contemporaneamente. A primeira variável neste contexto diz respeito à autonomia. Colin Scott aborda a questão admitindo que, embora falte poder formal aos reguladores privados, eles operam regimes completos em cotejo com reguladores públicos, “in the sense that they may set standards, monitor for compliance, and carry out enforcement without the need for intervention from others such as government departments and courts”. Neste sentido, possuem maior autonomia¹⁸³.

A segunda variável diz respeito à autorregulação. Impende trazer à baila sua definição. Consoante Julia Black, “[s]elf-regulation’ describes the situation of a group of persons or bodies, acting together, performing a regulatory function in respect of themselves and others who accept their authority”¹⁸⁴. Na esteira desta definição, a Autora analisa o papel das “self-regulatory associations (SRA)”. Estas associações combinam a função governamental de regulação com a estrutura institucional, frequentemente legal, e interesses dos entes privados. Elas impõem condições de filiação e desfiliação, formulam suas próprias regras e impõem sua própria disciplina¹⁸⁵.

Uma outra variável de relevo se refere à padronização de regras que definem processos e resultados de atividades econômicas no setor privado. Fabrizio Cafaggi e Paola Iamiceli apontam a importância da certificação neste contexto: “certification schemes could be seen as complementary enforcement mechanisms due to be incorporated into the contract at lower costs than those incurred in customized drafting of contract rules on monitoring over compliance and delivery of due performance”¹⁸⁶.

Colin Scott aborda estas variáveis considerando-as como acordos bilaterais que refletem os interesses de uma ou ambas as partes no acordo em questão, inferindo de maneira pontual o desafio dos governos acerca de uma eventual dependência quanto à

¹⁸³ Cfr. Colin SCOTT, *Private regulation of the public sector: a neglected facet of contemporary governance*, in *Journal of Law and Society*, vol. 29, n.º 1, March 2002, pág. 58.

¹⁸⁴ Cfr. Julia BLACK, *Constitutionalising self-regulation*, in *Modern Law Review*, vol. 59, n.º 1, January 1996, pág. 27.

¹⁸⁵ *Ibidem*, pág. 28.

¹⁸⁶ Cfr. Fabrizio CAFAGGI, Paola IAMICELI, *Supply chains, contractual governance and certification regimes*, in *European Journal of Law and Economics*, vol. 37, 2014, pág. 168.

regulação contratual. O Autor observa que tal desafio ocorre quanto ao reconhecimento das condições que respaldam um alinhamento entre interesses públicos e privados, com a consequência de que não seja necessário implementar mais regulação pública, e as condições que ensejam divergência entre interesses públicos e privados, com a consequência de que seja necessária uma intervenção pública¹⁸⁷.

As variáveis supramencionadas revelam características que demonstram as mutações através das quais o direito administrativo tem sido transformado em consonância com as adversidades e questões urgentes do mundo contemporâneo. Jacqueline Morand-Deville analisa tais mutações sob a ótica do direito administrativo francês. Especificamente sobre regulação e contrato, a Autora contextualiza o fenômeno da contratualização como “um dos aspectos mais significativos do pós-modernismo jurídico”. À título de exemplificação, o fenômeno abarca com mais regularidade a Administração e os entes privados, contudo vem ocorrendo também com bastante frequência entre pessoas públicas, normalmente sob a forma de convenções. Neste diapasão, tal fenômeno “é compreendido como uma maneira consensual de administrar em parceria e de melhorar as relações com os cidadãos e entre as próprias pessoas públicas”¹⁸⁸.

Jacqueline Morand-Deville se refere ainda a um novo estágio de evolução do consensualismo, *in verbis*: “[o] consensualismo se desabrocharia em um *convivialismo*, vale dizer, um novo contrato social no qual a participação dos cidadãos – que ao se comprometerem por todos comprometem-se também por eles mesmos – será mais efetivo”¹⁸⁹.

Como supedâneo da contratualização, há de se perquirir a respeito de alguns aspectos da concepção do estado como regulador nos itens subsequentes, em especial sobre os quatro vetores fundamentais da reconfiguração do modelo regulatório propostos por Ana Raquel Gonçalves Moniz: a descentração regulatória; a flexibilidade; a ética regulatória; e a discricionariedade regulatória¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Cfr. Colin SCOTT, *The contribution of transnational private regulation to revisiting risk regulation*, in *Improving risk regulation*, International Risk Governance Council (IRGC), Lausanne, 2015, pág. 16.

¹⁸⁸ Cfr. Jacqueline MORAND-DEVILLER, *As mutações do direito administrativo francês*, in *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n.º 50, out./dez. 2012, págs. 59-60. A Autora complementa: “[a]s relações são mais consentidas do que prescritas. Elas estão ligadas mais em rede do que de maneira piramidal. É uma abordagem pluralista e consensual da ação pública que se manifesta pela externalização, pela regulação e pela negociação”.

¹⁸⁹ *Ibidem*, grifo da Autora.

¹⁹⁰ Cfr. Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A crise e a regulação: o futuro da regulação administrativa*, in *A Crise e o Direito Público*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2013, pág. 112. Ao elencar estes quatro vetores fundamentais, Moniz esclarece sobre cada

1.1. Descentração regulatória

A noção de equilíbrio na presente temática é bastante reveladora. José Carlos Vieira de Andrade se refere ao “modelo de equilíbrio eficiente”. Para o Autor, o legislador ordinário deve embasar a organização administrativa “numa perspectiva de harmonização equilibrada entre dois princípios constitucionais de igual relevo: o *princípio da descentração* de um lado, e o *princípio da unidade de acção (na prossecução do interesse público)*, de outro lado”. Vieira de Andrade ainda aponta o “*princípio da eficiência máxima*” como um terceiro princípio constitucional que se apresenta como opção concreta de harmonização¹⁹¹.

Julia Black discorre acerca da descentração na esfera específica da função regulatória da Administração Pública. Primeiramente, Black faz uma clara advertência quanto à impossibilidade do exercício do monopólio da regulação, enquanto propõe que isto não deve ocorrer, pois “regulation is occurring within and between other social actors, [...] all without the government’s involvement or indeed formal approval”¹⁹². Descentração regulatória para a Autora significa, portanto: “the removal of the state from conceptual hierarchy of state-society, and the move to a heterarchical relationship in which the roles of governors and governed are both shifting and ill-defined”¹⁹³.

Nesta contextualização, Ana Raquel Gonçalves Moniz introduz o papel da intervenção de atores não públicos. Para tanto, aduz que “a conjugação entre regulação pública e autorregulação [...] permite a convocação de melhores conhecimentos técnicos e favorece o seu cumprimento pelos regulados”¹⁹⁴.

um deles, respectivamente: “a ideia segundo a qual a regulação não se pode conceber, em exclusivo, como regulação pública estadual, abrindo caminho para fenômenos de ‘descentração regulatória’; a consideração de que os poderes reguladores e o respetivo exercício devem nortear-se pela satisfação de um equilíbrio entre a utilização de instrumentos de *soft law* e de poderes sancionatórios, no quadro de um juízo genérico de avaliação de riscos, articulando flexibilidade e ética regulatória; e o sentido da discricionariedade regulatória”. *Ibidem*.

¹⁹¹ Cfr. José Carlos Vieira de ANDRADE, *Lições de direito administrativo*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 5.ª ed., 2017, pág. 111.

¹⁹² Cfr. Julia BLACK, *Decentring regulation: understanding the role of regulation and self-regulation in a post-regulatory world*, in *Current Legal Problems*, vol. 54, n.º 1, 2001, pág. 103.

¹⁹³ *Ibidem*, pág. 104.

¹⁹⁴ Cfr. Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A crise e a regulação: o futuro da regulação administrativa*, in *A Crise e o Direito Público*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2013, pág. 114. A Autora observa que esta conjugação ocorre “sobretudo, na modalidade de correção, *i.e.*, em que a definição e a concretização da política regulatória são partilhadas pelo regulador e pelos regulados”. Consultar também Julia BLACK, *Decentring regulation: understanding the role of regulation and self-regulation in a post-regulatory world*, in *Current Legal Problems*, vol. 54, n.º 1, 2001, pág. 121.

Ian Bartle e Peter Vass discorrem acerca da autorregulação como uma característica emergente do estado regulador. Para os Autores, as instituições, processos e mecanismos do estado regulador moderno, notadamente aqueles que objetivam promover a transparência e a prestação de contas, podem auxiliar quanto ao atingimento de objetivos de interesse público em esquemas de autorregulação. Não obstante, suscitam dúvidas quanto à possibilidade de captura pelo setor privado, o que tornaria a autorregulação incompatível com a prossecução do interesse público¹⁹⁵.

Para justificarem seus argumentos quanto à resposta da questão aventada, Bartle e Vass aludem à noção de descentração, que contém algumas das características da nova autorregulação. Concomitantemente, o estado regulador moderno possui esquemas de autorregulação que não se apresentam como conceitos opostos. Ademais, há razões para acreditar que o atingimento da prossecução do interesse público se tornou uma dimensão relevante do estado regulador moderno e isto também se aplica à autorregulação. Apesar das questões atinentes à prestação de contas no estado regulador, há um grande número de novos processos e técnicas, *e. g.* relatórios de informação, análises de impacto regulatório, que são projetados para aperfeiçoar a transparência e a prestação de contas¹⁹⁶.

Especificamente quanto à análise de impacto regulatório (*regulatory impact analysis – RIA*), definida como “a systematic policy tool used to examine and measure the likely benefits, costs and effects of new or existing regulation”, apresentada como “an analytical report to assist decision makers”, importa salientar seus elementos: título da proposta, os objetivos e efeitos pretendidos da política regulatória, avaliação da problemática da política, consideração de opções alternativas, avaliação dos impactos de sua distribuição, resultados da consulta pública, estratégias de *compliance* e processos para monitoramento e avaliação¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Cfr. Ian BARTLE, Peter VASS, *Self-regulation within the regulatory state: towards a new regulatory paradigm?*, in *Public Administration*, vol. 85, n.º 4, 2007, pág. 886. Os Autores aludem à literatura jurídica apontando os estudos de Julia Black (supramencionados) para se referir à descentração. Para eles, “[d]ecentredness moves away from conventional bipolar images of an empowered state regulator acting on an unempowered regulated entity. This derives from modern complexity with the stress on fragmentation and the dispersion of power and knowledge. The key dynamic is not between regulator and regulated but between multiple actors within and between complex systems”. *Ibidem*, pág. 887.

¹⁹⁶ *Ibidem*, pág. 888.

¹⁹⁷ Cfr. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), *Building an institutional framework for regulatory impact analysis (RIA): guidance for policy makers*, Version 1.1, Regulatory Policy Division Directorate for Public Governance and Territorial Development, Paris, 2008, pág. 14. Para a OCDE, “RIA is an essential tool for regulatory quality. The overall aim of RIA is to assist governments to make their policies more efficient. The use of RIA can contribute to the policy-making process by promoting efficient regulatory policy and improved social welfare”. *Ibidem*, pág. 7.

Bartle e Vass consideram que “[t]he RIA process is primarily focused on regulatory decision making by public authorities but it can also promote self-regulation and foster techniques to ensure that self-regulation works in the public interest”¹⁹⁸. Trata-se, por conseguinte, conforme observações de Luiz Alberto Blanchet e Priscila Lais Ton Bubniak, de um importante instrumento com amplo espectro de abrangência não somente direcionado à análise de determinada regulação aprioristicamente e em face de suas consequências, mas sobretudo quanto à “introdução de mecanismos de legitimação democrática e de responsabilização do regulador, visto que possibilita a participação dos envolvidos no processo regulatório, limita a discricionariedade do regulador e viabiliza o posterior controle da decisão regulatória pelo Poder Judiciário”¹⁹⁹.

Os Autores se referem também aos “padrões de racionalidade sistematizada” nas situações nas quais o Estado, como agente regulador, toma decisões que irão interferir na esfera econômica da população. Para eles, surge “[d]aí a necessidade de se adotar práticas de avaliação *ex ante* sobre os impactos econômicos, sociais e ambientais de determinada regulação, assim como análises *ex post*, a fim de verificar se a regulação continua a cumprir com seus objetivos de forma eficiente e eficaz”²⁰⁰.

Os padrões de racionalidade sistematizada se manifestam igualmente na necessidade da intervenção de atores que não pertencem à esfera pública. Ana Raquel Gonçalves Moniz sublinha: “[q]uer os partidários da *responsive regulation*, quer os defensores da *smarter regulation* apontam precisamente no sentido da necessidade da intervenção de atores não públicos no sistema regulatório”²⁰¹. Cabem, portanto, algumas elucidacões sobre *responsive regulation* e *smarter regulation*.

No início da década de noventa, Ian Ayres e John Braithwaite realizaram estudos acerca da polarização entre aqueles que são favoráveis à forte regulação estatal e aqueles

¹⁹⁸ Cfr. Ian BARTLE, Peter VASS, *Self-regulation within the regulatory state: towards a new regulatory paradigm?*, in *Public Administration*, vol. 85, n.º 4, 2007, pág. 900.

¹⁹⁹ Cfr. Luiz Alberto BLANCHET, Priscila Lais Ton BUBNIAK, *Análise de Impacto Regulatório: uma ferramenta e um procedimento para a melhoria da regulação*, in *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, vol. 22, n.º 3, Fortaleza, set./dez. 2017, pág. 12. Neste sentido, “RIA is not a substitute for policy decision making but it contributes to its design by providing information, as well as a consistent justification for government action”. Cfr. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), *Building an institutional framework for regulatory impact analysis (RIA): guidance for policy makers*, Version 1.1, Regulatory Policy Division Directorate for Public Governance and Territorial Development, Paris, 2008, pág. 15.

²⁰⁰ Cfr. Luiz Alberto BLANCHET, Priscila Lais Ton BUBNIAK, *Análise de Impacto Regulatório: uma ferramenta e um procedimento para a melhoria da regulação*, in *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, vol. 22, n.º 3, Fortaleza, set./dez. 2017, pág. 12.

²⁰¹ Cfr. Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A crise e a regulação: o futuro da regulação administrativa*, in *A Crise e o Direito Público*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2013, pág. 114.

que defendem as vantagens da desregulação. Ao discorrerem sobre a ideia de responsive regulation, os Autores a vinculam ao comportamento das indústrias, pois consideram que “regulation should respond to industry conduct, to how effectively industry is making private regulation work. The very behavior of an industry or the firms therein should channel the regulatory strategy to greater or lesser degrees of government intervention”²⁰².

Ayres e Braithwaite utilizam a ilustração de uma pirâmide para demonstrar a polarização entre regulação e desregulação. No topo da pirâmide apresentam “command regulation with nondiscretionary punishment”. Logo abaixo, “command regulation with discretionary punishment”. Em seguida, “enforced self-regulation” e na base da pirâmide, “self-regulation”²⁰³. Para os Autores, “[e]nforced self-regulation represents an extension and individualization of ‘coregulation’ theory”. Portanto, “coregulation should also involve participation by public interest groups”²⁰⁴.

Em análise acerca da evolução teórica da *responsive regulation*, Steve Tombs e David Whyte questionam os estudos de Ayres e Braithwaite em referência à sua ambiguidade, a qual reduz fundamentalmente relações antagônicas ínsitas ao processo regulatório a uma disputa entre esquerda e direita, ou seja, entre reguladores e regulados. Para Tombs e Whyte, *responsive regulation* não oferece modos de compreensão ou respostas para relações sociais antagônicas. Ao contrário, representa um meio de transcender disputas políticas temporais. Portanto, as aparentes nuances políticas contidas na concepção de *responsive regulation* são, de fato, “barely concealed ambiguities, which allow it to be all too easily incorporated into policy initiatives with a deregulatory, rather than a ‘transcending’, effect”²⁰⁵.

²⁰² Cfr. Ian AYRES, John BRAITHWAITE, *Responsive regulation. Transcending the deregulation debate*, New York, Oxford University Press, 1992, pág. 4. Os Autores ainda observam que “responsiveness implies not only a new view of what triggers regulatory intervention, but leads us to innovative notions of what the response should be. Public regulation can promote private market governance through enlightened delegation of regulatory functions”. *Ibidem*.

²⁰³ *Ibidem*, pág. 39.

²⁰⁴ Ayres e Braithwaite apresentam um exemplo bastante elucidativo: “[a]n example of a coregulatory scheme is the Code of Conduct for Computerized Checkout Systems in supermarkets negotiated between the Australian Retailers Association, the Trade Practices Commission, and consumer groups. The scheme is coregulatory in that was designed in a tripartite process. It provides for ongoing oversight by government and consumers, and provides for self-enforcing mechanisms in the hands of consumers – if consumers can find a product for which the wrong price is charged at the checkout, they get it for free. For the retailers, it was a deregulatory step away from the legislation that had been introduced into one Australian parliament to mandate individual item pricing in supermarkets, and much more”. *Ibidem*, pág. 102.

²⁰⁵ Cfr. Steve TOMBS, David WHYTE, *Transcending the deregulation debate? Regulation, risk, and the enforcement of health and safety in the UK*, in *Regulation & Governance*, vol. 7, n.º 1, March 2013, págs. 61-62.

Em complementação aos estudos atinentes à esta temática, Julia Black e Robert Baldwin analisam a doutrina da *responsive regulation* sob o viés do risco regulatório, surgindo assim a “really responsive risk-based regulation”. Os Autores apontam cinco pré-requisitos fundamentais para que os objetivos dos reguladores sejam alcançados: “*detecting* undesirable or non-compliant behaviour, *responding* to that behaviour by developing tools and strategies, *enforcing* those tools and strategies on the ground, *assessing* their success or failure and *modifying* approaches accordingly”²⁰⁶. Estes pré-requisitos devem ser considerados em conjunto com a abordagem “really responsive”, cujos cinco elementos decisivos são: “the *behaviour, attitudes and cultures* of regulatory actors; the *institutional setting* of the regulatory regime, the *different logics of regulatory tools and strategies (and how these interact)*; the *regime’s own performance* over time; and finally, *changes* in each of these elements”²⁰⁷. Em consonância com os parâmetros oferecidos por estes elementos e os pré-requisitos mencionados, obter-se-á um sistema estruturado para o sucesso da regulação.

Smarter regulation, na acepção trazida à colação por Ana Raquel Gonçalves Moniz, “desvaloriza uma regulação do tipo command-and-control (pelo menos, em exclusivo) e mostra-se favorável à utilização de mecanismos informais de persuasão dos operadores económicos”²⁰⁸. Neil Gunningham e Darren Sinclair abordam a questão em sede de regulação ambiental. Seu objetivo é o de demonstrar como esta regulação pode ser aperfeiçoada com a utilização de múltiplos instrumentos de política pública e uma gama mais ampla de atores na regulação. Ademais, ocorre a implementação de combinações complementares de instrumentos e participantes aptos a atender aos imperativos concernentes a questões ambientais específicas²⁰⁹. Os Autores salientam a importância da distinção entre combinações de instrumentos antagônicos e combinações de instrumentos que são disfuncionais essencialmente como resultado de características contextuais envolvidas em sua aplicação. Geralmente, este último caso irá acontecer devido à existência de objetivos na política que competem entre si (ao invés de qualquer incompatibilidade inerente à própria combinação de instrumentos). Gunningham e

²⁰⁶ Cfr. Julia BLACK, Robert BALDWIN, *Really responsive risk-based regulation*, in Law and Policy, vol. 32, n.º 2, 2010, pág. 182 (grifos dos Autores).

²⁰⁷ *Ibidem*, pág. 186 (grifos dos Autores).

²⁰⁸ Cfr. Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A crise e a regulação: o futuro da regulação administrativa*, in A Crise e o Direito Público, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2013, pág. 118.

²⁰⁹ Cfr. Neil GUNNINGHAM, Darren SINCLAIR, *Designing smart regulation*, Oxford University Press, Oxford, 1998, disponível em Microsoft Word - Gunningham - Designing Smart Reg.Doc (oecd.org), pág. 1.

Sinclair exemplificam com a conservação da biodiversidade na Austrália, onde a introdução de políticas de preservação da biodiversidade têm sido historicamente prejudicadas por incentivos à limpeza da vegetação nativa em terrenos privados²¹⁰.

1.2. Flexibilidade

O foco de análise inicial sobre a relevância da flexibilidade no contexto do direito regulatório está direcionado à regulação baseada em gerenciamento, a qual demonstra vantagens quando cotejada com a regulação tradicional. Dentre tais vantagens, destaca-se a flexibilidade proporcionada às empresas com vistas à adoção de soluções que possuam melhor custo-benefício. No entanto, não se trata de uma panaceia a ser aplicada para solucionar qualquer problema regulatório, pois também pode apresentar potenciais desvantagens. A flexibilidade proporcionada às empresas reguladas pode ser utilizada como vantagem exclusiva, em detrimento dos benefícios ao público em geral.

Pode ser difícil para o poder público determinar se planos de gerenciamento que parecem abrangentes e eficientes são realmente factíveis quando colocados em prática. Desta forma, para decidir quanto à utilização da regulação baseada em gerenciamento, o órgão regulador deve comparar esta ferramenta com outras alternativas. A regulação baseada em gerenciamento deve ser escolhida somente se puder proporcionar resultados superiores baseados em critérios pré-determinados quando comparados com outras opções disponíveis²¹¹. Cary Coglianese enfatiza que a regulação baseada em gerenciamento pode ser uma opção viável em ocasiões nas quais surgem problemas de

²¹⁰ *Ibidem*, pág. 16.

²¹¹ Cfr. Cary COGLIANESE, *Management-based regulation: implications for public policy*, in Risk and Regulatory Policy, Organisation for Economic Co-operation and Development, Paris, 2010, pág. 167. Coglianese apresenta três opções como as principais categorias de ferramentas de regulação: “means-based”, “performance-based” e “management-based”. Ressalta que todas elas devem ser precedidas pela análise de impacto regulatório e tece comentários sobre as primeiras, para diferenciá-las da opção “management-based”: “[m]eans-based regulation will often provide reasonable certainty of effectiveness in addressing the regulatory problem, since the regulator will usually only mandate those means that have been shown to work in the past. [...] However, as already suggested, means-based regulation can be a blunt tool, sometimes requiring more costly behaviour for individual firms and discouraging innovation and the search for better or more cost-effective solutions”. Em referência à “performance-based”: “[i]n contrast to means standards, performance standards focus attention on desired outcomes and give firms flexibility to find less costly or better solutions. Rather than picking one means and requiring it for everyone, firms can choose how to address a problem as long as they meet the specified outcome. Furthermore, if performance standards are non-uniform, such as with market instruments like emissions trading, firms gain even greater flexibility. Non-uniform performance standards can yield still greater cost-effectiveness by allowing some firms to perform worse provided others perform better, as long as average performance meets the regulatory objective”. No entanto, adverte: “sometimes, it is difficult to operationalize the desired outcome into an enforceable regulatory standard, or sometimes it is prohibitively costly for the regulator to monitor outcomes”.

difícil solução especialmente em “measuring outputs and where the regulated firms or their processes are much too heterogeneous to make it feasible to mandate specific means”²¹².

Os objetivos da gestão da contratação pública possuem os seguintes elementos básicos, consoante abordagem realizada por Paul R. Schapper, João N. Veiga Malta e Diane L. Gilbert: “public confidence”, “efficiency and effectiveness” e “policy compliance and consistency”²¹³. Os Autores discorrem acerca de três abordagens principais quanto à realização destes objetivos, em consonância com o foco em regulação, gestão e centralização da contratação pública. Primeiramente, quanto ao foco em regulação, o arcabouço existente em determinadas jurisdições reflete uma abordagem tradicional da contratação pública “by relying heavily on regulation as the primary means of control of administrative process and implementation of policy. Regulations control the micro-management steps throughout the procurement process”²¹⁴. Schapper, Malta e Gilbert advertem sobre um aspecto negativo deste primeiro foco: “[t]he penalty for a highly prescribed framework is its lack of flexibility in managing agency needs, placing it immediately in tension with performance and efficiency”²¹⁵.

Joseph A. Pegnato acentua esta desvantagem em análise acerca da reforma da contratação pública federal no Estados Unidos da América na década de noventa, especificamente com a promulgação do *Federal Acquisition Streamlining Act of 1994* e do *Clinger-Cohen Act of 1996*. O Autor esclarece que a flexibilização quanto à adoção de instrumentos de contratação pública como “schedule contracts, blanket purchase agreements, and task order contracts is producing drastic improvement in the contract award process”. Esta flexibilização advém de cenários nos quais foi possível diminuir o arcabouço de processos ínsitos à demasiada regulação, presentes na reforma em questão.

²¹² *Ibidem*, pág. 169.

²¹³ Cfr. Paul R. SCHAPPER, João N. Veiga MALTA, Diane L. GILBERT, *An analytical framework for the management and reform of public procurement*, in *Journal of Public Procurement*, vol. 6, n.º 1 & 3, 2006, pág. 5. Em detalhes: “*Public confidence* – underpinned by attributes of accountability, transparency, equity and fair dealing in relation to procurement processes; *Efficiency and effectiveness* – in the use of public monies to achieve value for money and efficiency of delivery of procurement outcomes; and *Policy compliance and consistency* – of both the processes and outcomes of procurement in relation to other policy objectives and expectations of the public sector such as environmental issues, training and apprenticeships, international obligations and especially business and regional employment impacts” (grifo dos Autores).

²¹⁴ *Ibidem*.

²¹⁵ Schapper, Malta e Gilbert ainda aludem às sérias consequências neste contexto. Apontam os custos procedimentais, a lentidão para adaptação às mudanças e, em especial, a erosão das habilidades necessárias para que profissionais da contratação pública desempenhem bem suas funções. Quanto a esta última consequência, são enfáticos ao afirmar que “[t]he lack of professionalism can, in turn, be expected to increase the need for further regulation of process as well as reduce value-for-money in procurement which requires extensive management skills”. *Ibidem*, págs. 6-7.

Neste sentido, Pegnato assevera: “[a]ll reforms seem to have just been temporary. The procurement pendulum has always swung between two extreme poles”²¹⁶.

Quanto ao foco em gestão na análise realizada por Schapper, Malta e Gilbert, os Autores acentuam sua correlação com pressões crescentes quanto à descentralização, o que corresponderia à delegação do poder sob controle centralizado para agências reguladoras. Esta descentralização possui elementos que demonstram maior flexibilidade ou graus variáveis de desregulação e com profissionais de contratação pública altamente habilitados. Schapper, Malta e Gilbert ainda ressaltam que “[a] lesser reliance on regulated prescription of the process of procurement has also given rise to the need for more coherent management tools and policies (which are not always provided) to manage stakeholder interests and risks”²¹⁷.

O terceiro foco trazido à baila pelos Autores se refere à centralização da contratação pública, que está intrinsecamente relacionada à eficiência do processo. Schapper, Malta e Gilbert sublinham que a eficiência do processo é uma observação pontual independentemente da definição quanto ao tipo de contratação pública em questão, quer seja um processo regulado ou uma tarefa por gerenciamento. São enfáticos ao afirmar que “[t]he efficiency equation is important in this discussion because it introduces complications to the tension between centralization and decentralization of management of the framework”²¹⁸.

Exsurtem neste cenário as vantagens quanto à implementação da regulação baseada em gerenciamento, como mencionado alhures. A equação da eficiência pode ser operacionalizada através do papel desempenhado pelo poder público em sua função fiscalizatória quando houver regulação baseada em gerenciamento, como um exemplo de flexibilidade. Em inspeções tradicionais, os fiscais observam se todos os recursos estão em ordem em uma determinada instalação. No entanto, em inspeções formatadas através de regulação baseada em gerenciamento, os fiscais devem realizar julgamentos

²¹⁶ Cfr. Joseph A. PEGNATO, *Assessing federal procurement reform: has the procurement pendulum stopped swinging?*, in *Journal of Public Procurement*, vol. 3, n.º 2, 2003, pág. 170.

²¹⁷ Cfr. Paul R. SCHAPPER, João N. Veiga MALTA, Diane L. GILBERT, *An analytical framework for the management and reform of public procurement*, in *Journal of Public Procurement*, vol. 6, n.º 1 & 3, 2006, pág. 8.

²¹⁸ *Ibidem*, págs. 8-9. Os Autores complementam suas observações sobre a questão da centralização da seguinte maneira: “[t]he efficiency of procurement processes and some of the approaches intended to deliver value-for-money outcomes are not neutral to the degree of centralization or devolution. Indeed, the sources of efficiency available to best-practice procurement are multiple. The efficiency and effectiveness of procurement are often sensitive to scale and coordination and involve both public administrative processes and industry structural and transactional issues. In this way, efficiency overlaps with the concept of value-for-money outcomes”.

específicos sobre problemas de gestão. Portanto, as empresas que se submetem a este tipo de regulação irão certamente utilizar muitos tipos diferentes de tecnologias e processos. Como resultado, possuirão vantagens em relação ao poder público quanto ao modo pelo qual estes processos podem não funcionar e como repará-los. Neste contexto, Cary Coglianese salienta: “[f]irm’s managers are likely to understand their own processes in ways that allow them to foresee risks that a regulator would otherwise miss, as well as to anticipate and identify changes in operating conditions that may affect the underlying problem of concern to regulator”²¹⁹.

Em consonância com o universo de relações entre reguladores e regulados analisados previamente e com as premissas até então apresentadas, Schapper, Malta e Gilbert propõem um arcabouço analítico para contratação pública que abarque elementos legais, financeiros e contábeis, de gerenciamento de risco e políticos. Os Autores são contundentes em afirmar que somente quando organizações ou governos reconhecem o escopo adequado da contratação pública, “balancing the process, performance and strategic imperatives, can they develop the skills, incentives, performance measures, organisations and management tools to deliver the full range of political/community expectations”²²⁰.

Schapper, Malta e Gilbert apresentam então os três pilares de seu arcabouço analítico: “Strategic Management”, “Process Management” e “Performance Management”. Discorrem a respeito de cada um destes pilares. O primeiro, Strategic Management, “will be associated, *inter alia*, with broader reforms such as process re-engineering, outsourcing and restructuring as well as policy issues such as business and regional development”. O segundo, Process Management, “will be associated with simple, off-the-shelf purchasing”, e o terceiro, Performance Management, “with complex procurement, alliance contracting and construction”²²¹.

²¹⁹ Cfr. Cary COGLIANESE, *Management-based regulation: implications for public policy*, in Risk and Regulatory Policy, Organisation for Economic Co-operation and Development, Paris, 2010, pág. 180.

²²⁰ Cfr. Paul R. SCHAPPER, João N. Veiga MALTA, Diane L. GILBERT, *An analytical framework for the management and reform of public procurement*, in Journal of Public Procurement, vol. 6, n.º 1 & 3, 2006, pág. 16.

²²¹ *Ibidem*, pág. 17. Esta classificação também sugere que os diferentes regimes de cada tipo parecem estar associados à dicotomia centralização-descentralização que sempre surge em reformas na contratação pública. Os Autores esclarecem o seguinte a este respeito: “Strategic Management will be consistent with the centralization of contract design and documentation, specification and evaluation, and also the regulation of process. This will also be consistent with central agency roles. Performance Management will be consistent with the decentralization of contract specification, evaluation and regulation, but the centralization of contract value (contract aggregation). This will be consistent with the larger operational organisations including those responsible for public works. Process Management will be consistent with

Pablo T. Spiller aponta o principal desafio da regulação. Para o Autor, é desafiador projetar processos regulatórios que, embora restrinjam a discricionariedade, sejam compatíveis com a estrutura institucional do governo de determinado país e com algumas de suas tradições legais e administrativas. Spiller admite que em muitos cenários, instrumentos regulatórios podem ter que ser relativamente inflexíveis para fornecer credibilidade regulatória. Ademais, a lista de instrumentos de comprometimento é maior em países onde o processo de tomada de decisões é altamente descentralizado²²².

Em 2020, em face dos desafios impostos por situações imprevisíveis e completamente adversas, como aquelas advindas do enfrentamento da pandemia relativa ao coronavírus (COVID-19), convém destacar algumas considerações contemporâneas acerca do estado da arte das respostas regulatórias. Maciej M. Sokołowski analisa a regulação “day-watchman”, como um tipo de regulação pragmática e flexível adequada ao enfrentamento de situações como estas. O Autor afirma que a abordagem de enfrentamento à pandemia deve se basear em conhecimento haurido das melhores práticas atinentes ao novo coronavírus, “with a framework of rules, standards, authorization, permits and guidance, monitored and enforced in a way adjusted to conditions of the pandemic, being as safe [...] as possible, with suspended or extended deadlines, free of unnecessary administrative burdens”²²³.

Sokołowski utiliza dois conceitos para elucidar a regulação “day-watchman”: “a total subordination” e “a complete release”. O primeiro se refere a uma forte hierarquia estatal. O Estado executa as leis e controla a economia utilizando órgãos subordinados (empresas e monopólios estatais). Todo tipo de comportamento é regulado por interferência estatal via influência e comandos. O segundo é caracterizado por um alto grau de concorrência no mercado, ausência de barreiras alfandegárias e livre mercado, com o domínio da propriedade privada e direitos individuais. Este cenário evidencia uma dicotomia público-privado demarcada por um espaço preenchido por uma economia mista, o qual possui a regulação como um de seus elementos. Desta forma, ocorre uma “zona regulatória” para o regulador – “a day watchman”, conforme esclarece o Autor.

the devolution of contract processes, mostly consistent with smaller organisations requiring simple purchases.

²²² Cfr. Pablo T. SPILLER, *A positive political theory of regulatory instruments: contracts, administrative law or regulatory specificity*, in *Southern California Law Review*, vol. 69, n.º 2, January 1996, págs. 483-484.

²²³ Cfr. Maciej M. SOKOŁOWSKI, *Regulation in the COVID-19 pandemic and post-pandemic times: day-watchman tackling the novel coronavirus*, in *Transforming Government: People, Process and Policy*, [s.d.], pág. 1, disponível em *Regulation in the COVID-19 pandemic and post-pandemic times: day-watchman tackling the novel coronavirus* | Emerald Insight.

Trata-se de um modelo no qual não há nem participação ativa do estado na economia nem uma completa resignação quanto à sua participação. Um regulador “day-watchman” é um observador vigilante. Todavia, sob o poder do estado, cria as regras de mercado, fornece informações aos seus atores e reforça as regras através de sanções. Portanto, tal regulador age sob o comando estatal, porém serve tanto às necessidades do estado como do mercado²²⁴.

1.3. Ética regulatória

A noção de ética regulatória é subjacente ao conceito de “good regulators” ressaltado por Janice A. Beecher: “good regulators demonstrate a conscientious and uncompromising *commitment to ethics*. They operate at all times with the knowledge that perceptions and appearances count as much or more than technical compliance with any jurisdiction’s particular code of ethics”²²⁵.

Ana Raquel Gonçalves Moniz, da mesma forma, evidencia a concepção comportamental em referência à atitude do regulador como a base ética para que se desenvolvam as relações entre ele e os regulados²²⁶. Para a Autora, “a própria ação regulatória há de propiciar a introdução de mecanismos típicos de justiça restaurativa, [...] na senda do equilíbrio entre persuasão e sanção”²²⁷. Neste contexto, John Braithwaite tece as seguintes explicações: “[t]he pyramidal presumption for persuasion initially gives the cheaper, more respectful option a chance to work first. More costly punitive attempts at control are thus held in reserve for the minority of cases where persuasion fails”²²⁸. Moniz acrescenta que o equilíbrio do regulador deve “demonstrar-se *fair* e cooperativo, atuando na base do diálogo”, para em seguida aduzir, em consonância com Braithwaite, “revela-

²²⁴ *Ibidem*, pág. 3. Sokołowski utiliza uma metáfora para elucidar a regulação “day watchman”: “one can personalize actors of this relation with the notions of a ‘householder’ and ‘guests’. In this context, the day-watchman model provides a balance between the market and the state, between public and private interests, between active and passive participants of the market-play (‘guests’). They appear, disappear or reappear in the market game offered by the state (‘householder’). Being a middle-ground approach a day-watchman model – if appropriately adopted – can build a bridge between the extremes of total subordination and complete release”.

²²⁵ Cfr. Janice A. BEECHER, *The prudent regulatory: politics, independence, ethics, and the public interest*, in *Energy Law Journal*, vol. 29, n.º 2, 2008, pág. 579 (grifos da Autora).

²²⁶ Cfr. Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A crise e a regulação: o futuro da regulação administrativa*, in *A Crise e o Direito Público*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2013, págs. 119-120.

²²⁷ *Ibidem*.

²²⁸ Cfr. John BRAITHWAITE, *Restorative justice and responsive regulation: the question of evidence*, in *RegNet Research Papers*, n.º 51, 2016, pág. 9.

se até mais eficaz apelar, em primeira linha, para um comportamento ético dos sujeitos e, apenas quando estes não (cor)respondam a este apelo, pôr em marcha instrumentos de natureza repressiva”²²⁹.

A Autora afirma que o ponto de primaz relevância quanto à ética regulatória diz respeito à implementação de mecanismos que coíbam a captura do regulador pelos regulados²³⁰. Ayres e Braithwaite apresentam uma forma republicana de tripartismo em resposta à esta questão, cujo conceito é exposto da seguinte maneira: “[t]ripartism is a process in which relevant public interest groups (PIGs) become the fully fledged third player in the game. As a third player in the game, the PIG can directly punish the firm”²³¹.

Cumprir trazer à lume algumas considerações atinentes à teoria da captura em face de sua relevância quanto à ética regulatória. Vital Moreira discorre sobre esta temática, *in verbis*: “a teoria da ‘captura’ da regulação (*‘regulation capture’*) assenta na ideia de que as comissões reguladoras, em vez de regularem super partes o seu espaço económico, são capturadas ou colonizadas pelos sectores que deveriam regular, passando a funcionar em favor deles”²³². Neste diapasão, David Freeman Engstrom utiliza a definição de “*capture*” constante em *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* para conceituá-la: “a process by which policy is directed away from the public interest and toward the interests of a regulated industry”²³³.

Embora seus estudos se baseiem em aspectos económicos, Ernesto Dal Bó realiza observações pertinentes ao presente tópico. O Autor aponta a possibilidade de apreensão de informações privilegiadas como uma das causas da captura, citando como exemplo ocasiões nas quais as empresas induzem os reguladores a indisponibilizar informações que poderiam ser utilizadas para oferecer melhores ofertas aos

²²⁹ Cfr. Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A crise e a regulação: o futuro da regulação administrativa*, in *A Crise e o Direito Público*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2013, pág. 120. Ver também Marianne OJO, *Responsive regulation: achieving the right balance between persuasion and penalization*, in Munich Personal RePEc Archive, n.º 70904, April 2016.

²³⁰ *Ibidem*. Moniz acrescenta o seguinte sobre este importante aspecto: “[e]fetivamente, um dos problemas mais prementes da defesa de estratégias de cooperação e da utilização de instrumentos de persuasão consiste no facto de, em concreto, estas poderem originar a captura do regulador e, por consequência, fenómenos de corrupção”.

²³¹ Cfr. Ian AYRES, John BRAITHWAITE, *Responsive regulation. Transcending the deregulation debate*, New York, Oxford University Press, 1992, pág. 56. À guisa de exemplificação de grupos de interesse na regulação, os Autores aludem a: “[a]n environmental group empowered as the third party in environmental regulation may be a PIG largely devoid of private interest. But we include as PIGs trade unions empowered to defend interests of their members in occupational health and safety regulation”, *inter alia*.

²³² Cfr. Vital MOREIRA, *Auto-regulação profissional e Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 1997, pág. 90.

²³³ Cfr. David Freeman ENGSTROM, *Corralling Capture*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 36, 2013, pág. 31.

consumidores. A principal solução neste cenário poderia ser o incentivo à criação de procedimentos burocráticos que permitam o compartilhamento de informações, criação de comitês legislativos especializados no monitoramento do regulador, entre outros. Um outro aspecto é o que diz respeito à constatação de que a colusão ocorre com maior frequência em períodos mais longos de exercício da função. Como solução, torna-se imprescindível a utilização de limitação temporal quanto aos cargos exercidos nas agências²³⁴.

Além dos elementos acima elencados, Dal Bó aponta o processo de escolha do regulador e o custo da captura para a sociedade como pontos que interferem no resultado da regulação. Quanto ao primeiro e especificamente em referência às relações de consumo, o Autor destaca a eleição de reguladores como um fator de relevo. Reguladores eleitos parecem possuir um perfil pró-consumidores. Em relação ao segundo, a captura pode apresentar grandes consequências quanto à distribuição quando transfere, *e.g.*, renda dos consumidores para as empresas. Isto isoladamente já seria um fator de relevo para que políticos responsáveis se manifestassem e realizassem ações concretas para coibir a captura. Ademais, pode causar empobrecimento²³⁵.

Michael A. Livermore e Richard L. Revesz discorrem acerca do papel de agentes políticos quanto à implementação de ações concretas nos casos em que ocorre inação nas agências, como um meio de combate à captura. Neste sentido, são peremptórios: “[a] failure to act in the face of a pressing social problem can be as costly to society as overzealous regulation”. Trazem à baila um exemplo advindo de grupos de interesse privados que, provavelmente, procuram desregulação, atrasos e regulação ineficiente como modo de conseguir acesso aos reguladores para erigir barreiras com o objetivo de obter proteção à concorrência. Portanto, “[t]here is [...] just as much need for anticapture review of inaction as action”²³⁶.

O foco de atenção principal deve ser colocado então na prevenção da captura a partir da clareza conceitual sobre o que realmente é, assim como em onde, como e em que medida a captura está transformando o processo de tomada de decisões na regulação em algo que se contraponha ao interesse público. Para analisar tal assertiva, Daniel Carpenter e David Moss apresentam inicialmente a definição de captura regulatória:

²³⁴ Cfr. Ernesto DAL BÓ, *Regulatory capture: a review*, in *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 22, n.º 2, 2006, pág. 220.

²³⁵ *Ibidem*, pág. 221.

²³⁶ Cfr. Michael A. LIVERMORE, Richard L. REVESZ, *Regulatory review, capture, and agency inaction*, in *Georgetown Law Journal*, vol. 101, n.º 5, June 2013, pág. 1391.

“[r]egulatory capture is the result or process by which regulation, in law or application, is consistently or repeatedly directed away from the public interest and toward the interests of the regulated industry, by the intent and action of the industry itself”²³⁷.

Em seguida, apresentam três observações importantes: a captura é geralmente mal diagnosticada; apesar da desregulação poder ser às vezes um instrumento útil, não é uma panaceia para a captura; e a captura é prevenível. Primeiramente, em referência ao seu mal diagnóstico, isto ocorre devido a padrões ineficientes que surgiram na economia, história, ciência política e sociologia quanto às inferências realizadas sobre captura na regulação. Em relação à desregulação, ela realmente pode refletir o poder de influência de grupos determinados através de um processo de captura corrosiva e, finalmente, quanto à prevenção, tanto a análise quanto o apoio a medidas específicas deveriam se direcionar ao grau de captura, ao invés da falsa dicotomia denominada regulação pura versus regulação capturada²³⁸.

Nesta contextualização, surge o exemplo analisado por Christopher Carrigan acerca da extinção da agência americana *Minerals Management Service* (MMS), pertencente ao *Department of the Interior*, após o acidente com a plataforma de perfuração de petróleo *Deepwater Horizon* e consequente derramamento de óleo no Golfo do México em abril de 2010. A plataforma era operada pela empresa britânica *BP Exploration & Production*. Sendo consenso que a agência MMS foi capturada pela indústria de petróleo e gás, a literatura se dedicou à investigação das causas que tornaram a agência suscetível à captura. As investigações se dirigiram a dois aspectos das operações da MMS que contribuíram para seu fracasso como reguladora. O primeiro se refere à postura de colaboração da extinta agência. Os críticos sugerem que a MMS engajava a indústria para que ambos desenvolvessem padrões para operações no mar em conjunto. Portanto, posicionava-se como uma parceira e não como reguladora com independência. O segundo diz respeito ao fato de que a MMS centralizava suas operações para realizar múltiplas e conflituosas funções, como consideradas por muitos críticos em geral²³⁹.

O processo de tomada de decisão na regulação possui primordial destaque. Estudos relativos à justiça procedimental esclarecem que, embora tenha sido considerada

²³⁷ Cfr. Daniel CARPENTER, David MOSS, *Introduction*, in *Preventing regulatory capture: special interest influence and how to limit it*, Daniel CARPENTER & David MOSS eds., Cambridge University Press, 2014, pág. 12.

²³⁸ *Ibidem*, págs. 21-22.

²³⁹ Cfr. Christopher CARRIGAN, *Captured by disaster? Reinterpreting regulatory behavior in the shadow of the gulf oil spill*, in *Preventing regulatory capture: special interest influence and how to limit it*, Daniel CARPENTER & David MOSS eds., Cambridge University Press, 2014, págs. 245-246.

como um instrumento para a obtenção de resultados justos, na atualidade o processo de tomada de decisão demonstra se os indivíduos são valorizados pela organização e suas autoridades e se podem confiar nestas instituições. Procedimentos auxiliam quanto à redução das incertezas, nomeadamente quando os indivíduos julgam a responsabilidade pelo dano e aferem sua responsabilidade pessoal pelos resultados. Os indivíduos também utilizam a qualidade dos procedimentos de decisão e sua implementação para realizar inferências atinentes ao grau de comprometimento das organizações e de seus líderes quanto à defesa dos padrões normativos de conduta moral²⁴⁰.

Ana Raquel Gonçalves Moniz se refere à consolidação da ética regulatória neste contexto. Observa que a ética regulatória impacta nas relações entre as agências e entidades reguladas, induzindo reguladores a adotar um comportamento justo e cooperativo e a agir em consonância com a justiça procedimental. Acentua, outrossim, que a ética regulatória persegue o interesse público em conformidade com as regras jurídicas ao mesmo tempo em que se esforça para responder às preocupações dos operadores econômicos. Ao cumprir tal mister, obtém sucesso não somente quanto à aceitação das entidades reguladas, mas principalmente quanto ao incentivo à conformidade com a regulação das agências. A Autora não desconsidera a relevância da captura neste cenário. Para ela, o objetivo quanto à consideração da ética regulatória está direcionado para a instituição ou fortalecimento de instrumentos contra a captura regulatória, tais como o estabelecimento de reguladores que são independentes em relação aos operadores econômicos, ou a punição de ações de regulação realizadas sob a influência da corrupção²⁴¹.

Um outro ponto acentuado por Moniz se refere à rigidificação da regulação e dos poderes dos reguladores: “os quais devem revelar-se suscetíveis de adaptação às alterações conjunturais, prosseguindo o que a doutrina da *really responsive regulation* designa como ‘responsividade à mudança’ (*responsiveness to change*)”²⁴². Especificamente sobre este ponto, Julia Black e Robert Baldwin, em análise acerca da doutrina da *responsive regulation* advertem: “regulators should be able to adjust to the

²⁴⁰ Cfr. D. Ramona BOBOCEL, Leanne GOSSE, *Procedural justice: a historical review and critical analysis*, in *The Oxford Handbook of Justice in the Workplace*, Agosto 2015, págs. 45-46.

²⁴¹ Cfr. Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *The Rulemaking Power of Administrative Agencies: Crisis of Legality, Rule of Law, and Democracy*, 2014, pág. 52, disponível em *The Rulemaking Power of Administrative Agencies: Crisis of Legality, Rule of Law, and Democracy* by Ana-Raquel Moniz :: SSRN.

²⁴² Cfr. Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A crise e a regulação: o futuro da regulação administrativa*, in *A Crise e o Direito Público*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2013, pág. 121 (grifos da Autora).

changes that constantly impact on regulation – such as shifts in objectives, the advent of new risks and the emergence of new risk creators”²⁴³.

1.4. Discricionariedade regulatória

À guisa de introdução, cumpre utilizar a definição de discricionariedade de João Caupers, para o qual o termo não pode ser dissociado da ideia de escolha, *in verbis*: “de fazer uma coisa quando se poderia ter feito outra. Melhor, *quando a lei permitiria que se tivesse feito outra*. Mas evoca também a ideia de escolha *parametrizada*, isto é, escolha dentro de certos limites”²⁴⁴.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro tece considerações acerca da distinção entre regulação e regulamentação. Para a Autora, não importa qual poder dita as regras ao se perquirir sobre regulação, “seja o Legislativo ou o Executivo, ainda que por meio de órgãos da Administração direta ou indireta”. Portanto, “a regulação é gênero de que a regulamentação é espécie; ou seja, a regulação abrange, inclusive, a regulamentação, como ato normativo de competência exclusiva do Chefe do Executivo”²⁴⁵. Di Pietro ainda aponta a seguinte utilização do vocábulo regulação: “[ele] também costuma ser utilizado para designar um *novo tipo de direito*, que não é elaborado e imposto unilateralmente pelo Estado, mas resulta do consenso, da negociação, da participação dos interessados na matéria a ser regulada”²⁴⁶.

²⁴³ Cfr. Julia BLACK, Robert BALDWIN, *Really responsive risk-based regulation*, in Law and Policy, vol. 32, n.º 2, 2010, pág. 203.

²⁴⁴ Cfr. João CAUPERS, *Introdução ao direito administrativo*, Âncora, Lisboa, 2000, pág. 66 (grifos do Autor). Para contrastar discricionariedade e vinculação, o Autor se refere ao espaço de liberdade: “[q]uanto maior for o espaço de liberdade deixado ao decisor, menores serão as *vinculações* da decisão – entenda-se, os aspectos desta condicionados de forma mais ou menos precisa pela lei. Discricionariedade e vinculação são, assim, dois ‘ingredientes’ que qualquer decisão administrativa comporta, em proporções variáveis”. *Ibidem*, pág. 68 (grifos do Autor).

²⁴⁵ Cfr. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Parcerias na administração pública*, 5.ª ed., São Paulo, Atlas, 2006, págs. 203-204. Para o devido esclarecimento, a Autora classifica os dois tipos de regulamentos admitidos doutrinariamente: “o regulamento executivo e o regulamento independente ou autônomo”. Para diferenciá-los, há de se analisar a inovação na ordem jurídica. O primeiro não pode inovar, já o segundo “inova na ordem jurídica, porque estabelece normas sobre matérias não disciplinadas em lei; ele não completa nem desenvolve nenhuma lei prévia. Esta distinção, nos países em que o sistema jurídico a admite, é ligada a uma outra distinção nascida do direito alemão, porém aceita em outros países, entre regulamentos jurídicos ou normativos e regulamentos administrativos ou de organização. Os regulamentos jurídicos estabelecem normas sobre relações de supremacia geral, ou seja, aquelas relações que ligam os cidadãos ao Estado. [...] Os regulamentos administrativos ou de organização contêm normas sobre a organização administrativa ou sobre as relações entre os particulares que estejam em situação de submissão especial ao Estado, decorrente de um título jurídico especial”. *Ibidem*, pág. 206.

²⁴⁶ *Ibidem*, pág. 204 (grifos da Autora). Di Pietro também alude à desregulação: “[p]aralelamente, costuma-se falar em desregulação no sentido de re-regulação, para designar precisamente esse novo tipo de direito.

Nesta seara, as lições de José Carlos Vieira de Andrade são bastante pertinentes. As premissas preconizadas pela ordem jurídica administrativa continuam a aceitar “que toda a actividade administrativa é heterónoma, necessitando de uma base de direito substantivo que a permita e a legitime”²⁴⁷, e especificamente quanto à discricionariedade, “que a Administração mantém, nessas condições de sujeição à lei e ao Direito, uma zona de poderes próprios de valoração e de decisão (discricionariedade), sujeitos a um controlo judicial limitado (de legalidade e de juridicidade) e não a um reexame (de mérito) pelo juiz”²⁴⁸.

A necessidade de ultrapassar as formas de ação administrativa tradicionais surge então como causa da discricionariedade regulatória. Para Ana Raquel Gonçalves Moniz, “a dimensão e, sobretudo, a exigência das tarefas postuladas pela regulação vão determinar a atribuição de significativos poderes de conformação às entidades administrativas que as desempenham, através de um *instrumentarium* que ultrapassa as formas de ação tradicionais”, dando ensejo à discricionariedade regulatória²⁴⁹.

Moniz destaca um importante aspecto: “[a] discricionariedade regulatória manifesta-se quer na prática de atos administrativos, quer na emanção de regulamentos”²⁵⁰. Vieira de Andrade classifica a discricionariedade regulatória como uma adaptação teórica e ajuste dogmático do sentido tradicional de discricionariedade, assim como o faz com a discricionariedade regulamentar. Em relação à primeira, observa que “a discricionariedade configuradora ou reguladora, [é] típica da regulação pública económica de sectores privados de interesse geral (em regra, em mercado de concorrência limitada) por autoridades (semi) independentes, dotadas de capacidade técnica

Substitui-se o direito posto pelo legislador, unilateralmente, pelo direito elaborado pelas agências, com a participação dos interessados”.

²⁴⁷ Cfr. José Carlos Vieira de ANDRADE, *Lições de direito administrativo*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 5.ª ed., 2017, pág. 44. Com as seguintes ressalvas: “mesmo que seja favorável aos destinatários, mesmo que seja de ‘alta administração’ (incluindo os ‘regulamentos independentes’) e mesmo que provenha de órgãos ‘independentes’ (quase-judiciais ou reguladores)”.

²⁴⁸ *Ibidem*.

²⁴⁹ Cfr. Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A crise e a regulação: o futuro da regulação administrativa*, in *A Crise e o Direito Público*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2013, pág. 121.

²⁵⁰ *Ibidem*, pág. 122. Primeiramente, quanto aos atos administrativos, a Autora observa que “[a] relação entre a discricionariedade regulatória e a prática de atos administrativos pelas entidades reguladoras projeta-se, simultaneamente, na forma como o legislador lhe confere poder decisório e no tipo de juízo àquelas exigido aquando da tomada de decisões”. Em relação ao poder regulamentar, “avultam as disposições legais que conferem aos órgãos executivos a competência para emanar os regulamentos necessários à prossecução das atribuições da pessoa coletiva pública respetiva”, e.g. “a alínea e) do n.º 1 do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio, comete ao conselho diretivo da Entidade Reguladora da Saúde, no âmbito da respetiva orientação e gestão, a competência para aprovar os regulamentos que sejam necessários ao desempenho das atribuições do organismo”. *Ibidem*, págs. 123-124.

especializada”. Já quanto à segunda, aduz que se refere “aos espaços de concretização, complementação, adaptação e implementação de leis específicas ou de conjuntos normativos, de forma geral e abstracta (incluindo as ‘autonomias normativas’ das administrações autónomas e a ‘autonomia estatutária’ de outras instituições)”²⁵¹.

Em cenários nos quais os resultados das políticas públicas são incertos e as adversidades são elevadas, a discricionariedade ocupa um local central. Despoina Mantzari e Francesca Pia Vantaggiato realizaram estudos empíricos acerca do seguinte paradoxo da discricionariedade regulatória: “when environmental and policy outcome uncertainty are high, the higher the regulatory discretion, the lower the role of economic expertise in regulatory decisions”²⁵². As Autoras alegam que em cenários onde há elevada incerteza quanto aos resultados das políticas praticadas, os reguladores com maior discricionariedade eventualmente minimizam o papel e o peso da expertise econômica em seu processo de tomada de decisão. No entanto, isto não significa que a análise econômica não ocorra, mas que os reguladores, ao considerarem o alcance das incertezas que enfrentam, eventualmente decidem não confiar nos resultados da análise econômica para guiar seu processo de tomada de decisão sobre uma determinada questão. Preferem decidir sob motivação estratégica embasados em um desejo de proteger sua organização contra perdas de reputação ou sanções²⁵³.

Tal observação é corroborada por Sol Picciotto. O Autor considera que a regulação realizada por autoridades públicas com responsabilidade pela estabilidade e segurança do sistema financeiro se concentrou na alocação de responsabilidade pela supervisão de instituições e estabeleceu padrões de prudência fiscal, tendo início na década de setenta. No entanto, pondera que já à época “regulators generally adopted a hands-off attitude towards financial transactions, further encouraging the proliferation of complex forms of finance”²⁵⁴.

Despoina Mantzari e Francesca Pia Vantaggiato afirmam que as implicações de suas investigações se direcionam tanto quanto ao exercício da discricionariedade regulatória quanto às consequências da minimização de expertise econômico no processo de tomada de decisão regulatória. Se por um lado a análise sugere que o modo mais

²⁵¹ Cfr. José Carlos Vieira de ANDRADE, *Lições de direito administrativo*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 5.ª ed., 2017, págs. 64-65.

²⁵² Cfr. Despoina MANTZARI, Francesca Pia VANTAGGIATO, *The paradox of regulatory discretion*, in *Law & Policy*, vol. 42, 2020, pág. 382.

²⁵³ *Ibidem*, pág. 399.

²⁵⁴ Cfr. Sol PICCIOTTO, *Regulation: managing the antinomies of economic vice and virtue*, in *Social & Legal Studies*, vol. 26, n.º 4, 2017, pág. 684.

efetivo de se restringir a discricionabilidade regulatória é fornecer amplas margens para que ocorra, por outro lado sugere que controles contínuos que são demasiadamente rigorosos podem ter um efeito colateral considerado indesejável: o sufocamento da inovação regulatória²⁵⁵.

Ana Raquel Gonçalves Moniz tece relevantes considerações acerca das características da evolução da discricionabilidade regulatória nos Estados Unidos e na Europa. Questiona as razões pelas quais os reguladores preferem *rulemaking* em detrimento de *adjudication* nos Estados Unidos e aduz que o poder administrativo de *rulemaking* levanta delicadas questões administrativas e constitucionais, pois regulações correspondem à assim denominada legislação delegada. Em razão da discricionabilidade regulatória tipicamente extensiva nas ações das agências do estado regulador, o *rulemaking* administrativo algumas vezes se aproxima dos limites do exercício dos poderes legislativos substantivos de modo perigoso²⁵⁶.

Torna-se necessário delinear alguns aspectos relativos à *rulemaking* e *adjudication* do direito norte-americano. Maria Sylvia Zanella Di Pietro se refere à Lei de Procedimento Administrativo (*Administrative Procedure Act*), de 1946, como o marco legal de estabelecimento de normas uniformes de procedimento, para garantia dos administrados. A Autora esclarece que na referida lei constam dois tipos de procedimento: “o *rulemaking*, quando a agência baixasse normas gerais, e a *adjudication*, quando a agência praticasse atos individuais²⁵⁷”.

Em referência ao conceito de discricionabilidade regulatória na Europa, Ana Raquel Gonçalves Moniz ressalta que somente surgiu em 2007 no direito alemão em uma decisão referente à *Federal Network Agency*, na qual a Corte Administrativa Federal

²⁵⁵ Cfr. Despoina MANTZARI, Francesca Pia VANTAGGIATO, *The paradox of regulatory discretion, in Law & Policy*, vol. 42, 2020, pág. 399. As Autoras esclarecem o seguinte, à guisa de conclusão: “[t]echnological advances in these sectors require innovative regulatory techniques and approaches. A tendency to favor the status quo, or even the regulatees’ or the government’s preferences, runs counter to regulatory authorities very *raison-d’être*: the provision of unbiased, evidence-based decision-making. The reputational concerns emerging from our assessment seem to derive from the conflation of the notion that decisions need to be evidence-based with the notion that they can be devoid of unintended consequences. As the policy literature and practice convincingly show, this is, unfortunately, impossible. Appropriate constraints on regulatory discretion imply appropriate expectations concerning the regulators’ role in policymaking: this needs to include the flexibility to respond to pressing contemporary challenges in network industries affecting millions of consumers in the United Kingdom and elsewhere”.

²⁵⁶ Cfr. Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *The Rulemaking Power of Administrative Agencies: Crisis of Legality, Rule of Law, and Democracy*, 2014, pág. 9, disponível em *The Rulemaking Power of Administrative Agencies: Crisis of Legality, Rule of Law, and Democracy* by Ana-Raquel Moniz :: SSRN.

²⁵⁷ Cfr. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Parcerias na administração pública*, 5.ª ed., São Paulo, Atlas, 2006, pág. 199.

afirmou que quando ocorre uma complexa discussão entre interesses públicos e privados, a legislação concede à agência amplo escopo para escolha e conformação²⁵⁸.

Moniz sublinha a papel de *checks and balances* neste contexto, ao aduzir que se a discricionariedade regulatória for um momento importante e inevitável do estado regulador, deve estar em equilíbrio com os objetivos dos demais poderes constituídos, o que demanda uma percepção acurada do núcleo do Poder Legislativo (e, por consequência, da matéria que deve ser retirada da discricionariedade regulatória), e do escopo da revisão judicial. Deferência em demasia irá eliminar o sistema, impreterivelmente²⁵⁹.

Brian Levy e Pablo T. Spiller realizaram investigações para cotejar a regulação de empresas privadas de telecomunicações na Argentina, Chile, Jamaica, Filipinas e Reino Unido. Para os Autores, “the crucial difference between success and failure of private utilities in these countries was the goodness of the regulatory ‘fit’ with each country’s political and judicial institutions”. Uma de suas principais conclusões diz respeito a três mecanismos complementares que devem estar disponíveis para restringir a ação administrativa arbitrária: “substantive restraints on the discretion of the regulator, embedded in the design of the regulatory system; formal or informal procedural constraints on changing the regulatory system; and institutions that enforce these substantive and procedural constraints”²⁶⁰.

Levy e Spiller apresentam uma classificação para distinguir o modo pelo qual é possível analisar a habilidade de cada país para se comprometer quanto a processos de regulação e suas instituições. Consideram regulação como um problema de design que possui dois níveis: “basic design and detail design”. *Basic design* de um sistema regulatório envolve os mecanismos que impõem restrições substantivas ou procedimentais em relação à discricionariedade regulatória e que servem para resolver conflitos que afetam estas restrições. *Detail design* compreende as regras que definem o preço dos serviços, subsídios diretos ou indiretos, acesso ao mercado, interconexões e

²⁵⁸ Cfr. Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *The Rulemaking Power of Administrative Agencies: Crisis of Legality, Rule of Law, and Democracy*, 2014, pág. 9, disponível em *The Rulemaking Power of Administrative Agencies: Crisis of Legality, Rule of Law, and Democracy* by Ana-Raquel Moniz :: SSRN. A Autora acrescenta: “[t]hat is to say, regulatory discretion expresses the powers of agencies as they exercise evaluation prerogatives in a risk context. It postulates technical assessment and forecast toward strategic decision-making (*hoc sensu*, decisions that denote a regulation strategy); consequently, judicial review over actions carried out in the exercise of rulemaking activity must be deferential”.

²⁵⁹ *Ibidem*, pág. 51.

²⁶⁰ Cfr. Brian LEVY, Pablo T. SPILLER, *Regulations, institutions and commitment in the telecommunications: a comparative analysis of five countries*, in *Proceedings of the World Bank Annual Conference on Development Economics*, n.º 215, 1993, págs. 216-217.

assemelhados. *Detail design* tem sido a preocupação principal de toda política de regulação²⁶¹.

2. Atores da Administração Pública e regulação da contratação pública

Ana Raquel Gonçalves Moniz insere os novos atores públicos e entidades privadas ao conceito amplo de Administração Pública em sentido funcional²⁶². O princípio democrático possui especial contextualização que “atinge, sobretudo, a coordenada da participação dos interessados, dos grupos de interesse e das associações de defesa de interesses difusos na atividade das agências reguladoras”²⁶³.

Todos os atores mencionados inserem-se nos auspícios da boa governança. Preliminarmente, faz-se necessário apresentar o conceito de governança de acordo com a União Europeia: “o conjunto de regras, processos e práticas que dizem respeito à qualidade do exercício do poder a nível europeu, essencialmente no que se refere à responsabilidade, transparência, coerência, eficiência e eficácia”²⁶⁴.

Giovanni Moro a define a partir de duas classificações: como estrutura (*frame*) e como método (*approach*). Consoante a primeira classificação: “as a frame: that is, a general phenomenon that forms the background of political matters” e quanto à segunda, “as an approach: that is, a way of dealing with public issues, or a set of operational rules for the arrangement of behaviours and relations of actors in facing public problems”²⁶⁵.

²⁶¹ *Ibidem*, pág. 220. Os Autores concluem em referência aos três mecanismos complementares que devem estar disponíveis para restringir a ação administrativa arbitrária supramencionados: “[a] key finding of the case studies is that private utilities were willing to make sustained investments only when all three components of restraint worked adequately. A country’s institutional endowments influence the ability to put in place a workable basic design for a regulatory system and the specific form of that design. Countries that lack the institutions needed for a credible domestic regulatory system will have to seek alternative approaches for securing private participation and investment”. *Ibidem*, pág. 230.

²⁶² Cfr. Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *Os direitos fundamentais e a sua circunstância: crise e vinculação axiológica entre o estado, a sociedade e a comunidade global*, Coimbra, [s.d.], pág. 128.

²⁶³ Cfr. Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A crise e a regulação: o futuro da regulação administrativa*, in *A Crise e o Direito Público*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2013, pág. 127.

²⁶⁴ Cfr. COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, *Governança europeia – um livro branco*, 12/10/2001, Jornal Oficial da Comunidade Europeia, Bruxelas, COM (2001) 428 FINAL, disponível em EUR-Lex - 110109 - EN - EUR-Lex (europa.eu).

²⁶⁵ Cfr. Giovanni MORO, *The citizen’s side of governance*, in *The Journal of Corporate Citizenship*, n.º 7, Autumn 2002, pág. 21. Detalhadamente: “As a general frame, governance can be defined as a process of transformation in the exercise of government functions from state-centred to multi-centred policy-making. In this first meaning, governance appears to be a dynamic phenomenon that forms the background to the present developments in managing societies. On the other hand, as an operational approach governance can be defined as a way of making policy in which: - the definition of a policy is the result of an interaction between different agents (public, private, and social) that share government responsibilities, - those that

Em análise acerca da estratégia para a boa governança a nível local, Rute Saraiva concebe governança numa abordagem direcionada a uma “estratégia de garantia de maior eficiência, transparência e adequação ao nível de decisão/acção, [...] procurando assegurar o combate contra captura do Estado, o mau uso de recursos, a opacidade decisória e o particularismo institucional”²⁶⁶.

Peter Vincent-Jones aborda a questão do carácter híbrido do serviço público contemporâneo com enfoque específico no surgimento de um novo modelo de governança no Reino Unido ao longo dos últimos anos denominado “New Public Contracting”. Este modelo de governança determina uma gama cada vez maior de aspectos da vida moderna através de regimes contratuais direcionados à obtenção de propósitos específicos quanto a políticas públicas. Não obstante, Vincent-Jones alude aos problemas advindos deste modelo, na medida em que muitos regimes de contratação falharam em relação ao oferecimento de respostas adequadas ao interesse público. O Autor apresenta sugestões para que tais falhas possam ser corrigidas. Propugna por processos de aprendizagem coletivos, pois acredita que a tendência concernente às privatizações pode ser politicamente irreversível. Neste sentido, o papel do estado deveria se concentrar no auxílio quanto ao estabelecimento de condições que capacitem as partes que possuam interesses em serviços públicos específicos para participarem nestes processos direcionados às deficiências das provisões existentes²⁶⁷.

Vincent-Jones discorre acerca do “New Public Contracting” detalhadamente distinguindo o conceito de “government by contract”: “[t]he New Public Contracting is distinguished from government by contract more generally by the delegation of powers and responsibilities to public agencies in various contractual arrangements preserving central government controls and powers of intervention”²⁶⁸. O Autor esclarece que

take decisions are those directly committed in their implementation, - the targets of policies are involved in the whole process of policy-making. In this second meaning, governance can be rendered into the metaphors of the ‘shared government’, or ‘enlarged government’, or ‘partnership government’ in the field of public policies”.

²⁶⁶ Cfr. Rute SARAIVA, *Estratégia para a boa governança a nível local*, in Carla Amado GOMES, Ana Fernanda NEVES, Rute SARAIVA (coord.), *Finanças públicas locais e good governance*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Universidade de Lisboa, Dezembro de 2017, pág. 10. A Autora acrescenta, pontualmente: “trata-se do reconhecimento público da incapacidade de regular exogenamente todos os comportamentos, pelo que se pretende transferir para cada instituição a auto-regulação das suas condutas ancoradas em grandes princípios (sobretudo éticos e operacionais), pretendendo-se que este movimento de descentralização e de subsidiariedade seja neutro, ou seja, se reja apenas por análises objectivas de adequação do nível mais eficiente de decisão e acção”.

²⁶⁷ Cfr. Peter VINCENT-JONES, *The New Public Contracting: public versus private ordering*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 14, n.º 2, Summer 2007, pág. 259.

²⁶⁸ Cfr. Peter VINCENT-JONES, *The New Public Contracting: regulation, responsiveness, relationality*, Oxford University Press, 2006, pág. 19.

“government by contract is currently used to describe a wide range of contractual arrangements involving public bodies in addition to public procurement”²⁶⁹.

Consoante a abordagem de Vincent-Jones, o modelo “New Public Contracting” possui embasamento em uma regulação dirigida por políticas públicas (*policy-driven regulation*). Neste regime, surgem três tipos contratuais: contratos administrativos, contratos econômicos e contratos de controle social. Os contratos administrativos regulam relações entre partes do governo, enquanto os contratos econômicos promovem terceirização no governo central e local e servem para a reestruturação de setores inteiros de assistência social e contratação de infraestrutura pública como escolas e hospitais. Os contratos de controle social operam como instrumentos de modificação comportamental na regulação das relações entre agências estatais e cidadãos com problemas²⁷⁰.

O Autor esclarece que a característica regulatória comum é a delegação de poderes e responsabilidades às agências públicas em uma variedade de acordos contratuais que preservam o controle do governo central e seus poderes de intervenção. No entanto, destaca que há uma importante diferença. Enquanto os contratos administrativos podem ser considerados como uma forma de regulação hierárquica, os contratos econômicos e de controle social são produtos de regimes contratuais mais complexos que envolvem regulação por contrato dentro de um quadro regulatório hierárquico²⁷¹.

Greg Palast, Jerrold Oppenheim e Theo MacGregor abordam a questão da participação pública na regulação. Nos Estados Unidos, qualquer pessoa, empresa ou organização que paga por serviços de utilidade pública, ou outros afetados por suas práticas, são convidados para as audiências públicas e reuniões entre o regulador e o regulado. Em resposta ao questionamento sobre a exclusão de alguém, enfatizam: “[n]o one. The whole point of democracy is that it is open”²⁷².

²⁶⁹ *Ibidem*, pág. 14. Os exemplos citados pelo Autor são os seguintes: “contracting out, public/private partnerships, franchising or state concessions, contracts of employment in the public service, agreements between the government and self-regulatory organisations, agreements between state agencies and individual citizens, and various types of agreement internal to government”.

²⁷⁰ Cfr. Peter VINCENT-JONES, *The New Public Contracting: public versus private ordering*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 14, n.º 2, Summer 2007, pág. 261. O Autor sublinha que esta classificação não deve ser confundida com a classificação das jurisdições de *civil law*, onde o termo “contrato administrativo” tipicamente se refere aos contratos de concessão ou contratos para a provisão de serviços públicos ou utilidades públicas, nos quais pelo menos uma das partes é uma agência estatal ou administrativa. Na categorização exposta, os contratos são econômicos.

²⁷¹ *Ibidem*.

²⁷² Cfr. Greg PALAST, Jerrold OPPENHEIM, Theo MACGREGOR, *Democracy and regulation. How the public can govern essential services*, Pluto Press, Virginia, 2003, págs. 18-19.

Neste contexto, destacam uma importante característica da regulação nos Estados Unidos: “the utility itself is a party to the decision-making process”. Esclarecem que, apesar de parecer óbvio, em muitos países, nas ocasiões nas quais as empresas concessionárias reguladas têm ciência de informações no processo de tomada de decisão, elas geralmente não são informadas sobre outros dados nos quais o regulador se baseou para tomar a decisão. Estas empresas são rotineiramente afastadas da oportunidade de analisar os detalhes das críticas dos consumidores, usuários dos serviços públicos. A lei dos Estados Unidos garante direitos democráticos para as empresas concessionárias e para todas as demais partes envolvidas. Em cotejo com o Reino Unido, os Autores ressaltam que não há proibição quanto aos comentários públicos referentes à fixação de preços ou termos dos serviços de utilidade pública. Associações de defesa dos direitos do consumidor são consultadas e seus comentários são requisitados. Todavia, Palast, Oppenheim e MacGregor são enfáticos: “[b]ut consultation is not participation. Neither the public nor even the official consumer advocates are allowed to sit in a meeting of company and regulator”²⁷³.

Neste diapasão, cabe aludir à constatação de Peter Vincent-Jones quanto aos problemas advindos do modelo “New Public Contracting”, na medida em que muitos regimes de contratação falharam em relação ao oferecimento de respostas adequadas ao interesse público no Reino Unido. Vincent-Jones se refere à “responsiveness deficits”. Eles ocorrem “due to a combination of problems of regulatory ineffectiveness and lack of legitimacy. The principal legitimacy deficit consists in lack of adequate opportunity for citizen involvement and for public deliberation in policy and decision making”²⁷⁴.

O Autor conclui que o déficit de legitimidade do “New Public Contracting” consiste na ausência de oportunidades adequadas para deliberação pública quanto às políticas e ao processo de tomada de decisão atinentes às questões do serviço público. Portanto, associações representativas específicas podem se tornar necessárias para aperfeiçoar a legitimidade e a responsividade de decisões. Vincent-Jones propugna pela existência de considerável escopo para inovação quanto à projeção de novos fóruns de envolvimento público e participação. O papel de entidades representativas não precisa

²⁷³ *Ibidem*, pág. 20.

²⁷⁴ Cfr. Peter VINCENT-JONES, *The New Public Contracting: public versus private ordering*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 14, n.º 2, Summer 2007, págs. 267-268. O Autor acrescenta: “While effectiveness denotes the efficient deployment of means to the attainment of given ends, legitimacy refers to the need both for public deliberation of fundamental policy goals, and for the nurturing of qualities of institutional morality and values of good administration within organisations engaged in public service networks”.

estar confinado à implementação de políticas existentes, mas deveria se estender à deliberação sobre questões fundamentais quanto ao direcionamento das políticas. Para ele, “[w]hat is important is that the agendas for debate in such deliberative fora are locally and democratically determined, rather than imposed from above by central government in support of preconceived programmes of public service reform”²⁷⁵.

David Campbell analisa os estudos de Peter Vincent-Jones abordando o assistencialismo contido na contratação pública através da ótica de Vincent-Jones. Campbell, no entanto, torna-se uma voz dissonante. Reconhece que sua abordagem não se configura como uma crítica no sentido negativo. Apesar de concordar com a posição de Vincent-Jones, Campbell apresenta uma nova avaliação do modelo por ele descrito. Vincent-Jones realiza críticas equilibradas a respeito do “New Public Contracting”, sugerindo um processo de reforma da formulação de políticas para se ter certeza de que as falhas do passado possam ser evitadas no futuro. Neste sentido, suas observações possuem um tom de aprovação. Campbell, pelo contrário, é totalmente crítico ao “New Public Contracting”. O Autor é contundente ao asseverar que não houve aumento na eficácia. Pelo contrário, houve acréscimo no escopo da intervenção e abrandamento das técnicas de intervenção para que não se tornasse possível classificar ou até mesmo identificar os fins sociais para os quais estas técnicas estão sendo utilizadas. Certamente isto lhes retira a eficácia²⁷⁶.

Os novos fóruns de envolvimento público e participação de cidadãos sugeridos por Vincent-Jones encontram respaldo nas lições de Giovanni Moro em um tipo de governança denominada “shared government”. O Autor aduz que o foco em uma parceria entre Administração Pública e cidadãos como embasamento para esta governança é crucial. Apresenta suas considerações a partir do ciclo de políticas públicas, que pode ser utilizado como um ponto de referência. Cada fase do ciclo é analisada com referência aos problemas, oportunidades e estratégias que podem ser adotadas. Na fase de definição da agenda, os cidadãos estão aptos quanto à produção de informação cívica, ou seja, informação sobre situações relevantes atinentes às suas condições concretas. Na fase de formulação de políticas, Moro esclarece que um dos maiores obstáculos é a ausência de reconhecimento da competência dos cidadãos quanto às questões públicas. Contudo, contemporaneamente, os cidadãos são em geral os atores mais competentes em muitas

²⁷⁵ Cfr. Peter VINCENT-JONES, *The New Public Contracting: regulation, responsiveness, relationality*, Oxford University Press, 2006, pág. 354.

²⁷⁶ Cfr. David CAMPBELL, *Relational contract and the nature of private ordering: a comment on Vincent-Jones*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 14, n.º 2, Summer 2007, págs. 299-300.

destas questões. Seu papel consiste em apresentar obstáculos que surgem por ocasião da implementação e não são visíveis aos agentes públicos. O Autor destaca a importância de se fornecer feedback às propostas das organizações de cidadãos: “[a] consultation without feedback is indeed the best way to lose citizen’s commitment in policy making”²⁷⁷.

Na fase de tomada de decisões, os principais problemas parecem ser os critérios restritivos e burocráticos para o reconhecimento de organizações de cidadãos qualificadas a intervir neste processo. O Autor alude até mesmo a um tipo de “fear of citizens by public officials”. Todavia, as organizações não são necessariamente representações tradicionais como partidos políticos e sindicatos. A cidadania ativa pode ter um papel expressivo na fase de tomada de decisões: convencendo as pessoas, abrindo caminho para o consenso, revelando a natureza do interesse geral em uma determinada questão e assim por diante. Consoante Moro, para obtenção destes benefícios, “other stakeholders must adopt a strategy of co-decision, fully embodying citizens’ organisations in the realm of policy makers, in the sense that the decision must be shared, not necessarily agreed on, by citizens; and in the sense that the decision must embody citizens’ responsibilities, too”. Já na fase de implementação, o Autor considera que a falta de coordenação com outros atores seja uma das causas dos problemas enfrentados. Isto ocorre devido ao espírito competitivo da Administração Pública ou por sua inabilidade como agente catalisador. Como solução, Moro considera que a estratégia que a Administração Pública deveria adotar quanto a esta fase pode ser definida como parceria, como um conceito caracterizado por igualdade e total responsabilidade dos atores. Quanto à fase de avaliação, o maior problema parece ser o fato de que os resultados das atividades dos cidadãos não são considerados nas ferramentas de avaliação. Para sua correção, “citizens can indeed carry out social audits on public policies, or participate in stakeholder conferences aimed at confronting information, needs, problems, at deciding new objectives and at taking on precise, timetabled, responsibilities”²⁷⁸.

Cary Coglianese, Heather Kilmartin e Evan Mendelson perfilham este entendimento ao acentuar a necessidade de que haja transparência e participação pública no processo de *rulemaking* das agências administrativas federais dos Estados Unidos, pois representam duas características deste processo que podem lhe conferir maior qualidade

²⁷⁷ Cfr. Giovanni MORO, *The citizen’s side of governance*, in *The Journal of Corporate Citizenship*, n.º 7, Outono 2002, págs. 16-17.

²⁷⁸ *Ibidem*, págs. 17-18. O Autor cita como exemplo “the case of the Italian local health agencies ‘Conferences of service’. Ainda esclarece que “[i]n this phase, the adoption of a strategy of shared re-engineering policies is highly recommended”.

e legitimidade. Para os Autores, transparência “refers to public access to information held by government rule makers as well as information about their decision making”. A definição de participação pública é exposta em seguida: “[p]ublic participation encompasses varied opportunities for citizens, nongovernmental organisations, businesses, and others outside the federal government to contribute to and comment on proposed rules”. Em consonância com tais definições, afirmam que ambas são capazes de promover legitimidade democrática ao fortalecer as conexões entre as agências do governo e o público ao qual servem²⁷⁹.

Seus argumentos corroboram a abordagem de Giandomenico Majone sobre o déficit democrático europeu. O Autor analisa o papel das agências especializadas na Europa quando a prestação de serviços públicos é realizada por concessionários privados. As agências são normalmente regidas por leis específicas como autoridades administrativas independentes que reúnem expertise com funções relativas a *rulemaking* e *adjudication*. São independentes no sentido de que possuem permissão para operar fora dos limites de controle hierárquico dos departamentos do governo central e considerável discricionariedade quanto ao uso dos poderes a elas delegados. Embora a utilidade das agências independentes seja amplamente reconhecida, também há a percepção de que sejam anomalias constitucionais que não se enquadram na estrutura tradicional de controles, freios e contrapesos. Para estes críticos, o novo modo de elaboração de políticas públicas é demasiadamente discricionário e padece de prestações de contas insuficientes ao Poder Legislativo, assim como controle judicial deficitário, ausência de garantias processuais e participação pública insuficiente²⁸⁰.

Neste diapasão, destacam-se os princípios da abertura e transparência entre os principais princípios de direito administrativo comuns nos países da Europa Ocidental²⁸¹. Cabe apresentar sua definição: “[o]penness suggests that the administration is available

²⁷⁹ Cfr. Cary COGLIANESE, Heather KILMARTIN, Evan MENDELSON, *Transparency and public participation in the rulemaking process: a nonpartisan presidential transition task force report*. Philadelphia, University of Pennsylvania Law School, 2008, pág. V. Os Autores complementam: “[b]oth can also help improve the quality of agency rulemaking. Transparency helps ensure meaningful and informed public participation, and meaningful and informed public participation informs agency rule makers”.

²⁸⁰ Cfr. Giandomenico MAJONE, *Europe’s ‘democratic deficit’: the question of standards*, in *European Law Journal*, vol. 4, n.º 1, March 1998, pág. 15.

²⁸¹ Cfr. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *European principles for public administration*, in *Sigma Papers*, n.º 27, 1999, pág. 8. Especificamente: “[i]f we attempt to systematize the main administrative law principles common to western European countries, we could distinguish the following groups: 1) reliability and predictability (legal certainty); 2) openness and transparency; 3) accountability and 4) efficiency and effectiveness”.

for outside scrutiny, while transparency suggests that, when examined closely, it can be ‘seen through’ for the purpose of scrutiny and supervision”²⁸².

Ana Raquel Gonçalves Moniz aponta um passo significativo em direção à participação como resultado da introdução de “regulatory negotiation (*lato sensu*)”.²⁸³ Cary Coglianese apresenta sua definição, comparando-a com o termo “negotiated rulemaking”. Explica que embora se refira à “negotiated rulemaking” de maneira intercambiável com “regulatory negotiation”, “regulatory negotiation actually connotes a broader range of methods used by agencies for soliciting public input” e destaca que “[w]hat distinguishes these forms of public participation from the formal negotiated rulemaking process is the explicit quest in negotiated rulemaking for reaching a consensus (among the participants) in the development of a proposed rule”²⁸⁴.

A este respeito, Moniz esclarece que alguns países europeus já atentaram à hipótese de celebrar contratos com as partes interessadas, originando os assim chamados “*normative contracts*” ou “*contracts concerning norms*”²⁸⁵. Estes instrumentos inserem-se em institutos jurídicos embasados nos auspícios contemporâneos da democracia deliberativa. Consoante estudos realizados por Tina Nabatchi, a democracia deliberativa oferece o design institucional que pode auxiliar quanto ao redescobrimento do papel do público em relação à formatação das questões sociais e, desta forma, possui o condão de diminuir as tensões inerentes ao *ethos* burocrático e democrático²⁸⁶.

²⁸² *Ibidem*, pág. 11. Em complementação: “[o]penness and transparency allow, on the one hand, anyone affected by an administrative action to know its basis, and on the other, they render outside scrutiny of administrative action by supervisory institutions easier. Openness and transparency are also necessary instruments for the rule of law, equality before the law, and accountability”.

²⁸³ Cfr. Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *The Rulemaking Power of Administrative Agencies: Crisis of Legality, Rule of Law, and Democracy*, 2014, pág. 46, disponível em *The Rulemaking Power of Administrative Agencies: Crisis of Legality, Rule of Law, and Democracy* by Ana-Raquel Moniz :: SSRN.

²⁸⁴ Cfr. Cary COGLIANESE, *Assessing consensus: the promise and performance of negotiated rulemaking*, in *Duke Law Journal*, vol. 46, n.º 6, April 1997, pág. 1256. Os outros métodos elencados pelo Autor são os seguintes: “public hearings, one-time workshops, occasional roundtables, and established advisory committees”.

²⁸⁵ Cfr. Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *The Rulemaking Power of Administrative Agencies, Crisis of Legality, Rule of Law, and Democracy*, 2014, págs. 46-47. A Autora esclarece o seguinte quanto a estes novos tipos contratuais: “These are administrative endoprocedural contracts (*i.e.*, administrative contracts signed before or during an administrative procedure) concluded between administrative bodies and citizens in order to achieve concerted positions on the enactment and/or the contents of a regulation. Normative contracts are, therefore, self-binding administrative instruments for the exercise of regulatory discretion, in that they condition future administrative rulemaking. Furthermore, those contracts are means to promote more active participation in rulemaking procedures and to make citizens real co-authors of regulations. In this scenario, participation reaches a new level, that of public-private cooperation, as it provides the opportunities for a better balance between public and private interest or, in other terms, for a less burdensome regulation and more advantageous to private interest, while satisfying public interest”.

²⁸⁶ Cfr. Tina NABATCHI, *Addressing the citizenship and democratic deficits: the potential of deliberative democracy for public administration*, in *The American Review of Public Administration*, vol. 40, n.º 4, 2010, pág. 392.

3. Regulação da contratação pública em Itália

Na década de noventa houve profundas transformações no setor público italiano, com a criação de inúmeras agências. Paolo Fedele, Davide Galli e Edoardo Ongaro se referem ao período de 1992 a 1995 com destaque para “the Civil Service Contract Negotiation Agency (ARAN)”, “the Environment Safeguard and Technical Services Agency (APAT)” e “the Environment Safeguard Regional Agency of Piedmont (ARPA Piemonte)”. Em 1999 surgem as agências fiscais e “the Agricultural Funding Agency (AGEA)”. A partir do ano 2000, surgem “the Agricultural and Forest Services Agency of Lombardy (ERSAF Lombardia)” e “the Italian Drug Agency (AIFA)”, em 2002 e 2004, respectivamente²⁸⁷.

No final do ano 2000 ocorreu uma reforma regulatória em consonância com as boas práticas preconizadas pela União Europeia, com a aceleração da simplificação dos procedimentos administrativos e redução da burocracia. No entanto, os desafios que surgiram quanto à descentralização do estado ainda persistem. A descentralização forneceu oportunidade para experimentação e inovação, contudo também resultou no aumento da complexidade entre as competências regionais e estaduais, onde a coordenação é de especial relevância para impedir o risco de fragmentação de responsabilidades e preservar a coerência das políticas públicas. Todavia, a magnitude dos desafios requer o fortalecimento dos mecanismos de coordenação, capacidade de fiscalização, incentivos financeiros, capacidades técnicas e capital humano, além de princípios de cooperação e estruturas para a incorporação de princípios de melhor regulação para o desenvolvimento de um sistema de regulação de muitos níveis.

Cumprе ressaltar que o sucesso da reforma regulatória depende do consenso amplo ao longo de anos entre vários níveis de governo para que seja possível assegurar que o compromisso político seja traduzido em mudanças concretas na Administração Pública. Instituições estáveis, dirigidas por especialistas e com bons recursos no governo central devem ter o apoio de lideranças políticas para que possam promover e fiscalizar os compromissos de reforma regulatória do governo. Os departamentos responsáveis por uma melhor regulação em Itália são um passo adiante nesta direção. Em especial, o Departamento de Assuntos Legislativos (DAGL) com sua equipe de análise de impacto

²⁸⁷ Cfr. Paolo FEDELE, Davide GALLI, Edoardo ONGARO, *Disaggregation, autonomy and re-regulation, contractualism*, in *Public Management Review*, vol. 9, n.º 4, 2007, págs. 561-564.

regulatório, assim como a Unidade para simplificação e qualidade da regulação e o Departamento para simplificação administrativa, ambos em apoio ao Ministro da Administração Pública e Simplificação²⁸⁸.

Entre os pontos de aperfeiçoamento sugeridos pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico em referência à uma melhor regulação em Itália, destacam-se o comportamento de servidores públicos como um meio de desobstrução de mudanças e a coordenação entre diferentes órgãos governamentais. O comportamento de servidores públicos é uma das grandes dimensões da denominada “Brunetta reform”, que data de 2010. Objetivou-se realizar aferição do desempenho real dos serviços prestados e dos indivíduos, embasando-se em parte no feedback da população²⁸⁹.

A “Brunetta reform” é uma reforma da Administração Pública decretada pelo Ministério da Administração Pública e Inovação em 28 de maio de 2008, cuja lei foi promulgada em 4 de março de 2009 (Lei 15/2009). Em 27 de outubro de 2009, o governo aprovou o Decreto Legislativo 150 (Decreto da Reforma), implementando-a em sede de regulação do emprego público, eficiência e transparência da Administração Pública. Importa assinalar a introdução do princípio da “executive accountability”. Como a avaliação do serviço prestado pelo executivo público depende dos resultados de sua unidade, a reforma italiana define novas fronteiras para as responsabilidades dos gerentes públicos. Agora considerados como empregados públicos, os gerentes possuem um papel central na gestão de recursos humanos, definindo as tarefas a serem cumpridas e os objetivos a serem alcançados e este papel requer maior responsabilidade. A prestação de contas está ligada ao poder do administrador quanto à avaliação de seus subordinados em consonância com os indicadores de eficiência e eficácia ratificados por uma agência independente. Os executivos estão essencialmente sujeitos aos mesmos princípios de avaliação e bonificação, conduzidos por competição²⁹⁰.

²⁸⁸ Cfr. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Better regulation in Europe: Italy*, in Executive Summary, 2012, pág. 18.

²⁸⁹ *Ibidem*.

²⁹⁰ Cfr. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Modernising the public administration. A study on Italy*, 2010, págs. 12-13. Em detalhes, “[t]he reform approach has been inspired by the exit/voice paradigm. On one side, new opportunities and rights are given to citizens/customers (voice) together with new market-type mechanisms (exit) conceived as a set of possibilities to access the same service in various ways or from various service providers connected directly or indirectly to the public sector. On the other side, the feedback component of the paradigm commits the ‘enablers’ to be safe guardians of loyalty through top-down performance management and capacity development”.

Em relação à coordenação entre diferentes órgãos governamentais, o Presidente do Conselho de Ministros é formalmente responsável pela política regulatória. Até o governo que teve início em novembro de 2011, as competências para a agenda de reformas para melhor regulação foram divididas entre o Departamento de Assuntos Legislativos (DAGL), o Departamento de Administração Pública e o Departamento de Simplificação Normativa. Responsabilidades divididas e ausência de coordenação formal podem ter sido a causa de resultados limitados da política regulatória do governo anterior. A partir de novembro de 2011, as estruturas responsáveis pela simplificação foram reagrupadas sob responsabilidade do Ministério da Administração Pública e Simplificação, o que levou a uma consolidação do arcabouço institucional²⁹¹. Atualmente, o Departamento responsável pela simplificação é o da Função Pública, pertencente ao Ministério da Administração Pública²⁹².

Não obstante, o caminho para a elaboração de regulação é mais imediato para servidores públicos do que opções para o desenvolvimento de instrumentos alternativos. Paralelamente, há uma tendência para implementar programas de governo através de decretos legislativos e decretos-leis. Como resultado, o sistema legal italiano é um exemplo de contínuo acúmulo de regulação que deve ser frequentemente diminuído²⁹³.

Especificamente quanto às questões atinentes à contratação pública local e a regulação, Francesco Decarolis e Cristina Giorgiantonio apresentam quatro recomendações para que problemas cruciais sejam sanados. Seu primeiro enfoque está direcionado ao aperfeiçoamento da transparência e da qualidade da informação²⁹⁴. Para que isto ocorra, sugerem o estabelecimento de um observatório para monitorar as reformas adotadas pelas autoridades regionais e locais²⁹⁵.

²⁹¹ Cfr. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Better regulation in Europe: Italy*, in Executive Summary, 2012, pág. 18.

²⁹² Cfr. MINISTRO PER LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE, *Semplificazione*, 2021, disponível em [Semplificazione \(funzionepubblica.gov.it\)](http://funzionepubblica.gov.it).

²⁹³ Cfr. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Better regulation in Europe: Italy*, in Executive Summary, 2012, pág. 20.

²⁹⁴ Cfr. Francesco DECAROLIS, Cristina GIORGIANTONIO, *Local public procurement regulations: the case of Italy*, in International Review of Law and Economics, vol. 43, 2015, pág. 222.

²⁹⁵ A este respeito, salientam que “[t]he legal framework for the award of public work contracts is not only extremely complex, but also difficult to find out about. In fact, the analysis of regional, provincial and municipal rules has shown that there is no single centre to acquire the relevant regulations, but that there are different and often heterogeneous sources of law”. Apresentam alguns exemplos pontuais, como “the Institute for regional innovation and transparency in public procurement and environmental compatibility – Itaca”, “the online procurement portal”, e com esfera limitada ao Vêneto, “the activities of the portal Venetoappalti.it”, embora não deixem de constatar que “[t]hese initiatives are useful and worthy of appreciation, but have just a partial sphere (for example, municipal and provincial regulations are excluded) and do not allow us to fully reconstruct the legal framework in force”. *Ibidem*, págs. 222-223.

Além disto, urge reformar o processo de coleta de dados referentes à contratação pública e esta questão possui relevante pertinência com o objeto de estudo da presente investigação. Em 2000, a Autoridade Italiana para a Supervisão de Contratos Públicos para obras, serviços e fornecimentos (AVCP) estabeleceu uma base de dados de contratos públicos denominada “Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici (BDNCP), que é uma ferramenta útil para monitorar o desempenho do sistema de contratação pública e identificar as áreas de maior ineficiência. Entretanto, a base de dados apresentou sinais da presença de mau funcionamento devido ao processo de coleta de dados. Em geral, as informações relativas a um contrato são submetidas pela autoridade de contratação utilizando um *software* especial que transfere as informações para um Observatório Regional, ao qual a autoridade pertence e logo após o Observatório Regional as transfere para o Observatório da AVCP. Desta forma, este Observatório não possui controle direto sobre as informações enviadas pelas autoridades de contratação, dependendo em demasia da atuação dos Observatórios Regionais, o que conduz a discrepâncias substanciais quanto à integridade e precisão dos dados coletados²⁹⁶.

Para corroborar tal assertiva, Francesco Decarolis e Giuliana Palumbo analisaram as bases de dados ativas até maio de 2008. Em sua investigação, observaram que nenhum contrato entre os que foram pactuados na Basilicata e Campânia entre 2000 e 2008 puderam ser analisados devido à ausência ou inadequação de comunicação relacionada ao custo e duração da execução das obras públicas²⁹⁷. A este respeito, Decarolis e Giorgiantonio asseveraram que problemas quanto à coleta de informações, especialmente concernentes à fase de execução do contrato, “affect the entire universe of contracting authorities, given that there is an inadequate system of incentives and penalties for incorrect or incomplete communications”²⁹⁸.

²⁹⁶ Cfr. Francesco DECAROLIS, Cristina GIORGIANTONIO, *Local public procurement regulations: the case of Italy*, in *International Review of Law and Economics*, vol. 43, 2015, pág. 223.

²⁹⁷ Cfr. Francesco DECAROLIS, Giuliana PALUMBO, *La rinegoziazione dei contratti di lavori pubblici: un’analisi teorica e empirica*, in Fabrizio BALASSONE, Piero CASADIO, *Le infrastrutture in Italia: dotazione, programmazione, realizzazione*, Roma, Banca d’Italia, 2011, pág. 494.

²⁹⁸ Cfr. Francesco DECAROLIS, Cristina GIORGIANTONIO, *Local public procurement regulations: the case of Italy*, in *International Review of Law and Economics*, vol. 43, 2015, pág. 223. Os Autores enumeram as seguintes medidas como sugestões para dirimir estas questões: “(i) the elimination of the Regional Observatories which, from the technical point of view, are only an obstacle to the proper functioning of the public works contracts database – BDNCP; (ii) the assignment to the AVCP of real powers to impose sanctions against contracting authorities that do not comply with the communication requirements; (iii) the duty for the AVCP to make public on a regular basis the results of monitoring the completeness of the BDNCP and sanctions taken against contracting authorities”.

Em complementação quanto ao aperfeiçoamento da transparência e da qualidade da informação, Decarolis e Giorgiantonio sugerem a garantia de maior acesso às informações atinentes à contratação pública. Consideram ser essencial que se garanta total acessibilidade aos dados sobre este tipo de contratação. Desta forma, de fato, todos os cidadãos podem, pelo menos em potencial, monitorar a atuação da Administração Pública²⁹⁹.

Tiziana Alti discorre acerca do longo caminho da transparência administrativa em Itália, trazendo à baila dois exemplos de legislação promulgados como uma resposta às consequências negativas da opacidade das informações sobre o funcionamento do aparato estatal com referência ao direito a uma relação igualitária entre os cidadãos e o Estado. Por estas razões, a Lei n. 241/1990 é notável por vincular o procedimento administrativo ao critério da publicidade (em conjunto com o da economia e eficácia). Representa o marco inicial do surgimento da transparência e do direito de participação. O segundo passo fundamental no caminho da transparência administrativa é o Decreto Legislativo n. 33/2013, que reúne uma série de princípios – transparência, igualdade, imparcialidade, bom desempenho, responsabilidade, integridade, lealdade, eficácia, eficiência quanto ao uso de recursos públicos – com o objetivo de se obter o acesso total. Com a Circular n. 2 de 2013, o Departamento da Função Pública divulgou a todos os órgãos da Administração Pública o conteúdo e métodos de aplicação do Decreto de Transparência, apresentando-o como uma “misura fondamentale per la prevenzione della corruzione” e uma oportunidade para destacar o “corretto agire amministrativo, alimentando per tale via la fiducia dei cittadini nell’amministrazione”. Neste sentido, a Administração Pública apresenta uma esfera adicional em relação às obrigações de transparência, o de trazer à tona não somente distorções, mas boas práticas de funcionamento. Alti afirma que “[c]on il Decreto Trasparenza del 2013 viene definitivamente fissata la relazione causa-effetto tra la disponibilità di accesso alle informazioni riguardanti le pubbliche amministrazioni, e il manifestarsi di situazioni di potenziale illecito e conflitto di interessi³⁰⁰”.

²⁹⁹ *Ibidem*. Os Autores salientam os seguintes aspectos: “[i]t should be noted that only since 2013 the AVCP has activated the first portal of public procurement in Italy [...], with the aim to make public the information provided by the contracting authorities. However, such advertising is only related to the tenders held since January 11th, 2011 and covers a limited subset of the information for which there is an obligation to transmit”. Cabe esclarecer que atualmente este portal está disponibilizado através deste endereço eletrônico: ANAC: Portale dei dati aperti dell’Autorità Nazionale Anticorruzione.

³⁰⁰ Cfr. Tiziana ALTI, *Il lungo cammino della trasparenza amministrativa in Italia*, in Pietro PREVITALI, Raffaella PROCACCINI, Andrea ZATTI, *Trasparenza e anticorruzione tra enforcement e risk management*, Pavia, Pavia University Press, 2017, págs. 23-24.

A Autora ainda observa que a experiência internacional estimulou fortemente o processo de transparência administrativa em Itália, especialmente o diploma dos Estados Unidos denominado “Freedom of Information Act (FOIA)”, introduzido em 1967 para consentir aos cidadãos o conhecimento do próprio governo. Sob inspiração neste modelo, surgiu no ordenamento jurídico italiano o “Decreto Trasparenza del Consiglio dei Ministri” de maio de 2016. O Decreto Legislativo n. 97/2016 reordena as regras sobre obrigações de divulgação, transparência e disseminação de informações pelos órgãos administrativos com a intenção de garantir que qualquer pessoa tenha acesso a qualquer documento ou dados, com as exceções previstas na lei. O novo Decreto, ao reconhecer o direito generalizado de acesso e a informações ulteriores atinentes às obrigações de publicação, superou a lacuna das experiências internacionais, emancipando-se das limitações do Decreto de Transparência de 2013³⁰¹.

Em continuação às quatro recomendações sobre questões atinentes à contratação pública local e a regulação, Francesco Decarolis e Cristina Giorgiantonio aludem à uma maior coordenação de reformas entre os níveis central e local como segunda recomendação. Desta forma é possível evitar a repetição de erros do passado, identificar melhores práticas e maximizar o potencial valor agregado devido à proximidade entre regiões e autoridades locais. Para estas finalidades, os Autores apresentam as seguintes medidas: “(a) Strengthening of connecting channels between the state, regions and local authorities; (b) Creating *ad hoc* technical structures”³⁰².

Sua terceira recomendação está direcionada ao aprimoramento do papel das autoridades setoriais, com o propósito de se assegurar um melhor funcionamento do sistema de contratação pública e criar um forte incentivo para comportamentos que estejam mais alinhados com a regulação nacional e da União Europeia. Para que isto

³⁰¹ *Ibidem*, pág. 27. Enrico Carloni também analisa esta temática ao se referir ao novo direito geral de acesso. O Autor compara o instituto do acesso cívico contido no Decreto Legislativo de 2013 com a introdução do instituto do acesso generalizado previsto no Decreto Legislativo de 2016. Cfr. Enrico CARLONI, *El sistema de la lucha contra la corrupción en Italia. Características, tendencias y problemas abiertos*, in REALA Nueva Época, n.º 7, maio 2017, págs. 98-99.

³⁰² Cfr. Francesco DECAROLIS, Cristina GIORGIANTONIO, *Local public procurement regulations: the case of Italy*, in *International Review of Law and Economics*, vol. 43, 2015, pág. 224. Especificamente quanto aos itens: “(a) it is necessary to ensure a closer link in the process of rule-making between the central and local levels, in order to select best practices and ensure their implementation at the national level; [...] (b) it would be desirable to create *ad hoc* technical structures (for example, within the AVCP), with tasks of analysis and study of the reforms at the local level for the award of public works contracts, with the aim – on the one hand – to derive information about the specific characteristics of the area to which they relate (for example, greater or lesser exposure to the risk of corruption or collusion); on the other, to find regulatory solutions best suited to the characteristics identified above. These technical structures should also have an advisory role, in order to guide national and regional legislation in the public procurement sector”.

ocorra, sugerem: “(a) Strengthening the powers of the Competition Authority; (b) Strengthening the advocacy powers of the AVCP”. Como quarta recomendação apontam aperfeiçoamentos na legislação nacional para que autoridades regionais e locais possuam menor interesse quanto à sua modificação. Sugerem, especificamente: “(a) Limitations on automatic exclusion (AB auctions); (b) More use of the most economically advantageous criterion (SR auction); (c) Combating corruption”³⁰³.

A contratação pública em Itália é regida pelo Decreto Legislativo 50/2016, de 18 de abril de 2016, promulgado em 19 de abril. Trata-se do novo Código de Contratos Públicos (*Codice dei Contratti Pubblici*). Sara Valaguzza aponta o artigo 213, parágrafo 2, ao se referir a um novo ciclo regulatório, *in verbis*: “[n]el nuovo codice dei contratti pubblici, all’art. 213, comma 2, è attribuito all’Autorità Anticorruzione il potere di adottare linee guida, bandi tipo, contratti tipo e ‘altri strumenti di regolazione flessibile comunque denominati’”, para então asseverar: “[l]a regolazione flessibile fa dell’Autorità Anticorruzione la protagonista di un nuovo ciclo regolatorio”³⁰⁴.

A “Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC)” é uma autoridade administrativa independente italiana que se converteu no principal protagonista da evolução do sistema administrativo italiano em um curto espaço de tempo consoante as considerações de Enrico Carloni. Tal afirmação é resultado de uma situação na qual esta Autoridade é responsável por três macro áreas: a luta contra a corrupção, a transparência (entendida essencialmente como a obrigação de publicação) e a contratação pública³⁰⁵.

Carloni destaca o papel da ANAC a partir do sistema delineado no novo Código de Contratos Públicos de 2016 com a concentração em uma única autoridade independente a matéria sobre a luta contra a corrupção e a contratação pública, em

³⁰³ *Ibidem*, págs. 224-225. Os Autores salientam os seguintes aspectos em relação à terceira recomendação: “(a) [t]he innovation [...] is aimed at strengthening the powers of the Competition Authority to increase the deterrence against anti-competitive choices made by local authorities; [...] (b) [i]t would also be appropriate to strengthen the advocacy powers of the AVCP relating to public procurement, in particular extending these powers to cases in which, performing its procedural functions, it finds local legislation or administrative acts adopted in breach of national regulations on public works contracts”. Quanto à quarta recomendação, os Autores esclarecem: “(a) the automatic exclusion mechanism should be barred or drastically restricted, provided that this is accompanied by stronger measures against breach of contract by the eventual awardee; (b) [i]n view of the technical and procedural difficulties, this would require a central adjudicating entity to compensate for the lack of technical capabilities among local authorities in particular; (c) [t]he assignment of greater discretionary power to general government should be counterbalanced by strengthening anti-corruption measures, in view among other things of the risk of criminal infiltration in the Italian procurement sector. Controls on subcontracting should be strengthened”.

³⁰⁴ Cfr. Sara VALAGUZZA, *Governare per contratto. Como creare valore attraverso i contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, pág. 165.

³⁰⁵ Cfr. Enrico CARLONI, *El sistema de la lucha contra la corrupción en Italia. Características, tendencias y problemas abiertos*, in REALA Nueva Época, n.º 7, maio 2017, pág. 90.

especial quanto à qualificação de empresas a partir de regras rígidas de exclusão. Estas regras estão vinculadas às suas faculdades de supervisão e controle não somente de documentos, mas consoante previsão do artigo 80 do Código: “la intención es claramente la de excluir de las relaciones contractuales con las administraciones públicas a los sujetos ‘de riesgo’ en sus variadas formas (porque, por ejemplo, están vinculados a asuntos de corrupción, lavado de dinero, declaraciones falsas, fraude, infiltración de la máfia, etc.)”³⁰⁶.

A relevância do novo ciclo regulatório mencionado acima exsurge em suas características, conforme dispõe Sara Valaguzza: “in negativo, dalla tendenza a non introdurre precetti rigidi ed assoluti e, in positivo, dall’essere ampiamente dialogico, ossia permeabile alle esigenze dei soggetti regolati”. A Autora destaca um aspecto relacionado à via preventiva nesta caracterização, pois os sujeitos regulados são consultados preventivamente como ocorre sob as premissas da “strategic regulation”³⁰⁷.

A regulação estratégica objetiva uma legitimação que não seja eletiva, nos moldes democráticos, mas reconhece um papel participativo aos *stakeholders* como atores do procedimento regulatório, “sia nella selezione degli interessi generali che meritano un intervento *lato sensu* normativo, sia nella scelta delle regole da introdurre”, consoante aduz Valaguzza³⁰⁸.

O novo ciclo regulatório introduz uma das mais importantes novidades, consoante análise de Luisa Torchia acerca do artigo 213, parágrafo 2, supramencionado. Trata-se da atribuição à ANAC de significativos poderes de vigilância do setor, dotados inclusive de poderes de regulação exercitáveis mediante instrumentos de regulação flexível. A Autora discorre sobre a diferença em face da expressão “soft law” de origem anglo-saxônica: “[l]a *soft law* si caratterizza in genere, infatti, come autoregolazione adottata da soggetti che operano in attività o su mercati per i quali non vale né una unica regolazione pubblica nazionale, né una sicura disciplina internazionale”³⁰⁹. Torchia

³⁰⁶ *Ibidem*, pág. 100.

³⁰⁷ Cfr. Sara VALAGUZZA, *Governare per contratto. Como creare valore attraverso i contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, pág. 165.

³⁰⁸ Cfr. Sara VALAGUZZA, *La regolazione strategica dell’Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, n.º 1, 2016, pág. 16. Neste sentido, a Autora explica: “la ricerca della interazione tra sfera pubblica e privata e il coinvolgimento preventivo com gli operatori del settore sono molto curati dall’Autorità nazionale anticorruzione, che ricorre di frequente, anche laddove sia facoltativo, alla consultazione con gli attori del mercato dei contratti pubblici, nell’ottica di attuare quell’analisi preliminare e successiva dell’impatto della regolazione che permette a quest’ultima di essere realmente contestualizzata e, per conseguenza, efficiente”.

³⁰⁹ Cfr. Luisa TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, n.º 2, 2016, pág. 73. A Autora complementa: “[s]i tratta quindi di un diritto per definizione atipico, composto di regole basate sul consenso e la cui efficacia dipende dall’adesione dei soggetti

sublinha um relevante aspecto desta nova atribuição: os problemas que eventualmente possam surgir devido ao aparente oxímoro da fórmula normativa que reúne flexibilidade e vinculação: “[l]a formula del Codice sembra far pensare [...] ad una regolazione flessibile quanto alla produzione, ma vincolante quanto agli effetti”. A Autora pondera que a Corte Constitucional italiana deve se ocupar desta questão³¹⁰.

4. Regulação da contratação pública em Portugal

Em junho de 2011 ocorreu a celebração de um Memorando de Entendimento entre o Governo da República Portuguesa, a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional para assegurar que as autoridades nacionais de regulação possuíssem a necessária independência e recursos para exercer suas responsabilidades. Para atingir este objetivo, houve a previsão de elaboração de um estudo independente por especialistas internacionalmente reconhecidos sobre as responsabilidades, recursos e características determinantes do nível de independência das principais autoridades nacionais de regulação. Este estudo deveria cotejar práticas para designação de titulares de órgãos, responsabilidades, independência e recursos de cada autoridade nacional de regulação em relação às melhores práticas internacionais. Iria cobrir também o âmbito de operações setoriais dos reguladores, seus poderes de intervenção, assim como os mecanismos de coordenação com a Autoridade da Concorrência. Além disso, deveria apresentar uma proposta de implementação das melhores práticas internacionais identificadas com base neste estudo para reforçar a independência dos reguladores onde necessário, em consonância com o direito da União Europeia³¹¹.

Luís Silva Morais, ao tecer comentários acerca dos antecedentes e pressupostos da Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras de Portugal, assinala que o referido estudo foi apresentado em 2012 destacando que “a motivação básica foi o reforço de estruturas de regulação autónomas ou com grau especial de autonomia”³¹².

interessati, che raramente danno adito a controversie e difficilmente sono sottoposte al sindacato di un vero e proprio giudice, mentre possono essere oggetto di arbitrato”.

³¹⁰ *Ibidem*, pág. 74.

³¹¹ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Portugal - Memorandum of understanding on specific economic policy conditionality*, 17 Maio 2011, pág. 35, disponível em PORTUGAL (europa.eu).

³¹² Cfr. Luís Silva MORAIS, *Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras – algumas questões essenciais e justificação do perímetro do regime face às especificidades da supervisão financeira*, in *Revista de Concorrência e Regulação*, ano V, n.º 17, janeiro-março 2014, pág. 102. O Autor ressalta, em referência ao

Convém discorrer, aprioristicamente, sobre alguns aspectos da classificação atinente à administração indireta independente na literatura portuguesa sobre o tema. Em consonância com as lições de João Caupers, há a distinção entre administração estadual e autónoma, sendo que a atividade administrativa pública é desenvolvida em parte em âmbito do Estado (administração estadual) e em parte fora deste (administração autónoma). A administração estadual classifica-se como direta ou indireta (instrumental). A primeira é exercida por órgãos e serviços da pessoa coletiva pública estatal, enquanto a segunda é exercida por pessoas coletivas distintas do Estado, “mas que este criou – ou em cuja instituição participou activamente”³¹³.

José Carlos Vieira de Andrade apresenta a seguinte classificação em referência às administrações estaduais indiretas: administrações indiretas públicas (institutos públicos, fundos públicos e entidades públicas empresariais); administrações indiretas privadas (empresas públicas, fundações públicas com regime de direito privado e cooperativa de interesse público); administração indireta independente (autoridades de supervisão e regulação da economia). Vieira de Andrade alude à Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, que aprovou a Lei-Quadro das autoridades de supervisão e regulação da economia, em referência à classificação alusiva à administração indireta independente. Trata-se do objeto de estudo do presente item. Consoante a definição da Lei em questão, são “entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado, público, cooperativo e social”³¹⁴.

São aplicáveis às entidades reguladoras regidas pela Lei em questão: o Código do Procedimento Administrativo, as leis do contencioso administrativo (quando estejam em causa atos praticados no exercício de funções públicas de autoridade e contratos de natureza administrativa), o regime da contratação pública, assim como o regime de inspeção e auditoria dos serviços do Estado (artigo 5.º, n.º 2). Quanto ao processo de criação, só podem ser criadas para a prossecução de atribuições de regulação de atividades económicas que recomendem, face à necessidade de independência no seu desenvolvimento, a não submissão à direção do Governo (artigo 6.º, n.º 1). Vieira de Andrade observa, no entanto, que as autoridades administrativas reguladoras “sofrem de

estudo supramencionado: “[t]ratou-se mais concretamente de Relatório apresentado pelo Consultor ATKerney – Relatório sobre Autoridades Reguladoras Nacionais (maio – junho de 2012) – o qual não foi submetido a discussão pública”.

³¹³ Cfr. João CAUPERS, *Introdução ao direito administrativo*, Âncora, Lisboa, 2000, pág. 91.

³¹⁴ Cfr. José Carlos Vieira de ANDRADE, *Lições de direito administrativo*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 5.ª ed., 2017, pág. 119.

alguma *influência* do Governo, que nomeia os titulares dos respectivos órgãos de direcção”³¹⁵.

Tal entendimento é perfilhado por Luís Silva Morais, o qual considera equivocada a expressão “independente”, “pois há uma dimensão de *accountability* e de resposta necessária destas autoridades de regulação perante órgãos políticos democraticamente eleitos que não pode ser esquecida”³¹⁶. O Autor analisa, neste sentido, as especificidades quanto ao modelo regido pela Lei-Quadro, especificamente considerado como um modelo de regulação económica autónoma, através do estabelecimento de três tipos de requisitos relativos à delimitação do perímetro e categoria das Autoridades Reguladoras Autónomas. O primeiro diz respeito a atributos específicos “que materializem uma qualidade de *independência*”. O segundo “corresponde ao *enquadramento da respetiva gestão financeira e patrimonial*” e o terceiro se refere “a *condições*, por um lado, para a *criação* ou, por outro lado, para *extinção, fusão ou cisão destas autoridades*”³¹⁷.

José Carlos Vieira de Andrade alude à especificidade institucional e ao grau adequado de autonomia decisória advindos de “regimes individualizados, estabelecidos nas leis ou decretos-leis da respectiva criação, que, para além da definição das respectivas atribuições e poderes”, asseguram tais aspectos³¹⁸. Este conjunto de atributos corresponde aos progressos consideráveis encetados pelo Centro Jurídico da Presidência do Conselho de Ministros (CEJUR), responsável pelo programa “Legislar Melhor”, juntamente com a Agência para a Modernização Administrativa (AMA), responsável pelo programa “Simplex” e a Secretaria de Estado da Modernização Administrativa (SEMA). Neste contexto, Portugal obteve grandes realizações quanto ao desenvolvimento e implementação de políticas públicas para melhor regulação em um curto período de tempo. Durante um lapso temporal inferior a três anos, o governo iniciou estes programas para aperfeiçoar a qualidade jurídica (Legislar Melhor) e para reduzir os entraves administrativos (Simplex). Este último programa estendeu-se às municipalidades

³¹⁵ *Ibidem* (grifos do Autor).

³¹⁶ Cfr. Luís Silva MORAIS, *Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras – algumas questões essenciais e justificação do perímetro do regime face às especificidades da supervisão financeira*, in *Revista de Concorrência e Regulação*, ano V, n.º 17, janeiro-março 2014, págs. 102-103.

³¹⁷ *Ibidem*, págs. 104-105 (grifos do Autor).

³¹⁸ Cfr. José Carlos Vieira de ANDRADE, *Lições de direito administrativo*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 5.ª ed., 2017, pág. 121.

(Simplex Autárquico), em conjunto com um grande programa para o desenvolvimento de *e-Government*³¹⁹.

Estes programas foram realizados em sintonia com as recomendações da Comissão Europeia com vistas à simplificação de leis. Hodiernamente, há três programas nesta seara. O programa “Regulatory Fitness and Performance (REFIT)” foi implementado em 2012 para simplificar a legislação da União Europeia e reduzir custos desnecessários da regulação e ainda assim atingir seus objetivos. A partir de 2021, todas as propostas legislativas relevantes da Comissão de trabalho deste programa estarão sujeitas à abordagem “One In, One out”. Através dela, cada proposta legislativa que crie novos entraves deve aliviar as pessoas e as empresas de um entrave equivalente referente à mesma área de políticas públicas na União Europeia. O programa “Fit for Future Platform”, através do qual um grupo especializado de alto nível, composto de autoridades nacionais, regionais e locais dos Estados-Membros, Comitê Europeu Econômico e Social e *stakeholders* representantes de empresas e organizações não-governamentais, auxilia a Comissão quanto ao aperfeiçoamento das leis da União Europeia. Isto é realizado através do recolhimento de dados, evidências e contribuições sobre o potencial de simplificação da legislação em vigor e posterior emissão de pareceres para a Comissão, inclusive em consideração às oportunidades de digitalização. Qualquer pessoa pode propor simplificação de leis da União Europeia através do portal “Have Your Say”. Finalmente, o programa “Evaluation and fitness checks” é utilizado para avaliar se as leis, políticas e programas de financiamento estão obtendo os resultados esperados com custo mínimo³²⁰.

Diana Ettner e João Tiago Silveira realizaram análise atinente ao movimento designado “Better Regulation”, proposto pela Comissão Europeia em parceria com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, com ênfase no programa de simplificação legislativa adotado em Portugal entre maio de 2010 e junho de 2011, o SIMPLEGIS. Preliminarmente, os Autores identificam movimentos que se configuraram como as principais iniciativas para implementação de “Better Regulation” em Portugal até 2009, classificando-os em quatro grupos: as iniciativas do Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça (GPLP); a comissão para a

³¹⁹ Cfr. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Better regulation in Europe: Portugal*, OECD Publishing, 2010, pág. 29.

³²⁰ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Better regulation: why and how*, disponível em [Better regulation: why and how | European Commission \(europa.eu\)](https://ec.europa.eu/better-regulation/).

Simplificação Legislativa; programa estratégico para a qualidade e eficiência dos atos normativos do governo; e programa “Legislar Melhor”³²¹.

O Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça (GPLP) obteve sucesso quanto à concretização de metodologias baseadas em “ciências auxiliares na elaboração de propostas legislativas, no estudo e análise com base em dados estatísticos e informação quantitativa e na realização de debates públicos alargados, com ampla divulgação de informação”, consoante as exposições dos Autores³²².

Em referência à Comissão para a Simplificação Legislativa, cumpre ressaltar que sua criação ocorre entre dois marcos históricos que demonstram o empenho para o desenvolvimento de políticas para uma melhor regulação: a Lei n.º 74/1998, de 11 de novembro, que versa sobre publicação, identificação e formulário dos diplomas e o “Plano de Acção para a Sociedade da Informação”, em 2003³²³. Apesar de ter sido criada com o propósito de analisar e apresentar situações nas quais se justifique a deslegalização ou desregulamentação, com incentivo à auto-regulação, em consonância com o n.º 4 da Resolução do Conselho de Ministros n.º 29/2001, de 15 de fevereiro, Ettner e Silveira esclarecem que “[o]s resultados dos trabalhos da Comissão não se concretizaram em nenhuma medida efetivamente adotada, mas antes em estudos, na identificação de boas práticas e adoção de linhas que, mais tarde, ajudaram a conceber e concretizar outras iniciativas de simplificação legislativa”³²⁴.

No programa estratégico para a qualidade e eficiência dos atos normativos do governo originaram-se os estudos técnicos que resultaram em propostas para a simplificação legislativa. Tais propostas embasaram o programa “Legislar Melhor”. Este programa foi aprovado pelo Resolução do Conselho de Ministros n.º 63/2006, de 4 de maio. Ettner e Silveira destacam os seguintes resultados: “o acesso universal e gratuito ao Diário da República Electrónico e a criação do teste SIMPLEX para avaliação legislativa prévia”³²⁵.

³²¹ Cfr. Diana ETTNER, João Tiago SILVEIRA, *Programas de Better Regulation em Portugal: o SIMPLEGIS*, in e-Pública Revista Electrónica de Direito Público, vol. I, n.º 1, janeiro 2014, págs. 206-207.

³²² Ettner e Silveira aludem à Reforma do Contencioso Administrativo, revisão do regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e Reforma da Acção Executiva como exemplos de aplicação desta metodologia. Outros exemplos citados são alusivos à melhoria da qualidade da legislação, como “Legística – Perspectivas sobre Concepção e Redacção de Actos Normativos”, “Guia de avaliação de impacto normativo” e “Leis da Justiça”. *Ibidem*, págs. 208-209.

³²³ Cfr. CONSELHO DE MINISTROS DE PORTUGAL, *Uma nova dimensão de oportunidades. Plano de Acção para a Sociedade da Informação*, Junho de 2003, disponível em [5_PA_SI_comp.qxp \(purl.pt\)](#).

³²⁴ Cfr. Diana ETTNER, João Tiago SILVEIRA, *Programas de Better Regulation em Portugal: o SIMPLEGIS*, in e-Pública Revista Electrónica de Direito Público, vol. I, n.º 1, janeiro 2014, págs. 209-210.

³²⁵ *Ibidem*, pág. 212.

Os resultados da avaliação do teste Simplex realizada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico demonstraram que este teste introduziu uma política embrionária para análise de impacto regulatório *ex ante*. Contudo, houve algumas recomendações a seu respeito. A primeira delas diz respeito ao dinamismo da abordagem, pois o teste Simplex foi considerado estático. Análises de impacto *ex ante* sugerem um processo dinâmico ao longo do tempo. Além disto, recomendou-se ampliar o escopo das avaliações, em consonância com o princípio da proporcionalidade. Neste sentido, salientou-se que “[t]he overall aim should be to get the right balance as the current version of the *Simplex* test is both too long and complex, and at the same time offers an inadequate basis for capturing effectively the full consequences of a proposed regulation”. Outro ponto de destaque se refere à importante questão da transparência. Os resultados do teste Simplex permaneciam confidenciais, até mesmo para o governo. A confidencialidade poderia ser justificável na fase inicial de lançamento e implementação da nova política. No entanto, torna-se necessário determinar quando e como o teste pode ser comunicado às partes interessadas e ao Parlamento. A consulta pública também deve ser objeto de aperfeiçoamento³²⁶.

De maneira abrangente, recomendou-se que o apoio institucional para a análise de impacto deveria ser reforçado. O Centro Jurídico da Presidência do Conselho de Ministros (CEJUR), responsável pelo programa “Legislar Melhor”, possuía a responsabilidade formal quanto ao monitoramento da análise de impacto. Todavia, como um centro jurídico responsável pela qualidade da elaboração, não possuía as competências econômicas necessárias ou recursos para monitorar um processo de análise de impacto mais robusto³²⁷.

Ettner e Silveira cotejam os programas supramencionados com o programa de simplificação legislativa adotado em Portugal entre maio de 2010 e junho de 2011, o SIMPLEGIS. Para os Autores, “[a]o contrário de experiências anteriores, [...] que foram precedidas da aprovação de uma Resolução do Conselho de Ministros, este não foi um programa formalizado através de um ato dessa natureza por parte do Governo, tendo antes sido assumido publicamente e objeto de apresentação à sociedade”³²⁸. Ettner e Silveira elencam seus três objetivos essenciais da seguinte maneira: “i) ter menos leis e mais

³²⁶ Cfr. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Better regulation in Europe: Portugal*, OECD Publishing, 2010, págs. 18-19.

³²⁷ *Ibidem*, pág. 19.

³²⁸ Cfr. Diana ETTNER, João Tiago SILVEIRA, *Programas de Better Regulation em Portugal: o SIMPLEGIS*, in e-Pública Revista Electrónica de Direito Público, vol. I, n.º 1, janeiro 2014, págs. 212-213.

simplificação legislativa, ii) mais acesso à informação legislativa e iii) melhor aplicação das leis”³²⁹.

Tais objetivos e posteriores implementações comprovam resultados tangíveis que já haviam sido pormenorizados pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, especialmente quanto ao aperfeiçoamento da regulação, *in verbis*: “easier access to regulation (websites of Official Gazette and the parliament), codification, and publication of rules of procedures for the preparation of regulation”³³⁰. A este respeito, destaca-se a possibilidade quanto à utilização de alternativas à regulação. O teste Simplex e sua nota explanatória anexados às propostas de regulação enviadas para o Conselho de Ministros incluíam matéria acerca desta utilização: “[w]hen completing the *Simplex* test officials have to examine the possibility of alternatives to regulation, namely self-regulation, co-regulation, the approval of codes of conduct or the adoption of contractual mechanisms to enforce the policies at hand”. No entanto, não houve suficiente material de orientação disponível sobre este assunto³³¹.

Pedro Costa Gonçalves analisa a temática do contrato regulatório, como uma aplicação particular do contrato administrativo, notadamente à época da publicação do referido relatório da OCDE. Para o Autor, “a figura do contrato regulatório procura recortar o fenómeno da utilização do contrato como um *instrumento* ou *mecanismo jurídico* ou como uma *estratégia* de implementação de regulação pública administrativa”³³².

Gonçalves utiliza a associação do contrato à autonomia para discorrer acerca da ligação entre o contrato e a regulação em acepção genérica, como “orientação de condutas e disciplina de relações entre pessoas”. Perquire-se, portanto, sobre a “dimensão reguladora do contrato”, trazendo à baila até mesmo a posição de Peter Vincent-Jones, que concebe “o contrato como uma figura desprovida da nota da obrigatoriedade jurídica”³³³.

Vincent-Jones esclarece que “the ‘reality’ of government contracts is not dependent on the quality of legal enforceability at private law or on legal recognition

³²⁹ *Ibidem*, pág. 214. Os Autores complementam o seguinte, quanto aos objetivos: [n]a sua formulação, estes três objetivos do SIMPLEGIS representam três perspectivas de atuação diferentes prosseguidas por este programa, que se complementam, na sua concretização final”.

³³⁰ Cfr. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Better regulation in Europe: Portugal*, OECD Publishing, 2010, pág. 15.

³³¹ *Ibidem*, pág. 77.

³³² Cfr. Pedro Costa GONÇALVES, *Regulação administrativa e contrato*, in Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, n.º 35, 2011, pág. 105 (grifos do Autor).

³³³ *Ibidem*, págs. 106-107.

more generally. Legal enforceability is neither a crucial element in the definition of public contracts, nor a particularly useful point of departure for their classification”³³⁴.

Ao delinear os contornos da regulação, Gonçalves utiliza-se do tópico da auto-regulação em referência à figura do contrato, da seguinte maneira: “o contrato aparece associado à noção de regulação, revelando-se como mecanismo de auto-regulação, uma vez que a juridicidade da regulação nele acolhida é, não só desejada, como sobretudo produzida pelos próprios *sujeitos da regulação*”. Todavia, faz uma importante ressalva: “o fato de a regulação administrativa ter origem pública não impede [...] que se revele nas vestes de uma auto-regulação”³³⁵.

Na exteriorização da auto-regulação, especificamente na modalidade da correção, na qual a definição e concretização da política regulatória são partilhadas entre regulador e regulados³³⁶, exsurge a regulação pública por contrato e por agência e, por consequência, o contrato regulatório. Nesta seara, Gonçalves infere o objetivo que se busca por intermédio do entendimento contratual da regulação por agência: “remeter para o *direito dos contratos* a resposta para as múltiplas vicissitudes que se suscitem nas relações entre regulador e regulados”. E vai além: “[o] resultado da ‘leitura contratual’ conduzirá à diminuição da *discricionariedade regulatória*”³³⁷. O Autor, no entanto, refuta a doutrina que sustenta o entendimento contratual da regulação por agência, por entender que a regulação administrativa por contrato “coincide com a figura do contrato

³³⁴ Cfr. Peter VINCENT-JONES, *The New Public Contracting: regulation, responsiveness, relationality*, Oxford University Press, 2006, pág. 12. Sobre a posição de Vincent-Jones, Gonçalves aduz: “Vincent-Jones ocupa-se do contrato enquanto fundamento ou base de um ‘regime regulatório’, definindo este como a configuração histórica de políticas e instituições que conformam as relações entre o Estado, protagonistas de interesses sociais e actores económicos. [...] O tópico remete essencialmente para o contrato como mecanismo de um regime regulatório que opera *dentro* da esfera pública, entre várias estruturas e organismos inseridos na Administração Pública e entre essas estruturas e organismos e os respectivos agentes. Trata-se, a final, de, com fundamento no contrato, conceber em novos moldes o funcionamento e a operação das estruturas administrativas e o complexo de relações que se processam no seio da Administração Pública. Nestes termos, o contrato, compreendido como ponto de referência de condutas sem a nota da obrigatoriedade jurídica, acabou por se transformar na instituição jurídica fundamental da *Nova Gestão Pública*”. Cfr. Pedro Costa GONÇALVES, *Regulação administrativa e contrato*, in *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, n.º 35, 2011, pág. 107 (grifos do Autor).

³³⁵ Gonçalves sublinha “que a regulação administrativa encontra o seu sinal distintivo na circunstância de ser gerada por entidades da Administração Pública, no desempenho de uma função administrativa”. *Ibidem*, págs. 109-110.

³³⁶ Cfr. Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A crise e a regulação: o futuro da regulação administrativa*, in *A Crise e o Direito Público*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2013, pág. 114.

³³⁷ Cfr. Pedro Costa GONÇALVES, *Regulação administrativa e contrato*, in *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, n.º 35, 2011, pág. 129 (grifos do Autor).

regulatório: este é, pois, o contrato (explícito) através do qual se efectiva toda ou uma parte da regulação de um determinado mercado”³³⁸.

5. Regulação da contratação pública no Brasil

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao abordar o tema da função reguladora das agências no direito brasileiro, aduz que o uso da regulação no Brasil é bem mais recente ao se comparar com seu uso nos Estados Unidos, que remonta ao final do século XIX. Di Pietro observa que no Brasil o vocábulo surgiu “no âmbito constitucional, com a Constituição de 1988, com a menção ao Estado Regulador (art. 174), para definir o papel do Estado no domínio econômico, em substituição ao Estado Providência. Seu uso intensificou-se com a criação das agências reguladoras”³³⁹.

A Constituição Federal de 1988 propiciou maior abertura do mercado interno brasileiro ao capital estrangeiro. O monopólio estatal de serviços públicos passou por um processo de extinção total ou parcial que deu origem à transferência da execução destes serviços ao setor privado. Este processo culminou com o surgimento das agências reguladoras no ordenamento jurídico³⁴⁰. Conforme ensinamento de Odete Medauar, “as agências reguladoras criadas até o momento têm a natureza de autarquias especiais, integram a Administração Pública indireta e são vinculadas ao Ministério competente para tratar da respectiva atividade”³⁴¹. Atualmente, estas são as agências reguladoras federais existentes no Brasil: ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil, ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, ANCINE – Agência Nacional do Cinema, ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, ANP – Agência Nacional do Petróleo, ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres, ANTAQ – Agência Nacional de

³³⁸ O Autor considera, portanto, o contrato regulatório como alternativa ou complemento à regulação por agência. Para exemplificar, alude ao contrato de concessão: “a categorização de um contrato de concessão como regulatório enfatiza uma perspectiva de consideração daquele enquanto expressão de uma *estratégia regulatória* e, em particular, de uma opção por um modelo de regulação assente no consenso (auto-regulação) e não na hierarquia (hetero-regulação)”. *Ibidem*, págs. 131, 139-140 (grifos do Autor).

³³⁹ Cfr. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Parcerias na administração pública*, 5.^a ed., São Paulo, Atlas, 2006, pág. 203.

³⁴⁰ Artur Carnauba Guerra Sangreman Lima alude a este proceso: “no curso da década de 1990, foi editado o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, voltado para a redução do tamanho da máquina estatal, dando início a um processo de desestatização da Administração Pública, concretizado pela Lei 9.491/1997 (Programa Nacional de Desestatização – PND)”. Cfr. Artur Carnauba Guerra Sangreman LIMA, *A atividade regulatória do Estado e seus fundamentos*, in Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, vol. 89, n.º 2, jul-dez. 2017, pág. 215.

³⁴¹ Cfr. Odete MEDAUAR, *Direito administrativo moderno*, 6.^a ed. rev. e atual., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, pág. 87.

Transportes Aquaviários, ANM – Agência Nacional de Mineração, ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar e ANA – Agência Nacional de Águas³⁴².

Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca a grande dificuldade no direito brasileiro quanto ao sentido de regulação como novo tipo de direito. A Autora se refere ao fato de se ter adotado o “modelo das agências norte-americanas, mas não se adotou o procedimento de participação, que é o que dá legitimidade às normas por ela baixadas. É preciso, para suprir tal deficiência, que os poucos instrumentos de participação previstos nas leis instituidoras das agências sejam postos em prática”³⁴³.

Artenira da Silva e Silva, Edith Maria Barbosa Ramos e David Abdalla Pires Leal discorrem acerca do poder normativo das agências reguladoras no Brasil em relação à uma análise aprofundada que deve ser realizada por estudiosos do direito quanto à uma avaliação atinente à eventual extrapolação deste poder normativo. Para os Autores, esta avaliação deve ser realizada “a partir da figura dos *standards* (padrões) estabelecidos pela lei. Esses parâmetros, para tanto, devem ser interpretados de uma forma que não implique restrição dos poderes outorgados, tampouco em alargamento ilegal desses poderes”³⁴⁴.

Um outro ponto de relevo analisado pelos Autores diz respeito à isenção e autonomia das agências no desempenho de suas funções, por se tratar da execução de políticas de Estado, “definidas legalmente acima do âmbito de discricionariedade dos governos”. Todavia, ressaltam que “isto não nos permite dizer que essas agências gozem de autonomia política, pois a elas não é permitido definir quais políticas serão executadas, mas simplesmente lhes cabe a execução das políticas definidas legalmente de modo a concretizar os objetivos constitucionais”³⁴⁵.

Neste jaez, Diogo de Figueiredo Moreira Neto tece relevantes considerações. O Autor é enfático ao afirmar que a distinção entre discricionariedade político-administrativa e discricionariedade técnica é o elemento-chave para a determinação da

³⁴² Cfr. GOVERNO DO BRASIL, *Participação Social: Consultas – Agências Reguladoras*, disponível em Consultas - Agências Reguladoras — Português (Brasil) (www.gov.br).

³⁴³ Cfr. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Parcerias na administração pública*, 5.^a ed., São Paulo, Atlas, 2006, pág. 212. Em alusão à participação social, Diogo de Figueiredo Moreira Neto considera-a como “marca da modernidade e indicação do nível democrático de uma sociedade, devendo ser adotada tanto na descentralização autárquica, na direção das agências reguladoras, como na intensificação da descentralização social, contribuindo para a legitimidade corrente e finalística do emprego do poder estatal”. Cfr. Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, *Mutações de direito Administrativo*, 2.^a ed. atual. e ampl., Rio de Janeiro, Renovar, 2001, pág. 183.

³⁴⁴ Cfr. Artenira da Silva e SILVA, Edith Maria Barbosa RAMOS, David Abdalla Pires LEAL, *O poder normativo das agências reguladoras no Brasil: origem, conteúdo e limites*, in E-legis, Brasília, n.º 27, set./dez. 2018, pág. 33.

³⁴⁵ *Ibidem*, pág. 30.

melhor escolha, no sentido de que “está se ministrando não só o critério diferenciador entre os dois tipos de discricionariedade como o próprio fundamento de validade das normas reguladoras que devem ser baixadas pelas agências reguladoras”³⁴⁶. Para Moreira Neto, o critério de validade para as escolhas das agências reguladoras fundamentadas em discricionariedade técnica em detrimento da discricionariedade político-administrativa se efetiva se estas escolhas “são válidas na medida em que as motivações possam ser fundamentadas em termos de *racionalidade* e de *razoabilidade*, no que se distinguem [...] daquelas opções puramente administrativas que, por seu turno, serão válidas desde que possam ser sustentadas em termos de *razoabilidade*”³⁴⁷.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ressalva um aspecto importante neste contexto. A Autora assevera que “sempre se deve ter presente a ideia de que a lei não pode deixar flexibilidade (ou discricionariedade) para as agências baixarem normas em matéria de reserva de lei”. Tal observação foi necessária em decorrência de situações nas quais surgem irregularidades: “[à] medida que as agências vão se deparando com situações irregulares, com atividades que quebram o equilíbrio do mercado, que afetam a concorrência, que prejudicam o serviço público e seus usuários, que geram conflitos, elas vão baixando atos normativos para decidir esses casos concretos”.³⁴⁸

Eduardo Jordão *et al.* realizaram investigação sobre a produção legislativa do Congresso Nacional brasileiro sobre agências reguladoras. O papel de destaque assumido pelas agências reguladoras em pouco mais de vinte anos de sua instituição no Brasil revela-se no número de atos normativos por elas editados, “em número superior ao das leis editadas pelo Congresso Nacional”. Os Autores destacam, à guisa de introdução ao estudo elaborado, os seguintes pontos de relevo: realização de milhares de audiências e

³⁴⁶ Cfr. Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, *Mutações de direito Administrativo*, 2.ª ed. atual. e ampl., Rio de Janeiro, Renovar, 2001, pág. 169.

³⁴⁷ *Ibidem*, págs. 182-183.

³⁴⁸ Cfr. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Parcerias na administração pública*, 5.ª ed., São Paulo, Atlas, 2006, págs. 212-213. A Autora complementa esclarecendo que “[p]ara esse tipo de ato também não há óbice de ordem jurídica. Trata-se do tipo de atividade mais típica da função reguladora: ela vai organizando determinado setor que lhe está afeto, respeitando o que resulta das normas superiores (e que garantem o aspecto de estabilidade, de continuidade, de perenidade) e adaptando as normas às situações concretas, naquilo que elas permitem certa margem de flexibilidade ou de discricionariedade. São os dois aspectos [...] assinalados da regulação: estabilidade e flexibilidade”. Quanto ao relevante tópico referente às matérias de reserva de lei, Di Pietro enfatiza: “[o] que as agências não podem fazer, porque falta o indispensável fundamento constitucional, é baixar regras de conduta, unilateralmente, inovando na ordem jurídica, afetando direitos individuais, substituindo-se ao legislador. Esse óbice constitui-se no mínimo indispensável para preservar o princípio da legalidade e o princípio da segurança jurídica. Principalmente, não podem as agências baixar normas que afetem os direitos individuais, impondo deveres, obrigações, penalidades, ou mesmo outorgando benefícios, sem previsão em lei. Trata-se de matéria de reserva de lei, consoante decorre do artigo 5.º, II, da Constituição”.

consultas públicas, processos licitatórios, celebração de contratos de concessão dos serviços por elas regulados (assim como fiscalização de sua execução), apuração de infrações, imposição de sanções e mediação de conflitos entre regulados e usuários³⁴⁹. Ainda salientam que “[c]oube ao Congresso Nacional, por meio das leis que edita, atribuir autonomia financeira, administrativa e decisória às agências reguladoras federais”. No entanto, ao longo de sua existência, houve inúmeras tentativas de interferência em seu modo de funcionamento, com ênfase em sua autonomia financeira, rol de competências, estrutura organizacional e processos de tomada de decisão³⁵⁰.

Lucas de Souza Lehfeld discorre acerca da autonomia financeira das agências reguladoras no Brasil: “[a] autonomia financeira [...] versa sobre a disponibilidade de recursos humanos e infraestrutura material da agência, além da previsão de dotações previstas no orçamento da União, créditos especiais, transferências e repasses que lhe forem atribuídos”³⁵¹. Em observação sobre esta questão, Eduardo Jordão *et al.* salientam que “têm sido apresentadas proposições legislativas que cuidam especificamente de vedar práticas nocivas à autonomia financeira das agências”³⁵².

Já em referência à autonomia administrativa, Lehfeld esclarece que “em virtude da personalidade jurídica própria, possibilita à agência reguladora contratar e administrar em seu próprio nome, contrair obrigações e adquirir direitos, mas em consonância com o ordenamento jurídico vigente”³⁵³. Eduardo Jordão *et al.* ressaltam que “iniciativas legislativas que tratam de competência têm por objetivo definir o escopo de atuação das agências e os limites de sua autonomia administrativa e decisória”. De acordo com os resultados de sua investigação, as agências ANATEL, ANEEL, ANP e ANVISA foram alvo do maior número de proposições legislativas nesta seara. Todavia, “[r]estará a

³⁴⁹ Cfr. Eduardo JORDÃO *et al.*, *A produção legislativa do Congresso Nacional sobre agências reguladoras*, in Revista de Informação Legislativa (RIL), Brasília, ano 56, n.º 222, abr./jun. 2019, pág. 76.

³⁵⁰ *Ibidem*, pág. 77.

³⁵¹ Cfr. Lucas de Souza LEHFELD, *Controle das agências reguladoras. A participação-cidadã como limite à sua autonomia*, 416 f., tese, Doutorado em Direito do Estado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006, pág. 15. Em complementação, “[a] lei que cria o órgão regulador também pode estabelecer outras fontes de receitas, como recursos provenientes de taxas de fiscalização cobradas sobre as concessionárias e permissionárias, bem como de convênios, contratos, doações, venda ou locação de bens móveis e imóveis etc.”.

³⁵² Cfr. Eduardo JORDÃO *et al.*, *A produção legislativa do Congresso Nacional sobre agências reguladoras*, in Revista de Informação Legislativa (RIL), Brasília, ano 56, n.º 222, abr./jun. 2019, pág. 81. Cumpre destacar que “[a]o lado dessas iniciativas que favorecem a autonomia financeira das agências, existem outras em número inferior, que produzem impacto negativo sobre o orçamento das agências e podem dificultar ainda mais a sua flexibilidade orçamentária”.

³⁵³ Cfr. Lucas de Souza LEHFELD, *Controle das agências reguladoras. A participação-cidadã como limite à sua autonomia*, 416 f., tese, Doutorado em Direito do Estado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006, pág. 14.

futuras investigações testar hipóteses sobre por que o Legislativo teria com mais frequência o ímpeto de modificar o espectro de atuação dessas agências”³⁵⁴.

Em abordagem específica sobre instrumentos e mecanismos de transparência e participação social da ANVISA, Pedro Ivo Sebba Ramalho salienta o papel das consultas e audiências públicas para a autonomia decisória das agências. As consultas e audiências públicas “[t]êm como objetivo receber críticas, sugestões e contribuições de todos os interessados da sociedade para aprimorar o processo de tomada de decisão da agência, colhendo subsídios às suas propostas de regulação e conferindo legitimidade ao processo regulatório”³⁵⁵.

Sobre esta temática, Eduardo Jordão *et al.* sublinham que existem “projetos [que] chegam inclusive a reduzir a autonomia das agências, e assim se aproximam de iniciativas que poderiam estar classificadas na categoria ‘controle’”. Relatam com certa perplexidade que uma grande parte dos projetos relativos às agências reguladoras tem como objetivo ampliar o controle exercido sobre elas, sendo que “[e]ssa circunstância é particularmente importante porque o desenho inicial dessas entidades incluía e pressupunha *algum grau* de autonomia”. Cabe observar que as iniciativas parlamentares compreendem os controles interno e externo³⁵⁶.

Como evidenciado, a Lei Geral das Agências Reguladoras foi promulgada no Brasil após um longo período de tramitação de propostas (Lei n.º 13.848, de 25 de junho de 2019). Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras. A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos (artigo 3.º). Neste artigo também estão

³⁵⁴ Cfr. Eduardo JORDÃO *et al.*, *A produção legislativa do Congresso Nacional sobre agências reguladoras*, in Revista de Informação Legislativa (RIL), Brasília, ano 56, n.º 222, abr./jun. 2019, pág. 92.

³⁵⁵ Cfr. Pedro Ivo Sebba RAMALHO, *Transparência e participação social no processo regulatório da Anvisa: fortalecimento dos consumidores na regulação sanitária*, in Jadir Dias PROENÇA, Carlos Eduardo Resende PRADO (orgs.), *Melhoria da regulação no Brasil: o papel da participação e do controle social*, Brasília, Presidência da República, 2011, pág. 168.

³⁵⁶ Cfr. Eduardo JORDÃO *et al.*, *A produção legislativa do Congresso Nacional sobre agências reguladoras*, in Revista de Informação Legislativa (RIL), Brasília, ano 56, n.º 222, abr./jun. 2019, págs. 82-84. Os Autores se referem primeiramente às iniciativas relacionadas ao controle interno que “preveem mecanismos de controle exercidos por meio de regras e procedimentos a serem observados pelas próprias agências ou pelos seus membros”. Quanto ao controle externo, há referência a “todas as iniciativas que estabeleçam oportunidade de controle para instituições ou órgãos *fora* das agências. O controle externo pode ser prévio ou posterior, a depender do momento em que for realizado, em relação à própria ação controlada” (grifos dos Autores).

elencadas as competências advindas da autonomia administrativa, especialmente no tocante à presente investigação, a celebração de contratos administrativos e prorrogação de contratos em vigor relativos a atividades de custeio, independentemente do valor (§ 2.º)³⁵⁷.

As consultas e audiências públicas estão previstas no capítulo referente ao processo decisório das agências reguladoras (capítulo I). A agência reguladora, por decisão colegiada, poderá convocar audiência pública para formação de juízo e tomada de decisão sobre matéria considerada relevante (artigo 10). Quanto ao controle, devem adotar práticas de gestão de riscos e de controle interno e elaborar e divulgar programa de integridade, com o objetivo de promover a adoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção (artigo 3.º, § 3.º). Em referência ao controle externo (capítulo II), será exercido pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas da União (artigo 14).

Luís Gustavo Faria Guimarães tece comentários a respeito da Lei Geral das Agências Reguladoras com ênfase na autonomia primeiramente: “[u]m dos mais – senão o principal – avanço da Lei Geral encontra-se em seu artigo 3.º, que preconiza e assegura a efetiva autonomia das agências reguladoras, nos seus múltiplos aspectos: político, funcional, decisório, administrativo e financeiro”³⁵⁸.

Um outro ponto de destaque se refere ao princípio da colegialidade no processo decisório. Para Guimarães, “ao conferir de forma categórica que as decisões das agências devem ser tomadas, de forma colegiada, [...] a Lei Geral garante maior segurança jurídica, uniformidade e previsibilidade quanto ao processo de tomada de decisões e a próprio desempenho das agências no exercício de suas funções típicas”³⁵⁹.

³⁵⁷ Uma outra disposição específica sobre contratos está descrita no artigo 34, § 5.º da referida Lei. Diz respeito à interação operacional entre agências reguladoras federais e as agências reguladoras ou os órgãos de regulação estaduais, distritais e municipais. Dispõe sobre a vedação à agência reguladora ou ao órgão estadual, distrital ou municipal conveniado, no exercício de competência fiscalizatória delegada, exigir de concessionária ou permissionária obrigação não prevista previamente em contrato.

³⁵⁸ Cfr. Luís Gustavo Faria GUIMARÃES, *Comentários sobre a Lei Geral de Agências Reguladoras*, in Revista de Direito da Administração Pública, Rio de Janeiro, ano 4, vol. 1, n. 2, jul./dez. 2019, pág. 89. O Autor ainda destaca: “o artigo 3.º preconiza a ausência de tutela ou de subordinação hierárquica aos Ministérios setoriais aos quais as agências estão vinculadas. Trata-se aqui da necessária autonomia político-institucional, que confere independência aos dirigentes e técnicos das agências para tomada de decisões, independente da vontade política dos governos de plantão”.

³⁵⁹ *Ibidem*, págs. 91-92. O Autor aborda também a institucionalização da Análise de Impacto Regulatório (AIR) pela Lei Geral, consoante recomendação do Tribunal de Contas da União (TCU): “[e]m que pese ter destinado apenas um artigo para disciplinar esse instrumento, e ter delegado à regulamentação futuro dispor detalhadamente sobre seu conteúdo e metodologia, a Lei Geral traz alguns parâmetros importantes para a efetiva internalização desse mecanismo no processo decisório das agências que ainda não o fizeram”. O regulamento ao qual o Autor se refere é o Decreto n.º 10.411, de 30 de junho de 2020.

Neste diapasão, Danilo Vieira Vilela traz a lume a processualidade como um instrumento de legitimação da atuação das agências: “é de se reconhecer que a adoção de procedimentos claros e transparentes, somados à efetiva participação social nas tomadas de decisões, envolvendo setores regulados, sociedade civil organizada e demais interessados, são instrumentos necessários e imprescindíveis”³⁶⁰.

Luís Gustavo Faria Guimarães enfatiza “o ganho institucional obtido com a obrigatoriedade de resposta da agência às contribuições encaminhadas, [...] ressaltando, entretanto, que tais justificações poderão ser disponibilizadas até trinta dias depois da deliberação final pelo conselho diretor ou diretoria colegiada”³⁶¹.

A ampliação da transparência encontra reflexo na literalidade do artigo 8.º da Lei Geral que determina que as reuniões deliberativas do conselho diretor ou da diretoria colegiada da agência reguladora serão públicas e gravadas em meio eletrônico, assim como do artigo 22 que institui o cargo de ouvidor em cada agência. Ele atuará sem subordinação hierárquica e exercerá suas atribuições sem acumulação com outras funções³⁶².

Os capítulos III ao VI estabelecem diretrizes para as interações entre as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência, assim como para a articulação entre as próprias agências, entre elas e os órgãos de defesa do consumidor e do meio ambiente e para a interação operacional entre elas e as agências reguladoras ou órgãos de regulação estaduais, distritais e municipais. Danilo Vieira Vilela destaca a “previsão expressa no artigo 32, permitindo a celebração de termo de ajustamento de conduta pelas agências reguladoras”³⁶³. Sobre este aspecto, Luís Gustavo Faria Guimarães esclarece que “a celebração de TACs pelas agências reguladoras deverá observar o preenchimento dos seguintes requisitos: descrição das obrigações assumidas; prazo e modo de cumprimento;

³⁶⁰ Cfr. Danilo Vieira VILELA, *A nova Lei Geral para as Agências Reguladoras no Brasil – Lei n.º 13.848/2019*, in Revista do Direito Público, Londrina, vol. 15, n. 2, mai./ago. 2020, pág. 101.

³⁶¹ Cfr. Luís Gustavo Faria GUIMARÃES, *Comentários sobre a Lei Geral de Agências Reguladoras*, in Revista de Direito da Administração Pública, Rio de Janeiro, ano 4, vol. 1, n. 2, jul./dez. 2019, pág. 94. O Autor prossegue: “[o]u seja, no cenário desenhado pela Lei Geral, é possível que participantes da consulta pública só saibam o posicionamento da agência em relação às suas contribuições após a decisão final pelo órgão máximo de deliberação. Tal hipótese gera certa incongruência, uma vez que impede o interessado de saber, antes da tomada de decisão, o posicionamento da agência em relação a sua manifestação feita, justamente, como forma de participar e influir no processo decisório”.

³⁶² Quanto ao cargo de ouvidor, Guimarães esclarece que “[n]a prática, a Lei Geral tratou de institucionalizar dentro das estruturas das agências, a figura de um profissional habilitado para estabelecer o canal de interação e diálogo com a sociedade civil e os consumidores, acolhendo suas sugestões, recomendações, reclamações e denúncias”. *Ibidem*, pág. 96.

³⁶³ Cfr. Danilo Vieira VILELA, *A nova Lei Geral para as Agências Reguladoras no Brasil – Lei n.º 13.848/2019*, in Revista do Direito Público, Londrina, vol. 15, n. 2, mai./ago. 2020, pág. 109.

forma de fiscalização; fundamentos de fato e de direito; e sanções administrativas no caso de eventual descumprimento”³⁶⁴.

Convém salientar a relevância da Lei Geral em face da identificação do sistema duplo de regulação descrito por Pedro Costa Gonçalves na literatura portuguesa³⁶⁵, em investigações que analisam alguns aspectos no tocante a este tópico no Brasil. Um dos exemplos desta abordagem se refere aos estudos realizados por Flávio Amaral Garcia atinente à mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das agências. O Autor identifica um sistema duplo de regulação nos setores regulados por agências estabelecido por um lado por “compromissos, obrigações, comportamentos e condutas consensualmente firmados entre as partes e instrumentalizados por meio de contrato de concessão ou qualquer outro arranjo jurídico estruturante de um projeto de interesse público” e por outro lado, “com as demais funções que serão exercidas pelas entidades autônomas heterorreguladoras durante a execução do ajuste”³⁶⁶.

Garcia identifica uma “*tríplice fragmentação* na função regulatória quando presente o sistema de dupla regulação (*contrato e agência*)”. Os elementos caracterizadores desta fragmentação são o temporal, o subjetivo e o objetivo. O elemento temporal se refere ao desdobramento “em momentos não coincidentes, ou seja, a conformação contratual e a posterior atuação da Agência”. O elemento subjetivo porque há partilha “entre entes distintos: a entidade federada titular do serviço ou infraestrutura (Governo) e a Agência Reguladora (Administração)” e o elemento objetivo que se subdivide em dois reflexos do contrato: o primário e o secundário. O primário diz respeito às “escolhas regulatórias fundamentais e decisivas para o restante da atividade regulatória”, enquanto o secundário se refere à agência que, em face dessas escolhas, “tem a tarefa de ponderar os diversos interesses na busca do justo equilíbrio e na função integrativa e negociada das incompletudes contratuais”³⁶⁷.

³⁶⁴ Cfr. Luís Gustavo Faria GUIMARÃES, *Comentários sobre a Lei Geral de Agências Reguladoras*, in Revista de Direito da Administração Pública, Rio de Janeiro, ano 4, vol. 1, n. 2, jul./dez. 2019, pág. 101.

³⁶⁵ Cfr. Pedro Costa GONÇALVES, *Regulação administrativa e contrato*, in Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, n.º 35, 2011, pág. 139. Para o Autor, “[e]mbora várias circunstâncias possam contribuir para o fenômeno e múltiplos fins possam estar na mente do legislador, o estabelecimento de um sistema duplo de regulação – regulação por contrato combinada com a regulação por agência – pretende introduzir, no processo regulatório, as vantagens do compromisso contratual (com a diminuição da discricionariedade regulatória da agência) e da proteção reforçada do equilíbrio entre o que se exige da empresa regulada e o que se lhe dá em troca, em termos de garantia do retorno do investimento efectuado”.

³⁶⁶ Cfr. Flávio Amaral GARCIA, *A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das agências*, in Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, mar./ago. 2014, pág. 61.

³⁶⁷ *Ibidem*, pág. 79.

O Decreto n.º 8.428, de 2 de abril de 2015, que dispõe sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) a ser observado na apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, a serem utilizados pela Administração Pública, regulamenta um exemplo de contribuição dialógica neste contexto sobre o qual discorrer-se-á no item subsequente.

6. Novos paradigmas da regulação da contratação pública

Flávio Amaral Garcia apresenta um reposicionamento da mutabilidade “a partir de uma metodologia racional e sistemática que compreenda a regulação no contrato como um mecanismo fundamental de operacionalização das mudanças por vir, coexistindo com a incompletude contratual e com a necessária integração *ex post* de suas lacunas”³⁶⁸. O Autor considera a construção dialógica como uma das características ínsitas aos contratos de concessão que se referem de modo bastante intenso com o tópico da mutabilidade. Há de se ressaltar que, em estudos preliminares, Garcia já havia se reportado à temática ao discorrer acerca dos novos mecanismos que possibilitam a colaboração da sociedade civil no processo de tomada de decisões em âmbito administrativo, *e.g.* “o Diálogo concorrencial – presente nas antigas e novas Diretivas Europeias sobre contratação pública – ou o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) no Brasil”³⁶⁹.

Mário Saadi analisa algumas questões atinentes ao PMI. Para o Autor, “[o] PMI é passível de utilização não apenas nas concessões realizadas sob a égide da Lei de Concessões: são extensíveis também às concessões licitadas com base na Lei de PPPs”³⁷⁰. Neste sentido, o artigo 21 da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (Lei de Concessões) estabelece que 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

³⁶⁸ Cfr. Flávio Amaral GARCIA, *A mutabilidade nos contratos de concessão no Brasil*, 408 f., tese, Doutorado em Direito Público, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019, pág. 18.

³⁶⁹ Cfr. Flávio Amaral GARCIA, *A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das agências*, in *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, mar./ago. 2014, pág. 68. O Autor salienta que estes procedimentos “refletem a correta percepção de que é preciso, antes de definir os objetos estruturantes de interesses públicos complexos e de longa duração, receber a contribuição dialógica de todos os atores envolvidos”.

³⁷⁰ Cfr. Mário SAADI, *O planejamento da concessão e o procedimento de manifestação de interesse – fundamentos legais, aplicação e desdobramentos*, in *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, jan./jun. 2014, pág. 143. Cumpre elucidar que a Lei de PPPs mencionada pelo Autor é a Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas).

interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital.

Floriano de Azevedo Marques Neto atribui duas finalidades ao referido dispositivo. A primeira diz respeito à “regra de transparência, que obriga à ampla e irrestrita divulgação de todas as informações que detenha a Administração sobre a PPP oferecida aos particulares em licitação”. Quanto à segunda, o Autor aduz que “implica admissão tácita de que a Administração receba projetos e estudos de parcerias realizados por particulares interessados”, porém ressalva que esta finalidade “decorre da referência aos estudos e projetos não realizados pelo Poder concedente mas que contem com sua autorização”³⁷¹. Mário Saadi sublinha que, a partir da implementação do PMI “é estabelecido o instrumental necessário para que a apresentação de projetos de relevante interesse para a Administração seja levada a cabo pela iniciativa privada”³⁷².

Quanto ao objetivo do PMI, Flávio Amaral Garcia esclarece que “consiste em viabilizar a participação formal dos potenciais cocontratantes na modelagem da contratação, oferecendo estudos que poderão ser aceitos pelo contraente público para fins de realização da futura licitação”³⁷³. Como uma importante consequência da concepção dialógica deste instrumento, Garcia aponta a redução da assimetria de informações, ponderando que se trata de “[u]m dos maiores desafios a ser enfrentado na regulação dos contratos de concessão, que suscita a aplicação da Teoria da Agência”³⁷⁴.

³⁷¹ Cfr. Floriano de Azevedo MARQUES NETO, *As parcerias público-privadas no saneamento ambiental*, in Carlos Ari Sundfeld (Coord.), *Parcerias público-privadas*, São Paulo, Malheiros, 2005, pág. 292.

³⁷² Cfr. Mário SAADI, *O planejamento da concessão e o procedimento de manifestação de interesse – fundamentos legais, aplicação e desdobramentos*, in *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, jan./jun. 2014, pág. 143. Eduardo Ramos Caron Tesserolli também se refere ao artigo 31 da Lei n.º 9.074/95 como dispositivo relevante para o PMI: “[o] PMI é uma criação legislativa e os autores afirmam que sua existência se extrai de interpretação do art. 21, da Lei n.º 8.987/95, e art. 31, da Lei n.º 9.074/95, ou seja, utilizável para as contratações ou permissões de serviços públicos. Desse modo, sua adoção se restringe a algumas hipóteses, mas serve como um bom exemplo da consensualidade presente no planejamento da contratação pública”. Cfr. Eduardo Ramos Caron TESSEROLLI, *A consensualidade contemporânea: os exemplos de fomento, do acordo substitutivo de sanção administrativa e o procedimento de manifestação de interesse (PMI)*, in *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 8, set./fev. 2016, pág. 58. O artigo 31 da Lei n.º 9.074, de 7 de julho de 1995, que dispõe acerca de normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos, estabelece que 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.

³⁷³ Cfr. Flávio Amaral GARCIA, *A mutabilidade nos contratos de concessão no Brasil*, 408 f., tese, Doutorado em Direito Público, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019, pág. 76. O Autor ainda salienta que “[a] formalização de procedimento com essa natureza e finalidade evita, ou, ao menos, restringe, participações ocultas à margem da lei que possam implicar em uma indevida e ilícita influência de determinado operador econômico no processo de estruturação do projeto concessional”.

³⁷⁴ *Ibidem*, págs. 80-81. Garcia se refere especificamente à Teoria da Agência neste contexto: “[n]o curso da execução do contrato isto ocorre, quando aquele que tem o domínio do negócio, a saber, o agente (no caso o cocontratante) tem uma gama de informações que não é compartilhada com o principal (no caso o

Um outro exemplo de construção dialógica é o diálogo concorrencial que se encontra descrito no artigo 30.º da Diretiva 2014/24/UE, relativa aos contratos públicos dos setores clássicos, como aquisições, serviços e obras³⁷⁵. Trata-se de um mecanismo apto a flexibilizar e simplificar elementos a serem apresentados na proposta e que facilitarão a fase de execução do projeto. O artigo estabelece no n.º 6 que as autoridades adjudicantes devem solicitar a cada um dos participantes a apresentação de suas propostas finais com base na solução ou soluções especificadas durante o diálogo. Essas propostas devem incluir todos os elementos exigidos e necessários à execução do projeto.

Rafael Sérgio Lima de Oliveira esclarece que “a previsão do diálogo competitivo veio para legitimar uma postura já adotada por alguns países membros da União Europeia no bojo de outra modalidade de licitação usual no velho mundo, o *procedimento por negociação*”³⁷⁶. Anteriormente à introdução do diálogo competitivo, os contraentes públicos enfrentavam um dilema sobre como conduzir uma licitação para contratos complexos. Havia dois tipos de procedimentos, o restrito e o por negociação. Ambos não se mostravam satisfatórios, obrigando os contraentes públicos a escolher entre a necessidade de flexibilização e a necessidade quanto à segurança jurídica. Michael Burnett aponta a solução encontrada pela Comissão Europeia à época: “[t]he Commission recognised this situation but did not want to widen the scope of the use of the Negotiated Procedure with notice and thus proposed a new procedure, Competitive Dialogue”³⁷⁷.

Flávio Amaral Garcia enfatiza que este mecanismo “tem utilização restrita para objetos dotados de complexidade, na qual a delimitação do objeto a ser licitado e da

contraente público), o que permite maximizar seus próprios interesses por meio de vantagens informacionais. No entanto, quando se estrutura e modela um projeto concessional, é razoável supor que será o contraente público a deter, ao menos no momento da realização da licitação, maior acesso às informações, aos dados, aos levantamentos, aos estudos e às investigações preliminares sobre o objeto a ser concedido. Essa assimetria informacional a favor do contraente público é bastante reduzida quando a estruturação do projeto é modelada com intensa participação dos potenciais interessados, eventuais usuários e da própria sociedade”.

³⁷⁵ Este mecanismo encontrava-se estabelecido originalmente no artigo 29.º da Diretiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, revogada pela Diretiva 2014/24/EU.

³⁷⁶ Cfr. Rafael Sérgio Lima de OLIVEIRA, *O diálogo competitivo do projeto de lei de licitação e contrato brasileiro*, in Portal L&C Licitações e Contratos, pág. 6, [s.d], disponível em artigo_download_2.pdf (licitacaocontrato.com.br). O Autor observa que “o instituto recebeu a denominação no português de Portugal de *diálogo concorrencial*, razão pela qual na versão oficial em português da Diretiva 2014/24/EU o instituto em estudo é tratado com essa nomenclatura (art. 26, item 4)”. *Ibidem*, págs. 8-9 (grifos do Autor).

³⁷⁷ Cfr. Michael BURNETT, *Using competitive dialogue in EU public procurement – early trends and future developments*, in European Institute of Public Administration, n. 2, 2009, págs. 17-18, disponível em Eipascope_2009_2_Website.pdf. O Autor apresenta uma definição bastante elucidativa deste mecanismo: “[i]t is meant to allow a public entity which knows what outcome it wants to achieve in awarding a public contract but does not know how best to achieve it to discuss, in confidence, possible solutions in the dialogue phase of the tender process with short listed bidders before calling for final bids. This can often occur in the case of complex and high value infrastructure projects”.

solução que melhor atenda ao interesse público advêm de um processo aberto, dinâmico e construído a partir da colaboração dos próprios operadores econômicos”³⁷⁸.

Mister se faz salientar que ambos os mecanismos estão previstos no Projeto de Lei n.º 4.253, de 2020 do Senado Federal³⁷⁹, que cria um novo marco legal em substituição à Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamentou o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública, assim como à Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002, que instituiu modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns e à Lei n.º 12.462, de 4 de agosto de 2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC. O presente texto foi sancionado pelo Presidente da República em 1.º de abril de 2021, Lei n.º 14.133, Licitações e Contratos Administrativos.

Rafael Sérgio Lima de Oliveira analisa estes mecanismos de contribuição dialógica no Projeto em questão. O artigo 28 elenca as modalidades de licitação: pregão, concorrência, concurso, leilão e diálogo competitivo. O Autor se refere ao diálogo competitivo da seguinte maneira: “a ideia subjacente nessa modalidade de licitação é a de que o setor privado pode contribuir para as soluções práticas. Por isso, ele é apropriado para aquelas situações nas quais o poder público sabe da sua necessidade, mas não sabe como supri-la”³⁸⁰.

Quanto ao procedimento de manifestação de interesse, sua previsão no mencionado Projeto de Lei ocorre como uma das classificações de instrumentos auxiliares das licitações e das contratações (artigo 77). Consoante a literalidade do artigo

³⁷⁸ Cfr. Flávio Amaral GARCIA, *A mutabilidade nos contratos de concessão no Brasil*, 408 f., tese, Doutorado em Direito Público, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019, pág. 75.

³⁷⁹ A definição de diálogo competitivo prevista no diploma legal é a seguinte: “modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos”.

³⁸⁰ Cfr. Rafael Sérgio Lima de OLIVEIRA, *10 tópicos mais relevantes do projeto da nova Lei de Licitação e Contrato*, Observatório da Nova Lei de Licitações – ONLL, 18 de dezembro de 2020, disponível em 10 tópicos mais relevantes do projeto da nova Lei de Licitação e Contrato - Observatório da Nova Lei de Licitações (novaleilicitacao.com.br). Detalhadamente, “[n]o diálogo competitivo, o objeto da contratação é concebido no curso da licitação. A peculiaridade desse procedimento é que antes do julgamento das propostas há uma etapa de qualificação técnica e econômica-financeira e outra de diálogo com os candidatos. A qualificação e julgamento das propostas pouco se diferem do que existe na concorrência na forma como regulada hoje, sendo a fase de qualificação [...] equivalente à habilitação técnica e econômica-financeira. Na etapa do diálogo, cada candidato apresenta sua solução à Administração. Reparemos que se trata de diálogo mesmo, pois cada licitante apresenta sua proposta de objeto do contrato de maneira individualizada para a Administração. Escolhida a solução, parte-se para o julgamento das propostas, que deve ocorrer de acordo com um dos critérios de julgamento no PL. Essa modalidade é apta para casos complexos, sendo, por isso, de aplicação restrita”.

80, a Administração poderá solicitar à iniciativa privada, mediante procedimento aberto de manifestação de interesse a ser iniciado com a publicação de edital de chamamento público, a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública, na forma do regulamento.

As contribuições dialógicas supramencionadas surgem como instrumentos hábeis à persecução da legitimidade democrática na esfera do Estado Regulador e não somente sob o enfoque da literatura acerca do Estado Administrativo, o qual, consoante análise de Rogério Gesta Leal e Janrié Rodrigues Reck, adota “uma visão unilateral e reducionista em que a legitimidade está assentada na figura do administrador”. O Estado Regulador, para os Autores, poderia reposicionar a “questão da legitimidade democrática ao reconhecer no regulado um partícipe necessário da decisão política, relacionando-o, inclusive, às tradições de participação política da virtude política e do republicanismo, ao despersonalizar o administrador como detentor único de legitimidade”³⁸¹.

Diego Franco de Araújo Jurubeba discorre sobre os fundamentos e técnicas da Administração Pública consensual. O Autor aponta a arena pública como uma técnica para que se alcance a consensualidade na tomada de decisões pelo poder público, pois “[a] difusão de espaços e mecanismos que permitam canalizar as manifestações das forças sociais para uma estrutura de debates e deliberações é um dos principais pressupostos para a concretização de um verdadeiro governo por contratos”³⁸².

Cabe ressaltar as pertinentes lições de Sabino Cassese sobre os novos paradigmas para o Estado, nas quais há referência à arena pública: “[e]sta expresión, aprovechada en el significado genérico dado por la ciencia política anglosajona, es por la cual puede considerarse a aquélla como el espacio en el cual se desarrollan la actividad pública y el intercambio Estado-sociedad”³⁸³.

Diego Franco de Araújo Jurubeba afirma que “as arenas públicas são essenciais ao processo de apuramento das políticas promovidas pelo Estado, garantindo a

³⁸¹ Cfr. Rogério Gesta LEAL, Janrié Rodrigues RECK, *A regulação da contratação pública pelas agências reguladoras: limites e possibilidades*, in Revista Digital de Derecho Administrativo, n.º 19, primer semestre/2018, pág. 55.

³⁸² Cfr. Diego Franco de Araújo JURUBEBA, *Direito administrativo e participação democrática: análise dos fundamentos e técnicas da administração pública consensual*, in Revista da AGU, Brasília, vol. 15, n. 1, jan./mar. 2016, pág. 184.

³⁸³ Cfr. Sabino CASSESE, *La crisis del Estado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2003.

participação da sociedade e operacionalizando a busca do consenso como forma de validar o pluralismo político”³⁸⁴.

Na perspectiva do Estado Regulador, Rogério Gesta Leal e Janrié Rodrigues Reck indicam os parâmetros aptos a condicionarem a contratação pública, que ocorrem por “leis formais oriundas do Poder Legislativo, por decretos regulamentares editados pelos chefes dos Poderes Executivos, no âmbito de suas respectivas competências administrativas e, também, pela regulação executada por agências reguladoras”³⁸⁵.

Contudo, ainda resta um longo caminho a ser percorrido para o aprimoramento do lastro de legitimidade das agências reguladoras. Para que este objetivo seja alcançado, Gustavo Binenbojm apresenta propostas de aprimoramento de seu arranjo institucional. Primeiramente, rejeita a tese da deslegalização, sob o argumento de que “[a] circunstância de as agências reguladoras gozarem de um acentuado grau de autonomia não tem o condão de subverter a clássica hierarquia existente entre atos legislativos e atos administrativos”³⁸⁶.

A este respeito, Diogo de Figueiredo Moreira Neto assevera: “[a] deslegalização não produz legislação da mesma hierarquia que as leis [...]. Por esta razão, as normas reguladoras baixadas pelas Agências delegatárias não podem alterar nem, muito menos, derogar as leis (no sentido amplo) bem como os atos normativos remissivos”³⁸⁷. Portanto, suas considerações são perfilhadas por Gustavo Binenbojm, ao concluir: “não se admite que possa existir, no direito brasileiro, o fenômeno da deslegalização, por meio do qual a lei de criação da agência *degradaria* o *status* hierárquico da legislação anterior, permitindo a sua alteração ou revogação por atos normativos editados pela agência”³⁸⁸.

³⁸⁴ Cfr. Diego Franco de Araújo JURUBEBA, *Direito administrativo e participação democrática: análise dos fundamentos e técnicas da administração pública consensual*, in Revista da AGU, Brasília, vol. 15, n. 1, jan./mar. 2016, pág. 193. O Autor ainda explica, a este respeito: “[n]esse espaço, sociedade civil e entidades públicas aferem a repercussão de projetos, debatem o direcionamento dos recursos públicos e deliberam acerca dos caminhos a serem trilhados para o atendimento das mais diversas finalidades públicas. Os interesses, portanto, contratualizam-se na arena pública”.

³⁸⁵ Cfr. Rogério Gesta LEAL, Janrié Rodrigues RECK, *A regulação da contratação pública pelas agências reguladoras: limites e possibilidades*, in Revista Digital de Derecho Administrativo, n.º 19, primer semestre/2018, pág. 56. Especificamente em relação às agências reguladoras, este condicionamento ocorre “com a finalidade de restringir ou induzir comportamentos necessários para a concretização dos interesses sociais definidos pela Constituição e socialmente desejáveis, em atenção aos princípios, objetivos e direitos fundamentais”.

³⁸⁶ Cfr. Gustavo BINENBOJM, *Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil*, in Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 240, abr./jun. 2005, pág. 156. O Autor afirma peremptoriamente que “todo e qualquer ato emanado de órgãos ou entidades da Administração Pública está sujeito ao princípio da legalidade, inscrito no art. 37, *caput*, da Constituição da República”.

³⁸⁷ Cfr. Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, *Mutações do direito administrativo*, 2.ª ed. atual. e ampl., Rio de Janeiro, Renovar, 2001, pág. 182.

³⁸⁸ Cfr. Gustavo BINENBOJM, *Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil*, in Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 240, abr./jun. 2005, pág. 157 (grifos do Autor).

A segunda proposta de aprimoramento apresentada por Binenbojm se refere ao sistema de freios e contrapesos atinente aos controles exercidos pelos Poderes Executivo e Legislativo. Em relação ao Poder Executivo, o Autor aduz que “seria de bom alvitre que a lei distribuísse claramente as competências entre governo e agências e dispusesse sobre as formas de adequação entre elas”. Já em referência ao Poder Legislativo, Binenbojm esclarece que “[t]al controle [...] não significa que as agências reguladoras devem atuar conforme as ordens do Poder Legislativo, mas sim estabelecer seus limites de acordo com a legislação pelas quais foram constituídas”³⁸⁹.

Marçal Justen Filho traz grande contribuição a esta temática. Ao discorrer acerca da impossibilidade de independência absoluta das agências reguladoras, o Autor afirma o seguinte: “assegurar a uma agência independente a autonomia jurídica para produzir decisões regulatórias sem submissão a mecanismos democráticos equivale a instituir uma instância autônoma para o exercício de decisões discricionárias, reduzindo a eficácia do sistema de freios e contrapesos”³⁹⁰.

A terceira proposta de aprimoramento apresentada por Binenbojm se direciona ao déficit democrático representado pela ausência de interesse da sociedade civil quanto à participação efetiva que possibilite a legitimação pelo procedimento atinente ao processo decisório das agências como exercício de controle social. O Autor considera ser “fundamental que as agências realizem investimentos na divulgação de seu papel institucional e dos seus mecanismos de participação social, de forma que o seu processo deliberativo seja o mais aberto, informado e transparente possível”³⁹¹.

Marçal Justen Filho, no entanto, faz uma importante ressalva: “a mera participação popular e a audiência da sociedade são insuficientes”. Para ele, torna-se imprescindível que “a atividade decisória da agência *incorpore* a participação popular, mesmo quando não aceda com as sugestões e propostas apresentadas. *Incorporar a*

³⁸⁹ *Ibidem*, págs. 158-159. Em complementação, sobre a atuação do Tribunal de Contas da União (TCU), ver Floriano de Azevedo MARQUES NETO, Juliana Bonacorsi de PALMA, *Diálogos fora do esquadro: o controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União*, in Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 120, jan./jun. 2020, págs. 227-228. Os Autores sustentam que “[o] grande debate pode ser sintetizado em duas chaves de análise: *competência e medida do controle*. Com relação à competência, teria o Tribunal de Contas ampla competência para controle dos atos regulatórios ou ele se restringiria a apenas algumas atividades da Agência?”. Já em referência à medida do controle, “a questão que se coloca diz respeito à intensidade do controle do Tribunal de Contas sobre a regulação ou à Agência Reguladora” (grifos dos Autores).

³⁹⁰ Cfr. Marçal JUSTEN FILHO, *Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”?*, [s.d.], disponível em 1) O “déficit” democrático: questão inerente à configuração estatal vigente (justenfilho.com.br), pág. 21.

³⁹¹ Cfr. Gustavo BINENBOJM, *Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil*, in Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 240, abr./jun. 2005, pág. 164.

participação popular significa reconhecer como relevante a intervenção externa, acolhendo-a ou justificando sua rejeição”³⁹².

Com o fomento à participação social nos processos regulatórios com vistas à legitimação do próprio processo de tomada de decisões nas agências, é possível incrementar igualmente a participação social na formulação e implementação de políticas públicas a serem concretizadas por intermédio da contratação pública. Neste sentido, Rogério Gesta Leal e Janrié Rodrigues Reck sublinham a “existência de uma intersecção entre regulação e contrato, visto que o contrato existe tanto na esfera privada, quanto pública, com base na regulação estatal, podendo, contudo, ele mesmo ser considerado como fonte de regulação”³⁹³.

Os novos paradigmas da contratação pública pugnam por sua concretização através da governança colaborativa descrita por Jody Freeman através de seus elementos: “a problem-solving orientation; participation by interested and affected parties in all stages of the decision-making process; provisional solutions; accountability that transcends traditional public and private roles in governance; [and] a flexible, engaged agency”³⁹⁴.

Esta contextualização exige, hodiernamente, conforme salienta Maciej M. Sokołowski em sua análise sobre a regulação “day-watchman”, previamente mencionada, um tipo de regulação pragmática e flexível adequada ao enfrentamento de situações como

³⁹² Cfr. Marçal JUSTEN FILHO, *Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”?*, [s.d.], disponível em 1) O “déficit” democrático: questão inerente à configuração estatal vigente (justenfilho.com.br), pág. 20.

³⁹³ Cfr. Rogério Gesta LEAL, Janrié Rodrigues RECK, *A regulação da contratação pública pelas agências reguladoras: limites e possibilidades*, in Revista Digital de Derecho Administrativo, n.º 19, primer semestre/2018, pág. 72.

³⁹⁴ Cfr. Jody FREEMAN, *Collaborative governance in the administrative state*, in UCLA Law Review, vol. 45, n. 1, October 1997, pág. 22. Detalhadamente: “1. *A problem-solving orientation*. The focus is on solving regulatory problems. This requires information sharing and deliberation among parties with the knowledge most relevant to devising and implementing creative solutions. 2. *Participation by interested and affected parties in all stages of the decision-making process*. Broad participation has an independent democratic value and may facilitate effective problem solving. It may take different forms in different contexts. 3. *Provisional solutions*. Rules are viewed as temporary and subject to revision. This requires a willingness to move forward under conditions of uncertainty. It also demands a willingness to devise solutions to regulatory problems without foreclosing a rethinking of both solutions and goals. To this end, continuous monitoring and evaluation are crucial. 4. *Accountability that transcends traditional public and private roles in governance*. Parties are interdependent and accountable to each other. New arrangements, networks, institutions, or allocations of authority may replace or supplement traditional oversight mechanisms. These might include self-monitoring and disclosure, community oversight, and third-party certification. In these arrangements, traditional roles and functions are open to question. 5. *A flexible, engaged agency*. The agency is a convener and facilitator of multi-stakeholder negotiations. It provides incentives for broader participation, information sharing, and deliberation. It acts as a capacity builder of parties and institutions by providing technical resources, funding, and organisational support when needed. While the agency may set floors and ceilings and act as the ultimate decisionmaker, it views regulatory success as contingent on the contributions of the other participants” (grifos da Autora).

as que estão sendo vivenciadas em períodos de pandemia, ou seja, uma regulação com características de “balance-approach”. Para o Autor, este tipo de regulação assume grande relevância atualmente, “as different extremes come to the fore in global politics, thus affecting policies, law and economy. Complex phenomena such as the COVID-19 pandemic could be tackled by a strategy of cooperation of institutions, which have the intention of searching for a global ‘best practice’”³⁹⁵.

7. Síntese conclusiva

O papel da Administração Pública em face da complexidade de sua função regulatória enfrenta desafios crescentes. Sob a máxima de que aqueles que governam deveriam se sujeitar à vontade popular, o que hoje ocorre é um paradoxo. Apesar dos anseios da sociedade serem direcionados a um processo de tomada de decisão embasado em informações advindas de bases de dados consolidados, o processo de governar tem sido delegado a tomadores de decisão não eleitos na esfera administrativa. Neste contexto, exsurge o fenômeno da contratualização na esfera pública sob a fórmula genérica de convenções, como uma maneira consensual de administrar em parceria. Para que tal mister se concretize, há de se perquirir acerca de quatro vetores fundamentais da reconfiguração do modelo regulatório: a descentração regulatória, a flexibilidade, a ética regulatória e a discricionariedade regulatória.

A descentração regulatória traz à baila a questão da autorregulação e um grande número de novos processos e técnicas como relatórios de informação e análises de impacto regulatório com o objetivo de aperfeiçoar a transparência e a prestação de contas que se inserem em padrões de racionalidade sistematizada. São pontos fulcrais diante da necessidade de se adotar práticas de avaliação *ex ante* sobre os impactos de determinada regulação, assim como práticas de análise *ex post*, a fim de verificar se a regulação continua a cumprir com seus objetivos de forma eficiente e eficaz.

³⁹⁵ Cfr. Maciej M. SOKOŁOWSKI, *Regulation in the COVID-19 pandemic and post-pandemic times: day-watchman tackling the novel coronavirus*, in *Transforming Government: People, Process and Policy*, [s.d.], pág. 10, disponível em *Regulation in the COVID-19 pandemic and post-pandemic times: day-watchman tackling the novel coronavirus | Emerald Insight*. Em complementação, o Autor observa o seguinte: “[t]he day-watchman approach, visible in certain examples of public response to COVID-19 may serve as a framework for establishing a regulatory regime that would automatically take effect in case of another pandemic, limiting delays in regulatory actions, reducing non-compliance and accelerating recovery. For sure, the experience from the current struggle with the novel coronavirus would serve as a benchmark for future actions – if a similar crisis occurs”.

A flexibilização e a ética regulatória devem coexistir. Somente quando a Administração Pública for capaz de reconhecer a ética regulatória como parâmetro para a delimitação da flexibilização, como responsividade à mudança, poder-se-á atingir o escopo adequado da contratação pública com o equilíbrio dos processos, performances e estratégias. Desta forma, tornar-se-á possível desenvolver habilidades, incentivos e mecanismos de gerenciamento que realizem os anseios da política e da sociedade, assim como implementar ações concretas de combate à captura do regulador pelo regulado. O papel da discricionariedade regulatória também assume grande relevância neste contexto, em especial quanto às consequências da minimização de expertise econômico no processo de tomada de decisão regulatória, pois ao se restringir a discricionariedade regulatória, restringe-se igualmente a inovação.

Os atores da regulação da contratação pública, embora sejam independentes no sentido de que têm permissão para operar fora dos limites de controle hierárquico e gozam de considerável discricionariedade quanto ao uso dos poderes a eles delegados, parecem não se enquadrar na estrutura tradicional de controles. Um importante passo em direção à participação social como modo de se proporcionar transparência é a introdução da negociação regulatória.

Em corroboração, as recomendações para que haja o aperfeiçoamento da contratação pública em Itália se direcionam ao aprimoramento da transparência e da qualidade da informação, em primeiro lugar. Outras medidas dizem respeito à reforma do processo de coleta de dados e à garantia de maior acesso às informações para que todos os cidadãos possam monitorar a atuação da Administração Pública. Em Portugal houve considerável aperfeiçoamento da regulação com a facilitação ao acesso, codificação e publicação de regras de procedimento para a elaboração da regulação. No entanto, não houve incremento ao incentivo quanto à autorregulação, aprovação de códigos de conduta e adoção de mecanismos contratuais para a concretização das políticas públicas em vigor. A Lei Geral das Agências Reguladoras foi promulgada no Brasil após um longo período de tramitação de propostas (Lei n.º 13.848, de 25 de junho de 2019), trazendo exemplos de mecanismos de concepção dialógica ao cenário jurídico brasileiro.

Relevantes aspectos analisados na literatura jurídica hodierna demonstram a existência de um sistema duplo de regulação em Portugal e no Brasil: regulação por contrato combinada com regulação por agência. Este duplo sistema possui elementos aptos a configurarem novos paradigmas no universo da regulação da contratação pública.

Capítulo III – Influência econômica dos contratantes privados em busca da contratação pública sustentável

1. Evolução da teoria da responsabilidade social da empresa

A relevância do contratante privado na condução adequada da contratação pública é inquestionável. No entanto, há situações nas quais ele se abstém de cumprir suas obrigações, ensejando até mesmo ocasiões de conflito na relação contratual administrativa. A este respeito, convém trazer à baila as considerações de Sara Valaguzza: “la conflittualità è preoccupante non solo quando porta ao contenzioso vero e proprio, ma anche quando ha le sembianze della resistenza passiva del contraente (privato) ostile e non collaborativo”³⁹⁶.

A Comissão Europeia adotou uma nova definição de responsabilidade social das empresas em 2011. Para cumprir o objetivo de renovar a estratégia da União Europeia quanto à promoção da responsabilidade social das empresas, sob o título de “Uma visão moderna da responsabilidade social das empresas”, a Comissão assim a define: “a responsabilidade social das empresas é ‘a responsabilidade das empresas pelo impacto que têm na sociedade’”³⁹⁷. Especificamente em sede de contratação pública, a Comissão reconhece que há entraves descritos pelas empresas no sentido de que “a linha de acção mais responsável do ponto de vista social não é a mais interessante no plano financeiro, pelo menos a curto prazo”. Portanto, torna-se imperioso adotar “medidas no domínio do consumo, contratação pública e do investimento, a fim de aumentar os incentivos do mercado para a responsabilidade social das empresas”³⁹⁸.

Com vistas a uma abordagem inicial acerca da evolução do tema em questão, faz-se necessário tecer algumas breves observações acerca de sua origem. A Revolução

³⁹⁶ Cfr. Sara VALAGUZZA, *Governare per contratto. Como creare valore attraverso i contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, págs. 79-80.

³⁹⁷ Cfr. COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões relativa à Responsabilidade Social das Empresas: uma nova estratégia da EU para o período de 2011-2014, 25/10/2011, Bruxelas, COM (2011) 681 FINAL. Em complementação à definição apresentada, a Comissão estabelece: “[p]ara cumprir plenamente a responsabilidade social que lhes incumbe, as empresas devem adoptar processos com o fito de integrar as preocupações de índole social, ambiental e ética, o respeito dos direitos humanos e as preocupações dos consumidores nas respectivas actividades e estratégias, em estreita colaboração com as partes interessadas”.

³⁹⁸ *Ibidem*.

Industrial Inglesa é o marco histórico das primeiras indagações acerca da responsabilidade social da empresa.

Joel Mokyr questiona se a Revolução Industrial Inglesa realmente representa um paradigma do potencial econômico da livre iniciativa. O Autor aduz que “in absolute terms, Britain certainly was not a pure laissez-faire economy. A large number of regulations, restrictions, and duties were on the books. But absolutes are not very useful here”³⁹⁹. Neste cenário, o governo central controlava o comércio exterior ao passo que às autoridades locais cabia a administração interna. O comércio local, a regulação dos mercados de trabalho e fundiário, do sistema de justiça, polícia, manutenção de estradas e assistência social pertenciam à esfera dos magistrados locais. Embora, em princípio, essas autoridades pudessem exercer um poder considerável, elas geralmente optavam por não fazê-lo. Esta política de laissez-faire *de facto* derivava não tanto de quaisquer princípios libertários, mas do puro interesse de pessoas que já possuíam muita riqueza e estavam se tornando ainda mais ricas. Ao ignorar e evitar ao invés de abolir completamente as regulações, a Grã-Bretanha moveu-se lentamente, de modo quase imperceptível, em direção a uma sociedade de livre mercado⁴⁰⁰.

Este contexto propiciou terreno fértil para o surgimento de relações laborais que, apesar de algumas vezes terem sido fomentadas por artesãos autônomos, muitas vezes foram absorvidas pelos industriais. Principalmente nos primórdios da Revolução Industrial, esta força laboral era composta em sua maioria por mulheres e crianças. Após 1815, modificou-se a prática e homens adultos passaram a responder por ela⁴⁰¹.

Cabe ressaltar que há estudos acerca da hipótese de que a responsabilidade social da empresa já existia na Europa anteriormente à Revolução Industrial. Antonio Argandoña e Heidi von Weltzien Hoivik corroboram esta hipótese ao afirmarem que “in Europe the demands for and practices of CSR have been around since before the Industrial Revolution. They are a part of the normal activities of business, not something newly added in recent years”⁴⁰².

³⁹⁹ Cfr. Joel MOKYR, *Introduction: the new economic history and the Industrial Revolution*, in Joel MOKYR ed., *The British Industrial Revolution: an economic perspective*, 2.^a ed., Oxford: Westview Press, 1999, pág. 49. O Autor esclarece que em comparação com o que ocorria no continente europeu à época, “Britain’s government generally left its businessmen in peace to pursue their affairs subject to certain restraints and rarely ventured itself into commercial and industrial enterprises”.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, pág. 50.

⁴⁰¹ *Ibidem*, págs. 65-66. A respeito de trabalho infantil durante a Revolução Industrial, ver Jane HUMPHRIES, *Childhood and child labour in the British Industrial Revolution*, in *Economic History Review*, vol. 66, n. 2, May 2013, págs. 395-418.

⁴⁰² Cfr. Antonio ARGANDOÑA, Heidi von Weltzien HOIVIK, *Corporate social responsibility: one size does not fit all. Collecting evidence from Europe*, in *Journal of Business Ethics*, n. 89, 2009, pág. 230.

Stefan Hielscher e Bryan W. Husted perfilham este entendimento. Para os Autores, os antecedentes da responsabilidade social da empresa moderna remontam a um período anterior à Revolução Industrial. Hielscher e Husted identificam uma prática que influenciou a responsabilidade social moderna e a denominam “proto-CSR”. Esta prática diferencia-se da moderna em forma e estrutura e ocorria nas guildas de mineiros na Alemanha medieval, como fraternidades religiosas e sociedades seculares de ajuda mútua. Com base em dados históricos coletados por historiadores e arqueólogos, os Autores reconstruíram um processo de longo prazo de experimentação pragmática com instituições de ajuda mútua que se direcionavam a problemas sociais na indústria mineira primitiva e, portanto, antes da ascensão do Estado moderno e da empresa capitalista. Com coparticipação de atores econômicos e políticos, essas instituições de ajuda mútua influenciaram os programas de responsabilidade social dos industriais primitivos, da legislação moderna do bem-estar social e da responsabilidade social da empresa contemporânea⁴⁰³.

Peter Drucker considera a transformação da sociedade pela tecnologia e a criação da civilização universal como os elementos essenciais da Revolução Industrial⁴⁰⁴. Não obstante, reconhece que “a velocidade inédita com que a sociedade se transformava ia criar tensões sociais e conflitos de uma nova ordem”⁴⁰⁵. Os conflitos sociais refletiam a urgência quanto à implementação de medidas protetivas. No final do século XIX, Otto von Bismarck implementou na Alemanha uma legislação social com caráter protetivo⁴⁰⁶.

Em resposta a estes conflitos sociais surge a Organização Internacional do Trabalho no início do século XX. Com o objetivo de implementar os ideais da justiça social, esta Organização representa um marco quanto aos auspícios iniciais da responsabilidade social da empresa.

Conforme Gerry Rodgers *et al.* “the ILO was created in 1919 as a means to promote social progress and overcome social and economic conflicts of interest through

⁴⁰³ Cfr. Stefan HIELSCHER, Bryan W. HUSTED, *Proto-CSR Before the Industrial Revolution: institutional experimentation by medieval miners' guilds*, in *Journal of Business Ethics*, n. 166, 2020, pág. 253.

⁴⁰⁴ Cfr. Peter DRUCKER, *Sociedade pós-capitalista*, trad. Maria Fernanda Jesuíno, Coimbra, Conjuntura Actual Editora, 2015, pág. 42. Afirma que “foi esta mudança no significado do conhecimento que tornou o capitalismo moderno inevitável e dominante. Acima de tudo, a rapidez da mudança da técnica criou uma procura de capital muito superior à que os artífices conseguiram oferecer. A nova tecnologia também exigia concentração de produção, o que significava uma mudança para a fábrica. O conhecimento não podia ser aplicado às dezenas de milhões de pequenas oficinas individuais e às indústrias caseiras das aldeias. Requeria concentração da produção debaixo de um mesmo tecto”. *Ibidem*, págs 42-43.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, pág. 44.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, pág. 46. Ver também Alan B. KRUEGER, *From Bismarck to Maastricht: the march to European Union and the Labour Compact*, in *Labour Economics*, vol. 7, 2000, pág. 118.

dialogue and cooperation”⁴⁰⁷. Os Autores aludem à sua origem nos seguintes termos: “[t]he origins of the ILO lie further back, in the nineteenth century. As industrialization began to transform economies and societies, a central political issue was the so-called “social question” – how to deal with the social consequences of the industrialization, and to redress the deep inequities and injustices of the Industrial Revolution”⁴⁰⁸.

Luiz Otávio do Carmo destaca o papel da filantropia nos Estados Unidos durante o século XIX: “a discussão sobre a necessidade de realização de investimentos sociais foi transversal no ideal dos grandes empresários da recém-criada burguesia industrial, no entanto, essas intervenções foram caracterizadas por possuírem caráter individual e voluntário, [...] materializando-se, em sua maioria, por meio da filantropia”⁴⁰⁹.

Peter Drucker discorre a respeito da responsabilidade social da empresa neste período a partir do cotejo de dois empresários americanos, Andrew Carnegie e Julius Rosenwald. Ambos eram empresários de grande sucesso e exerceram enorme influência social. Não obstante, embasavam-se em filosofias distintas. Para Carnegie, o único propósito de ser rico era ser um filantropo. Acreditava na responsabilidade social de ativos financeiros. Rosenwald, ao contrário, acreditava na responsabilidade social dos negócios. Drucker salienta que muitos americanos perfilham a concepção de Carnegie ao se referirem à responsabilidade social: “[t]hey accept as he did that wealth and economic power entail responsibility for the community”⁴¹⁰.

Neste sentido, Luiz Otávio do Carmo esclarece que no período “compreendido entre o final do século XIX até a primeira metade do século XX, a produção literária sobre o tema RSE estava em muito associada à noção de Responsabilidade Social baseada na ética pessoal na condução dos negócios”⁴¹¹.

⁴⁰⁷ Cfr. Gerry RODGERS *et al.*, *International Labour Organization and the quest for social justice, 1919-2009*, New York, Cornell University Press, 2009, pág. 2, disponível em [The International Labour Organization and the Quest for Social Justice, 1919-2009 \(cornell.edu\)](http://The International Labour Organization and the Quest for Social Justice, 1919-2009 (cornell.edu)). Os Autores ainda esclarecem que “in contrast to the revolutionary movements of the time, it brought together workers, employers and governments at the international level – not in confrontation, but in search for common rules, policies and behaviours from which all could benefit”.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, págs. 2-3.

⁴⁰⁹ Cfr. Luiz Otávio do CARMO, *Evolução da responsabilidade social empresarial e a introdução ao caso brasileiro*, in *Revista de Administração Geral*, vol. 1, n. 2, ago./dez. 2015, pág. 120.

⁴¹⁰ Cfr. Peter DRUCKER, *The new meaning of corporate social responsibility*, in *California Management Review*, vol. XXVI, n. 2, Winter 1984, pág. 54.

⁴¹¹ Cfr. Luiz Otávio do CARMO, *Evolução da responsabilidade social empresarial e a introdução ao caso brasileiro*, in *Revista de Administração Geral*, vol. 1, n. 2, ago./dez. 2015, pág. 123. E acrescenta: “[o] dilema principal a ser resolvido centrava-se no campo da legitimidade da decisão dos administradores em destinar recursos corporativos para investimentos sociais, seja em benefício dos empregados, seja em ações filantrópicas e assistenciais”.

Em análise acerca da evolução da temática, Abby Ghobadian, Kevin Money e Carola Hillenbrand discorrem acerca de períodos temporais que se iniciam em 1950. Durante o período compreendido entre 1950 e 1970, os Autores se referem a um importante livro de Howard Bowen publicado em 1953: “[t]he book *Social Responsibilities of the Businessman* by Bowen (1953) is known as the first definite book on the subject of corporate social responsibility (CSR), marking a modern era of research”⁴¹².

Archie B. Carroll corrobora tal entendimento. O Autor aborda esta questão a partir de uma análise histórica e sistemática, à semelhança daquela realizada por Ghobadian, Money e Hillenbrand, categorizando-a em décadas, com início na década de cinquenta, na qual ocorreu “the publication by Howard R. Bowen (1953) of his landmark book *Social Responsibilities of the Businessman* [which] is argued to mark the beginnings of the modern period of literature on this subject”⁴¹³. Cumpre salientar a definição da responsabilidade social dos empresários, sob a ótica de Bowen, à época: “it refers to the obligations of businessmen to pursue those policies, to make those decisions, or to follow those lines of action which are desirable in terms of the objectives and values of our society”⁴¹⁴.

Luiz Otávio do Carmo aponta a mudança de foco na década de 1960, com seu direcionamento às empresas: “as decisões que antes recaiam nos administradores passaram a ser elaboradas a nível institucional, mais por uma necessária mudança de paradigma do que pela simples transição de atores envolvidos, provocada, sobretudo, pelos movimentos sociais”⁴¹⁵.

⁴¹² Cfr. Abby GHOBADIAN, Kevin MONEY, Carola HILLENBRAND, *Corporate responsibility research: past-present-future*, in *Group & Organisation Management*, vol. 40, n. 3, 2015, pág. 274 (grifo dos Autores).

⁴¹³ Cfr. Archie B. CARROLL, *Corporate social responsibility. Evolution of a definitional construct*, in *Business & Society*, vol. 38, n. 3, September 1999, pág. 269. Para análise do livro de Howard R. Bowen, ver Aurélien ACQUIER, Jean-Pascal GOND, Jean PASQUERO, *Rediscovering Howard R. Bowen's legacy: the unachieved agenda and continuing relevance of social responsibilities of the businessman*, in *Business & Society*, vol. 50, n. 4, 2011, págs. 607-646.

⁴¹⁴ Cfr. Archie B. CARROLL, *Corporate social responsibility. Evolution of a definitional construct*, in *Business & Society*, vol. 38, n. 3, September 1999, pág. 270. O Autor salienta que Bowen utilizou uma pesquisa realizada pela revista *Fortune* em 1946, cujo resultado relativo a 93,5% quanto à “conscientização social de gerentes” significou que os empresários eram responsáveis pelas consequências de suas ações numa esfera aparentemente mais ampla do que a esfera referente às suas declarações sobre lucros e prejuízos. Portanto, é enfático ao afirmar que “because of his early and seminal book, I would submit that Howard Bowen should be called the ‘Father of Corporate Social Responsibility’”. *Ibidem*, pág. 270.

⁴¹⁵ Cfr. Luiz Otávio do CARMO, *Evolução da responsabilidade social empresarial e a introdução ao caso brasileiro*, in *Revista de Administração Geral*, vol. 1, n. 2, ago./dez. 2015, pág. 124.

Neste contexto, Maria Priscilla Kreitlon destaca o seguinte, com referência às constantes reivindicações realizadas às empresas à época: “[i]números movimentos da sociedade civil passam a exercer pressão sobre elas, particularmente em questões tocantes à poluição, consumo, emprego, discriminações raciais e de gênero, ou natureza do produto comercializado”⁴¹⁶.

Richard T. De George esclarece que a área dedicada à ética empresarial surge no início da década de 1970 com uma série de eventos interdisciplinares dedicados à esta matéria, com manifestações de acadêmicos da área da administração, teólogos, filósofos, cientistas sociais e empresários. Ao longo da década, algumas questões centrais foram identificadas e vários estudiosos iniciaram uma abordagem sistemática sobre elas. Esta abordagem sistemática não considerou somente o ponto de vista dos gestores, mas também o de trabalhadores, *shareholders* e pessoas além das empresas⁴¹⁷.

Alexandre Faria e Fernanda Filgueiras Sauerbronn salientam que “[n]o final dos anos 1970, a empresa passa a ser percebida como uma entidade moral e as decisões empresariais passam a ser entendidas além do nível individual”⁴¹⁸. Maria Priscilla Kreitlon destaca que é neste período que ocorre a primeira cisão da Ética Empresarial (*Business Ethics*), da qual origina-se uma nova escola, Mercado e Sociedade (*Business & Society*). Esta passagem surgiu quando “a ideia de responsabilidade dissocia-se progressivamente da noção discricionária de filantropia, e passa a referir-se às consequências das próprias atividades usuais da empresa”⁴¹⁹.

Alexandre Faria e Fernanda Filgueiras Sauerbronn realizam investigação acerca da abordagem normativa, “característica da precursora escola da ética nos negócios (*business ethics*), [que] se baseia no argumento de que as atividades empresariais estão

⁴¹⁶ Cfr. Maria Priscilla KREITLON, *A ética nas relações entre empresas e sociedade: fundamentos teóricos da responsabilidade social empresarial*, in Anais Encontro Anual ANPAD, n. 28, Curitiba, 2004, pág. 4.

⁴¹⁷ Cfr. Richard T. DE GEORGE, *The status of business ethics: past and future*, in Journal of Business Ethics, n. 6, 1987, págs. 202-203.

⁴¹⁸ Cfr. Alexandre FARIA, Fernanda Filgueiras SAUERBRONN, *A responsabilidade social é uma questão de estratégia? Uma abordagem crítica*, in Revista de Administração Pública, vol. 42, n. 1, jan./fev. 2008, pág. 15. Detalhadamente: “[o] caráter organizacional passa a caracterizar as decisões empresariais, que passam a ser entendidas como um resultado de estruturas decisórias planejadas com seus objetivos, regras e procedimentos estabelecidos pela organização. Surge a ideia de responsabilidade corporativa, significando a substituição da perspectiva individualista pela organizacional”.

⁴¹⁹ Cfr. Maria Priscilla KREITLON, *A ética nas relações entre empresas e sociedade: fundamentos teóricos da responsabilidade social empresarial*, in Anais Encontro Anual ANPAD, n. 28, Curitiba, 2004, pág. 5. A Autora esclarece pontualmente que “[e]sta passagem marca a primeira cisão da *Business Ethics*, e dá origem a uma nova vertente, ou escola: a *Business & Society*, que irá influenciar profundamente as discussões posteriores”.

sujeitas ao julgamento moral. Assim, a responsabilidade social da empresa está associada diretamente à sua responsabilidade moral⁴²⁰.

Já a nova escola apontada por Kreitlon configura uma “corrente que poderíamos chamar de Mercado e Sociedade (*Business & Society*) [que] adota uma perspectiva sociopolítica, e sugere uma abordagem contratual aos problemas entre empresas e sociedade”⁴²¹. Para Faria e Sauerbronn, “essa abordagem privilegia os interesses dos diferentes grupos de atores sociais com os quais a empresa interage e os conflitos e disputas de poder correspondentes”. Os Autores fazem o cotejo entre as abordagens contratual e normativa: “[e]ssa abordagem traz a sociedade para o primeiro plano e desafia a abordagem normativa, a qual tem a sociedade apenas como recipiente/beneficiária de grandes princípios morais, tais como a justiça e a igualdade”⁴²².

Kreitlon aponta ainda a escola da Gestão de Questões Sociais (*Social Issues Management*) que “é de natureza nitidamente utilitária, e trata os problemas sociais como variáveis a serem consideradas no âmbito da gestão estratégica”⁴²³. Faria e Sauerbronn observam que a abordagem estratégica surgiu concomitantemente à abordagem contratual no início dos anos oitenta. Enfatizam que “[o] foco principal dessa abordagem é a produção de ferramentas de gestão que sejam capazes de melhorar o desempenho social e ético das empresas”⁴²⁴.

Luiz Otávio do Carmo delimita a evolução temática neste período através de duas correntes opostas a partir da década de 1970. A primeira, que abarca “aqueles que defendiam a primazia dos interesses dos acionistas como fim último das organizações e

⁴²⁰ Cfr. Alexandre FARIA, Fernanda Filgueiras SAUERBRONN, *A responsabilidade social é uma questão de estratégia? Uma abordagem crítica*, in Revista de Administração Pública, vol. 42, n. 1, jan./fev. 2008, pág. 18.

⁴²¹ Cfr. Maria Priscilla KREITLON, *A ética nas relações entre empresas e sociedade: fundamentos teóricos da responsabilidade social empresarial*, in Anais Encontro Anual ANPAD, n. 28, Curitiba, 2004, pág. 2.

⁴²² Cfr. Alexandre FARIA, Fernanda Filgueiras SAUERBRONN, *A responsabilidade social é uma questão de estratégia? Uma abordagem crítica*, in Revista de Administração Pública, vol. 42, n. 1, jan./fev. 2008, pág. 19. Especificamente quanto ao contexto da responsabilidade social da empresa: “[s]egundo essa abordagem teórica, a RSE se baseia na interdependência entre empresas e sociedade. Por conseguinte, é esperado que a sociedade construa expectativas quanto ao comportamento e aos resultados das corporações”.

⁴²³ Cfr. Maria Priscilla KREITLON, *A ética nas relações entre empresas e sociedade: fundamentos teóricos da responsabilidade social empresarial*, in Anais Encontro Anual ANPAD, n. 28, Curitiba, 2004, pág. 2.

⁴²⁴ Cfr. Alexandre FARIA, Fernanda Filgueiras SAUERBRONN, *A responsabilidade social é uma questão de estratégia? Uma abordagem crítica*, in Revista de Administração Pública, vol. 42, n. 1, jan./fev. 2008, págs. 19-20. E ainda observam que “[a] ênfase está, quase sempre, no aproveitamento de oportunidades e na minimização de riscos, por meio da identificação e resposta a questões de cunho ético e social que podem causar impacto à empresa. Esta perspectiva utilitária (ou instrumental) reproduz o discurso de que o que é bom para a sociedade é bom para a empresa”.

os que postulavam que as empresas deveriam identificar e incorporar as expectativas e necessidades de todos os grupos de interesse da organização”⁴²⁵.

O artigo do economista Milton Friedman denominado “The social responsibility of business is to increase its profits”, publicado no jornal americano *The New York Times* em setembro de 1970 representa um marco referente à primeira corrente⁴²⁶. Luiz Otávio do Carmo discorre sobre a argumentação apresentada pelo Autor nos seguintes termos: “Friedman acrescenta aos seus argumentos a noção de que as empresas não possuem responsabilidades sociais, porquanto são seres artificiais, possuem apenas responsabilidades legais. Essa linha argumentativa foi sistematizada na literatura e denominada de *Teoria dos Acionistas ou shareholder*, passando a ter outros adeptos”⁴²⁷.

Quanto à década de oitenta, Archie B. Carroll e Kareem M. Shabana observam que “the 1980s produced fewer new definitions of the concept, more empirical research, and the rise and popularity of alternative themes”⁴²⁸. Luiz Otávio do Carmo destaca a relevância do livro de Edward R. Freeman denominado “Strategic management: a stakeholders approach”, de 1984, como o marco representativo da corrente oposta à de Friedman⁴²⁹.

Maria Priscilla Kreitlon enfatiza que “[a] teoria dos *stakeholders* irá revelar-se suficientemente rica e abrangente para ser encampada (e adaptada) pelas três correntes teóricas dedicadas ao estudo das relações entre ética, empresas e sociedade”, supramencionadas. Tal observação aplica-se de 1980 até a atualidade⁴³⁰.

⁴²⁵ Cfr. Luiz Otávio do CARMO, *Evolução da responsabilidade social empresarial e a introdução ao caso brasileiro*, in Revista de Administração Geral, vol. 1, n. 2, ago./dez. 2015, pág. 126.

⁴²⁶ Cfr. Milton FRIEDMAN, *A Friedman doctrine – The social responsibility of business is to increase its profits*, The New York Times, New York, Sept. 13, 1970, disponível em A Friedman doctrine-- The Social Responsibility Of Business Is to Increase Its Profits - The New York Times (nytimes.com).

⁴²⁷ Cfr. Luiz Otávio do CARMO, *Evolução da responsabilidade social empresarial e a introdução ao caso brasileiro*, in Revista de Administração Geral, vol. 1, n. 2, ago./dez. 2015, pág. 127 (grifos do Autor).

⁴²⁸ Cfr. Archie B. CARROLL, Kareem M. SHABANA, *The business case for corporate social responsibility: a review of concepts, research and practice*, in International Journal of Management Reviews, vol. 12, n. 1, March 2010, pág. 88.

⁴²⁹ Cfr. Luiz Otávio do CARMO, *Evolução da responsabilidade social empresarial e a introdução ao caso brasileiro*, in Revista de Administração Geral, vol. 1, n. 2, ago./dez. 2015, pág. 127. O Autor esclarece que “[a] partir da obra, popularizou-se um dos termos mais importantes na atual abordagem sobre Responsabilidade Social: *stakeholders*, que significa qualquer pessoa ou grupo que tem ou reivindica propriedade, direitos ou interesses em uma empresa e em suas atividades presentes, passadas e futuras” (grifos do Autor). Para abordagem detalhada acerca desta teoria, ver Robert PHILLIPS, R. Edward FREEMAN, Andrew C. WICKS, *What stakeholder theory is not*, in Business Ethics Quarterly, vol. 13, n. 4, 2003, págs. 479-502. Para os Autores, “for stakeholder theory, attention to the interests and well-being of some non-shareholders is obligatory for more than the prudential and instrumental purposes of wealth maximization of equity shareholders”. *Ibidem*, pág. 481.

⁴³⁰ Cfr. Maria Priscilla KREITLON, *A ética nas relações entre empresas e sociedade: fundamentos teóricos da responsabilidade social empresarial*, in Anais Encontro Anual ANPAD, n. 28, Curitiba, 2004, pág. 6.

Na atualidade, torna-se factível afirmar, portanto, que a evolução da teoria da responsabilidade social da empresa sob o enfoque da abordagem específica da presente investigação pode ser analisada através de instrumentos de autorregulação e correção em um primeiro cenário, para em seguida ser possível abordar aspectos atinentes à esta responsabilidade na contratação pública. Como consequência, alude-se aos elementos de flexibilização através da colaboração neste contexto nos itens subsequentes.

1.1. Instrumentos de autorregulação e correção

A concepção da responsabilidade social da empresa como uma nova estrutura de governança essencialmente concebida em face da pressão da sociedade civil global quanto ao desempenho de grandes corporações trouxe a lume a necessidade de realizar investigações acerca de novas formas de exercício de atividades políticas negociais: autorregulação e correção.

O papel destas grandes corporações no cenário global atual é relevante. Sua influência tornou-se de tamanha magnitude que chega a ser possível afirmar que se encontram em nível paritário em relação às autoridades públicas e sociedade civil global. Torna-se imprescindível desenvolver, portanto, um novo arcabouço regulatório apto a gerenciar suas responsabilidades quanto ao exercício de seu poder global. Este arcabouço regulatório baseia-se na responsabilidade social da empresa cujo objetivo central direciona-se à viabilização de mecanismos públicos de prestação de contas para atores privados. Esta questão pode ser dirimida através do desenvolvimento de redes de governança global entre atores públicos e privados. Neste sentido, a responsabilidade social da empresa exerce uma função primordial quanto à criação de padrões de gerenciamento embasados na autorregulação, assim como quanto à criação de normas e instrumentos de correção.

Preliminarmente, cumpre discorrer acerca dos processos e mecanismos de regulação nos quais esta temática se insere. Maria Pereira da Silva Velez esclarece que as ações referentes à responsabilidade social pertencem ao universo da regulação econômica, “particularmente como uma forma integrada de autorregulação, as políticas

empresariais de RSE traduzem-se em compromissos voluntários assumidos pelas empresas e efectivados por recurso a mecanismos de *soft law*⁴³¹.

Linda Senden aborda a nova política de regulação da União Europeia com ênfase quanto ao uso alternativo de instrumentos que são complementares à tradicional legislação “command-and-control”. O objetivo desta diversificação se inspira fundamentalmente no aperfeiçoamento da eficácia, legitimidade e transparência de suas ações. Estes instrumentos alternativos são geralmente denominados “soft law”, “self-regulation” and “co-regulation”. A Autora enumera os seguintes instrumentos pertencentes à categoria de “soft law”: “communications, codes of conduct, guidelines and recommendations. In certain instances at least, it has thus appeared that soft-law instruments are used to shape the processes of self-regulation and co-regulation”⁴³².

Nesta mesma seara, David M. Trubek, Patrick Cottrell e Mark Nance esclarecem que “in the discussion of the new governance in the European Union, the concept of ‘soft law’ is often used to describe governance arrangements that operate in place of, or along with, the ‘hard law’ that arises from treaties, regulations, and the Community Method”⁴³³.

Linda Senden se refere ao termo “soft law” como um tipo de “umbrella concept which encompasses a huge variety of different instruments with different characteristics and fulfilling different functions”⁴³⁴.

⁴³¹ Cfr. Maria Pereira da Silva Velez MENDES, *A responsabilidade social da empresa no quadro da regulação europeia*, Dissertação de Mestrado em Novas Fronteiras do Direito, Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa de Lisboa, 153 p., 2007, pág. 3.

⁴³² Cfr. Linda SENDEN, *Soft law, self-regulation and co-regulation in European Law: where do they meet?*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 9.1, January 2005, pág. 22.

⁴³³ Cfr. David M. TRUBEK, Patrick COTTRELL, Mark NANCE, “Soft law,” “Hard law,” and the *European integration: toward a theory of hybridity*, in *University of Wisconsin Legal Studies Research Paper*, n.º 1002, November 2005, pág. 1.

⁴³⁴ Cfr. Linda SENDEN, *Soft law, self-regulation and co-regulation in European Law: where do they meet?*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 9.1, January 2005, págs. 24-25. A Autora apresenta classificação atinente a três categorias de “soft law”: “[a] first major category of instruments which are usually considered as soft law can be designated *preparatory and informative instruments*. Within this category fall in particular Green Papers, White Papers, action programmes and informative communications. They can also be regarded as fulfilling a *pre-law* function. [...] A second category of soft-law instruments are the *interpretative and decisional instruments*. These instruments aim at providing guidance as to the interpretation and application of existing Community Law. [...] To this category belong notably the Commission’s communications and notices and also certain guidelines, codes and frameworks frequently adopted in the areas of competition law and state aid. [...] They are usually not intended to substitute for legislation, but rather to complement it. As such, they can be considered to fulfil primarily a *post-law* function. [...] The third category covers what one could call – formal and non-formal – *steering instruments*. These aim at establishing or giving further effect to Community objectives and policy or related policy areas. Sometimes this is done in a rather political and declaratory way – in declarations and conclusions – but often also with a view to establishing closer cooperation or even harmonization between the Member States in a non-binding way, as occurs in particular in recommendations, resolutions and codes of conduct. The recommendation constitutes a formal steering instrument [...]. The other instruments are non-formal instruments [...] used as alternatives to legislation and, in view of this, can often be said to fulfil a *para-law* function”. *Ibidem*, págs. 23-24 (grifos da Autora).

Edward Best apresenta a seguinte definição para “self-regulation” e “co-regulation”: “forms of interaction between Community processes and private actors”. O Autor ressalta, no entanto, que tem surgido uma linguagem comum quanto a esta temática na União Europeia. Esta linguagem comum se refere à “existence of some form of relationship between binding legislation and voluntary agreements in a particular area, but many different concepts and modalities can be observed”. O Autor analisa a distinção entre as abordagens “top-down” e “bottom-up”. Descreve, primeiramente, as abordagens “bottom-up”: “[b]ottom-up approaches consist of self-regulation which is initiated by stakeholders themselves (perhaps with a bit of prompting by the Commission) but which still takes place under the shadow of the law”. Com relação às abordagens “top-down”, esclarece o seguinte: “[they] include the use of standards – that is, voluntary measures which are adopted within the framework of legislative acts, [...] and the implementation of Directives by voluntary agreements”. Best ainda pondera que, neste contexto, “co-regulation is essentially a means of implementation”⁴³⁵.

Neste sentido, Laura Albareda observa que ao longo das últimas décadas, diferentes instrumentos de “self-regulation” surgiram com o objetivo de auxiliar as corporações quanto à adoção de práticas de responsabilidade social. Para a Autora, “[t]hese mechanisms aim to equip the private sector with tools to control and manage their operations so as to minimize the level of social and environmental risks implied by their activity”⁴³⁶.

Albareda concebe a responsabilidade social da empresa como uma estrutura de governança voluntária em resposta à formulação de interesses e preferências de algumas corporações transnacionais, influenciadas pela pressão da sociedade civil global e, numa extensão menor, por agentes sociais como organizações não governamentais. Fundamentalmente, “[c]orporations have adopted specific self-regulatory measures to make up for some of the deficits generated by globalization in the welfare state system and to progress forward towards new forms of public regulation”⁴³⁷.

⁴³⁵ Cfr. Edward BEST, *Alternative regulations or complementary methods? Evolving options in European governance*, in Eipascope, vol. 1, n. 3, 2003, pág. 3.

⁴³⁶ Cfr. Laura ALBAREDA, *Corporate responsibility, governance and accountability: from self-regulation to co-regulation*, in Corporate Governance, vol. 8., n.º 4, 2008, pág. 433. A Autora apresenta os seguintes exemplos: “social and environmental performance standards and limits, social and environmental management systems, codes of conduct, best practices, instruments for certification and labeling, transparency guidelines, and sustainable reporting and monitoring”, em consonância com EUROPEAN COMMISSION, Green paper: promoting a European framework for corporate social responsibility, COM (2001) 366 final, Brussels.

⁴³⁷ *Ibidem*, pág. 434.

Impende analisar alguns pontos relevantes acerca do caráter voluntário da responsabilidade social da empresa. Para Jorge Manuel Coutinho de Abreu, “a responsabilidade social das empresas (RSE) significa, no essencial, o compromisso – voluntariamente assumido – de as empresas contribuírem para a coesão social-geral e o equilíbrio e sustentabilidade ecológicos”⁴³⁸.

Ao longo de uma década houve modificação desta interpretação na União Europeia. Em 2001, a Comissão Europeia apresentou a seguinte definição de responsabilidade social da empresa: “[m]ost definitions of corporate social responsibility describe it as a concept whereby companies integrate social and environmental concerns in their business operations and in their interaction with stakeholders *on a voluntary basis*”⁴³⁹.

Em 2011, no entanto, há a adoção de uma nova definição, sob o título de “Uma visão moderna da responsabilidade social das empresas”, nos seguintes termos: “a responsabilidade social das empresas é ‘a responsabilidade das empresas pelo impacto que têm na sociedade’”⁴⁴⁰. Saliente-se que não há menção ao caráter voluntário desta responsabilidade. Além disto, quanto à determinação de seus objetivos, dispõe que as empresas devem adotar esforços para “- maximizar a criação de uma comunidade de *valores* para proprietários e accionistas, demais partes interessadas e para a sociedade em geral; - identificar, evitar e atenuar os seus possíveis impactos negativos”⁴⁴¹.

Apesar de não haver menção explícita a respeito do caráter voluntário nesta última definição, dentre os diversos fatores elencados pela Comissão como aptos para contribuir para o aumento do impacto da política neste cenário, destaca-se, primeiramente: “- ponderar modalidades de *corregulação e autorregulação*, dois importantes meios através dos quais as empresas procuram assumir a sua

⁴³⁸ Cfr. Jorge Manuel Coutinho de ABREU, *A corrupção privada, bom governo, transparência e responsabilidade social das empresas (nótulas interrogativas)*, in Coleção Estudos Instituto do Conhecimento AB. Estudos Comemorativos dos 20 Anos da Abreu Advogados, Coimbra, Almedina, 2015, pág. 392.

⁴³⁹ Cfr. EUROPEAN COMMISSION, Green paper: promoting a European framework for corporate social responsibility, COM (2001) 366 final, Brussels, pág. 6 (grifo nosso). Destaca-se que neste mesmo item há a seguinte assertiva: “[c]orporate social responsibility should nevertheless not be seen as a substitute to regulation or legislation concerning social rights or environmental standards, including the development of new appropriate legislation. In countries where such regulations do not exist, efforts should focus on putting the proper regulatory or legislative framework in place in order to define a level playing field on the basis of which socially responsible practices can be developed”. *Ibidem*, pág. 7.

⁴⁴⁰ Cfr. COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Económico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões relativa à Responsabilidade Social das Empresas: uma nova estratégia da EU para o período de 2011-2014, COM (2011) 681 final, pág. 7.

⁴⁴¹ *Ibidem* (grifo nosso).

responsabilidade social”. Em seguida, há menção referente ao caráter voluntário: “- reconhecer o papel desempenhado pela regulamentação complementar na criação de condições mais propícias a que as empresas assumam *voluntariamente* a sua responsabilidade social”⁴⁴².

Em análise acerca desta nova concepção, Jan Eijsbouts assinala que a responsabilidade social da empresa não pode mais ser caracterizada como puramente voluntária. Ademais, tornou-se um aspecto integral da governança corporativa⁴⁴³. Para corroborar tal assertiva o Autor menciona o disposto pela própria Comissão Europeia a respeito do papel das autoridades públicas e das demais partes interessadas⁴⁴⁴. Neste sentido, Eijsbouts afirma de modo enfático que: “substantive CSR standards may crystallize in some form of regulation, including hard law, and in fact many substantive CSR standards have already reached that stage. Voluntarism is therefore merely a matter of form and not a matter of substance as the many CSR definitions still reflect”⁴⁴⁵.

Laura Albareda apresenta uma classificação baseada em diferentes mecanismos adotados por atores privados para divulgar princípios responsáveis em corporações. A primeira classificação se refere à “self-regulation”: “voluntary instruments adopted individually in the market”. A segunda abarca a “inter-firm cooperation”, como “voluntary instruments adopted collectively through inter-firm cooperation: business organisations”, e finalmente, com referência à “co-regulation”, como “voluntary instruments adopted collectively through cooperation with other actors: public-private

⁴⁴² Cfr. COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões relativa à Responsabilidade Social das Empresas: uma nova estratégia da EU para o período de 2011-2014, COM (2011) 681 final, págs. 6-7 (grifo nosso).

⁴⁴³ Cfr. JAN EIJSBOUTS, *Corporate codes as private co-regulatory instruments in corporate governance and responsibility and their enforcement*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 24, Winter 2017, págs. 185-186.

⁴⁴⁴ *In verbis*: “[d]evem ser as próprias empresas a desenvolver a sua responsabilidade social. As autoridades públicas devem desempenhar um papel de suporte através de uma combinação inteligente de medidas de *carácter voluntário* e, se for o caso disso, de regulamentação complementar para, por exemplo, promover a transparência, criar incentivos de mercado a um comportamento responsável das empresas e garantir a responsabilização das mesmas”. Cumpre mencionar outra importante disposição constante em seguida: “[a]s empresas têm de ter *flexibilidade* para inovar e desenvolver uma abordagem destas responsabilidades que seja adequada à sua situação”. Cfr. COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões relativa à Responsabilidade Social das Empresas: uma nova estratégia da EU para o período de 2011-2014, COM (2011) 681 final, pág. 9 (grifo nosso).

⁴⁴⁵ Cfr. JAN EIJSBOUTS, *Corporate codes as private co-regulatory instruments in corporate governance and responsibility and their enforcement*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 24, Winter 2017, págs. 185-186.

and hybrid partnerships (NGOs, international organisations, trade unions, governments)”⁴⁴⁶.

A associação de empresas e corporações que se baseiam nos princípios da responsabilidade social da empresa surge como um meio pelo qual atores privados evoluem de mecanismos de “self-regulation” para mecanismos de “co-regulation”. Albareda denomina tal associação “inter-firm cooperation”. Os líderes empresariais destas associações têm sido capazes de debater e chegar a um consenso sobre um modelo de responsabilidade social da empresa baseado na aceitação por essas empresas, sem quaisquer imposições legais ou normativas. Estas associações tornaram-se o ponto de referência para empresas que desejam adotar políticas socialmente responsáveis e elas também se tornaram porta-vozes do setor privado para defender a posição das corporações nesta área perante governos e organizações internacionais. Sua função primordial tem sido estabelecer e consolidar regras privadas, normas e instrumentos de gestão de responsabilidade social da empresa. Estas associações têm gerenciado a representação empresarial e impulsionado a maioria das propostas de autorregulação apresentadas pelo setor privado. Para a Autora, “[i]nter-firm cooperation has allowed for consensus on models of action and, at the same time, has encouraged companies to collectively pressure international organisations such as the European Union or the United Nations and national governments for these to assume their proposals”⁴⁴⁷.

Cabe tecer breves considerações sobre abordagem específica atinente aos códigos de conduta para ilustrar a evolução de mecanismos de “self-regulation” para “co-regulation”. Em sua análise concernente aos códigos de conduta como ferramentas de autorregulação para a implementação da responsabilidade social da empresa, Jan Eijsbouts aduz que “corporate codes must be characterized increasingly as co-regulation instruments, mandated by soft and hard law as meta-regulation”⁴⁴⁸. Ou seja, ao externar seu posicionamento desfavorável ao caráter voluntário dos códigos de conduta, Eijsbouts justifica sua posição da seguinte maneira: “in terms of the prescriptive and normative

⁴⁴⁶ Cfr. Laura ALBAREDA, *Corporate responsibility, governance and accountability: from self-regulation to co-regulation*, in *Corporate Governance*, vol. 8., n.º 4, 2008, pág. 434.

⁴⁴⁷ *Ibidem*, pág. 435. Os exemplos de “inter-firm cooperation” elencados pela Autora são os seguintes: “World Business Council for Sustainable Development (WBCSD), International Business Leaders Forum, Caux Round Table, CSR Europe, Business for Social Responsibility. Forum Empresa, Business in the Community”.

⁴⁴⁸ Cfr. Jan EIJSBOUTS, *Corporate codes as private co-regulatory instruments in corporate governance and responsibility and their enforcement*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 24, Winter 2017, pág. 181. O Autor considera “corporate codes as pivotal instruments in the smart inclusive governance mix”, ao afirmar que “corporate code of conduct is the primary form of self-regulation in this smart regulatory mix”.

regulatory basis of the corporate codes, this underlying basis could be described best as meta-regulation transforming the once voluntary self-regulatory corporate codes into instruments of co-regulation”⁴⁴⁹.

John Braithwaite e Peter Drahos aludem à “credible global webs of regulation”. Sob sua perspectiva, estas redes são idealmente estabelecidas entre governos, organizações não-governamentais e corporações para a criação de diversas estruturas regulatórias colaborativas⁴⁵⁰. Para Laura Albareda, estas estruturas representam a criação de projetos de parceria entre empresas, organizações não-governamentais e outros *stakeholders*. Desta forma, “some CSR instruments have moved towards co-regulation spaces that can even imply a multi-stakeholder control over socially responsible business and practices”⁴⁵¹.

O surgimento das assim denominadas “global public policy networks” corresponde a uma revolução silenciosa, conforme preconiza Wolfgang H. Reinicke. Esta revolução silenciosa ocorre em consonância com as seguintes premissas: “[e]quating political change with political institutions masks a simple truth: individuals and groups, not bureaucracies or formal institutions, drive innovation and learning. Change is a bottom-up process, not a top-down steering committee”. O Autor define “global public policy networks” como “loose *alliances* of government agencies, international organisations, corporations, and elements of civil society such as nongovernmental organisations, professional associations, or religious groups that join together to achieve what none can accomplish on its own”⁴⁵². Laura Albareda traz à baila um exemplo bastante característico de uma “global public policy network”: a “Global Reporting Initiative”⁴⁵³.

⁴⁴⁹ *Ibidem*, págs. 190-192. Em complementação, “meta-regulation and co-regulation are related concepts. Both are a combination of hard or soft public international or national framework law and the required, encouraged, or induced implementing self-regulation”.

⁴⁵⁰ Cfr. John BRAITHWAITE, Peter DRAHOS, *Global business regulation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pág. 36.

⁴⁵¹ Cfr. Laura ALBAREDA, *Corporate responsibility, governance and accountability: from self-regulation to co-regulation*, in *Corporate Governance*, vol. 8., n.º 4, 2008, pág. 436. Os exemplos de iniciativas de “co-regulation” apresentados pela Autora são divididos em três grupos. O primeiro diz respeito às “[p]ublic-private partnership business and intergovernmental organisations: UN Global Compact, Global Business coalition on HIV/Aids, European Alliance for CSR”. O segundo se refere às “[p]ublic-private partnership Business and Non-Governmental Organisations: Transfair, Rugmark, Forest Stewardship Council (FSC), Social Accountability International (SAI): SA8000 Standards (Auditing). O terceiro compreende as “[g]lobal public policy networks: Global Reporting Initiative”. *Ibidem*, pág. 435.

⁴⁵² Cfr. Wolfgang H. REINICKE, *The other world wide web: global public policy networks*, in *Foreign Policy*, n.º 117, Winter 1999-2000, pág. 44.

⁴⁵³ Cfr. Laura ALBAREDA, *Corporate responsibility, governance and accountability: from self-regulation to co-regulation*, in *Corporate Governance*, vol. 8., n.º 4, 2008, pág. 436. A Autora a define da seguinte maneira: “Global Reporting Initiative is a global public policy network connecting corporations, NGOs,

Albareda reforça a importância da institucionalização de “global public policy networks” (GPPN) que impliquem em diferentes níveis de desenvolvimento dos seguintes instrumentos: “first, the establishment of standards; second, the development of regulatory frameworks; and, third, the creation of enforcement and evaluation mechanisms”⁴⁵⁴.

Neste contexto surge a análise de Simon Zadek acerca da “collaborative governance”. O Autor traz à baila dois elementos fundamentais ou fases de seu desenvolvimento. Primeiramente, “the *design of public policy* increasingly involves business and civil society inputs, including specialized knowledge and, crucially, lobbying to secure specific outcomes”. Em segundo lugar, “the *implementation of public policy* often requires the explicit support of non-state actors in terms of resources and implementation pathways”⁴⁵⁵.

Ademais, Zadek aponta um dos elementos mais relevantes para o desenvolvimento de práticas inovadoras de responsabilidade social da empresa, as “multi-stakeholder partnerships”: “[a] growing number of such multi-stakeholder partnerships are, crucially, gaining influence beyond well-defined, localized, and operational benefits”⁴⁵⁶.

Laura Albareda afirma de modo contundente que “[c]o-regulation and multi-stakeholder partnerships reinforce the vision of CSR as a political and governance approach based on democratic mechanisms within business organisations”⁴⁵⁷. John Braithwaite e Peter Drahos corroboram sua afirmação ao se referirem ao relevante papel do “active world citizen” na atualidade: “[w]ithout citizen action, regulatory agendas are dominated by concentrated economic interests and decision-making is impoverished by an insufficient plurality of perspectives on the interests at stake”⁴⁵⁸.

governments, professional associations, the UNDP, and media to develop uniform reporting standards to assess the environment and social impact organisations have”.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, pág. 437.

⁴⁵⁵ Cfr. Simon ZADEK, *The logic of collaborative governance: corporate responsibility, accountability, and the social contract*, in Corporate Social Responsibility Initiative, Working Paper n.º 17, Cambridge, John F. Kennedy School of Government, Harvard University, 2006, pág. 21 (grifos do Autor).

⁴⁵⁶ *Ibidem*, pág. 5. O Autor acrescenta: “[i]ncreasing numbers are establishing and indeed enforcing wide-ranging norms of behavior, often well beyond the activities and impacts of direct participants”.

⁴⁵⁷ Cfr. Laura ALBAREDA, *Corporate responsibility, governance and accountability: from self-regulation to co-regulation*, in Corporate Governance, vol. 8., n.º 4, 2008, pág. 437. A este respeito, a Autora ainda afirma: “[t]he legitimacy of companies as political players derives from their ability to maintain dialogue and be accountable to their stakeholders. In addition, stakeholders need to participate in enforcement mechanisms regarding the companies’ social and environmental practices”.

⁴⁵⁸ Cfr. John BRAITHWAITE, Peter DRAHOS, *Global business regulation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pág. 36.

1.2. Responsabilidade social da empresa na contratação pública

A utilização da contratação pública como ferramenta para a implementação de políticas públicas é um fenômeno permanente. A análise acerca deste fenômeno busca promover objetivos de natureza social, econômica e ambiental que se alinham *pari passu* aos propósitos perseguidos pela responsabilidade social da empresa. Sue Arrowsmith aborda esta questão ao elaborar investigação atinente à taxonomia de políticas horizontais na contratação pública. A Autora apresenta uma classificação baseada em três distinções. A primeira se refere às “policies limited to securing compliance with legal requirements and those that go beyond such requirements”. Com relação à segunda, “policies applied only to contract awarded and those that go beyond it”. Já quanto à terceira, “nine different mechanisms by which policies are implemented in the procurement process”⁴⁵⁹.

Primeiramente, convém tecer algumas considerações acerca da definição de políticas horizontais consoante suas lições. Estas políticas algumas vezes são identificadas como políticas secundárias, em cotejo com as assim chamadas primárias, cujo objetivo se confunde com o da contratação pública – a obtenção de produtos, obras ou serviços, ou políticas socioeconômicas⁴⁶⁰.

John Cibinic, Jr. e Ralph C. Nash, Jr. se referem a estas políticas como “collateral policies”. Para os Autores, “the Government also uses the acquisition process to implement policies that have little or no direct relationship to, and are often in tension with, the primary goal of procurement”⁴⁶¹.

Sue Arrowsmith expressa sua preferência pela denominação “horizontal”. Para a Autora, “[t]his term is sufficiently generic to embrace all types of policies (economic, social, political, environmental, etc.) but, in contrast with the terminology of ‘secondary’ or ‘collateral’ policies does not imply that such policies are necessarily illegitimate or subservient to commercial aspects”⁴⁶².

⁴⁵⁹ Cfr. Sue ARROWSMITH, *Horizontal policies in public procurement: a taxonomy*, in *Journal of Public Procurement*, vol. 10, n.º 2, Summer 2010, pág. 149.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, págs. 149-150. Ver “Table 1 - Summary of the Taxonomy”, pág. 152.

⁴⁶¹ Cfr. John CIBINIC, Jr., Ralph C. NASH, Jr., *Formation of government contracts*, Washington, D.C., Government Contract Program, George Washington University, 1998, pág. 1403. Os Autores aludem aos seguintes exemplos: “in choosing a contractor, the Government may give weight to the size of the contractor (i.e., is it a small business?); the place of performance (i.e., is work being done in a labor surplus area?); the ownership of the contractor (i.e., is it women-owned?); and the compliance of the contractor with a variety of other federal standards (e.g., minimum wage and hour requirements)”.

⁴⁶² Cfr. Sue ARROWSMITH, *Horizontal policies in public procurement: a taxonomy*, in *Journal of Public Procurement*, vol. 10, n.º 2, Summer 2010, pág. 150.

Além disso, Arrowsmith traz à baila uma relevante questão concernente à utilização de políticas horizontais como uma forma de regulação. A Autora indaga se seria justificável utilizar a contratação pública desta maneira quando o efeito é o de regular o contraente público e não as outras empresas: “[w]hilst private individuals generally have no option but to express their social and environmental preferences through purchasing and similar activities – and increasingly do so as one aspect of [CSR] – government does have the option of broader regulatory measures”⁴⁶³.

Nesta contextualização, David Vogel analisa a responsabilidade social da empresa sob o enfoque da regulação. Diferentemente da regulação pública, a responsabilidade social da empresa não é capaz de obrigar as empresas a tomarem decisões não direcionadas à obtenção de lucro, mas que sejam socialmente benéficas. Na maioria dos casos, ela somente faria sentido se os custos do comportamento mais virtuoso permanecessem modestos. Portanto, “[t]his imposes an important constraint on the resources that companies can spend on CSR, and limits the improvements in corporate social and environmental performance that voluntary regulation can produce”⁴⁶⁴.

Sue Arrowsmith responde ao questionamento supramencionado apresentando duas justificativas, *in verbis*: “[t]wo justifications can be offered for this use of procurement power as a means of regulation. One is ensuring that government is associated with the highest possible standards”. A segunda justificativa corresponde à eficácia: “procurement is in some fields a more effective policy instrument than alternatives, such as criminal sanctions and can justify a decision to focus limited resources on this approach”⁴⁶⁵.

Neste diapasão, a Autora acentua a relevância de medidas para aumentar o acesso à contratação pública, sem alteração das condições de concorrência: “[g]overnment may provide training on procurement procedures to SMEs or those from

⁴⁶³ *Ibidem*, págs. 158-159.

⁴⁶⁴ Cfr. David VOGEL, *The market for virtue: the potential and limits of corporate social responsibility*, Washington, D.C., Brookings Institution Press, 2005, pág. 4.

⁴⁶⁵ Cfr. Sue ARROWSMITH, *Horizontal policies in public procurement: a taxonomy*, in *Journal of Public Procurement*, vol. 10, n.º 2, Summer 2010, pág. 159. A Autora tece alguns comentários a respeito de ambas. Quanto à primeira justificativa, “[a]s with policies designed to ensure legal compliance, horizontal procurement measures may be adopted both to set an example – which may encourage wider acceptance of the standards – and to avoid public criticism”. Em relação à segunda, “the government’s close relationship with its contractors can help ensure effective monitoring of policies”.

disadvantaged minority groups to help them learn about and access opportunities, but not give preferential treatment in tendering”⁴⁶⁶.

Carol Cravero aborda aspectos essenciais relacionados à contratação pública socialmente responsável. O objetivo principal da contratação pública sempre foi “to achieve best value for money (BVM), limiting the risk of improper conduct on the buyer’s side”, conforme observa a Autora. Este objetivo tem sido considerado como uma ferramenta para assegurar justa concorrência em licitações nacionais e internacionais. No entanto, destaca que, nas últimas décadas, outras considerações têm se tornado relevantes em políticas de contratação pública e não somente aquelas puramente econômicas referentes ao “best value for money”, “[i]n particular, environmental and social considerations have been identified as procurement ‘linkages’, meaning that procurement can be used to achieve goals other than the purely economic ones”⁴⁶⁷.

Cravero sustenta que muitos objetivos sociais diferentes podem ser alcançados através da contratação pública, tais como a promoção de empregos e oportunidades iguais, inclusão e acessibilidade. Desta forma, algumas legislações nacionais possibilitaram a participação de minorias e outros operadores socioeconômicos desfavorecidos em procedimentos licitatórios através de programas preferenciais. Um exemplo importante é o que se refere à “set-aside approach”. A Autora traz a seguinte definição: “[s]et-aside programs reserve some public contracts for certain categories of bidders”. Contudo, ressalva que “[t]he restriction of full and open competition entailed in set-asides has been frequently criticized by EU institutions and the Commission in particular”⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, pág. 182. Em acréscimo a estas observações: “[m]easures to *simplify the procurement system and reduce burdens* – for example, by allowing contractors to access contracts across government by completing a single questionnaire – also often aim to facilitate the participation of smaller and disadvantaged suppliers” (grifo nosso).

⁴⁶⁷ Cfr. Carol CRAVERO, *Socially responsible public procurement and set-asides: a comparative analysis of the US, Canada and the EU*, in *Arctic Review on Law and Politics*, vol. 8, 2017, pág. 175.

⁴⁶⁸ *Ibidem*. De acordo com o direito norte-americano, “SET-ASIDE – [a]n acquisition exclusively or partially reserved for the participation of SMALL BUSINESS CONCERNS pursuant to the SMALL BUSINESS ACT, 15 U.S.C. § 644. A set-aside restricts the competition to small business concerns that qualify under the applicable standards. A total set-aside restricts the entire procurement, whereas a partial set-aside restricts only a stated portion of the procurement. The contracting officer makes the initial determination of whether an acquisition should be set aside and must document why a set-aside is inappropriate when the procurement is not set aside. FAR 19.501(C), FAR 19.502-5 provides that the following, in and of themselves, do not make a set-aside inappropriate: (1) a large percentage of previous contracts for the required items have been with small business concerns, (2) the item is on the QUALIFIED PRODUCTS LIST, (3) the contract is classified; and (4) small businesses are already receiving a fair portion of the agency’s contracts”. Cfr. Ralph C. NASH, Jr., Steve L. SCHOONER, Karen R. O’BRIEN, *The government contracts reference book*, 2.^a ed., Washington, D.C., Government Contract Program, George Washington University, 1998, págs. 467-468.

Sobre esta temática, Sue Arrowsmith considera que se trata de um dos mecanismos para a implementação de políticas públicas horizontais: “set-asides (whereby contracts are reserved solely for certain groups and award criteria giving credit to tenderers for the environmental or social benefits of their tenders)”⁴⁶⁹. No direito norteamericano, John Cibinic, Jr. e Ralph C. Nash, Jr. os definem da seguinte maneira: “[o]ne form of preference given to small business in the award of federal contracts is through ‘set-asides’, a term applied to the reservation of contracts for award only to a designated group”⁴⁷⁰.

Christopher McCrudden alude à utilização da contratação pública para implementar políticas antidiscriminatórias nos Estados Unidos, cujo início ocorreu na década de setenta. Neste sentido, “[s]ubsequent to the introduction of anti-discrimination law, the United States federal government introduced additional provisions to ensure that certain proportions of government contracts would be secured by black-owned businesses. [...] These came to be known in the United States as ‘set-asides’”⁴⁷¹.

Além desta utilização na qual o objetivo da contratação pública se refere às políticas antidiscriminatórias na jurisdição na qual o contrato é celebrado, o Autor menciona utilização na qual o objetivo das políticas públicas se concretiza fora de sua jurisdição, como nos casos de “selective purchasing”. Nestes casos, a contratação pública assegura direitos humanos transnacionais. Esta utilização auxilia a produção de uma crescente convergência entre setores privados e públicos. Para McCrudden, “[p]rivate contractors, particularly larger multinationals, stress the need to consider their reputational interests, and their corporate social responsibility, requiring subcontractors to behave responsibly or lose their opportunity to contract with the company”⁴⁷².

Neste contexto surge a “sustainable public procurement (SPP)”, cuja evolução doutrinária ocorreu ao longo das últimas décadas como consequência da constatação de que não somente variáveis econômicas devem ser consideradas na implementação de políticas públicas, mas também aspectos sociais e ambientais.

⁴⁶⁹ Cfr. Sue ARROWSMITH, *Horizontal policies in public procurement: a taxonomy*, in *Journal of Public Procurement*, vol. 10, n.º 2, Summer 2010, pág. 151. A Autora ainda esclarece que “[t]hese mechanisms involve different advantages/disadvantages, including in balancing horizontal policies with other objectives, such as value for money and efficiency, and are also differently treated by trade regimes because of the differing extent to which they impact on trade”.

⁴⁷⁰ Cfr. John CIBINIC, Jr., Ralph C. NASH, Jr., *Formation of government contracts*, Washington, D.C., Government Contract Program, George Washington University, 1998, pág. 1419.

⁴⁷¹ Cfr. Christopher MCCRUDDEN, *Buying social justice: equality, government procurement, and legal change*, New York, Oxford University Press, 2015, pág. 8.

⁴⁷² *Ibidem*, pág. 10.

Carol Cravero traz à baila ponderações pertinentes a este respeito, conforme supramencionado: “[t]hese non-purely-economic uses of public procurement have been successfully called ‘linkages’, meaning that contracting authorities may ‘link’ certain policies as conditions to public contracts in order to reach sustainable solutions”⁴⁷³. O crescente interesse na utilização da contratação pública para fins sociais ocasionou reação na Comissão Europeia e nos Estados-Membros. Isto contribuiu para uma remodelagem das novas Diretivas de contratação pública da União Europeia.

O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, publicado em junho de 2016, dispõe sobre a política social (artigos 151 a 161). O presente diploma preconiza o desenvolvimento de ações que tenham em conta a diversidade das práticas nacionais, em especial no domínio das relações contratuais, e a necessidade de manter a capacidade concorrencial da economia da União. Esse desenvolvimento decorre não somente através do funcionamento do mercado interno, com o favorecimento da harmonização dos sistemas sociais, mas também mediante processos previstos nos Tratados e pela aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas (artigo 151).

Javier Mendoza Jiménez, Montserrat Hernández López e Susana Eva Franco Escobar, ao se referirem sobre o aludido diploma, asseveram que “[t]he inclusion of fundamental social rights in the Treaty of Functioning of the European Union (TFEU) was a decisive step to encourage a more social Europe”. Os Autores ainda ressaltam que “[t]his ‘new wave’ of public procurement crystalized in the fourth-generation directives, which entered into force in 2014 and emphasize the importance of including social, environmental, and other quality aspects in the different phases of procurement procedures”⁴⁷⁴.

A assim denominada contratação pública social ou contratação pública socialmente responsável estão inseridas no contexto relacionado à responsabilidade social da empresa do setor público ou, consoante entendimento de Josep Maria Canyelles,

⁴⁷³ Cfr. Carol CRAVERO, *Socially responsible public procurement and set-asides: a comparative analysis of the US, Canada and the EU*, in *Arctic Review on Law and Politics*, vol. 8, 2017, pág. 177. As soluções sustentáveis citadas pela Autora são as seguintes: “the promotion of environmentally sustainable practices, also known as ‘green procurement’, as well as the promotion of socially responsible public procurement (SRPP). The latter includes the promotion of acceptable working conditions (*e.g.* minimum wages, working time standards, health and safety standards, etc.), social justice and human rights (*i.e.* employment opportunities for various employee groups, promotion of decent work, compliance with social and labour rights, reduction of gender pay gap, social inclusion, and *corporate social responsibility (CSR)*, protection against human rights abuse, etc.)”, (grifo nosso).

⁴⁷⁴ Cfr. Javier Mendoza JIMÉNEZ, Montserrat Hernández LÓPEZ, Susana Eva Franco ESCOBAR, *Sustainable public procurement: from law to practice*, in *Sustainability*, vol. 11, n.º 6388, 2019, págs. 1-2. Os Autores admitem, porém, que “[t]hat does not mean that the price, which has guided most of the public administration in this field, does not keep its importance as a criterion for decisions”.

“Responsabilidad Social de las Administraciones Públicas (RSA)”. Para cotejar o desenvolvimento da teoria da responsabilidade social da empresa com sua adaptação ao setor público, o Autor alude primeiramente ao seguinte conceito de responsabilidade social, que se consolida como uma política empresarial “según la cual una organización incorpora en sus procesos de creación de valor los intereses e inquietudes de los agentes que legítimamente forman parte de su interés [...] y específicamente un compromiso con la sostenibilidad global (ambiental, social, económica)”⁴⁷⁵.

A gestão da responsabilidade social das administrações públicas está condicionada a um conjunto de ações muito diversas e de grande riqueza metodológica. Canyelles aponta a tentativa de simplificação através da adoção de um conjunto de aspectos muito concretos como “la introducción de cláusulas sociales, la elaboración de códigos éticos y la publicación de memorias de sostenibilidad”⁴⁷⁶.

A relevância da contratação pública para o desenvolvimento sustentável foi reconhecida através da comunicação “Orientações sobre a participação de proponentes e de mercadorias de países terceiros no mercado de contratos públicos da UE”, publicada em 2019. A Comissão Europeia estabelece que “[o]s contratos públicos socialmente responsáveis visam um impacto social nas comunidades, introduzindo considerações sociais nos procedimentos de adjudicação de contratos públicos”. Ademais, estabelece uma correlação dos contratos públicos com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) das Nações Unidas, nos seguintes termos: “[p]odem apoiar o desenvolvimento sustentável, contribuir para os esforços governamentais no sentido de alcançar os objetivos internacionais em matéria de sustentabilidade, promover mercados e cadeias de abastecimento éticos e fomentar resultados sociais positivos a nível nacional e local”⁴⁷⁷.

⁴⁷⁵ Cfr. Josep Maria CANYELLES, *Responsabilidad social de las administraciones públicas*, in *Revista de Contabilidad y Dirección*, vol. 13, 2011, pág. 80.

⁴⁷⁶ *Ibidem*, pág. 82. O Autor esclarece que “las cláusulas ya tienen una tradición más larga y los códigos éticos también tienen un recorrido desde la óptica de la ética aplicada, mientras que las memorias tienen un carácter más innovador, lo que ha hecho que algunos organismos públicos hayan querido ejercer un cierto liderazgo”. Especificamente quanto às cláusulas sociais em processos de contratação pública, Canyelles elenca os seguintes critérios: “[i]nclusividad laboral, [c]alidad de condiciones laborales, [s]ostenibilidad ambiental, [s]olidaridad territorial, [g]estión ética de las entidades. Esta línea de acción tiene la ventaja de que siendo RSA, también ayuda a fomentar la RSE para los proveedores”. Quanto aos códigos éticos, o Autor menciona que atualmente alguns parlamentos e governos já dispõem destas ferramentas, como por exemplo, “[el] Código de buena conducta administrativa del Parlamento Europeo”. Em referência à memória de responsabilidade social ou “informe de sostenibilidad”, “es un documento público que se dirige a los grupos de interés de la empresa. Se trata de un informe periódico con la triple cuenta de resultados, en la cual la empresa describe sus actividades y resultados, y sus impactos, en los ámbitos económico, social y ambiental”. *Ibidem*, págs. 95, 97.

⁴⁷⁷ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Orientações sobre a participação de proponentes e de mercadorias de países terceiros no mercado de contratos públicos da UE*, Bruxelas, 24.7.2019, C(2019) 5494 final, pág. 18.

Faz-se necessário tecer breves considerações acerca dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas. Em consonância com o crescente interesse mundial, a Organização das Nações Unidas definiu em 2015 os dezessete Objetivos de Desenvolvimento Sustentável a serem implementados até 2030: 1. erradicar a pobreza; 2. erradicar a fome; 3. saúde de qualidade; 4. educação de qualidade; 5. igualdade de gênero; 6. água potável e saneamento; 7. energias renováveis e acessíveis; 8. trabalho digno e crescimento econômico; 9. indústria, inovação e infraestruturas; 10. reduzir as desigualdades; 11. cidades e comunidades sustentáveis; 12. produção e consumo sustentáveis; 13. ação climática; 14. proteger a vida marinha; 15. proteger a vida terrestre; 16. paz, justiça e instituições eficazes e; 17. parcerias para a implementação dos objetivos⁴⁷⁸.

A implementação de práticas socialmente responsáveis nas empresas está inserida no objetivo doze, especificamente no que concerne a “incentivar as empresas, especialmente as de grande dimensão e transnacionais, a adotar práticas sustentáveis e a integrar informação sobre sustentabilidade nos relatórios de atividade”⁴⁷⁹.

Bernabé Palacín Sáenz discorre acerca do documento aprovado pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 25 de setembro de 2015, intitulado “A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”. O Autor esclarece que “[l]a Agenda, no se apoya en la contratación pública como herramienta para conseguir los citados objetivos; es mucho más generalista, su vocación es la de realizar declaraciones solemnes, fijar principios, objetivos y metas en el largo plazo, el que lleva hasta el año 2030”⁴⁸⁰.

Neste sentido, a Resolução da Assembleia das Nações Unidas para o Ambiente, de março de 2019, incentiva todos os Estados-Membros a trabalharem para alcançar um consumo e uma produção sustentáveis, a desenvolverem políticas de contratação pública sustentáveis e a atualizarem os seus quadros jurídicos em matéria de contratos públicos, em conformidade com o seu compromisso de alcançar a meta 12.7 dos Objetivos de

⁴⁷⁸ Cfr. CENTRO DE INFORMAÇÃO REGIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EUROPA OCIDENTAL, *Objetivos de desenvolvimento sustentável*, 2021, disponível em [Objetivos de Desenvolvimento Sustentável - ONU Portugal \(unric.org\)](#).

⁴⁷⁹ Cfr. CENTRO DE INFORMAÇÃO REGIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EUROPA OCIDENTAL, *Guia sobre desenvolvimento sustentável*, 2018, disponível em [SDG_brochure_PT-web.pdf \(unric.org\)](#), pág. 24.

⁴⁸⁰ Cfr. Bernabé Palacín SÁENZ, *A la responsabilidad social por la contratación pública*, 726 f., tese, Programa de Doctorado em Derecho y Cambio Social, Universidad de La Rioja, Logroño, 2020, pág. 199. Em complementação: “pero tiene el valor de orientación consensuada de principios del desarrollo humano, tales como los derechos humanos, la igualdad de género, la promoción de una cultura de paz y no violencia, y la contribución de la cultura al desarrollo sostenible”.

Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas (promover práticas de compras sustentáveis, de acordo com as políticas e prioridades nacionais)⁴⁸¹.

Como parte integrante deste incentivo, Javier Mendoza Jiménez, Montserrat Hernández López e Susana Eva Franco Escobar tecem comentários acerca da nova concepção denominada “innovation public procurement” como um instrumento de apoio a políticas públicas estratégicas, especialmente “innovation policies”. Consoante a análise dos Autores, “[t]his new concept of public procurement has been reinforced with the new European Directives approved in 2014. Therefore, public procurement is expected to change its role from bureaucratic to strategic, as well as contribute to social and environmental issues”. Para eles, há duas categorias diferentes nesta nova tendência de “sustainable public procurement”, *in verbis*: “[g]reen public procurement” e “[s]ocial public procurement”⁴⁸².

Carol Cravero corrobora tal entendimento, ao afirmar que “while in the past these goals were identified as ‘secondary’ considerations in public procurement, [...] they have been defined as strategic considerations in the evolving European framework”⁴⁸³. Neste cenário, Jörgen Hettne apresenta sugestões para aumentar a utilização estratégica da contratação pública. Para o Autor, a melhor maneira seria implementar as questões objetivas e subjetivas do processo de contratação pública de um modo apto a cumprir o objetivo não econômico perseguido pela autoridade pública, ou seja: “the non-economic interest would be the express object of the tendering procedure. If that is not possible, it may be possible for the non-economic aims to correspond to aims which the Union legislator expressly promotes”⁴⁸⁴.

Uma análise detalhada da matéria perpassa por uma abordagem acerca do desenvolvimento legislativo desta temática na União Europeia desde as Diretivas de 2004. Tal abordagem será realizada em item subsequente.

⁴⁸¹ Cfr. ASSEMBLEIA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O AMBIENTE, *Resolução adotada pela Assembleia das Nações Unidas para o Ambiente*, 15 março 2019, disponível em NATIONS UNIES (unep.org), pág. 4 (tradução livre).

⁴⁸² Cfr. Javier Mendoza JIMÉNEZ, Montserrat Hernández LÓPEZ, Susana Eva Franco ESCOBAR, *Sustainable public procurement: from law to practice*, in *Sustainability*, vol. 11, n.º 6388, 2019, págs. 2-3.

⁴⁸³ Cfr. Carol CRAVERO, *Socially responsible public procurement and set-asides: a comparative analysis of the US, Canada and the EU*, in *Arctic Review on Law and Politics*, vol. 8, 2017, págs. 182-183. Especificamente, “while the previous Directive 2004/18/EC allowed procuring entities in Member States to take ‘secondary’ environmental and social considerations into account, new and powerful terms were introduced in the 2014 Directives, such as *sustainable procurement* and *strategic procurement*. These new terms indicate that public procurement is ‘about more than just saving money’” (grifos da Autora).

⁴⁸⁴ Cfr. Jörgen HETTNE, *Strategic use of public procurement – limits and opportunities*, in *European Policy Analysis*, n.º 7, April 2013, pág. 18.

1.3. A evolução do direito europeu da contratação pública com foco na sustentabilidade

Dacian C. Dragos e Bogdana Neamtu analisam a evolução da contratação pública sustentável no direito europeu a partir de uma importante constatação: “[t]he natural order of things – regulation, then case law – has been inversed in the case of sustainable procurement at EU level: case law led the way towards the use of social and environmental considerations in public procurement, and legislation followed suit”⁴⁸⁵.

Preliminarmente, cabem algumas observações a respeito do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Possui a missão de zelar pela interpretação e aplicação do direito europeu da mesma forma em todos os países da União Europeia e garantir que as instituições e os países pertencentes ao bloco respeitem o direito europeu. Foi criado em 1954 e sua sede está localizada em Luxemburgo.

Os tipos de processos mais comuns submetidos à apreciação do Tribunal são os que versam sobre as seguintes questões: interpretação e aplicação da legislação, anulação de atos legislativos europeus, obrigação de ação e aplicação de sanções às instituições europeias.

É composto por duas jurisdições: o Tribunal de Justiça, que trata dos pedidos de decisões a título prejudicial provenientes das jurisdições nacionais, de certas ações de anulação e de recursos; o Tribunal Geral, que trata dos recursos de anulação interpostos por particulares, empresas e governos nacionais em certos casos. Cabe ressaltar que, na prática, trata essencialmente de processos relacionados com direito da concorrência, auxílios estatais, comércio, agricultura e marcas registradas.

O Tribunal de Justiça é formado por um juiz de cada país da União Europeia e onze advogados-gerais. O Tribunal Geral é formado por dois juízes de cada país da União Europeia. Os juízes e os advogados-gerais são nomeados pelos respectivos governos dos países e por períodos renováveis de seis anos. Em cada uma das jurisdições, os juízes escolhem um Presidente que é investido no cargo por um período renovável de três anos.

Quanto ao seu funcionamento, para cada processo é designado um juiz (juiz-relator) e um advogado-geral no Tribunal de Justiça. O trâmite processual ocorre em duas

⁴⁸⁵ Cfr. Dacian C. DRAGOS, Bogdana NEAMTU, *Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects*, in *Novelties in the 2014 Directive on Public Procurement*, Francois LICHERE, Roberto CARANTA, Steen TREUMER (eds.), Copenhagen, DJØF Publishing, 2014, disponível em *Sustainable Public Procurement in the EU: Experiences and Prospects* by Dacian C. Dragos, Bogdana Neamtu :: SSRN, pág. 2.

fases: fase escrita, na qual as partes entregam uma declaração escrita ao Tribunal. Estas observações podem também ser remetidas às autoridades nacionais, às instituições europeias e aos cidadãos individualmente. Durante a sessão plenária, estas informações são reunidas e resumidas pelo juiz-relator e analisadas. O plenário deve decidir em seguida sobre o número de juízes que irão tratar do processo (três, cinco ou quinze, que corresponde a todo o Tribunal), em conformidade com a relevância e complexidade do assunto em questão. Normalmente, os processos são entregues a cinco juízes, sendo raras as situações nas quais um processo é analisado por todo o Tribunal; fase oral (audiência pública), na qual os advogados de ambas as partes apresentam suas alegações aos juízes e ao advogado-geral, que podem fazer os questionamentos que entenderem pertinentes. Quando o Tribunal considera que é necessário o parecer do advogado-geral, o mesmo é emitido algumas semanas após a audiência. A seguir, os juízes deliberam e prolatam a sentença. Convém mencionar que as audiências do Tribunal Geral são processadas de forma semelhante, com a diferença, na maior parte das vezes, quanto ao número de juízes (três) e sem a intervenção de um advogado-geral.

Urge destacar que qualquer cidadão ou empresa que se considere lesado em decorrência de uma ação ou omissão de uma instituição europeia ou de seus respectivos funcionários, pode recorrer para o Tribunal de Justiça da União Europeia. Isto pode ser realizado de duas formas: indiretamente através dos tribunais nacionais, os quais podem decidir remeter o caso para o TJUE; diretamente para o Tribunal Geral, se uma decisão de uma instituição europeia o afetou direta e individualmente. Se entender que as autoridades de uma país infringiram o direito europeu, deve se ater ao procedimento oficial para a apresentação de denúncias⁴⁸⁶.

Em suas decisões, o TJUE tem constantemente sustentado que, por uma questão de princípio, o principal objetivo do direito europeu no que se refere à contratação pública é a abertura da concorrência de livre mercado nos Estados-Membros, assegurando-se assim a livre circulação de mercadorias e serviços através do território. No entanto, Dacian C. Dragos e Bogdana Neamtu salientam que “in a series of decisions, the Court has stated that other objectives than the pure economical or Internal Market ones may be pursued by contracting authorities”⁴⁸⁷.

⁴⁸⁶ Cfr. UNIÃO EUROPEIA, *Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)*, Luxemburgo, disponível em Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) | União Europeia (europa.eu). O procedimento oficial para a apresentação de denúncias pode ser consultado em Problemas e queixas | Comissão Europeia (europa.eu).

⁴⁸⁷ Cfr. Dacian C. DRAGOS, Bogdana NEAMTU, *Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects*, in *Novelties in the 2014 Directive on Public Procurement*, Francois LICHERE, Roberto

A introdução de critérios sociais teve como um de seus principais objetivos gerar oportunidades de emprego, o que é especialmente importante em contextos nos quais há desemprego estrutural. Neste sentido, Maria José Vañó Vañó afirma que “[l]a incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública pretende generar oportunidades de empleo, lo que implica llevar a cabo políticas públicas sociales, dirigidas a sectores más desfavorecidos”⁴⁸⁸.

Maria Burzaco Samper aponta, no entanto, obstáculos para que o papel dos critérios sociais na contratação pública seja plenamente alcançado. Dentre estes obstáculos, o mais relevante possivelmente “sea el requisito de la vinculación al objeto del contrato; exigencia que aparece insistentemente respecto de los distintos elementos de la contratación [...] (condiciones subjetivas de solvencia de las empresas licitadoras, criterios de adjudicación, condiciones especiales de ejecución)”⁴⁸⁹.

O marco histórico jurisprudencial foi *Gebroeders Beentjes BV vs. the Netherlands*,⁴⁹⁰ no qual o Tribunal de Justiça da União Europeia validou a introdução de uma cláusula para o emprego de desempregados de longa duração no contrato. Consoante entendimento de Dacian C. Dragos e Bogdana Neamtu, “[t]his case is considered to be the leading case in sustainable public procurement, although the main concern of the Court was still focused on giving full effect to the principles of non-discrimination and the free movement of services”⁴⁹¹. Neste diapasão, os Autores esclarecem que “[t]he controversy stemming from *Beentjes* is whether social criteria may be used for the *award*

CARANTA, Steen TREUMER (eds.), Copenhagen, DJØF Publishing, 2014, disponível em Sustainable Public Procurement in the EU: Experiences and Prospects by Dacian C. Dragos, Bogdana Neamtu :: SSRN, pág. 2. Em complementação, “[t]hese are either social objectives – employing persons that meet certain conditions or environmental ones – for instance eco-labels”.

⁴⁸⁸ Cfr. Maria José Vañó VAÑÓ, *Limitaciones a la aplicación de cláusulas sociales en la contratación pública desde la perspectiva del derecho de la competencia*, in CIRIEC – España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, n.º 87, 2016, pág. 13.

⁴⁸⁹ Cfr. Maria Burzaco SAMPER, *Contrataciones públicas socialmente responsables: la necesidad de reconsiderar el potencial de la contratación pública en la consecución de objetivos sociales*, in CIRIEC – España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, n.º 86, abril 2016, pág. 303.

⁴⁹⁰ Cfr. Acórdão 31/87, *Gebroeders Beentjes BV vs. the Netherlands* [1988] ECR 4635.

⁴⁹¹ Cfr. Dacian C. DRAGOS, Bogdana NEAMTU, *Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects*, in *Novelties in the 2014 Directive on Public Procurement*, Francois LICHERE, Roberto CARANTA, Steen TREUMER (eds.), Copenhagen, DJØF Publishing, 2014, disponível em Sustainable Public Procurement in the EU: Experiences and Prospects by Dacian C. Dragos, Bogdana Neamtu :: SSRN, pág. 3. A respeito do *leading case* em questão, os Autores explicam: “[i]n *Beentjes* the plaintiff claimed that the decision of the awarding authority rejecting its tender (although it was the lowest) in favour of the next-lowest bidder had been taken in breach of the provisions of Directive 71/305/EEC, then in force, because, inter alia, the contracting authority requested tenderers to prove that they will be able to employ long-term unemployed persons. The Court found that the condition relating to the employment of long-term unemployed persons was compatible with the directive under the condition that it had no direct or indirect discriminatory effect on tenderers from other Member States, and provided that such specific conditions had been mentioned in the contract notice”.

of the contract or just as a contract *performance* condition. In later case law the Court clarified this conundrum”⁴⁹².

O ponto de equilíbrio entre os critérios de sustentabilidade e aspectos ínsitos ao Mercado Interno da UE é objeto de análise de Catherine Weller e Janet Meissner Pritchard. As Autoras sustentam que o Tribunal de Justiça da União Europeia teve que julgar casos nos quais as autoridades de contratação pública tiveram que se pautar por objetivos estratégicos juntamente com objetivos funcionais nos processos de contratação. Sua abordagem se refere à evolução do princípio da discricionariedade acerca do que comprar, com inclusão da transferência de argumentos atinente aos critérios sobre ambiente para casos concernentes aos critérios sociais. Para as Autoras, “the Court has now moved the discussion on from the question of whether sustainable procurement is permitted, to how it can be done”⁴⁹³.

Em sua análise acerca de *Beentjes*, Weller e Pritchard asseveram que o Tribunal decidiu que a discricionariedade referente ao o que comprar pertence à autoridade adjudicante: “[t]his principle, emphasising that contracting authorities have broad discretion to decide and define what they want to buy, is a foundation block securing the right for contracting authorities to pursue sustainable public procurement”⁴⁹⁴.

Estas conclusões foram reforçadas em *Nord-Pas-de-Calais vs. the Commission*, no qual uma cláusula para o emprego de desempregados de longa duração semelhante foi declarada compatível e os princípios para a introdução de critérios sustentáveis foram estabelecidos pelo Tribunal no sentido de que a procura pela proposta econômica mais vantajosa, “não exclui contudo a possibilidade de as entidades adjudicantes utilizarem como critério uma condição relacionada com a luta contra o desemprego se tal condição respeitar todos os princípios fundamentais do direito comunitário e designadamente o princípio da não discriminação”⁴⁹⁵.

Este caso versou sobre contratos de adjudicação de empreitadas de obras públicas para a construção e manutenção de edifícios escolares pela Região Nord-Pas-de-Calais e pelo Departamento do Norte por um período de três anos. A Comissão Europeia interpretou *Beentjes* no sentido de que a promoção do emprego somente pode ser utilizada

⁴⁹² *Ibidem* (grifos dos Autores).

⁴⁹³ Cfr. Catherine WELLER, Janet Meissner PRITCHARD, *Evolving CJEU jurisprudence: balancing sustainability considerations with the requirements of the internal market*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 8, n.º 1, Special issue: sustainable procurement, 2013, pág. 55.

⁴⁹⁴ *Ibidem*, pág. 56.

⁴⁹⁵ Cfr. Acórdão C-225/98, *Nord-Pas-de-Calais vs. the Commission* [2000] ECR I-7445. Há expressa referência à *Beentjes* neste número (50).

como condição de execução do contrato e alegou que os critérios de adjudicação se restringem a dois, o menor preço e a proposta economicamente mais vantajosa. França, por outro lado, sustentou que o critério social pode ser adicionado aos dois critérios clássicos baseados em *Beentjes*. Embora admitindo em termos gerais que França falhou quanto ao cumprimento dos requisitos referentes à devida publicação dos anúncios nos jornais oficiais ou na imprensa do país, o Tribunal concordou com França acerca da questão da admissibilidade de condições sociais como critérios de adjudicação.

Concluiu que, desde que o critério relacionado à luta contra o desemprego esteja definido e aplicado de modo não-discriminatório, tais considerações são admissíveis como critérios de adjudicação. Devido ao fato de que a Comissão somente criticou a referência de tal critério como um critério de adjudicação, não mencionando a falta da devida publicação dos anúncios, esta alegação foi indeferida. A este respeito, Dacian C. Dragos e Bogdana Neamtu destacam que “the decision has given the Court the opportunity to clarify that social considerations may be used either as award criteria or as performance conditions”⁴⁹⁶.

Com a evolução do direito da contratação pública e em face das Diretivas da União Europeia, houve necessidade de se perquirir sobre a interpretação do princípio da discricionariedade. As questões que surgiram se referiram à frase “proposta economicamente mais vantajosa” em relação a exatamente o que seria permitido à autoridade adjudicante avaliar. Isto foi examinado em dois casos que questionaram a legitimidade dos critérios de adjudicação quanto à promoção de questões ecológicas. Catherine Weller e Janet Meissner Pritchard discorrem acerca destes dois casos. Destacam que “[a]lthough it rejected the arguments against the validity of the ecological and social criteria at issue in the cases discussed [...], the Court was nonetheless careful to impose some limits on the types of criteria that could be used in the award stage”⁴⁹⁷.

⁴⁹⁶ Cfr. Dacian C. DRAGOS, Bogdana NEAMTU, *Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects*, in *Novelties in the 2014 Directive on Public Procurement*, Francois LICHERE, Roberto CARANTA, Steen TREUMER (eds.), Copenhagen, DJØF Publishing, 2014, disponível em *Sustainable Public Procurement in the EU: Experiences and Prospects* by Dacian C. Dragos, Bogdana Neamtu :: SSRN, pág. 3.

⁴⁹⁷ Cfr. Catherine WELLER, Janet Meissner PRITCHARD, *Evolving CJEU jurisprudence: balancing sustainability considerations with the requirements of the internal market*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 8, n.º 1, Special issue: sustainable procurement, 2013, págs. 57-58. Os acórdãos dos casos supramencionados são: Acórdão C-513/99, *Concordia Bus Finland Ou Ab vs. Helsingin Kaupunki and Hkl-Bussiliikenne* [2002] ECR I-7123 e Acórdão C-448/01, *EVN AG and Another vs. Austria (Stadtwerke Klagenfurt AG and Another, intervening)* [2003] ECR I-14527. Em referência à questão sobre a possibilidade de critérios sociais se beneficiarem da fundamentação deste último acórdão, ver Acórdão C-368/10, 10 May 2012 *Commission vs. The Kingdom of the Netherlands* [2012] ECR n.y.r.

No entanto, as Autoras enfatizam que, ao invés de apresentar regras sobre quais critérios poderiam ou não identificar o proposta economicamente mais vantajosa, o Tribunal “set requirements with an eye to the original rationale of the “how to buy” rules – in particular preventing arbitrary choices by contracting authorities by insisting on transparency and equal treatment”⁴⁹⁸.

A evolução jurisprudencial levou à adoção de novas Diretivas. Em dezembro de 2003 foram aprovadas as Diretivas 2004/17/CEE e 2004/18/CEE, concernentes respectivamente aos procedimentos de contratação pública das entidades que operam setores especiais referentes à água, energia, transporte e serviços postais e à coordenação de procedimentos de adjudicação das empreitadas de obras públicas, contratos públicos de fornecimento e contratos públicos de serviços⁴⁹⁹.

Roberto Caranta é enfático em afirmar que a nova legislação falhou quanto a uma completa clarificação sobre todas as questões que surgiram quanto à possível referência à critérios de sustentabilidade na contratação pública⁵⁰⁰. Neste diapasão, Dacian C. Dragos e Bogdana Neamtu esclarecem que “[t]hrough soft law mechanisms, the Commission has tried to guide procurers on the path of sustainability”⁵⁰¹. Os Autores elencam dois exemplos de destaque como mecanismos de *soft law* nesta seara: “Buying Green (2011)”, última edição em 2016⁵⁰² e “Buying Social (2012)”⁵⁰³.

⁴⁹⁸ *Ibidem*, pág. 58. Em complementação, “[t]he tests are set out in *Concordia Bus*. To be compatible with the Directive, an award criterion must be linked to the subject matter, must no confer an unrestricted freedom of choice on the authority, must be expressly mentioned in the contract documents and comply with all the fundamental principles of EU law, in particular, non-discrimination”.

⁴⁹⁹ Cabe ressaltar que a Diretiva 2004/18/CEE, recital 1, dispõe expressamente que “[t]his Directive is based on the Court of Justice case-law, in particular case-law on award criteria, which clarifies the possibilities for the contracting authorities to meet the needs of the public concerned, including in the environmental and/or social area, provided that such criteria are linked to the subject-matter of the contract, do not confer an unrestricted freedom of choice on the contracting authority, are expressly mentioned and comply with the fundamental principles”.

⁵⁰⁰ Cfr. Roberto CARANTA, *Sustainable public procurement in the EU*, in Roberto CARANTA, Martin TRYBUS (eds.), *The law of green and social procurement in Europe*, Copenhagen, DJØF Publishing, 2010, pág. 27.

⁵⁰¹ Cfr. Dacian C. DRAGOS, Bogdana NEAMTU, *Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects*, in *Novelties in the 2014 Directive on Public Procurement*, Francois LICHERE, Roberto CARANTA, Steen TREUMER (eds.), Copenhagen, DJØF Publishing, 2014, disponível em *Sustainable Public Procurement in the EU: Experiences and Prospects* by Dacian C. Dragos, Bogdana Neamtu :: SSRN, pág. 7.

⁵⁰² Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Buying Green! A handbook on green public procurement*, 3.^a ed., Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2016, disponível em *Buying green!* - Publications Office of the EU (europa.eu).

⁵⁰³ Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Buying social. A guide to taking account of social public procurement*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2011, disponível em *Buying social* - Publications Office of the EU (europa.eu).

Ao longo deste período, houve algumas distorções no funcionamento do mercado interno, com o surgimento de procedimentos adjudicatórios sem transparência e concorrência, com fraude e corrupção. A ausência de regulação adequada gerou ineficiência econômica e ocasionou impacto negativo na obtenção da melhor relação qualidade e preço (*Best Value for Money – BVM*). Para tentar solucionar estes problemas, a Diretiva 2014/23/UE foi proposta em 2012. As Diretivas 2004/17/CEE e 2004/18/CEE foram revogadas pelas Diretivas 2014/25/UE e 2014/24/UE, respectivamente.

Os principais argumentos utilizados pela Comissão Europeia ao propor a nova legislação abrangem a necessidade de atualização concernente aos aspectos econômicos, sociais, políticos e orçamentários. Além disso, a Comissão vislumbrou a importância do incentivo à contratação pública como um instrumento de inovação.

É inegável a relevância do principal instrumento legal internacional para contratação pública neste contexto, “WTO Plurilateral Agreement on Government Procurement (GPA)”⁵⁰⁴. A União Europeia está vinculada por suas disposições como parte do acordo e este fato foi levado em consideração na elaboração das Diretivas de 2004 e 2014. O acordo faz referência aos princípios gerais de não-discriminação e transparência e estabelece regras específicas sobre especificações técnicas, seleção de propostas e sua avaliação. Em relação à contratação pública sustentável, dispõe sobre a possibilidade de incluir considerações atinentes ao ambiente nas especificações técnicas e critérios de adjudicação. Contudo, Dacian C. Dragos e Bogdana Neamtu advertem que “there is no reference though to *social* considerations. However, this does not make them inadmissible, as long as they fulfil the requirements stemming from the general principles”⁵⁰⁵.

Dragos e Neamtu destacam a importância do novo método estabelecido através das Diretivas de 2014, “life cycle costing (LCC)”. Os Autores afirmam peremptoriamente que “[t]he new Public Sector Directive makes LCC the centerpiece of sustainable public procurement, detailing its features and encouraging contracting authorities to make use of it”⁵⁰⁶.

⁵⁰⁴ Cfr. WORLD TRADE ORGANIZATION, *Agreement on government procurement*, 2021, disponível em WTO | Government procurement - The plurilateral Agreement on Government Procurement (GPA).

⁵⁰⁵ Cfr. Dacian C. DRAGOS, Bogdana NEAMTU, *Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects*, in *Novelties in the 2014 Directive on Public Procurement*, Francois LICHERE, Roberto CARANTA, Steen TREUMER (eds.), Copenhagen, DJØF Publishing, 2014, disponível em *Sustainable Public Procurement in the EU: Experiences and Prospects* by Dacian C. Dragos, Bogdana Neamtu :: SSRN, pág. 11 (grifos dos Autores).

⁵⁰⁶ *Ibidem*, pág. 17.

O artigo 2.º, 20), da Diretiva 2014/24/UE define ciclo de vida do seguinte modo: “todas as etapas consecutivas e/ou interligadas, incluindo a investigação e desenvolvimento a efetuar, a produção, comercialização e respetivas condições, transporte, utilização e manutenção, ao longo da existência de um produto, de uma obra ou da prestação de um serviço, desde a aquisição das matérias-primas ou da geração de recursos até à eliminação, neutralização e fim do serviço ou utilização”.

Lennard Michaux e Joris Gruyters discorrem acerca dos custos do ciclo de vida. Para os Autores, “LCCs refine the idea of sustainable public procurement into a real methodology, balancing and encouraging the respect for economic, social and environmental considerations. An even wider range of different factors may consequently be included under the notion of MEAT”⁵⁰⁷.

O artigo 68 da Diretiva 2014/24/UE é dedicado inteiramente a este novo conceito. Dacian C. Dragos e Bogdana Neamtu observam que “[u]nder the new Public Sector Directive LCC is no longer to be restricted to MEAT, as it was in the 2004 Directive; consequently, the lowest price/cost criteria will enable contracting authorities to resort to LCC as well”⁵⁰⁸.

Especificamente quanto às metodologias, Lennard Michaux e Joris Gruyters aduzem o seguinte: “[e]ach LCC methodology is based in specific sectoral legislation, allowed to be developed by national or local authorities as long as there is no harmonized methodology at the European level. The Procurement Directive, however, explicitly states that these methods may not be tailor-made for specific contracts”⁵⁰⁹.

⁵⁰⁷ Cfr. Lennard MICHAUX, Joris GRUYTERS, *Life cycle costing: the final step towards a true rule of reason in public procurement law?*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)*, vol. 15, n.º 1, 2020, pág. 64. Cabe esclarecer que o acrónimo MEAT significa “most economically advantageous tender”.

⁵⁰⁸ Cfr. Dacian C. DRAGOS, Bogdana NEAMTU, *Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects*, in *Novelties in the 2014 Directive on Public Procurement*, Francois LICHERE, Roberto CARANTA, Steen TREUMER (eds.), Copenhagen, DJØF Publishing, 2014, disponível em *Sustainable Public Procurement in the EU: Experiences and Prospects* by Dacian C. Dragos, Bogdana Neamtu :: SSRN, págs. 17-18. Os Autores esclarecem que “the boundaries between lowest price and MEAT are not as clear as before. Resorting to LCC makes the award procedure using the lowest price criterion a complex one. The difference from MEAT will be that in case of an award based on the lowest price which in its turn is based on LCC, the price remains the only criterion for the award, so all the externalities have to be incorporated and monetized as elements of the price. MEAT, on the other hand, may be based on LCC that includes non-monetized externalities (externalities that don’t necessarily have a financial value)”. Dragos e Neamtu ressaltam sobre este aspecto: “[l]ife-cycle costing is still optional, but under Article 68(3) if there is a common EU methodology the life-cycle costing becomes mandatory”.

⁵⁰⁹ Cfr. Lennard MICHAUX, Joris GRUYTERS, *Life cycle costing: the final step towards a true rule of reason in public procurement law?*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)*, vol. 15, n.º 1, 2020, pág. 64.

Em face do objeto de investigação do presente item, cumpre salientar relevante observação de Michaux e Gruyters. À primeira vista, cabe destacar que custos do ciclo de vida foram incorporados ao critério da proposta economicamente mais vantajosa para conciliar diferentes objetivos da sustentabilidade, predominantemente quanto às considerações ambientais. Os Autores aduzem que isto ocorre devido a um motivo específico, *in verbis*: “[t]he emphasis on environmental factors, instead of factors such as social return, could be explained by the fact that the latter are harder to monetise”⁵¹⁰.

As perspectivas atinentes à evolução destes institutos serão analisadas nos ordenamentos jurídicos de Itália, Portugal e Brasil em itens subsequentes.

2. Da responsabilidade social da empresa à contratação pública sustentável em Itália

Uma variedade de elementos estruturais e históricos caracterizam o sistema econômico nacional em Itália e suas especificidades quanto às relações sociais como um todo. Quanto aos elementos estruturais é possível citar a predominância de pequenas e médias empresas e o papel de distritos locais. Já em referência aos elementos históricos, o exemplo mais significativo é a relevância do movimento cooperativo. Neste cenário, inúmeras iniciativas de responsabilidade social da empresa foram realizadas como resposta às crescentes demandas da opinião pública em prol da proteção ambiental, segurança de produtos e respeito aos direitos humanos e dos trabalhadores. A literatura, ao se debruçar sobre esta temática, revisou e classificou as experiências espontâneas de empresas e instituições, classificando-as em três grupos principais: privado, público e associações empresariais.

Em relação às experiências do setor privado, há considerável interesse em assuntos relacionados à responsabilidade social da empresa. Francesco Perrini, Stefano Pogutz e Antonio Tencati classificam as iniciativas em quatro grupos: “reports/statements and other reporting activities; managing and certification systems, financial experience (ethical investment funds, rating); other initiatives”⁵¹¹.

⁵¹⁰ *Ibidem*.

⁵¹¹ Cfr. Francesco PERRINI, Stefano POGUTZ, Antonio TENCATI, *Corporate social responsibility in Italy: state of the art*, in *Journal of Business Strategies*, vol. 23, n. 1, Spring 2006, págs. 72-73. Os Autores descrevem o conteúdo de cada grupo da seguinte maneira: “Statements/reports and other reporting activities: [v]oluntary reporting initiatives on the CSR activities by using manifold reference standards and methods [...]; [m]anaging and certification systems: CSR managing system on all its components –

Quanto às experiências do setor público, as iniciativas são promovidas tanto em nível regional como provincial. Neste sentido, os Autores aludem primeiramente às iniciativas referentes ao nível regional, com destaque àquelas que promovem certificação SA 8000 entre pequenas e médias empresas (com o objetivo de incentivo ao treinamento, serviços de informação e alocação de fundos), assim quanto à promoção de segurança ocupacional e qualidade e estabelecimento de sistemas de informação de responsabilidade social da empresa. Em relação às iniciativas referentes ao nível provincial, há incentivo quanto à adoção de ferramentas mais avançadas de responsabilidade social da empresa, promoção de sistema de certificação ético-social para empresas e construção de um sistema de gerenciamento para inclusão de pessoas socialmente vulneráveis ao mercado de trabalho⁵¹².

Faz-se necessário abrir parênteses para tecer algumas considerações acerca de SA 8000 (*Social Accountability 8000*), que pertence à classificação atinente aos padrões de certificação internacionais como ferramentas através das quais as empresas podem internalizar requisitos de sustentabilidade. Estes padrões se referem a diferentes aspectos da responsabilidade social e oferecem certificação de requisitos específicos. Especificamente quanto ao SA 8000, Federica Murmura, Laura Bravi e Federica Palazzi esclarecem que se trata de “one of these international certification standards. It encourages organisations to develop, maintain and apply socially acceptable practices in the workplace”⁵¹³.

Consoante sua avaliação, Murmura, Bravi e Palazzi aduzem que as empresas italianas que possuem a certificação SA 8000 são extremamente focadas no ambiente em seu entorno e prestam grande atenção às relações inerentes à sua cadeia de fornecimento. As empresas optam pela certificação não somente por razões externas motivadas pela

environment, human resources, suppliers, safety, etc., [c]ertification systems by third parties, [e]nvironmental labels and quality labels; [f]inancial experience: [i]nitiatives and projects related to the corporate financial area and evaluation processes; [o]ther initiatives: [o]rganizations, working groups and research centers for CSR issues, promoted by companies and entrepreneurial associations, [i]ncreasing cause-related marketing activities, [c]reation of specific awards, [t]he role of banking foundations to promote and support non-profit organisations and local communities”.

⁵¹² *Ibidem*, pág. 74.

⁵¹³ Cfr. Federica MURMURA, Laura BRAVI, Federica PALAZZI, *Evaluating companies' commitment to corporate social responsibility: perceptions of the SA 8000 standard*, in *Journal of Cleaner Production*, vol. 164, 2017, pág. 1408. Em complementação: “[i]t was created in 1997 by Social Accountability International (SAI), which is an international non-profit human rights organisation with the mission to improve workplaces around the world by developing and implementing a socially responsible standard [...]. SA 8000 covers human rights issues including child labour, forced labour, discrimination, health and safety, freedom of association and right to collective bargaining, disciplinary practices, working hours and remuneration”.

imagem e promoção, mas principalmente por um real objetivo de aperfeiçoar seu ambiente interno de trabalho. Em conclusão, asseveram que “it can be drawn from the research that the ethical SA 8000 standard may be used as a tool to internalize the corporate sustainability, and develop a successful sustainable strategy if effectively developed”⁵¹⁴.

Em continuação às iniciativas elencadas por Francesco Perrini, Stefano Pogutz e Antonio Tencati, o grupo referente às associações empresariais é representado pelo “National System of Chambers of Commerce”, o qual é particularmente sensível e atento quanto à promoção da responsabilidade social da empresa em Itália. Os Autores se referem ao “REBUS Project”, cujo objetivo é a investigação do nível de atenção prestado por empresários de pequenas e médias empresas quanto à responsabilidade social da empresa. Um outro exemplo ao qual aludem é “The Lavoro Etico Network”, que tem por objetivo comunicar e disseminar os princípios e ferramentas de gerenciamento para a certificação SA 8000⁵¹⁵.

Francesco Perrini discorre especificamente sobre um projeto idealizado pelo governo italiano em 2003 denominado “Corporate Social Responsibility – Social Commitment (CSR-SC) Project”, ao aduzir: “[t]his framework, which places a strong emphasis on stakeholder involvement, aims in brief at providing guidance and ‘reference points’ on key issues of the CSR agenda, and thus contributes to enhancing the transparency and credibility of CSR practices and tools”⁵¹⁶. Em complementação, Perrini aborda o “Social Statement”, o qual é definido como “a document that maps stakeholder-based CSR performance indicators, through which enterprises’ process of social, environmental and economic performance evaluation can be voluntarily supported and enhanced”⁵¹⁷.

Os resultados do projeto foram objeto de análise de Maria-Gabriella Baldarelli. Sua investigação se baseou na contribuição deste projeto quanto à divulgação da prestação de contas referentes aos parâmetros sociais, éticos e ambientais. Quanto aos

⁵¹⁴ *Ibidem*, pág. 1406.

⁵¹⁵ Cfr. Francesco PERRINI, Stefano POGUTZ, Antonio TENCATI, *Corporate social responsibility in Italy: state of the art*, in *Journal of Business Strategies*, vol. 23, n. 1, Spring 2006, pág. 74.

⁵¹⁶ Cfr. Francesco PERRINI, *Building a European portrait of corporate social responsibility reporting*, in *European Management Journal*, vol. 23, n.º 6, 2005, pág. 612.

⁵¹⁷ *Ibidem*. O Autor ainda esclarece que “[i]n fact, the tool specifically aims at supporting the process of systematic social and environmental data collection and self-evaluation”. Para maior detalhamento a respeito das etapas do projeto, ver Francesco PERRINI, Stefano POGUTZ, Antonio TENCATI, *Corporate social responsibility in Italy: state of the art*, in *Journal of Business Strategies*, vol. 23, n. 1, Spring 2006, págs. 75-77.

resultados positivos, observou-se que o projeto representou um primeiro passo quanto ao interesse governamental em elaborar um instrumento uniforme e voluntário e divulgar a responsabilidade social da empresa. No entanto, em relação aos resultados negativos, houve forte limitação quanto ao “Social Statement” na medida em que os benefícios fiscais não são claros. Portanto, “enterprises that are interested in, often find very difficult to understand their role in the CSR Forum and are not sufficiently motivated to go on about social, ethical and environmental accounting and accountability”⁵¹⁸.

Em sua análise acerca desta questão, Francesco Perrini sugere a adoção de uma base comum como ponto inicial para divulgação de relatórios e não somente a padronização, “making it possible to consider [...] the usefulness of the Social Statement in minding the comparability gap and benefiting non-financial reporting practices, with specific reference to the world of SMEs”⁵¹⁹.

Após quase uma década, Marcello Coppa e Krishnamurthy Sriramesh realizaram estudos sobre a responsabilidade social da empresa em empresas de pequeno e médio porte em Itália. Suas conclusões demonstram sua incapacidade quanto à adoção da base comum sugerida por Perrini. As pequenas e médias empresas praticavam a responsabilidade social principalmente através de métodos informais realizados internamente com pouca evidência de uma abordagem estratégica. Devido ao pequeno porte das empresas, o compartilhamento de informações ocorria informalmente, assim como o gerenciamento da responsabilidade social. Um departamento especializado na prática ou um orçamento específico era bastante inusual. Em especial quanto ao monitoramento, os Autores atestaram que “[it] took place in roughly one-third of companies and was mainly based on informal feedback from stakeholder (primarily employees) or based on survey data. CSR among Italian SMEs tends to be largely internally oriented with the most practiced activities focusing on employees”⁵²⁰.

Em 2016 houve uma modificação na legislação italiana. Federica Balluchi, Katia Furlotti e Ricardo Torelli esclarecem que “[i]n 2016, for the first time, Italian Legislative Decree 254/2016 requires ‘public interest entities’, to integrate statutory financial

⁵¹⁸ Cfr. Maria-Gabriella BALDARELLI, *New perspectives in inter-company relations, social responsibility (CSR) and social, ethical and environmental accounting in Italy by way of the government CSR-SC project: theory and praxis*, in *Economia Aziendale 2000 Web*, *International Business Review*, n.º 1, Special Issue, March 2007, pág. 16.

⁵¹⁹ Cfr. Francesco PERRINI, *Building a European portrait of corporate social responsibility reporting*, in *European Management Journal*, vol. 23, n.º 6, 2005, pág. 623.

⁵²⁰ Cfr. Marcello COPPA, Krishnamurthy SRIRAMESH, *Corporate social responsibility among SMEs in Italy*, in *Public Relations Review*, vol. 39, 2013, pág. 37.

statements with disclosure of environmental, social and governance strategies from financial year 2017 onwards”⁵²¹.

Nesta contextualização, os Autores, após mencionarem que o Decreto Legislativo acima referido transpôs a Diretiva 2014/95/UE, tecem os seguintes comentários: “[t]he Decree represents an important innovation in the communication of information related to the ‘sustainability’ that affects companies of significant size and is an important signal of encouragement towards the promotion of sustainability disclosure”.

Especialmente em relação à mencionada Diretiva, Andrea Venturelli *et al.* aduzem que “the potential contribution of the EU directive to non-financial disclosure in Italy appears to be greater than expected. Thus, in accordance with the literature, this paper appears to confirm the role of regulation in improving the quality of non-financial information”⁵²².

Os principais elementos da Diretiva 2014/95/UE, “non-financial reporting directive (NFRD), or NFR Directive”, abarcam as regras sobre divulgação de informações não-financeiras e diversidade de grandes empresas. É essencialmente uma legislação que impõe às empresas certas obrigações quanto à elaboração de relatórios e transparência. As empresas de grande porte consideradas de interesse público com mais de quinhentos empregados devem divulgar seu modelo de negócios, políticas (inclusive processos de *due diligence*), resultados, principais riscos, risco de gerenciamento e indicadores de desempenho (“Key Performance Indicators – KPI”) relevantes para seu tipo de negócio, em quatro áreas: ambiente, social e em relação aos empregados com respeito aos direitos humanos, anticorrupção e suborno. Além disto, para algumas empresas listadas, relatórios sobre diversidade deverão ser divulgados⁵²³.

⁵²¹ Cfr. Federica BALLUCHI, Katia FURLOTTI, Ricardo TORELLI, *Italy towards mandatory sustainability reporting. Has the virtuous behavior of companies inspired the legislator? A quantitative analysis of the last 10 years*, in *Sustainability and Law*, 2020, disponível em *Italy Towards Mandatory Sustainability Reporting. Voluntary Corporate Social Responsibility Disclosure of Italian Companies and Legislative Decree 254/2016 Statements. A Quantitative Analysis of the Last 10 Years* by Federica Balluchi, Katia Furlotti, Riccardo Torelli :: SSRN, pág. 1. Em referência às médias e grandes empresas, os Autores expõem o seguinte: “[u]ntil financial year 2016, medium and large firms in Italy could opt out to disclose CSR at their own discretion in standalone reports. Starting from 2017 accounting year onwards, all large public-interest companies are required to publish a non-financial statement (DNF) describing policies, risks and results related to corporate sustainability”. *Ibidem*, pág. 4.

⁵²² Cfr. Andrea VENTURELLI *et al.*, *Directive 2014/95/EU: are Italian companies already compliant?*, in *Sustainability*, vol. 9, n.º 1.385, 2017, pág. 1.

⁵²³ Cfr. EUROPEAN PARLIAMENT, *Corporate social responsibility (CSR) and its implementation into EU Company law*, Policy Department for Citizen’s Rights and Constitutional Affairs, Directorate-General for Internal Policies, Brussels, 2020, disponível em *Corporate social responsibility (CSR) and its implementation into EU Company law* (europa.eu), pág. 24.

Neste contexto, impende destacar brevemente alguns pontos de relevo sobre *due diligence*. A definição trazida à baila pela Comissão Europeia é a seguinte: “[i]n simple terms, due diligence is how a business understands, manages and communicates about risk. This includes the risks it generates for others, and the risks it encounters through its strategic and operational decisions and actions”⁵²⁴.

A Itália não estabelece uma noção de *due diligence* em legislação vinculativa e nenhum diploma legal expressamente rege um processo de *due diligence* obrigatório. A legislação mais relevante e eficiente, adotada nacionalmente, diz respeito a dois decretos legislativos. O primeiro é o Decreto Legislativo 231/2001, que incentiva enfaticamente a adoção do assim denominado “231 Model”, relativo à algumas questões sobre medidas de mitigação de risco caso uma empresa tenha cometido um crime. Se adotar corretamente e implementar o modelo, a empresa pode se livrar da responsabilização administrativa e evitar uma série de penalidades se cometer um delito tipificado no decreto legislativo. Este decreto é vinculativo. O segundo é o Decreto Legislativo 254/2016 sobre a divulgação de informações não-financeiras, supramencionado⁵²⁵.

As Diretivas Europeias sobre contratação pública de 2014 evidenciaram que aspectos sociais podem ser incorporados ao longo das etapas do ciclo de contratação, desde os procedimentos preliminares de consulta ao mercado até critérios de adjudicação social e condições de execução contratuais. A contratação pública socialmente responsável (“socially responsible public procurement - SRPP”) tem como principal objetivo conquistar resultados sociais positivos em contratos públicos.

Um exemplo através do qual tal objetivo foi atingido em Itália se refere à autoridade pública Intercent, na região Emilia-Romagna, que optou por móveis com impacto ambiental e social reduzidos. Desde 2006, Intercent-ER é responsável pela

⁵²⁴ Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Due diligence explained*, Internal market, industry, entrepreneurship and SMEs, disponível em [Due diligence explained | Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs \(europa.eu\)](#).

⁵²⁵ Cfr. EUROPEAN PARLIAMENT, *Corporate social responsibility (CSR) and its implementation into EU Company law*, Policy Department for Citizen’s Rights and Constitutional Affairs, Directorate-General for Internal Policies, Brussels, 2020, disponível em [Corporate social responsibility \(CSR\) and its implementation into EU Company law \(europa.eu\)](#), pág. 31. Cabe mencionar que há requisitos de *due diligence* estabelecidos através de *soft law*. A Itália adota periodicamente o plano nacional de ação italiano sobre empresas e direitos humanos (PAN). O plano abrange questões sociais, de empregados, direitos humanos e sustentabilidade. Não fornece uma definição explícita de *due diligence*, mas abrange seus mecanismos. Quanto ao escopo material, é direcionado às empresas, com foco especial nas pequenas e médias. O plano não é vinculativo, mas dispõe sobre ações voluntárias que incentivam as empresas a identificar e impedir violações aos direitos humanos e promover uma abordagem comum sobre *due diligence*. *Ibidem*, pág. 33.

unidade de compras públicas central da administração pública regional de Emilia-Romagna e controla o sistema *eProcurement*. Em 2018, um procedimento de licitação referente à aquisição de móveis para prédios da administração pública teve como objetivo fornecer aos prédios móveis renovados com impacto ambiental reduzido. Ademais, o descarte dos móveis substituídos também foi parte do procedimento, com a intenção de doá-los para uma organização filantrópica⁵²⁶.

Os dois objetivos de política social contidos no procedimento de licitação foram os seguintes: em referência à promoção de certificações sociais e padrões, a administração quis assegurar um padrão social adequado para empresas que trabalhassem com a autoridade regional e desta forma promover uma política de sustentabilidade social na região; em relação ao reuso dos móveis substituídos, o objetivo social dirigiu-se à criação de um ambiente de parcerias positivas entre a administração pública, empresas privadas e organizações sem fins lucrativos. O procedimento licitatório baseou-se em dois padrões de referência sociais principais para os critérios de adjudicação: SA 8000 e BS OHSAS 18001. As considerações acerca de SA 8000 foram expostas acima. Quanto ao BS OHSAS 18001, cabe mencionar que se trata de uma certificação referente à avaliação da ocupação e saúde dos trabalhadores. As organizações que objetivam obter este padrão de referência devem assegurar um sistema de segurança e proteção à saúde de seus empregados⁵²⁷.

Um outro exemplo a ser mencionado concerne à colaboração com cooperativas sociais para inclusão no mercado de trabalho na região da Toscana, implementado pela entidade técnico-administrativa regional de apoio ESTAR para a manutenção de áreas verdes em estabelecimentos de assistência médica, lançado em 2017. O procedimento licitatório teve como objetivo incluir a participação de cooperativas sociais e promover a integração ao trabalho de pessoas com deficiência e em situação de vulnerabilidade e assegurar um impacto ambiental positivo concomitantemente. O objetivo foi atingido com a divisão do contrato em lotes, sendo que oito dos onze lotes foram reservados para empresas sociais. Fez-se necessário também incluir requisitos ambientais e sociais⁵²⁸.

⁵²⁶ Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Making socially responsible public procurement work: 71 good practice cases*, Executive Agency for Small and Medium-sized Enterprises (EASME), Luxembourg, 2020, pág. 88.

⁵²⁷ *Ibidem*, pág. 89. Para maiores esclarecimentos acerca de BS OHSAS 18001, ver M. BEVILACQUA, F. E. CIARAPICA, I. DE SANCTIS, *How to successfully implement OHSAS 18001: the Italian case*, in *Journal of Loss Prevention in the Process Industries*, vol. 44, 2016, págs. 31-43.

⁵²⁸ Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Making socially responsible public procurement work: 71 good practice cases*, Executive Agency for Small and Medium-sized Enterprises (EASME), Luxembourg, 2020, pág. 95.

Os exemplos supramencionados demonstram cabalmente que é possível conceber a contratação pública como um instrumento de política pública em consonância com a doutrina italiana, nas observações trazidas a lume por Luisa Torchia: “la gara pubblica non serve solo a scegliere il migliore offerente, ma è uno strumento di politica pubblica, da finalizzare, di volta in volta, ad obiettivi di finanza pubblica, o sociali, o di ordine pubblico”. Neste sentido, a Autora discorre sobre a relevância da Diretiva 24/2014 quanto a “una ulteriore prova di [...] differenza di impostazione fra regolazione europea e regolazione nazionale in materia di contratti pubblici, e l’occasione per una nuova e più stretta convergenza”⁵²⁹.

A contextualização hodierna da contratação pública no direito italiano baseia-se, destarte, nos pontos primordiais da estratégia Europa 2020 que deverá permitir que a União Europeia atinja um crescimento inteligente, através do desenvolvimento dos conhecimentos e da inovação; sustentável, baseado numa economia mais ecológica, mais eficaz na gestão dos recursos e mais competitiva; e inclusivo, visando reforçar o emprego e a coesão social e territorial⁵³⁰.

Torchia alude especificamente à menor distância entre os ordenamentos europeu e italiano porque a disciplina dos contratos públicos “non è più ispirata soltanto alla tutela della concorrenza, ma è finalizzata anche alla realizzazione degli obiettivi delle politiche pubbliche in materia di ambiente, sicurezza sociale e lavoro”. A Autora menciona o artigo 30, 1, do novo Código de Contratos Públicos (*Codice dei Contratti Pubblici*) italiano como exemplo⁵³¹.

Como elemento fundamental para a realização das exigências sociais contidas na legislação, houve a elaboração de um plano para a adoção de um modelo de plataformas organizacionais em Itália a partir de 2015. Seu objetivo baseia-se no incentivo ao desenvolvimento de ecossistemas onde setores público e privado possam

⁵²⁹ Cfr. Luisa TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in 61.º Convegno di Studi Amministrativi su “La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione”, Varenna, setembro 2015, pág. 4.

⁵³⁰ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, Comunicação da Comissão Europa 2020. Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, Bruxelas 3.3.2010, COM (2010) 2020 final, pág. 5.

⁵³¹ Cfr. Luisa TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in 61.º Convegno di Studi Amministrativi su “La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione”, Varenna, setembro 2015, pág. 5. Artigo 30, 1, Codice dei Contratti Pubblici: “[i]l principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell’ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico”.

produzir novos serviços. Este plano surgiu como uma resposta à fragmentação da estrutura das organizações da administração pública italiana e à ineficiência que gerou nos níveis nacional e local. Antonio Cordella e Andrea Paletti observam que, com vistas à superação dos problemas de coordenação e desigualdade entre as regiões, “the government embarked on the development of solutions for the provision of integrated services and for the reform project that led to the GaaP initiative”⁵³².

3. Da responsabilidade social da empresa à contratação pública sustentável em Portugal

Consoante estudos sobre a responsabilidade social da empresa realizados por Marta Maria Cordeiro Lopes e Nelson José dos Santos António em Portugal, sua implementação ainda se encontra em estágio preliminar. Esclarecem que alguns movimentos surgiram no início do século XXI, em resposta ao “apelo das instâncias europeias”. Entre os movimentos citados, os Autores dão destaque aos seguintes: o Grace, o BCSD, a APEE e a RSO.pt⁵³³.

O Grace (Grupo de Reflexão e Apoio à Cidadania Empresarial) é uma associação empresarial de utilidade pública sem fins lucrativos que atua nas áreas da responsabilidade social e sustentabilidade. Foi fundada em 2000 e atualmente se apresenta como uma plataforma de apoio às empresas quanto à estruturação de políticas de responsabilidade social e sustentabilidade. Seus principais projetos incluem temas como diversidade e inclusão, para integração de pessoas com deficiência; sensibilização, para promover a cidadania ativa de seus colaboradores; voluntariado, com a iniciativa denominada Giro 2.0 (Grace, Intervir, Recuperar, Organizar); *clusters* com tipologias setoriais e regionais, para criação de rede com vistas à simplificação da aplicação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e implementação de projetos de responsabilidade social da empresa; Uni.Network para promover a ligação entre empresas e entidades académicas portuguesas; e formação e capacitação de associados⁵³⁴.

⁵³² Cfr. Antonio CORDELLA, Andrea PALETTI, *Government as a platform, orchestration, and public value creation: the Italian case*, in *Government Information Quarterly*, vol. 36, 2019, pág. 8. Cabe apontar que GaaP é o acrônimo para “Government as a Platform”.

⁵³³ Cfr. Marta Maria Cordeiro LOPES, Nelson José dos Santos ANTÓNIO, *Responsabilidade social empresarial em Portugal: do mito à realidade*, in *International Business and Economics Review*, n.º 7, 2016, págs. 111-112.

⁵³⁴ Cfr. GRACE, *Empresas responsáveis*, Lisboa, 2021, disponível em Grace – Empresas Responsáveis.

O BCSD Portugal (Conselho Empresarial para o Desenvolvimento Sustentável) foi fundado em 2001 e se apresenta como uma associação de empresas com visão de futuro para a aceleração da transição para um mundo mais sustentável. Sua principal missão está focada no auxílio às empresas associadas na sua busca de práticas sustentáveis e promoção do impacto positivo para *stakeholders*, a sociedade e o ambiente⁵³⁵. Goreti Mota e Alzira Dinis apontam o BCSD Portugal e o Grace como “grandes instituições de apoio às empresas que queiram adotar os princípios de responsabilidade social”⁵³⁶.

Concomitantemente à fundação do BCSD Portugal, no ano de 2001, há a apresentação do Livro Verde “Promover um quadro europeu para a responsabilidade social das empresas” pela Comissão Europeia.⁵³⁷ Segundo a Comissão, o Livro Verde teve como objetivo lançar um amplo debate quanto às formas de promoção pela União Europeia da responsabilidade social das empresas na Europa e internacionalmente. Objetivou-se, outrossim, estimular as empresas quanto às possibilidades de explorar ao máximo as experiências existentes, incentivar o desenvolvimento de práticas inovadoras, aumentar a transparência, bem como a confiabilidade da avaliação e da validação⁵³⁸.

Em julho de 2002 ocorreu a publicação de uma Comunicação na qual a Comissão delineou estratégias para a responsabilidade social das empresas. Nesta Comunicação, a Comissão propôs um novo papel social e ambiental para negócios na economia global. Seu foco se dirigiu à promoção de práticas de responsabilidade social entre empresas de pequeno e médio porte. Uma de suas propostas principais foi a criação de um Fórum Multilateral para examinar uma série de questões relacionadas a este tópico⁵³⁹.

Em outubro de 2002 ocorreu o lançamento do Fórum Multilateral Europeu Para a Responsabilidade Social das Empresas, cujo objetivo foi criar uma compreensão comum do conceito e aperfeiçoar sua credibilidade e eficácia quanto à realização dos objetivos econômicos, sociais e ambientais da União Europeia. Mais especificamente, dirigiu-se à promoção da inovação, convergência e transparência quanto às práticas de

⁵³⁵ Cfr. BCSD PORTUGAL, *Empresas pela sustentabilidade*, Lisboa, 2021, disponível em Início - BCSD Portugal. Observa-se que BCSD se refere à “Business Council for Sustainable Development”.

⁵³⁶ Cfr. Goreti MOTA, Alzira DINIS, *Responsabilidade social das empresas: novo modelo de gestão para o desenvolvimento sustentável*, in Revista da Faculdade de Ciências e Tecnologias, n.º 2, 2005, pág. 257.

⁵³⁷ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, Livro Verde Promover um quadro europeu para a responsabilidade social das empresas, Bruxelas, 18.7.2001, COM (2001) 366 final.

⁵³⁸ *Ibidem*, págs. 3-4.

⁵³⁹ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, Comunicação da Comissão relativa à Responsabilidade Social das Empresas: um contributo das empresas para o desenvolvimento sustentável, Bruxelas, 2.7.2002, COM (2002) 347 final.

responsabilidade social existentes. O Fórum também examinou vários instrumentos existentes, tais como códigos de conduta, certificações, relatórios e normas de gestão⁵⁴⁰.

Neste interregno, surge a APEE (Associação Portuguesa de Ética Empresarial). Trata-se de uma associação para fomentar a criação e o apoio de um modelo de desenvolvimento que seja sustentável, embasado por princípios e valores éticos fundada em 2002⁵⁴¹. José Neves e Luis Bento consideram a APEE como um exemplo de associação que optou por uma cultura de responsabilidade social, cuja tendência tem progressivamente aumentando em Portugal. Os Autores se referem à esta associação como sendo “recognized as qualified to exercise functions of Sectoral Normalisation in the domain of Ethics and Social Responsibility”⁵⁴².

A rede RSO.pt (Rede Portuguesa de Responsabilidade Social das Organizações) se apresenta como uma estrutura aberta, multissetorial e multifuncional, sendo parte integrante de organizações comprometidas com a responsabilidade social. Foi desenvolvida entre 2006 e 2007 com financiamento do Programa de Iniciativa Comunitária EQUAL para o desenvolvimento, operacionalização e incorporação de ferramentas de responsabilidade social. É definida como uma plataforma de encontro, aprendizagem, criação, partilha e disseminação de práticas e conhecimento referentes à responsabilidade social⁵⁴³.

José Neves e Luis Bento salientam que vários sistemas de administração e controle têm sido desenvolvidos para auxiliar as organizações a assimilar os princípios de responsabilidade social e avançar quanto aos requisitos impostos por lei. Os Autores apresentam os seguintes exemplos: “[i]n the environmental area, it is the ISO 14001 norm, in the social area there are the SA 8000 or the AA 1000 norms, modelled, monitored and certified in identical ways as ISO norms for quality. Lastly, for hygiene and occupational health there are the OHSAS 18001 norms”⁵⁴⁴.

⁵⁴⁰ Cfr. EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, *Multi-stakeholder forum issues CSR recommendations*, Ireland, 2004, disponível em Multi-stakeholder forum issues CSR recommendations | Eurofound (europa.eu). Para o relatório final do Fórum Multilateral Europeu Para a Responsabilidade Social das Empresas ver EUROPEAN MULTISTAKEHOLDER FORUM ON CSR, *Final results & recommendations*, Brussels, 29 June 2004, disponível em 2004-01424-EN.pdf (business-europe.eu).

⁵⁴¹ Cfr. ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE ÉTICA EMPRESARIAL (APEE), *Propósito*, Lisboa, 2021, disponível em Propósito · APEE.

⁵⁴² Cfr. JOSÉ NEVES, LUIS BENTO, *Traditional values and pressures of transformation*, in André HABISCH *et al.* (editors), *Corporate social responsibility across Europe*, Berlin, Springer, 2005, pág. 307.

⁵⁴³ Cfr. REDE RSO.PT, *Quem somos*, Lisboa, 2021, disponível em Quem Somos – REDE RSO PT.

⁵⁴⁴ Cfr. JOSÉ NEVES, LUIS BENTO, *Traditional values and pressures of transformation*, in André HABISCH *et al.* (editors), *Corporate social responsibility across Europe*, Berlin, Springer, 2005, pág. 309.

Impende tecer abreviadas considerações acerca de alguns sistemas sobre os quais ainda não houve análise na presente investigação. Devido à crescente demanda por padronização internacional, de 2005 a 2010 a *International Organization for Standardization* (ISO) promoveu negociações com representantes de governos, organizações não governamentais, indústria, grupos de consumidores e organizações laborais mundialmente. Neste sentido, a normatização ISO 26000:2010 representa um consenso internacional sobre a responsabilidade social da empresa⁵⁴⁵. Algumas peculiaridades a respeito desta padronização refletem o caráter principiológico sobre o qual ela foi elaborada, consoante nota introdutória da própria organização: “ISO 26000:2010 provides guidance rather than requirements, so it cannot be certified to unlike some other well-known ISO standards”⁵⁴⁶.

Especialmente em relação à ISO 14001:2015 (Sistemas de Gestão Ambiental – SGA), trata-se de um padrão que especifica os requisitos para sistemas de gestão ambiental que podem ser utilizados por empresas para aperfeiçoar seu desempenho ambiental. Foi projetada para utilização em empresas que procuram gerenciar suas responsabilidades ambientais de modo sistemático com vistas à contribuição ambiental sustentável⁵⁴⁷.

O padrão AA 1000 foi lançado em 1999 pelo *Institute of Social and Ethical Accountability* (ISEA), atualmente denominado *AccountAbility*. A série de padrões AA 1000 fornece estruturas simples, práticas e fáceis de serem utilizadas para desenvolver, analisar e implementar iniciativas de sustentabilidade, com o objetivo de planejar e conduzir práticas inclusivas de engajamento de *stakeholders* e garantir credibilidade nos relatórios de desempenho da sustentabilidade⁵⁴⁸.

José Neves e Luis Bento realizaram investigação concernente ao plano de implementação da responsabilidade social da empresa em Portugal. Seu objetivo direcionou-se à diversidade de indicadores usados para tal implementação, o grau de integração dos sistemas de administração e transparência, padronização e verificação das

⁵⁴⁵ Cfr. INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION, *ISO 26000 – Social responsibility*, Geneva, 2021, disponível em ISO - ISO 26000 — Social responsibility.

⁵⁴⁶ Em complementação: “[i]nstead, it helps clarify what social responsibility is, helps businesses and organizations translate principles into effective actions and shares best practices relating to social responsibility, globally. It is aimed at all types of organizations regardless of their activity, size or location”. *Ibidem*.

⁵⁴⁷ Cfr. INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION, *ISO 14001:2015 – Environmental management systems. Requirements with guidance for use*, Geneva, 2021, disponível em ISO - ISO 14001:2015 - Environmental management systems — Requirements with guidance for use.

⁵⁴⁸ Cfr. ACCOUNTABILITY, *Setting the standard for sustainability*, London, 2021, disponível em AccountAbility.

práticas de responsabilidade social por terceiros. Apresentaram diferenças e semelhanças no modo pelo qual exercem a responsabilidade social. Quase todas as empresas não possuem medidas adequadas quanto às demandas de verificação externa, requisitos necessários de prática de *benchmarking* e validação externa. Quanto às semelhanças, é importante salientar o papel que a qualidade possui quanto à criação de condições para a integração destas questões no sistema de administração, assim como a ênfase quanto ao envolvimento de atores internos e focalização das dimensões sociais e ambientais inerentes à responsabilidade social. A dimensão econômica se manifesta principalmente em seus aspectos externos⁵⁴⁹.

Padrões básicos referentes aos direitos humanos e laborais, assim como legislação sobre antidiscriminação, existem em todos os Estados-Membros da União Europeia. Nesta seara, a responsabilidade social da empresa está relacionada às medidas voluntárias promovidas pelas empresas que vão além dos requisitos legais ou implementação de iniciativas de política nacional. Tipicamente, quanto às políticas sociais e laborais, surgem iniciativas que abarcam igualdade, diversidade e acesso ao emprego e inclusão social.

Em reconhecimento de práticas exemplares de empresas quanto às políticas sociais que vão além dos requisitos legais, muitos países adotam prêmios para reconhecer tais medidas. Portugal tem se destacado em conquistas referentes ao gênero e diversidade. Cite-se como exemplo o prêmio anual “Igualdade é Qualidade”, trazido a lume por Marta Maria Cordeiro Lopes e Nelson José dos Santos António, “promovido desde 2000, pelo CITE – Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego”. Os Autores observam que o prêmio “tem como objetivo estratégico combater a discriminação e promover a igualdade entre homens e mulheres no trabalho, no emprego e na formação profissional”⁵⁵⁰.

Urge acentuar que muitos países têm reconhecido o grande incentivo à sustentabilidade e responsabilidade social da empresa através de estratégias de contratação pública. O diploma legal atinente à contratação pública em Portugal é o

⁵⁴⁹ Cfr. José NEVES, Luis BENTO, *Traditional values and pressures of transformation*, in André HABISCH *et al.* (editors), *Corporate social responsibility across Europe*, Berlin, Springer, 2005, págs. 309-310.

⁵⁵⁰ Cfr. Marta Maria Cordeiro LOPES, Nelson José dos Santos ANTÓNIO, *Responsabilidade social empresarial em Portugal: do mito à realidade*, in *International Business and Economics Review*, n.º 7, 2016, pág. 117. Para maiores detalhes ver CITE – COMISSÃO PARA A IGUALDADE NO TRABALHO E NO EMPREGO, *Our mission*, Lisboa, 2021, disponível em *Our mission - CITE*.

Código dos Contratos Públicos (CCP), Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (retificado pelas declarações de retificação n.º 36-A/2017, de 30 de outubro e n.º 42/2017, de 30 de novembro). O Código dos Contratos Públicos contém a transposição das Diretivas 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE e 2014/55/UE, de 16 de abril de 2014, relativa à faturação eletrônica nos contratos públicos.

Maria João Estorninho coordenou a comissão de revisão do Código dos Contratos Públicos em janeiro e fevereiro de 2016. Ao tecer comentário acerca da revisão realizada, a Autora salienta que a Administração Pública tem “a obrigação de exercer o seu poder de compra de forma ética, social e ambientalmente responsável⁵⁵¹. Neste sentido, a Autora revela a existência de “um novo paradigma no Direito Europeu dos Contratos Públicos, no que diz respeito a uma contratação pública sustentável e socialmente responsável”⁵⁵².

Sua abordagem se direciona também à análise principiológica. Estorninho se refere à consagração expressa na referida revisão dos “princípios que decorrem do Direito da União Europeia (entre outros, concorrência e proporcionalidade), [d]os princípios constitucionais que vinculam as entidades públicas (entre outros, prossecução do interesse público, legalidade, imparcialidade, responsabilidade)”⁵⁵³.

Notadamente, a Autora elenca elementos aptos a demonstrar a utilização estratégica da contratação pública para a concretização de objetivos sociais como fatores de adjudicação, *in verbis*: “o fomento da inserção social de pessoas desfavorecidas ou de membros de grupos vulneráveis, o recrutamento de desempregados de longa duração ou a implementação de ações de formação para desempregados ou jovens no decurso da execução do contrato”. Os elementos elencados pela Autora estão dispostos na

⁵⁵¹ Cfr. Maria João ESTORNINHO, *A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos: (1) por uma contratação pública sustentável e amiga do bem comum*, in *A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*, Maria João ESTORNINHO (Coord.), Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2016, pág. 7.

⁵⁵² *Ibidem*, págs. 10-11. A Autora ressalta a necessidade da garantia da “sustentabilidade (ambiental, social e financeira) não apenas na formação dos contratos públicos mas também durante a sua execução”.

⁵⁵³ Cfr. Maria João ESTORNINHO, *A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos: (2) Proposta de transposição não minimalista das Diretivas*, in *A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*, Maria João ESTORNINHO (Coord.), Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2016, pág. 30. A Autora realça ainda a consagração de um princípio de sustentabilidade, sendo que todos os princípios mencionados estão refletidos “nos regimes aplicáveis quer à formação quer à execução dos contratos públicos”. À título de ilustração, a Diretiva 2014/24/UE, Considerando 74, faz referência expressamente à sustentabilidade: “[a]s especificações técnicas definidas pelos adquirentes públicos devem permitir a abertura dos contratos públicos à concorrência, bem como a consecução dos objetivos de sustentabilidade”.

literalidade do Capítulo IV do Código dos Contratos Públicos que versa sobre serviços sociais e outros serviços específicos⁵⁵⁴.

Sobre esta questão, Licínio Lopes Martins e Maria do Céu Colaço dos Santos aludem ao artigo 20.º da Diretiva 2014/24/UE, esclarecendo que “os Estados-Membros podem reservar o direito a participar em procedimentos de contratação pública a entidades cujo objetivo principal seja a integração social e profissional de pessoas com deficiência ou desfavorecidos”⁵⁵⁵.

Neste diapasão, Pedro Cruz e Silva tece considerações sobre os contratos reservados previstos no artigo 54-A. O Autor aduz que esta classificação se refere a uma modalidade contratual cujo objetivo é garantir que certos contratos da Administração Pública sejam adjudicados a empresas que possuem como missão a integração social e profissional. A forma considerada adequada para garantir a referida reserva foi permitir no âmbito do procedimento a definição da natureza de potenciais candidatos ou concorrentes⁵⁵⁶. Cabe mencionar que o Artigo 250.º-D dispõe acerca dos contratos reservados para determinados serviços⁵⁵⁷.

Com fulcro em análise sobre a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e jurisprudência do Tribunal Constitucional português, Licínio Lopes Martins e Maria do Céu Colaço dos Santos ressaltam o papel primordial das organizações do Terceiro Setor nesta seara para a implementação de políticas públicas. Sua relevância, reconhecida pela Constituição da República Portuguesa (CRP) e pela aludida jurisprudência, “justifica que, através de uma cooperação funcional institucionalizada, a

⁵⁵⁴ *Ibidem*, pág. 32. Especificamente no Artigo 250.º-C, “1 – Atendendo à natureza específica das prestações a adquirir e observados os princípios gerais aplicáveis à contratação pública, as entidades adjudicantes gozam de autonomia na definição das peças procedimentais, podendo afastar ou incluir quaisquer regras ou formalidades, desde que isso seja necessário para atingir os seguintes objetivos: b) Consideração adequada das necessidades específicas das diferentes categorias de utilizadores dos bens e serviços, incluindo os grupos desfavorecidos e vulneráveis”.

⁵⁵⁵ Cfr. Licínio Lopes MARTINS, Maria do Céu Colaço dos SANTOS, *A execução de políticas públicas sociais no novo regime da contratação pública da União Europeia: a relevância das organizações do Terceiro Setor*, in *Brazilian Journals of Business*, vol. 3, n.º 1, Curitiba, jan./mar. 2021, pág. 589. Em complementação: “ou reservar a execução desses contratos para o âmbito de programas de emprego protegido, desde que pelo menos 30% dos empregados dessas entidades, operadores económicos e programas sejam trabalhadores com deficiência ou desfavorecidos”.

⁵⁵⁶ Cfr. Pedro Cruz e SILVA, *Las dimensiones sociales de los contratos del sector público en Portugal*, in *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, n.º 55, enero-junio 2018, pág. 504. Artigo 54.º-A, Contratos reservados: “A entidade adjudicante pode reservar a possibilidade de ser candidato ou concorrente às entidades cujo objeto principal seja a integração social e profissional de pessoas com deficiência ou desfavorecidas, desde que pelo menos 30 % dos trabalhadores daquelas entidades tenham deficiência devidamente reconhecida nos termos da lei ou sejam desfavorecidas”.

⁵⁵⁷ Artigo 250.º-C, “1 – As entidades adjudicantes podem lançar procedimentos de formação de contratos reservados quando estejam em causa os serviços de saúde, serviços sociais, serviços de ensino e serviços culturais que se encontrem incluídos no anexo x ao presente Código, do qual faz parte integrante”.

Administração Pública [...] lhes delegue, por licitação direta, a execução de extensas e importantes responsabilidades públicas, não contendo tal ‘delegação’ com a disciplina geral da contratação pública estabelecida pela União Europeia”⁵⁵⁸.

Maria João Estorninho também tece considerações sobre o tema. A Autora alude ao Considerando 114 da Diretiva 2014/24/EU ao se referir aos contratos relativos a serviços sociais. Consoante sua análise, “quando atinjam o limiar de 750.000 Euros, [ficam] sujeitos a um regime simplificado, com observância dos princípios da transparência e da igualdade de tratamento e, assim, obrigações de publicidade e tramitação procedimental”⁵⁵⁹.

Um exemplo que igualmente se refere à promoção de mecanismos de políticas públicas horizontais na contratação pública portuguesa, segundo Pedro Cruz e Silva, remete ao procedimento de adjudicação por lotes previsto no artigo 46-A.⁵⁶⁰ Rui Medeiros se refere a este mecanismo ao abordar a regulamentação do acesso ao mercado das pequenas e médias empresas. O Autor explica que “o legislador pode, na transposição das diretivas de 2014, apostar na promoção da divisão em lotes [...] através da sujeição à concorrência de compras públicas organizadas por lotes mais pequenos ou subdivididos territorialmente”⁵⁶¹.

A este respeito, Maria João Estorninho traz à baila uma observação bastante pertinente, ao elevar a adjudicação por lotes a um importante mecanismo indutor de acesso e participação das pequenas e médias empresas na contratação pública. A Autora observa que, quanto à “a promoção da adjudicação por lotes, [...] quando tal não seja obrigatório, as entidades contratantes deverão fundamentar a sua decisão de não dividir o contrato em lotes”⁵⁶².

⁵⁵⁸ Cfr. Licínio Lopes MARTINS, Maria do Céu Colaço dos SANTOS, *A execução de políticas públicas sociais no novo regime da contratação pública da União Europeia: a relevância das organizações do Terceiro Setor*, in *Brazilian Journals of Business*, vol. 3, n.º 1, Curitiba, jan./mar. 2021, pág. 591.

⁵⁵⁹ Cfr. Maria João ESTORNINHO, *A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos: (2) Proposta de transposição não minimalista das Diretivas*, in *A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*, Maria João ESTORNINHO (Coord.), Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2016, pág. 30.

⁵⁶⁰ Cfr. Pedro Cruz e SILVA, *Las dimensiones sociales de los contratos del sector público en Portugal*, in *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, n.º 55, enero-junio 2018, pág. 503. Artigo 46.º-A, “1- As entidades adjudicantes podem prever, nas peças do procedimento, a adjudicação por lotes”.

⁵⁶¹ Cfr. Rui MEDEIROS, *Alguns desafios em sede de reforma legal do regime instrumental de contratação pública português*, in *XIII Colóquio Luso-Espanhol de Professores de Direito Administrativo*, Lisboa, 25 de Novembro de 2016, disponível em [722 \(ulsiada.pt\)](http://722.ulsiada.pt), pág. 39. O Autor complementa apresentando o objetivo desta divisão: “para permitir que as empresas mais pequenas, que não conseguiriam apresentar proposta para um único grande contrato ou para o país inteiro, consigam ir a jogo nalgum ou nalguns dos lotes”.

⁵⁶² Cfr. Maria João ESTORNINHO, *A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos: (2) Proposta de transposição não minimalista das Diretivas*, in *A transposição das*

4. Da responsabilidade social da empresa à contratação pública sustentável no Brasil

Uma das definições de responsabilidade social da empresa amplamente utilizada pela doutrina no Brasil foi concebida pelo Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social no Brasil, em 1998. Originou-se como uma organização da sociedade civil de interesse público (OSCIP), “cuja missão é mobilizar, sensibilizar e ajudar as empresas a gerir seus negócios de forma socialmente responsável, tornando-as parceiras na construção de uma sociedade justa e sustentável”⁵⁶³. Para este Instituto, responsabilidade social empresarial “é a forma de gestão que se define pela relação ética e transparente da empresa com todos os públicos com os quais ela se relaciona”. Acrescenta um segundo elemento à esta forma de gestão, que se caracteriza “pelo estabelecimento de metas empresariais compatíveis com o desenvolvimento sustentável da sociedade, preservando recursos ambientais e culturais para as gerações futuras, respeitando a diversidade e promovendo a redução das desigualdades sociais”.⁵⁶⁴

Ricardo Young aborda as questões relacionadas aos dilemas e avanços da responsabilidade social da empresa em face das ações empreendidas pelo Instituto Ethos. O Autor sustenta que “CSR efforts in Brazil have a long tradition of philanthropy, a consequence of the country’s vast social inequalities”. Aponta também as demandas da opinião pública a respeito do desenvolvimento sustentável em conjunto com as atividades de grupos pertencentes aos setores de consumo, investimento, organizações não governamentais, sindicatos e mídia como um elemento relevante neste contexto, na medida em que, desde a década de noventa, os recursos naturais estão se exaurindo progressivamente. Ademais, vem ocorrendo o aumento das tensões sociais e as condições ambientais gerais têm se deteriorado ao redor do mundo⁵⁶⁵.

Young se refere à “United Nations Conference on Environment and Development (UNCED, the Earth Summit)”, que ocorreu na cidade do Rio de Janeiro em 1992, “the World Summit on Sustainable Development”, em Joanesburgo, África do

Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos, Maria João ESTORNINHO (Coord.), Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2016, pág. 31.

⁵⁶³ Cfr. INSTITUTO ETHOS DE EMPRESAS E RESPONSABILIDADE SOCIAL, *Sobre o Instituto*, São Paulo, 2021, disponível em Sobre o Instituto Ethos.

⁵⁶⁴ Cfr. INSTITUTO ETHOS DE EMPRESAS E RESPONSABILIDADE SOCIAL, *Indicadores Ethos de responsabilidade social empresarial*, São Paulo, 2013, disponível em untitled (ethos.org.br), pág. 78.

⁵⁶⁵ Cfr. Ricardo YOUNG, *Dilemmas and advances in corporate social responsibility in Brazil. The work of Ethos Institute*, in Natural Resources Forum, n.º 28, 2004, pág. 292.

Sul, em 2002 e “the World Social Forum”, na cidade de Porto Alegre (Brasil), em 2003, como eventos primordiais quanto à declaração de que um mundo saudável e equitativo (socialmente, economicamente e ambientalmente), “can be built only if sustainability is integrated into the management of corporations, organisations and the State itself”⁵⁶⁶.

Isabel Galego-Álvarez, Henrique Formigoni e Maria Thereza Pompa Antunes afirmam que as características filantrópicas realmente têm grande relevância na sociedade brasileira. Contudo, nas últimas décadas, ações individuais têm sido gradativamente substituídas por uma estrutura mais formalizada de responsabilidade social da empresa⁵⁶⁷. À título de exemplificação, em cotejo referente à situação no Canadá, Paul Alexander Haslam destaca que “Brazilian firms showed a commitment to CSR promotion and reporting that was closer – indeed equivalent – to Canadian norms rather than Latin American ones”⁵⁶⁸.

Fernanda Duarte é enfática ao aduzir que o Brasil se tornou um campeão em responsabilidade social da empresa, “with more than half of the ISO 14,001 (environmental) certification in Latin America, and more of the global accountability standard certifications (e.g., SA 8000 for social accountability in the workplace) than any other country in the Americas”⁵⁶⁹. A Autora também menciona a liderança das empresas brasileiras na América Latina quanto à publicação de relatórios em consonância com os padrões estabelecidos pela “Global Reporting Initiative (GRI)”⁵⁷⁰.

Cabe assinalar que a “Global Reporting Initiative (GRI)” se apresenta como um exemplo relevante em referência aos relatórios sociais. Desde 1997, é uma organização internacional independente que foi pioneira quanto à promoção de relatórios de sustentabilidade. Seus objetivos se direcionam à criação de uma estrutura comum para a realização de relatórios voluntários concernentes às práticas globais econômicas, ambientais e sociais das empresas⁵⁷¹.

⁵⁶⁶ *Ibidem*.

⁵⁶⁷ Cfr. Isabel GALEGO-ÁLVAREZ, Henrique FORMIGONI, Maria Thereza Pompa ANTUNES, *Corporate social responsibility practices at Brazilian firms*, in Revista de Administração de Empresas (RAE), FGV-EAESP, vol. 54, n.º 1, São Paulo, jan.-fev. 2014, pág. 15.

⁵⁶⁸ Cfr. Paul Alexander HASLAM, *The corporate social responsibility system in Latin America and the Caribbean*, in Canadian Foundation for the Americas (FOCAL), Ontario, March 2004, disponível em The Corporate Social Responsibility System in Latin America and the Caribbean (psu.edu), pág. 11.

⁵⁶⁹ Cfr. Fernanda DUARTE, *Working with corporate social responsibility in Brazilian companies: the role of the manager's values in the maintenance of CSR cultures*, in Journal of Business Ethics, n.º 96, 2010, pág. 356.

⁵⁷⁰ *Ibidem*.

⁵⁷¹ Cfr. GLOBAL REPORTING INITIATIVE, *Welcome to GRI*, Amsterdam, 2021, disponível em Home (globalreporting.org).

Especificamente em relação ao padrão SA 8000, Valdelis Fernandes de Andrade e Waldir Antonio Bizzo realizaram investigação acerca de auditorias de sistemas de gerenciamento de responsabilidade social. Embora a legislação brasileira que estabelece ações para a prevenção de riscos à saúde do trabalhador e para sua segurança seja abrangente e completa, os Autores aduzem que na prática parece que o país e suas organizações não estão aplicando o que a lei preconiza. Isto é demonstrado tanto pelos resultados das auditorias realizadas, como pelo número de acidentes de trabalho ocorridos. Em vários segmentos das organizações auditadas, o item “saúde e segurança” no trabalho surge como o mais desafiador e *non-compliance* a ser corrigido⁵⁷².

Andrade e Bizzo analisam especialmente a indústria da construção, objeto de abordagem em itens subsequentes da presente investigação. Para os Autores, esta indústria possui um alto grau de risco à segurança e à saúde do trabalhador devido às especificidades da atividade exercida, a qual expõe o trabalhador a alto risco de lesões e por ser um trabalho exercido em local aberto, exposto a intempéries. Os programas de desempenho para melhoria da prevenção de riscos e preservação da saúde nesta área possuem características que dificultam a obtenção de eficácia de seus resultados da seguinte forma: alta rotatividade de trabalho, que obriga as organizações a manter programas constantes de treinamento intensivo e conscientização para novos colaboradores; temporalidade do trabalho, que muitas vezes é usada para justificar o fracasso da realização de alguns investimentos ou ações a serem implementadas; e baixo nível de educação da grande maioria dos trabalhadores, o que pode prejudicar a compreensão e divulgação dos programas⁵⁷³.

O controle de fornecedores, subcontratantes e subfornecedores também se apresenta como um tópico relevante. Francesco Ciliberti *et al.* asseveram que uma empresa que procura obter certificação deve implementar ações adequadas para assegurar que seus fornecedores atendam aos padrões. Os Autores esclarecem como isto deve ocorrer: “[t]his may happen through personal visits, documentation review or requiring a second- or third-party audit. Auditors are not obliged to visit these suppliers, but to verify the steps taken by the company”⁵⁷⁴.

⁵⁷² Cfr. Valdelis Fernandes de ANDRADE, Waldir Antonio BIZZO, *Corporate social responsibility in Brazil according to SA 8000: case studies and the correlation with supply chain*, in *Journal of Cleaner Production*, n.º 210, 2019, pág. 1027.

⁵⁷³ *Ibidem*.

⁵⁷⁴ Cfr. Francesco CILIBERTI *et al.*, *CSR codes and the principal-agent problem in supply chains: four case studies*, in *Journal of Cleaner Production*, n.º 19, 2011, pág. 887.

Este controle obteve um nível baixo de *compliance* na investigação realizada por Andrade e Bizzo. Este nível baixo se justifica devido à complexidade e grande esforço para realizar o mapeamento e estruturação de um modelo de gestão que acompanhe e monitore as atividades e impactos de fornecedores e subfornecedores. A partir da análise destes resultados, foi possível verificar a grande dificuldade quanto à gestão de fornecedores, subfornecedores e empreiteiros e o baixo nível de influência corporativa neste setor. Outro fator relevante pode ser observado em muitos dos itens de *non-compliance* identificados nesta seara. Este fator advém do descumprimento dos requisitos que a própria empresa contratante impede ou atrapalha devido às condições comerciais impostas na contratação⁵⁷⁵.

Os Autores também apontam o planejamento e a implementação como itens com um alto nível de *non-compliance*. Houve dificuldade na condução do treinamento e conscientização dos trabalhadores sobre o que significa o gerenciamento da responsabilidade social e quais são os requisitos do padrão SA 8000, assim como quanto à promoção do conhecimento sobre a política de responsabilidade social da organização. Da mesma forma, houve dificuldade em relação ao monitoramento do sistema de gerenciamento da responsabilidade social, um requisito do padrão SA 8000 especificamente quanto a este item. Destarte, consoante os resultados obtidos na investigação, “Addressing Concerns and Taking Corrective Action, should be the item to receive more attention by organisations, since it is the source of fundamental data for the system to be effective, useful and with credibility, with real attempt to continuous improvement of the management system and working conditions”⁵⁷⁶.

Gustavo Tietz Cazeri *et al.* analisam a integração entre as práticas de responsabilidade social da empresa e sistemas de gerenciamento com vistas à sustentabilidade nas empresas. Os dados coletados revelam que estas práticas são implementadas superficialmente pelas empresas e há amplas oportunidades para aperfeiçoamento. Dentre as práticas investigadas, duas obtiveram a pontuação mais alta: “[r]eport CSR results to the stakeholders by means of annual reports, website updates, letters to shareholders etc. and Evaluate CSR performance using pre-set indicators”⁵⁷⁷.

⁵⁷⁵ Cfr. Valdelis Fernandes de ANDRADE, Waldir Antonio BIZZO, *Corporate social responsibility in Brazil according to SA 8000: case studies and the correlation with supply chain*, in *Journal of Cleaner Production*, n.º 210, 2019, pág. 1027.

⁵⁷⁶ *Ibidem*, págs. 1028-1029.

⁵⁷⁷ Cfr. Gustavo Tietz CAZERI *et al.*, *An assessment of the integration between corporate social responsibility practices and management systems in Brazil aiming at sustainability in enterprises*, in *Journal of Cleaner Production*, n.º 182, 2018, pág. 753.

Quanto à análise a respeito dos pontos que devem ser aperfeiçoados, é necessário apresentar alguns conceitos relevantes para melhor esclarecimento. A literatura tem enfatizado a gestão estratégica da responsabilidade social da empresa. No entanto, ainda existem dúvidas sobre como a RSE pode ser integrada de forma eficaz aos processos de negócios existentes. Uma questão chave que ainda permanece é a maneira pela qual se desenvolvem processos de negócios que se adaptem aos requisitos de *stakeholders* de modo integrado. Muhammad Asif *et al.* apresentam uma abordagem para dirimir esta questão através de uma estrutura que pode ser usada para integrar RSE em processos de negócios. A estrutura destaca o conceito de simultâneas abordagens de “top-down integration” e “bottom-up community-related indicators development” referentes a RSE. A abordagem “top-down integration” direciona-se à incorporação de RSE em iniciativas de negócios existentes por meio de “integrated management systems (IMS)”. A abordagem “bottom-up community-related indicators development” direciona-se ao desenvolvimento de indicadores referentes a iniciativas da comunidade. Os Autores concluem “that an IMS approach provides the infrastructure for the integration of CSR”⁵⁷⁸.

Urge salientar que Asif *et al.* apresentam a estrutura de integração de RSE em processos de negócios através do Ciclo PDCA (“Plan-Do-Check-Act”), também denominado “Ciclo de Deming”. A este respeito, os Autores esclarecem que o Ciclo se baseia em “continuous improvement, which provides organisations with a meta-routine for continuous improvement along social, environmental, economic, and other stakeholder dimensions”⁵⁷⁹.

Gustavo Tietz Cazeri *et al.* concluem após elencarem os pontos que devem ser aperfeiçoados que ainda há muito a ser feito para garantir que as práticas de responsabilidade social da empresa sejam devidamente integradas aos sistemas de gerenciamento em empresas brasileiras e os valores relacionados ao desenvolvimento sustentável não estão devidamente arraigados nas organizações. Há amplo escopo para melhoria em todas as práticas. Atenção especial deve ser dada à fase concernente ao Ciclo PDCA para que as necessidades de todos os *stakeholders* envolvidos sejam consideradas, não afetando de modo adverso o desempenho das etapas subsequentes do Ciclo. Além disso, as empresas brasileiras precisam entender que os ganhos referentes à integração de

⁵⁷⁸ Cfr. Muhammad ASIF *et al.*, *An integrated management systems approach to corporate social responsibility*, in *Journal of Cleaner Production*, n.º 56, 2013, pág. 7.

⁵⁷⁹ *Ibidem*, pág. 16. Em complementação: “[t]he meta-routine goes beyond the day-to-day operations and emphasizes the need for learning and innovation and the development of institutional knowledge”.

práticas de RSE e gerenciamento de sistemas vão muito além de simples atividades sociais e ambientais⁵⁸⁰.

Jamile Bergamaschine Mata Diz e Roberto Correia da Silva Gomes Caldas abordam algumas questões relativas às licitações sustentáveis, em especial quando se torna necessário adotar mecanismos de planejamento, execução, avaliação e monitoramento. Utilizam o Ciclo PDCA para aferir a dimensão da sustentabilidade praticada pela Administração Pública. Os Autores esclarecem que o “Ciclo PDCA é a técnica ou método oficial hodierno, de âmbito nacional, escolhida para o alcance de alta qualidade na implantação e gestão de programas governamentais, com seus respectivos projetos, em organizações do setor público brasileiro”⁵⁸¹.

A relevância do papel de *stakeholders* neste contexto é inquestionável. Marcus Vinicius de Souza Silva Oliveira, João Simão e Sandra Sofia Ferreira da Silva Caeiro corroboram esta assertiva. Ao discorrerem acerca de sua categorização no sistema de contratação pública sustentável no Brasil, sustentam que é importante que os gestores públicos identifiquem *stakeholders* envolvidos nos processos de tomada de decisão e principalmente aqueles que o dificultam para que possam gerenciá-los de forma adequada. Para os *stakeholders*, a compreensão sobre a importância sistêmica que as organizações atribuem a eles pode ser uma indicação da eficácia de suas ações. Esse conhecimento poderá direcioná-los, se necessário, quanto às configurações de suas respectivas funções e demandas no sistema⁵⁸².

Neste diapasão, Diz e Caldas salientam que “com a aplicação aos contratos administrativos [do] Ciclo PDCA (cujas técnicas ou métodos de gestão dirigida por resultado servem tanto ao setor público como ao setor privado), [...] permite-se uma

⁵⁸⁰ Cfr. Gustavo Tietz CAZERI *et al.*, *An assessment of the integration between corporate social responsibility practices and management systems in Brazil aiming at sustainability in enterprises*, in *Journal of Cleaner Production*, n.º 182, 2018, pág. 753. Cabe mencionar os pontos que devem ser aperfeiçoados, em conformidade com os resultados obtidos pelos Autores: “[f]ive practices associated with the Plan stage of the PDCA cycle had the lowest scores: Ensure that there are no clashes of interest/redundancies in different stakeholders’ requirements; Ensure that different stakeholders’ requirements do not pull the organisational processes in different directions; Engage in stakeholder consultation; Define stakeholders and their requirements; and Define CSR in the context of the organisation and develop a business model for it”.

⁵⁸¹ Cfr. Jamile Bergamaschine Mata DIZ, Roberto Correia da Silva Gomes CALDAS, *Contratos administrativos à luz de novas formas de gestão e da sustentabilidade: por uma concretização do desenvolvimento sustentável no Brasil*, in *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n.º 65, jul. /set. 2016, pág. 262.

⁵⁸² Cfr. Marcus Vinicius de Souza Silva OLIVEIRA, João SIMÃO, Sandra Sofia Ferreira da Silva CAEIRO, *Stakeholders’ categorization of the sustainable public procurement system: the case of Brazil*, in *Journal of Public Procurement*, vol. 20, n.º 4, 2020, pág. 424.

melhor e mais precisa identificação dos vícios por omissão desses agentes públicos”⁵⁸³. Para estes agentes, quando no exercício de funções de gerenciamento, urge enfatizar uma implicação mencionada por Oliveira, Simão e Caeiro: “[f]or managers, a higher level of the stakeholders’ knowledge on the SPP system of public organisations may contribute to the decision-making process that, although recent, has complexities of strategic, tactical and of operational nature”⁵⁸⁴.

A Lei n.º 14.133/2021, nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, institui a figura do “Agente de Contratação”, responsável pela condução da licitação. Trata-se de pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação, consoante estabelece o artigo 8.º da referida Lei.

Na fase preparatória, a Administração poderá convocar audiência pública, presencial ou a distância, na forma eletrônica, sobre licitação que pretenda realizar, com disponibilização prévia de informações pertinentes, inclusive de estudo técnico preliminar e elementos do edital e com possibilidade de manifestação de todos os interessados. A Administração também poderá submeter a licitação a consulta pública, mediante a disponibilização de seus elementos a todos os interessados, que poderão formular sugestões no prazo fixado. Tais disposições constam no artigo 21 e seu § único.

Jamile Bergamaschine Mata Diz e Roberto Correia da Silva Gomes Caldas discorrem acerca das boas práticas de gestão da primeira fase do Ciclo PDCA aplicada à fase pré-negocial interna da contratação pública. Cabe ressaltar que seus estudos se referem ao artigo 39, *caput*, da Lei n.º 8.666/1993, vigente à época. No entanto, suas observações também se aplicam à nova Lei, com a ressalva quanto ao valor estimado da licitação (contido no artigo 39), não recepcionado por ela. Segundo os Autores, o Planejamento do Ciclo PDCA “é concebido, cada vez em maior grau de intensidade e

⁵⁸³ Cfr. Jamile Bergamaschine Mata DIZ, Roberto Correia da Silva Gomes CALDAS, *Contratos administrativos à luz de novas formas de gestão e da sustentabilidade: por uma concretização do desenvolvimento sustentável no Brasil*, in A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n.º 65, jul. /set. 2016, págs. 263-264. A este respeito ainda esclarecem o seguinte: “buscando-se muito maior rapidez para prevenirem-se e contornarem-se suas falhas e, assim, mitigarem-se os efeitos nocivos à avença, com o incremento de soluções mais criativas (e *pari passu* integradas à execução) hauridas de modelos havidos na gestão privada (quer de contratos, quer de produtos)”.

⁵⁸⁴ Cfr. Marcus Vinicius de Souza Silva OLIVEIRA, João SIMÃO, Sandra Sofia Ferreira da Silva CAEIRO, *Stakeholders’ categorization of the sustainable public procurement system: the case of Brazil*, in *Journal of Public Procurement*, vol. 20, n.º 4, 2020, pág. 440.

extensão, na sua modalidade participativa, ou seja, com a sociedade em parceria com a Administração posteriormente contratante. Um de seus principais instrumentos são as audiências públicas”⁵⁸⁵.

Como instrumento concernente ao incentivo da participação da sociedade, exsurge a disposição contida na nova Lei sobre o princípio do desenvolvimento sustentável, elencado juntamente com os demais princípios que regem a contratação pública no Brasil, no artigo 5.º. A seu respeito, Edite Hupsel observa pontualmente que “indica que é preciso respeitar critérios sociais, ambientais e econômicos nessas contratações. Tanto a sustentabilidade pode ser valorizada quando no julgamento de propostas, quanto pode servir de critério para desclassificação de licitantes”⁵⁸⁶.

Há inúmeros exemplos que corroboram o respeito aos critérios sociais contidos na Lei n.º 14.133/2021. O § 2.º do artigo 25, que versa sobre os elementos do edital, estabelece que, desde que, conforme demonstrado em estudo técnico preliminar, não sejam causados prejuízos à competitividade do processo licitatório e à eficiência do respectivo contrato, o edital poderá prever a utilização de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra. Neste mesmo sentido, o § 9.º estabelece que o edital poderá, na forma disposta em regulamento, exigir que percentual mínimo da mão de obra responsável pela execução do objeto da contratação seja constituído por mulheres vítimas de violência doméstica (inciso I); oriundos ou egressos do sistema prisional (inciso II).

Um outro exemplo relevante diz respeito ao disposto no artigo 26, quanto ao estabelecimento de margem de preferência no processo de licitação para: bens manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras (inciso I);

⁵⁸⁵ Cfr. Jamile Bergamaschine Mata DIZ, Roberto Correia da Silva Gomes CALDAS, *Contratos administrativos à luz de novas formas de gestão e da sustentabilidade: por uma concretização do desenvolvimento sustentável no Brasil*, in A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n.º 65, jul. /set. 2016, pág. 264. Detalhadamente, os Autores observam: “[n]essa fase de Planejamento do Ciclo PDCA, na qual dá-se a implantação do programa interno de qualidade e participação na Administração Pública, quando da sua aplicação aos contratos administrativos, tem-se como necessário um comprometimento, por parte dos agentes públicos envolvidos, com a melhoria dos serviços públicos e, além disso, um espírito de cooperação com os particulares contratados, de sorte a satisfazer os usuários, o que é plenamente a si aplicável”.

⁵⁸⁶ Cfr. Edite HUPSEL, *Lei 14.133, de 2021 – A nova lei de licitações – inovações e desafios*, in *Direito do Estado*, n.º 477, 2021, disponível em Lei.14.133.de.2021-A.nova.lei.de.licitacoes-inovacoes-e-desafios (direitodoestado.com.br). Artigo 5.º: Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da proibidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis, conforme regulamento (inciso II). Cumpre salientar que, para os bens manufaturados nacionais e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica no País, a margem de preferência poderá ser de até vinte por cento (§ 2.º).

Quanto ao incentivo aos microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte, há disposição específica na Lei. A Administração poderá solicitar à iniciativa privada, mediante procedimento aberto de manifestação de interesse a ser iniciado com a publicação de edital de chamamento público, a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública, consoante estabelece o artigo 81. Seu § 4.º prevê que este procedimento poderá ser restrito a *startups*, assim considerados os microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte, de natureza emergente e com grande potencial, que se dediquem à pesquisa, ao desenvolvimento e à implementação de novos produtos ou serviços baseados em soluções tecnológicas inovadoras que possam causar alto impacto, exigida, na seleção definitiva da inovação, validação prévia fundamentada em métricas objetivas, de modo a demonstrar o atendimento das necessidades da Administração.

5. Cultura colaborativa na responsabilidade social da empresa com vistas à contratação pública sustentável

A essência da cultura colaborativa está contida na evolução doutrinária da *stakeholder theory*. R. Edward Freeman apresenta o conceito de *stakeholder* ao delinear os preceitos básicos da teoria por ele concebida como “a stakeholder theory of the firm”. O Autor esclarece que “corporations have stakeholders, that is, groups and individuals who benefit from or are harmed by, and whose rights are violated or respected by, corporate actions”⁵⁸⁷.

A classificação amplamente aceita pela literatura⁵⁸⁸ é aquela elaborada por Max B. E. Clarkson, quanto a “primary e secondary stakeholder groups”, segundo a qual “a

⁵⁸⁷ Cfr. R. Edward FREEMAN, *Stakeholder theory of the modern corporation. General issues in business ethics*, disponível em Stakeholder Theory.pdf (udayton.edu), pág. 41.

⁵⁸⁸ Cfr. Manuel Castelo BRANCO, Lúcia Lima RODRIGUES, *Positioning stakeholder theory within the debate on corporate social responsibility*, in *Electronic Journal of Business Ethics and Organisation Studies*, vol. 12, n.º 1, 2007, pág. 7.

primary stakeholder group is one without whose continuing participation the corporation cannot survive as a going concern” e “secondary stakeholder groups are defined as those who influence or affect, or are influenced or affected by, the corporation, but they are not engaged in transactions with the corporation and are not essential for its survival”⁵⁸⁹.

Esta classificação possui destacada pertinência com a cultura colaborativa presente na aplicação do ciclo PDCA. Jamile Bergamaschine Mata Diz e Roberto Correia da Silva Gomes Caldas, ao discorrerem sobre as fases processuais contratuais públicas e as técnicas ou métodos de gestão e controle sustentáveis que encerram, aludem às fases “pré-negocial (interna e externa) e de desenvolvimento”. Hodiernamente, a sustentabilidade, solidariedade, participação popular e controle social se apresentam como “vias de fortalecimento do já antigo espírito de colaboração que deve permear também os ajustes públicos, conforme se extrai da relação jurídica de Administração Pública e do princípio da boa-fé administrativa, inserto no primado da moralidade administrativa”⁵⁹⁰.

Na fase pré-negocial ocorre a fase do planejamento do ciclo, como mencionado anteriormente. O papel exercido por *stakeholders* do grupo primário nesta fase é de suma relevância. Neste sentido, Diz e Caldas enfatizam que nela ocorre “a implantação de uma política pública *in concreto* até o seu normal exaurimento (gestão a qual, cumpre salientar, se revela aparelhada, para tanto, de um controle não apenas institucional, mas também social, ou seja, exercido de forma direta pela população). Portanto, na fase executória do ciclo, *stakeholders* do grupo primário e do grupo secundário são responsáveis por “técnicas e métodos de sua seleção, avaliação e controle, mediante ações fiscalizatórias da eficiência (buscada em seu grau máximo) e qualidade desse processo”⁵⁹¹.

Para que tal mister se concretize ainda há um longo caminho a ser percorrido, especialmente em face das atuais intempéries causadas pela pandemia originada pelo

⁵⁸⁹ Cfr. Max B. E. CLARKSON, *A stakeholder framework for analysing and evaluating corporate social performance*, in *The Academy of Management Review*, vol. 20, n.º 1, January 1995, págs. 106-107. Para o Autor, “primary stakeholder groups typically are comprised of shareholders and investors, employees, customers, and suppliers, together with what is defined as the public stakeholder group: the governments and communities that provide infrastructures and markets, whose laws and regulations must be obeyed, and to whom taxes and other obligations may be due. There is a high level of interdependence between the corporation and its primary stakeholder groups”. Como exemplos do segundo grupo, “the media and a wide range of special interest groups are considered as secondary stakeholders under this definition. They have the capacity to mobilize public opinion in favor of, or in opposition to, a corporation’s performance”.

⁵⁹⁰ Cfr. Jamile Bergamaschine Mata DIZ, Roberto Correia da Silva Gomes CALDAS, *Contratos administrativos à luz de novas formas de gestão e da sustentabilidade: por uma concretização do desenvolvimento sustentável no Brasil*, in *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n.º 65, jul. /set. 2016, pág. 259-260.

⁵⁹¹ *Ibidem*, pág. 260.

coronavírus. Elena Popkova, Piper DeLo e Bruno S. Sergi discorrem acerca da responsabilidade social da empresa no contexto do distanciamento social durante a crise causada pelo COVID-19, cotejando os países pertencentes ao BRICS com aqueles pertencentes à OCDE. Os Autores preconizam o desenvolvimento de um arcabouço jurídico para a regulamentação do empreendedorismo nos países em desenvolvimento para o sucesso da implementação de medidas para o enfrentamento da crise. Consideram ser mais simples adotar padrões nacionais para a preparação e apresentação de relatórios de responsabilidade social. Nas condições de distanciamento social causado pela pandemia, os padrões de relatórios de RSE devem incluir indicadores para viabilização do trabalho remoto e para que se atinja um nível mais alto de saneamento em locais de trabalho que não possam ser convertidos para trabalho remoto. Além disto, os padrões devem exigir que estes relatórios sejam necessariamente disponibilizados ao público através da internet. Os relatórios de RSE nas condições de distanciamento social devido à pandemia devem ser monitorados e controlados através da utilização de tecnologias inteligentes (inteligência artificial) para obter cobertura total de monitoramento. O governo eletrônico é o meio mais eficaz para esta regulamentação⁵⁹².

A partir da análise empírica das medidas adotadas pelos órgãos das esferas de governo estadual e federal no Brasil, Marcus Vinicius de Azevedo Braga, Daniel Matos Caldeira e Sandro Zachariades Sabença realizaram investigação acerca da inovação em *accountability* na luta contra COVID-19, sob a perspectiva do controle interno. Os Autores utilizaram metodologia que categoriza as diversas atividades desempenhadas pela Controladoria-Geral da União e suas macro funções em diferentes dimensões de *accountability*. A primeira dimensão é classificada como horizontal nos seguintes termos: “the horizontal dimension is the field of enforcement, supervisory actions and sanctions, materialized by the evaluation promoted by Auditing [...], but also disciplinary activity [...] and the fight against corruption [...]”. A segunda dimensão é classificada como vertical, *in verbis*: “[t]he vertical axis of accountability is materialized by ‘auscultation’ of society through actions of public transparency, citizen education, the ombudsman and social control [...]”⁵⁹³.

⁵⁹² Cfr. Elena POPKOVA, Piper DELO, Bruno S. SERGI, *Corporate social responsibility amid social distancing during the COVID-19 crisis: BRICS vs. OECD countries*, in *Research in International Business and Finance*, n.º 55, 2021, pág. 9.

⁵⁹³ Cfr. Marcus Vinicius de Azevedo BRAGA, Daniel Matos CALDEIRA, Sandro Zachariades SABENÇA, *Innovation in accountability in the fight against Covid-19 in Brazil: an empirical analysis of internal control*, in *Revista da CGU*, vol. 12, n.º 22, jul.-dez. 2020, pág. 321.

Os Autores mencionam algumas inovações pertinentes à presente temática no contexto da dimensão vertical, como as ações de orientação realizadas em alguns estados. São caracterizadas pela produção de conteúdo técnico voltado aos agentes públicos por meio de livretos, diretrizes e resoluções, entre outros instrumentos. Eles apresentam esclarecimentos concernentes às mudanças legislativas que tornaram várias regras de licitações públicas mais flexíveis, como a necessidade de adoção de salvaguardas para justificar aquisições, determinação de preços de referência e recibos de despesas, dado o elevado risco associado a aquisições em situações de emergência, como licitações direcionadas, preços abusivos e quantidades maiores do que as necessárias. Em relação às inovações no contexto da dimensão horizontal, houve mudança nos ritos da auditoria para melhor adaptação à dinâmica da pandemia, que requer ação rápida em um ambiente incerto com aquisições diretas. Houve reforço quanto ao viés *ex ante* e ações concomitantes que modificaram a lógica das ações de controle interno para não dificultar as aquisições. Contudo, os Autores aduzem que o número de problemas reportados pela mídia indicam a necessidade de reflexão e aprendizagem organizacional após a pandemia com vistas à identificação de falhas e fragilidades nos sistemas de controle interno⁵⁹⁴.

A análise empírica supramencionada possibilita várias reflexões acerca do papel dos atores responsáveis pelo gerenciamento da contratação pública. Sob este enfoque, urge realizar progressos quanto ao gerenciamento da fase contratual. Neste jaez, Paulo Magina e Jeremy McCrary são enfáticos ao afirmar que “[o]nce the contract has been awarded, waste and corruption can take place if there is no sound system to monitor the progress of work and ensure that the contractor performs its tasks”⁵⁹⁵.

Nina Boeger tece considerações para elucidar esta questão. A Autora analisa distinções referentes à classificação de empresas que se tornaram mais complexas, como novas formas de empresas que não se classificam como filantrópicas, mas combinam uma missão social com uma visão empreendedora. Sua principal distinção se baseia no modo pelo qual o gerenciamento é realizado. Aquele considerado socialmente responsável deve aumentar os lucros ou evitar riscos estruturais que eventualmente prejudiquem o valor

⁵⁹⁴ *Ibidem*, págs. 324-326.

⁵⁹⁵ Cfr. Paulo MAGINA, Jeremy MCCRARY, *Applying OECD public procurement principles*, in Gabriella M. RACCA, Christopher R. YUKINS (eds.), *Integrity and efficiency in sustainable public contracts*, n.º 18, Bruylant, Bruxelles, 2014, pág. 15. Em complementação, observam que “[c]ommon risks identified in OECD countries include: failure to monitor a contractor’s performance, in particular lack of supervision over the quality and timing of the process; subcontractors chosen in a non-transparent way or not being kept accountable; deficient separation of duties with the risk of false accounting or late payment”.

para *shareholders* no longo prazo. Até mesmo nas ocasiões nas quais *stakeholders* são consultados em determinadas questões, o processo de tomada de decisões permanece com o gestor cujo principal compromisso é a obtenção de valor para *shareholders*. Já em relação às empresas denominadas “business for value”, por outro lado, há a inclusão de mecanismos procedimentais vinculativos que as obrigam a considerar os impactos para seus *stakeholders*. Ao fazê-lo, geram maior valor societário porque sua determinação não ocorre *ab initio*, mas é coordenado por todos aqueles afetados, positivamente ou negativamente, pelo negócio⁵⁹⁶.

O processo de tomada de decisões é um ponto fulcral nesta contextualização. Algumas considerações acerca da *stakeholder theory* fazem-se necessárias. A proposta de instrumentalização denominada “stakeholder salience” configura-se como uma técnica que tem como objetivo identificar e categorizar os *stakeholders* mais importantes para priorizá-los. Ronald K. Mitchell, Bradley R. Agle e Donna J. Wood aduzem que quanto à “stakeholder salience”, o grau de prioridade que gestores dão para reivindicações de *stakeholders* vai além da questão de sua identificação porque a dinâmica inerente a cada relação envolve considerações complexas que não são facilmente explicadas pela estrutura da *stakeholder theory*. O que se torna necessário também é uma teoria da “stakeholder salience” que possa explicar para quem e para que os gestores realmente prestam atenção⁵⁹⁷.

Neste sentido, os Autores propõem que classes de *stakeholders* podem ser identificadas por possuírem um, dois ou todos os três atributos seguintes: “(1) the stakeholder’s *power* to influence the firm, (2) the *legitimacy* of the stakeholder’s relationship with the firm, (3) the *urgency* of the stakeholder’s claim on the firm”.

⁵⁹⁶ Cfr. Nina BOEGER, *Public procurement and business for value: looking for alignment in law and practice*, in Albert SÁNCHEZ-GRAELLS (ed.), *Smart public procurement and labour standards*, Hart Publishing, Oxford, 2018, pág. 119. Cumpre destacar que, em referência às empresas “business for value” ou “BfV”, a Autora descreve em detalhes o modo pelo qual as medidas procedimentais são realizadas: “[p]rocedural measures are built into the business, its governance rules and its constituting document, to ensure that it accounts for the impact of its activities on [...] stakeholders, internal and external, as well as assessing trade-offs between them. By embedding this commitment procedurally/structurally into its organisation, the BfV enterprise makes it truly binding – more than just a voluntary managerial undertaking – through concrete adjustments to its constitutional documents that can give rise to formal (legal) accountability. For example, constitutional object clauses integrate stakeholder interests and/or commit the business to re-invest surplus for the benefit of its stakeholders; membership (and ownership) of the business includes its stakeholders, not just shareholders; voting rights are democratically allocated rather than based on size of (financial) shareholdings; board membership is adjusted to reflect its stakeholders (including, for example, employees or consumers); and additional reporting commitments may be legally required”.

⁵⁹⁷ Cfr. Ronald K. MITCHELL, Bradley R. AGLE, Donna J. WOOD, *Toward a theory of stakeholder identification and salience: defining the principle of who and what really counts*, in *The Academy of Management Review*, vol. 22, n.º 4, October 1997, pág. 854.

Portanto, esta teoria produz uma tipologia abrangente baseada na suposição normativa de que estas variáveis definem o campo de atuação de *stakeholders*: aqueles nos quais os gestores devem prestar atenção⁵⁹⁸.

Marcus Vinicius de Souza Silva Oliveira, João Simão e Sandra Sofia Ferreira da Silva Caeiro discorrem acerca da teoria proposta por Mitchell, Agle e Wood. Analisam especificamente os três atributos apresentados. Primeiramente se referem ao poder, que está relacionado “to the possibility of a given actor performing their own needs through the action of others, that is, the ability of those who have it to reach the results they want, when enforcing their will on the others. It is exercised through three foundations: coercive, utilitarian and symbolic/normative”. Em seguida descrevem legitimidade, que está relacionada, *in verbis*: “to a perception or widespread assumptions that the actions of an organisation are socially desirable or appropriate within some socially constructed systems of norms, values, beliefs and definitions”. Finalmente, em referência à urgência, está relacionada “to the claim of the stakeholders in their temporal demands to be quickly answered or attention be dispensed instantly by organisations to serve them”. Os Autores afirmam que a teoria “stakeholder salience” é amplamente aceita por ser dinâmica, baseada em uma classificação que permite a concentração de esforços da organização nas relações com *stakeholders* consideradas mais relevantes⁵⁹⁹.

Em suas conclusões, Mitchell, Agle e Wood sublinham que a teoria proposta não descredencia as demais teorias doutrinárias que se baseiam unicamente na legitimidade das reivindicações, “e.g., moral, legal, and property-based”, mas defendem que faz sentido articular teoricamente as razões pelas quais determinados grupos formularão reivindicações legítimas e possivelmente estáveis aos gestores. Estes são os que realmente contam. Seu objetivo, no entanto, é expandir a compreensão acadêmica além da legitimidade para incorporar “stakeholder power and urgency of a claim”. Estes atributos dos atores em um ambiente empresarial farão uma diferença crítica na habilidade de gestores para selecionar reivindicações legítimas e proteger os interesses daí advindos.

⁵⁹⁸ *Ibidem* (grifos dos Autores).

⁵⁹⁹ Cfr. Marcus Vinicius de Souza Silva OLIVEIRA, João SIMÃO, Sandra Sofia Ferreira da Silva CAEIRO, *Stakeholders' categorization of the sustainable public procurement system: the case of Brazil*, in *Journal of Public Procurement*, vol. 20, n.º 4, 2020, págs. 427-428. Os Autores complementam que a teoria proposta “highlight that the combination of these attributes can form up to eight types of stakeholders: definitive, dominant, dangerous, dependent, dormant, discretionary, demanding and nonstakeholder. According to the number of attributes PLU present, the overhang of the stakeholder will be too high, if the three attributes are present (definitives), moderate, if the have two attributes (expectants) or reduced to the case of stakeholders with only one attribute (latents)”. PLU significa “power, legitimacy and urgency”.

Oferecem esta teoria para uma melhor compreensão sobre quais *stakeholders* realmente importam⁶⁰⁰.

Destarte, a questão que se apresenta na atualidade como premente está relacionada à inserção da sustentabilidade na contratação pública com vistas aos seguintes imperativos urgentes perseguidos pelas instituições europeias, na acepção de Chiara Mosca e Chiara Picciau: “(1) improving the contribution of finance to sustainable and inclusive growth by funding society’s long-term needs; [and] (2) strengthening financial stability by incorporating environmental, social and governance (ESG) factors into investment decision-making”⁶⁰¹.

As Autoras analisam o Plano de Ação para financiar um crescimento sustentável, apresentado pela Comissão Europeia em março de 2018, o qual indica a trajetória que deve ser seguida em várias áreas legais para aumentar a contribuição das corporações com vistas ao benefício do planeta e da sociedade⁶⁰². Tecem críticas ao presente Plano, considerando-o uma missão intrusiva que afeta empresas, intermediários financeiros e mercados. Alegam que o Plano não visa especificamente modificar a discricionariedade dos gestores na administração das empresas. De fato, nenhuma orientação é formulada ao conselho de diretores sobre como escolher entre interesses heterogêneos, tais como os interesses dos *shareholders* contraposto aos interesses dos *stakeholders*. Mesmo que as empresas muitas vezes apoiem várias organizações filantrópicas e, neste sentido, considerem os interesses de diferentes *stakeholders*, é questionável se o conselho de diretores realmente deve fazê-lo ou se está completamente livre para decidir qual ação altruísta irá realizar. Mosca e Picciau reconhecem a importância da agenda política

⁶⁰⁰ Cfr. Ronald K. MITCHELL, Bradley R. AGLE, Donna J. WOOD, *Toward a theory of stakeholder identification and salience: defining the principle of who and what really counts*, in *The Academy of Management Review*, vol. 22, n.º 4, October 1997, pág. 882.

⁶⁰¹ Cfr. Chiara MOSCA, Chiara PICCIAU, *Making non-financial information count: accountability and materiality in sustainability reporting*, in *Bocconi Legal Studies Research Paper*, n.º 3536460, March 2020, disponível em *Making Non-Financial Information Count: Accountability and Materiality in Sustainability Reporting* by Chiara Mosca, Chiara Picciau :: SSRN, pág. 7.

⁶⁰² Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Banco Central Europeu, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões. Plano de ação: financiar um crescimento sustentável, Bruxelas, 8.3.2018, COM (2018) 97 final. As principais ações propostas são: “1. Estabelecer um sistema de classificação da UE para as atividades no domínio da sustentabilidade; 2. Criação de normas e rótulos para os produtos financeiros ‘verdes’; 3. Promover o investimento em projetos sustentáveis; 4. Incorporar a sustentabilidade na prestação de aconselhamento financeiro; 5. Desenvolver referenciais de sustentabilidade; 6. Integrar melhor a sustentabilidade nas notações e nos estudos de mercado; 7. Esclarecer os devedores dos investidores institucionais e dos gestores de ativos; 8. Incorporar a sustentabilidade nos requisitos prudenciais; 9. Reforçar as divulgações e as regras contabilísticas em matéria de sustentabilidade; 10. Promover um governo sustentável das empresas e atenuar a visão de curto prazo nos mercados de capitais”. *Ibidem*, págs. 18-20.

anunciada através do Plano de Ação da União Europeia quanto ao reconhecimento de um novo papel das empresas, em especial das grandes corporações. De modo significativo, no entanto, ressaltam que o Plano não foca na responsabilidade social das empresas, mas, ao invés, aponta a sustentabilidade como o objetivo final do arcabouço jurídico que ainda está em construção na Europa⁶⁰³.

Samuel Dremptic, Christian Klein e Bernhard Zwergel abordam a questão atinente aos investimentos sustentáveis responsáveis. Os resultados de sua investigação levantam dúvidas acerca do modo pelo qual o score ESG mede a sustentabilidade das corporações, beneficiando as maiores com mais recursos e não fornecendo, desta maneira, aos investidores nesta seara as informações necessárias para que suas decisões sejam tomadas. Os Autores afirmam que o campo das finanças sustentáveis é relativamente novo. No entanto, há mais discussão sobre sustentabilidade lucrativa do que sobre a confiabilidade do modo pela qual ela é medida. Há desconhecimento se a pontuação mede *input*, *output*, resultado ou impacto. Um dos motivos pode ser que nem todas as questões que se referem a cada dado do banco de dados sobre ESG são transparentes para investigadores. A comunidade científica é aconselhada, portanto, a não deixar a medição somente sob a responsabilidade de agências de *rating* do setor privado. Uma outra sugestão seria uma discussão mais ampla sobre a definição do desempenho da sustentabilidade corporativa, como um conceito fundamental da medição concernente à ESG⁶⁰⁴.

A divulgação dos relatórios das corporações para análise de *stakeholders* e *shareholders* assume relevância crucial neste contexto. Chiara Mosca e Chiara Picciau se referem sobre esta questão em sua abordagem sobre “mandatory non-financial disclosure and integrated reporting”. Para as Autoras, estes instrumentos “stimulate companies to identify and make public all the major risks that depend on the impact of their business on the environment and society and to adopt non-financial key performance indicators that are specific to the company’s activity”⁶⁰⁵.

⁶⁰³ Cfr. Chiara MOSCA, Chiara PICCIAU, *Making non-financial information count: accountability and materiality in sustainability reporting*, in Bocconi Legal Studies Research Paper, n.º 3536460, March 2020, disponível em Making Non-Financial Information Count: Accountability and Materiality in Sustainability Reporting by Chiara Mosca, Chiara Picciau :: SSRN, pág. 7.

⁶⁰⁴ Cfr. Samuel DREMPETIC, Christian KLEIN, Bernhard ZWERGEL, *The influence of firm size on the ESG score: corporate sustainability ratings under review*, in Journal of Business Ethics, n.º 167, 2020, pág. 355.

⁶⁰⁵ Cfr. Chiara MOSCA, Chiara PICCIAU, *Making non-financial information count: accountability and materiality in sustainability reporting*, in Bocconi Legal Studies Research Paper, n.º 3536460, March 2020,

6. Síntese conclusiva

A responsabilidade social da empresa veio a lume como uma nova estrutura de governança concebida em face da pressão da sociedade civil global quanto ao desempenho de grandes corporações em busca de parâmetros de sustentabilidade. Esta pressão ensejou a busca por um arcabouço regulatório cujo objetivo central direcionou-se à viabilização de mecanismos públicos de prestação de contas para atores privados através de redes de governança global entre atores públicos e privados. Neste diapasão, a responsabilidade social da empresa tem exercido função primordial quanto à criação de padrões de gerenciamento embasados na autorregulação, assim como quanto à criação de normas e instrumentos de correção.

A partir de 2016, houve importante inovação na divulgação das informações referentes à sustentabilidade através de relatórios em Itália. A contratação pública socialmente responsável (“socially responsible public procurement - SRPP”), cujo procedimento de adjudicação baseia-se em padrões de referência sociais, tem sido realizada desde 2018.

Com o lançamento do Fórum Multilateral Europeu Para a Responsabilidade Social das Empresas em 2002, houve forte incentivo às práticas a ela relacionadas em Portugal, com a fundação de várias associações para seu fomento. Com referência à contratação pública socialmente responsável, houve revisão do Código dos Contratos Públicos em 2016. A partir de então, a Administração Pública tem a obrigação de promover compras de forma ética, social e ambientalmente responsáveis.

Apesar do grande trabalho realizado em prol da responsabilidade social da empresa no Brasil pelo Instituto Ethos a partir de 1998, ainda há um longo caminho a ser trilhado, especialmente quanto aos parâmetros preconizados pelos padrões de referência utilizados mundialmente. Com o advento da Lei n.º 14.133/2021, nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, há grande expectativa sobre a implementação de princípios, métodos e estruturas permeados pela sustentabilidade.

A aplicação dos elementos-chaves da *stakeholder theory* nesta contextualização possui o condão de deslindar aspectos fulcrais sobre o processo de tomada de decisões em sede de contratação pública socialmente responsável.

disponível em Making Non-Financial Information Count: Accountability and Materiality in Sustainability Reporting by Chiara Mosca, Chiara Picciau :: SSRN, pág. 11.

Capítulo IV – Influência social dos atores destinatários da prestação e do fornecimento dos serviços públicos, os cidadãos

1. Processos de tomada de decisão na esfera pública

Os atores destinatários da prestação e do fornecimento dos serviços públicos, os cidadãos, já não se amoldam à condição de sujeito passivo na relação jurídica administrativa na atualidade, como mero expectadores. Nesta concepção, surge a “*socialidade na arena global*” que, conforme preleciona Suzana Tavares da Silva, “[n]ão se trata de um sistema que prescinde do poder público estadual, mas sim de um sistema que trata o Estado como *um agente* entre outros na construção da solução e não como *o poder* de ordenação soberana e inarredável”⁶⁰⁶.

Sob o fundamento legal desta nova concepção, vislumbra-se a possibilidade de concretizar a matriz comum idealizada por Fortunato Gambardella, ao discorrer acerca da nova regra do diálogo: “partecipazione, contraddittorio e collaborazione”⁶⁰⁷, não somente na formação contratual, mas principalmente ao longo da fase de execução para que a flexibilização almejada atinja os efeitos entre as partes envolvidas e a prestação eficiente seja realizada.

Neste sentido, Gambardella esclarece que esta matriz comum “è ovviamente l’apertura della funzione amministrativa agli apporti del privato, la considerazione dello stesso non come mero destinatario dell’azione pubblica, ma come soggetto che sperimenta una relazione qualificata con l’amministrazione”⁶⁰⁸.

Esta relação qualificada com a Administração Pública revela um novo estágio de desenvolvimento que não mais se adequa às demandas da sociedade. José Luiz de Moura Faleiros Júnior afirma que “o modelo burocrático e ortodoxo de gestão administrativa não mais se mostra eficiente para o atendimento das demandas da sociedade contemporânea hipercomplexa, formada por múltiplos interesses públicos, eis que se exige cada vez mais o envolvimento dos cidadãos nas decisões”. O Autor se refere

⁶⁰⁶ Cfr. Suzana Tavares da SILVA, *Direitos fundamentais na arena global*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, pág. 126 (grifos da Autora).

⁶⁰⁷ Cfr. Fortunato GAMBARDELLA, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell’evidenza pubblica*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2016, pág. 42.

⁶⁰⁸ *Ibidem*. Em complementação, o Autor descreve como ocorre esta relação qualificada: “il privato [...] si difende, si fa ascoltare, porta in dote un punto di vista o specifiche evidenze, condiziona l’attività amministrativa suggerendo e negoziando possibili soluzioni in punto di cura del pubblico interesse”.

à relevância do consenso neste cenário: “tomadas de decisões, exercício da função administrativa e resolução de conflitos, no âmbito do Direito Administrativo, embora sejam competências passíveis de resolução por meio de atos administrativos unilaterais, também podem ser pautas de decisões consensuais”⁶⁰⁹.

Ao se investigar sobre a atuação dos cidadãos na contextualização específica da presente investigação, surgem inúmeras indagações acerca do modo pelo qual ela pode ocorrer. Seria possível inferir, em face da sociedade contemporânea hipercomplexa, supramencionada, que sua atuação legitimaria a decisão consensual almejada com vistas à efetiva prossecução do interesse público?

Em busca desta resposta, surgem análises acerca de formas digitais de participação. Benjamin Stelzle, Anja Jannack e Jörg Rainer Noennig discorrem sobre a questão do “co-design” e da “co-decision” quanto ao processo de tomada de decisão em plataformas colaborativas de design. Ao longo dos últimos anos tem havido crescente interesse por abordagens participativas no desenvolvimento urbano. Os cidadãos demandam envolvimento direto em projetos de desenvolvimento urbano além do nível de mera informação. Solicitam papéis ativos no processo geral como cocriadores e tomadores de decisão. Destarte, torna-se difícil para municípios e governos realizarem projetos de desenvolvimento em larga escala sem o devido envolvimento dos atores cívicos. Como consequência, a investigação e a aplicação de métodos e ferramentas participativas estão aumentando e há estudos sobre modos de participação, cocriação e codesign. Uma questão-chave neste contexto é aquela que envolve a tomada de decisões. Por um lado, projetos de design e planejamento, não apenas em escala urbana, são em larga dimensão problemas decisórios. Designers e planejadores precisam selecionar soluções apropriadas e viáveis a partir de uma variedade de respostas possíveis para seus problemas. Por outro lado, muitos dos procedimentos formais estabelecidos por lei foram implementados para apoiar a tomada de decisões eficientes em face de complexos esforços de planejamento e construção⁶¹⁰.

Os Autores realizaram uma revisão atinente aos maiores desafios nas decisões de design urbano. A partir desta revisão, elaboraram adaptações em abordagens de

⁶⁰⁹ Cfr. José Luiz de Moura FALEIROS JÚNIOR, *Administração Pública consensual: novo paradigma dos cidadãos na formação das decisões estatais*, in Revista Digital de Direito Administrativo, vol. 4, n.º 2, 2017, págs. 79-80.

⁶¹⁰ Cfr. Benjamin STELZLE, Anja JANNACK, Jörg Rainer NOENNIG, *Co-design and co-decision: decision making on collaborative design platforms*, in Procedia Computer Science, n.º 112, 2017, pág. 2436.

participação e sugeriram modelos de processos decisórios adequados para ferramentas digitais.

A forte demanda por instrumentos de participação direcionou o foco de grupos de interesse para formatos digitais. Isto ocorreu porque eventos de participação convencionais (*e.g. workshops*, debates, apresentações públicas) são formados por quantidades limitadas de participantes. As ferramentas digitais possibilitam participação em níveis quantitativos e qualitativos mais elevados. Primeiramente, podem permitir a participação em níveis bastante elevados, dirigindo-se a milhares de participantes *on-line*. Desta forma, estas ferramentas podem atingir grupos de usuários que estão fora de alcance para formatos usuais de participação, seja por razões geográficas, sociais ou culturais. Surge então a participação digital na qual o processo decisório demanda especial atenção devido aos fortes efeitos que tais ferramentas de participação maciça podem ter. Consoante Stelzle, Jannack e Noennig, “[d]ecisions made on a participation platform potentially involve thousands of contributors and may lead to forceful impacts on communities and societies. A thorough understanding of how decisions are prepared, how they come about, and what responsibilities are involved seems necessary”⁶¹¹.

Convém destacar quais são as condições ideais para a participação dos cidadãos no processo decisório. Renée A. Irvin e John Stansbury apontam algumas estratégias para a viabilização destas condições, tais como uma seleção criteriosa de grupos representativos de *stakeholders*, um processo de tomada de decisões transparente para a obtenção de confiança do participantes, autoridade clara na tomada de decisões, facilitadores ou mediadores de grupos competentes e imparciais, reuniões regulares e recursos financeiros adequados para apoiar o processo durante os períodos de aprendizagem e de tomada de decisões que, eventualmente, poderão ser longos⁶¹².

O desafio que por ora se apresenta é o de adaptar as aludidas estratégias no espectro da participação digital. O projeto idealizado por Stelzle, Jannack e Noennig (U_CODE) é o exemplo fulcral desta possibilidade. Seu objetivo é a criação de uma plataforma de codesign para design urbano que permita aos participantes uma grande quantidade de interações simultâneas. Além dos desafios tecnológicos e conceptuais que abrangem desde a implementação de espaços públicos interativos de codesign até a definição de tecnologias de interação adequadas, o processo de tomada de decisões surgiu

⁶¹¹ *Ibidem*.

⁶¹² Cfr. Renée A. IRVIN, John STANSBURY, *Citizen participation in decision making: is it worth the effort?*, in *Public Administration Review*, vol. 64, n.º 1, January/February 2004, pág. 61.

como uma questão nodal no curso do projeto, quando os procedimentos para formatação da plataforma digital foram esquematizados. Este estágio inicial recebeu a denominação “Minimal Viable Process (MVP)”. Ele descreve o processo completo desde seu início até o resultado apto a proporcionar um esquema de design válido. Compreende as características de participação e funções e aponta papéis para os *stakeholders* e participantes. Os Autores destacam que “[t]he MVP includes following key processes all of which imply aspects of decision making by one or multiple stakeholders: project initiation; co-briefing; co-designing, professional design; ranking voting; integration; approving; formal assessment”⁶¹³.

Com vistas à uma análise propositiva direcionada ao modo pelo qual o processo decisório pode ser realizado em circunstâncias onde ocorra envolvimento público massivo, os Autores propõem um novo mecanismo de gerenciamento, denominado “Super Moderator (SuperMo)”. Trata-se de uma pessoa ou um grupo de pessoas que gerenciam a plataforma, realizam a moderação entre grupos de *stakeholders* e asseguram um progresso constante do início ao fim⁶¹⁴.

As lições contidas na doutrina específica sobre esta temática possuem alguns expoentes. Cite-se, por exemplo, a sistematização proposta por David R. Anderson *et al.* Para o enfrentamento da questão concernente ao processo decisório em gestão, salientam que os estudiosos da área tentam se pautar por métodos lógicos, sistemáticos e analíticos. Neste diapasão, propõem a seguinte metodologia: “problem recognition; problem structuring and definition; modelling and analysis; solution and recommendations; implementation”⁶¹⁵.

Um outro modelo de referência bastante relevante descreve o processo de design como uma sucessão de fases divergentes e convergentes. Katja Tschimmel traz à baila algumas considerações acerca do “[t]he 4 D or Double Diamond Model of the British Council”. A Autora descreve o modelo como um simples diagrama que contém as fases

⁶¹³ Cfr. Benjamin STELZLE, Anja JANNACK, Jörg Rainer NOENNIG, *Co-design and co-decision: decision making on collaborative design platforms*, in *Procedia Computer Science*, n.º 112, 2017, pág. 2437. Os Autores descrevem detalhadamente cada uma das etapas mencionadas: “project initiation (decision whether a participation project is run or not); co-briefing (collecting and prioritizing design relevant information); co-designing (co-creating design alternatives and selecting favorites); professional design (creating design alternatives and selecting quality solutions); ranking voting (public assessment of selected solutions); integration (integrating public assessments and results from social media analysis); approving (gaining acceptance on the side of project owners/initiators); formal assessment (checking proposals against building codes and regulations)”.

⁶¹⁴ *Ibidem*.

⁶¹⁵ Cfr. David R. ANDERSON *et al.*, *An introduction to management science: quantitative approaches to decision making*, London, Cengage Learning, 2009, pág. 8.

divergentes e convergentes do processo de design desenvolvido pelo Conselho de Design em 2005. O diagrama é representado por duas figuras em formato de diamante para representar estas duas fases, originando a denominação “double diamond”. O modelo também é chamado “4 D” devido ao nome pelo qual cada fase foi definida: “Discover, Define, Develop and Deliver”. A primeira parte representa a porção divergente inicial do projeto, a “Discovery phase”, na qual os designers estão em busca de novas oportunidades, novos mercados, novas informações e tendências. A segunda parte, que completa o primeiro diamante, se refere ao “Definition stage”, um tipo de filtro onde as primeiras ideias são revisadas, selecionadas ou descartadas. A terceira parte representa o “Development stage”. Neste estágio, o projeto passa pela aprovação corporativa e financeira e ainda está na fase divergente. Na parte final, “Deliver stage”, ocorre a convergência e o conceito final é testado, aprovado, produzido e lançado⁶¹⁶.

Especificamente quanto ao processo decisório, Stelzle, Jannack e Noennig apontam os quatro tipos de decisões principais derivadas do “Minimal Viable Process (MVP)” que se aplicam a qualquer forma de trabalho de design, implícita ou explicitamente: “priorizing/ranking design information according to pre-set values; selecting/unselecting solutions according to pre-set criteria; value setting, or definition of decision-making criteria; stakeholder setting to define who contributes to the process”⁶¹⁷.

⁶¹⁶ Cfr. Katja TSCHIMMEL, *Design thinking as an effective toolkit for innovation*, in Proceedings of the XXIII ISPIM Conference. Action for Innovation: Innovating from experience, Barcelona, 2012, págs. 9-10. Para detalhamento acerca de cada uma das fases referidas, ver DESIGN COUNCIL, *Design Methods Step 1: Discover*, London, 2021, disponível em Design Methods Step 1: Discover | Design Council.

⁶¹⁷ Cfr. Benjamin STELZLE, Anja JANNACK, Jörg Rainer NOENNIG, *Co-design and co-decision: decision making on collaborative design platforms*, in *Procedia Computer Science*, n.º 112, 2017, pág. 2440. Cada tipo é descrito de modo pormenorizado pelos Autores: “Priorizing/Ranking: a key type of decisions in any design context is the assessment of the quantity and quality of information on which the design work will be based. Despite maximum information provides good basis for design work, the infinity of data of any surrounding context needs to be limited by some criteria. Only a shortlist of items can be taken into consideration. To establish such a set of constraints for design work, a prioritization of information according to project relevance is due; Solution Selection: a basic activity of design work is the selection of appropriate solutions from a range of alternatives. In order to narrow down the number of possibilities, generated in the convergent phases of a design process (e.g. by brainstorming, sketching, test modelling) insufficient alternatives must be excluded, and more proper ones singled out for further refinement. This process too is based on implicitly or explicitly defined fitness criteria; Criteria/Value Setting: [...] the ability to carry out ranking and selection rests upon the setting of key values and quality criteria for the project intended. [...] The value or criteria setting contains two steps: 1) different criteria have to be collected, 2) every criterion has to be weighted; Stakeholder Setting: a crucial aspect in co-design processes are the stakeholders in charge of the decision making, the contributors of values and judgements. Thus the definition of persons and groups who need to be involved in decision making is a key decision in itself which determines to large extent the level of participation, transparency and democracy of the entire process. Next to the definition of involvement, the definition of veto rights is important to avoid decisions in favor of impossible solutions”.

Sua adaptação para participação digital possui elementos direcionados primordialmente à definição de critérios, tanto em referência aos critérios em si, como às partes envolvidas e grupos de *stakeholders*. Os Autores salientam que “[i]n order to make co-creation a goal-oriented process, the criteria setting must take place before any design information is gathered or solutions are generated”. Além deste elemento, destacam que “[t]o create a meaningful digital process with a participants number >1000, it is very necessary to clearly outline the overall process as well as the basic criteria to prevent later disruption, and to facilitate a smooth procedure in general”. Para que o processo decisório seja realizado de modo adequado, “[i]t’s important [...] to juxtapose the different stages of the overall MVP (initiating, briefing, designing etc.) with the different stages of the double diamond (divergent ideation/convergent decision making) as implicated in most of the MPV stages”⁶¹⁸.

Impende proceder à análise cujo objetivo é demonstrar a possibilidade de adequação da adaptação supramencionada aos procedimentos ínsitos à contratação pública sob a perspectiva dos destinatários dos serviços públicos. Como corolário desta abordagem, alude-se à doutrina de Herbert A. Simon, como um dos estudiosos mais influentes em sede de estudos comportamentais em processos decisórios. O Autor apresenta conceitos teóricos de administração que possibilitaram adaptações na literatura sobre Administração Pública, especialmente quanto aos critérios de tomada de decisões por governos. Para Simon, “decision-making is the heart of administration, and [...] the vocabulary of administrative theory must be derived from the logic and psychology of human choice”⁶¹⁹.

Em sua abordagem referente aos estágios da tomada de decisões, aponta a seguinte divisão: “setting the agenda, representing the problem, finding alternatives, and selecting alternatives”. No entanto, faz a seguinte ressalva: “[t]here is nothing ‘linear’ about the decision process described here, nor any barrier to flexibility as new situations arise and new facts are discovered”⁶²⁰. Ao tecer comentários acerca dos estudos de Herbert A. Simon, Dolores Kuchina-Musina, John Charles Morris e Joshua Steinfeld apresentam um modelo que compreende três fases: “intelligence, design and choice”. A primeira fase se refere à identificação do problema e coleta de dados sobre este problema. A segunda fase está relacionada à elaboração de possíveis alternativas. A fase final é onde

⁶¹⁸ *Ibidem*, págs. 2440-2441.

⁶¹⁹ Cfr. Herbert A. SIMON, *Administrative behavior. A study of decision-making processes in administrative organizations*, 4.^a ed., New York, The Free Press, 1997, pág. xi.

⁶²⁰ *Ibidem*, pág. 127.

o tomador de decisões seleciona a melhor solução baseando-se nas alternativas disponibilizadas na fase anterior. Os Autores aduzem que “Simon’s application is directly correlated to effective goal-setting, which is generally used to increase efficiency and effectiveness in an organisation”⁶²¹.

Kuchina-Musina, Morris e Steinfeld correlacionam o modelo proposto por Simon à contratação pública federal dos Estados Unidos. Em referência às três maiores fases do “federal procurement”, a “intelligence phase” abarca o processo de planejamento. Já a “design phase” pertence ao processo de adjudicação. A fase final, “choice phase”, corresponde à seleção da proposta mais viável⁶²².

Os Autores baseiam suas conclusões nas observações de Simon. Os “drivers” de processos de tomada de decisões são ilustrações de como, nestes processos, a hierarquia meio-fim é impulsionada pelas atividades que são “differentiators” com base em metas estabelecidas pela organização. Como a teoria de Simon sugere, as atividades estão associadas a um meio. Este meio está associado a um subobjetivo e este subobjetivo apoia o objetivo principal da organização. Em aplicação ao processo de tomada de decisões isso é esperado porque o treinamento, as informações e os procedimentos são maneiras através das quais as organizações controlam comportamentos e promovem resultados consistentes de seus subordinados. A orientação estratégica indicada pela ligação entre a tomada de decisão em nível profissional e metas organizacionais surge como uma aplicação relevante em sede de contratação pública e sua gestão⁶²³.

Esta orientação estratégica pode ser implementada através de plataformas de processos decisórios digitais, como aventado alhures na descrição da ferramenta U_CODE. Tornou-se claro que o nível de participação em todas as etapas do processo depende do modo pelo qual os critérios e as responsabilidades inerentes às múltiplas fases

⁶²¹ Cfr. Dolores KUCHINA-MUSINA, John Charles MORRIS, Joshua STEINFELD, *Drivers and differentiators: a grounded theory study of procurement in public and private organisations*, in *Journal of Public Procurement*, vol. 20, n.º 3, 2020, pág. 268. Os Autores acrescentam: “[b]y having measurable goals, monitoring efforts can become more streamlined, thus avoiding unfavorable conditions in which monitoring behaviors become cumbersome. This results in trade-offs between meeting the standards of the monitoring requirements and providing satisfactory performance”.

⁶²² *Ibidem*, pág. 269. Em detalhes: “[b]oth processes apply goal setting as a remedy for challenges to decision and organisational alignment. As such, the procurement process can be categorized into Simon’s decision-making model. Consider the three major phases of federal procurement: intelligence, design and choice, the intelligence phase will include the planning process of the procurement because it relates to formulating the problem that calls for a decision. Next, the design phase pertains to the bidding process of procurement [...]. Lastly, the choice phase corresponds with the selection of the viable contractor to perform duties described in the contract. To ensure appropriate performance, government uses rules and regulations to monitor performance and hold contractors accountable”.

⁶²³ *Ibidem*, pág. 280.

da tomada de decisões são determinados. Fatores cruciais como o envolvimento de *stakeholders*, sua influência, regras sobre decisões etc. devem ser definidos de maneira responsável por um SuMo imparcial. Devido a uma série de fatores, no entanto, é possível que os cidadãos também se envolvam na configuração da ferramenta de tomada de decisões. Embora seja uma tarefa difícil de ser comunicada a uma audiência pública, pode maximizar o grau de transparência e participação. A participação de fácil comunicação pode ser possível na definição da influência, na seleção dos critérios e, sobretudo, em sua ponderação⁶²⁴.

Stelzle, Jannack e Noennig concluem sua análise acerca da ferramenta de tomada de decisões apresentada em sua investigação considerando-a como parte de uma plataforma digital de cocriação para design urbano. Esta ferramenta se refere a um problema contumaz nos processos de design participativo, especialmente em formato digital: como extrair de uma quantidade elevada de opiniões e votos uma decisão confiável sobre o caminho a ser seguido em um processo de codesign e quais soluções seguir. Desta forma, possibilita a tomada de decisões com um grande número de participantes e auxilia o facilitador dos processos de codesign (SuMo) em situações complexas advindas dos processos decisórios. Para que isto ocorra, o SuMo está equipado com um instrumento que define todos os fatores que influenciam a decisão de acordo com o nível de participação pretendido. Ademais, pode tomar decisões a respeito do progresso posterior de um projeto de codesign com segurança. Fundamentalmente, a definição dos fatores (como, por exemplo, definição do grau de influência, definição dos *stakeholders* que serão envolvidos etc.) pode se tornar em si um processo participativo, pois pode ser negociado com grupos de *stakeholders*, especialmente cidadãos⁶²⁵.

Pretende-se, portanto, analisar a possibilidade de concretizar a matriz comum idealizada por Fortunato Gambardella, já referida, concernente à nova regra do diálogo que coadune “partecipazione, contraddittorio e collaborazione”⁶²⁶, em consonância com sua acepção de nova administração, *in verbis*: “[s]e la partecipazione è un principio e al contempo un metodo, se il contraddittorio è uno strumento, la collaborazione è allora un obiettivo, oggi non prescindibile per un modello, da tempo auspicato, di nuova

⁶²⁴ Cfr. Benjamin STELZLE, Anja JANNACK, Jörg Rainer NOENNIG, *Co-design and co-decision: decision making on collaborative design platforms*, in *Procedia Computer Science*, n.º 112, 2017, pág. 2443.

⁶²⁵ *Ibidem*, págs. 2443-2444.

⁶²⁶ Cfr. Fortunato GAMBARDELLA, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2016, pág. 42.

amministrazione”⁶²⁷, cujos parâmetros se adequem aos balizamentos da participação digital. Proceder-se-á, inicialmente, à abordagem acerca da transparência, para adentrar nos aspectos referentes à participação através do monitoramento e instrumentos de colaboração, nos itens subsequentes.

1.1.A questão da transparência para uma efetiva participação

Sob a premissa de que o destinatário final deverá ocupar posição ativa nesta matriz comum, Jean-Bernard Auby traz a lume reflexões que enriquecem a visão democrática das leis administrativas na atualidade. À título exemplificativo, o Autor elenca alguns mecanismos “aimed at increasing the participation of private persons in administrative decision-making procedures, e.g., by using mechanisms akin to the US ‘notice and comment’ procedure; and those that place themselves between the mechanisms of pure representative democracy and access for citizens”⁶²⁸.

A disponibilização de dados através do respeito irrestrito à transparência torna-se fundamental neste contexto. De acordo com as considerações de Abby Semple, as Diretivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE contêm padrões de transparência mais altos do que as Diretivas anteriores: “[t]he Public Procurement Package sets higher transparency requirements regarding contract performance clauses than its 2004 predecessor, by requiring that full, free, online access to procurement documents is available from the date of publication of a notice”⁶²⁹.

Neste jaez, Steven L. Schooner elenca a transparência entre os três princípios mais abrangentes da contratação pública dos Estados Unidos, juntamente com a concorrência e a integridade. O Autor se refere a um sistema de transparência na contratação pública, cuja definição é a seguinte: “[b]y system transparency, we mean a system employs procedures by which offerors and contractors (and even the public at

⁶²⁷ *Ibidem*, pág. 46.

⁶²⁸ Cfr. Jean-Bernard AUBY, *The transformation of the Administrative State and Administrative Law*, in Armin von BOGDANDY, Peter M. HUBER, Sabino CASSESE (eds.), *The Administrative State*, vol. 1, Oxford University Press, Oxford, 2017, pág. 626. O Autor ainda elenca “the very open consultation procedures and investigations, i.e., patterns of interest representation in which private groups with interests or particular expertise are associated to the making of administrative decisions”.

⁶²⁹ Cfr. Abby SEMPLE, *Living wages in public contracts: impact of the RegioPost judgment and the proposed revisions to the Posted Workers Directive*, in Albert SÁNCHEZ-GRAELLS (ed.), *Smart public procurement and labour standards*, Hart Publishing, Oxford, 2018, pág. 81. A Autora acrescenta: “and by requiring that contract review must be clear, precise and unequivocal in order to justify modifications after contract award”.

large) ensure that government business is conducted in an impartial and open manner”⁶³⁰. Neste sentido, Sue Arrowsmith aponta as características de um processo de contratação pública transparente: “[i]t is [...] accepted as a feature of transparent procurement that both (i) the rules to be applied in conducting procurements and (ii) information on specific procurement opportunities are made clearly known to affected parties”. A Autora esclarece que a transparência é empregada em apoio a diferentes objetivos da contratação pública em sistemas domésticos e internacionais, aduzindo que “one of its main effects can be to ensure that procurement decisions are based only on considerations regarded as ‘legitimate’ within the system”⁶³¹.

Jody Freeman discorre acerca do papel dos atores privados na governança pública nos procedimentos administrativos dos Estados Unidos: “[n]umerous laws designed to ensure transparency, rationality, and accountability in decision making, including the Administrative Procedure Act (APA) and the Freedom of Information Act, apply to agencies, and not to private actors”⁶³². A este respeito, Steven L. Schooner observa que a transparência frequentemente é considerada antiética para o que é percebido como prática comercial. No entanto, o Autor é peremptório ao afirmar que “to the extent that the public’s funds are being spent, we believe that maintaining transparency is worthwhile. Further, transparency helps ensure integrity which, in turn, promotes competition”⁶³³.

Schooner também tece importantes considerações sobre a questão da diminuição de monitoramento e, em contraposição, a necessidade de abordar ferramentas alternativas nesta seara. Nesta contextualização, discorre acerca do monitoramento realizado por terceiros em sede de “protest regime”. Abre-se parênteses para elucidação desta temática. Consoante esclarecimentos de Ralph C. Nash, Jr., Steve L. Schooner e Karen R. O’Brien,

⁶³⁰ Cfr. Steven L. SCHOONER, *Desiderata: objectives for a system of government contract law*, in *Public Procurement Law Review*, vol. 11, 2002, pág. 108.

⁶³¹ Cfr. Sue ARROWSMITH, *Towards a multilateral agreement on transparency in government procurement*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, n.º 4, October 1998, pág. 796. A Autora ainda esclarece que “transparency supports the goals of procurement systems by encouraging and facilitating participation by suppliers. Publicity for procurement opportunities, the application of clear and accessible rules, and the assurance that these rules will be adhered to all mean that suppliers are more willing and able to bid. There is less risk that their participation will prove wasteful, either because decisions are in fact taken according to irrelevant and unexpected criteria [...], or simply because the rules of the game are not clear”. *Ibidem*, pág. 797.

⁶³² Cfr. Jody FREEMAN, *The private role in the public governance*, in *New York University Law Review*, vol. 75, n.º 3, June 2000, págs. 586-587.

⁶³³ Steven L. SCHOONER, *Desiderata: objectives for a system of government contract law*, in *Public Procurement Law Review*, vol. 11, 2002, pág. 112.

“protest [is] an objection, submitted by an interested party in writing, protesting an agency solicitation for offers, the cancellation of a solicitation, or the award or proposed award of a contract”⁶³⁴. Schooner observa que em um regime de protestos robusto, a perspectiva de um protesto estimula o comportamento contrário, fazendo com que muitos cumpram mais fielmente as leis e regulações pertinentes. Uma ampla gama de protestos produz precedentes que interpretam a evolução das disposições contidas nos processos adjudicatórios e cláusulas contratuais e esclarece as práticas adequadas de contratação pública. Por sua vez, estes precedentes aumentam a confiança, a qual reduz os custos para os setores público e privado e aumentam a eficiência sistêmica. Portanto, para o Autor, “[b]y enhancing compliance and generating precedent, protest activity increases the system’s transparency. Protests also enhance competition by giving potential offerors confidence in the level nature of the playing field”⁶³⁵.

Ademais, Schooner aponta um relevante elemento para a maximização da transparência, concorrência e eficiência: a uniformidade. Neste sentido, “[a] uniform procurement system suggests that all government instrumentalities buy the same way, following the same laws, rules, and practices. Such a system is efficient because sellers do not need to learn new rules in order to do business with different agencies”⁶³⁶.

A questão do monitoramento através do controle também é analisada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Assevera que o princípio da transparência é o meio pelo qual os princípios da impessoalidade e da participação se realizam, “na medida em que permite a efetiva aplicação dos dois tipos de controle da Administração Pública: *estatais*, efetuados por si própria e pelos demais Poderes, e *sociais*, pelos cidadãos e pelas entidades da sociedade civil”⁶³⁷.

⁶³⁴ Cfr. Ralph C. NASH, Jr., Steve L. SCHOONER, Karen R. O’BRIEN, *The government contracts reference book*, 2.^a ed., Washington, D.C., Government Contract Program, George Washington University, 1998, pág. 423.

⁶³⁵ Cfr. Steven L. SCHOONER, *Fear of oversight: the fundamental failure of businesslike government*, in *American University Law Review*, vol. 50, n.º 3, February 2001, pág. 693.

⁶³⁶ Cfr. Steven L. SCHOONER, *Desiderata: objectives for a system of government contract law*, in *Public Procurement Law Review*, vol. 11, 2002, pág. 118.

⁶³⁷ Cfr. Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, *Mutações do direito administrativo*, 2.^a ed. atual. e ampl., Rio de Janeiro, Renovar, 2001, pág. 25. O Autor aponta as desvantagens dos controles estatais em contraposição às vantagens do controle social. Quanto às desvantagens dos controles estatais, “estão longe de serem suficientes para garantir uma reta administração pública; primeiro porque eles também tendem a se burocratizar, segundo, por se mostrarem pouco eficientes e, terceiro, por se tornarem cada vez mais dispendiosos”. As vantagens dos controles sociais são as seguintes: “sempre que abertos através de instrumentos *participativos*, ganham popularidade, passam a ser empenhadamente exercitados, sendo, em geral, bastante eficientes, pois multiplicam o número de fiscais sem ônus para os contribuintes, e têm ponderável efeito pedagógico, no sentido de desenvolver um sadio espírito cívico” (grifos do Autor).

A transparência na União Europeia é objeto de análise de Sophie van Bijsterveld, sob o espectro de seu papel constitucional como parâmetro para o processo decisório moderno. Considera que três fatores modificaram a suposição de que o Estado nacional é o único responsável pelo processo decisório. O primeiro se refere à internacionalização do processo de tomada de decisões públicas. O segundo diz respeito ao reconhecimento dos limites do poder de direção do Estado e dos limites da possibilidade de moldar a sociedade através da lei. Este reconhecimento proporcionou uma transferência maciça de tarefas para agências e outras instituições públicas, assim como para estruturas híbridas e para o setor privado. O terceiro fator não é totalmente explícito como os descritos. Embora a legislação, a Administração Pública e as decisões judiciais se desenvolvem como sempre ocorreu, a realidade por trás desses fenômenos tornou-se completamente diferente do que sugere o direito constitucional clássico. Como resultado, as garantias do constitucionalismo clássico, ou seja, os mecanismos da democracia e do Estado de direito são insuficientes quando se trata de lidar com essas novas realidades⁶³⁸.

Para a Autora, o processo de tomada de decisões públicas ainda ocorre consoante parâmetros clássicos de direito constitucional. Todavia, com a participação da sociedade civil, organizações não governamentais e setor privado, as expressões tradicionais de democracia liberal já não são mais adequadas para assegurar os valores básicos dos sistemas constitucionais europeus. Nesta nova realidade, Bijsterveld é enfática ao afirmar que “[t]hese traditional expressions, therefore, need to be newly defined. It is especially in these fields that transparency comes in. Analysis shows that transparency not only fulfils a crucial role in these fields, but also actually features as a standard against which the legitimacy of the creation of actions, policies, and law needs to be measured”⁶³⁹.

Investigações realizadas através do projeto *Integrity Pacts – Civil Control Mechanism for Safeguarding EU Funds, Phase 2*, com financiamento da Comissão Europeia, revelam que os Estados-Membros concordaram quanto ao montante orçamentário no valor de €1.8 trilhões para o período 2021-2027. Ao longo dos próximos anos, os governos nacionais irão investir grande parte deste montante em projetos de contratação pública. Urge complementar meios de controle existentes com medidas de fiscalização abertas e em caráter participativo. Os assim denominados *Integrity Pacts* oferecem uma oportunidade plausível para que autoridades da União Europeia colaborem

⁶³⁸ Cfr. Sophie van BIJSTERVELD, *A crucial link shaping the new social contract between the citizen and the EU*, in P. J. STOLK *et al.* ed., *Transparency in Europe II*, The Hague, Ministry of the Interior and Kingdom Relations, 2005, pág. 25.

⁶³⁹ *Ibidem*, pág. 26.

com a sociedade civil e proporcionem maior transparência e prestação de contas na contratação pública⁶⁴⁰.

Insta trazer à baila algumas considerações atinentes à presente temática. Diogo de Figueiredo Moreira Neto apresenta as formas de participação realizadas através da consensualidade: “[e]xpandem-se e diversificam-se [...] as formas *coordenadas* de atuação consensual, tanto pela via da *cooperação*, que se processa entre entes públicos, como da *colaboração*, que se dá entre entes públicos e particulares”. O Autor aponta os tipos de atuação consensual nesta seara: “*contratos e acordos*, espécies do gênero *pacto*, sendo que ganham cada vez mais aceitação os *acordos de programa*, atos complexos destinados a aplicar negocialmente as competências de entidades públicas e as competências delegadas para alcançar uma finalidade comum a todos os participantes”⁶⁴¹.

Na esteira de suas considerações, é possível afirmar que o *Integrity Pact* é um mecanismo apto a se consagrar como uma forma coordenada de atuação consensual, à medida que, através de um acordo público, as partes envolvidas dos setores público e privado agem sob os parâmetros legais em prol do interesse público. O mecanismo independente sob a égide da sociedade civil é a expressão fulcral do papel dos cidadãos quanto ao aperfeiçoamento da transparência e da prestação de contas.

A implementação dos *Integrity Pacts* tem demonstrado que estes mecanismos são capazes de proporcionar uma estrutura flexível para autoridades se engajarem com a sociedade civil, setor privado e cidadãos. Os resultados dos projetos pilotos estão relacionados em cinco grupos. O primeiro se refere ao aperfeiçoamento do design contratual e da documentação que permite melhores resultados. O segundo abarca procedimentos contratuais hígidos e robustos. O terceiro diz respeito à prevenção de influência indevida e tentativas de corrupção. O quarto tem por finalidade aperfeiçoar a confiança através da aproximação entre o projeto a ser contratado e seus beneficiários e

⁶⁴⁰ Cfr. TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Safeguarding EU-funded investments with Integrity Pacts. A decision-maker's guide to collaborative public contracting monitoring*, Berlin, 2021, disponível em Safeguarding EU-funded investments with Integrity... - Transparency.org, pág. 3. Cumpre trazer a lume a definição de “Integrity Pact”: “[a]n Integrity Pact is a mechanism for a public entity or a group of entities to collaborate with civil society to ensure that authorities and bidders act within the constraints set out by law, address corruption risks and foster public trust in a given contracting project. Through a public agreement, the parties involved commit to refrain from any corrupt behaviour and to enhance transparency and accountability throughout the process. An independent mechanism led by civil society to monitor compliance is therefore embedded in the agreement”. *Ibidem*, pág. 5.

⁶⁴¹ Cfr. Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, *Mutações do direito administrativo*, 2.^a ed. atual. e ampl., Rio de Janeiro, Renovar, 2001, pág. 27 (grifos do Autor).

o quinto possibilita a abertura de novas oportunidades para aperfeiçoar as políticas de contratação e regulação⁶⁴².

Carol Cravero analisa a questão do papel da sociedade civil na contratação pública. Para a Autora, os Estados podem ser considerados como provedores da estrutura de serviços para a sociedade. A sociedade civil está claramente atenta à qualidade dos serviços prestados, inclusive quanto à sua sustentabilidade. No entanto, destaca que a “civil society is traditionally not involved in contract planning or implementation, the State only being competent with reference to the former, and the State and the contractor being concerned with the latter”⁶⁴³.

Com o propósito de definir sociedade civil, Cravero aponta dois elementos fulcrais. O primeiro baseia-se na credibilidade, que se apresenta *pari passu* com o respeito aos “good governance criteria such as transparency, accountability and legitimacy, the lack of which clearly creates a reputational risk affecting the perception of civil society’s organisations”. O segundo se refere à representatividade: “[i]f they are insufficiently representative, their participation in both policy formulation and policy delivering risks to be meaningfulness or, worst, to produce a distortive effect as to the reality they are likely to represent”⁶⁴⁴.

Sobre a temática da representatividade, convém assinalar algumas observações elaboradas por Daniela Obradovic e Jose M. Alonso Vizcaino ao analisarem a participação de grupos de interesse em consultas da União Europeia. Os Autores aduzem que a Comissão Europeia suplementa a representatividade com dois requisitos adicionais: “accountability and transparency. They are understood as meaning that associations are able to participate effectively and constructively in the opinion-forming and decision-making processes through the provision of appropriate organisational structures and expertise”⁶⁴⁵.

Nesta contextualização, Carol Cravero indaga a respeito da possibilidade do envolvimento da sociedade civil na contratação pública. Considera que é necessário

⁶⁴² Cfr. TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Safeguarding EU-funded investments with Integrity Pacts. A decision-maker’s guide to collaborative public contracting monitoring*, Berlin, 2021, disponível em *Safeguarding EU-funded investments with Integrity...* - Transparency.org, pág. 7.

⁶⁴³ Cfr. Carol CRAVERO, *Rethinking the role of civil society in public procurement*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)*, vol. 14, n.º 1, 2019, pág. 31.

⁶⁴⁴ *Ibidem*, págs. 32-33.

⁶⁴⁵ Cfr. Daniela OBRADOVIC, Jose M. Alonso VIZCAINO, *Good governance requirements for the participation of interest groups in EU consultation*, in Heiko PLEINES (ed.), *Participation of civil society in new modes of governance. The case of the new EU Member States. Part 3: involvement at the EU level*, n.º 76, September 2006, disponível em *Participation of Civil Society in New Modes of Governance. The Case of the New EU Member States (ethz.ch)*, pág. 36.

conduzir duas análises: “first and foremost, determining the purposes that civil society might pursue, and secondly the procurement stages in which it could be involved. As to the first, civil society’s role has been often confined to enhancing transparency and integrity”. A Autora destaca, em contrapartida, que quanto à segunda análise, o papel da sociedade civil na contratação pública tem sido geralmente negligenciado: “[m]ore specifically [...], civil society is usually not involved in contract planning or implementation [...]. The State is usually competent with reference to the former, and the State and the contractor are concerned with the latter”⁶⁴⁶.

Neste sentido, os resultados do primeiro grupo de projetos pilotos de *Integrity Pacts*, que se referem ao aperfeiçoamento do design contratual e da documentação que permite melhores resultados, proporcionaram soluções adequadas à questão supramencionada: “[d]uring the planning and tendering stages, monitors provided feedback to contracting authorities which allowed them to uphold public contracting rules and improve conditions to promote fairness and increase competition”. Em relação ao segundo grupo, sobre procedimentos contratuais hígidos e robustos, “[c]ontracting experts in monitoring teams provided opinions and recommendations to uphold regulations and prevent breaches of law, reducing the chances of legal challenges”⁶⁴⁷. A este respeito, Carol Cravero sublinha um aspecto relevante. As fases de contratação pública até a adjudicação são normalmente reguladas pelo direito público, enquanto a implementação do contrato tem uma base significativa de direito privado. Portanto, “[t]his different nature, which may vary from legal framework to another, plays an important role in defining the civil society as a (more or less) interested party to a public action/process or as a third party to a contract. This obviously impacts on the degree of its involvement”⁶⁴⁸.

Javier Miranzo Díaz aborda um aspecto importante da transparência em cotejo com a publicidade: “[t]ransparency should be [...] dissociated from publicity. Whilst the later refers to the ceremonial act of disclosing information, transparency denotes the actual comprehension of the reasons, motivations, and processes that lead the contracting

⁶⁴⁶ Cfr. Carol CRAVERO, *Rethinking the role of civil society in public procurement*, in European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL), vol. 14, n.º 1, 2019, pág. 33.

⁶⁴⁷ Cfr. TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Safeguarding EU-funded investments with Integrity Pacts. A decision-maker’s guide to collaborative public contracting monitoring*, Berlin, 2021, disponível em Safeguarding EU-funded investments with Integrity... - Transparency.org, pág. 7.

⁶⁴⁸ Cfr. Carol CRAVERO, *Rethinking the role of civil society in public procurement*, in European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL), vol. 14, n.º 1, 2019, págs. 33-34.

authority to take one decision instead of another”⁶⁴⁹. Este aspecto está relacionado ao terceiro grupo, atinente à prevenção de influência indevida e tentativas de corrupção, à medida que “[m]onitors enhanced the contracting authorities’ capacities to detect conflicts of interests, and proposed mechanisms to manage them and to prevent undue influence”⁶⁵⁰.

Carol Cravero descreve o que ocorre quanto à etapa de decisão orçamentária e suas fontes. Nesta fase, que geralmente é uma decisão não disponibilizada ao público, ocorrerão impactos quanto ao envolvimento da sociedade civil nas próximas etapas. Destarte, mesmo que a sociedade civil pudesse se envolver com sucesso na fase adjudicatória, “some experiences have shown that its role seems to be generally confined to the downstream stage, i.e. monitoring of the contract performance”⁶⁵¹.

Suas observações têm consequências atinentes aos grupos quarto e quinto. O quarto, que tem por finalidade aperfeiçoar a confiança através da aproximação entre o projeto a ser contratado e seus beneficiários, abarca especificamente o mecanismo de monitoramento: “[t]he monitoring mechanism provided communities with independent third-party observers, who regularly informed the public through dedicated websites, reports and community engagement work”. Já o quinto possibilita a abertura de novas oportunidades para aperfeiçoar as políticas de contratação e regulação “working closely with the authorities, monitors documented shortcomings in policy and regulation affecting public contracting”⁶⁵².

Neste cenário, faz-se necessário adentrar na temática concernente ao modo pelo qual a sociedade civil pode se envolver na contratação pública. Cumpre ressaltar, conforme adverte Cravero, que “the extent to which participation may be introduced in

⁶⁴⁹ Cfr. Javier Miranzo DÍAZ, *A taxonomy of corruption in EU public procurement*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)*, vol. 12, n.º 4, 2017, pág. 389.

⁶⁵⁰ Cfr. TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Safeguarding EU-funded investments with Integrity Pacts. A decision-maker’s guide to collaborative public contracting monitoring*, Berlin, 2021, disponível em *Safeguarding EU-funded investments with Integrity... - Transparency.org*, pág. 7.

⁶⁵¹ Cfr. Carol CRAVERO, *Rethinking the role of civil society in public procurement*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)*, vol. 14, n.º 1, 2019, pág. 34.

⁶⁵² Cfr. TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Safeguarding EU-funded investments with Integrity Pacts. A decision-maker’s guide to collaborative public contracting monitoring*, Berlin, 2021, disponível em *Safeguarding EU-funded investments with Integrity... - Transparency.org*, pág. 7. Em complementação: “[t]hrough their reports, these issues were presented and explained to the public, making the case for reform. Being public, monitoring reports can also inform future legal discussions and provide guidance to policymakers and legislators for improving associated laws and directives”.

the various procurement stages is a very controversial issue”. Em face da complexidade da presente temática, sua abordagem específica ocorrerá no item subsequente⁶⁵³.

1.2. A participação através do monitoramento

Preliminarmente, cabem algumas considerações sobre os princípios da subsidiariedade e da participação política, orientadores desta temática. Consoante os ensinamentos de André Ramos Tavares, o princípio da subsidiariedade, “quando aplicado no campo federativo, significa, basicamente, que somente na hipótese de o nível mais individual não poder realizar a tarefa é que esta há de ser transposta para um nível de agrupamento superior”⁶⁵⁴.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto classifica o princípio em questão como princípio político, juntamente com o princípio da participação política, apontando-os como “as derivações *políticas* mais relevantes da legitimidade e da eficiência”. Moreira Neto esclarece que “[a] subsidiariedade escalona atribuições em função da complexidade do atendimento dos interesses da sociedade”. Destarte, estabelece quatro divisões em face desta complexidade de atendimento. A primeira se refere aos indivíduos, a segunda aos grupos sociais menores, a terceira aos grupos sociais maiores e a quarta à sociedade civil. A atuação de cada um aumenta em face da maior abrangência de suas decisões. O Autor destaca, neste contexto, o modo pelo qual se deve proceder em ocasiões nas quais algumas demandas não possam ser atendidas pelas comunidades. Nestes casos, “deverão ser cometidas às *organizações políticas*, que atuarão, portanto, subsidiariamente à sociedade”⁶⁵⁵.

⁶⁵³ Cfr. Carol CRAVERO, *Rethinking the role of civil society in public procurement*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)*, vol. 14, n.º 1, 2019, pág. 34.

⁶⁵⁴ Cfr. André Ramos TAVARES, *Curso de direito constitucional*, 18.ª ed., São Paulo, Saraiva Educação, 2020, pág. 1070. O Autor acrescenta: “[é] a doutrina expressa na Encíclica *Centesimus Annus*, de 1991, ao estabelecer que uma sociedade de ordem superior não deve interferir na vida interna de uma sociedade de ordem inferior, privando-a de suas competências, devendo, antes, apoiá-la. Trata-se de princípio expresso no Tratado de Maastricht, de 1992, em seu art. 3.º. Também presente na Constituição alemã, de 1949, em seu art. 23, com a redação de 1990”.

⁶⁵⁵ Cfr. Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, *Mutações do direito administrativo*, 2.ª ed. atual. e ampl., Rio de Janeiro, Renovar, 2001, págs. 19-20 (grifos do Autor). O Autor adverte, no entanto, que “estará sempre proscrita a ingerência de uma esfera superior sobre a inferior, pois a definição de subsidiariedade daquela sobre esta jamais deve levar à minimização, destruição ou absorção dos entes menores, por serem os mais próximos dos indivíduos e terem, assim, melhores condições de conhecerem e de atenderem a suas necessidades fundamentais. Ao revés, a mais importante ação do ente maior em relação aos menores é a ação estimuladora para criar condições de *coordenação*, por *cooperação*, ou por *colaboração*, para que todos eles, estatais e não-estatais, se desenvolvam em parceria e em sua plenitude”. *Ibidem*, pág. 21 (grifos do Autor).

José Carlos Vieira de Andrade, ao analisar as questões acerca do modelo constitucional de organização da Administração Pública portuguesa, assinala que o “princípio da subsidiariedade significará que a promoção dos interesses das comunidades mais pequenas [...], relativamente à comunidade nacional [...], cabe, em princípio, aos órgãos próprios das autarquias ou das Regiões – um princípio, cuja densidade normativa se manifesta sobretudo nas áreas de sobreposição entre interesses”⁶⁵⁶.

Em relação ao princípio da participação política, Moreira Neto aduz que “está diretamente referido à expansão da consciência social e ao natural anseio de influir de algum modo nas decisões de poder que repercutirão sobre as pessoas interessadas”. O Autor apresenta seu principal objetivo ao esclarecer que “o que se pretende [...] é aproximar o administrado de todas as discussões e, se possível, das decisões em que seus interesses estejam diretamente envolvidos, multiplicando, paulatinamente, os instrumentos de *participação administrativa*”⁶⁵⁷.

Como pré-requisito à abordagem da participação através do monitoramento, Carol Cravero analisa a questão do grau de envolvimento da sociedade civil, “going from a possible high-level to a low-level (or even a lack of) engagement, on the basis of three main pillars, namely communication, consultation and participation”. A Autora traz à baila as seguintes observações: “[c]ommunication is the crucial first step and links very closely to the principle of transparency”. Quanto à consulta, pode ser limitada a alguns aspectos ou não ocorrer. Pode também, pelo contrário, contribuir para que “civil society’s inputs can be actively sought and feedbacks used”. Já quanto à participação direta, pode ser considerada como o modo mais relevante de envolvimento, ocorrendo, *e.g.* “in (participating in) defining sustainability or integrity specifications and criteria, or in monitoring the contract performance”⁶⁵⁸.

⁶⁵⁶ Cfr. José Carlos Vieira de ANDRADE, *Lições de direito administrativo*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 5.ª ed., 2017, pág. 109. O Autor complementa, observando que “[n]as matérias de *sobreposição* de atribuições e competências governamentais (nacionais e insulares) com atribuições e competências autárquicas [...], a prevalência deve ser avaliada em cada tipo de situações, em função das *normas de competência*, interpretadas no contexto do sistema constitucional, tendo em conta que os princípios da *subsidiariedade*, da *autonomia local* e da *descentralização democrática da Administração Pública* (artigo 6.º da Constituição) limitam o princípio da *prevalência do interesse nacional* – devendo privilegiar-se os princípios de *cooperação* e de *coordenação* de interesses nacionais e locais contra uma concepção ‘estatista’ e centralizadora da administração pública”. *Ibidem*, pág. 155 (grifos do Autor).

⁶⁵⁷ Cfr. Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, *Mutações do direito administrativo*, 2.ª ed. atual. e ampl., Rio de Janeiro, Renovar, 2001, págs. 21-22 (grifos do Autor).

⁶⁵⁸ Cfr. Carol CRAVERO, *Rethinking the role of civil society in public procurement, in European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)*, vol. 14, n.º 1, 2019, pág. 34.

Albert Sanchez-Graells discorre sobre as dificuldades relacionadas ao equilíbrio entre transparência e concorrência. Suas observações são pertinentes quanto ao presente tópico por se referirem às questões atinentes ao monitoramento. Ao abordar o cenário de facilitação da comunicação entre concorrentes no processo adjudicatório devido ao aumento significativo da transparência em consonância com a regulação da contratação pública, o Autor destaca as recomendações da OCDE para que as autoridades evitem divulgar informações que podem ser utilizadas por fornecedores interessados em distorcer a concorrência⁶⁵⁹.

A partir destas considerações, Sanchez-Graells conclui que as principais restrições à adoção de um sistema equilibrado, apto a promover a concorrência, deriva de considerações ligadas à abordagem atual sobre “the oversight of public procurement decisions through litigation initiated by disappointed contractors, as well as by the hope that the general public will take an interest in *monitoring public expenditure*”⁶⁶⁰.

Uma iniciativa conjunta entre a OCDE e a União Europeia denominada SIGMA (*Support for Improvement in Governance and Management*) em apoio à contratação pública disponibilizou um relatório a respeito de seu monitoramento, que “comprises each and any systematic observation of the public procurement system conducted in a coherent way in order to assess how this system functions and develops over time and to establish whether the desired (targeted) state defined by policy makers has been achieved”⁶⁶¹.

O relatório apresenta os atores aptos para o estabelecimento de ferramentas e mecanismos de monitoramento, além do poder público: “for instance, the national parliament, civil society, organisations, and the business sector. The initiative to create monitoring tools and mechanisms may also be taken by academics in public procurement issues”⁶⁶².

⁶⁵⁹ Cfr. Albert SANCHEZ-GRAELLS, *Transparency and competition in public procurement. A comparative view on their difficult balance*, in Kirsi Maria HALONEN, Roberto CARANTA, Albert SANCHEZ-GRAELLS (eds.), *Transparency in EU procurements: disclosure within public procurement and during contract execution*, London, Edward Elgar Publishing, 2019, págs. 34-35.

⁶⁶⁰ *Ibidem*, págs. 55-56 (grifo nosso).

⁶⁶¹ Cfr. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), *SIGMA Public procurement briefs. Monitoring of public procurement*, Brief 27, 2013, disponível em OECD iLibrary | Monitoring of Public Procurement (oecd-ilibrary.org), pág. 2. Cabe assinalar uma importante distinção apresentada: “[a] distinction should be made between the concept of *monitoring* as it is defined above and the methods and proceedings applied in order to detect and remedy infringements of public procurement rules (auditing, inspections, checking of compliance). Although detecting and combating infringements of public procurement rules (by means of a *compliance assessment*) is instrumental in achieving goals set for public procurement, monitoring is a much wider concept that is not limited to the assessment of legal compliance” (grifos no original).

⁶⁶² *Ibidem*, pág. 3.

Organizações como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) são de fundamental relevância neste jaez. Esta organização possui um instrumento internacional (*Methodology for Assessing Procuring Systems – MAPS*) que é utilizado para promover garantia de qualidade, entre outros objetivos. Para Christopher R. Yukins e Gabriella M. Racca MAPS foi originalmente direcionada para a proteção de fundos. Estes recursos são provenientes de países que doam para a organização e são empregados em países em desenvolvimento. Servem para proteger quanto aos riscos potenciais causados pelo sistema de contratação pública destes países. Na atualidade, “MAPS has, in fact, evolved into a quality-assurance tool for a more ‘innovative’ procurement system in non-OECD countries”⁶⁶³.

Lena Diesing e Paulo Magina analisam este instrumento de modo bastante abrangente. Esclarecem que esta metodologia foi elaborada para possibilitar que um país, independentemente de possuir parceiros externos, conduza uma avaliação de seu sistema de contratação pública para determinar pontos fortes e fracos. Neste sentido, “[t]he assessment provides the country (and interested stakeholders) with information they can use to monitor the performance of the system and the success of the reform initiatives in improving it”⁶⁶⁴.

Os quatro pilares do sistema de indicadores da metodologia MAPS são os seguintes: “i) the existing legal and policy framework regulating procurement in the country; ii) the institutional framework and management capacity; iii) the operation of the system and competitiveness of the national market; and iv) the accountability, integrity and transparency of the procurement system”⁶⁶⁵.

Carol Cravero adverte que, anteriormente a esta última revisão datada de 2018, a revisão realizada em 2016 relegava o papel da sociedade civil à promoção de “transparency and integrity principles through the consideration of different (more or less strong) forms of involvement, such as the participation to information seminars and training programs, including integrity training programs [...], and the action as part of the

⁶⁶³ Cfr. Christopher R. YUKINS, Gabriella M. RACCA, *Introduction: the promise and perils of innovation in cross-border procurement*, in Gabriella M. RACCA, Christopher R. YUKINS (eds.), *Joint public procurement and innovation: lessons across borders*, Brussels, Bruylant, 2019, pág. 11.

⁶⁶⁴ Cfr. Lena DIESING, Paulo MAGINA, *Innovation in evaluation of public procurement systems*, in Gabriella M. RACCA, Christopher R. YUKINS (eds.), *Joint public procurement and innovation: lessons across borders*, Brussels, Bruylant, 2019, págs. 350-351.

⁶⁶⁵ Cfr. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), *MAPS - Methodology for Assessing Procuring Systems*, 2018, disponível em [Methodology - MAPS \(mapsinitiative.org\)](http://Methodology-MAPS.mapsinitiative.org), pág. 6. Em complementação, “[e]ach pillar has a number of indicators and sub-indicators to assess. The indicator system has a total of 14 indicators and 55 sub-indicators, which, taken together, present the criteria for a snapshot comparison of the system against the stated principles”.

control system”⁶⁶⁶. Em relação ao envolvimento da sociedade civil na atual revisão, Cravero pondera que ainda tem foco nos objetivos referentes à integridade e à transparência, “whereas only the new specific SPP supplementary module [...] recognises the role of the civil society in fostering not only integrity [...] but also sustainability in public procurement”⁶⁶⁷.

Proceder-se-á, em seguida, à enumeração das ocasiões nas quais a metodologia MAPS possibilita um monitoramento efetivo da sociedade civil. Primeiramente, em referência ao sub-indicador 1(g), “[i]n cases in which the law prescribes public opening of tenders, bidders or their representatives should be permitted to attend, as well as others with a legitimate interest in the outcome (e.g. representatives of civil society organisations”⁶⁶⁸. Neste diapasão, Cravero esclarece que este sub-indicador inspirou-se na revisão anterior. Ademais, “[t]his requires specific civil society’s capacities to develop through specific training programmes as per indicator 11(a)”⁶⁶⁹. Este sub-indicador está relacionado a um ambiente apto a proporcionar consulta pública e monitoramento, especificamente nestes termos: “i) whether a transparent and consultative process is followed when changes are formulated [...]; ii) whether programmes are in place to build the capacity of civil society organisations to support participatory public procurement, and iii) whether effective feedback and redress mechanisms are in place [...]”⁶⁷⁰.

Lena Diesing e Paulo Magina apontam o indicador 10 como significativo para a presente temática, pois contém aspectos concernentes ao mercado e setores relevantes da contratação pública, assim como com relação ao setor privado, “such as the participation of civil society in consultative processes when formulating changes to the system, or measures that can improve access to the government marketplace by the private sector”⁶⁷¹. O sub-indicador 10(a), atinente ao diálogo e parcerias entre os setores público e privado, contém observação expressa quanto ao seu alinhamento com o indicador 11:

⁶⁶⁶ Cfr. Carol CRAVERO, *Rethinking the role of civil society in public procurement*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)*, vol. 14, n.º 1, 2019, pág. 36.

⁶⁶⁷ *Ibidem*, pág. 37.

⁶⁶⁸ Cfr. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), *MAPS - Methodology for Assessing Procuring Systems*, 2018, disponível em *Methodology - MAPS* (mapsinitiative.org), pág. 25.

⁶⁶⁹ Cfr. Carol CRAVERO, *Rethinking the role of civil society in public procurement*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)*, vol. 14, n.º 1, 2019, pág. 37.

⁶⁷⁰ Cfr. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), *MAPS - Methodology for Assessing Procuring Systems*, 2018, disponível em *Methodology - MAPS* (mapsinitiative.org), pág. 53.

⁶⁷¹ Cfr. Lena DIESING, Paulo MAGINA, *Innovation in evaluation of public procurement systems*, in Gabriella M. RACCA, Christopher R. YUKINS (eds.), *Joint public procurement and innovation: lessons across borders*, Brussels, Bruylant, 2019, pág. 365.

“[s]ub-indicator 10(a) is closely linked to indicator 11 (Disclosure of information and civil society engagement)⁶⁷².

Quanto à questão do gerenciamento do contrato na prática, o indicador 9(c) é de suma importância. O item (f) de seus critérios de avaliação se refere às oportunidades de envolvimento direto, *in verbis*: “[o]pportunities for direct involvement of relevant external stakeholders in public procurement are utilised”⁶⁷³. Neste contexto, Cravero recomenda a utilização de indicadores quantitativos de acordo com a “percentage of contracts with direct involvement of civil society; planning phase; bid/proposal opening; evaluation and contract award, as permitted; contract implementation”⁶⁷⁴, em referência aos critérios contidos no item (f), supramencionado.

Diesing e Magina discorrem a respeito do indicador 9, pertencente ao terceiro pilar: “[p]illar III goes beyond the original MAPS traditional approach by addressing the procurement operations and the functioning of the system in practice. It is a breakthrough pillar, closing the gap between qualitative and quantitative assessments, between compliance-based analysis and performance measurement indicators”⁶⁷⁵.

Finalmente, cumpre trazer à baila a relevância do indicador 14 que avalia se o país possui medidas éticas e de anticorrupção em implementação: “[t]his indicator [...] assesses whether the system strengthens openness and balances the interests of stakeholders and whether the private sector and civil society support the creation of a public procurement market known for its integrity”⁶⁷⁶. Cravero sublinha o seguinte a seu respeito: “[c]ivil society may play a pivotal role in *monitoring* ethics and anti-corruption measures that are in place in a certain national system”⁶⁷⁷. Todavia, a Autora expressa dúvidas a respeito do efetivo papel da sociedade civil nos sistemas de contratação pública, embora haja mais atenção a este respeito atualmente⁶⁷⁸.

⁶⁷² Cfr. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), *MAPS - Methodology for Assessing Procuring Systems*, 2018, disponível em [Methodology - MAPS \(mapsinitiative.org\)](http://Methodology - MAPS (mapsinitiative.org)), pág. 50.

⁶⁷³ *Ibidem*, pág. 49.

⁶⁷⁴ Cfr. Carol CRAVERO, *Rethinking the role of civil society in public procurement*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)*, vol. 14, n.º 1, 2019, pág. 37.

⁶⁷⁵ Cfr. Lena DIESING, Paulo MAGINA, *Innovation in evaluation of public procurement systems*, in Gabriella M. RACCA, Christopher R. YUKINS (eds.), *Joint public procurement and innovation: lessons across borders*, Brussels, Bruylant, 2019, pág. 364.

⁶⁷⁶ Cfr. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), *MAPS - Methodology for Assessing Procuring Systems*, 2018, disponível em [Methodology - MAPS \(mapsinitiative.org\)](http://Methodology - MAPS (mapsinitiative.org)), pág. 60.

⁶⁷⁷ Cfr. Carol CRAVERO, *Rethinking the role of civil society in public procurement*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)*, vol. 14, n.º 1, 2019, pág. 37 (grifo nosso).

⁶⁷⁸ *Ibidem*.

A temática respeitante ao engajamento cívico na contratação pública tem despertado a atenção de bancos de desenvolvimento multilateral (*multilateral development banks* – MDB), em especial do Banco Mundial. Este banco realizou um estudo abrangente sobre monitoramento na contratação pública no campo do engajamento cívico, a partir de estudos de casos na América Latina, África do Sul e leste da Ásia: 1. “Tracking Social Spending”, no México. A organização não governamental *Fundar* foi estabelecida como um grupo que monitora corrupção e o uso inapropriado de fundos, com ênfase específica em saúde; 2. “Civil Society Participation in Text Book Count”, nas Filipinas. A iniciativa de reforma da contratação pública realizada pelo governo possibilitou que a sociedade civil monitorasse processos de adjudicação; 3. “Integrity Pact in Greater Karachi’s Water Supply Scheme”, no Paquistão. O pacto de integridade foi implementado pela Transparência Internacional e objetivou o impedimento da adjudicação por meio de suborno ou outros meios ilegais; 4. “Program for Transparent Contracting”, na Argentina. A organização não governamental *Poder Ciudadano* trabalhou juntamente com o prefeito no município de Morón à época com vistas ao estabelecimento de um programa que combinou a utilização de audiências públicas com um pacto de integridade. Este programa concretizou o engajamento ativo dos cidadãos em cada etapa do processo de contratação pública; 5. “Making the Public Procurement System Work”, Filipinas. Houve o estabelecimento de dois elementos-chave para realizar a governança aberta: divulgação proativa de informações e padrões de desempenho e engajamento cívico institucionalizado; 6. “The OPEN System”, na Coreia do Sul. Ocorreu a criação de um portal na internet para dar maior transparência aos processos de governança; 7. “Tracking Government Service Delivery”, na África do Sul. Houve realização de investigações e monitoramento de aspectos relevantes da prestação de serviços públicos e desempenho governamental; 8. “Partnerships in Procurement Reform”, Filipinas. Ocorreu disponibilização de informações acerca de desperdício de recursos públicos e promoção do monitoramento da contratação pública através de participação da sociedade civil⁶⁷⁹.

Carol Cravero analisa os estudos de casos elencados asseverando que “achieving active citizen engagement at every step of the procurement process seems to need a combination of factors, such as – among others – transparency, the use of public hearings

⁶⁷⁹ Cfr. WORLD BANK, *Civic engagement in procurement: a review of eight international case studies*, Open Knowledge Repository, Washington, D.C, 2009, disponível em *Civic Engagement in Procurement : A Review of Eight International Case Studies* (worldbank.org), págs. 7-8.

and integrity pacts”. Devido à importância do pacto de integridade nesta contextualização, exemplifica com o estudo de caso referente à Argentina⁶⁸⁰.

A organização não governamental *Poder Ciudadano* utilizou audiências públicas e um pacto de integridade para a contratação de empresa responsável pela coleta de lixo no município de Morón. Ambos demonstraram que o processo foi capaz de economizar quantidade substancial de recursos públicos. Um benefício adicional se refere ao enorme interesse quanto à participação dos cidadãos e seu envolvimento. Os pontos de destaque foram, destarte, a economia, a transparência, o consenso, melhores serviços, maior controle, confiança e empoderamento⁶⁸¹.

Especificamente quanto ao pacto de integridade responsável por maior controle, Cravero esclarece que este instrumento geralmente prevê compromissos mútuos pactuados pelos atores do processo de contratação pública. Um terceiro ator, normalmente uma organização da sociedade civil, podendo ser, nestes casos, a própria Transparência Internacional, monitora o processo e os compromissos realizados⁶⁸².

Para que o monitoramento ocorra de maneira adequada é imprescindível que o acordo para elaboração de um pacto de integridade contenha as seguintes disposições: um compromisso público – uma declaração das partes envolvidas de que se comprometem a cumprir a lei e se abstêm de atos de corrupção permanentemente. Os concorrentes no processo de adjudicação também são incentivados a assinar e aderir a esse compromisso; mecanismo de monitoramento independente: um mecanismo controlado pela sociedade civil para monitorar o cumprimento dos compromissos e emitir recomendações para

⁶⁸⁰ Cfr. Carol CRAVERO, *Rethinking the role of civil society in public procurement*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)*, vol. 14, n.º 1, 2019, pág. 40.

⁶⁸¹ Cfr. WORLD BANK, *Civic engagement in procurement: a review of eight international case studies*, Open Knowledge Repository, Washington, D.C, 2009, disponível em *Civic Engagement in Procurement : A Review of Eight International Case Studies* (worldbank.org), pág. 30. Detalhadamente: “*Savings*: as a result of the public hearing, the bid documents were revised substantially. The terms of the contract were improved so that the cost to the municipality was reduced by 35 percent [...]. The Spanish company chosen offered better service for less money; *Transparency*: a forum was created whereby bidders, external experts, and the interested public all presented comments on or objections to the nature of the service required and the terms for the bidding as part of the decision-making process; *Consensus*: critical decisions about the service required and the bidding process – the need for an arbitrator, for example – were made by consensus; *Better service*: the involvement of citizens and external experts resulted in the changes described above, and in the extension of the tender documents to include environmental concerns, including a recycling plan for the collected waste; *More control*: the formal integrity pact provided an important control mechanism for the losing bidders to monitor how the winning bidder addressed the terms of the contract, and provided for an independent arbitrator in cases of complaint; *Confidence and empowerment*: the implementation of the process opened to public view a previously closed and stigmatized institution, and empowered the citizens of Morón to monitor the meeting of the terms of the contract” (grifos do Autor).

⁶⁸² Cfr. Carol CRAVERO, *Rethinking the role of civil society in public procurement*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)*, vol. 14, n.º 1, 2019, págs. 40-41.

prevenir corrupção e aumentar a transparência ao longo do processo. Este mecanismo deve ser gerenciado por especialistas técnicos, quando necessário; regras operacionais: regras básicas e aspectos práticos sobre questões atinentes a quem é responsável pelo mecanismo de monitoramento, como é financiado e como os especialistas técnicos são selecionados; acesso à informação: compromissos e procedimentos para conceder o acesso da equipe de monitoramento aos dados da contratação e respectivas informações em tempo hábil; e divulgação pública: diretrizes e obrigações dos monitores da sociedade civil quanto às informações a serem disponibilizadas ao público sobre o desenvolvimento do projeto, inclusive quanto à publicação de relatórios de monitoramento. As autoridades e monitores da sociedade civil podem considerar a disponibilização de dados adicionais específicos com vistas ao aumento da transparência e participação em determinados projetos⁶⁸³.

1.3. Redes de colaboração

Pedro Miguel Alves Ribeiro Correia, Ireneu de Oliveira Mendes e João Abreu de Faria Bilhim abordam a questão acerca das redes de colaboração como fator inovador na implementação de políticas públicas. Os Autores apontam o papel relevante da inovação na Administração Pública “que lhe permita dar respostas que vão, cada vez mais e com maior qualidade, ao encontro, não só, das necessidades mas também das expectativas dos cidadãos, promovendo uma postura proativa ao invés de uma postura reativa que se cinja apenas à satisfação mínima da necessidade pontual do cidadão”⁶⁸⁴.

A questão acerca da produção da inovação social é pertinente quanto ao presente contexto. Esta questão é objeto de análise de Isabel André e Alexandre Abreu. Ao se

⁶⁸³ Cfr. TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Safeguarding EU-funded investments with Integrity Pacts. A decision-maker's guide to collaborative public contracting monitoring*, Berlin, 2021, disponível em *Safeguarding EU-funded investments with Integrity...* - Transparency.org, pág. 9. Em complementação: “[w]hen authorities make information available as open data, they can further strengthen the potential of Integrity Pacts to prevent corruption. For example, available open data allows the development of visualisations and tools that bring beneficiaries closer to the contracting project and authorities. Some Integrity Pacts have fostered greater transparency through complementary actions to provide and disclose contracting data in open format, or in line with national or global standards such as the Open Contracting Data Standard (OCDS)”. Neste sentido, ver OPEN CONTRACTING PARTNERSHIP, *Open contracting data standard*, Washington, D.C., 2021, disponível em *Data Standard - Open Contracting Partnership* (open-contracting.org).

⁶⁸⁴ Cfr. Pedro Miguel Alves Ribeiro CORREIA, Ireneu de Oliveira MENDES, João Abreu de Faria BILHIM, *As redes de colaboração como fator inovador na implementação de políticas públicas. Um enquadramento teórico com base na nova governação pública*, in *Lex Humana*, vol. 11, n.º 2, 2019, pág. 146.

referirem à inovação tecnológica, inserem a inovação social no campo do conhecimento, considerando-o como um elemento essencial, no seguinte sentido: “[a] realidade empírica da inovação social mostra a presença quase constante de agentes altamente qualificados que, pelo menos numa primeira fase, fazem avançar o processo”⁶⁸⁵.

Um outro ponto de relevo diz respeito à questão de quem produz a inovação social. André e Abreu aludem à inércia das instituições, para suscitar o papel do terceiro setor nesta seara. Todavia, não menosprezam o papel do poder público e entidades privadas. Ressalvam, entretanto, que “a ideia mais recorrente na bibliografia é que a inovação social emerge fora das instituições e frequentemente contra elas, sendo o resultado de uma mobilização em torno de um objectivo, protagonizada informalmente por um movimento social ou, com uma matriz mais estruturada, por uma organização”⁶⁸⁶.

Com vistas ao esclarecimento específico desta temática na Administração Pública, Correia, Mendes e Bilhim atentam à conjugação de esforços como ponto fulcral para que vontades e interesses dissonantes dos diferentes agentes possam ser conjugados em busca de um determinado objetivo. Destarte, os Autores concebem “a inovação na administração pública, como uma rede heterogénea de atores que ao inovar procura adequar de forma sistemática as suas atividades às exigências da comunidade”⁶⁸⁷. Eles sublinham o papel do governo neste contexto: “[é] neste âmbito que o governo, desempenha um papel de interesse central no que se prende com a definição de incentivos à inovação, com a potencialização de plataformas de inovação social, bem como através da dinamização dos diferentes atores nas inúmeras redes”⁶⁸⁸.

Os estudos relacionados às redes de colaboração pertencem à nova governação pública, consoante abordagem realizada por João Abreu de Faria Bilhim. Sua fundamentação teórica busca “compreender os fatores que estão na base da decisão de colaborar, os benefícios e custos associados, e como a colaboração pode gerar resultados e impactos positivos na sociedade”⁶⁸⁹. Contudo, urge apontar aspectos desfavoráveis das redes de colaboração trazidas a lume pelo Autor: “as redes de colaboração podem

⁶⁸⁵ Cfr. Isabel ANDRÉ, Alexandre ABREU, *Dimensões e espaços da inovação social*, in Finisterra, vol. XLI, n.º 81, 2006, pág. 128.

⁶⁸⁶ *Ibidem*, pág. 129. Os Autores acrescentam a seguinte observação: “[o]u seja, é um produto da sociedade civil ou um resultado da pressão da sociedade civil”.

⁶⁸⁷ Cfr. Pedro Miguel Alves Ribeiro CORREIA, Ireneu de Oliveira MENDES, João Abreu de Faria BILHIM, *As redes de colaboração como fator inovador na implementação de políticas públicas. Um enquadramento teórico com base na nova governação pública*, in Lex Humana, vol. 11, n.º 2, 2019, pág. 148.

⁶⁸⁸ *Ibidem*.

⁶⁸⁹ Cfr. João Abreu de Faria BILHIM, *Nova governação pública e meritocracia*, in Sociologia, problemas e práticas, n.º 84, 2017, pág. 17.

envolver conflitos de interesse e resultados negativos ou desejáveis apenas para uma das partes e prejudiciais para as restantes”⁶⁹⁰.

Correia, Mendes e Bilhim classificam o paradigma dos Países Baixos como “um dos mais expressivos contributos para o escalar da importância da teoria da governação”⁶⁹¹. Walter Kickert discorre a este respeito. Ao cotejar as características da ciência da Administração Pública dos Países Baixos com as dos Estados Unidos, o Autor aponta uma “broader interpretation of ‘management’ in terms of ‘governance’ da primeira. Neste sentido, em um ambiente complexo e dinâmico, uma organização que interage bastante com o governo, por exemplo, deve ser adaptável e flexível. Resiliência e flexibilidade não se coadunam muito bem com uma direção central hierárquica e com procedimentos burocráticos. As partes da organização devem se tornar mais autônomas. Mais autonomia leva a mais resiliência e flexibilidade. Isto significa mais autogoverno”⁶⁹².

Wickert aborda também a relação entre o governo e atores sociais: “[t]he administrative relations between government and other social, public and private actors have changed in many policy fields. In other words, the complex policy networks and policy communities in the public sector have changed”. Na esteira desta observação, embora seja impossível apontar um denominador comum em todas estas alterações, a maioria das mudanças nas redes políticas indicam um aumento da distância entre o governo e os demais participantes da rede, uma diminuição da direção unilateral exercida pelo governo e, como consequência, um aumento da autogovernança das redes. Portanto, tanto no governo quanto nas redes mais amplas do setor público, o significado prático da autogovernança está se tornando cada vez mais importante, embora o real trabalho de consolidação, operacionalização e validação empírica ainda não tenha efetivamente se concretizado⁶⁹³.

A abordagem de Maarten A. Hajer e Hendrik Wagenaar a respeito do vocabulário emergente sobre governança é muito esclarecedora nesta contextualização. Para os Autores, “[t]he prominence of the new vocabulary [...] illustrates a widespread

⁶⁹⁰ *Ibidem*.

⁶⁹¹ Cfr. Pedro Miguel Alves Ribeiro CORREIA, Ireneu de Oliveira MENDES, João Abreu de Faria BILHIM, *As redes de colaboração como fator inovador na implementação de políticas públicas. Um enquadramento teórico com base na nova governação pública*, in *Lex Humana*, vol. 11, n.º 2, 2019, pág. 151.

⁶⁹² Cfr. Walter KICKERT, *Complexity, governance and dynamics: conceptual explorations of public network management*, in Jan KOOIMAN, *Modern governance. New government-society interactions*, London, Sage Publications, 1993, págs. 202-203.

⁶⁹³ *Ibidem*, págs. 203-204.

dissatisfaction with the limited reach of ‘set solutions’ to thorny political issues imposed through top-down government intervention”⁶⁹⁴.

A participação surge nesta seara como uma nova dimensão para Hajer e Wagenaar. Os Autores sustentam que a “[p]articipation is no longer a standard solution, it has to be reinvented and will appear in many different guises. It means the creation of well-considered linkages between citizens, traditional policy institutions and the new and often unstable policymaking practices”⁶⁹⁵.

Pedro Miguel Alves Ribeiro Correia, Ireneu de Oliveira Mendes e João Abreu de Faria Bilhim corroboram tal assertiva ao afirmarem que “[a] par com esta tendência temos a aposta em dinâmicas descentralizadoras por parte dos governos, pretendendo assim, envolver diversos atores na gestão pública, o que tem sido sinónimo de uma grande atração para o estudo das dinâmicas da governação em rede”⁶⁹⁶.

Os Autores também utilizam a terminologia “redes de governação”. Afirmam que nesta acepção servem “para descrever a formulação e implementação de políticas públicas por meio de uma rede de relações entre o governo, empresas e atores da sociedade civil”. Apontam uma característica bastante relevante deste tipo de governação: “são particularmente eficazes na abordagem dos denominados ‘wicked problems’ (problemas perversos), cuja solução é difícil”⁶⁹⁷.

Ewan Ferlie *et al.* analisam a questão dos problemas perversos através de investigação a respeito de redes de políticas públicas no Reino Unido. Observam que, ao longo das duas últimas décadas, ocorreu uma modificação nas organizações prestadoras de serviços públicos hierarquizadas para uma estrutura em rede. Apresentam os três principais critérios assentes na literatura para que esta transição ocorra de modo integral: “(1) cross-organisational Information and Communication Technologies (ICTs)/databases (where we found little change); (2) strong Inter Organisational Learning (IOL) (where we also found little change); and (3) a shift from vertical management to lateral leadership (where we found more change)”. Neste sentido, concluem que “hybrid

⁶⁹⁴ Cfr. Maarten A. HAJER, Hendrik WAGENAAR, *Deliberative policy analysis: understanding governance in the network society*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pág. 2. Acrescentam o seguinte: “[o]ne of the virtues of the vocabulary of ‘governance’ is the way it opens up the cognitive commitments implicit in the thinking about governing and political decision-making”.

⁶⁹⁵ *Ibidem*, pág. 24.

⁶⁹⁶ Cfr. Pedro Miguel Alves Ribeiro CORREIA, Ireneu de Oliveira MENDES, João Abreu de Faria BILHIM, *As redes de colaboração como fator inovador na implementação de políticas públicas. Um enquadramento teórico com base na nova governação pública*, in *Lex Humana*, vol. 11, n.º 2, 2019, pág. 157.

⁶⁹⁷ *Ibidem*, págs. 153-154.

forms, which mix hierarchy and network, endure [...]. Despite this mixed pattern, public policy networks should be given time to develop, given the many ‘wicked problems’ faced”⁶⁹⁸.

Um exemplo claro de rede de governação em codesign de contratação pública é objeto de análise recente de Juha Koivisto. Sua abordagem direciona-se às estratégias do poder público para envolver fornecedores e demais atores no design conjunto da contratação e, por outro lado, os modos e estratégias de participação dos fornecedores nas atividades de codesign. O codesign é concebido como uma prática onde os atores atuantes na contratação pública, assim como seus problemas, objetivos, necessidades, funções, tarefas, modos de operação etc. são negociados e alocados, realizados e refeitos. Concomitantemente, o objeto do processo de adjudicação é negociado e projetado. O foco principal de sua análise está na interação e codesign realizados através de plataforma digital. Para uma melhor compreensão acerca da atividade de design realizada através de meios virtuais, torna-se necessário proceder ao estudo de outros modos e atividades de participação também⁶⁹⁹.

A delimitação temática de sua investigação ocorre em sede de “innovative public procurement (IPP)”. Charles Edquist e Jon Mikel Zabala-Iturriagagoitia preferem a terminologia “public procurement for innovation (PPI)”. Os Autores apresentam a seguinte definição de PPI: “the process by which public organisations place an order for the fulfillment of certain functions by a new product (good, service, system) that does not yet exist, and whose development and diffusion will influence the direction and rate of technological change and other innovation processes”⁷⁰⁰.

O processo de codesign, portanto, torna-se perfeitamente adaptável à ideia subjacente ao PPI. Cumpre abrir breve explanação acerca de um princípio de design que é bastante pertinente nesta concepção. Trata-se do princípio denominado “[o]rganizing activities around shared objects”. A este respeito, Paavola Sami e Hakkarainen Kai, observam que “a central idea of dialogical learning is that work and learning are organized around developing shared, concrete objects, that is, conceptual artefacts (e.g., ideas, plans, models), concrete, material products (e.g. prototypes, design artefacts)

⁶⁹⁸ Cfr. Ewan FERLIE *et al.*, *Public policy networks and ‘wicked problems’: a nascent solution?*, in *Public Administration*, vol. 89, n.º 2, 2011, pág. 307.

⁶⁹⁹ Cfr. Juha KOIVISTO, *Co-designing an outcome-based public procurement: early involvements, participations and orderings*, in *Journal of Public Procurement*, vol. 18, n.º 4, 2018, pág. 323.

⁷⁰⁰ Cfr. Charles EDQUIST, Jon Mikel ZABALA-ITURRIAGAGOITIA, *Public procurement for innovation as mission-oriented innovation policy*, in *Research Policy*, vol. 41, 2012, pág. 1766.

and/or practices (e.g., ways of working in higher education)”. Um outro princípio pertinente à esta questão é o que alude a “providing flexible tool mediation”. Sobre este aspecto, os Autores explicam que “[t]riological learning cannot easily be pursued without appropriate technologies that help the participants to create and share as well as elaborate, reflect and transform knowledge artefacts and practices. Novel collaborative technologies should provide affordances for triological learning processes”⁷⁰¹.

Neste diapasão, Juha Koivisto alude ao efeito relacional dos objetos gerados em ambientes de colaboração: “[t]he object is moulded and re-moulded, stabilised and re-stabilised in the collaborative and socio-material interactions. Therefore, the object of development should be studied as a relational effect generated in the collaboration”. O Autor apresenta um modelo para o enquadramento e execução de atividades de codesign que contém as seguintes fases: “1. identify the needs; 2. translate the needs into goals; 3. develop solutions; 4. test and evaluate; 5. stabilise the solution into a practice; 6. generalize into a model”⁷⁰².

Koivisto identifica este modelo em cada fase do processo de contratação pública. O estudo de caso ocorreu através da criação de um ambiente para contratação pública aberto e gratuito em uma plataforma de inovação nacional para bem-estar e saúde já existente na Finlândia. Esta plataforma denomina-se “Innovillage”. O caso específico se refere ao codesign da contratação pública do centro de bem-estar “Tesoma”, na cidade de Tampere. O estudo sugere que os diferentes grupos de interesse participam ativamente nas atividades de codesign. No entanto, a natureza competitiva limita o que podem fazer e dizer nas atividades presenciais e naquelas realizadas em ambiente virtual com acesso aberto. Uma outra questão enfrentada se refere à própria plataforma “Innovillage”, que não direciona os usuários de modo adequado para o monitoramento da gestão contratual. Ademais, o material proveniente do estudo não foi suficiente para demonstrar como os atores interagem quanto aos problemas ocorridos e como foram realizadas as atividades de codesign. O Autor demonstra ceticismo quanto à utilização de codesign aberto na contratação pública, porém vislumbra que pode ser aperfeiçoado a longo prazo⁷⁰³.

⁷⁰¹ Cfr. Paavola SAMI, Hakkarainen KAI, *From meaning making to joint construction of knowledge practices and artefacts – a triological approach to CSCL*, in Claire O’MALLEY et al. (eds.), *Computer supported collaborative learning practices*, Conference Proceedings, International Society of the Learning Sciences (ISLS), Rhodes, 2009, disponível em 83-92.pdf (isls.org), pág. 89.

⁷⁰² Cfr. Juha KOIVISTO, *Co-designing an outcome-based public procurement: early involvements, participations and orderings*, in *Journal of Public Procurement*, vol. 18, n.º 4, 2018, págs. 325-327.

⁷⁰³ *Ibidem*, pág. 333. Neste sentido, o Autor é contundente ao afirmar que “Open Web environments and their affordances are only means for conducting co-design and co-development in new and different ways (such as enhancing participation and collaboration)”.

Suas observações são pertinentes sob a perspectiva do envolvimento prévio dos atores na contratação pública. Joeri H. Wesseling e Charles Edquist analisam esta questão. Para os Autores, a contratação pública para inovação é um instrumento poderoso de fomento à inovação, apesar de ainda ser subutilizado. Como este instrumento pode contribuir para atender aos desafios da sociedade que exigem transformação através de objetivos predefinidos relacionados a sistemas técnicos e sociais, permanece sem resposta. A identificação dos fatores que possam contribuir para determinar a eficácia da contratação pública para inovação torna-se fulcral. Para que tal mister ocorra, os Autores aduzem que “[f]or the PPI to effectively meet the societal demands that constitute a societal challenge, the articulation and specification of these societal demands into PPI goals at the early stage of PPI is crucial”⁷⁰⁴.

A rede de colaboração entre os atores envolvidos exerce, da mesma forma, especial relevância na medida em que “[f]inding a balance between driving competition amongst suppliers to facilitate technological variety, and *collaborating* with suppliers to complement expertise and facilitate learning by interacting, is important for policymakers to mobilize resources and expertise within the PPI”⁷⁰⁵.

David Mosey discorre a respeito do envolvimento prévio do contratante privado em contratação de construções em *common law*. Os acordos realizados de modo condicional na fase prévia da construção, sejam aqueles sob medida ou como parte de um contrato padrão, têm um maior papel a desempenhar na gestão das atividades preparatórias e de planejamento. Tais acordos, ao estabelecerem essas atividades como uma série de processos interligados, podem operar como uma ferramenta valiosa para gerentes de projeto, especialmente se estiverem sujeitos à fase de construção prévia acordada e aos sistemas de comunicação aberta e colaboração conhecidos como parceria⁷⁰⁶.

O Autor apresenta o que pode ser considerado um elemento-chave para uma colaboração efetiva: “successful collaboration may be achieved without necessarily changing the nature of the collaborators if there is sufficient clarity as to what actions are required and what benefits they will achieve”. Suas considerações acerca de parcerias são, da mesma forma, elucidativas: “[p]artnering as a system of agreed actions and

⁷⁰⁴ Cfr. Joeri H. WESSELING, Charles EDQUIST, *Public procurement for innovation to help meet societal challenges: a review and case study*, in *Science and Public Policy*, vol. 45, n.º 4, 2018, pág. 494.

⁷⁰⁵ *Ibidem*, pág. 501 (grifo nosso).

⁷⁰⁶ Cfr. David MOSEY, *Early contractor involvement in building procurement. Contracts, partnering and project management*, London, Wiley Blackwell, 2009, pág. 8.

rewards, rather than only a set of shared values, immediately makes it more accessible as a way of doing business”⁷⁰⁷.

Em abordagem mais aprofundada acerca da presente temática, Mosey ressalta quão determinante é a questão dos atores neste cenário: “[t]he success of collaborative procurement models depends on the people who put them into practice and on the ways that they act, react, communicate and seek consensus. These are the features that comprise a collaborative culture [...]”⁷⁰⁸.

O processo de tomada de decisões para atingir o aludido consenso também é objeto de sua análise. O Autor se refere a processos decisórios conjuntos através de um “core group” nos acordos realizados de modo condicional na fase prévia da construção. Sua definição está adstrita à noção de um fórum “for overcoming the conditionality of the preconstruction phase agreement so as to achieve consensus on a developed brief, proposals, prices and programme sufficient for the parties to commit unconditionally to the construction phase of the project”⁷⁰⁹.

Sob a égide da cultura colaborativa supramencionada, a noção de processos decisórios conjuntos correlaciona-se com o estudo acerca da supervisão da execução contratual através da sociedade civil. Consoante definição trazida à colação por Mihály Fazekas e Jürgen René Blum, “[c]ivil society or community supervision of procurement contract execution is understood [...] as any sort of direct involvement of local communities or civil society groups in the monitoring of contract execution next to or on top of traditional horizontal accountability mechanisms”⁷¹⁰.

Como forma de incentivo à colaboração, cabe enfatizar algumas recomendações propostas pelos Autores: “[g]iven the narrow, but high quality evidence on the potential

⁷⁰⁷ *Ibidem*, pág. 165. Neste sentido, o Autor apresenta questionamentos sobre as implicações de parcerias nos acordos realizados de modo condicional na fase prévia da construção, nos seguintes termos: “[w]here there is a concern as to the implications of partnering, a clear contractual approach is essential in order to ascertain *who will be involved in collaboration and the extent of that collaboration*. Hence, a conditional preconstruction phase agreement can act as a control mechanism for those who are concerned that partnering may go further than is appropriate for the team or the project in question”. *Ibidem*, pág. 193 (grifo nosso).

⁷⁰⁸ Cfr. David MOSEY, *Collaborative construction procurement and improved value*, London, Wiley Blackwell, 2019, pág. 4.

⁷⁰⁹ Cfr. David MOSEY, *Early contractor involvement in building procurement. Contracts, partnering and project management*, London, Wiley Blackwell, 2009, pág. 107. O Autor condiciona a atuação do “core group” ao contrato, *in verbis*: “[t]he core group needs the support of the contract not only in clarifying its terms of reference, but also in guiding it as to the positions established between the parties at each stage in the project as they move from incomplete to complete cost, time and quality information”.

⁷¹⁰ Cfr. Mihály FAZEKAS, Jürgen René BLUM, *Improving public procurement outcomes. Review of tools and the state of the evidence base*, Policy Research Working Paper n.º 9690, World Bank, June 2021, disponível em World Bank Document, pág. 18.

effects of civil society monitoring of contract execution, a number of [...] exercises should be conducted which could shed light on the best ways of engaging local communities, product and contracts characteristics' mediating role"⁷¹¹.

Proceder-se-á, em seguida, à análise acerca da busca destes exercícios relacionados aos instrumentos de participação em Itália, Portugal e Brasil para, ao final do presente capítulo, realizar abordagem sobre a flexibilização através do incentivo à participação dos cidadãos como imperativo do monitoramento da execução da contratação pública.

2. Instrumentos de efetivação da participação social em Itália

Em complementação à análise efetuada no capítulo II a respeito da regulação da contratação pública em Itália, faz-se ainda necessário tecer algumas considerações sobre a “Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC)”. A referida Autoridade foi criada com o objetivo de fiscalizar os contratos públicos de forma a garantir o cumprimento dos princípios da transparência, legitimidade e concorrência dos operadores da contratação pública. A Autoridade fiscaliza todo o sistema de contratação pública, tanto a nível estadual como regional, de forma a garantir o cumprimento dos princípios da legitimidade e transparência nos processos de adjudicação e da boa execução dos contratos, bem como o cumprimento das regras de concorrência.

Supervisiona, em especial, através de inquéritos por amostragem, a correta aplicação das leis e regulamentos, verificando a regularidade dos procedimentos da fase inicial e a eficácia da execução dos contratos. A Autoridade reporta ao parlamento e ao governo casos particularmente graves relativos ao descumprimento da legislação de regência ou à sua aplicação distorcida. Além disso, propõe modificações legislativas ao governo e sugere revisões dos regulamentos de implementação ao Ministro da Infraestrutura. Todos os anos, a Autoridade informa ao parlamento sobre suas atividades e, através de um observatório, realiza a coleta e processamento de dados sobre contratos públicos.

A este respeito, Gabriella Crepaldi observa que a ANAC “adota principalmente diretrizes vinculantes após ampla consulta à Administração e aos operadores

⁷¹¹ *Ibidem*, pág. 19. Em acréscimo, “the impact of local elite capture and community power structure more broadly”.

econômicos”. Não obstante, a Autora aponta as recentes modificações trazidas a lume pelo legislador com o Decreto Legislativo 50/2016, de 18 de abril de 2016, promulgado em 19 de abril, o novo Código de Contratos Públicos (*Codice dei Contratti Pubblici*) sobre o papel dos particulares, que “mudou consideravelmente também na esfera das atividades públicas destinadas à satisfação dos interesses gerais da comunidade e do território, através da adoção dos mais variados modelos”⁷¹².

Esta mudança surge como um reflexo do princípio da subsidiariedade horizontal elencado no artigo 118 da Constituição italiana desde sua reforma em 2001. Sobre esta temática, Fabiana Morollo esclarece que “il principio di sussidiarietà si inserisce in una fitta rete di rimandi e collegamenti con altri articoli e principi costituzionali che ne nutrono e ne arricchiscono ulteriormente le già notevoli potenzialità innovative nel rapporto fra cittadini e amministrazioni”⁷¹³.

Gabriella Crepaldi corrobora tal entendimento ao aduzir que o referido princípio “é a expressão da mudança no relacionamento público-privado, o qual agora é alcançado mediante uma dinâmica em que o sujeito público promove os particulares, de forma individual ou associada, para o exercício de atividades de interesse geral”⁷¹⁴.

Massimo Pellingra-Contino ressalta especialmente a característica referente ao ineditismo do princípio da subsidiariedade horizontal: “i cittadini che danno attuazione al principio di sussidiarietà orizzontale danno vita a forme di esercizio della sovranità popolare inedite, ma certamente non meno significative ed incisive ai fini della realizzazione di una maggiore democrazia”⁷¹⁵.

Além do instrumento tradicional comumente denominado “parceria público-privada” na literatura, o novo Código de Contratos Públicos italiano dispõe acerca da

⁷¹² Cfr. Gabriella CREPALDI, “Baratto amministrativo”: *subsidiariedade, colaboração e economia*, in Revista de Direitos Fundamentais & Democracia, vol. 24, n.º 3, set./dez. 2019, págs. 157-158.

⁷¹³ Cfr. Fabiana MOROLLO, *Valorizzazione del patrimonio culturale: sussidiarietà orizzontale e prospettive di “democrazia diretta” per lo sviluppo dei territori*, in Saggi – DPCE online, n.º 2, 2019, pág. 1138. A Autora destaca em seguida a primeira conexão fundamental do princípio em questão: “[i]l primo, fondamentale collegamento è con l’art. 1, comma 2, Cost. che, nell’affermare la primazia della sovranità popolare, consente di riconoscere fra le varie forme di esercizio della sovranità anche quella che si manifesta nel momento in cui i cittadini, singoli ma soprattutto associati, si impegnano autonomamente in attività finalizzate al perseguimento dell’interesse generale”.

⁷¹⁴ Cfr. Gabriella CREPALDI, “Baratto amministrativo”: *subsidiariedade, colaboração e economia*, in Revista de Direitos Fundamentais & Democracia, vol. 24, n.º 3, set./dez. 2019, págs. 160-161. A Autora complementa: “[d]essa forma, cidadãos, na figura de melhores intérpretes das necessidades da comunidade a que pertencem e do território de referência, passam a participar das atividades que atendem às necessidades públicas de diversas formas”.

⁷¹⁵ Cfr. Massimo PELLINGRA-CONTINO, *Osservazioni sul principio di sussidiarietà orizzontale come strumento costituzionalizzato nell’ordinamento italiano*, in Rivista elettronica di diritto e pratica delle amministrazioni pubbliche, n.º 7/8, julho/agosto, 2010, pág. 26.

“parceria social” nos artigos 189 e 190. Referem-se, especificamente, às intervenções de subsidiariedade horizontal e ao “baratto amministrativo”, definido por Gabriella Crepaldi como “uma modalidade que prevê trocas e compensações entre a Administração Pública e os particulares”. A Autora ainda esclarece que “[e]m ambos os casos a intervenção de particulares diz respeito à requalificação, reconstrução, em um sentido amplo, do meio ambiente e dos bens do território disponíveis para a coletividade”⁷¹⁶.

Fabio Giglioni traz a lume uma questão peculiar sobre o “baratto amministrativo”. Muitas administrações locais restringem seu escopo subjetivo de aplicação aos cidadãos onerados por dívidas relacionadas a impostos. Desta forma, as autoridades locais utilizam o instrumento para apoiar aqueles que estão em dívida com os municípios e não cumprem com suas obrigações. Neste sentido, ele é configurado como um instrumento de apoio social, dirigido àqueles cidadãos que se encontram em dificuldade objetiva quanto ao cumprimento de seus deveres como contribuintes. Esta possibilidade oferece ao cidadão uma dupla escolha: “pagare il proprio debito fiscale nei modi e nelle forme ordinarie previste dalla legge oppure scambiarlo con attività positive da esercitare nei confronti della comunità, che consentono l’applicazione di uno sconto, addirittura, l’annullamento del debito fiscale”⁷¹⁷.

Neste contexto, Gabriella Crepaldi sublinha um aspecto relevante: “[o]s entes locais também devem definir a extensão das reduções ou isenções de impostos correspondentes ao tipo de atividade realizada pelo indivíduo ou pela associação, a fim de recuperar o valor social da participação dos cidadãos”⁷¹⁸. Fabiana Morollo é enfática ao afirmar que o “baratto amministrativo” é uma ferramenta mais ágil como incentivo de caráter geral para participação da comunidade na vida pública, através da qual o legislador reconhece o papel da cidadania na realização das atividades de interesse geral consistente

⁷¹⁶ Cfr. Gabriella CREPALDI, “*Baratto amministrativo*”: *subsidiariedade, colaboração e economia*, in *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, vol. 24, n.º 3, set./dez. 2019, pág. 164. A Autora observa detalhadamente que: “as intervenções de subsidiariedade horizontal a que se refere o artigo 189 dizem respeito às áreas reservadas ao público urbano e imóveis de origem rural destinados às atividades sociais e culturais coletivas nos bairros (com a exclusão de imóveis para uso escolar e esportivo), transferidos para o poder público nos termos dos acordos e padrões previstos nos instrumentos de planejamento urbanístico. A disposição prevê que os cidadãos residentes nos distritos em que se situam os bens ou áreas sujeitas às convenções mencionadas, podem ser encarregadas da gestão e manutenção, em substituição às administrações locais competentes. Sem prejuízo do fato de que a adjudicação deve ser feita em conformidade com os princípios da não discriminação, transparência e igualdade de tratamento, o Código prevê o estabelecimento de um direito de preferência em favor dos cidadãos territoriais”.

⁷¹⁷ Cfr. Fabio GIGLIONI, *Limiti e potenzialità del baratto amministrativo*, in *Rivista Trimestrale di Scienza dell’Amministrazione*, n.º 3, 2016, pág. 3.

⁷¹⁸ Cfr. Gabriella CREPALDI, “*Baratto amministrativo*”: *subsidiariedade, colaboração e economia*, in *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, vol. 24, n.º 3, set./dez. 2019, pág. 166.

na gestão de serviços relacionados com cuidados e valorização do território e dos bens públicos, “proponendo il recupero del valore sociale della partecipazione dei cittadini”⁷¹⁹.

Uma outra observação de relevo efetuada por Gabriella Crepaldi concerne à perspectiva de regulamentação local: “[a] disciplina [...] encontra-se nos regulamentos locais que, sem prejuízo do cumprimento dos requisitos e limites estabelecidos pelo artigo 190, podem estabelecer razoáveis diferenças na definição dos elementos objetivos e subjetivos dessa instituição original”⁷²⁰.

Ao abordar esta questão, Fabiana Morollo discorre acerca da estipulação de pactos de colaboração. Para a Autora, a proliferação e extensão dos pactos sugere que há novas formas de governança “neo-contrattualistica”. Contudo, antes desta análise, faz-se necessário adentrar no direito positivo para verificar se é possível reavaliar o papel da cidadania na gestão e valorização dos bens que lhe pertencem. Se, até o presente momento, a via do regulamento local é considerada suficiente, há concordância em relação à corrente doutrinária que identifica uma dupla base normativa para a legitimação dos pactos de colaboração, acrescentando-se um outro instituto jurídico: ao pacto é atribuída a tarefa de servir de marco externo, fornecendo o contexto de fundo no qual a iniciativa ocorre; internamente, há a atribuição de melhor articular e apoiar legalmente as características específicas do acordo em si, tanto quanto à regulamentação das relações entre as partes, como quanto em vista da legitimidade do ato⁷²¹.

Atualmente, já sob a égide da participação ativa dos cidadãos quanto ao controle difuso da contratação pública, surgem os pactos de integridade na Itália. Na versão mais avançada desenvolvida pela Transparência Internacional, os pactos de integridade aplicados à contratação pública incluem o poder público, as empresas e um terceiro com as funções de monitoramento de todas as etapas da negociação. Sua presença, exercendo

⁷¹⁹ Cfr. Fabiana MOROLLO, *Valorizzazione del patrimonio culturale: sussidiarietà orizzontale e prospettive di “democrazia diretta” per lo sviluppo dei territori*, in Saggi – DPCE online, n.º 2, 2019, pág. 1147.

⁷²⁰ Cfr. Gabriella CREPALDI, “Baratto amministrativo”: *subsidiariedade, colaboração e economia*, in Revista de Direitos Fundamentais & Democracia, vol. 24, n.º 3, set./dez. 2019, pág. 166.

⁷²¹ Cfr. Fabiana MOROLLO, *Valorizzazione del patrimonio culturale: sussidiarietà orizzontale e prospettive di “democrazia diretta” per lo sviluppo dei territori*, in Saggi – DPCE online, n.º 2, 2019, pág. 1144. A Autora analisa a questão acerca da natureza jurídica dos pactos de colaboração: “[s]ul piano della natura giuridica, dal regolamento non è del resto evincibile, in modo chiaro e sotto profilo formale, a quale modello normativo i patti di collaborazione possano corrispondere. Se è detto trattarsi di attività amministrativa non autoritativa e si richiama la nozione di attività amministrativa di diritto privato”. Para maiores considerações acerca da dupla base normativa para a legitimação dos pactos de colaboração, ver Giorgio CALDERONI, *I patti di collaborazione: (doppia) cornice giuridica*, in Il Mulino – Rivisteweb, n.º 2, maggio-agosto 2016.

esta função específica, deve levar as partes a prestar mais atenção quanto ao respeito às regras e busca por resultados.

De fato, as atividades de divulgação, envolvimento e participação cívica atinentes aos resultados do monitoramento constituem o verdadeiro desafio enfrentado com os pactos de integridade. Pertencem a este âmbito as previsões dos pactos com vistas a tornar acessíveis e utilizáveis as informações sobre as fases de execução das obras para a sociedade civil. Cabe à entidade que realiza o monitoramento informar e convidar os cidadãos pertencentes à comunidade local a tomar conhecimento dos resultados.

Consoante observações de Michele Cozzio, as experiências atuais demonstram que a cultura do diálogo e participação não dependem de automatização facilitada. O simples fato de disponibilizar dados e informações não conduz necessariamente ao diálogo e ao envolvimento da comunidade. Os pactos de integridade possibilitam as condições de participação, “facendo sì che questa possa essere effettiva e consapevole”⁷²².

Giovanni Colombo e Chiara Putaturo esclarecem que o município de Milão, por iniciativa da Transparência Internacional e através de seu “ufficio Gare e Appalti” adotou com sucesso a primeira iniciativa de pactos de integridade em Itália em 2002. Ressaltam que muitos anos após as primeiras implementações, cujos objetivos direcionaram-se ao impedimento do fenômeno denominado “collegamento sostanziale” entre as empresas participantes no certame, tornaram-se um padrão de fato. Houve modificações no contexto normativo e a regulação do setor foi complementada nos anos subsequentes por inúmeras revisões. Permanece a utilidade da declaração e do acordo entre as partes contratantes sobre o cumprimento dos critérios de integridade, legalidade, transparência e disponibilidade para arcar com as penalidades em caso de violação⁷²³.

Os Autores apontam os dois aspectos nodais desta nova fronteira dos pactos de integridade: a expansão do horizonte para outras fases da realização de uma obra pública relevante, portanto não mais apenas a participação na adjudicação e na execução das obras, mas em todo o processo que se inicia desde a concepção da obra e passa por todas

⁷²² Cfr. Michele COZZIO, *Introduzione alla seconda sessione*, in Gian Antonio BENACCHIO, Michele COZZIO, *Azioni collettive, strumenti di integrità e trasparenza per il contrasto della corruzione nel settore pubblico e privato*, Università di Trento, maggio 2018, disponível em 2019_VOLUME ANTICORRUZIONE_BENACCHIO_COZZIO_DIGITALE.pdf (polimi.it), págs. 120-121.

⁷²³ Cfr. Giovanni COLOMBO, Chiara PUTATURO, *Patti di integrità 2.0: dalla sperimentazione all'applicazione diffusa nei contratti pubblici*, in Gian Antonio BENACCHIO, Michele COZZIO, *Azioni collettive, strumenti di integrità e trasparenza per il contrasto della corruzione nel settore pubblico e privato*, Università di Trento, maggio 2018, disponível em 2019_VOLUME ANTICORRUZIONE_BENACCHIO_COZZIO_DIGITALE.pdf (polimi.it), págs. 148-149.

as fases desde o projeto até a execução; o monitoramento por um terceiro, cuja atividade também possibilita a presença de um quarto ator ao qual se comunica o resultado das observações e verificações – a sociedade civil e os cidadãos contribuintes que financiam as obras⁷²⁴. Atualmente, quatro pactos de integridade estão sendo implementados em Itália: 1. a restauração do sítio arqueológico de Sybaris; 2. o transporte ferroviário de Cagliari; 3. assistência técnica para a região da Lombardia; e 4. desenvolvimento local da Sicília⁷²⁵.

A restauração do sítio arqueológico de Sybaris ocorre em um dos mais importantes sítios arqueológicos do sul da Itália. O Ministério do Patrimônio Cultural está implementando dois grandes projetos nas áreas da ciência e do turismo para preservar e restaurar Sybaris. Totalizam um montante de dois milhões de euros. O primeiro envolve a modernização do Museu de Sybaris e o segundo irá permitir que turistas acessem o templo religioso do período romano denominado “Casa Branca”, que foi descoberto por arqueologistas durante escavações. *ActionAid* é uma organização internacional independente presente em quarenta e seis países, inclusive a Itália. É a organização responsável pelo monitoramento dos dois contratos utilizando um pacto de integridade. *ActionAid Italia*⁷²⁶ está trabalhando para garantir que a história antiga relevante seja preservada e para que as comunidades locais possam se beneficiar econômica e socialmente deste patrimônio. Os cidadãos estão ativamente envolvidos no processo de monitoramento por meio das Escolas de Monitoramento Cívico⁷²⁷.

Cagliari é a principal cidade da Sardenha. Uma extensão de dois quilômetros e meio ainda não foi construída para que haja completa integralização de seu sistema de transporte ferroviário público. Devido aos altos montantes de recursos públicos envolvidos, poderia haver indícios de corrupção e infiltração de grupos criminosos organizados. O pacto de integridade que a Transparência Internacional implementou com a Agência de Transportes da Sardenha permitiu que a sociedade civil monitorasse cada fase do projeto de vinte milhões de euros. Em colaboração com associações da sociedade

⁷²⁴ *Ibidem*, pág. 149.

⁷²⁵ Cfr. TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Integrity pacts – civil control mechanism for safeguarding EU funds*, Berlin, 2021, disponível em Data - Integrity Pacts – Civil Control Mechanism... - Transparency.org.

⁷²⁶ Cfr. ACTIONAID, *Chi siamo*, Milão, 2021, disponível em Informazioni su ActionAid International Italia Onlus.

⁷²⁷ Cfr. TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Heritage sites and people power: what's the best approach?*, Berlin, 2021, disponível em Heritage sites and people power: what's the best... - Transparency.org.

civil locais, a Transparência Internacional organiza *workshops* regularmente e escolas de monitoramento cívico para engajar cidadãos.

Na região da Lombardia, esta mesma organização realizou com sucesso o monitoramento de uma contratação pública de três milhões de euros para assistência técnica direcionada à administração local do Fundo Social Europeu, o qual promove o emprego em toda a Europa. Durante a implementação do projeto, a organização verificou os prazos, custos, pagamentos e revisou as modificações do plano original.

A Sicília foi cenário da criminalidade organizada por muito tempo e, ainda hoje, fatores socioeconômicos e políticas inadequadas tornam os fundos públicos suscetíveis à corrupção. Nos últimos anos, esta realidade tem sido alterada. Mais de duas dúzias de municipalidades na área de Madonie uniram forças para aperfeiçoar o sistema de contratação pública. Estas municipalidades se uniram para formar a assim denominada “Unione Comuni Madonie” para o compartilhamento de recursos e serviços públicos. A Unione é a autoridade responsável pelo desenvolvimento do projeto de trinta e nove milhões de euros, cujo nome é “Madonie Resiliente: Laboratório do Futuro”. *Amapola*⁷²⁸ é a organização sem fins lucrativos responsável pelo trabalho com autoridades locais para implementar um pacto de integridade e monitorar procedimentos de contratação pública em duas áreas de desenvolvimento cruciais: eficiência energética e educação. Esta organização também está realizando atividades de conscientização voltadas para a juventude local. Por meio de um projeto de aprendizagem relacionado ao trabalho, os alunos são envolvidos no monitoramento dos procedimentos de contratação pública. Desta forma, recebem ferramentas para se tornarem cidadãos ativos.

Giovanni Colombo e Chiara Putaturo sintetizam de modo exemplar a metodologia adotada pela Transparência Internacional em Itália através do trabalho de monitoramento em cinco fases: 1. análise das necessidades e planejamento; 2. atividades de pré-adjudicação; 3. atividades de adjudicação; 4. atividades de pós-adjudicação; e 5. execução do projeto. Neste sentido, salientam que “[i]n questo modo, il *focus* non è più rivolto soltanto alla attività di Gara ma ora la luce di attenzione viene estesa, con un arco molto più ampio, alle attività che precedono e seguono la gara stessa”⁷²⁹.

⁷²⁸ Cfr. AMAPOLA, *Agenzia per la sicurezza e la vivibilità urbana*, Torino, 2021, disponível em Home (amapolaprogetti.org).

⁷²⁹ Cfr. COLOMBO, Chiara PUTATURO, *Patti di integrità 2.0: dalla sperimentazione all'applicazione diffusa nei contratti pubblici*, in Gian Antonio BENACCHIO, Michele COZZIO, *Azioni collettive, strumenti di integrità e trasparenza per il contrasto della corruzione nel settore pubblico e privato*, Università di Trento, maggio 2018, disponível em 2019_VOLUME ANTICORRUZIONE_BENACCHIO_COZZIO_DIGITALE.pdf (polimi.it), pág. 152.

A participação social nesta seara também pode ser exercida através dos “accordi collaborativi” ou “alliancing”, consoante abordagem de Sara Valaguzza. Para a Autora, em geral e no mercado da contratação pública, em particular, ainda não ocorre a prática dos acordos colaborativos em Itália. Valaguzza apresenta a seguinte definição para estes acordos: “accordi con pluralità di parti volti a introdurre regole per migliorare l’interazione tra uno o più committenti e l’intera filiera dei soggetti coinvolti, a vario titolo e con diverse competenze, nel raggiungimento di un certo risultato o nel successo o meno di una iniziativa complessa”⁷³⁰.

A Autora aponta o problema existente, *in verbis*: “la problematica di più difficile gestione, specialmente per progetti particolarmente complessi, è quella inerente alle modalità di interazione tra ente pubblico [...], operatore economico [...], enti gestori di interferenze, autorità incaricate di autorizzazioni o pareri utenti finali”⁷³¹. Neste sentido, esclarece que a tendência relacionada à falta de utilização de contratos colaborativos significa que todas as relações jurídicas entre as partes envolvidas em um projeto são reguladas por contratos destacados que formam uma espécie de corrente, sem a integração oferecida por uma aliança. A consequência é a ausência de cooperação que geralmente causa aumento de custos e atrasos que ocasionam o risco de litígios⁷³².

Valaguzza discorre acerca da promoção da contratação pública colaborativa através de um primeiro passo realizado pela Universidade de Milão. Em 2016, esta Universidade recebeu do *King’s College London* e da *Association of Consultant Architects (ACA) Council* uma licença para tradução e adaptação do *Framework Alliance Contract (FAC-1)*. Este contrato promove um ambiente colaborativo necessário em Itália para superar a atitude de embate que domina o setor da construção, o qual é responsável por custos extras e atrasos. A Autora é enfática ao afirmar que “[t]he application of FAC-1 is also consistent with the general principles of Italian public law, namely transparency, efficiency and control over quality”⁷³³.

⁷³⁰ Cfr. Sara VALAGUZZA, *Governare per contratto. Como creare valore attraverso i contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, págs. 196-197. A Autora acrescenta detalhes acerca desta rede de colaboração: “inserir tutti i soggetti coinvolti, a vario titolo, in un contratto pubblico all’interno di un unico quadro contrattuale, che venga a sostituirsi ai contratti d’opera o di servizio che ciascun professionista sottoscriva, ma che racchiuda, in un’unica rete, fatta di obiettivi, finalità e tempistiche, il lavoro di ciascuno dovrebbe facilmente portare benefici, sia in termini di trasparenza sia in termini di controllo da parte dell’ente pubblico, più facilmente regista di una iniziativa in cui tutti i protagonisti siano legati non solo con l’amministrazione, ma anche tra di loro”. *Ibidem*, págs. 202-203.

⁷³¹ *Ibidem*, pág. 203.

⁷³² Cfr. Sara VALAGUZZA, *How does collaborative procurement operate in Italy?*, in David MOSEY, *Collaborative construction procurement and improved value*, London, Wiley Blackwell, 2019, pág. 447.

⁷³³ *Ibidem*.

Projetos de grande porte enfrentam desafios mundialmente relacionados à necessidade de integrar diversos atores como consultores, contratantes e especialistas em relação às obras, serviços e fornecimentos. Em resposta a estes desafios, especialistas do *Centre of Construction Law and Dispute Resolution* do King's College London consultaram cento e vinte organizações e desenvolveram o *Framework Alliance Contract* (FAC-1), o primeiro contrato com múltiplas partes deste tipo na área da construção. Desde sua idealização em 2016, este novo modelo tem transformado o modo pelo qual relações de múltiplas partes são gerenciadas e pactuadas. O *Framework Alliance Contract* (FAC-1) é estabelecido entre um ou mais contratantes e um grupo de outros membros da aliança, compreendendo qualquer combinação de empreiteiros, consultores e especialistas envolvidos em um ou mais projetos. Um gerente da aliança operacionaliza os procedimentos acordados e garante que o FAC-1 seja respeitado por todas as partes⁷³⁴. Maiores detalhes a este respeito serão analisados no capítulo subsequente.

3. Instrumentos de efetivação da participação social em Portugal

No início da década passada, houve menção relativa ao Observatório das obras públicas de Portugal no relatório a respeito de monitoramento elaborado através da iniciativa conjunta entre a OCDE e a União Europeia denominada SIGMA (*Support for Improvement in Governance and Management*) em apoio à contratação pública. De acordo com este relatório, os objetivos do Observatório dirigiam-se à promoção da transparência e permissão de decisões com maior embasamento e, conseqüentemente, mais eficientes na orientação das políticas para o setor da contratação pública. Sua missão era a de acompanhar os aspectos mais importantes na celebração e execução de contratos de obras públicas e concessões. Através do processamento dos dados recolhidos, o Observatório conseguia obter indicadores, relatórios e estatísticas, aperfeiçoando assim seu conhecimento acerca do modo pelo qual a contratação pública funciona. As informações compiladas na base de dados do Observatório eram geralmente fornecidas como relatórios requisitados pelas entidades adjudicantes⁷³⁵.

⁷³⁴ Cfr. KING'S COLLEGE LONDON, *Framework Alliance Contract used on construction projects totalling £9.5 billion*, King's News Centre, London, 2021, disponível em [Framework Alliance Contract used on construction projects totalling £9.5 billion | Website archive | King's College London \(kcl.ac.uk\)](https://www.kcl.ac.uk/news/2021/04/framework-alliance-contract-used-on-construction-projects-totalling-9.5-billion).

⁷³⁵ Cfr. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), *SIGMA Public procurement briefs. Monitoring of public procurement*, Brief 27, 2013, disponível em [OECD iLibrary | Monitoring of Public Procurement \(oecd-ilibrary.org\)](https://www.oecd-ilibrary.org/publications/monitoring-of-public-procurement), pág. 10.

No Código dos Contratos Públicos (CCP), Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, havia disposição acerca do Observatório de obras públicas no artigo 466.º. Este artigo foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, com início de vigência em 1 de janeiro de 2018⁷³⁶.

O artigo 465.º do CCP dispõe sobre a obrigação de comunicação determinando que “[é] obrigatória a publicitação, no portal da Internet dedicado aos contratos públicos, dos elementos referentes à formação e execução dos contratos públicos, nos termos a definir por portaria conjunta dos ministros responsáveis pelas áreas das finanças e das obras públicas”. A referida Portaria é a de n.º 57/2018, de 26 de fevereiro, que regula o funcionamento e a gestão do portal dos contratos públicos, denominado “Portal BASE”, e aprova os modelos de dados a transmitir. Este portal disponibiliza informação sobre a formação dos contratos sujeitos à parte II do CCP e à execução dos contratos sujeitos à parte III do CCP incluindo a publicitação dos contratos, incluindo anexos e aditamentos, com a exceção das informações que se relacionem com segredos de natureza comercial, industrial ou outra e das informações respeitantes a dados pessoais (subalínea v) da alínea b) do n.º 1 do artigo 4.º da Portaria).

O Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, que está em vigor desde 25 de maio de 2018, dispõe acerca de definição de dados pessoais. Trata-se de informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (‘titular dos dados’); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular.

Cumprе salientar que, em conformidade com o disposto nos números 5 e 6 do artigo 12.º da Portaria n.º 57/2018, de 26 de fevereiro, a informação constante do Portal

⁷³⁶ Artigo 466.º Observatório das obras públicas 1 – O observatório das obras públicas é um sistema de informação, a constituir por diploma próprio, que procede à organização de uma base de dados, ao tratamento e à divulgação dos respectivos dados estatísticos no domínio das empreitadas de obras públicas, cabendo-lhe monitorizar: a) A fase de formação dos contratos de empreitada e de concessão de obras públicas; b) A fase de execução dos contratos de empreitada de obras públicas; c) As empreitadas de obras públicas integradas em concessões. 2 – Para efeitos do estabelecido no número anterior, devem ser comunicadas ao Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P.: a) Os factos que constituam contra-ordenação prevista e os factos passíveis de registo, de acordo com os artigos 23.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, logo que a entidade adjudicante, o dono da obra ou o concessionário deles tome conhecimento; b) O relatório de contratação; c) O relatório final da obra; d) Os demais elementos previstos no capítulo I do título II da parte III do presente Código e outros a definir em legislação especial.

BASE e o cumprimento das normas nacionais e comunitárias referentes à proteção de dados pessoais é da exclusiva responsabilidade das entidades adjudicantes.

Quanto à influência referente especificamente às redes de colaboração, Luís F. Mota e Bernadete Bittencourt abordam a questão da governação pública em rede em Portugal. Observam que em um estudo recente com vistas à comparação com outros países europeus, no âmbito português e em outros países localizados no sul da Europa ocorrem “claros défices de coordenação entre diferentes atores e níveis de governação e entre diferentes setores de políticas públicas, referindo ainda que os mecanismos de coordenação predominantes nesses países são relacionados com a hierarquia e o recurso a atores políticos de topo”. Os Autores salientam, no entanto, que tal constatação diverge com o aspecto concernente à “indicação da colaboração e cooperação entre diferentes atores como uma das principais tendências de reforma da governação pública”⁷³⁷.

Ao analisar o resultado do processo de transformação caracterizado pela ruptura da dicotomia entre o Estado e a sociedade, Pedro Costa Gonçalves traz a lume a “definição de um novo paradigma de relacionamento entre Estado e Sociedade (Estado e Mercado), baseado num ideário de ‘partilha de responsabilidades’ e de ‘cooperação’ ou de ‘coordenação’ para a realização dos interesses colectivos”⁷³⁸.

Na esteira destas observações, o Autor discorre sobre a importância da utilização de meios eletrônicos na contratação pública com vistas à promoção da integridade e transparência. Especificamente quanto à integridade e à ética, suas ponderações são no sentido de elevá-las ao patamar de “finalidades *primárias* do direito dos contratos públicos”. Acentua, em complementação, que “a disciplina jurídica dos contratos públicos surge como um instrumento adicional no âmbito de uma política pública mais abrangente de ‘combate à corrupção’”⁷³⁹.

Já quanto à transparência, Gonçalves tece importantes comentários acerca da temática do presente item por enfatizar uma “estreita conexão entre *transparência* e *publicidade*”. Obviamente, pondera que não se trata de qualquer modo de publicidade,

⁷³⁷ Cfr. Luís F. MOTA, Bernadete BITTENCOURT, *Governação pública em rede. Contributos para sua compreensão e análise (em Portugal e no Brasil)*, in *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*, vol. 31, n.º 2, maio-agosto 2019, pág. 213. Para maiores detalhes acerca do estudo em questão, ver Luís F. MOTA et al., *Reforma do setor público em Portugal: visões e experiências de dirigentes de topo*. Relatório nacional parte do projeto de investigação COCOPS, Lisboa, maio 2014, pág. 44.

⁷³⁸ Cfr. Pedro Costa GONÇALVES, *Estado de garantia e mercado*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, vol. VII, 2010, pág. 100.

⁷³⁹ Cfr. Pedro Costa GONÇALVES, *Eficiência e transparência na contratação pública: a contratação eletrónica*, in José Carlos Vieira de ANDRADE, Suzana Tavares da SILVA, *As reformas do sector público: perspectiva ibérica no contexto pós-crise*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, julho de 2017, pág. 188 (grifos do Autor).

mas uma “publicidade organizada e coerente”. Este modo especial deve permitir “aos interessados diretos e ao público em geral o acesso a uma informação completa sobre que contratos têm sido atribuídos pela Administração, a quem e em que condições”⁷⁴⁰.

A resposta à pergunta sobre como isto ocorre é apresentada pelo próprio Autor, que alude à uma característica do direito português na atualidade, em face da grande contribuição dos meios eletrônicos: “a contratação pública eletrónica desenvolve-se, em grande medida, em ambiente aberto”. Os participantes no procedimento têm acesso às fases a partir de um determinado momento até a versão final do contrato a ser celebrado. Contudo, cumpre salientar um aspecto crucial: “aberto, também, para o público em geral (qualquer cidadão), agora, por força da interligação entre as plataformas eletrónicas e o designado Portal dos Contratos Públicos”⁷⁴¹.

A este respeito, Miguel Assis Raimundo, esclarece que em França, diferentemente do que ocorre em Portugal, onde todas as propostas são acessíveis livremente, “em nenhum procedimento os participantes têm acesso à integralidade da proposta dos outros concorrentes, tendo apenas a conhecer [...] os elementos essenciais da proposta vencedora, aquando da notificação da decisão final. Também em Itália, o acesso aos elementos das propostas adjudicadas depende de requerimento”⁷⁴².

Raimundo enfatiza a absoluta legitimidade quanto à fundamental “pretensão da sociedade de aumentar a transparência e a *accountability* sobre certos domínios da actividade administrativa, como é o caso da contratação pública, que tem sido tristemente afectada por fenómenos como a corrupção e a má gestão”. O Autor se refere inclusive ao carácter essencial “de um governo aberto e de uma verdadeira *contratação aberta*”⁷⁴³.

Cabe ressaltar que no Relatório Anticorrupção da União Europeia, em anexo referente a Portugal, há a seguinte observação acerca de pontos suscetíveis de maior atenção: “[r]eforçar a transparência e a verificação *ex ante* e *ex post* dos processos de

⁷⁴⁰ *Ibidem*, pág. 189. O Autor acrescenta o seguinte: “[a] simples percepção, pelos envolvidos, de que os seus procedimentos e as suas decisões se encontram expostas a um escrutínio público fácil e acessível induz contenção e tem o efeito de prevenir comportamentos menos íntegros ou situações ostensivas de conflitos de interesses”.

⁷⁴¹ *Ibidem*, pág. 190.

⁷⁴² Cfr. Miguel Assis RAIMUNDO, *Contratos públicos, transparência e acesso à informação: uma abordagem preliminar*, in Ana Gouveia MARTINS *et al.* (Coord.), Atas do XI Encontro de Professores de Direito Público. Direito público e direitos públicos: pontes, diálogos e encruzilhadas, Universidade do Porto, 26 e 27 de janeiro de 2018, págs. 136-137.

⁷⁴³ *Ibidem*, pág. 142 (grifos do Autor). No entanto, o Autor adverte que “[e]ssa legítima pretensão [...] não pode fazer esquecer que um sistema de transparência total e irrestrita significaria abandonar a protecção de interesses juridicamente relevantes, que também estão presentes na contratação pública, e que são, desde logo, os interesses dos particulares com os quais a Administração contrata (mas também, [...] os interesses, a médio e longo prazo, da própria Administração)”.

adjudicação de contratos públicos, bem como o controlo da fase de execução dos contratos públicos, incluindo os contratos celebrados por empresas públicas e parcerias público-privadas”⁷⁴⁴.

Quanto ao assim denominado “regime de acesso intra-procedimental à informação”, na acepção de Raimundo, há três modos através dos quais este acesso pode ocorrer: acesso através do procedimentos pré-contratuais, acesso à informação sobre o contrato celebrado e pedidos de informação acerca da execução contratual. Quanto à diferença apontada pelo Autor, cumpre sublinhar que na fase da execução “não se colocam questões de protecção da concorrência e igualdade de tratamento no *procedimento de escolha do co-contratante*”. Conforme o entendimento de Raimundo, tal diferença pode ser importante para a análise sobre o direito de acesso, “no sentido de ser mais fácil justificar a quebra da reserva para impedir uma decisão de escolha ilegal de um concorrente, do que para vigiar ou fiscalizar, *ex post*, se ele executou bem o contrato”⁷⁴⁵.

O Conselho de Prevenção da Corrupção de Portugal demonstra claramente a relevância do direito de acesso em sua Recomendação de 2 outubro de 2019, nos seguintes termos: “1. Reforçar a atuação na identificação, prevenção e gestão de riscos de corrupção e infrações conexas nos contratos públicos, quanto à sua formação e execução, devendo, em especial, fundamentar a decisão de contratar, a escolha do procedimento, a estimativa do valor do contrato e a escolha do adjudicatário”⁷⁴⁶.

A correção de assimetrias informativas nesta seara também é objeto de análise de Raimundo. A este respeito, o Autor afirma que se trata de “um dever da entidade adjudicante, instrumental da salvaguarda dos princípios da transparência, concorrência e

⁷⁴⁴ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, Anexo Portugal do relatório anticorrupção da União Europeia, Bruxelas, 3.2.2014 COM (2014) 38 final.

⁷⁴⁵ Cfr. Miguel Assis RAIMUNDO, *Contratos públicos, transparência e acesso à informação: uma abordagem preliminar*, in Ana Gouveia MARTINS *et al.* (Coord.), Atas do XI Encontro de Professores de Direito Público. Direito público e direitos públicos: pontes, diálogos e encruzilhadas, Universidade do Porto, 26 e 27 de janeiro de 2018, págs. 142-143 (grifos do Autor). O Autor apresenta as razões pelas quais opta pela abordagem das questões atinentes à tramitação dos procedimentos pré-contratuais. Primeiramente, atém-se à designação do significado de “acesso intra-procedimental à informação”, *in verbis*: “o acesso que os diversos participantes no procedimento de formação de um contrato público têm quanto às informações referentes aos outros participantes, com o particular propósito de controlarem as decisões que vão sendo tomadas ao longo do procedimento, e especialmente, a decisão de adjudicação”. Em seguida, justifica sua opção: “[o] facto de nos concentrarmos nesta questão prende-se, essencialmente, com a dificuldade, e consequentemente o interesse dogmático, que a mesma suscita (além de ser uma questão com crescente relevância prática)”.

⁷⁴⁶ Cfr. CONSELHO DE PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO, *Recomendação prevenção de riscos de corrupção na contratação pública*, Lisboa, janeiro 2015, disponível em [recomendacao_cpc_20191002.pdf](https://www.recomendacao_cpc_20191002.pdf) (tcontas.pt), pág. 1.

igualdade de tratamento”. Como exemplo da necessária publicitação alude à previsão contida no Código de Contratos Públicos revisto, artigo 35.º-A, n.º 4, sobre consulta preliminar ao mercado. Já quanto à execução contratual, Raimundo expõe o exemplo advindo do direito francês. Este exemplo surgiu com uma recente lei sobre a “obrigatoriedade de os concessionários de serviços públicos produzirem e disponibilizarem [...] um conjunto de informações destinadas precisamente [...] a permitir a difusão generalizada dessa informação pelos interessados num futuro procedimento concorrencial em que a actividade concessionada volte a ser proposta ao mercado”⁷⁴⁷.

Ademais, Pedro Costa Gonçalves traz a lume a disposição contida no artigo 315.º do Código de Contratos Públicos acerca da publicidade das modificações, *in verbis*: “1 – As modificações, incluindo as que tenham por objeto a realização de prestações complementares, devem ser publicitadas pelo contraente público no portal dos contratos públicos até cinco dias após a sua concretização, devendo a publicidade ser mantida até seis meses após a extinção do contrato”. O número 3 do referido artigo estabelece que a publicitação é condição de eficácia dos atos ou acordos modificativos, nomeadamente para efeitos de quaisquer pagamentos. Neste sentido, Gonçalves extrai consequências relevantes. Primeiramente, “sem publicitação, o contrato não produz efeitos jurídicos, nem financeiros”. Especificamente em relação ao número 3, “[t]rata-se [...] de uma exigência de transparência relacionada já não com a fase da adjudicação de um contrato público, mas antes com o desenvolvimento da relação contratual. Por força da disposição legal, qualquer cidadão tem acesso aos termos e condições das modificações”⁷⁴⁸.

Quanto aos pactos de integridade, há um exemplo implementado em Portugal que se encontra em curso desde 2016. Refere-se às obras de conservação e restauro do Mosteiro de Alcobaça. A Direção-Geral do Património Cultural, em articulação com a Transparência Internacional, é responsável pelo projeto de um milhão de euros que tem como objetivo proteger e restaurar o Mosteiro. Transparência Internacional monitora os trabalhos com vistas ao aperfeiçoamento da transparência e da eficiência na aplicação dos

⁷⁴⁷ Cfr. Miguel Assis RAIMUNDO, *Contratos públicos, transparência e acesso à informação: uma abordagem preliminar*, in Ana Gouveia MARTINS *et al.* (Coord.), Atas do XI Encontro de Professores de Direito Público. Direito público e direitos públicos: pontes, diálogos e encruzilhadas, Universidade do Porto, 26 e 27 de janeiro de 2018, pág. 131. O Autor se refere à lei francesa “*loi 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique*, que alterou o artigo 53 da lei francesa sobre concessões (*ordonnance 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession*)” (grifos do Autor).

⁷⁴⁸ Cfr. Pedro Costa GONÇALVES, *Eficiência e transparência na contratação pública: a contratação eletrônica*, in José Carlos Vieira de ANDRADE, Suzana Tavares da SILVA, As reformas do sector público: perspectiva ibérica no contexto pós-crise, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, julho de 2017, pág. 192. A referida redação do artigo mencionado advém da Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, com início de vigência em 20 de junho de 2021.

recursos. Isto significa que informações relevantes a respeito da contratação pública são disponibilizadas aos cidadãos interessados. Até o presente momento, a Direção-Geral do Património Cultural é a única agência pública em Portugal que implementa um pacto de integridade. Portanto, este projeto transformou-se em um estudo de caso para que as lições dele provenientes sejam benéficas para as demais obras dependentes de recursos públicos, com o aprimoramento da transparência e melhor aproveitamento destes recursos⁷⁴⁹.

Um outro exemplo advém do Código do Procedimento Administrativo (CPA), Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, que estabelece as definições de procedimento e processo administrativo em Portugal. Em análise acerca de algumas alterações recentes na revisão realizada em janeiro de 2015, José Carlos Vieira de Andrade discorre acerca do princípio da boa administração presente como imperativo nesta revisão, especialmente no que tange “uma perspectiva algo diversa, tendo como conteúdo principal a garantia dos direitos de participação e de informação dos particulares”⁷⁵⁰.

Para o Autor, o princípio da adequação procedimental (insculpido no artigo 56.º) possibilita uma “discricionariedade na estruturação do próprio procedimento” ao responsável por sua direção. Exsurge assim a permissão para que ocorra “alguma flexibilidade e capacidade de adaptação da tramitação dos procedimentos administrativos – adaptação que [...] pode ser até concertada com os interessados, mediante ‘acordos endoprocedimentais’, designadamente quando haja particulares com interesses contrapostos”⁷⁵¹. O artigo 57.º dispõe acerca dos acordos endoprocedimentais.

⁷⁴⁹ Cfr. TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Integrity pacts – civil control mechanism for safeguarding EU funds*, Berlin, 2021, disponível em Data - Integrity Pacts – Civil Control Mechanism... - Transparency.org.

⁷⁵⁰ Cfr. José Carlos Vieira de ANDRADE, *Algumas alterações recentes ao Código do Procedimento Administrativo português*, in José Carlos Vieira de ANDRADE, Suzana Tavares da SILVA, *As reformas do sector público: perspectiva ibérica no contexto pós-crise*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, julho de 2017, pág. 100. Em complementação, o Autor tece os seguintes comentários: “[a] diferença de perspectiva talvez ache explicação na circunstância de os direitos de informação e de participação dos interessados já terem encontrado, na ordem interna, constitucional e administrativa, uma consagração sólida – os direitos de informação procedimental (informações, consulta e certidões) são robustos, e assegurados por um processo judicial urgente e eficaz, e a audiência prévia dos interessados no fim da instrução, que constituiu a grande novidade introduzida pelo CPA em 1991, tem, desde então, reflexos profundos na prática administrativa”.

⁷⁵¹ *Ibidem*, págs. 100-101. Com a preferência pela utilização de meios eletrônicos em busca da eficiência na Administração Pública, esclarece o Autor que “[e]sta preferência inscreve-se na evolução para o que já se designa como ‘novo direito administrativo’, operando a *desmaterialização* ou *digitalização* dos procedimentos, da informação e da comunicação, nas relações com os particulares e no relacionamento interadministrativo, de forma a permitir a articulação, que no futuro tenderá a alargar-se, com as administrações europeias e internacionais (*electronic government*)” (grifos do Autor). Convém transcrever a literalidade do artigo 56.º do CPA, cuja epígrafe é Princípio da adequação procedimental: “Na ausência de normas jurídicas injuntivas, o responsável pela direção do procedimento de discricionariedade na respetiva estruturação, que, no respeito pelos princípios gerais da atividade administrativa, deve ser orientada pelos interesses públicos da participação, da eficiência, da economicidade e da celeridade na

Bárbara Bravo, Isabela de Mello e Carlos Branco abordam os acordos endoprocedimentais ao discorrerem sobre a participação dos cidadãos no sistema administrativo português. Em consonância com a disposição do artigo 57.º, os particulares têm a possibilidade de participar no processo de formação da decisão da Administração Pública. Os acordos são realizados por escrito e têm efeito vinculativo no ato a ser expedido pela Administração. Trata-se, portanto, de uma flexibilização do procedimento, sempre embasada pelo princípio da legalidade, que traz vantagens ao sistema administrativo, tais como: a melhor decisão para o caso concreto, uma vez que existe uma concertação entre o interessado e o órgão administrativo e a redução da litigiosidade pelo fato de que no acordo negocia-se o conteúdo da decisão final (parcial ou totalmente), sobre a qual o interessado já terá ciência⁷⁵².

Ao apontarem as vantagens deste tipo de acordo, os Autores afirmam que “[w]ith the increase in participation, due to the continuous evolution of the Portuguese administrative system, the administration has achieved more balanced and fair decisions”. Por conseguinte, evidenciam a evolução da Administração Pública em Portugal ao formularem suas conclusões: “[i]t is concluded that the public administration has evolved in order to increase the participation of individuals, deviating from the traditional way of acting based on rigidity, centralization, concentration and administrative bureaucratization”⁷⁵³.

Por derradeiro, José Carlos Vieira de Andrade tece considerações bastante pertinentes acerca desta temática. O Autor enfatiza o modo pelo qual o CPA “promove a concertação e a contratualização da actividade administrativa”. Além dos acordos endoprocedimentais, abre-se a possibilidade para que o procedimento termine como um contrato, “na linha da concepção do contrato como figura de utilização geral, já iniciada

preparação da decisão”. A transcrição do artigo 57.º do CPA, cuja epígrafe é Acordos endoprocedimentais, também faz-se necessária: “1- No âmbito da discricionariedade procedimental, o órgão competente para a decisão final e os interessados podem, por escrito, acordar termos do procedimento. 2 – Os acordos referidos no número anterior têm efeito vinculativo e o seu objeto pode, designadamente, consistir na organização de audiências orais para exercício do contraditório entre os interessados que pretendam uma certa decisão e aqueles que se lhe oponham. 3 – Durante o procedimento, o órgão competente para a decisão final e os interessados também podem celebrar contrato para determinar, no todo ou em parte, o conteúdo discricionário do ato administrativo a praticar no termo do procedimento”.

⁷⁵² Cfr. Bárbara BRAVO, Isabela de MELLO, Carlos BRANCO, *Administrative democratization: the participation of citizens in the Portuguese administrative system*, in M. Elvira MENDEZ-PINEDO et al. (Editors), *Practical aspects regarding the role of administrative law in the modernization of public administration*, Bucharest, ADJURIS – International Academic Publisher, 2019, pág. 163.

⁷⁵³ *Ibidem*, págs. 163-164.

na versão original do CPA e entretanto afirmada expressamente no Código dos Contratos Públicos”, conforme artigos 77.º, n.º 4 e 127.⁷⁵⁴.

Vieira de Andrade alude, por consequência, a uma visão “avançada” das relações jurídicas em sede de Administração Pública em Portugal, em sinonímia com o que ocorre em Espanha e Itália. Neste sentido, “mesmo num sistema de administração executiva, boa parte da administração pode ser exercida em termos tendencialmente paritários, não implicando necessariamente a prática de um acto administrativo unilateral”⁷⁵⁵.

4. Instrumentos de efetivação da participação social no Brasil

O direito de informação pública está previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Conforme a disposição contida no artigo 5.º, XXXIII, “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”. Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, em comentário referente à esta disposição, asseveram que “o Poder Público tem a obrigação de manter o cidadão constante e integralmente informado, municiando-lhe com todas as informações acerca das atividades públicas”⁷⁵⁶. O artigo 37, § 3.º dispõe sobre a forma de participação do usuário na Administração Pública direta e indireta conforme a lei. O inciso II se refere especificamente sobre o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo. A Lei em questão é a de n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011.

A maior participação social é incentivada através da facilitação ao acesso à informação. Para Caroline Müller Bitencourt e Janriê Rodrigues Reck, “o acesso à

⁷⁵⁴ Cfr. José Carlos Vieira de ANDRADE, *Algumas alterações recentes ao Código do Procedimento Administrativo português*, in José Carlos Vieira de ANDRADE, Suzana Tavares da SILVA, *As reformas do sector público: perspectiva ibérica no contexto pós-crise*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, julho de 2017, págs. 106-107. Cabe transcrever os artigos supramencionados: “Artigo 77.º - Conceitos e modalidades: 4 – Quando não exista incompatibilidade entre a forma contratual e a matéria a conformar, as conferências deliberativa e de coordenação podem terminar pela celebração de um contrato entre os órgãos participantes e o interessado, em substituição do ato ou dos atos cuja preparação se visava. Artigo 127.º - Decisão do procedimento: Salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer, o procedimento pode terminar pela prática de um ato administrativo ou pela celebração de um contrato.

⁷⁵⁵ *Ibidem*, pág. 107.

⁷⁵⁶ Cfr. Luiz Alberto David ARAÚJO, Vidal Serrano NUNES JÚNIOR, *Curso de direito constitucional*, 6.ª ed., rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 2002, pág. 109.

informação está conectado com outros direitos fundamentais, como a própria figura da cidadania e do direito à boa administração pública, pois o conhecimento é fundamental para a participação do indivíduo na tomada de decisão dos interesses públicos”⁷⁵⁷.

Neste diapasão, Cristiano Aguiar Lopes é contundente ao afirmar que “permitir o acesso público à informação é uma ferramenta para se garantir o objetivo de ter um Estado que funciona melhor e com menos dispêndio de recursos”⁷⁵⁸. O Autor se refere à ausência de uma conceituação exata sobre informação pública, embasada em lei, à época da realização de sua investigação⁷⁵⁹.

Cumprido salientar que na Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação – LAI), consoante considerações de José Maria Jardim, “[o] cidadão está no epicentro [...]. A sua lógica político-jurídica é a garantia de acesso à informação ao cidadão pelo Estado. Por outro lado, a LAI supõe um grau de ordenamento informacional do Estado brasileiro que ainda está longe de existir”⁷⁶⁰.

Tal assertiva é corroborada em Sumário Executivo proveniente de uma pesquisa para fornecimento de diagnóstico acerca dos valores, conhecimento e cultura de acesso à informação pública realizada por Roberto DaMatta a pedido da Controladoria-Geral da União. Apesar de ter sido observado que “há um movimento em curso de abertura e conscientização sobre a importância da transparência”, destacam-se os resultados referentes aos “desafios [que] deverão ser enfrentados para a implementação bem-sucedida da Lei”. Em breve síntese, “[a]lém dos desafios relativos à mudança da cultura do segredo para uma cultura do acesso, há também obstáculos operacionais e técnicos”⁷⁶¹.

Elena Pacita Lois Garrido tece considerações sobre o dever de divulgar permanentemente, estabelecido pela LAI. A referida Lei, embasada no princípio da publicidade, “ratifica o dever de todos os órgãos e entidades públicas de promover permanentemente a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências,

⁷⁵⁷ Cfr. Caroline Müller BITENCOURT, Janriê Rodrigues RECK, *Controle da transparência na contratação pública no Brasil – o acesso à informação como forma de viabilizar o controle social da administração pública*, in Revista do Direito, vol. 2, n.º 49, mai./ago. 2016, pág. 98.

⁷⁵⁸ Cfr. Cristiano Aguiar LOPES, *Acesso à informação pública para a melhoria da qualidade dos gastos públicos – literatura, evidências empíricas e o caso brasileiro*, in Caderno de Finanças Públicas, n.º 8, dez. 2007, pág. 11.

⁷⁵⁹ *Ibidem*, pág. 36.

⁷⁶⁰ Cfr. José Maria JARDIM, *A lei de acesso à informação pública: dimensões político-informacionais*, in Tendências da Pesquisa Brasileira em Ciência da Informação, vol. 5, n.º 1, 2012, pág. 7.

⁷⁶¹ Cfr. Roberto DAMATTA, *Sumário executivo. Pesquisa diagnóstico sobre valores, conhecimento e cultura de acesso à informação pública no poder executivo federal brasileiro*, Controladoria-Geral da União, Brasília, dezembro/2011, disponível em [sumario.indd \(cgu.gov.br\)](http://sumario.indd.cgu.gov.br), págs. 18-19.

das informações de caráter geral e de interesse coletivo que resultem de suas ações e obrigações, independentemente de requerimento de quem quer que seja”⁷⁶².

Quanto ao atendimento ao cidadão, Garrido aborda uma série de peculiaridades presentes na LAI. Suas observações sobre o local no qual ocorrerá a prestação do serviço de informações se referem à sua adequação quanto à realização de audiências ou consultas públicas para que haja plena oportunidade para a participação popular. A Autora também alude ao amplo espectro conferido pela presente Lei ao pedido em si e a quem possui interesse em sua obtenção: “[q]ualquer pessoa interessada poderá apresentar um pedido para acessar informação de que necessitar, por meio legítimo, identificando-se e especificando a informação que quer receber, sem necessidade de justificar as razões que o levam a buscar aquela informação ou prestar esclarecimentos relativos à utilização”⁷⁶³.

Em sede de contratação pública, há muitos desafios a serem enfrentados. Vandeir Robson da Silva Matias e Matusalém de Brito Duarte destacam a utilização da tecnologia neste jaez: “[o] desenvolvimento tecnológico representa hoje um momento importante para a administração pública, pois serve para mitigar algumas deficiências do setor público que sempre foi caracterizado por ineficiência, ineficácia, falta de transparência e custos excessivos”⁷⁶⁴.

Os Autores aludem à questão da crescente relevância quanto à necessidade de expansão das redes de distribuição de informações, “sobretudo diante da relativa ausência de uma política de informação definida para os diferentes órgãos da administração pública”. Para que esta questão possa ser dirimida, sugerem “um modelo *estruturado de gerenciamento da tecnologia e da informação*, aplicados de maneira sistematizada nos processos de *gestão participativa*, havendo, portanto, a confiança de que esses sistemas podem ser utilizados para *tomada de decisão pelos cidadãos*”⁷⁶⁵.

Na esteira destas observações, Vera Regina Ramos Pinto complementa: “[a]o longo dos anos, os sistemas de informação têm sido cada vez mais desenvolvidos e disponibilizados pelo governo federal para melhorar sua governança bem como atender

⁷⁶² Cfr. Elena Pacita Lois GARRIDO, *Lei de acesso às informações públicas*, in Revista Jurídica Confederação Nacional de Municípios - CNM, vol. 1, 2012, pág. 60.

⁷⁶³ *Ibidem*, pág. 63.

⁷⁶⁴ Cfr. Vandeir Robson da Silva MATIAS, Matusalém de Brito DUARTE, *Análise da política pública de governo eletrônico na região metropolitana de Belo Horizonte – MG*, in Brazilian Journal of Development, vol. 5, n.º 12, dec. 2019, pág. 33231. Os Autores complementam da seguinte maneira: “[o] uso das tecnologias de comunicação, como a internet, nas ações governamentais vem se tornando algo essencial para corrigir essas distorções e reformular as administrações públicas, tornando-as mais eficientes e legítimas perante os atores sociais”.

⁷⁶⁵ *Ibidem*, págs. 33231-33232 (grifo nosso).

aos anseios dos cidadãos por maior transparência”⁷⁶⁶. Estes anseios foram direcionados para a concepção de *accountability* democrática, consoante entendimento de Eduardo Henrique Diniz *et al.* Para os Autores, trata-se de “um princípio que se expressa em mecanismos institucionais que devem constranger os governos continuamente a prestar contas à sociedade e a outros atores no sistema político (Legislativo, Judiciário etc.)”⁷⁶⁷.

Pinto esclarece que foi a necessidade de organização das atividades administrativas de maneira centralizada que deu origem ao Decreto n.º 1.094, de 23 de março de 1994⁷⁶⁸. Este Decreto dispõe sobre o Sistema de Serviços Gerais (SISG) dos órgãos civis da Administração Federal direta, das autarquias federais e fundações públicas. Através deste Decreto, ocorreu a instituição do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais (SIASG), auxiliar do SISG, destinado à sua informatização e operacionalização, com a finalidade de integrar e dotar os órgãos da administração direta, autárquica e fundacional de instrumento de modernização, em todos os níveis, especialmente quanto ao catálogo unificado de materiais e serviços, cadastramento unificado de fornecedores e registro de preços de bens e serviços (artigo 7.º).

O SIASG é o sistema no qual se realizam as operações das compras governamentais dos órgãos integrantes do Sistema de Serviços Gerais (SISG). Estas operações se referem à divulgação e realização das licitações, emissão de notas de empenho, registro dos contratos administrativos, catalogação de materiais e serviços e cadastro de fornecedores. Os órgãos que não pertencem ao SISG também podem utilizar o SIASG, em sua integralidade ou através de módulos específicos. Para tal, devem aderir formalmente ao sistema mediante assinatura de termo de adesão⁷⁶⁹.

Pinto tece considerações acerca do “Portal de Compras Governamentais – COMPRASNET”. Trata-se do modo pelo qual é possível obter o acesso on-line sobre o processo de compras. Através deste Portal, “é permitido consultar convites, tomada de

⁷⁶⁶ Cfr. Vera Regina Ramos PINTO, *Um breve histórico sobre inovações em compras e licitações públicas no Brasil*, in *Brazilian Journal of Development*, vol. 6, n.º 8, Aug. 2020, pág. 63386.

⁷⁶⁷ Cfr. Eduardo Henrique DINIZ *et al.*, *O governo eletrônico no Brasil: perspectiva histórica a partir de um modelo estruturado de análise*, in *Revista de Administração Pública – RAP*, vol. 43, n.º 1, jan./fev. 2009, pág. 27. Os Autores apresentam o modo pelo qual a *accountability* democrática deve ser realizada: “[p]ara a sua plena realização, tais mecanismos institucionais devem garantir o controle público das ações dos governantes, permitindo aos cidadãos não só serem informados sobre aquelas ações, mas também possibilitando a eles influir na definição das metas coletivas, não somente através das eleições, mas ao longo dos mandatos dos seus representantes, garantindo a responsabilização ininterrupta dos governos”.

⁷⁶⁸ Cfr. Vera Regina Ramos PINTO, *Um breve histórico sobre inovações em compras e licitações públicas no Brasil*, in *Brazilian Journal of Development*, vol. 6, n.º 8, Aug. 2020, pág. 63386.

⁷⁶⁹ Cfr. GOVERNO FEDERAL, *Portal de compras do governo federal – Comprasnet*, Brasília, 2021, disponível em *Comprasnet — Português (Brasil)* (www.gov.br).

preços, concorrências e pregões, verificar cadastro de fornecedores através do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF), fazer download da íntegra de editais, consultar resultados das licitações realizadas etc.”⁷⁷⁰. Solon Lemos Pinto assevera que “[a] consulta a informações está franqueada a qualquer interessado, por meio da Internet. Os serviços de interesse específico de fornecedores do governo são acessados por meio de assinatura”⁷⁷¹.

O Portal passou a ser denominado “COMPRASNET 4.0” por ser considerado uma estrutura evolutiva do anterior. Foram inseridos alguns novos subsistemas, tais como planejamento institucional e anual de compras (PGC), primeiro módulo da fase interna e preparatória das licitações (ETP Digital), gestão e fiscalização contratual (COMPRASNET Contratos), nova sala de disputa de licitações para fornecedor reestruturada e um aplicativo que possibilita acesso facilitado a oportunidades de venda para o governo. Objetiva-se integralizar os dados em um sistema único que permita operacionalizar e controlar as diversas etapas da compra pública. Haverá a possibilidade quanto à interação entre servidores públicos, gestores de governo, fornecedores, órgãos de controle e cidadãos⁷⁷².

Com a promulgação da Lei n.º 14.133/2021, nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, houve a criação do “Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP)”, consoante disposição do artigo 174. Consoante análise de Marçal Justen Filho a respeito deste artigo, ele “institui um portal eletrônico destinado a divulgar, a consolidar, a manter uma quantidade muito significativa de informações heterogêneas, no interesse de todos os entes integrantes da Federação”. Neste sentido, o Autor aponta alguns obstáculos a serem enfrentados: as limitações técnicas, as limitações de acesso à internet e dúvidas quanto à viabilidade de atingimento dos resultados pretendidos⁷⁷³.

⁷⁷⁰ Cfr. Vera Regina Ramos PINTO, *Um breve histórico sobre inovações em compras e licitações públicas no Brasil*, in *Brazilian Journal of Development*, vol. 6, n.º 8, Aug. 2020, pág. 63386.

⁷⁷¹ Cfr. Solon Lemos PINTO, *A aplicação da tecnologia da informação às compras governamentais na administração federal*, in *Revista Informática Pública*, vol. 3, n.º 4, 2002, pág. 86.

⁷⁷² Cfr. GOVERNO FEDERAL, *Portal de compras do governo federal – Comprasnet*, Brasília, 2021, disponível em *Comprasnet — Português (Brasil)* (www.gov.br).

⁷⁷³ Cfr. Marçal JUSTEN FILHO, *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: Lei 14.133/2021*, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021, págs. 1716-1717. Especificamente: “1. As limitações técnicas: [a] primeira questão envolve as limitações técnicas envolvidas. A quantidade de informações a serem armazenadas no PNCP apresenta dimensão muito grande, o que implica desafios tanto quanto a equipamentos como quanto a programas. A implementação fática do PNCP propicia incertezas, que ultrapassam largamente as questões jurídicas relacionadas. 2. As limitações de acesso à internet: [a] operação adequada do PNCP pressupõe infraestrutura compatível. Certamente, é indispensável a utilização de internet de banda larga e de alta velocidade. É previsível que uma parcela significativa de agentes públicos e de operadores privados não disponha de condições para atender aos requisitos para a operação satisfatória do PNCP. 3. A viabilidade de atingimento aos resultados pretendidos: [a] dimensão e a

Dentre as inúmeras funcionalidades a serem oferecidas pelo PNCP, destaca-se o sistema de gestão compartilhada com a sociedade de informações referentes à execução do contrato (artigo 174, § 3.º, VI). Justen Filho esclarece que este sistema envolve “mensagens, acesso ao sistema informatizado de obras, comunicação entre a população, a Administração e o contratado e divulgação de relatório final sobre aprimoramento de atividades da Administração”⁷⁷⁴.

Marçal Justen Neto realiza comparação entre as características do PNCP e o atual portal de Compras do Governo Federal. Para o Autor, o atual portal sob responsabilidade da União “é um parâmetro a não ser seguido. Sua navegação é pouco intuitiva, é difícil pesquisar informações sobre licitações em andamento e consultar dados sobre contratações a partir de vários critérios. A ampla transparência somente será atingida se o PNCP possuir recursos que facilitem a consulta de qualquer interessado”⁷⁷⁵.

Cabe assinalar que o artigo 194 estabelece que Lei n.º 14.133/2021 entra em vigor na data de sua publicação, em 1.º de abril de 2021. Wesley Bento destaca que, de acordo com o artigo 191, “a Administração poderá optar, desde então, por licitar ou contratar diretamente de acordo com a referida lei ou conforme a Lei n.º 8.666/1993, a Lei n.º 10.520/2002 ou a Lei n.º 12.462/2011, exigindo apenas que a lei escolhida seja indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta”⁷⁷⁶.

Outro ponto relevante diz respeito à disposição do artigo 193 atinente à vigência concomitante. Marçal Justen Filho esclarece que “[a]s leis anteriores sobre licitação e contratação administrativa referidas no inc. II do art. 193 permanecerão em vigor por dois anos. Considerando a data de publicação oficial, o termo final de sua vigência recairá em 4 de abril de 2023”⁷⁷⁷.

heterogeneidade de informações podem comprometer a eficácia da solução concebida. É previsível que, mesmo se houver viabilidade de acesso, a navegação interna no PNCP apresente complexidade e desafios muito significativos. Será necessário desenvolver arquitetura interna que assegure a pesquisa, com mecanismos de busca que permitam obter, de modo rápido e simples, as informações pretendidas”.

⁷⁷⁴ *Ibidem*, pág. 1718.

⁷⁷⁵ Cfr. Marçal JUSTEN NETO, *Portal Nacional de Contratações Públicas (arts. 174 a 176 da nova lei de licitações)*, in Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, n.º 166, dezembro de 2020, págs. 1-2.

⁷⁷⁶ Cfr. Wesley BENTO, *A polêmica sobre o Portal Nacional de Contratações Públicas*, in Consultor Jurídico - ConJur, São Paulo, julho de 2021, disponível em ConJur - Bento: A polêmica sobre o Portal Nacional de Contratações Públicas.

⁷⁷⁷ Cfr. Marçal JUSTEN FILHO, *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: Lei 14.133/2021*, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021, pág. 1772. Cumpre transcrever o artigo 193: “Revogam-se: I – os arts. 89 a 108 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação desta Lei; II – a Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1.º a 47-A da Lei n.º 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei”.

Neste contexto, Justen Filho expõe a problemática relativa às providências práticas indispensáveis devido à previsão de vigência imediata da Lei n.º 14.133/2021, em especial quanto ao Portal Nacional de Contratações Públicas: “[a] operacionalização de licitações e contratações, especialmente no âmbito da União, depende da viabilidade de funcionamento desse Portal. As dificuldades pertinentes poderão comprometer a viabilidade de aplicação efetiva da Lei 14.133/2021”⁷⁷⁸.

Wesley Bento tece considerações sobre este tema. Consoante esclarecimentos do Autor, apesar de existirem dispositivos que dependem de regulamentação específica, “a pendência de criação do PNCP é insuficiente para suprimir a vigência e eficácia geral da norma, desde que a divulgação dos respectivos atos ocorra em sítio eletrônico oficial, de forma centralizada, e observe todas as exigências relativas à publicidade e transparência do procedimento prevista no teor do referido diploma legal”⁷⁷⁹.

No período de fevereiro a novembro de 2020, enquanto ocorriam os debates acerca do novo marco legal sobre licitações e contratações públicas no Congresso Nacional, a Secretaria de Gestão do Ministério da Economia (SEGES) e o Laboratório de Inovação em Governo GNova, em conjunto com especialistas, órgãos de controle, cidadãos, fornecedores e gestores governamentais oriundos das diferentes esferas da Federação, reuniram-se com o objetivo de desenvolver a interface do novo Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) da União⁷⁸⁰.

⁷⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁷⁹ Cfr. Wesley BENTO, *A polêmica sobre o Portal Nacional de Contratações Públicas*, in Consultor Jurídico - Conjur, São Paulo, julho de 2021, disponível em ConJur - Bento: A polêmica sobre o Portal Nacional de Contratações Públicas.

⁷⁸⁰ Cfr. GNOVA - LABORATÓRIO DE INOVAÇÃO EM GOVERNO, *Projeto: Portal Nacional de Contratações Públicas*, Brasília, 2021, disponível em Projeto: Portal Nacional de Contratações Públicas (enap.gov.br). Cabe sublinhar que foi utilizada a metodologia baseada em *design thinking* de acordo com as seguintes etapas: “1. Entendimento: entendimento inicial dos problemas que o Portal ajudará a resolver na visão dos especialistas em compras; 2. Teste de Pesquisa de Campo: preparação da pesquisa de campo, teste e melhoria do roteiro de entrevista e outras ferramentas de observação; 3. Observação: realização de pesquisa documental e pesquisa de campo; 4. Definição do Problema: mapeamento de problemas para ideação e prototipagem; 5. Levantamento de material para inspiração: pesquisa prospectiva que realizou extenso levantamento de iniciativas nacionais e internacionais de portais de compras públicas e outras inspirações para subsídio à etapa de Ideação; 6. Ideação e Prototipagem: proposição e desenho de soluções com base nos insumos gerados nas etapas anteriores; 7. Teste e Iteração: desenvolvimento e aplicação do teste dos protótipos desenvolvidos em usuários reais do portal. A partir do teste, foram aprimorados os protótipos de baixa fidelidade; 8. Desenvolvimento: etapa de desenho de telas de plataforma digital; 9. Avaliação e Apresentação: avaliação dos resultados, mapeamento de lições aprendidas, balanço dos resultados da implementação do projeto e identificação dos próximos passos. Ajustes finais a partir da validação da SEGES”. Os arquivos referentes às etapas mencionadas podem ser consultados através de biblioteca digital em ENAP – ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, *Portal Nacional de Contratações Públicas*, Brasília, 2021, disponível em Repositório Institucional da ENAP: Portal Nacional de Contratações Públicas.

A partir de junho de 2021, o Ministério da Economia disponibilizou termo de adesão para o credenciamento de plataformas de contratações públicas de todo o país com o objetivo de registrar e credenciar estes ambientes para a divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas. Esta medida visa desenvolver o portal juntamente com os demais poderes e estados⁷⁸¹.

A gestão compartilhada com a sociedade de informações referentes à execução do contrato (artigo 174, § 3.º, VI da Lei n.º 14.133/2021) vem ao encontro das discussões trazidas à baila por Alexandre Aroeira Salles, Mariana Miraglia e Matatias Parente ao discorrerem acerca da implementação da contratação pública colaborativa no Brasil, em sede de direito da construção. Iniciam sua abordagem apresentando uma perspectiva de ausência de consolidação de uma cultura de realização de alianças no país. Não há uma definição geral desta categoria na legislação brasileira⁷⁸².

Todavia, o artigo 425 do Código Civil Brasileiro (Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002) estabelece que é lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais nele fixadas. A este respeito, Nelson Rosenvald assevera que “a liberdade contratual que permite a elaboração de contratos atípicos é objeto de controle pelos princípios da boa-fé, função social e justiça contratual. Ou seja, amplia-se a autonomia privada, mas não a ponto de ferir a ordem pública”⁷⁸³.

Salles, Miraglia e Parente sustentam que a prevalência da autonomia privada é uma das maiores vantagens do direito contratual brasileiro no âmbito do direito privado. No entanto, esta vantagem também pode significar um dos principais obstáculos legais para a constituição de alianças no Brasil. A ausência de previsão legal aliada à falta de experiências práticas e inexistência de casos julgados pelas cortes brasileiras podem aumentar as incertezas das partes ao optarem por este novo tipo de acordo. Portanto, para os Autores, um ponto fundamental de incerteza em relação aos contratos de aliança é se, de acordo com o artigo 425 do Código Civil, “only the general rules on contracts are applicable to such contracts, or whether there may be contract types which are capable of

⁷⁸¹ Cfr. MINISTÉRIO DA ECONOMIA, *Ministério da Economia faz levantamento de plataformas de contratações públicas*, Brasília, junho de 2021, disponível em Ministério da Economia faz levantamento de plataformas de contratações públicas — Português (Brasil) (www.gov.br).

⁷⁸² Cfr. Alexandre Aroeira SALLES, Mariana MIRAGLIA, Matatias PARENTE, *How does collaborative procurement operate in Brazil?*, in David MOSEY, *Collaborative construction procurement and improved value*, London, Wiley Blackwell, 2019, pág. 403.

⁷⁸³ Cfr. Nelson ROSENVALD, *Comentários arts. 421 a 480 – Contratos (geral)*, in Cezar PELUSO (Coord.), *Código Civil comentado - doutrina e jurisprudência: Lei n.º 10.406, de 10.01.2002, 7.ª ed. rev. e atual.*, Barueri, Manole, 2013, pág.480. O Autor destaca a disposição do § único do artigo 2.035 do Código Civil neste contexto, *in verbis*: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

applying to certain aspects of an alliance, based on the assumption that alliances are ‘mixed contracts’”⁷⁸⁴.

Impende analisar, neste diapasão, como a gestão compartilhada de informações referentes à execução do contrato com a sociedade, prevista na nova Lei, exercerá influência sobre a suposição de que alianças sejam consideradas contratos mistos em âmbito de direito público com vistas à flexibilização e consequente simplificação contratual. Estes aspectos, em conjunto com os aspectos que se referem à utilização da tecnologia como meio para que sejam atingidos os fins de interesse público, serão abordados no item e no capítulo subsequentes, respectivamente.

5. Instrumentos de flexibilização através da participação dos cidadãos no monitoramento da execução da contratação pública

Pretende-se, inicialmente, explorar as vantagens advindas da publicação de contratos e detalhes de sua implementação. Charles Kenny, já no início da década passada, demonstrava a relevância desta temática. Para o Autor, a publicação regular do contrato e de etapas de sua implementação em detalhes é uma ferramenta comparativamente barata e potencialmente poderosa para melhorar os resultados na contratação pública. Em especial, a publicação de contratos administrativos aperfeiçoa a transparência e, conseqüentemente, reduz a corrupção. Há um inquestionável interesse público no acesso a tais documentos, pois envolvem a distribuição de recursos públicos ou propriedades sob controle governamental. A publicação também proporciona um grande estoque de capital intelectual público com a capacidade de, conforme aduz Kenny, “(i) reduce legal costs of contracting; and (ii) when combined with information on contract performance, help spread best practices and ease the process of learning lessons from failed approaches”⁷⁸⁵.

⁷⁸⁴ Cfr. Alexandre Aroeira SALLES, Mariana MIRAGLIA, Matatias PARENTE, *How does collaborative procurement operate in Brazil?*, in David MOSEY, *Collaborative construction procurement and improved value*, London, Wiley Blackwell, 2019, pág. 412.

⁷⁸⁵ Cfr. Charles KENNY, *Publishing construction contracts and outcome details*, in Policy Research Working Paper n.º 5247, World Bank, March 2010, disponível em World Bank Document, pág. 9. O Autor ainda esclarece, em detalhes: “[c]ontracts specify what is to be delivered, when, how, by whom and at what unit prices. As such, they contain a wealth of information about who will benefit from the contract, potential waste or padded prices, and what the project outputs should be. All of this information can be compared against original bid documents, information about implementation and final outputs to allow third parties to monitor procurements, awards and the efficacy of resource utilization”.

Suas considerações corroboram a importância de leis que propiciam o acesso às informações públicas e ao seu monitoramento. Com o objetivo de incentivar a publicação abrangente de contratos na área da construção e detalhes acerca de sua implementação, foi criada uma iniciativa global denominada “The Construction Sector Transparency (CoST) Initiative”. Trata-se de uma parceria entre governos, setor privado e sociedade civil, que visa aumentar a transparência e *accountability* na contratação pública da área de construção. CoST recomenda a divulgação pública de informações de contratação, pagamento e supervisão de projetos de construção financiados pelo governo. Em relação a alguns contratos, as informações serão validadas e comparadas com os resultados *in loco*. Um grupo formado por diversas partes interessadas da sociedade civil, governo e setor privado fiscalizam o processo de divulgação de informações e validação. Kenny apresenta um importante aspecto desta iniciativa: “[t]he core idea of CoST is ‘Get What You Pay For’. The premise of the initiative is greater accountability and transparency will reduce costs and improve the quality of government-financed construction”⁷⁸⁶.

Especificamente quanto a quais informações são divulgadas através desta iniciativa, geralmente inclui uma descrição do projeto (*e.g.* seu propósito, localização, especificações, custo, contratantes e data de entrega) e justificativas referentes a quaisquer diferenças entre o que foi planejado com determinados recursos e o que foi realmente construído e pago. Consoante o Secretariado Internacional de CoST, “[t]he information is disclosed in a form that is comprehensible to a range of stakeholders and through channels that are accessible to them”⁷⁸⁷.

Mihály Fazekas e Jürgen René Blum analisam a transparência e os “watchdog portals” nesta contextualização. Seu objetivo relaciona-se à melhoria do *value for money* e o acesso, influenciando o comportamento dos concorrentes e oferecendo apoio aos mecanismos de *accountability* perante a sociedade e no governo. Embora o impacto de transformação da transparência e prestação de informações seja indiscutível, ele deve ser combinado com motivação e capacidade suficientes para que seja possível agir embasado nas informações reveladas. Além disso, alguns aspectos práticos assumem grande relevância nesta seara. A transparência depende da acessibilidade real dos dados, o que significa a facilitação para alcançar a informação desejada com poucos cliques, ao invés de muito tempo para obter a mesma informação em diversos sítios. No entanto, os Autores

⁷⁸⁶ *Ibidem*, pág. 13.

⁷⁸⁷ COST INTERNATIONAL SECRETARIAT, *Construction sector transparency initiative – information pack*, Version 1, October 2012, London, disponível em Layout 1 (infrastructuretransparency.org), pág. 5.

ressaltam: “information of government contracts can have a broader, albeit less measurable, impact on public discourse and citizen awareness of public spending”⁷⁸⁸.

Ao realizarem investigação referente a um projeto sobre transparência fiscal, Luciana Cingolani *et al.* apontaram quão crucial é o acesso à integralidade da documentação: “[a]s the access to [...] full tender documentation is crucial for any bidding company or regular citizen wishing to scrutinize government contracting, its availability is essential for the well-functioning of public procurement systems”. Em complementação, esclarecem que pode ocorrer a indisponibilização de informações nos portais de contratações públicas⁷⁸⁹. Sobre este aspecto, Mihály Fazekas e Jürgen René Blum advertem: “information available on official government and watchdog portals is typically on high level of aggregation [...] and often contain missing or erroneous information limiting its use for civil society monitoring”⁷⁹⁰.

Um outro ponto pertinente diz respeito ao efetivo monitoramento de transações complexas e projetos. Em um estudo investigativo sobre esta temática realizado para promover a participação de beneficiários no monitoramento de serviços públicos educacionais em Índia, Abhijit V. Banerjee *et al.* constataram que, apesar de não terem logrado êxito nesta promoção, “a more optimistic conclusion is that even in a setting where information and mobilization did not lead citizens to engage with the public delivery system, it was still possible to harness their energy to improve the final outcome by offering them a concrete action plan”⁷⁹¹. Sobre este ponto específico, Mihály Fazekas e Jürgen René Blum observam que o efetivo monitoramento de transações complexas e projetos, típicos na contratação pública, requer um alto grau de observação direta do

⁷⁸⁸ Cfr. Mihály FAZEKAS, Jürgen René BLUM, *Improving public procurement outcomes. Review of tools and the state of the evidence base*, Policy Research Working Paper n.º 9690, World Bank, June 2021, disponível em World Bank Document, pág. 22. Após tecerem algumas considerações sobre portais públicos que auxiliam quanto ao monitoramento e maior grau de transparência, apesar de algumas impossibilidades técnicas, por exemplo em relação ao “download the full dataset and providing aggregate statistics”, os Autores discorrem acerca da importância dos “watchdog portals” neste contexto: “[w]atchdog portals, however, offer additional functionalities, typically using the same source data as transparency portals run by governments. These portals allow for monitoring governments from the viewpoint of corruption risks and spending efficiency by providing novel indicators which help making sense of the diverse and often hard-to-interpret data and also for calculating summary statistics. Widely publicized, early examples are the Slovakian public procurement portal or its Georgian twin, both run by Transparency International”.

⁷⁸⁹ Cfr. Luciana CINGOLANI *et al.*, *The digital whistleblower: fiscal transparency, risk assessment and the impact of good governance policies assessed*, London, August 2015, disponível em DIGIWHIST_D1_1-AccessToTenderInfo.pdf, págs. 13-14.

⁷⁹⁰ Cfr. Mihály FAZEKAS, Jürgen René BLUM, *Improving public procurement outcomes. Review of tools and the state of the evidence base*, Policy Research Working Paper n.º 9690, World Bank, June 2021, disponível em World Bank Document, pág. 23.

⁷⁹¹ Cfr. Abhijit V. BANERJEE *et al.*, *Pitfalls of participatory programs: evidence from a randomized evaluation in education in India*, in *American Economic Journal: Economic Policy*, vol. 2, n.º 1, February 2010, pág. 29.

desempenho e da má gestão. Isto pode ocorrer na área da construção, mas em serviços como educação e treinamento, a ausência de modos pelos quais a observação da má gestão possa ocorrer pode tornar a transparência ineficaz. Além disso, os custos referentes à disponibilização de dados publicamente em portais de transparência e vigilância podem ser substanciais, com custos de supervisão e monitoramento ainda mais altos, reduzindo significativamente os benefícios ou mesmo tornando-os negativos⁷⁹².

Um outro exemplo se refere a uma pesquisa de campo na Indonésia, projetada para investigar abordagens alternativas para combater a corrupção, realizada por Benjamin A. Olken. Foram examinadas duas estratégias: monitoramento *top-down* por auditores do governo e monitoramento *bottom-up* por meio da participação da população nas localidades. As evidências sugeriram que o aumento da probabilidade de auditorias externas reduziu substancialmente a falta de recursos. Uma análise de custo-benefício sugeriu que os benefícios das auditorias excederam seus custos⁷⁹³.

Em contraste, o aumento da participação popular no monitoramento afetou apenas recursos que faltaram para mão-de-obra, sem impacto nos materiais e, como consequência, houve pouco impacto em aspectos gerais. Esses resultados sugeriram que o monitoramento realizado pela população pode ser mais eficaz quanto a programas de governo que fornecem bens como alimentos subsidiados, educação ou assistência médica, nos quais os cidadãos têm um interesse pessoal quanto à garantia de que as mercadorias serão entregues e o eventual desvio será minimizado. Para bens relacionados à infraestrutura, onde os incentivos para o monitoramento são menos evidentes, os resultados sugeriram que a utilização de auditores profissionais pode ser muito mais eficaz⁷⁹⁴.

Nesta perspectiva, urge adentrar no conceito de “social accountability (SAcc)” desenvolvido por Jonathan A. Fox para uma melhor adequação das estratégias que possuem o condão de aperfeiçoar o desempenho institucional dos atores envolvidos na contratação pública. Para o Autor, trata-se de “an evolving umbrella category that includes: citizen monitoring and oversight of public and/or private sector performance,

⁷⁹² Cfr. Mihály FAZEKAS, Jürgen René BLUM, *Improving public procurement outcomes. Review of tools and the state of the evidence base*, Policy Research Working Paper n.º 9690, World Bank, June 2021, disponível em World Bank Document, pág. 23.

⁷⁹³ Cfr. Benjamin A. OLKEN, *Monitoring corruption: evidence from a field experiment in Indonesia*, in NBER Working Paper Series, Working Paper 11753, Cambridge, November 2005, disponível em C:\Working Papers\11753.wpd (nber.org), pág. 35.

⁷⁹⁴ *Ibidem*, págs. 35-36.

user-centered public information access/dissemination systems, public complaint and grievance redress mechanisms”⁷⁹⁵.

Fox realiza seus estudos em análise atinente a duas abordagens: a tática e a estratégica. As abordagens táticas de SAcc são intervenções delimitadas como ferramentas direcionadas aos esforços da sociedade para ter voz ativa. Sua teoria está embasada no acesso à informação para motivar a ação coletiva localizada, a qual, por sua vez, irá gerar poder suficiente para influenciar o desempenho do setor público. Já as abordagens estratégicas, em contraste, empregam várias táticas, incentivam ambientes facilitadores quanto à *accountability* e coordenam iniciativas para viabilizar voz ativa com reformas que fortalecem a responsividade do setor público. A reinterpretção da avaliação das evidências através destas novas lentes demonstra que os resultados da abordagem tática são de fato mistos, enquanto as evidências dos impactos da abordagem estratégica são muito mais promissores. Esta interpretação aponta para a relevância das estratégias de mudança institucional que promovem a capacidade institucional do estado para responder à voz do cidadão⁷⁹⁶.

Björn-Sören Gigler *et al.* analisam especificamente a questão da tecnologia como meio adequado para a amplificação da voz ativa dos cidadãos. Neste sentido, aduzem que recursos humanos e financeiros substanciais são necessários para sustentar mecanismos diretos de feedback para cidadãos. Estes mecanismos requerem compromisso organizacional e capacidade para interagir com um número elevado de usuários finais individuais, ao invés de um número limitado de organizações terceirizadas. O modo pelo qual é possível fechar o ciclo de feedback é fundamental para motivar cidadãos a participarem. Destarte, os governos e atores responsáveis devem analisar cuidadosamente a quantidade que corresponde à totalização de feedback que podem responder e agir prontamente, priorizando a qualidade em relação à quantidade. Omissão quanto à atenção adequada ao acompanhamento destrói a confiança e afeta negativamente a participação futura⁷⁹⁷.

Para Gigler *et al.*, catalisar e sustentar a motivação dos cidadãos para participar estão entre os maiores desafios associados aos mecanismos de feedback. Não é possível

⁷⁹⁵ Cfr. Jonathan A. FOX, *Social accountability: what does the evidence really say?*, in World Development, vol. 72, 2015, pág. 346. O Autor ainda acrescenta: “citizen participation in actual resource allocation decision-making, such as participatory budgeting”.

⁷⁹⁶ *Ibidem.*

⁷⁹⁷ Cfr. Björn-Sören GIGLER *et al.*, *Closing the feedback loop: can technology amplify citizen voices?*, in Björn-Sören GIGLER, Savita BAILUR (Ed.), *Closing the feedback loop: can technology bridge the accountability gap?*, The World Bank, Washington, D.C., 2014, pág. 229.

afirmar que os cidadãos, quando têm a oportunidade de fornecer feedback, desejarão fazê-lo. Todavia, muitas iniciativas levam somente este aspecto em consideração, resultando em baixos níveis de participação. Diversos fatores influem neste aspecto, tais como: os cidadãos podem não ter tempo, dinheiro ou capacidade informativa para participar; o resultado final não reflete suas participações; ausência de representatividade abrangente na prática. Os Autores observam que estes obstáculos originam duas obrigações para os governos e atores responsáveis: “(a) incorporating measures of tracking the representativeness of those providing feedback and (b) aligning incentives to reduce costs and increase the benefits for citizens to participate in a nondistortionary manner”⁷⁹⁸.

Cumpram-se anotar o exemplo trazido a lume pelos Autores nesta seara: “a context-driven approach to multichannel crowdsourcing in Brazil – The ‘Government Asks’ Initiative”. A iniciativa “Governador Pergunta” foi uma abordagem múltipla através da Internet, celulares e *offline* para *crowdsourcing* de soluções para políticas públicas no estado brasileiro do Rio Grande do Sul. Esta iniciativa implantou um sistema de pesquisas *wiki* para coletar informações dos cidadãos para alternativas de políticas através da Internet, celulares e eventos presenciais para que haja, posteriormente, votação em diferentes propostas. A iniciativa solicitou aos cidadãos não apenas para fornecer feedback, mas também sugestões quanto a políticas de codesign e prestação de serviços públicos. Uma grande campanha de conscientização foi implantada para sensibilizar os cidadãos sobre o processo e as questões em jogo. Como consequência, o material de comunicação e as ferramentas tecnológicas utilizadas foram intensamente testadas e ajustadas para garantir que estivessem alinhadas com as habilidades cognitivas da população e para garantir os requisitos de utilização. Além disso, iniciativas específicas de divulgação foram realizadas para garantir a inclusão, como, por exemplo, veículos equipados com acesso à Internet e pessoas treinadas viajaram por todo o estado coletando feedback dos setores menos privilegiados da sociedade. Em complementação, foram realizadas reuniões presenciais para a elaboração de propostas de políticas nas regiões economicamente menos favorecidas do estado⁷⁹⁹.

⁷⁹⁸ *Ibidem*, págs. 232, 234. Cumpram-se assinalar posição desfavorável sobre esta temática da lavra de Suzana Tavares da Silva. Para a Autora, “imaginar que a sociedade civil como um todo se pode mobilizar de forma útil para participar activamente na regulação geral é uma utopia”. Ver Suzana Tavares da SILVA, *O princípio da transparência: da revolução à necessidade de regulação*, in José Carlos Vieira de ANDRADE, Suzana Tavares da SILVA, *As reformas do sector público: perspectiva ibérica no contexto pós-crise*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, julho de 2017, pág. 167.

⁷⁹⁹ Cfr. Björn-Sören GIGLER *et al.*, *Closing the feedback loop: can technology amplify citizen voices?*, in Björn-Sören GIGLER, Savita BAILUR (Ed.), *Closing the feedback loop: can technology bridge the accountability gap?*, The World Bank, Washington, D.C., 2014, pág. 235. Os Autores esclarecem que “[t]he

Nesta contextualização, a proposta sugerida por Jonathan A. Fox na perspectiva de “social accountability (SAcc)” evidencia a “sandwich strategy” como uma nomenclatura para coalizões entre atores *pro-accountability* incorporados no estado e na sociedade. Seu ponto de partida é a constatação de que as forças relacionadas à *anti-accountability*, profundamente enraizadas no estado e na sociedade, são frequentemente mais fortes do que as *pro-accountability*. Para superar estas armadilhas de baixa *accountability*, onde certamente haverá resistência, será preciso enfrentar o esperado e necessário conflito. Embora as oportunidades iniciais de modificação estejam vinculadas à contextualização e possam ser iniciadas pela sociedade ou pelo estado, o que realmente determina uma posterior modificação de poder *pro-accountability* é a possibilidade de que atores em um domínio sejam capazes de influenciar os outros e, desta maneira, desencadear um círculo virtuoso. Neste cenário de mútuo empoderamento, os reformistas pertencentes ao estado devem ter capacidade de apoiar a sociedade, fornecendo suporte tangível e o espaço político necessário para fornecer algum grau de proteção contra as represálias daqueles que possuem direitos adquiridos. Este processo de abertura *top-down* liderado por defensores de reformas que atendam à ação coletiva *bottom-up* representa uma das abordagens estratégicas possíveis para a modificação *pro-accountability*⁸⁰⁰.

Marcia Grimes aborda um aspecto apto a elucidar pontos relevantes neste cenário. A Autora traz a lume o conceito de “participatory accountability”, nos seguintes termos: “[w]hile social accountability is exercised *post hoc*, participatory accountability attempts to deter corruption by increasing transparency and public oversight, or break dependency on patrons by granting citizens access to managing public services and thereby eliminating the middle man”⁸⁰¹.

Como exemplo de estudo de caso referente à “social accountability”, como “ex post accountability”, consoante Grimes, exsurtem no Brasil os “[c]itizens councils, [...] stipulated in the 1988 Constitution, [which] are themselves instruments of participatory

‘Government Asks’ Initiative uses the latest version of All Our Ideas (AOI), a freely available citizen engagement tool that combines the best features of quantitative and qualitative methods of data collection”. Ver ALL OUR IDEAS, *Bringing survey research into the digital age*, Princeton, 2021, disponível em All Our Ideas - Bringing survey research into the digital age. Para detalhamento técnico acerca da iniciativa “Governador Pergunta”, que ocorreu entre 2011 e 2014, ver Luciana Saraiva de Oliveira JERÔNIMO, *Diálogo temático on-line e condições de racionalidade comunicativa: uma relação revelada na oferta de consultas públicas digitais no RS*, in Anais do XI Congresso Brasileiro Científico de Comunicação Organizacional e Relações Públicas (Abrapcorp), Belo Horizonte, maio de 2017.

⁸⁰⁰ Cfr. Jonathan A. FOX, *Social accountability: what does the evidence really say?*, in *World Development*, vol. 72, 2015, pág. 356.

⁸⁰¹ Cfr. Marcia GRIMES, *The conditions of successful civil society involvement in combating corruption: a survey of case study evidence*, QoG Working Paper n.º 22, Department of Political Science, University of Gothenburg, October 2008, pág. 4.

accountability and are intended to allow civil society organisations to participate in the formation and oversight of social service programs”⁸⁰².

Rosangela Batista Cavalcanti apresenta um exemplo no qual isto ocorreu. Na cidade de Londrina, pertencente ao estado do Paraná, os promotores solicitaram auxílio de líderes da sociedade civil para examinar várias acusações contra a administração pública local. Cavalcanti esclarece que “[t]he city’s associations, more than eighty organisations from different sectors, organized the Movement for the Moralization of the Public Administration, which flooded the city’s streets with continuous demonstrations, public meetings, and fundraising events”. Como resultado, o mandato do prefeito à época foi cassado⁸⁰³. Trata-se de exemplo no qual as associações de cidadãos procuraram responsabilizar agente público por delitos após o fato ter ocorrido.

Já em casos de “participatory accountability”, conforme elucida Grimes, os arranjos institucionais procuram aumentar “ex ante accountability”. Neste sentido, existem “institutions designed to allow for continuous citizen involvement in policy formation and implementation to minimize the discretionary power of public officials and also increase transparency, making it more difficult for public officials to ignore the public-private distinction”. A Autora acentua que um dos exemplos mais estudados na literatura sobre esta temática é o orçamento participativo iniciado na cidade de Porto Alegre, capital do estado do Rio Grande do Sul, no Brasil⁸⁰⁴.

Rebecca Abers realizou investigação abrangente sobre o orçamento participativo. Para a Autora, o governo municipal, ao fornecer infraestrutura e serviços públicos adequados nos bairros daqueles que efetivamente participaram na elaboração do orçamento, construiu credibilidade e apoio. Por outro lado, os residentes se mobilizaram quando acreditaram que sua participação traria frutos e se transformaram em participantes ativos na vida pública, organizados em grupos cívicos para se engajar em um debate aberto e transparente sobre o governo⁸⁰⁵.

⁸⁰² *Ibidem*, págs. 4-5. A Autora esclarece que “[t]he cases of ex post accountability [...] indicate that social accountability generally operates by activating instruments of horizontal accountability – either judicial or political institutions with oversight powers and responsibilities – or by creating a media outcry that exacts damaging reputational costs on public officials. Many of the cases suggest that successful efforts to hold officials accountable require activating both of these mechanisms simultaneously”.

⁸⁰³ Cfr. Rosangela Batista CAVALCANTI, *The effectiveness of law*, in Enrique PERUZZOTTI, Catalina SMULOVITZ (Ed.), *Enforcing the rule of law. Social accountability in the new Latin American democracies*, University of Pittsburgh Press, 2006, pág. 44.

⁸⁰⁴ Cfr. Marcia GRIMES, *The conditions of successful civil society involvement in combating corruption: a survey of case study evidence*, QoG Working Paper n.º 22, Department of Political Science, University of Gothenburg, October 2008, pág. 7,

⁸⁰⁵ Cfr. Rebecca ABERS, *From clientelism to cooperation: local government, participatory policy, and civic organizing in Porto Alegre, Brazil*, in *Politics & Society*, vol. 26, n.º 4, 1998, pág. 534.

6. Síntese conclusiva

À guisa de síntese, cabe salientar que a influência social dos atores destinatários da prestação e do fornecimento dos serviços públicos, os cidadãos, elevados à categoria de copartícipes na relação jurídica administrativa contratual qualificada, reflete um novo cenário que abarca formas dialógicas aptas a conferir maior participação, contraditório e colaboração ao longo de todas as fases da contratação pública e, em especial, em sua execução.

Os mecanismos através dos quais esta nova fase se efetiva correspondem à utilização de diversos instrumentos que, embora sob a percepção de que alguns ainda estejam em construção, parecem conferir a devida legitimidade ao processo de tomada de decisões nesta seara. A partir de iniciativas como o projeto U_CODE, é possível inferir que a orientação estratégica implementada através de plataformas de processos decisórios digitais, indicada pela ligação entre a tomada de decisão na esfera pública e metas organizacionais, possui o condão de aperfeiçoar a gestão da contratação pública.

A questão da transparência atinge novos paradigmas através da implementação de *Integrity Pacts*. Por retratarem uma forma coordenada de atuação consensual através de um acordo público, transformam-se em um mecanismo independente de expressão do papel do cidadão copartícipe no aperfeiçoamento da transparência e da *accountability*. Um outro aspecto de relevo se refere à participação através do monitoramento. A *Methodology for Assessing Procuring Systems – MAPS*, instrumento idealizado pela OCDE para a realização de avaliações do sistema de contratação pública internacionalmente, apresenta-se como uma metodologia de especial relevância para a realização do monitoramento pela sociedade civil.

Em complementação quanto à participação através do monitoramento, o cerne da questão direciona-se ao grau de envolvimento da sociedade civil, que pode ser mensurado como de alto grau ao baixo grau de engajamento, ou até mesmo sua total ausência, em consonância com três pilares principais: comunicação, consulta e participação direta, sendo este último pilar o modo mais relevante de envolvimento.

Com vistas à conjugação de esforços para que vontades e interesses dissonantes de diferentes atores possam ser acordados em busca de um determinado objetivo, a participação através de redes de colaboração surge como um exemplo bastante promissor.

Através da análise de um exemplo de rede de governação em codesign de contratação pública (“Innovillage”), surge a possibilidade de que modos e estratégias de participação de atores atuantes na contratação pública sejam negociados, alocados, realizados e, se necessário, refeitos.

O princípio da subsidiariedade horizontal (artigo 118 da Constituição italiana) embasou recentes modificações no novo Código de Contratos Públicos italiano, com a adoção dos mais variados modelos em âmbito de atividades públicas direcionadas à satisfação dos interesses gerais. Os exemplos significativos são as intervenções de subsidiariedade horizontal, o “baratto amministrativo” e os *Integrity Pacts*, já sob a concepção de uma versão mais avançada desenvolvida pela Transparência Internacional. Cumpre apontar também, nesta seara, os acordos colaborativos (“alliancing”) em sede de direito da construção, cujo primeiro exemplo ocorreu na Universidade de Milão em 2016.

Em Portugal, há grande incentivo ao direito de acesso e meios previstos legalmente para sua concretização. A contratação pública eletrônica é desenvolvida em ambiente aberto em grande medida, no qual os participantes têm acesso às fases a partir de um determinado momento até a versão final do contrato a ser celebrado. Primordialmente, o acesso é aberto também para qualquer cidadão. Os acordos endoprocedimentais são um exemplo da relevância da participação dos cidadãos no sistema administrativo português. Através destes acordos, os particulares têm a possibilidade de participar no processo de formação da decisão da Administração Pública. Eles são realizados por escrito e têm efeito vinculativo.

No Brasil, a Lei de Acesso à Informação (LAI) foi promulgada como um instrumento legal de garantia de acesso à informação ao cidadão pelo Estado. Com o advento da Lei n.º 14.133/2021, nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que estabeleceu a criação do “Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), abrir-se-ão perspectivas para o aperfeiçoamento da participação dos cidadãos quanto ao monitoramento da contratação pública.

Iniciativas como “The Construction Sector Transparency (CoST)” demonstram cabalmente a importância de leis que propiciam o acesso às informações públicas e ao seu monitoramento pela sociedade civil. Em complementação, os “watchdog portals” afiguram-se como um elemento-chave para o desenvolvimento efetivo da “social accountability”, como “ex post accountability”, assim como da “participatory accountability”, como “ex ante accountability”.

Capítulo V – Utilização da tecnologia como meio para que sejam atingidos os fins de interesse público

1. Principais desafios referentes aos instrumentos tecnológicos como meio de implementação da colaboração na contratação pública

Em continuação à abordagem sobre como os atores interagem nas relações jurídicas ínsitas à contratação pública com especial atenção à fase da execução, cumpre discorrer acerca do modo pelo qual estas relações jurídicas ocorrem a partir da utilização de instrumentos tecnológicos direcionados a uma maior flexibilização e, por conseguinte, efetiva simplificação da gestão contratual consensual.

Primeiramente, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre o papel da tecnologia na governança e prática da contratação pública. Albert Sanchez-Graells aborda esta temática ao analisar a política de contratação pública da União Europeia e a Quarta Revolução Industrial. Para o Autor, a União Europeia está pressionando os Estados-Membros por maior digitalização como uma alavanca para aperfeiçoar a prestação de serviços públicos e para facilitar a experimentação referente à análise de dados. Todavia, ressalta um importante aspecto: “a much-delayed and patchy implementation of eProcurement in most Member States and an inconsistent and timid approach to the regulation of public procurement data stand in the way of a true revolution and can prevent the public sector from leading by example”⁸⁰⁶.

Em 2010, a União Europeia formulou a estratégia Europa 2020 com uma série de recomendações concernentes à regulação da contratação pública para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo⁸⁰⁷. Nesta contextualização, surge a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos contratos públicos em 2011,

⁸⁰⁶ Cfr. Albert SANCHEZ-GRAELLS, *EU public procurement policy and the Fourth Industrial Revolution: pushing and pulling as one?*, YEL Annual EU Law & Policy Conference 2020: EU Law in the era of the Fourth Industrial Revolution, January 2020, disponível em EU Public Procurement Policy and the Fourth Industrial Revolution: Pushing and Pulling as One? by Albert Sanchez-Graells :: SSRN, pág. 1.

⁸⁰⁷ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, Europa 2020 – Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, 3.3.2010 COM (2010) 2020 final, pág. 5. Consoante a referida comunicação, “[a] estratégia Europa 2020 estabelece três prioridades que se reforçam mutuamente: - Crescimento inteligente: desenvolver uma economia baseada no conhecimento e na inovação; - Crescimento sustentável: promover uma economia mais eficiente em termos de utilização dos recursos, mais ecológica e mais competitiva; - Crescimento inclusivo: fomentar uma economia com níveis elevados de emprego que assegura a coesão social e territorial”.

com o propósito de aumentar a eficiência da despesa pública e permitir que os adquirentes utilizem contratos públicos para apoiar objetivos sociais⁸⁰⁸.

A referida proposta culminou com a promulgação das diretivas europeias de contratação pública de 26 de fevereiro de 2014: a Diretiva 2014/23/UE que dispõe sobre a formação dos contratos de concessão, a Diretiva 2014/24/UE que dispõe sobre os assim denominados setores clássicos (aquisição e locação de bens, de serviços e de empreitadas de obras públicas) e a Diretiva 2014/25/EU que dispõe sobre os setores especiais (contratos celebrados nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais). A data de 18 de abril de 2016 foi o limite para todos os Estados-Membros realizarem a transposição destas Diretivas para sua lei nacional.

A este respeito, Albert Sanchez-Graells esclarece que quanto à modernização e digitalização da contratação pública deve-se destacar que estas novas regras obrigaram os Estados-Membros a migrar para o “eProcurement” até 18 de outubro de 2018, o mais tardar. No entanto, o Autor sublinha aspectos de uma mudança de paradigma crucial neste cenário. Sob a perspectiva de 2014, as políticas de reforma regulatória se direcionavam à transição da contratação analógica (“paper-based”) para “eProcurement”, os desafios atuais apontam para as áreas de digitalização avançada, “such as unlocking the potential for big data analytics or the much hyped implementation of blockchain-based procurement solutions and smart contracts”⁸⁰⁹. Sanchez-Graells enfatiza que, mesmo se a transição para “eProcurement” for formalmente atingida, “it is worth noting that the requirements in the current EU procurement rules fall short of imposing a full electronic processing of the procurement procedure end-to-end”⁸¹⁰.

⁸⁰⁸ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos contratos públicos, 20.12.2011, COM (2011) 896 final 2011/0438 (COD), pág. 2. Detalhadamente: “[a] presente proposta tem dois objetivos complementares: - Aumentar a eficiência da despesa pública para assegurar os melhores resultados neste domínio, em termos de relação qualidade/preço. Isto implica, em particular, uma simplificação e flexibilização das regras existentes em matéria de contratos públicos. A adoção de procedimentos racionalizados, mais eficazes, beneficiará todos os operados econômicos e facilitará a participação das PME e das empresas concorrentes transfronteiras; - Permitir que os adquirentes utilizem melhor os contratos públicos para apoiar objetivos sociais comuns, como a proteção do ambiente, a maior eficiência na utilização dos recursos e da energia, a luta contra as alterações climáticas, a promoção da inovação, do emprego e da inclusão social e a criação das melhores condições possíveis para a prestação de serviços públicos de elevada qualidade”.

⁸⁰⁹ Cfr. Albert SANCHEZ-GRAELLS, *EU public procurement policy and the Fourth Industrial Revolution: pushing and pulling as one?*, YEL Annual EU Law & Policy Conference 2020: EU Law in the era of the Fourth Industrial Revolution, January 2020, disponível em EU Public Procurement Policy and the Fourth Industrial Revolution: Pushing and Pulling as One? by Albert Sanchez-Graells :: SSRN, págs. 2-3.

⁸¹⁰ *Ibidem*, pág. 10. Neste sentido, esclarece: “[i]ts rules are limited to mandatory requirements for the transmission of notices in electronic form, the electronic availability of procurement documents, the electronic submission of requests for participation and tenders, and the use of electronic means of communication between the contracting authority and tenderers”.

Faz-se necessário, portanto, tecer algumas considerações acerca de elementos-chave do “eProcurement”. Houve a introdução do *European Single Procurement Document* (ESPD), que é definido como um formulário de autodeclaração a ser utilizado por contratantes públicos e empresas privadas na União Europeia. Anteriormente à sua introdução, as empresas deviam submeter vários documentos para provar que possuíam os requisitos de seleção contidos no caderno de encargos. A partir da disponibilização deste novo mecanismo, as empresas podem cumprir com estas obrigações através de uma autodeclaração em um formulário (ESPD). Este serviço está integrado com o *eCertis*, uma ferramenta de mapeamento utilizada para identificar e comparar certificados requisitados nos procedimentos de contratação pública da União Europeia⁸¹¹.

Observa-se que na fase inicial a Comissão Europeia forneceu o serviço para apoiar sua implementação. No entanto, a partir de maio de 2019, o fornecimento foi suspenso. Para usufruir de todos os benefícios do formulário ESPD é necessária a integração com os serviços nacionais de contratação pública (“eProcurement”) e bases de dados nacionais. Isso permitirá a reutilização de dados, o preenchimento prévio de formulários através de formulários-padrão e a troca de dados entre diferentes bancos de dados. Concomitantemente, compradores e fornecedores irão se beneficiar com a automatização, tornando a aplicação do ESPD muito mais fácil com a diminuição das taxas de erros de dados. A obrigação quanto à utilização do ESPD continua em vigor. Ao invés de utilizar o serviço anteriormente oferecido pela Comissão, os utilizadores devem recorrer aos serviços nacionais de ESPD, com a vantagem referente à uma melhor integração aos serviços e bancos de dados de “eProcurement” nacionais e com a obtenção de todos os benefícios do ESPD eletrônico⁸¹². Há de se ressaltar que, conforme comunicação da Comissão Europeia de 2017, com o escopo de dinamizar a contratação pública em benefício da Europa, ainda havia inúmeros obstáculos referentes ao “eProcurement”, tais como: a indisponibilidade de dados claros e consolidados sobre contratação pública, lentidão quanto à implementação da transformação digital da contratação pública, baixa adesão ao regime de cooperação para compras em conjunto, alta complexidade e carga administrativa excessiva dos procedimentos de contratação⁸¹³.

⁸¹¹ Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Growth, European Single Procurement Document and eCertis*, 2021, disponível em [European single procurement document and eCertis | Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs \(europa.eu\)](https://ec.europa.eu/economy_finance/e-certis/).

⁸¹² *Ibidem*.

⁸¹³ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Dinamizar a contratação pública em benefício da Europa*, 3.10.2017, COM (2017) 572 final, pág. 6.

Especificamente quanto à lentidão da transformação digital da contratação, a comunicação destaca que “[n]um inquérito de 2016, apenas quatro Estados-Membros se baseiam em tecnologias digitais para todas as grandes etapas do processo de contratação. Os Estados-Membros ainda não utilizam o advento das novas tecnologias como uma oportunidade para simplificar e acelerar os seus procedimentos de contratação”⁸¹⁴.

Para otimização da implementação da almejada transformação digital, a Comissão Europeia disponibilizou uma linha do tempo atinente ao “eProcurement”. Resumidamente, em abril de 2014: “PP Directives”, maio de 2014: “eInvoicing Directive”, janeiro de 2016: “ESPD regulation”, abril de 2016: “COM ESPD & eCertis v2 e “eNotification & eAccess”; abril de 2017: “eSubmission”, outubro de 2017: “eInvoicing standard”, outubro de 2018: “eSubmission (all central authorities)”, abril de 2019: “eInvoicing (all central authorities with potential derogation for sub central authorities)”, outubro de 2019: “eForms implementing regulation”, abril de 2020: “eInvoicing (all central authorities)”, novembro de 2022: “eForms optional use”, outubro de 2023: “eForms mandatory use”⁸¹⁵.

Neste sentido, atualmente “tender opportunities must be published on Tenders Electronic Daily (TED); procurement documents must be accessible electronically [...]; economic operators must submit tenders electronically; contracting authorities must accept electronic invoices (unless a derogation for sub-central authorities is used)”⁸¹⁶.

Albert Sanchez-Graells expõe algumas deficiências relacionadas ao sistema “Tenders Electronic Daily (TED)”. Trata-se de um registro parcial da contratação pública não coincidente com o “Open Contracting Data Standard (OCDS)”, sobre o qual discorreu-se no capítulo antecedente. Ademais, a qualidade de seus dados, embora aperfeiçoada, ainda é insuficiente. O Autor aduz que a Comissão ainda deve concluir um projeto significativo para modernizar o TED que poderia auxiliar quanto à definição do padrão para registros nacionais, bem como quanto ao aperfeiçoamento de suas atividades baseadas em dados, especialmente quanto ao monitoramento de conformidade e

⁸¹⁴ *Ibidem*. As grandes etapas do processo de contratação mencionadas são as seguintes: “*E-notification* (notificação eletrônica); *E-access to tender documents* (acesso eletrônico aos documentos de concurso); *E-submission* (apresentação eletrônica de propostas); *E-evaluation* (avaliação eletrônica); *E-award* (adjudicação eletrônica); *E-ordering* (encomendas eletrônicas); *E-invoicing* (faturação eletrônica); *E-payment* (pagamentos eletrônicos)”.

⁸¹⁵ Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Digital procurement*, 2021, disponível em Digital procurement | Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs (europa.eu).

⁸¹⁶ *Ibidem*. Para consultar “Tenders Electronic Daily (TED)”: TED TENDERS ELECTRONIC DAILY, *Place of performance (map)*, 2021, disponível em Place of performance (Map) - TED Tenders Electronic Daily (europa.eu).

desempenho através do “Single Market Scoreboard”, por exemplo. Para alavancar tal mudança, Sanchez-Graells assinala que a Comissão Europeia adotou novas regras sobre formulários eletrônicos de contratação (“eForms”), que exigirão que os Estados-Membros revisem a arquitetura e procedimentos de publicação da contratação pública até novembro de 2022, com vistas à uma versão modernizada e provavelmente aperfeiçoada do TED em 2023, como sugerido na linha do tempo supramencionada⁸¹⁷.

A questão subjacente a este desafio está concentrada na qualidade dos dados a serem obtidos para que o aludido aperfeiçoamento possa ser realizado. Sobre este contexto, Johann Höchtl, Peter Parycek e Ralph Schöllhammer esclarecem que “the alleged assumption of ‘more data beats better data’ can easily be countered with the argument ‘garbage in – garbage out’”⁸¹⁸.

Em estudos específicos sobre a governança digital da contratação pública baseada na análise de dados, Sanchez-Graells analisa os riscos que podem surgir quanto à reutilização do “Single Market Scoreboard” como um indicador não verificado do desempenho da contratação pública na União Europeia através dos seguintes argumentos: “[w]here the SMSPP is used without double-checking the data it is built on (ie the TED database) and its shortcomings, researchers can be misled into carrying out analyses that lead them to present general conclusions that are, at best, only applicable to some aspects of the EU procurement practice and, at worst, simply misleading”⁸¹⁹.

⁸¹⁷ Cfr. Albert SANCHEZ-GRAELLS, *EU public procurement policy and the Fourth Industrial Revolution: pushing and pulling as one?*, YEL Annual EU Law & Policy Conference 2020: EU Law in the era of the Fourth Industrial Revolution, January 2020, disponível em EU Public Procurement Policy and the Fourth Industrial Revolution: Pushing and Pulling as One? by Albert Sanchez-Graells :: SSRN, págs. 12-13. Cabe anotar que os dados referentes ao “Single Market Scoreboard” podem ser consultados em: EUROPEAN COMMISSION, *Single Market Scoreboard*, 2021, disponível em Public Procurement - Performance per Policy Area - The Single Market Scoreboard - European Commission (europa.eu). SANCHEZ-GRAELLS tece críticas ao “Single Market Scoreboard”. Para o Autor, em referência à edição de 2018, “the European Commission itself has a vested interest in an improvement of public procurement information in its enforcement and oversight roles. The availability of more and better information would, in particular, allow it to improve the rather limited and inadequate set of indicators of procurement performance currently included in the Single Market Scoreboard”.

⁸¹⁸ Cfr. Johann HÖCHTL, Peter PARYCEK, Ralph SCHÖLLHAMMER, *Big data in the policy cycle: policy decision making in the digital era*, in *Journal of Organisational Computing and Electronic Commerce*, vol. 26, n.º 1-2, 2016, pág. 152. Como solução para esta questão, os Autores apresentam as seguintes alternativas: “(1) new forms of participation to obtain data, which has not been available for inspection before because of separated datasets; (2) new ways to process data, including algorithms which are capable of dealing with the vast amount of data; (3) redesigned processes to include more people in the interpretation of results as more data and information available for decision making will inevitably increase the information overload”.

⁸¹⁹ Cfr. Albert SANCHEZ-GRAELLS, *Data-driven and digital procurement governance: revisiting two well-known elephant tales*, Digital Rights in Brexit: Changes and Challenges, Conference at the IALS Information Law and Policy Centre, London, November 2019, disponível em Data-Driven and Digital Procurement Governance: Revisiting Two Well-Known Elephant Tales by Albert Sanchez-Graells :: SSRN, pág. 9. SMSPP significa “Single Market Scoreboard for Public Procurement”.

Um outro aspecto nodal desta questão diz respeito aos diferentes níveis de acessibilidade e publicidade referentes aos Estados-Membros, tendo em vista a posição da Comissão Europeia quanto ao fornecimento de acesso público irrestrito às informações e documentos atinentes à contratação pública. Nesta seara, em complementação aos aspectos já abordados sobre o tema no capítulo antecedente, cumpre trazer à colação algumas considerações sobre o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (“General Data Protection Regulation – GDPR”)⁸²⁰. A este respeito, Sanchez-Graells ressalta que é necessário assegurar “compliance with the General Data Protection Regulation, which can create additional restrictions on the publication of some information concerning tender procedures”⁸²¹.

Em alusão aos processos de tomada de decisão automatizados no setor público, Jennifer Cobbe apresenta, em analogia à temática da contratação pública, o seguinte esclarecimento: “[w]here ADM involves personal data, GDPR may help; an array of information should be provided to those whose data is being processed, including, in some cases, the existence of ADM and information about the logic involved [...]. However, no similar provision exists for ADM not involving personal data”⁸²².

Com o avanço tecnológico, surge a iniciativa europeia no domínio da inteligência artificial através da comunicação “Inteligência artificial para a Europa”⁸²³ com o objetivo de impulsionar a utilização da inteligência artificial no setor público com dados abertos. *Software* de inteligência artificial é considerado a força tecnológica mais disruptiva hodiernamente e oferece uma oportunidade sem precedentes de transformar os setores público e privado. No entanto, as aplicações de inteligência artificial no setor

⁸²⁰ Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados).

⁸²¹ Cfr. Albert SANCHEZ-GRAELLS, *Data-driven and digital procurement governance: revisiting two well-known elephant tales*, Digital Rights in Brexit: Changes and Challenges, Conference at the IALS Information Law and Policy Centre, London, November 2019, disponível em *Data-Driven and Digital Procurement Governance: Revisiting Two Well-Known Elephant Tales* by Albert Sanchez-Graells :: SSRN, pág. 7. O Autor também alude ao tema quando aborda as questões relativas à política de contratação pública da União Europeia, *in verbis*: “it is notable that the Trade Secrets Directive explicitly contains a reminder that the relevant ‘confidentiality obligations include, inter alia, the obligations in respect of information forwarded to contracting authorities in the context of procurement procedures’”. Cfr. Albert SANCHEZ-GRAELLS, *EU public procurement policy and the Fourth Industrial Revolution: pushing and pulling as one?*, YEL Annual EU Law & Policy Conference 2020: EU Law in the era of the Fourth Industrial Revolution, January 2020, disponível em *EU Public Procurement Policy and the Fourth Industrial Revolution: Pushing and Pulling as One?* by Albert Sanchez-Graells :: SSRN, pág. 13.

⁸²² Cfr. Jennifer COBBE, *Administrative law and the machines of government: judicial review of automated public-sector decision-making*, in *Legal Studies*, vol. 39, 2019, pág. 640. A abreviatura ADM significa “automated decision-making”.

⁸²³ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação Inteligência artificial para a Europa*, 25.4.2018, COM (2018) 237 final.

público ainda são utilizadas em menor escala. Este potencial pode ser alavancado através de dados abertos. Com sua utilização em larga escala, as organizações podem aumentar sua produtividade e otimizar seus serviços por meio da automação de processos, com a consequente racionalização da tomada de decisões e simplificação de tarefas complexas. Em geral, a inteligência artificial é classificada em três gerações ou fases. Na primeira fase, é capaz de automatizar processos que são rotineiros e não mudam com o tempo. Na segunda fase, é capaz de se adaptar e aprender com as mudanças no processo automatizado. Na terceira fase, fornece de forma proativa perspectivas inovadoras, sendo capaz de analisar e aprender com suas ações anteriores⁸²⁴.

A relevância quanto à utilização de dados abertos e sua reutilização encontra respaldo na versão reformulada da Diretiva relativa à matéria publicada em 2019⁸²⁵. Esta matéria introduz o conceito de compartilhamento de dados que inclui os realizados “business-to-business (B2B)” e “business-to-government (B2G)”. Quanto à esta última modalidade, os benefícios da reutilização de dados não podem ficar adstritos ao setor privado. Com o objetivo de atingimento de melhor custo-benefício e fornecimento de serviços públicos eficientes para os cidadãos, urge incentivar o setor público para que promova gestões quanto ao compartilhamento de dados e exploração de novas fontes. Estas fontes advêm do setor privado, academia, organizações não-governamentais e do próprio setor público⁸²⁶.

Em conformidade com o relatório analítico sobre a temática da Comissão Europeia, “[s]uccessful and sustainable B2G data sharing must be legally compliant,

⁸²⁴ Cfr. EUROPEAN DATA PORTAL, *Leveraging AI in the public sector with open data*, 2021, disponível em [Leveraging AI in the public sector with open data | data.europa.eu](https://data.europa.eu).

⁸²⁵ Diretiva (UE) 2019/1024 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de junho de 2019 relativa aos dados abertos e à reutilização de informações do setor público (reformulação). Begoña Gonzalez Otero apresenta uma síntese elucidativa acerca do papel crucial dos assim chamados conjuntos de dados (“datasets”) neste contexto: “most data used for research and development of AI technologies come from the Internet of Things (IoT). Although the definition on what IoT is fuzzy, expressions such as ‘smart cars’, ‘smart phones’, ‘smart homes’ are common nowadays. We normally relate such an expression to sensors embedded into devices of all kinds, which are connected to the Internet and transfer data over a network. But in fact, all IoT-related devices, no matter how different they may be, do much more than that. IoT related devices always follow five basic steps: they sense (the environment); they transmit (data); they store (data); they analyze (datasets); and then, act on (datasets). For any IoT application to be worth buying (or making), it must demonstrate value in the last step of that chain, the ‘act on’. AI and IoT are intrinsically connected and in need of each other to unleash their potential. The true value of any IoT product and byproduct is determined by AI, or more precisely, by the machine learning process. The reason is that machine learning allows the creation of smart actions that make IoT products and byproducts valuable to consumers. The key is to find insights in datasets”. Cfr. Begoña Gonzalez OTERO, *Evaluating the EC private data sharing principles: setting a mantra for artificial intelligence nirvana?*, in JIPITEC – Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law, vol. 10, n.º 1, 2019, pág. 68.

⁸²⁶ Cfr. EUROPEAN DATA PORTAL, *Business-to-Government (B2G) data sharing in Europe*, 2021, disponível em [Business-to-Government \(B2G\) Data Sharing in Europe | data.europa.eu](https://data.europa.eu).

technically feasible, socially acceptable, financially and commercially viable and has to mitigate risk effectively”⁸²⁷. O relatório aponta que projetos nesta área frequentemente não atingem um nível satisfatório de maturidade. Isto ocorre porque o compartilhamento de dados ainda possui uma imagem negativa. Esta imagem gera relutância nas empresas quanto ao compartilhamento de seus dados devido às dificuldades para demonstrar os benefícios aos clientes. Para que haja *compliance* com padrões éticos e regulações legais de modo convincente, é necessário implementar seis fases para o sucesso de uma iniciativa “business-to-government (B2G)”: “1. [t]eam up with renowned and authoritative third parties; 2. [i]nvolve the customers; 3. [s]et up a data sharing framework; 4. [u]se a code of conduct; 5. [s]pecify contractual agreements; 6. [u]se new technologies”⁸²⁸.

Estas seis fases devem ser implementadas em consonância com os princípios propostos pela Comissão Europeia para as iniciativas “business-to-government (B2G)”. Begoña Gonzalez Otero enumera estes princípios: “proportionality in the use of private sector data; purpose limitation; ‘do no harm’; conditions for data re-use; mitigate limitations of private sector data; and, transparency and societal participation”⁸²⁹.

Albert Sanchez-Graells destaca a questão das abordagens divergentes de Estados-Membros quanto à proteção de informações comercialmente sensíveis no contexto de contratação pública. Neste sentido, recomenda: “[t]he Commission would [...] do well to undertake guidance work on the application of the Open Data Directive in the procurement setting, and to ensure a consistent approach with its initiative on public registries, which would be one way of complying with its requirements”⁸³⁰.

Quanto à dificuldade persistente de coordenação de políticas dos Estados-Membros, o Autor observa que a eficácia do esforço da Comissão para uma maior digitalização dos contratos públicos e para melhor e maior acessibilidade aos dados da

⁸²⁷ Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Analytical report 12: business-to-government data sharing*, 2020, disponível em Analytical Report 12_V1.0_Final FOR PDF (europa.eu), pág. 20.

⁸²⁸ *Ibidem*, págs. 20-21. O relatório aponta os incidentes que geraram a imagem negativa mencionada: “human error or negligence, violations of privacy, actors not being transparent about their data practices, lack of compliance with regulation, or the misalignment between regulation and the ethical standards of the public”.

⁸²⁹ Cfr. Begoña Gonzalez OTERO, *Evaluating the EC private data sharing principles: setting a mantra for artificial intelligence nirvana?*, in JIPITEC – Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law, vol. 10, n.º 1, 2019, pág. 80.

⁸³⁰ Cfr. Albert SANCHEZ-GRAELLS, *EU public procurement policy and the Fourth Industrial Revolution: pushing and pulling as one?*, YEL Annual EU Law & Policy Conference 2020: EU Law in the era of the Fourth Industrial Revolution, January 2020, disponível em EU Public Procurement Policy and the Fourth Industrial Revolution: Pushing and Pulling as One? by Albert Sanchez-Graells :: SSRN, pág. 14.

contratação depende crucialmente da necessidade de coordenação e implementação de políticas nos Estados-Membros. Há dificuldades quanto à obtenção de informações atualizadas e confiáveis devido à divergência significativa na adoção de *eProcurement* e diferentes abordagens para a proteção de informações sobre divulgação da contratação pública e leis de acesso à informação nos diversos países. Portanto, para Sanchez-Graells, “it seems plain that the Commission’s push for digital and data-driven procurement governance and implementation is still a far cry from generating the required conditions for the development of digital technologies (and in particular machine learning algorithms, which training depends on the existence of adequate big data sets)”⁸³¹.

Para que os desafios apresentados possam ser analisados em detalhes, torna-se indispensável abordar aspectos específicos da implementação dos instrumentos tecnológicos denominados *blockchain*, *smart contracts* e *Building Information Modelling (BIM)* nos itens subsequentes.

1.1. *Blockchain*

Blockchain refere-se a uma diversificação de tecnologias de uso geral para a troca de informações e negociação de ativos digitais através de redes de distribuição. Com o objetivo precípua de abordar sua aplicação em processos governamentais com vistas à inovação e transformação da contratação pública, proceder-se-á a uma sucinta análise acerca de algumas de suas principais características, vantagens e desvantagens que eventualmente possam apresentar implicações na esfera da Administração Pública.

Sua definição é apresentada por Dylan Yaga *et al.*, *in verbis*: “[b]lockchains are distributed digital ledgers of cryptographically signed transactions that are grouped in blocks. Each block is cryptographically linked to the previous one (making it tamper evident) after validation and undergoing a consensus decision”⁸³². Proporciona “cross-field communications” conforme entendimento de Angela Walch⁸³³.

⁸³¹ *Ibidem*, pág. 15.

⁸³² Cfr. Dylan YAGA *et al.*, *Blockchain technology overview*, National Institute of Standards and Technology Interagency (NISTIR) 8202, October 2018, disponível em Blockchain Technology Overview (arxiv.org), pág. 1. Em complementação: “[a]s new blocks are added, older blocks become more difficult to modify (creating tamper resistance). New blocks are replicated across copies of the ledger within the network, and any conflicts are resolved automatically using established rules”.

⁸³³ Cfr. Angela WALCH, *The law of fintech symposium: the path of the blockchain lexicon (and the law)*, in *Review of Banking & Financial Law*, vol. 36, Spring, 2016, pág. 725.

Nathan Fulmer discorre acerca de seus três elementos principais: descentralização, consenso “proof-of-work” e imutabilidade prática. A combinação destes três recursos fornece uma solução única para qualquer transação digital quanto à eliminação da necessidade de um intermediário para legitimar a transação: uma rede de usuários para manter e monitorar a transação registrada (*ledger*), que é transmitida por uma rede de computadores eliminando a necessidade de um intermediário central. Para que a *blockchain* possa manter um registro preciso das transações, há incentivo para que um grupo de usuários na rede verifique transações válidas. Uma vez verificada, a transação é registrada em um bloco que se vincula através de criptografia à transação anterior, que é então ligada às transações precedentes, infinitamente. Esta ligação criptográfica torna quase impossível, ou pelo menos altamente impraticável, falsificar uma transação porque todas as transações anteriores também teriam que ser alteradas⁸³⁴.

Fulmer aborda a questão da descentralização utilizando uma das formas mais correntes de utilização desta nova tecnologia, as criptomoedas (*e.g. Bitcoins*). O Autor descreve o modo pelo qual a descentralização ocorre através da rede de computadores “peer-to-peer” que dá suporte à *blockchain*: “[e]ach computer on the network is called a *node*, and each node corresponds to a user. Each user has a *public key* [...], a *private key* [...], and a *token* [...]. As long as users have a public key, a private key, and a token, they can freely and securely trade with each other. The process is fairly straightforward”⁸³⁵.

Quanto ao consenso “proof-of-work”, Roman Beck, Christoph Müller-Bloch e John Leslie King esclarecem primeiramente que a *blockchain* depende da habilidade para atingir consenso na medida em que os mecanismos de consenso incentivam os *nodes* a validar novas transações e desincentivam a criação de um histórico de transações alternativas. Portanto, a *blockchain* se baseia em mecanismos que forneçam os incentivos apropriados aos *nodes* para a garantia de sua integridade. Os mecanismos de consenso mais comuns são “proof-of-work” e “proof-of-stake”. Em relação ao “proof-of-work”, os Autores destacam que este mecanismo “requires solving a computationally expensive cryptographic puzzle. The node that first finds the solution to the puzzle validates the next block, and is remunerated with cryptocurrency”. Já em referência ao “proof-of-stake”,

⁸³⁴ Cfr. Nathan FULMER, *Exploring the legal issues of blockchain applications*, in *Akron Law Review*, vol. 52, 2018, págs. 166-167.

⁸³⁵ *Ibidem*, pág. 167 (grifos do Autor). O Autor apresenta as seguintes definições: “a public key (an anonymous user address displayed on the public ledger); a private key (a password that is used to authorize a transaction), and a token (commonly in the form of cryptocurrency but can be any form of data)”.

aduzem que o mesmo “gives nodes with more cryptocurrency (large stakes) higher probabilities of being chosen to validate the next block”⁸³⁶.

A imutabilidade prática não é um consenso na literatura por não refletir com precisão a natureza da *blockchain*, conforme adverte Nathan Fulmer. Hipoteticamente, se um usuário possuir mais do que cinquenta por cento do poder de processamento da rede e verificar uma transação inválida, esta transação não se alinharia com todas as anteriores. Surgiria então uma nova cadeia (*chain*) resultante da bifurcação (*fork*) da cadeia válida precedente. O ideal é que os usuários ignorem a nova cadeia e continuem adicionando transações no *blockchain* original. Todavia, a bifurcação pode causar confusão porque os usuários adicionarão blocos a duas cadeias de blocos distintas, cada uma com um histórico de transações único. Neste sentido, Fulmer afirma que “immutability can be characterized as extremely difficult to change, as opposed to permanently unchangeable”⁸³⁷.

Algumas observações acerca da terminologia utilizada são necessárias. Cumpre esclarecer que, conforme aponta Jesse Marks, “[b]lockchain technology has uses beyond digital currency: blockchains and a range of similar technologies, collectively known as *distributed ledger technologies (DLTs)*, can be used to create immutable, automatically validating ledgers of virtually any nature, such as land registries and health records”⁸³⁸.

A terminologia *distributed ledger technology (DLT)* é empregada para outra importante distinção: “permissioned” e “unpermissioned” DLTs. Marks tece considerações a este respeito. Em uma DLT não permissionada (“unpermissioned”), qualquer pessoa pode baixar a transação registrada (*ledger*), ingressar na rede e começar a realizar ou a validar transações. Obviamente, como qualquer pessoa pode entrar na rede, faz-se necessário utilizar o mecanismo de consenso “proof-of-work”, supramencionado. Este tipo de DLT é útil para criptomoedas ou *blockchains* que podem ser usadas por uma ampla gama de atores e para inúmeras finalidades. Em contraste, DLTs permissionadas (“permissioned”) são diferentes porque os computadores (*nodes*) participantes são todos predeterminados. Presumivelmente, todos são confiáveis, o que reduz o risco de partes

⁸³⁶ Cfr. Roman BECK, Christoph MÜLLER-BLOCH, John Leslie KING, *Governance in the blockchain economy: a framework and a research agenda*, in *Journal of the Association for the Information System*, vol. 19, n.º 10, 2018, págs. 1021-1022.

⁸³⁷ Cfr. Nathan FULMER, *Exploring the legal issues of blockchain applications*, in *Akron Law Review*, vol. 52, 2018, págs. 170-171. O Autor observa, à guisa de conclusão: “[i]mmutable transaction history is the core of blockchain technology, and the preceding concepts work together to form a platform for smooth, frictionless transactions”.

⁸³⁸ Cfr. Jesse MARKS, *Distributed ledger technologies and corruption the killer app*, in *Columbia Science and Technology Law Review*, vol. 20, n.º 1, Fall 2018, pág. 44 (grifo nosso).

desonestas se apropriarem indevidamente de registros. O acesso predeterminado também torna impossível para um usuário sobrecarregar a rede criando inúmeros *nodes* aptos a chegar a um consenso. A validação ainda ocorre, mas sem a barreira adicional de resolução de problemas complexos. Este tipo de DLT pode facilitar transações mais rápidas, seguras e econômicas⁸³⁹.

Quanto às vantagens e desvantagens referentes à utilização de *blockchain*, especificamente em relação às DLTs permissionadas (“permissioned”), Karl Wüst e Arthur Gervais sublinham: “using an open or permissioned blockchain only makes sense when multiple mutually mistrusting entities want to interact and change the state of a system, and are not willing to agree on an online trusted third party”⁸⁴⁰.

Já em alusão ao uso no setor público, Svein Ølnes, Jolien Ubacht e Marijn Janssen observam que “[g]overnment BC applications are diverse in nature and include digital identity, the storing of judicial decisions, financing of school buildings and tracing money, marital status, e-voting, business licenses, passports, criminal records and even tax records”⁸⁴¹.

Os Autores discorrem acerca dos benefícios básicos atinentes à implementação de *blockchain* nesta seara. Estão relacionados à integridade de dados aprimorada e transações irrefutáveis que resultam na capacidade de rastreamento de modificações, proporcionando maior transparência. A transparência possibilita a redução da corrupção e das fraudes no sistema. Em contraposição, deve-se considerar que as soluções baseadas em DLT como *blockchain* são muito mais ineficientes do que as soluções baseadas em bancos de dados centralizados tradicionais, são mais difíceis de aplicar em larga escala e não podem ser alteradas facilmente, resultando em menor flexibilidade⁸⁴².

Ademais, Albert Sanchez-Graells aduz que, pelo menos na União Europeia, “the prospects of a significant data-driven revolution and a blockchain-enabled automatization of procurement governance are rather limited in the short to medium run”⁸⁴³. O Autor se

⁸³⁹ *Ibidem*, págs. 56-57.

⁸⁴⁰ Cfr. Karl WÜST, Arthur GERVAIS, *Do you need a blockchain?*, Crypto Valley Conference on Blockchain Technology, IEEE Computer Society, 2018, disponível em IEEE Xplore Full-Text PDF:, pág. 46.

⁸⁴¹ Cfr. Svein ØLNES, Jolien UBACHT, Marijn JANSSEN, *Blockchain in government: benefits and implications of distributed ledger technology for information sharing*, in *Government Information Quarterly*, vol. 34, 2017, pág. 357. BC é abreviatura para *blockchain*.

⁸⁴² *Ibidem*, pág. 359.

⁸⁴³ Cfr. Albert SANCHEZ-GRAELLS, *Data-driven and digital procurement governance: revisiting two well-known elephant tales*, Digital Rights in Brexit: Changes and Challenges, Conference at the IALS Information Law and Policy Centre, London, November 2019, disponível em *Data-Driven and Digital Procurement Governance: Revisiting Two Well-Known Elephant Tales* by Albert Sanchez-Graells :: SSRN, pág. 4.

refere à comunicação da Comissão Europeia de 2017, segundo a qual “*frequentemente não se [encontram] disponíveis dados claros e consolidados relativos à contratação pública*”⁸⁴⁴.

Para Sanchez-Graells, as vantagens oferecidas por esta tecnologia no contexto da governança da contratação pública são claras e se relacionam principalmente com a contribuição que poderia dar quanto à redução ou supressão de corrupção, bem como redução da burocracia e aumento na precisão das informações referentes à participação descentralizada ou atomizada em sistemas de contratação pública globais, como os sistemas administrados por bancos de desenvolvimento multinacionais. Particularmente, *blockchain* tem sido considerada para uma série de aplicações específicas, tais como, *inter alia* “full-cycle procurement workflows to prevent record tampering, creating interoperable supplier profiles across fragmented e-procurement systems to reduce asymmetry of information in purchasing or pre-tender assessment, and decentralising tender evaluation to disincentivise bribery and biased decision-making”⁸⁴⁵.

Matthew Van Niekerk aborda a questão da vulnerabilidade da contratação pública quanto à corrupção. Afirma que *blockchain* possui o potencial para proteger o sistema em quase todas as fases do processo. Na fase de planeamento, os técnicos das entidades adjudicantes estabelecem critérios de avaliação pelos quais os concorrentes serão julgados. Na fase de avaliação, ocorre a atribuição de notas aos concorrentes com a utilização dos critérios estabelecidos. Sem transparência, existem muitas oportunidades para que ocorram manipulações no resultado do processo de avaliação. Os critérios podem ser modificados retroativamente ou pode ocorrer alteração na proposta, por exemplo. *Blockchain* pode garantir que qualquer alteração seja pública, que as

⁸⁴⁴ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, Dinamizar a contratação pública em benefício da Europa, 3.10.2017, COM (2017) 572 final, pág. 6 (grifos no original). Detalhadamente: “[n]ão há consenso à escala da EU sobre os dados que devem ser recolhidos e para que efeitos. Em muitos Estados-Membros, as autoridades centrais não estão em condições de indicar as dimensões exatas das despesas dos contratos públicos no seu país, não obstante as enormes quantias de dinheiro envolvidas. Em tais casos, o escrutínio público é praticamente inexistente, não há nenhuma possibilidade de elaboração de políticas baseadas em dados e até o controlo orçamental é dificultado”.

⁸⁴⁵ Cfr. Albert SANCHEZ-GRAELLS, *Data-driven and digital procurement governance: revisiting two well-known elephant tales*, Digital Rights in Brexit: Changes and Challenges, Conference at the IALS Information Law and Policy Centre, London, November 2019, disponível em *Data-Driven and Digital Procurement Governance: Revisiting Two Well-Known Elephant Tales* by Albert Sanchez-Graells :: SSRN, pág. 12. Para melhor elucidação quanto à taxonomia empregada, convém trazer a lume as seguintes definições sob a lavra de Michel Rauchs *et al.*: “[*t*]amper evidence: allow each participant to detect non-consensual changes applied to records trivially; [*t*]amper resistance: make it hard for a single party to unilaterally change past records (i.e. transaction history)”. Ver Michel RAUCHS *et al.*, *Distributed ledger technology systems. A conceptual framework*, Cambridge Centre for Alternative Finance, University of Cambridge, 2018, disponível em 2018-10-26-conceptualising-dlt-systems.pdf (cam.ac.uk), pág. 24.

informações originais sejam retidas e que haja um registro de quem realizou qualquer alteração. Pode também incentivar uma coalizão mais ampla de *stakeholders* para participar e monitorar as fases da contratação. Na maioria das vezes, *stakeholders* mais ativos são as partes diretamente envolvidas. Este é um problema em potencial. Organizações de monitoramento (“watchdog organisations”), usuários finais, mídia e cidadãos não possuem incentivo quanto à participação porque as informações não estão prontamente disponíveis, não são confiáveis e são modificadas ou disponibilizadas tardiamente. Portanto, o Autor é enfático ao afirmar que “[b]lockchain can provide an easily accessible, tamper-proof and real-time window into on-going procurement processes”⁸⁴⁶.

Todavia, Sanchez-Graells aponta alguns problemas quanto à sua adoção nesta seara. Esclarece que a tecnologia foi importada da gestão da cadeia de abastecimentos do setor privado para um setor muito mais regulado, o da contratação pública, cujas restrições legais criam desafios significativos. Dada a regulação bastante rígida da maioria das fases do processo de contratação, levando à adjudicação dos contratos públicos e, mais recentemente, à execução destes contratos, *invoices* e pagamentos a eles relacionados, a implementação de *blockchain* apresenta difíceis questões legais concernentes às garantias do devido processo e à necessidade de permitir a modificação de registros na transação. Isto pode ocorrer especialmente em situações nas quais decisões judiciais anulam as ações anteriores, previamente registradas. Neste sentido, o Autor aduz que não se trata de “a minor issue, as it directly affects one of the main expected advantages of blockchain, such as the *immutability* of the procurement record and all the information recorded on the chain”⁸⁴⁷.

Na esteira desta abordagem, Sanchez-Graells discorre acerca de um outro problema: a suposição de que *blockchains* implementadas na contratação pública seriam públicas e não permissionadas (“unpermissioned”). Contudo, no setor público, torna-se difícil conceber a adoção de uma solução completamente descentralizada, consoante sua concepção. Isto ocorre “not solely due to technical issues of scalability and latency, but

⁸⁴⁶ Cfr. Matthew Van NIEKERK, *How blockchain can help dismantle corruption in government services*, World Economic Forum, July 2021, disponível em Blockchain could dismantle corruption in government services | World Economic Forum (weforum.org).

⁸⁴⁷ Cfr. Albert SANCHEZ-GRAELLS, *Data-driven and digital procurement governance: revisiting two well-known elephant tales*, Digital Rights in Brexit: Changes and Challenges, Conference at the IALS Information Law and Policy Centre, London, November 2019, disponível em Data-Driven and Digital Procurement Governance: Revisiting Two Well-Known Elephant Tales by Albert Sanchez-Graells :: SSRN, pág. 13 (grifos do Autor).

also due to the *simpler fact that the public sector can hardly be expected to surrender control over the procurement system*⁸⁴⁸.

Um outro aspecto problemático diz respeito à questão dos mecanismos de consenso eficientes. Roman Beck, Christoph Müller-Bloch e John Leslie King são peremptórios sobre esta questão: “these mechanisms are flawed [...]. Proof-of-work, the most common consensus mechanism [...], relies on computing power. This invokes environmental concerns”⁸⁴⁹.

Sanchez-Graells, similarmente, sustenta que “a blockchain solution for public procurement could not be premised on the ‘proof of work’ standard [...] – which makes tampering with the on-chain records practically impossible – not least due to its very high carbon footprint”. Para o Autor, ainda que exclusivamente devido às considerações ambientais e à necessidade de garantir a sustentabilidade do sistema, o mecanismo de consenso precisaria ser diferente, o que também iria restringir o potencial da tecnologia para evitar controle e tornaria o sistema sujeito à manipulação por meio da centralização da tomada de decisões. Em sede de contratação pública, onde há volumes extremamente grandes de propostas e sua documentação, gerados diariamente, não são problemas a se desprezar. Urge realizar uma avaliação cuidadosa antes da criação e implementação de sistemas que podem consumir muitos recursos⁸⁵⁰.

Chan Yang tece considerações esclarecedoras sobre *blockchains* permissionadas neste diapasão: “[w]hile permissioned private chain may appear most fit for public procurement as it accelerates verification processes all while allowing the government to retain control over the network, its power in deterring ‘system fraud’ would be undermined if corruption stems from the inside”⁸⁵¹.

Uma outra questão sobre a qual faz-se necessário discorrer diz respeito à proteção de dados. Michele Finck analisa a tensão entre o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (“General Data Protection Regulation – GDPR”) da União Europeia

⁸⁴⁸ *Ibidem*, págs. 13-14.

⁸⁴⁹ Cfr. Roman BECK, Christoph MÜLLER-BLOCH, John Leslie KING, *Governance in the blockchain economy: a framework and a research agenda*, in *Journal of the Association for the Information System*, vol. 19, n.º 10, 2018, pág. 1031.

⁸⁵⁰ Cfr. Albert SANCHEZ-GRAELLS, *Data-driven and digital procurement governance: revisiting two well-known elephant tales*, *Digital Rights in Brexit: Changes and Challenges*, Conference at the IALS Information Law and Policy Centre, London, November 2019, disponível em *Data-Driven and Digital Procurement Governance: Revisiting Two Well-Known Elephant Tales* by Albert Sanchez-Graells :: SSRN, pág. 14.

⁸⁵¹ Cfr. Chan YANG, *Is there a role for blockchain for enhancing public procurement integrity?*, OECD Global Anti-Corruption & Integrity Forum, March 2019, disponível em *Call for Papers- Cover Page* (oecd.org), pág. 6.

e as novas bases de dados descentralizadas que revela um conflito entre dois objetivos normativos do direito supranacional: a proteção de direitos fundamentais, por um lado, e a promoção da inovação, por outro. A Autora observa que, com o desenvolvimento da *blockchain* na UE, os reguladores não devem se esquivar quanto à utilização de vários mecanismos de incentivo disponíveis para garantir que a tecnologia evolua normativamente. A relação entre a lei e a inovação é multifacetada e os requisitos de proteção de dados rigorosos da UE podem funcionar como um incentivo para refinar a proteção da privacidade apta a proteger soluções de *blockchain* com seu consequente desenvolvimento. Neste sentido, “[p]rovided that innovators are given the necessary flexibility, the GDPR could spur innovation to evolve in a direction compliant with [...] important public policy objectives. For this to materialise, discussion and mutual learning between the industry and policy-makers cannot be avoided”⁸⁵².

Sobre esta temática, Sanchez-Graells aduz que as soluções de *blockchain* são implementadas em contextos que exigem o uso de informações pessoais, como a contratação e a prestação de serviços públicos diretamente aos usuários. Assegurar que as implementações de *blockchain* estão em conformidade com GDPR é um desafio. Isto pode ocorrer mais facilmente onde *blockchains* são projetadas com o intuito de facilitar o estabelecimento de quem é o controlador dos dados (permissionadas). Portanto, o Autor assevera que “[t]his comes to compound the tendencies towards a centralised implementation of DLTs in the procurement context”⁸⁵³.

Nesta contextualização, exsurge a importância da concepção de plataformas de *e-procurement* embasadas em arcabouços legais que respeitem as melhores práticas internacionais e proporcionem engajamento e monitoramento de *stakeholders* com vistas ao incentivo de práticas anticorrupção. Tais plataformas podem ser implementadas em *blockchain* ou em bases de dados tradicionais. Através da elaboração de um relatório sobre a tecnologia *blockchain* para incremento da transparência governamental, o Fórum Econômico Mundial apresenta sugestões para a disseminação de ideias e iniciativas para incentivar a contratação pública baseada em *blockchain*. Destaca-se a sugestão na qual

⁸⁵² Cfr. Michele FINCK, *Blockchains and data protection in the European Union*, in *European Data Protection Law Review* (EDPL), vol. 4, n.º 1, 2018, pág. 34.

⁸⁵³ Cfr. Albert SANCHEZ-GRAELLS, *Data-driven and digital procurement governance: revisiting two well-known elephant tales*, Digital Rights in Brexit: Changes and Challenges, Conference at the IALS Information Law and Policy Centre, London, November 2019, disponível em *Data-Driven and Digital Procurement Governance: Revisiting Two Well-Known Elephant Tales* by Albert Sanchez-Graells :: SSRN, pág. 17.

reguladores se beneficiam da implementação de um “permissioned-consensus blockchain system” (“public, permissioned blockchain”), ou seja, um sistema híbrido. Neste novo sistema, operadores de computadores predefinidos realizam a verificação da transação com o subsequente consenso. As taxas de transação não são requisitadas. As soluções híbridas empregam mecanismos de consenso de *blockchains* permissionadas e não permissionadas, sendo que cada uma desempenha certas atividades. O exemplo trazido à baila é o seguinte: “the Ethereum blockchain could be used to record hash records of bid and tender offers in a permanent and highly secure manner, while most other operations like bid submission and evaluation decisioning could occur on the permissioned blockchain protocol”⁸⁵⁴. A contextualização da assim denominada “Ethereum blockchain” diz respeito ao objeto de análise do item subsequente, os *smart contracts*.

1.2. *Smart contracts*

Um *smart contract* (contrato inteligente em tradução livre), consoante apontam Maher Alharby, Amjad Aldweesh e Aad van Moorsel é um programa de computador executado na *blockchain*. Para os Autores, “[a] smart contract can be considered as a trusted third party between non-trusting participants. Smart contracts consist of a contract storage, a balance, and program code. It can be created and made available for use by any node in the network, simply through posting a transaction to the blockchain”. Ainda observam que seu código de programação é fixo e não pode ser atualizado após ser incluído na *blockchain*⁸⁵⁵.

Esclarecem ainda que *smart contracts* podem ser desenvolvidos e implementados em diferentes plataformas de *blockchain*, como *Bitcoin* e *Ethereum*. *Ethereum* é uma *blockchain* não permissionada e criptomoeda. Além de sua capacidade para transferir moeda, também possibilita a construção e desenvolvimento de aplicações complexas baseadas em *smart contracts* na *blockchain*⁸⁵⁶.

⁸⁵⁴ Cfr. WORLD ECONOMIC FORUM, *Exploring blockchain technology for government transparency: blockchain-based public procurement to reduce corruption*, Insight Report, Geneva, June 2020, disponível em WEF_Blockchain_Government_Transparency_Report.pdf (weforum.org), pág. 31.

⁸⁵⁵ Cfr. Maher ALHARBY, Amjad ALDWEESH, Aad van MOORSEL, *Blockchain-based smart contracts: a systematic mapping study of academic research (2018)*, Cloud Computing, Big Data and Blockchain (ICCB 2018) International Conference, IEEE, 2018, disponível em IEEE Xplore Full-Text PDF:, pág. 2.

⁸⁵⁶ *Ibidem*. De acordo com o relatório do Fórum Econômico Mundial a este respeito, “[t]he Ethereum blockchain network currently has the largest network hash-rate, a key security parameter, and the largest ecosystem of validating nodes and technical contributors of any smart-contract-capable blockchain network; notwithstanding, alternative networks with high security and robust technical ecosystems may

Daniel Macrinici, Cristian Cartofeanu e Shang Gao apresentam algumas peculiaridades dos *smart contracts*. Salientam que são um fluxo de valor baseado em certos termos e condições. São como contratos no mundo real. A única diferença é que são completamente digitais, o que significa que um pequeno código de programação é armazenado em uma *blockchain*. Resumidamente, oferecem a seguinte definição: “[s]mart contracts are essentially containers of code that encode and mirror the real-world contractual agreements in the cyber realm”. Sublinham que uma premissa fundamental para contratos se refere à sua representação de um acordo vinculativo entre duas ou mais partes, onde cada uma deve cumprir suas obrigações em consonância com o que foi previamente acordado. Outro elemento importante é que o acordo é exequível por lei, geralmente através de uma entidade legal centralizada⁸⁵⁷.

Cabe destacar que a definição mais considerada na literatura remonta aos estudos de Nick Szabo sobre esta temática: “[a] set of promises, including protocols within which the parties perform on the other promises”. Neste sentido, os protocolos são geralmente implementados com programas em uma rede de computadores, ou em outra forma eletrônica digital. Assim, estes contratos são mais inteligentes do que seus predecessores, escritos em papel”⁸⁵⁸.

James Rogers, Harriet Jones-Fenleigh e Adam Sanitt enumeram as características principais da concepção hodierna de *smart contract*, *in verbis*: “[d]igital – it is in computer form – code, data and running programs; [e]mbedded – contractual clauses (or equivalent functional outcomes) are embedded as computer code in software; [p]erformance mediated by technological means; [i]rrevocable”⁸⁵⁹.

Em face do avanço tecnológico proposto por estas perspectivas, há investigações específicas atinentes à possibilidade de se transformar contratos públicos, integral ou parcialmente, em *smart contracts*. Pauline Debono aborda esta questão ao suscitar a

also be suitable. Cfr. WORLD ECONOMIC FORUM, *Exploring blockchain technology for government transparency: blockchain-based public procurement to reduce corruption*, Insight Report, Geneva, June 2020, disponível em WEF_Blockchain_Government_Transparency_Report.pdf (weforum.org), pág. 18.

⁸⁵⁷ Cfr. Daniel MACRINICI, Cristian CARTOFEANU, Shang GAO, *Smart contract applications within blockchain technology: a systematic mapping study*, in *Telematics and Informatics*, vol. 35, 2018, págs. 2337-2338.

⁸⁵⁸ Cfr., por todos, Nick SZABO, *Smart contracts: building blocks for digital markets, 1996*, disponível em Nick-Szabo-Smart-Contracts-Building-Blocks-for-Digital-Markets-1996-14591.pdf, pág. 1.

⁸⁵⁹ Cfr. James ROGERS, Harriet JONES-FENLEIGH, Adam SANITT, *Arbitrating smart contract disputes*, in NORTON ROSE FULBRIGHT, *International arbitration report*, n.º 9, October 2017, pág. 21. Em complementação, os Autores esclarecem quanto à “[p]erformance mediated by technological means – the release of payments and other actions enabled by technology and rules-based operations” e quanto à “[i]rrevocable – once initiated, the outcomes for which a Smart Contract is encoded to perform cannot typically be stopped (unless an outcome depends on an unmet condition)”.

seguinte hipótese: “[c]an the cost savings and efficiency gains which are often attributed to smart contracts be utilised to the advantage of both government, suppliers and ultimately the citizen within the context of public procurement?”⁸⁶⁰.

Na esteira desta indagação, há evidentes vantagens na aplicação de *blockchains* na contratação pública consoante relatório publicado pela IBM, principalmente com vistas à maior transparência: “[w]hen assets are registered or transactions are recorded on blockchains, the quest for transparency and right to privacy needn’t be at odds. On blockchains, data can be shared widely, seamlessly and, when needed, anonymously”⁸⁶¹.

Uma outra funcionalidade bastante pertinente quanto à execução da contratação pública diz respeito ao gerenciamento contratual do desempenho de prestadores de serviços públicos. A transparência advinda desta funcionalidade em *blockchains* pode aperfeiçoar o gerenciamento do desempenho. O exemplo trazido a lume pelo relatório supramencionado se refere à coleta de lixo. Os cidadãos e as empresas responsáveis podem registrar problemas numa plataforma de *blockchain*, que automaticamente notifica o coletor ao invés de efetuar um pedido que iria ser direcionado através da administração pública local. Além de possibilitar uma resposta mais rápida e eficiente aos problemas, “this process could establish a reputation system that reliably tracks the performance of vendors. Smart contracts could automatically penalize subcontractors with a history of repeat offenses”⁸⁶².

Debono analisa aspectos da natureza contratual dos contratos públicos em cotejo com *smart contracts*. A Autora aponta, primeiramente, as condições essenciais para a validade de um contrato: “1. [c]apacity of the parties to contract; 2. [t]he consent of the party who binds himself; 3. [a] certain thing which constitutes the subject-matter of the contract; 4. [a] lawful consideration”. Dois destes elementos são considerados fulcrais

⁸⁶⁰ Cfr. Pauline DEBONO, *Transforming public procurement contracts into smart contracts*, in *International Journal of Information Technology Project Management*, vol. 10, n.º 2, April-June 2019, pág. 17.

⁸⁶¹ Cfr. IBM INSTITUTE FOR BUSINESS VALUE, *Building trust in government. Exploring the potential of blockchains*, Executive Report, January 2017, disponível em <https://www.ibm.com/biz/resil/whitepapers/keeping-patients-at-the-center>. Keeping patients at the center Healthcare rallies for blockchains Keeping patients at the center Healthcare rallies for blockchains (ibm.com), págs. 2-3. Em complementação: “[t]ime-stamped transactions can be verified in something close to real time instead of long after the fact, helping deter fraudulent behaviors. As transparency is amplified, trust becomes more likely”. Convém destacar as três áreas de maior interesse para investimentos: “asset management, identity management and regulatory compliance”. Neste sentido, “[e]ach of these applications is foundational in its own way: Identity management establishes who is transacting on the blockchain and who has permission to access it. Asset management records what is being transacted or transferred and is the basis for a broad array of enhanced citizen services. Regulatory compliance bridges the efforts of both the public and private sectors to embed rules in blockchains that automate legal and statutory requirements”.

⁸⁶² *Ibidem*, pág. 12.

para a confirmação da hipótese de se transformar um contrato público em um *smart contract*, segundo a Autora: a capacidade e o consentimento⁸⁶³.

Após observar que sua análise se aplica às questões práticas e legais acerca da implementação de *smart contracts* em jurisdições de *civil* e *common law*, Mark Giancaspro se refere ao estabelecimento da capacidade quanto à compatibilidade entre *smart contracts* e o direito contratual. Tanto em *civil* como em *common law*, a capacidade contratual está relacionada à habilidade da parte para contratar. O Autor alude à questão da incapacidade de menores de dezoito anos para contratar. Em situações nas quais as partes em um *smart contract* não se conhecem, há um risco real de que uma parte que tenha adquirido maioria possa, inadvertidamente, contratar com uma parte que não tenha devido ao anonimato da Internet. Para o Autor, “[t]his threatens the enforceability of the agreement. Elaborate screening procedures to determine age prior to entry of a transaction onto a blockchain may be required although these are likely to be difficult to police”⁸⁶⁴.

Esta questão é enfrentada por Kevin Werbach e Nicolas Cornell. Sustentam que as partes em um *smart contract*, tecnicamente, não são pessoas. Elas são chaves criptográficas privadas. A chave privada secreta supostamente representa o indivíduo, baseada em uma relação matemática com a chave pública associada. Portanto, “it is virtually impossible for someone who does not possess the private key to generate a valid digital signature that matches a given public key. This allows cryptographic keys to form the basis for digital identity systems”⁸⁶⁵.

Com relação ao consentimento, cumpre assinalar que, em sede de direito contratual, faz-se necessário aludir aos ensinamentos de Darcy Bessone acerca dos contratos consensuais. Para o Autor, nestes contratos “a manifestação da vontade não depende de formalidades extrínsecas, podendo verificar-se por qualquer meio apto a revelá-la”⁸⁶⁶.

Neste jaez, Werbach e Cornell apresentam o seguinte questionamento: um *smart contract* é um código de computador que representa um acordo entre duas ou mais partes.

⁸⁶³ Cfr. Pauline DEBONO, *Transforming public procurement contracts into smart contracts*, in *International Journal of Information Technology Project Management*, vol. 10, n.º 2, April-June 2019, pág. 18.

⁸⁶⁴ Cfr. Mark GIANCASPRO, *Is a ‘smart contract’ really a smart idea? Insights from a legal perspective*, in *Computer Law & Security Review*, vol. 33, 2017, pág. 828.

⁸⁶⁵ Cfr. Kevin WERBACH, Nicolas CORNELL, *Contracts ex machina*, in *Duke Law Journal*, vol. 67, n.º 2, November 2017, pág. 371.

⁸⁶⁶ Cfr. Darcy BESSONE, *Do contrato: teoria geral*, 4.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997, pág. 117.

Ele realmente representa um consenso? Para os Autores, esta objeção é facilmente superada. No direito contratual moderno, a oferta e a aceitação são avaliadas objetivamente, isto é, admite-se evidência que as partes têm intenção de contratar e descarta-se evidência sobre indícios de estados mentais internos. Portanto, “[t]he fact that parties submit their cryptographic private keys to commit their resources to the smart contract is proof of such an intent”⁸⁶⁷.

Pauline Debono aponta uma importante questão sobre aspectos atinentes à programação. O código pode não ser facilmente compreensível ao leitor comum como seria a linguagem humana natural⁸⁶⁸. A Autora se refere aos estudos realizados pela *International Swaps and Derivatives Association (ISDA)* sobre esta temática. A principal questão por eles abordada é a seguinte: “how do I know the code as written in the contract reflects my intentions if I cannot read it?”. Sustentam que uma solução seria a possibilidade de que advogados aprendessem a linguagem relevante utilizada para programar. No entanto, “not everyone who might need to review a contract could realistically be expected to have gone through such learning”⁸⁶⁹. A este respeito, Debono observa que: “[a]lthough one resolution is for the lawyer to have learnt the relevant language used to write the code, smart contracts seem to inevitably require the effort of the legal and technical persons of both contracting parties. However, this solution does not do much to reduce the current administrative costs relative to contract drafting”⁸⁷⁰.

À guisa de exemplificação e elucidação, cabe analisar uma investigação realizada por Mirko De Maldè, Ludovica Durst e Noel Catterall entre novembro de 2016 e outubro de 2019 sobre “dynamic consent ethical review”. Esta investigação teve por

⁸⁶⁷ Cfr. Kevin WERBACH, Nicolas CORNELL, *Contracts ex machina*, in *Duke Law Journal*, vol. 67, n.º 2, November 2017, págs. 368-369. Os Autores apresentam um exemplo interessante sobre esta questão: “[i]f the smart contract refers to cotton delivered by the ship *Peerless* but there are two – or seventeen – ships of that name, standard contract law can hold the agreement unenforceable. But the smart contract would go ahead and execute”.

⁸⁶⁸ Cfr. Pauline DEBONO, *Transforming public procurement contracts into smart contracts*, in *International Journal of Information Technology Project Management*, vol. 10, n.º 2, April-June 2019, pág. 19.

⁸⁶⁹ Cfr. INTERNATIONAL SWAPS AND DERIVATIVES ASSOCIATION (ISDA), *Whitepaper: Smart contracts and distributed ledger – a legal perspective*, August 2017, disponível em [smart-contracts-and-distributed-ledger-a-legal-perspective.pdf](https://www.isda.org/~/media/Files/Publications/Smart-contracts-and-distributed-ledger-a-legal-perspective.pdf) (isda.org), págs. 16-17. Especificamente quanto à programação, “this problem might be exacerbated by the relatively small number of people who might truly understand the code. This is one area where having industry standard code for particular pieces of conditional logic could help. The code would have been checked by many industry participants at the time it was put together, giving later users comfort that it had been subject to scrutiny and focus”.

⁸⁷⁰ Cfr. Pauline DEBONO, *Transforming public procurement contracts into smart contracts*, in *International Journal of Information Technology Project Management*, vol. 10, n.º 2, April-June 2019, pág. 19.

objetivo fornecer aos hospitais uma ferramenta denominada “My Health My Data (MHMD)” para gerenciar a permissão para tornar dados não identificáveis (anônimos ou com pseudônimos) acessíveis a instituições externas, preservando a privacidade e a segurança dos conjuntos de dados e pacientes em cumprimento ao Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (“General Data Protection Regulation – GDPR”). Para realizar este objetivo, MHMD implementou um sistema de permissão através de *smart contracts* com acesso a dados específicos para incorporar preferências e permissões, regulando o acesso a conjuntos de dados e seu uso permitido, o que incluiu também autorização ética, proveniência de dados e diretrizes de reconhecimento⁸⁷¹.

Através deste sistema de permissão, hospitais e pacientes podem compartilhar conjuntos de dados anônimos ou com pseudônimos, associando a esses conjuntos as opções de permissão ou consentimento relevantes. Por meio de uma interface (aplicativo na Internet para hospitais e aplicativo móvel para pacientes), o titular dos dados pode especificar a política de acesso aos dados escolhida com alto nível de especificidade, definindo as finalidades permitidas de uso dos dados (por exemplo, apenas para pesquisas científicas públicas, apenas para doenças específicas etc.), tempo de disponibilidade, usuários de dados específicos (por exemplo, apenas organizações sem fins lucrativos), tipo de análise permitida etc. As preferências de política de acesso ou consentimento podem ser atualizadas nesta mesma interface. Parâmetros de segurança (*hashes*) referentes ao consentimento são gerados automaticamente e em seguida são carregados na *blockchain* para garantir que as opções de consentimento não sejam adulteradas posteriormente. O *smart contract* contido na *blockchain*, já estando atualizado quanto à existência do consentimento e solicitação de dados, é informado que todas as condições para permitir a troca de dados estão corretas. Assim, aciona uma nova transação que permite a troca de dados, deixando, concomitantemente, o controle da transação na própria *blockchain*, garantindo assim a legalidade da transação e a possibilidade de auditoria no futuro. Somente neste ponto, após a obtenção da autorização, o acesso aos

⁸⁷¹ Cfr. Mirko De MALDÈ, Ludovica DURST, Noel CATTERALL, *Dynamic consent ethical review*, My Health My Data Deliverable 3.2, 2018, disponível em Documents download module (europa.eu), pág. 9. Sobre caracterização de “dynamic consent”, *in verbis*: “[d]ynamic consent aims to bridge the gap between informed consent and broad consent, providing a digital interface from which patients can engage researchers, define their consent profile, and modify their consent profile over time. Patients can then start from the premise of the broad consent model and visualise how their data is being used by researchers, and hence tailor their future consent parameters to conform to their own views and wishes. This is what makes the consent ‘dynamic’, as it allows interactions over time, and enables participants to consent to new projects or to alter their consent choices in real time as their circumstances change, and have the confidence that their changes take effect, as they are able to see how and where their data is used, and for which studies”. *Ibidem*, págs. 18-19.

conjuntos de dados liberados é concedido ao usuário de dados para a realização de seu estudo. Por razões óbvias (os conjuntos de dados anônimos ou com pseudônimo não são armazenados na *blockchain*), a transferência de dados real ocorre no ambiente de nuvem⁸⁷².

Neste cenário, podem surgir obstáculos quanto à escrita correta de *smart contracts*. Sobre esta questão, Maher Alharby e Aad van Moorsel identificaram três soluções: “1. to semi-automate the creation of smart contracts to ease the process of writing smart contracts; 2. to provide developers with guidelines to aid them write correct contracts; 3. the adoption of formal verification techniques to detect unintended behaviours of smart contracts”⁸⁷³.

Especialmente quanto à esta problematização, na qual a natureza das variáveis é ampla, Mirko De Maldè, Ludovica Durst e Noel Catterall identificaram quais destas variáveis são cláusulas operacionais computáveis em relação à execução do contrato. Estas devem ser, em consequência, automatizadas (*e.g.* preço, data da execução, período de validade). Outras variáveis como finalidade, lei aplicável, jurisdição, são claramente não operacionais, pois apresentam estruturas semânticas bastante grandes e altamente complexas para expressar ou explicar direitos e obrigações relevantes em caso de não conformidade, ou para fornecer informações sobre leis de regência e jurisdição, por exemplo⁸⁷⁴. Sua análise sugere a aplicação da primeira solução acima mencionada. Os Autores apresentam algumas sugestões para a implementação de cláusulas com variáveis operacionais e não operacionais e sobre como traduzi-las e automatizá-las em um *smart contract*.

Sua primeira sugestão versa sobre o “Ricardian Contract”. Consoante Ian Grigg, “[it] is a single document that is a) a contract offered by an issuer to holders, b) for a valuable right held by holders, and managed by the issuer, c) easily readable by people [...], d) readable by programs [...], e) digitally signed, f) carries the keys and server information, and g) allied with a unique and secure identifier”⁸⁷⁵. Para Maldè, Durst e Catterall isto significa que o mesmo documento pode ser lido por advogados e pelas partes

⁸⁷² *Ibidem*, págs. 29-30.

⁸⁷³ Cfr. Maher ALHARBY, Aad van MOORSEL, *Blockchain-based smart contracts: a systematic mapping study*, in *Computer Science & Information Technology*, 2017, pág. 132. Os Autores esclarecem que “[s]emi-automation means the translation of human-readable contract representations to smart contracts rules”.

⁸⁷⁴ Cfr. Mirko De MALDÈ, Ludovica DURST, Noel CATTERALL, *Dynamic consent ethical review*, My Health My Data Deliverable 3.2, 2018, disponível em Documents download module (europa.eu), pág. 31.

⁸⁷⁵ Cfr. Ian GRIGG, *The Ricardian Contract*, in *Proceedings of the First International Workshop on Electronic Contracting*, IEEE, 2004, disponível em *The Ricardian Contract* (iang.org), pág. 4.

contratantes, que seriam capazes de compreender os elementos-chave do contrato, enquanto, ao mesmo tempo, pode ser expresso e executado em *software*. Esclarecem que as disposições legais estabelecidas pelo aviso de privacidade (o perímetro de qualquer processamento de dados), juntamente com os as permissões de processamento específicas decorrentes do consentimento dado pelo titular dos dados (ou outra base legal aplicável), podem ser incorporados ao “Ricardian Contract”. Este contrato irá refletir, em um documento legal, uma linguagem jurídica capaz de representar os principais parâmetros do acordo, que são apropriadamente automatizados⁸⁷⁶.

A segunda sugestão se refere aos “Smart Contract Templates”. Conforme definição de Christopher D. Clack, Vikram A. Bakshi e Lee Braine, “[they] provide a framework to support complex legal agreements for financial instruments, based on standardized templates”⁸⁷⁷. Através desta concepção, os Autores abordam a utilização de parâmetros que serão capazes não apenas de possibilitar uma maior padronização do código, mas, especialmente no futuro, será possível ver uma utilização crescente de expressões de estilo formalmente estruturadas incorporadas em linguagem jurídica. Se a lógica de negócios jurídicos pudesse ser substituída por expressões aritméticas ou lógicas, isto poderia proporcionar menos ambiguidade e menos erros. Portanto, “[t]he adoption of formal logic into legal prose would require such formal constructs to gain acceptance in the courts and to be admissible as evidence of the intentions of the parties”⁸⁷⁸.

Maldè, Durst e Catterall ainda apontam duas sugestões: “Monax’s Dual Integration” e “Legalese”⁸⁷⁹. A primeira “turns your contracts into a database of digital agreements to track your commitments in real time”⁸⁸⁰. Os Autores esclarecem que a fim de evitar incompatibilidades entre a intenção das partes que acordaram em um determinado *smart contract* e a linguagem jurídica utilizada pelos tribunais para resolver o litígio, Monax propôs uma solução destinada a preencher a lacuna entre leis de contratos eletrônicos existentes e *smart contracts* em *blockchains* denominada “dual integration”.

⁸⁷⁶ Cfr. Mirko De MALDÈ, Ludovica DURST, Noel CATTERALL, *Dynamic consent ethical review*, My Health My Data Deliverable 3.2, 2018, disponível em Documents download module (europa.eu), págs. 31-32.

⁸⁷⁷ Cfr. Christopher D. CLACK, Vikram A. BAKSHI, Lee BRAINE, *Smart contract templates: foundations, design landscape and research directions*, 2016, disponível em 1608.00771.pdf (arxiv.org), pág. 6. Em complementação: “[f]ollowing Grigg’s Ricardian Contract [...], they use parameters to connect legal prose to the corresponding computer code, with the aim of providing a legally-enforceable foundation for smart legal contracts”.

⁸⁷⁸ *Ibidem*, pág. 9.

⁸⁷⁹ Cfr. Mirko De MALDÈ, Ludovica DURST, Noel CATTERALL, *Dynamic consent ethical review*, My Health My Data Deliverable 3.2, 2018, disponível em Documents download module (europa.eu), págs. 34-35.

⁸⁸⁰ Cfr. MONAX, *Do you know what you have agreed to?*, 2021, disponível em Monax | Welcome.

A segunda, “Legalese”, “is an open-source computational legal project to draft legal documents the way programmers develop software”⁸⁸¹.

Em abordagem específica sobre *smart contracts* em direito público, Pauline Debono aponta três questões que requerem atenção, ao se considerar contratos públicos como potenciais candidatos para transformação em *smart contracts*: “1. [t]he type of distributed ledger that may be utilised for governments for this purpose; 2. [t]he handling of contract modifications; 3. [t]he resolution of disputes”⁸⁸². Estas questões ainda exigem posteriores investigações.

1.3. *Building Information Modelling* (BIM)

Com vistas a uma análise sobre o desenvolvimento de BIM, urge ressaltar que sua concepção teve início nos primórdios da computação na década de sessenta, sendo que modelos de programação sólidos remontam às décadas de setenta e oitenta, consoante explicações de Peter Smith. Dois *softwares* são considerados elementares para o desenvolvimento de BIM: *ArchiCAD* (1982) e *Revit* (2000)⁸⁸³.

Para o Autor, *Building Information Modelling* (BIM) ou Modelagem da Informação da Construção, em tradução livre, apresenta enormes oportunidades e desafios para a indústria da construção. Com sua evolução e com a automatização crescente dos processos nesta seara, a capacitação e o papel dos profissionais devem se adaptar para fornecer serviços mais sofisticados “that incorporate 3D, 4D time, 5D cost modelling and 6D facilities management and sharing cost information/data with the project team as part of the BIM integrated project delivery approach”⁸⁸⁴.

Em estudo específico a respeito desta classificação, Smith acrescenta as dimensões 7 e 8, *in verbis*: “[t]he various subsets of BIM are commonly described in terms of dimensions – 3D (object model), 4D (time), 5D (cost), 6D (operation), 7D

⁸⁸¹ Cfr. Mirko De MALDÈ, Ludovica DURST, Noel CATTERALL, *Dynamic consent ethical review*, My Health My Data Deliverable 3.2, 2018, disponível em Documents download module (europa.eu), págs. 34-35. Ver LEGALESE, *Software is eating law*, 2021, disponível em Legalese.

⁸⁸² Cfr. Pauline DEBONO, *Transforming public procurement contracts into smart contracts*, in *International Journal of Information Technology Project Management*, vol. 10, n.º 2, April-June 2019, pág. 21.

⁸⁸³ Cfr. Peter SMITH, *BIM implementation – global strategies*, in *Procedia Engineering*, vol. 85, 2014, pág. 483.

⁸⁸⁴ *Ibidem*.

(sustainability) and 8D (safety)”⁸⁸⁵. Imriyas Kamardeen alude à “nD modelling” como uma extensão de BIM que incorpora informações de design multidimensionais geradas e requisitadas ao longo do ciclo de um projeto de construção, sendo que “nD models enable users to see and simulate the whole life of a project and thereby help reduce the uncertainties in decision-making process and to realize true what-if analysis”⁸⁸⁶.

Bhargav Dave *et al.* discorrem acerca do conceito de *Lean Construction* no Reino Unido para analisar a relação entre este conceito e BIM. Abordagens tradicionais de construção, alinhadas com abordagens tradicionais de gerenciamento, preconizam que um projeto (ou sistema) pode ser fragmentado em séries de etapas. Com a tomada de decisões que otimizam cada uma destas etapas, a totalidade do projeto (ou sistema) é então otimizada. *Lean* desafia esta abordagem, reconhecendo que cada uma das etapas certamente contém falhas e pode ser aperfeiçoada. Um outro princípio de *Lean* é o de que as etapas do projeto são interdependentes. Neste sentido, os Autores esclarecem: “breaking down of projects into separate stages and decisions – to be made optimally – introduces both value loss and waste as the interconnections of stages and decisions will not be fully taken into account. Lean is about optimizing the project (or system) as a whole rather than just focusing on individual stages”⁸⁸⁷.

Especialmente quanto à relação entre *Lean Construction* e BIM, os Autores sustentam que elas não são apenas sinérgicas, mas esta sinergia se estende ao longo de todo o ciclo do projeto e não apenas durante as atividades de design. Foram apontados três princípios que obtiveram maior interação com as funções de BIM: “1. [r]eduction of waste by getting the quality right first time [...]; 2. [i]mproved flow and reduced production uncertainty; 3. [r]eduction in overall construction time”⁸⁸⁸.

Em relatório direcionado a gerentes de projetos elaborado pelo *Royal Institution of Chartered Surveyors* (RICS), BIM é considerada um paradigma apto a modificar o modo pelo qual as pessoas do setor da construção trabalham, afastando-as de processos e práticas ineficientes impulsionados por desenhos e documentações em 2D para direcioná-las aos processos e práticas centralizados em modelos. BIM é vista por muitos como um

⁸⁸⁵ Cfr. Peter SMITH, *BIM & the 5D project cost manager*, in *Procedia – Social and Behavioral Sciences*, vol. 119, 2014, pág. 477.

⁸⁸⁶ Cfr. Imriyas KAMARDEEN, *8D BIM modelling tool for accident prevention through design*, 26th Annual ARCOM Conference, Association of Researchers in Construction Management, Leeds, 2010, págs. 284-285.

⁸⁸⁷ Cfr. Bhargav DAVE *et al.*, *Implementing Lean in construction: Lean construction and BIM*, CIRIA Guide C725, London, 2013, disponível em *Lean Construction and BIM.pdf*, pág. 2.

⁸⁸⁸ *Ibidem*, pág. 5.

sistema de informação integrado que auxilia na assimilação efetiva de funções e processos organizacionais na realização de projetos. Pode ser definido de várias formas, entretanto, a seguinte definição fornecida pelo *UK Building Information Modelling Task Group* parece corresponder à articulação mais robusta que oferece as bases de tecnologia, pessoas e dimensões envolvidas no processo de BIM: “BIM is essentially value creating collaboration through the entire life-cycle of an asset, underpinned by the creation, collation and exchange of shared 3D models and intelligent, structured data attached to them”⁸⁸⁹.

David Mosey traz contribuições significativas para o desenvolvimento da presente temática no Reino Unido, especialmente quanto à sua implementação na contratação pública colaborativa. O Autor utiliza a terminologia “collaborative construction procurement” e “collaborative procurement” com a finalidade de “describe how projects and programmes of work can be planned and delivered by integrated teams”⁸⁹⁰, conforme registrado no capítulo precedente.

Nesta concepção, na medida em que o trabalho colaborativo pode aumentar as interações humanas ao longo de um projeto, BIM pode aumentar as interações tecnológicas através da criação de dados para design, custos, prazos e operações, sendo que todos estes dados podem ser definidos por referência para modelos tridimensionais visíveis. BIM amplia o escopo e a velocidade da troca de dados e isto salienta as questões da contratação relacionadas a quem fornece quais dados, quando são fornecidos e como isto deve ser utilizado de modo factível. Estas questões recebem maior atenção porque BIM possibilita e indiscutivelmente depende de maior integração entre membros de uma equipe de trabalho. Ademais, oferece uma visão mais clara das dependências mútuas entre as atividades dos membros desta equipe. Contudo, BIM somente pode oferecer suporte a estas dependências se os membros concordarem quanto ao compartilhamento de design, custos e dados sobre os prazos não somente em formato digital, mas também quanto aos níveis de detalhes requisitados e nos momentos nos quais estes dados forem realmente úteis para o projeto. BIM fornece novos sistemas para conectar o trabalho dos membros da equipe e para facilitar a comunicação entre eles. Pode assegurar que os dados capturados durante o design e a construção de um projeto forneçam as bases para sua

⁸⁸⁹ Cfr. ROYAL INSTITUTION OF CHARTERED SURVEYORS (RICS), *Building Information Modelling for project managers*, London, May 2017, disponível em [bim-for-project-managers-rics.pdf](#), pág. 8.

⁸⁹⁰ Cfr. David MOSEY, *Collaborative construction procurement and improved value*, London, Wiley Blackwell, 2019, pág. 2.

operação segura e eficiente e que os mesmos dados forneçam as bases para o aperfeiçoamento de projetos futuros. Mosey ainda destaca que “BIM also provides the axis around which other technologies, such as smart contracts, can improve the efficiency of supply chain transactions”⁸⁹¹.

Bhargav Dave *et al.* apontam um aspecto pertinente ao fornecimento de bases para uma operação segura e eficiente: a questão do equilíbrio entre pessoas, processos e tecnologia. Trata-se de algo essencial nesta abordagem. Especificamente em projetos nos quais ocorre a interação entre *Lean Construction* e BIM, ocorrem direcionamentos às pessoas e aos processos, ao passo que BIM, como uma plataforma tecnológica, funciona como uma ferramenta de habilitação. Os Autores sugerem soluções acerca de obstáculos que porventura ocorram quanto aos processos, às pessoas e à tecnologia. Quanto aos processos, é melhor implementar esta iniciativa de forma estratégica por meio de um programa de modificação de negócios, ao invés de adotar uma abordagem fragmentada. Em relação às pessoas, a adesão da equipe de nível sênior e a mentoria de um expoente em nível de diretoria são muito importantes. Além disso, é crucial entender as implicações na cadeia de abastecimento, já que a colaboração com a cadeia inteira é um dos principais fatores de sucesso em uma implementação *Lean* e BIM. Já em referência à tecnologia, na medida em que auxilia na adoção de BIM, são os processos de implementação e sua adaptação à empresa individualmente que são relevantes e não a adoção da tecnologia em si”⁸⁹².

Mosey perfilha este entendimento ao analisar o avanço tecnológico, *in verbis*: “rather than seek to automate all project processes, it is arguable that the construction industry would achieve better results by pursuing the development of collaborative procurement through BIM in tandem with the development of smart contracts, IoT and AI, so as to optimize the roles of digital technologies”⁸⁹³.

O Autor detalha, em termos práticos, como devem ser implementadas as tratativas contratuais de BIM em contratos de construção. O primeiro ponto se refere às

⁸⁹¹ *Ibidem*, pág. 29.

⁸⁹² Cfr. Bhargav DAVE *et al.*, *Implementing Lean in construction: Lean construction and BIM*, CIRIA Guide C725, London, 2013, disponível em *Lean Construction and BIM.pdf*, págs. 29-30.

⁸⁹³ Cfr. David MOSEY, *Collaborative construction procurement and improved value*, London, Wiley Blackwell, 2019, pág. 263. O Autor pormenoriza os modos pelos quais isto pode ocorrer: “[i]nform and support human judgements and interactions where these are required in order to agree the optimum approaches to design, cost, time and risk management, in order to explore value-adding proposals and in order to undertake other collaborative processes; -[i]nform and support automatic supply chain transactions where all required decisions have been made and where human judgements and interfaces no longer have the potential to increase efficiency”.

questões concernentes a um conjunto claro de obrigações sobre como o contratante pretende implementar BIM, incluindo, por exemplo, se o início ocorrerá com o processo de contratação do projeto e se perdurará após as operações de execução contratual. O segundo ponto questiona o nível de experiência e expertise do contratante quanto à implementação de BIM. O terceiro indaga se o efeito almejado quanto à utilização de BIM em relação aos deveres específicos do contratante (*e.g.* design, custos, planejamento, gerenciamento do projeto, execução, gerenciamento de ativos) estará realmente claro. O quarto ponto se direciona à escolha de quem será o técnico responsável por BIM, quais deveres esta função assumirá e como estes deveres irão interagir com os deveres do técnico responsável pelo design e do gerente de projetos com o escopo de evitar lacunas e duplicações⁸⁹⁴.

Um aspecto interessante nesta contextualização é analisado por Chuck Eastman *et al.* Diferentemente das indústrias de manufatura multinacionais, o mercado da construção não possui organizações que exercem domínio. Neste diapasão, sem líderes no mercado, os executivos usualmente observam o que sua concorrência ou organizações industriais estão realizando quanto às melhores práticas ou quanto às mais recentes tendências tecnológicas. O que os executivos têm em comum, no entanto, é o controle sobre como selecionam seus fornecedores de serviços e o formato de seus projetos. Uma das maneiras pelas quais os executivos podem se assegurar que seus fornecedores são proficientes em BIM é a modificação dos requisitos de habilidades de trabalho quanto à inclusão de habilidades relacionadas à expertise em BIM. Os Autores aludem à seguinte nomenclatura: “*BIM Specialist, BIM Champion, BIM Administrator, 4D Specialist, and Manager, Virtual Design and Construction*. Owners may hire employees with these titles or find service providers that bear similar ones”⁸⁹⁵.

Uma outra maneira trazida a lume é a inclusão de critérios de pré-qualificação referentes a BIM em procedimentos de adjudicação: “[m]any Requests for Proposals (RFPs) by owners include a set of pre-qualification criteria for prospective bidders. For public works projects, these are typically standard forms that all potential bidders must fill out”⁸⁹⁶.

⁸⁹⁴ *Ibidem*, pág. 276.

⁸⁹⁵ Cfr. Chuck EASTMAN *et al.*, *BIM handbook: a guide to building information modelling for owners, managers, designers, engineers, and contractors*, John Wiley & Sons, Inc., 2008, pág. 134 (grifos dos Autores).

⁸⁹⁶ *Ibidem*.

A questão fulcral neste cenário se refere aos diferentes níveis de colaboração que surgem em sede de direito contratual público. A partir de observações realizadas em investigações provenientes de implementações de BIM, Rafael Sacks, Milan Radosavljevic e Ronen Barak constataram que os participantes concordaram que o sistema poderia fornecer integração total do projeto e transmitir informações relevantes ao modelo 3D, contudo também houve a identificação de desvantagens relacionadas ao treinamento, ao gerenciamento das modificações e às condições ínsitas ao local⁸⁹⁷.

De modo semelhante, Matti Tauriainen *et al.* identificaram problemas relacionados às práticas de gerenciamento de design. Nos projetos que utilizaram BIM, as funções dos designers, seus métodos e a prática de comunicação entre eles geralmente derivam da era do gerenciamento baseado em documentação e podem somente ser parcialmente adaptados a esta nova concepção de trabalho. As causas apontadas para estes problemas são: “an unclear sharing of responsibilities between designers in teams, inadequate BIM instructions, an insufficient BIM experience and knowledge of the design manager and the lack of communication between design team”⁸⁹⁸.

O *American Institute of Architects* idealizou um novo modelo contratual para projetos de construção: o *Integrated Project Delivery* (IPD). Este instituto o define como “a project delivery approach that integrates people, systems, business structures and practices into a process that collaboratively harnesses the talents and insights of all participants to optimize project results, increase value to the owner, reduce waste, and maximize efficiency through all phases of design, fabrication, and construction”⁸⁹⁹. A equipe responsável pelo IPD geralmente irá incluir membros além da tríade básica referente aos executivos, designers e contratantes. No mínimo, um projeto integrado inclui estreita colaboração entre o executivo, arquiteto/engenheiros e construtores,

⁸⁹⁷ Cfr. Rafael SACKS, Milan RADOSAVLJEVIC, Ronen BARAK, *Requirements for building information modelling based lean production management systems for construction*, in *Automation in Construction*, vol. 19, 2010, pág. 654. Especificamente quanto a cada uma das desvantagens apontadas: “[t]raining (despite being simple to use many believe team leaders would require extensive training to get used to the new reality and avoid potential errors or misuse); -[m]anaging change (the existing use of 3D planning software shows that it is extremely difficult to promptly update models as a result of design and other changes); -[s]ite conditions (adversarial site conditions, weather and poor IT infrastructure are major factors and could prevent successful implementation of the system)”.

⁸⁹⁸ Cfr. Matti TAURIAINEN *et al.*, *The effects of BIM and lean construction on design management practices*, in *Procedia Engineering*, vol. 164, 2016, pág. 567.

⁸⁹⁹ Cfr. THE AMERICAN INSTITUTE OF ARCHITECTS, *Integrated Project Delivery: a guide*, AIA National, AIA California Council, 2007, disponível em [IPD_Guide.pdf \(aicontracts.org\)](#), pág. 1.

responsáveis em última instância pela execução do projeto, desde a concepção inicial até sua finalização⁹⁰⁰.

Todavia, Alberto De Marco e Ahmad Karzouna esclarecem que “despite many promises and potential benefits, IPD is still lagging behind schedule in industry diffusion and the value that IPD can unlock is still unclear to practitioners and professionals. Till today IPD is not fully understood throughout the AEC community”⁹⁰¹. Convém ressaltar que os Autores⁹⁰² e o *American Institute of Architects*⁹⁰³ aludem à BIM como uma tecnologia adequada para projetos de IPD que requerem altos níveis de integração.

A abordagem europeia é relativamente recente. Consoante considerações de Giuseppe Martino Di Giuda, Valentina Villa e Paolo Giana, o Reino Unido é o principal expoente deste tipo de colaboração na Europa. Um novo contrato padrão denominado PPC2000 foi criado. Este novo tipo contratual tem sido largamente utilizado pelo setor privado, por muitas empresas e pelo governo. Em especial quanto ao setor público, os Autores observam que “[a] new document was published – to let to the public sector introduce – it is a framework alliancing named FAC-1, which allow[s] to apply the alliance to different contract forms”⁹⁰⁴.

David Mosey traz elucidações sobre sua implementação em referência à BIM: “FAC-1 includes the option for BIM to integrate agreed approaches to design, supply chain engagement, costing, joint risk management and programming in relation to the projects comprising a framework programme or in relation to the components comprising a single project”⁹⁰⁵.

⁹⁰⁰ Cfr. THE AMERICAN INSTITUTE OF ARCHITECTS, *Integrated Project Delivery: an updated working definition*, California Council, Sacramento, 2014, disponível em IPD-A-Working-Definition-FINAL.pdf (leanipd.com), pág. 4.

⁹⁰¹ Cfr. Alberto De MARCO, Ahmad KARZOUNA, *Assessing the benefits of the Integrated Project Delivery method: a survey of expert opinions*, in *Procedia Computer Science*, vol. 138, 2018, pág. 824. Observa-se que AEC é abreviatura para “architecture, engineering and construction”. Os Autores concluem, no entanto, que apesar dos problemas apontados, as vantagens referentes à sua implementação são: “[s]horten schedule, cost saving, better quality, improve productivity, less construction administration are the main benefits derived from IPD. Early involvement, focusing on quality, free information flowing and sharing ideas are the key factors that contribute to adding value to IPD more than any other delivery method”. *Ibidem*, pág. 828.

⁹⁰² *Ibidem*, pág. 825.

⁹⁰³ Cfr. THE AMERICAN INSTITUTE OF ARCHITECTS, *Integrated Project Delivery: an updated working definition*, California Council, Sacramento, 2014, disponível em IPD-A-Working-Definition-FINAL.pdf (leanipd.com), pág. 6.

⁹⁰⁴ Cfr. Giuseppe Martino DI GIUDA, Valentina VILLA, Paolo GIANA, *Collaborative contract with building information modelling: comparison between USA and European approach*, in E. Pellicer *et al.* (eds.), *Resilient structures and sustainable construction*, ISES Press, 2017, disponível em LDR-2.pdf (isec-society.org), pág. 4. Observa-se que FAC é abreviatura para “Framework Alliance Contract”, conforme explicações no capítulo precedente.

⁹⁰⁵ Cfr. David MOSEY, *Collaborative construction procurement and improved value*, London, Wiley Blackwell, 2019, pág. 279.

O Autor admite que, no curto prazo, é difícil supor que a indústria da construção e seus clientes deixem de utilizar contratos bilaterais e optem por um contrato multilateral completo (“project alliance contract”). Como uma alternativa para esta possibilidade, sugere a criação de “an overarching umbrella that brings the project team members under one collaborative roof while leaving their separate two-party appointments intact”. Um contrato de aliança multilateral nestes moldes pode estabelecer quem trabalha com quem e qual o nível de responsabilidade para que as contribuições para BIM sob contratos bilaterais possam ser realizadas em conjunto mais efetivamente. Além disto, pode criar mecanismos que asseguram compromissos mais fortes quanto aos objetivos comuns e autorregulação coletiva, assim como maior transparência e eficiência, através da capacidade de compartilhamento de dados relativos à BIM em termos acordados mutuamente⁹⁰⁶.

Em um guia internacional para implementação de BIM elaborado pelo *Royal Institution of Chartered Surveyors* (RICS) há descrição do modelo de maturidade das atividades relacionadas à BIM no Reino Unido que demonstra uma transição sistemática de níveis na indústria. No nível 0, a elaboração e operação de projetos dependem de informações bidimensionais (2D) que se baseiam principalmente em papel, levando a ineficiências. O nível 1 corresponde à transição entre um ambiente baseado em papel para um ambiente em 2D e 3D, com uma mudança de foco quanto à colaboração e compartilhamento de informações. No nível 2 é utilizado um método comum de produção, compartilhamento, publicação e arquivamento de informações. Ao longo deste nível, dados de inteligência e metadados começam a ser adicionados ao modelo de modo consistente. No entanto, os modelos são centrados em disciplina e propriedade, o que faz com que este nível seja referido como “pBIM” ocasionalmente. A integração do modelo ocorre com base em um ambiente comum de dados (*common data environment – CDE*). No nível 3 atinge-se “iBIM”, totalmente integralizado, marcado pelo uso de um modelo único que é acessível a todos os membros da equipe⁹⁰⁷.

Para corroborar o interesse crescente quanto ao papel que contratos colaborativos multilaterais podem exercer na adoção bem-sucedida de BIM, David Mosey alude ao relatório “BIM Built Environment 2050”. De acordo com o referido

⁹⁰⁶ *Ibidem*.

⁹⁰⁷ Cfr. ROYAL INSTITUTION OF CHARTERED SURVEYORS (RICS), *International BIM implementation guide*, London, 2015, disponível em international-bim-implementation-guide-1st-edition-rics.pdf, pág. 7.

relatório, “a focus on relational contracting supports this recommendation using multi-party contracts to discourage legal disputes and costly litigation”⁹⁰⁸.

Neste cenário, a concepção de contratação relacional possui especial significação. Barbara Colledge traz a lume a seguinte definição: “[r]elational [c]ontracting is a transaction or contracting mechanism that seeks to give explicit recognition to commercial ‘relationship’ between the parties to the contract”. Para a Autora, responsabilidades e benefícios do contrato são repartidos de modo justo e transparente, com mecanismos para efetivação que focam em confiança e parceria⁹⁰⁹.

Detalhamentos suplementares sobre esta temática serão elaborados nos itens subsequentes, onde proceder-se-á à análise acerca dos instrumentos tecnológicos como meio de implementação da colaboração na Administração Pública em Itália, Portugal e Brasil.

2. Instrumentos tecnológicos como meio de implementação da colaboração na contratação pública em Itália

Com vistas a um breve introito, faz-se necessário discorrer sobre os desafios técnicos revelados pela inovação digital que proporcionaram um impulso de renovação para as políticas digitais da União Europeia ao longo da última década, com especial atenção às características disruptivas das novas tecnologias. Alessia Palladino exemplifica com “[l]a recente Comunicazione emanata dalla Commissione europea il 9 marzo 2021 “2030 Digital Compass: the European way for the Digital Decade”, conferma

⁹⁰⁸ Cfr. David MOSEY, *Collaborative construction procurement and improved value*, London, Wiley Blackwell, 2019, pág. 278. Ver CONSTRUCTION INDUSTRY COUNCIL, *Built Environment 2050: a report on our digital future*, London, 2014, disponível em be2050-cic-bim2050-2014-1.pdf, pág. 23.

⁹⁰⁹ Cfr. Barbara COLLEDGE, *Relational contracting – creating value beyond the project*, in *Lean Construction Journal*, vol. 2, n.º 1, April 2005, pág. 30. A Autora aponta as seguintes características específicas da indústria de construção: “[a]t a project level in construction, this can improve working relationships between all project stakeholders, can facilitate efficient and effective construction, can enhance financial returns and can minimise the incidence and make easier the resolution of conflict. However, the value of relational contracting can extend beyond the project benefiting for example the relationships between the parties in the longer term, or construction industry productivity or profitability”. Frise-se que os conceitos de direito relacional advêm da doutrina de jurisdições de *common law*. Consoante entendimento de Roscoe Pound, “[t]he idea of relation, and of legal consequences flowing therefrom, pervades every part of Anglo-American Law. [...] The action for use and occupation may only be maintained where a relation exists. When the relation does exist, however, a train of legal consequences follows”. Ver Roscoe POUND, *The end of law as developed in juristic thought*, in *Harvard Law Review*, vol. 30, n.º 3, 1917, pág. 213.

l'incidenza del *digitale* nel tessuto socio – economico europeo, esaltandone la rilevanza strategica per garantire la *resilienza* dell' Europa”⁹¹⁰.

Ao analisar o tema da evolução do direito digital em Itália, Emilio Tosi aborda a transformação do ambiente virtual da natureza da Internet, que perpassa uma fase lúdica para a maturação da fase da comercialização, na qual vários mercados virtuais são desenvolvidos. Em nível europeu, o Mercado Único Digital “is considered as the fifth freedom – alongside the four fundamental freedoms of the European Treaties: movement of goods, persons, services and capital – and, consequently, it is considered a priority development”⁹¹¹.

A Comissão Europeia publica então, em maio de 2015, a Estratégia para o Mercado Único Digital, cujos três pilares são “- Melhor acesso dos consumidores e empresas a bens e serviços em linha com toda a Europa; - Criação das condições adequadas para o desenvolvimento de redes e serviços digitais; - Otimização do potencial de crescimento da nossa Economia Digital Europeia”⁹¹².

Alessia Palladino aponta os instrumentos jurídicos formulados a partir destes pilares para dar azo a um amplo programa de reforma da política digital: “il Data Governance Act, il Digital Services Act, il Digital Markets Act e la Cybersecurity Strategy”⁹¹³.

O “Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)”, plano nacional de recuperação e resiliência em tradução livre, integra o programa “Next Generation EU (NGEU)”. Este programa de escopos e ambições sem precedentes, que inclui

⁹¹⁰ Cfr. Alessia PALLADINO, *Europa digitale 2030, la Commissione propone una “Bussola” per la sovranità digitale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Istituto di Ricerche sulla Pubblica Amministrazione - IRPA, 2019, disponível em *Europa digitale 2030, la Commissione propone una “Bussola” per la sovranità digitale - IRPA*. Ver COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação orientações para a digitalização até 2030: a via europeia para a década digital*, Bruxelas, 9.3.2021 COM(2021) 118 final.

⁹¹¹ Cfr. Emilio TOSI, *High tech law: the digital legal frame in Italy*, Giuffrè Editore, Milano, 2015, pág. 15.

⁹¹² Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação estratégia para o Mercado Único Digital na Europa*, Bruxelas, 6.5.2015 COM(2015) 192 final, pág. 4.

⁹¹³ Cfr. Alessia PALLADINO, *Europa digitale 2030, la Commissione propone una “Bussola” per la sovranità digitale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Istituto di Ricerche sulla Pubblica Amministrazione - IRPA, 2019, disponível em *Europa digitale 2030, la Commissione propone una “Bussola” per la sovranità digitale - IRPA*. Ver COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à governação de dados (Regulamento Governação de Dados)*, Bruxelas, 25.11.2020 COM(2020) 767 final 2020/0340 (COD); COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um mercado único de serviços digitais (Regulamento Serviços Digitais) e que altera a Diretiva 2000/31/CE*, Bruxelas 15.12.2020 COM(2020) 825 final 2020/0361 (COD); COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à disputabilidade e equidade dos mercados no setor digital (Regulamento Mercados Digitais)*, Bruxelas, 15.12.2020 COM(2020) 842 final 2020/0374 (COD); EUROPEAN COMMISSION, *Shaping Europe’s digital future. The cybersecurity strategy*, 2021, disponível em *Cybersecurity Strategy | Shaping Europe’s digital future (europa.eu)*.

investimentos e reformas para acelerar a transição ecológica e digital, melhorar a formação de trabalhadoras e trabalhadores e alcançar maior igualdade de gênero, territorial e geracional. A Itália se tornou a primeira beneficiária, em valores absolutos, dos dois principais instrumentos do NGEU: o “Dispositivo per la Ripresa e Resilienza (RRF)” e o “Pacchetto di Assistenza alla Ripresa per la Coesione e i Territori d’Europa (REACT-EU)”. O Dispositivo RRF estabelece que os Estados-Membros apresentem um pacote de investimento e reforma: o “Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)”. Este Plano, que se divide em seis missões e dezesseis componentes, é resultado do diálogo que ocorreu recentemente com o Parlamento e a Comissão Europeia, embasado pelo Dispositivo RRF. As seis missões do Plano são: digitalização, inovação, competitividade, cultura e turismo; revolução verde e transição ecológica; infraestrutura para mobilidade sustentável; educação e investigação; inclusão e coesão; saúde. Compreende um ambicioso projeto de reforma. O governo deve implementar quatro grandes reformas contextuais: administração pública, justiça, simplificação da legislação e promoção da concorrência⁹¹⁴.

O Conselho de Ministros da Itália aprovou em 28 de maio de 2021 o *Decreto legge 31 maggio 2021, n. 77* (“Decreto Semplificazioni bis”) contendo a governança do PNRR e as primeiras medidas para fortalecer as estruturas administrativas e agilizar procedimentos. O novo Decreto aborda duas questões principais: a estrutura de governança dos projetos PNRR e a simplificação em muitas áreas da administração pública, com um capítulo de particular interesse dedicado à gestão dos contratos públicos⁹¹⁵.

Sara Valaguzza tece considerações acerca do novo Decreto. Primeiramente, acentua que o instrumento institui uma unificação para a racionalização e o aperfeiçoamento da eficácia da regulação “perchè guarda in faccia il problema principale del nostro Paese, responsabile delle maggiore inefficienze che subiamo, più della corruzione, più della mancata digitalizzazione, più della frammentazione delle stazioni appaltanti”. A solução do problema principal mencionado pela Autora se refere à disposição do artigo 5, no qual o governo admite que podem surgir obstáculos à implementação correta e tempestiva das reformas e dos investimentos previstos no PNRR

⁹¹⁴ Cfr. GOVERNO ITALIANO, *Piano nazionale di ripresa e resilienza. Italia domani*, [s.d.], disponível em PNRR.pdf (governo.it), págs. 3-4.

⁹¹⁵ Cfr. INGENIO INFORMAZIONE TECNICA E PROGETTUALE, *Decreto legge 31 maggio 2021, n. 77 Semplificazioni: sintesi e testo*, 2021, disponível em Decreto legge 31 maggio 2021, n. 77 Semplificazioni: sintesi e testo del provvedimento del Consiglio dei Ministri (ingenio-web.it).

pelas disposições regulamentares e que, por conseguinte, é necessário identificar um órgão que possa propor soluções progressivamente⁹¹⁶.

Vallaguzza alude também ao caráter colaborativo presente na abordagem orientada à lógica do “outcome based contract”. Neste sentido, para verificar que a adjudicação do projeto não envolve modificações inesperadas nos custos e prazos de construção e, acima de tudo, para cumprir as exigências do poder público de modo a se obter uma execução ideal, “la chiave sarà la capacità delle stazioni appaltanti di costruire ambiente contrattuali intelligenti, resiliente e collaborativi, che sappiano promuovere una collaborazione tra gli attori coinvolti nella sfida della costruzione”⁹¹⁷.

As disposições referentes aos contratos públicos encontram-se sob a égide do *Titolo IV (artt. 47-56)* do referido Decreto. Os pontos de destaque são aqueles atinentes aos prêmios de aceleração para cada dia de antecipação do término contratual, aumento do percentual de subcontratação para cinquenta por cento com a previsão da responsabilidade solidária do contratante e do subcontratante para com o poder público e a promoção de políticas de recrutamento baseadas na contratação de jovens e na igualdade de gênero⁹¹⁸.

Especificamente quanto ao aumento do percentual de subcontratação para cinquenta por cento, Valaguzza é contundente ao afirmar que “[i] che conferma la necessità di disciplinare la rete della filiera di tutti coloro che sono coinvolti nell’esecuzione delle opere pubbliche attraverso dinamiche di rete e adottando lo schema giuridico degli accordi collaborativi”⁹¹⁹.

Angelo Luigi Camillo Ciribini aborda a questão relativa à digitalização atinente ao *Titolo II – Transizione digitale*. Para o Autor, a fragmentação dos atores do setor não é apenas dimensional, mas também cultural, identitária, organizacional, processual, produtiva etc. Esta atomização não parece ser facilmente atenuada. Por conseguinte, as formas de digitalização e, em particular, a utilização da esfera das plataformas, são

⁹¹⁶ Cfr. Sara VALAGUZZA, *Benvenuto Decreto semplificazioni 2021*, Ingegno informazione tecnica e progettuale, 2021, disponível em Benvenuto Decreto Semplificazioni 2021 (ingegno-web.it). Faz-se necessário mencionar as importantes observações da Autora acerca do conteúdo do referido artigo: “[l]a conferma di Cabina di Regia e Comitati interministeriali, gruppi di controllo e di monitoraggio, l’esplicitazione di obblighi di coordinamento e poteri sostitutivi e perfino l’assegnazione di ‘poteri’ auto-certificativi del silenzio assenso riconosciuti ai privati sono una risposta concreta che osserva la realtà per quello che è: un complesso sistema relazionale che fatica ad essere efficiente”.

⁹¹⁷ *Ibidem*.

⁹¹⁸ Cfr. INGEGNO INFORMAZIONE TECNICA E PROGETTUALE, *Decreto legge 31 maggio 2021, n. 77 Semplificazioni: sintesi e testo*, 2021, disponível em Decreto legge 31 maggio 2021, n. 77 Semplificazioni: sintesi e testo del provvedimento del Consiglio dei Ministri (ingegno-web.it).

⁹¹⁹ Cfr. Sara VALAGUZZA, *Benvenuto Decreto semplificazioni 2021*, Ingegno informazione tecnica e progettuale, 2021, disponível em Benvenuto Decreto Semplificazioni 2021 (ingegno-web.it).

consideradas fondamentali para realizar una difícil conciliação entre elementos estruturais, que não podem ser corrigidos com agilidade, e perspectivas evolutivas. Portanto, “*l’ingresso degli operatori in un ecosistema digitale unificato* (attraverso un sistema di piattaforme digitali), o meglio, in un sistema di ecosistemi digitali inteconnessi, *costituisce la premessa indispensabile* per avviare il processo trasformativo, ovvero la transizione digitale”⁹²⁰.

Em especial quanto à legislação que dispõe acerca dos *smart contracts* no ordenamento jurídico italiano, o legislador, na *Legge 11 febbraio 2019 n. 12*, de conversão do *Decreto legge 14 dicembre 2018 n. 135*, contendo disposições urgentes sobre apoio e simplificação para empresas e para a administração pública (denominado Decreto de Simplificação), inseriu o artigo 8 intitulado “*Tecnologie basate su registri distribuiti e smart contract*”. A definição de *smart contract* está contida no parágrafo 2, *in verbis*: “um programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o piu’ parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse”⁹²¹. O aludido parágrafo também estabelece que os *smart contracts* satisfazem a exigência da forma escrita após a identificação informática das partes interessadas, por meio de um processo cujos requisitos serão definidos pela “*Agenzia per l’Italia digitale*” com diretrizes a serem adotadas no prazo de noventa dias a partir da data de entrada em vigor da conversão do presente Decreto⁹²².

Consoante entendimento de Riccardo Nigro, os *smart contracts* são protocolos de informática baseados na tecnologia *blockchain* que ainda não possuem uma definição legal unívoca. Eles podem ser considerados contratos tradicionais embasados no princípio da liberdade contratual, mas de certa forma podem ser meios de execução do contrato. O Autor considera que “[l’]articolo 8-ter del decreto semplificazioni 2019 sembrerebbe averli accostati ad un tertium genus contrattuale: il contratto concluso per effetto della validazione diffusa da parte dei nodi della blockchain”⁹²³.

⁹²⁰ Cfr. Angelo Luigi Camillo CIRIBINI, *La digitalizzazione e il Decreto semplificazioni: note a margine del quadro strategico*, Ingenio informazione tecnica e progettuale, 2021, disponível em *La Digitalizzazione e il Decreto Semplificazioni: Note a Margine del Quadro Strategico* (ingenio-web.it), (grifos do Autor).

⁹²¹ O parágrafo 1 traz a definição de “tecnologie basate su registri distribuiti” (*distributed ledger technology* (DLT): “le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetturealmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l’aggiornamento e l’archiviazione di dati sia in chiaro che anteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili”.

⁹²² Cabe observar que a vigência da referida Lei teve início em 12-2-2019 e os aludidos requisitos ainda não foram publicados.

⁹²³ Cfr. Riccardo NIGRO, *Smart contract, profili di qualificazione giuridica*, *Quotidiano di informazione giuridica* n.º 7015, Altalex, 2021, disponível em *Smart contract, profili di qualificazione giuridica* (altalex.com).

Os estudos doutrinários acerca da presente temática realizados quanto à perspectiva de sua implementação legal têm sido desenvolvidos em maior abrangência em direito privado. Cristina Poncibò aborda a questão em direito comparado. Os doutrinadores de *civil law* e *common law* parecem divididos entre aqueles que sustentam que o novo instrumento pode ser qualificado exclusivamente como mera modalidade de execução (automática) do contrato, e quem admite que também possa configurar um contrato na presença de circunstâncias particulares⁹²⁴.

Maria Letizia Perugini classifica os *smart contracts* como uma nova forma de expressão da liberdade contratual. Para a Autora, “l’ambito di applicazione della nuova disciplina incide su un’area regolata dal principio di atipicità: i consociati saranno perciò liberi di formulare il regolamento contrattuale con il solo limite di realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico, ex art 1322 c.c.”⁹²⁵.

Cristina Poncibò salienta que ainda não há pacificação doutrinária a respeito de vários aspectos. Consoante seu entendimento, os problemas relacionados aos contratos que são o resultado da automação (também denominados contratos algorítmicos) não podem ser solucionados meramente pela adoção de novos regulamentos. A Autora conclui que “la giurisprudenza parrebbe essere, per sua natura, lo strumento migliore per affrontare i temi [...] e cercare una collocazione nell’ambito delle categorie civilistiche”⁹²⁶.

Quanto à possibilidade de implementação de *smart contracts* na contratação pública, Sara Valaguzza justifica sua posição favorável apresentando alguns aspectos. O primeiro diz respeito à conservação das informações no ambiente dos contratos públicos e, em especial, no da construção. A Autora também alude às vantagens oriundas da redução dos erros humanos, com conseqüente redução da possibilidade de modificar, maliciosamente, a execução do contrato em vantagem própria. A necessidade de acelerar e controlar ações surge como um aspecto positivo da mesma forma. Portanto, Valaguzza

⁹²⁴ Cfr. Cristina PONCIBÒ, *Il diritto comparato e la blockchain*, Università degli studi di Torino, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pág. 205.

⁹²⁵ Cfr. Maria Letizia PERUGINI, *Distributed ledger technologies e sistemi di blockchain*, in *Diritto dell’informatica e delle nuove tecnologie*, junho 2018, págs. 213-214. Codice civile, Libro IV, Titolo II, Art. 1322. “Autonomia contrattuale. Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purchè siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico”. Ver também Valentina BELLOMIA, *Il contratto intelligente: questioni di diritto civile*, *Judicium*. Il processo civile in Italia e in Europa, 2020, disponível em Microsoft Word - *judicium template.docx*.

⁹²⁶ Cfr. Cristina PONCIBÒ, *Il diritto comparato e la blockchain*, Università degli studi di Torino, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pág. 209.

é enfática ao afirmar que “questa tipologia contrattuale pare decisamente appetibile per il settore che stiamo considerando”⁹²⁷.

Em continuação às suas considerações sobre a utilização dos métodos e instrumentos digitais, analisa a modelagem *Building Information Modelling* (BIM) na contratação pública em Itália salientando sua finalidade: “ottenere una progettazione integrata, completamente digitale, che consenta la creazione di un *database* completo oltre alla modellazione almeno tridimensionale degli oggetti progettati”⁹²⁸.

A implementação de BIM no direito da construção italiano é objeto de análise de Giuseppe Martino Di Giuda *et al.* Os Autores discorrem acerca da importação do *Relational Project Delivery Agreement* (RPDA) para a legislação italiana. Devido à estagnação do mercado da construção em Itália, tornou-se necessário reinventá-lo através de melhores interações entre *stakeholders* por meio da adaptação de um acordo de aliança, *Framework Alliance Contract* (FAC-1), proveniente do direito da construção no Reino Unido, como observado no capítulo antecedente. O FAC-1 foi concebido e projetado pelo Prof. David Mosey, diretor do *Centre for Construction Law and Dispute Resolution* do *King’s College* em Londres. Foi traduzido e adaptado ao contexto legal italiano pela Universidade de Milão⁹²⁹.

Di Giuda *et al.* esclarecem que o FAC-1 italiano estabelece um sistema que regula as relações legais entre diversas matérias envolvidas na implementação de um ou mais projetos, definidos como programas, através da intersecção de vários contratos com o propósito de incentivar a colaboração e a coordenação das inúmeras atividades. Destacam especialmente que “[t]hrough the stipulation of FAC-1, parties undertake to work in a collaborative spirit and to carry out activities, called ‘Alliance Activities’ – added value, site organisation efficiency, BIM use – consistent with the aims identified by the Customer, which may be public or private”⁹³⁰.

⁹²⁷ Cfr. Sara VALAGUZZA, *Governare per contratto. Como creare valore attraverso i contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, págs. 187-188.

⁹²⁸ *Ibidem*, pág. 189.

⁹²⁹ Cfr. Giuseppe Martino DI GIUDA *et al.*, *Importation of Relational Project Delivery Agreements exploiting the BIM approach in legislation*, J. SHIAU *et al.* (editors), Streamlining information transfer between construction and structural engineering, ISEC Press, 2018, págs. 1-2.

⁹³⁰ *Ibidem*, pág. 3. Cabem detalhamentos suplementares a este respeito. Os Autores observam que FAC-1 é estruturado como um contrato de *common law*, iniciando-se por “General Conditions” contendo as regras gerais, para logo após proceder à parte inicial. O documento inteiro se relaciona às “Definitions”, que expressam o modo pelo qual se deve ler corretamente os “standard contracts”. Consequentemente, as “General Conditions”, mencionadas no “Cooperation Agreement”, são as bases contratuais. Aludem à uma característica relevante: “the contract [...] could be bended to the requests of the collaboration members just selecting the clauses that they want to apply. FAC-1 has pre-structured Annexes and Modules in order to

Giuseppe Martino Di Giuda e Gabriella M. Racca analisam os desafios de BIM na contratação pública. Especificamente sobre FAC-1, aduzem que seu desenvolvimento ocorreu para permitir que os setores público e privado introduzissem o conceito de “framework alliance”, que pode funcionar com diferentes formas contratuais em procedimentos padronizados. Seu objetivo é conectar diretamente diferentes partes, possibilitando que haja transparência, fatores elementares para BIM e para trabalhos conjuntos, sendo imprescindível em um sistema colaborativo. Contudo, advertem que BIM não pode ser aplicado a todas as formas contratuais. FAC-1 fornece uma maneira de vincular em um único contrato multilateral o conteúdo de cada contrato bilateral. Neste sentido, sublinham que “any kind of two-party agreement, stipulated in a traditional form, can bring collaboration to a project. This framework alliance can be defined as an adaptable form”⁹³¹.

Gabriella M. Racca traz à baila a importância da jurisprudência nesta contextualização. Algumas incertezas referentes à utilização de BIM no sistema jurídico italiano foram esclarecidas pela jurisprudência administrativa. Particularmente, chamado a decidir sobre conformidade de um projeto submetido aos requisitos estabelecidos pela Administração na documentação do certame, o juiz observou primeiramente que não há um “formato BIM” padronizado, mas que se trata, ao invés, de um “metodo di lavoro e di rappresentazione digitale”. Seu núcleo fundamental deve ser tridimensional, mas isso não significa que todas as partes também devem ser obrigatoriamente representadas em três dimensões: o importante é que sejam reportadas propriedades adequadas quanto à descrição em relação ao objeto, visto que “nella metodologia BIM l’attenzione deve essere posta sul concetto di informazione piuttosto che sul metodo di rappresentazione dei singoli oggetti”⁹³².

set the requests made or the action carried by the collaboration. Through an information preset included in each request, each party structures the request in order to provide all the needed information”.

⁹³¹ Cfr. Giuseppe M. DI GIUDA, Gabriella M. RACCA, *From works contracts to collaborative contracts: the challenges of Building Information Modelling (BIM) in public procurement*, in Gabriella M. RACCA, Christopher R. YUKINS, *Joint public procurement and innovation: lessons across borders*, Bruylant, Bruxelles, 2019, pág. 267. Os Autores acrescentam os seguintes esclarecimentos: “[i]f project stakeholders are not ready to establish a full multi-party framework alliance, they might enter into a linked FAC-1 with each appointed consultant, contractor, supplier or provider. Generally, such a model should be compatible with any project procurement model that would use its direct award procedure and competitive award procedure”.

⁹³² Cfr. Gabriella M. RACCA, *La modellazione digitale per l’integrità, l’efficienza e l’innovazione nei contratti pubblici*, in *Le istituzioni del federalismo*, n.º 3, 2019, pág. 749. Para a jurisprudência mencionada, ver: TAR Lombardia, Milano, sez. I, 29 maggio 2017, n. 1210, disponível em TAR Lombardia n 1210-2017.pdf.

Sara Valaguzza admite que, apesar de grandes obstáculos existentes em Itália quanto à adoção de alianças, pois nos setores público e privado os operadores tentam manter vantagens competitivas advindas de informações assimétricas, as mais recentes decisões das cortes civis reconhecem a existência de uma coesão substancial do relacionamento entre as partes envolvidas. Portanto, “[t]his should lead to greater adoption of the new approach offered by collaborative contracts, where the risks and the tasks of each professional are regulated in a rational and consistent manner in order to avoid the imposition or assumption of inappropriate responsibilities”⁹³³.

A Autora enfatiza que não há obstáculos reais no sistema legal italiano para o pleno reconhecimento do modelo contratual que estabelece e disciplina uma aliança. Concretamente e em especial quanto ao setor público, “in the pilot projects [...] we have assessed the use of FAC-1 [...], using tender procedures carried out according to traditional methods and applying the Italian regulations on public procurement”⁹³⁴.

3. Instrumentos tecnológicos como meio de implementação da colaboração na contratação pública em Portugal

A evolução tecnológica passou por forte aceleração devido às adaptações implementadas em Portugal em face da crise sanitária causada pela pandemia da COVID-19. Neste cenário, António Costa Silva apresenta uma proposta com vistas à recuperação económica e social de Portugal ao longo da presente década. Para o Autor, “a aposta nas competências digitais da Administração Pública, das instituições e das empresas, em especial das PME é um pilar fundamental para a recuperação económica”⁹³⁵.

No início da década passada, Cintia Freire Garcia Vieira Braga e Lamartine Vieira Braga já atribuíam ao excessivo formalismo de procedimentos um efeito deletério para a aplicação de tecnologias de informação e comunicação (TICs) na contratação pública portuguesa, ao aduzirem que “[c]erceado pela marcante prolixidade dos ritos e

⁹³³ Cfr. Sara VALAGUZZA, *How does collaborative procurement operate in Italy?*, in David MOSEY, *Collaborative construction procurement and improved value*, London, Wiley Blackwell, 2019, pág. 456.

⁹³⁴ *Ibidem*, pág.457.

⁹³⁵ Cfr. António Costa SILVA, *Visão estratégica para o plano de recuperação económica e social de Portugal 2020-2030*, Lisboa, julho de 2020, disponível em [Plano_de_Recuperacao_Economica_e_Social_de_Portugal_2020_2030_5_julho.pdf](#) (dnoticias.pt), pág. 6.

formas a que deve obediência, e fortemente afetado pela rigidez do arcabouço legislativo, o gestor público não consegue dar o *feedback* esperado pela sociedade”⁹³⁶.

Neste diapasão, António Costa Silva propõe um plano de investimento específico para a Administração Pública com “o objetivo de acelerar o processo de transição digital, permitindo a todos os organismos públicos o reforço das suas competências no uso das tecnologias digitais e na flexibilização e simplificação dos processos de trabalho”⁹³⁷.

O papel do assim denominado *GovTech* é essencial nesta contextualização. O banco *Corporación Andina de Fomento (CAF)/Development Bank of Latin America* define *GovTech* da seguinte maneira: “[t]he ecosystem in which governments cooperate with startups, SMEs and other actors that use data intelligence, digital technologies, and innovative methodologies to provide products and services to solve public problems”⁹³⁸.

O índice de *GovTech* publicado pelo CAF baseia-se em três pilares que possuem o mesmo peso: a indústria de startups, políticas de governo e sistemas de contratação pública. Embora Portugal pontue acima da média para todos os três pilares, é no pilar referente às startups que sua pontuação demonstra maior espaço para melhorias (3.97/10). Possui um número significativamente menor de startups de tecnologia em geral e startups *GovTech* especificamente⁹³⁹.

⁹³⁶ Cfr. Cintia Freire Garcia Vieira BRAGA, Lamartine Vieira BRAGA, *Aplicação de tecnologias de informação e comunicação na contratação pública: a experiência portuguesa*, in Revista Brasileira de Políticas Públicas, vol. 1, n.º 3, número especial, Brasília, dez. 2011, pág. 127.

⁹³⁷ Cfr. António Costa SILVA, *Visão estratégica para o plano de recuperação económica e social de Portugal 2020-2030*, Lisboa, julho de 2020, disponível em Plano_de_Recuperacao_Economica_e_Social_de_Portugal_2020_2030_5_julho.pdf (dnocias.pt), pág. 66. O Autor alude especificamente à relevância do papel do setor público neste contexto: “[o] papel dos organismos públicos e da Administração Pública é essencial para a implementação do Plano de Recuperação Económica e a simplificação e eficiência dos processos. A digitalização da Administração Pública pode ter um impacto forte na implementação de todas as medidas. Promover a modernização dos sistemas informáticos da Administração Pública (*hardware* e *software*), integrando todas as plataformas, em termos da sua interoperabilidade e portabilidade, no sentido de aumentar a eficácia e rapidez de todas as intervenções”.

⁹³⁸ Cfr. CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO (CAF)/DEVELOPMENT BANK OF LATIN AMERICA, OXFORD INSIGHTS, *Unlocking the potential of GovTech ecosystems in Latin America, Spain and Portugal: the GovTech Index 2020*, 2020, disponível em The GovTech Index 2020 Unlocking the Potential of GovTech Ecosystems in Latin America, Spain and Portugal (caf.com), pág. 14. Em complementação: “[t]hey propose new forms of public-private-partnerships for absorbing digital innovations and data insights to increase the effectiveness, efficiency, and transparency in the delivery of public services”. Importante mencionar que o relatório em questão considera que o sistema de contratação pública funciona como o nexo entre as startups e o setor público. *Ibidem*, pág. 9.

⁹³⁹ *Ibidem*, pág. 77. No entanto, ressaltam que há tendências que indicam que no futuro a pontuação de Portugal neste pilar pode aumentar. Ainda apresentam as seguintes sugestões: “[m]eanwhile, there is also room to improve its score in open data and in some of the key technology enablers, in order to foster a globally-competitive digital environment and support tech innovation”.

Quanto ao pilar atinente às políticas de governo, Portugal obteve a maior pontuação entre os países pesquisados (7.23/10). Este bom resultado se deve à uma premiação para startups no valor de trinta mil euros, lançada pelo governo em 2018. Tim Hinchliffe esclarece que a premiação foi dirigida a três startups ou equipes que criassem um protótipo utilizando tecnologia *blockchain* para solucionar os problemas da humanidade. Este protótipo deveria também se enquadrar nos dezessete objetivos de desenvolvimento sustentável das Nações Unidas para 2030⁹⁴⁰.

Consoante o relatório do banco *Corporación Andina de Fomento (CAF)/Development Bank of Latin America*, Portugal pontua bem neste pilar porque possui as maiores taxas de gastos com R&D na região, a maior pontuação para a importância das TICs para as ações do governo para o futuro, bem como a segunda maior pontuação para serviços *online*. Portanto, “[t]he work done by the government to foster GovTech innovation should have a positive effect on the number of GovTech startups in future”⁹⁴¹.

Em referência ao pilar sobre sistemas de contratação pública, Portugal também possui a pontuação mais alta entre os países pesquisados (7.64/10). Seu arcabouço jurídico, baseado na regulação da União Europeia, possui a segunda maior pontuação depois de Espanha. Falta-lhe somente uma política de contratação pública de produtos inovadores concernente ao governo central, pois já existem algumas adotadas por entidades de contratação específicas, assim como uma cota determinada para contratações públicas de PMEs⁹⁴².

Quanto às iniciativas relativas à implementação de *blockchain* e *smart contracts*, em abril de 2018 vinte e um Estados-Membros e a Noruega assinaram uma Declaração estabelecendo a “European Blockchain Partnership (EBP)” com vistas à cooperação quanto ao estabelecimento de uma “European Blockchain Services Infrastructure (EBSI)” que dará suporte à prestação de serviços públicos digitais, com os mais elevados padrões de segurança e privacidade. Desde então, mais oito países assinaram a Declaração,

⁹⁴⁰ Cfr. Tim HINCHLIFFE, *Portugal is using blockchain to pick winners of €30K GovTech for humanity contest, Portugal Startups*, Abril 2018, disponível em Portugal is Using Blockchain to Pick Winners of €30K GovTech for Humanity Contest - Portugal Startups.

⁹⁴¹ Cfr. CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO (CAF)/DEVELOPMENT BANK OF LATIN AMERICA, OXFORD INSIGHTS, *Unlocking the potential of GovTech ecosystems in Latin America, Spain and Portugal: the GovTech Index 2020*, 2020, disponível em The GovTech Index 2020 Unlocking the Potential of GovTech Ecosystems in Latin America, Spain and Portugal (caf.com), pág. 77. Observa-se que R&D significa “Research & Development”.

⁹⁴² *Ibidem*. Cabe mencionar que PMEs é abreviatura para pequenas e médias empresas.

perfazendo um total de trinta. Portugal assinou a Declaração em abril de 2018 e Itália a assinou em setembro do mesmo ano⁹⁴³.

Sergi Nin Sanchez esclarece que os países se comprometeram quanto à implementação conjunta de soluções avançadas para serviços públicos através do desenvolvimento de uma infraestrutura para *blockchain* europeia. Neste sentido, aduz que “it might be seen in the future contracting authorities at different governmental levels running Blockchain based smart contracts under the same platform within the European Union territory”⁹⁴⁴.

À luz das concepções doutrinárias acerca do contrato em direito privado, Fernanda de Araújo Meirelles Magalhães aborda a questão da validade dos *smart contracts* no direito português. A Autora indaga acerca da presença dos requisitos essenciais dos contratos nesta perspectiva, em especial quanto à sua natureza contratual. Apresenta uma concepção mais restritiva, na qual “um conjunto de premissas é inserto num código”, onde não se pode afirmar que *smart contracts* sejam um contrato, “já que é necessário, no mínimo, que estejam presentes os elementos de oferta, aceitação e a vontade das partes em contratar. Portanto, o que determinará sua admissão como tal no Direito português derivará da situação em que estes códigos estão aplicados”⁹⁴⁵.

Em relação à concepção mais extensiva, Magalhães esclarece que sua fase inicial não difere muito dos contratos clássicos, em face da concordância das partes quanto aos termos responsáveis pela execução do programa. No entanto, a diferença surge “na aceitação, que ocorre através do seu desempenho, ou seja, um contrato inteligente só passa a existir no momento em que uma ação é tomada para iniciar a aceitação entre as partes, formando-o”⁹⁴⁶.

Delber Pinto Gomes alude aos artigos 405.º a 463.º do Código Civil Português, relativos ao regime geral dos contratos para aduzir que não há impedimentos para seu

⁹⁴³ Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Shaping Europe’s digital future: European blockchain partnership*, 2021, disponível em Blockchain Partnership | Shaping Europe’s digital future (europa.eu).

⁹⁴⁴ Cfr. Sergi Nin SANCHEZ, *The implementation of Decentralised Ledger Technologies for public procurement: blockchain based smart public contracts*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)*, vol. 14, n.º 3, 2019, pág. 187.

⁹⁴⁵ Cfr. Fernanda de Araújo Meirelles MAGALHÃES, *Smart contracts: o jurista como programador*, in Maria Raquel GUIMARÃES, Rute Teixeira PEDRO, Maria Regina REDINHA (Coord.), *Direito digital*, Centro de Investigação Jurídico Económica, 2021, pág. 25.

⁹⁴⁶ *Ibidem*. A Autora ainda esclarece que “[a]ssimilado que a definição por uma ótica com enquadramento legal destes contratos é proveniente da convenção contratual exprimida parcial ou totalmente em linguagem de programação, julga-se provável enquadrá-los nas disposições gerais contratuais [...], ressalvados os casos particulares em que a lei determina que sua constituição se dê por meio de documento autêntico ou de documento particular autenticado. Nota-se que, ainda que autoexecutáveis, a vontade das partes se faz demonstrada no momento da celebração do contrato”.

enquadramento na definição tradicional de contratos em primeira análise, na medida em que “os cânones clássicos da nossa raiz contratualista continental, como são o princípio da autonomia privada e liberdade contratual, da confiança (*pacta sunt servanda*), da equivalência das prestações ou da justiça comutativa, não resultam comprometidos pelo conceito de *Smart Contracts*”⁹⁴⁷.

O Autor se refere ainda ao Decreto-lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro, relativo ao Comércio Electrónico no Mercado Interno e Tratamento de Dados Pessoais, resultante da transposição para o ordenamento jurídico interno de Portugal da Diretiva 2000/31/CE, de 8 de junho de 2000, cujo artigo 25.º dispõe acerca do princípio geral da admissibilidade da contratação eletrônica⁹⁴⁸. Fernanda de Araújo Meirelles Magalhães traz a lume a disposição contida no artigo 26.º do Decreto-lei supramencionado atinente à forma da contratação eletrônica. Para a Autora, os *smart contracts* podem ser enquadrados no aludido artigo, “já que a transação fica armazenada em códigos na *blockchain*”⁹⁴⁹.

Sobre esta questão, Delber Pinto Gomes apresenta solução bastante interessante: a possibilidade de transcrição das cláusulas contratuais por um programador. Para o Autor, “[o] *Smart Contract* configuraria, nesse caso, uma espécie de um instrumento ‘acessório’ através do qual o contrato poderia ser executado de uma forma mais eficiente”⁹⁵⁰. Magalhães perfilha tal entendimento, ao observar que “o programador garantiria a sua segurança através da codificação e a tradução do significado e fiabilidade da transcrição das cláusulas contratuais predeterminadas”⁹⁵¹.

A Autora analisa a questão da imutabilidade inerente aos *smart contracts* ao externar posicionamento favorável à já mencionada contratação híbrida, “onde as

⁹⁴⁷ Cfr. Delber Pinto GOMES, *Contratos ex machina: breves notas sobre a introdução da tecnologia Blockchain e Smart Contracts*, in Revista Electrónica de Direito, vol. 17, n.º 3, outubro 2018, pág. 47.

⁹⁴⁸ *Ibidem*, pág. 48. Artigo 25.º “Liberdade de celebração – 1. É livre a celebração de contratos por via electrónica, sem que a validade ou eficácia destes seja prejudicada pela utilização deste meio”.

⁹⁴⁹ Cfr. Fernanda de Araújo Meirelles MAGALHÃES, *Smart contracts: o jurista como programador*, in Maria Raquel GUIMARÃES, Rute Teixeira PEDRO, Maria Regina REDINHA (Coord.), Direito digital, Centro de Investigação Jurídico Económica, 2021, pág. 26. Artigo 26.º “Forma – 1. As declarações emitidas por via electrónica satisfazem a exigência legal de forma escrita quando contidas em suporte que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação”.

⁹⁵⁰ Cfr. Delber Pinto GOMES, *Contratos ex machina: breves notas sobre a introdução da tecnologia Blockchain e Smart Contracts*, in Revista Electrónica de Direito, vol. 17, n.º 3, outubro 2018, pág. 49.

⁹⁵¹ Cfr. Fernanda de Araújo Meirelles MAGALHÃES, *Smart contracts: o jurista como programador*, in Maria Raquel GUIMARÃES, Rute Teixeira PEDRO, Maria Regina REDINHA (Coord.), Direito digital, Centro de Investigação Jurídico Económica, 2021, pág. 26. A Autora ainda tece as seguintes considerações: “ao reflexionarmos sobre os contratos inteligentes a partir da ótica em que estes são considerados como um acordo de vontades preordenadas aquando do momento da sua constituição, [...], parece-nos que não há invalidez face ao ordenamento jurídico português. Dito em outras palavras, nada irá tolher a expressão de vontades de uma parte e uma contraparte através de uma linguagem computacional. No entanto, este facto não elimina o debate acerca da necessidade de regulamentação específica face ao surgimento deste novo modelo de contratação”.

cláusulas mais complexas dos contratos seriam redigidas humanamente e as demais cláusulas codificadas nos contratos inteligentes”⁹⁵². No entanto, por se tratar de temática cujos reflexos alcançam a contratação pública, insta tecer algumas considerações acerca de alterações supervenientes das circunstâncias.

No relatório do Fórum Econômico Mundial sobre a tecnologia *blockchain*, já mencionado anteriormente, há alusão aos *oracles* (oráculos, em tradução livre). Sua definição é a seguinte: “[i]n blockchain networks, oracles are mechanisms for external (‘off-chain’) data from various sources to connect with the blockchain-based system (i.e. to connect with the smart contracts operating a decentralized application)”⁹⁵³. A este respeito, Ian Gauci esclarece que “[o]racles can be trusted third parties such as courts, authorities or public officers, amongst other entities, who can determine real-life instances, variables, laws and conditions in the smart contract to cater for a flexible and lawful outcome”⁹⁵⁴.

Fernanda de Araújo Meirelles Magalhães sustenta que os oráculos são uma solução para alterações supervenientes das circunstâncias. Todavia, a Autora classifica-os como “empresas terceiras em relação aos contratos que possuem um tipo de sistema que permite sua comunicação com estes contratos, oferecendo informações externas necessárias para sua execução”⁹⁵⁵. Especificamente em sede de contratação pública, as aludidas “trusted third parties”, como tribunais administrativos ou cortes jurisdicionais (onde não houver contencioso administrativo), exercendo a função de oráculos, possuiriam melhores condições para decidir a respeito das alterações supervenientes.

⁹⁵² *Ibidem*, págs. 36-37. A Autora faz ressalva quanto ao caso no qual haja alteração de circunstâncias. Neste caso, “este remédio parece não ser suficiente, pois este não resolveria a questão da imutabilidade em si, já que as cláusulas informatizadas permaneceriam imutáveis. Ainda neste caso, mesmo que fosse possível inserir princípios e termos mais amplos na parte feita manualmente, em caso de uma alteração posterior as partes ainda estariam sujeitas ao contrato tal qual como descrito, já que este deve ser examinado de maneira geral”.

⁹⁵³ Cfr. WORLD ECONOMIC FORUM, *Exploring blockchain technology for government transparency: blockchain-based public procurement to reduce corruption*, Insight Report, Geneva, June 2020, disponível em [WEF_Blockchain_Government_Transparency_Report.pdf](#) (weforum.org), pág.44. Em complementação: “[o]racles can serve several purposes, such as connecting the application to external pricing or other data feeds that inform or trigger smart-contract activities and responses in the application. For public procurement, an oracle could potentially link a tender offer smart contract directly with external benchmark pricing data”.

⁹⁵⁴ Cfr. Ian GAUCI, *Demystifying smart contracts*, GTG Advocates, November 2017, disponível em [Demystifying Smart Contracts | GTG Advocates](#).

⁹⁵⁵ Cfr. Fernanda de Araújo Meirelles MAGALHÃES, *Smart contracts: o jurista como programador*, in Maria Raquel GUIMARÃES, Rute Teixeira PEDRO, Maria Regina REDINHA (Coord.), *Direito digital*, Centro de Investigação Jurídico Económica, 2021, pág. 38. A Autora ainda esclarece que “os contratos inteligentes fazem a comunicação com o ‘oráculo’ que, ato contínuo, capta os elementos exteriores e, de acordo com o resultado de pesquisa obtido, após admitido pelas partes, os transmitem e codificam dentro do contrato, fazendo valer aquele determinado sentido esperado”.

Cumprer ressaltar que Gauci considera que “[o]racles are also instrumental in determining issues with trust boundaries (where the contract would require verification of information not in the blockchain)⁹⁵⁶.

Quanto à implementação de *Building Information Modelling* (BIM) em Portugal, no início da década passada Paulo Taborda e Nuno Cachadinha abordaram aspectos relacionados às condicionantes para implementação de BIM nas obras públicas com sucesso. Sua análise tem início na constatação quanto aos problemas referentes à indústria de construção desde a década anterior devido à “falta de competitividade: prazos ultrapassados, orçamentos excedidos, segurança deficiente e fraca qualidade são observações comuns nas obras em Portugal”. Apesar de admitirem que BIM parece ser a solução para muitos destes problemas, apontam alguns fatores que podem dificultar sua adoção: “[a] realização de todas as suas capacidades demora anos de desenvolvimento [de] tecnologias complementares, de alterações na organização sectorial da construção (da divisão de trabalhos, à colaboração no processo da construção), de legislação, regulamentação e contratos económicos”⁹⁵⁷.

A partir da análise da temática sob o prisma de nove condicionantes (política, social, cultural, financeira, econômica, operacional, comercial, educacional e técnica), os Autores concluem apresentando as vantagens concernentes à implementação de BIM: “vão da maior transparência nos processos de concurso à poupança de recursos, sem esquecer a modernização e melhoria da capacidade concorrencial do tecido empresarial do sector da construção civil”. Enfatizam o papel do Estado e da capacitação técnica para que a adoção logre sucesso⁹⁵⁸.

Neste mesmo período, João Manuel Pimentel Antunes realizou estudos sobre as potencialidades de BIM para aperfeiçoar a troca de informação entre todos os atores no processo da construção. Em investigação realizada em empresas, o Autor afirma que “apesar de [...] se observar a implementação do BIM por parte de algumas empresas projetistas, a integração destas na cadeia mais geral raramente é verificada, pelo que se torna praticamente impossível, nesta fase de implementação, exponenciar as

⁹⁵⁶ Cfr. Ian GAUCI, *Demystifying smart contracts*, GTG Advocates, November 2017, disponível em Demystifying Smart Contracts | GTG Advocates. O Autor acrescenta um importante ponto a este respeito: “[s]mart contracts can also be pre-programmed at a genesis block level to allow for Oracles such as an authority or court to stop a transaction in certain instances and even to enforce precautionary measures”.

⁹⁵⁷ Cfr. Paulo TABORDA, Nuno CACHADINHA, *BIM nas obras públicas em Portugal: condicionantes para uma implementação com sucesso*, in Congresso Construção, Coimbra, Portugal, dezembro 2012, disponível em ID21.pdf (unl.pt), pág. 5.

⁹⁵⁸ *Ibidem*, pág. 11.

potencialidades associadas ao [...] conceito de integração total do BIM”⁹⁵⁹. Como recomendação, o Autor destaca igualmente “a influência das instituições de ensino e do Estado na possível adoção generalizada deste tipo de sistema”⁹⁶⁰.

António Aguiar Costa tece considerações acerca da evolução desta implementação na atualidade. Por se tratar de um processo complexo, necessário se faz proceder à sua normalização. Portanto, “[a] elaboração de normas nacionais e internacionais assumem especial importância, devendo uniformizar processos, prover riscos, alinhar interações ao longo do ciclo do empreendimento, apoiar as partes na execução dos trabalhos e garantir a legalidade e distribuição de responsabilidades”⁹⁶¹.

Maria Fernanda Costa Ribeiro aborda a normalização de BIM em Portugal. A Autora aponta o grupo de trabalho do Instituto Português de Qualidade, integrante da Comissão de Normalização Europeia para o desenvolvimento da norma BIM europeia, como promotor de “uma concentração de esforços nacionais e europeus para obter o conhecimento necessário ao desenvolvimento de um documento de valor nacional inquestionável”. Todavia, admite que “Portugal está atrasado na implementação de metodologias e ferramentas BIM”⁹⁶².

Costa sustenta que o grupo de trabalho BIM (GTBIM) da Plataforma Portuguesa Tecnológica da Construção (PTPC) e o BIMfórum são exemplos de “um contributo valioso para as dinâmicas de normalização, auscultando a indústria e gerando uma visão integrada, que será considerada numa estratégia bottom-up e que permitirá atingir um mais rápido consenso”⁹⁶³.

⁹⁵⁹ Cfr. João Manuel Pimentel ANTUNES, *Interoperacionalidade em sistemas de informação*, 120 f., tese, Mestrado em Engenharia Civil, Universidade do Minho, Escola de Engenharia, Minho, 2013, pág. 103.

⁹⁶⁰ *Ibidem*, pág. 108.

⁹⁶¹ Cfr. António Aguiar COSTA, *O paradigma BIM e a normalização como fator de competitividade*, Instituto Português da Qualidade (IPQ), Lisboa, 2021, disponível em [O paradigma BIM e a normalização como fator de competitividade \(ipq.pt\)](http://O%20paradigma%20BIM%20e%20a%20normaliza%C3%A7%C3%A3o%20como%20fator%20de%20competitividade%20(ipq.pt)). O Autor enumera as seguintes normas internacionais de relevo: “ISO 29481-1/ISO 29481-2 (Building information modelling – Information delivery manual); ISO 16739 (Industry Foundation Classes – IFC) e ISO 12006-3 (Building construction – Organisation of information about construction works)”.

⁹⁶² Cfr. Maria Fernanda Costa RIBEIRO, *Aplicações da metodologia BIM na gestão de prazos e de custos em projetos de construção de edifícios*, 176 f., dissertação, Mestrado em Engenharia da Construção, Escola Superior de Tecnologia e Gestão de Bragança, Bragança, 2020, pág. 51.

⁹⁶³ Cfr. António Aguiar COSTA, *O paradigma BIM e a normalização como fator de competitividade*, Instituto Português da Qualidade (IPQ), Lisboa, 2021, disponível em [O paradigma BIM e a normalização como fator de competitividade \(ipq.pt\)](http://O%20paradigma%20BIM%20e%20a%20normaliza%C3%A7%C3%A3o%20como%20fator%20de%20competitividade%20(ipq.pt)). O Autor também se refere à Comissão BIM da APMEP (Associação Portuguesa dos Mercados Públicos), que “contribu[i] ativamente, especialmente no que diz respeito à participação numa rede BIM europeia de entidades públicas e ao trabalho de integração do BIM nos processos de contratação pública que, aliás, recebe especial atenção nas novas diretivas europeias da contratação pública”. Neste sentido, ver EUBIM TASKGROUP, *Handbook for the introduction of Building Information Modelling by the European Public Sector*, 2017, disponível em EUBIM_Handbook_Web_Optimized-1.pdf e EUROPEAN COMMISSION, *Calculating costs and benefits*

Ribeiro faz referência específica ao Código dos Contratos Públicos em vigor, o qual “determina as partes interessadas a ficarem mais atentas, obrigando-as a executar um estudo mais cuidadoso e detalhado dos projetos, assim utilizando obrigatoriamente novas metodologias que as auxiliam para o mesmo”⁹⁶⁴. Importa ressaltar que o artigo 62.º do referido Código dispõe acerca da utilização de meios eletrônicos na formação dos contratos de empreitada de obras públicas de modo genérico, sem mencionar a metodologia BIM⁹⁶⁵.

4. Instrumentos tecnológicos como meio de implementação da colaboração na contratação pública no Brasil

Através da viabilização e incentivo às iniciativas recentes de governo aberto no Brasil, tem havido incremento de ações dirigidas a esta temática na Secretaria de Governo Digital do Ministério da Economia (SGD/ME), Ouvidoria-Geral da União (OGU) e Diretoria de Transparência e Controle Social da Controladoria-Geral da União (DTC/CGU). Consoante investigação realizada por Daniel Pitangueira de Avelino, João Cláudio Pompeu e Igor Ferraz da Fonseca, a SGD “coordena a migração dos serviços oferecidos pelo governo federal para a Plataforma de Cidadania Digital, instituída pelo Decreto n.º 8.936, de 19 de dezembro de 2016. O domínio ‘servicos.gov.br’[...] atualmente está sendo substituído pelo portal único ‘gov.br’”⁹⁶⁶.

O artigo 4.º, inciso I, do referido Decreto foi revogado pelo Decreto n.º 9.723, de 11 de março de 2019. Neste inciso havia determinação de encaminhamento de plano de integração dos serviços dos órgãos e entidades da administração pública federal no prazo de até noventa dias da data de entrada em vigor do Decreto (artigo 7.º). A este respeito, Cristiano Rocha Heckert esclarece que “[a] despeito do mandamento normativo,

for the use of Building Information Modelling in public tenders, 2021, disponível em [Cost-Benefit-Analysis-for-the-use-of-BIM_user-handbook.pdf](#) (eubim.eu).

⁹⁶⁴ Cfr. Maria Fernanda Costa RIBEIRO, *Aplicações da metodologia BIM na gestão de prazos e de custos em projetos de construção de edifícios*, 176 f., dissertação, Mestrado em Engenharia da Construção, Escola Superior de Tecnologia e Gestão de Bragança, Bragança, 2020, pág. 52.

⁹⁶⁵ Artigo 62.º Modo de apresentação das propostas: “6 – Na formação dos contratos de empreitada de obras públicas devem, sempre que possível, ser utilizados meios eletrônicos específicos de modelização eletrônica de dados de construção”.

⁹⁶⁶ Cfr. Daniel Pitangueira de AVELINO, João Cláudio POMPEU, Igor Ferraz da FONSECA, *Democracia digital: mapeamento de experiências em dados abertos, governo digital e ouvidorias públicas*, Texto para discussão n.º 2624, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Brasília, 2021, disponível em [td-2624.pdf](#) (econstor.eu), pág. 24.

poucos órgãos enviaram o referido plano. Na prática, observou-se um descasamento entre o que o decreto previa e o ritmo de evolução dos órgãos”⁹⁶⁷.

Heckert observa que o Ministério do Planejamento à época realizou alteração na abordagem: “ao invés de um plano por órgão, passou a trabalhar com um plano de integração por serviço, uma vez que, dentro de um mesmo órgão, havia diferentes serviços com distintas situações de digitalização e precisavam, portanto, ser abordados de forma diferenciada”⁹⁶⁸.

O Decreto n.º 10.332, de 28 de abril de 2020 instituiu a Estratégia de Governo Digital para o período de 2020 a 2022. Houve modificação no *caput* do artigo 4.º supramencionado, que passou a incluir o seguinte prazo: “Os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverão, até 30 de junho de 2021:”.

João Souza Neto *et al.* analisam a Estratégia de Governo Digital (EGD) no Brasil. Consideram que, com a instituição desta Estratégia, “o Governo Federal se coloca em um novo patamar, isto é, assume a identidade de um Governo Digital. Pode-se entender o Governo Digital como aquele que implementa suas políticas públicas preferencialmente no formato digital”⁹⁶⁹.

Avelino, Pompeu e Fonseca elencam uma série de ferramentas como iniciativas relacionadas à cultura de concepção digital: Programa Transformação Digital (formação de profissionais); Acesso Único (facilitação de acesso); Identidade Digital de Governo (padronização da oferta de serviços); e Simplifique! (estímulo à interação com a sociedade)⁹⁷⁰. Os Autores consideram que a Secretaria de Governo Digital tem desempenhado relevante papel quanto às mudanças que estão sendo realizadas para

⁹⁶⁷ Cfr. Cristiano Rocha HECKERT, *Plataforma de cidadania digital*, Casoteca de Gestão Pública, Enap, Brasília, 2018, disponível em SEGES Enap. HECKERT Cristiano. Plataforma de Cidadania Digital. estudo de caso. 2018. português.pdf, pág. 4.

⁹⁶⁸ *Ibidem*.

⁹⁶⁹ Cfr. João SOUZA NETO *et al.*, *Estratégia de governo digital no Brasil*, in José Geraldo Loureiro ROGRIGUES (Org.), *Reconstrução do Brasil pela transformação digital no setor público*, Instituto Brasileiro de Governança Pública (IBGP), Brasília, 2020, pág. 182.

⁹⁷⁰ Cfr. Daniel Pitangueira de AVELINO, João Cláudio POMPEU, Igor Ferraz da FONSECA, *Democracia digital: mapeamento de experiências em dados abertos, governo digital e ouvidorias públicas*, Texto para discussão n.º 2624, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Brasília, 2021, disponível em td-2624.pdf (econstor.eu), pág. 26. Ver ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ENAP), *O futuro do serviço público começa aqui*, Brasília, 2021, disponível em Enap - Escola Nacional de Administração Pública - Home; GOVERNO FEDERAL, *Uma conta gov.br garante a identificação de cada cidadão que acessa os serviços digitais do governo*, Brasília, 2021, disponível em gov.br - Acesse sua conta (acesso.gov.br); GOVERNO FEDERAL, *A identificação digital dos brasileiros e brasileiras*, Brasília, 2021, disponível em Identidade digital — Português (Brasil) (www.gov.br); GOVERNO FEDERAL, *Simplifique! A ferramenta que ajuda a simplificar o serviço público no Brasil*, Brasília, 2021, disponível em Simplifique! - Governo Federal (simplifique.gov.br).

articulação e estímulo aos órgãos públicos federais no processo de transformação digital, pois “está em curso um processo intensivo de migração de serviços públicos para a via digital, que envolve não apenas a mudança na forma de oferta, mas principalmente uma estratégia ativa de simplificação e ampliação do acesso com foco no usuário”⁹⁷¹.

Consoante dados disponibilizados em setembro de 2021, até o início deste mês “foram adaptados para a oferta em plataformas digitais 3,370 mil serviços de diversas áreas do Executivo, o equivalente a 71% do total”. O processo de digitalização tem sido realizado em quatro frentes: 1. transformação dos serviços; 2. unificação de canais; 3. interoperabilidade; 4. adequação à Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018)⁹⁷².

João Souza Neto *et al.* descrevem o caminho pelo que é possível alcançar a transformação digital através de um início “considerado básico, a digitalização”. Em seguida, há a digitalização que “é a inovação de modelos de negócios e processos para explorar as oportunidades digitais, chegando por fim, à transformação digital”⁹⁷³. Neste diapasão, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em relatório sobre revisão do governo digital do Brasil, alude à importância significativa da Secretaria de Gestão (SEGES), que “[p]or intermédio de seu Departamento de Modernização da Gestão Pública – INOVA, [...] busca a simplificação e a digitalização integral dos serviços públicos”⁹⁷⁴.

⁹⁷¹ *Ibidem.*

⁹⁷² Cfr. AGÊNCIA BRASIL, *Governo federal digitalizou 71% dos serviços até setembro de 2021*, Brasília, setembro de 2021, disponível em [Governo federal digitalizou 71% dos serviços até setembro de 2021 | Agência Brasil \(ebc.com.br\)](https://governo.federal.digitalizou.71%dos.servicos.ate.setembro.de.2021). Detalhadamente: 1. transformação dos serviços – “leva em média cerca de cinco meses, entre a identificação e a conclusão do processo”; 2. unificação de canais – “para que a comunicação e experiência do usuário sejam padronizadas. Isso ocorre, por exemplo por meio do canal Gov.br, em que cada cidadão tem um login único para acessar serviços. [...] [A] plataforma Gov.br já possui 112 milhões de pessoas cadastradas”; 3. interoperabilidade – “compartilhamento de informações entre os órgãos do governo e a administração dessas bases de dados. [...] Essa ponte é feita por meio da plataforma Conecta”; 4. adequação à Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018), “que estabelece obrigações e regras para a gestão de registros, inclusive para o Poder Público”. Para informações sobre a plataforma Conecta, ver GOVERNO FEDERAL, *Governo Digital. Conecta gov.br*, Brasília, 2021, disponível em [Conecta gov.br — Português \(Brasil\) \(www.gov.br\)](https://www.gov.br/conecta).

⁹⁷³ Cfr. João SOUZA NETO *et al.*, *Estratégia de governo digital no Brasil*, in José Geraldo Loureiro ROGRIGUES (Org.), *Reconstrução do Brasil pela transformação digital no setor público*, Instituto Brasileiro de Governança Pública (IBGP), Brasília, 2020, disponível em [Livro \(ibgp.net.br\)](https://www.ibgp.net.br), pág. 213. Os Autores esclarecem a respeito da acepção digitalização: “(do inglês ‘digitization’), erroneamente traduzido para o português como ‘digitalização’, que é a mera conversão do analógico para o digital, sem quaisquer alterações no processo, passando pela digitalização (do inglês: ‘digitalization’)”, conforme definição supramencionada.

⁹⁷⁴ Cfr. ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, *Revisão do governo digital do Brasil. Rumo à transformação digital do setor público. Principais conclusões*, 2018, disponível em [2b. Review OCDE Governo Digital \(Português\).pdf](https://www.oecd.org/gov/digitalization/2b-review-ocde-governo-digital-portugues.pdf), pág. 10. Para informações sobre o Departamento INOVA, ver Yana de FARIA *et al.*, *Experiências da rede de inovação no setor público*

No referido relatório, a OCDE objetivou “auxiliar o governo brasileiro em seus esforços de transição de uma abordagem de governo eletrônico (*e-government*) para um governo digital, trilhando o caminho para a transformação digital sustentável do setor público”, contemplando seis dimensões para que esta transição ocorra. Dentre estas seis dimensões, destacam-se os aspectos atinentes à participação dos usuários, governo como plataforma e cocriação de valor público⁹⁷⁵.

A Lei n.º 14.129, de 29 de março de 2021 dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública. Consoante disposição de seu artigo 1.º: “Esta Lei dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o aumento da eficiência da administração pública, especialmente por meio da desburocratização, da inovação, da transformação digital e da participação do cidadão”.

Ana Cristina Aguilar Viana tece comentários a respeito desta nova Lei. Para a Autora, especificamente quanto ao seu artigo 1.º, supramencionado, “afora a inovação, inexistente novidade, nem nos instrumentos, menos ainda nos objetivos elencados na proposta. Pelo contrário, os escopos da norma evidenciam a tendência de um erro de percurso na transformação digital brasileira”⁹⁷⁶.

Sob a argumentação de que “o governo digital e Estado-plataforma não se resumem a desburocratização e eficiência”, Viana expõe sua percepção quanto ao alcance limitado da nova Lei para o atingimento de seus propósitos. Para corroborar tal assertiva, evoca os estudos de Tim O’Reilly sobre a concepção de Estado-plataforma⁹⁷⁷.

De modo sucinto, O’Reilly elenca as competências principais das empresas Web 2.0: “services [...] with cost-effective scalability; control over [...] data sources [...]; trusting users as co-developers; harnessing collective intelligence; leveraging the long tail through customer-service; software above the level of a single device; lightweight user interfaces, development models, AND business models”. O Autor esclarece que as empresas devem ser analisadas em conformidade com cada uma destas competências.

(*INOVAGOV*), in Pedro CAVALCANTE *et al.*, Inovação no setor público: teoria, tendências e casos no Brasil, Enap, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Brasília, 2017.

⁹⁷⁵ *Ibidem*, pág. 1. As seis dimensões acima referidas são as seguintes: “1. [d]e uma administração centrada no usuário para uma administração *conduzida pelo usuário*; 2. [d]e reativo a *proativo* na elaboração de políticas públicas e prestação de serviços; 3. [d]e um governo centrado na informação para um setor público *orientado por dados*; 4. [d]a digitalização de processos existentes ao processo por *concepção digital (digital by design)*; 5. [d]e um governo provedor de serviços para um *governo como plataforma* para cocriação de valor público; 6. [d]o acesso à informação para *abertura como padrão (open by default)*”. (Grifos no original).

⁹⁷⁶ Cfr. Ana Cristina Aguilar VIANA, *O governo digital no Brasil: devemos visar apenas à eficiência pública?*, in Consultor Jurídico (Conjur), abril de 2021, disponível em ConJur - Ana Cristina Viana: Sobre o governo digital no Brasil.

⁹⁷⁷ *Ibidem*.

Caso se enquadrem em muitas, podem ser denominadas “Web 2.0”. No entanto, caso tenham padrão de excelência em apenas uma, isto pode ser mais relevante do que pequenas adequações em cada uma⁹⁷⁸.

Os princípios e diretrizes norteadores do governo digital e da eficiência pública estão dispostos no artigo 3.º da Lei n.º 14.129. Corroboram de modo bastante explícito as recomendações contidas no relatório da OCDE e denotam uma concepção sistêmica do legislador em busca de características de funcionalidade de um governo digital que perpassa o objetivo da eficiência pública. Vão além por apresentarem um plexo de possibilidades para a concretização da simplificação, transparência e participação no qual está intrinsecamente contida a prossecução do valor público. Portanto, uma análise detida da presente Lei demonstra cabalmente que não assiste razão à Ana Cristina Aguiar Viana ao considerar que “reduzir o governo digital à eficiência é reduzir fortemente a potência de um governo digital”⁹⁷⁹.

Ademais, Tim O’Reilly alude ao caráter extensivo de sua interpretação ao se referir ao padrão de excelência contido em pelo menos uma das competências acima mencionadas. Um outro argumento de escol diz respeito aos instrumentos descritos na Lei como facilitadores da gestão de políticas públicas. Com o reconhecimento da evolução destas políticas, os responsáveis por sua gestão percebem claramente que esta evolução não é completamente planejada. Neste sentido, Janriê Rodrigues Reck e Caroline Müller Bitencourt esclarecem que “[a]s alternativas que surgem são de certo modo espontâneas. Isso não significa que os processos estão à deriva, [...] uma vez que os administradores conscientes da complexidade estarão monitorando as possibilidades e assumindo os riscos”⁹⁸⁰.

Quanto ao índice de *GovTech* publicado pelo banco *Corporación Andina de Fomento (CAF)/Development Bank of Latin America*, no pilar referente às startups o Brasil possui pontuação elevada (5.77/10), em comparação com os demais pilares. Isto ocorre porque o Brasil tem sido palco de um movimento incentivador de startups nos últimos anos, possuindo o número mais elevado de startups *GovTech* na América Latina.

⁹⁷⁸ Cfr. Tim O’REILLY, *What is web 2.0: design patterns and business models for the next generation of software*, in *Communications & Strategies*, n.º 65, 1st quarter 2007, disponível em *Managing Real Options in Television Broadcasting* (uni-muenchen.de), págs. 36-37.

⁹⁷⁹ Cfr. Ana Cristina Aguiar VIANA, *O governo digital no Brasil: devemos visar apenas à eficiência pública?*, in *Consultor Jurídico (ConJur)*, abril de 2021, disponível em *ConJur - Ana Cristina Viana: Sobre o governo digital no Brasil*.

⁹⁸⁰ Cfr. Janriê Rodrigues RECK, Caroline Müller BITENCOURT, *Categorias de análise de políticas públicas e gestão complexa e sistêmica de políticas públicas*, in *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 16, n.º 66, outubro/dezembro 2016, pág. 141.

As causas deste movimento se referem à infraestrutura técnica promissora através da alta disponibilidade de dados abertos e facilitadores de tecnologia e à criação de um ambiente regulatório através do qual as empresas podem ser registradas facilmente, o que possibilita a absorção de talentos digitais de colaborações da academia e da indústria. Quanto ao pilar atinente às políticas de governo, o Brasil obteve a pontuação 4.84/10. Até o presente momento, políticas públicas direcionadas ao incentivo de um ecossistema de *GovTechs* ainda estão em desenvolvimento, o que causa preocupação quanto a este ponto específico. Por outro lado, o governo brasileiro pontua excepcionalmente alto quanto ao estabelecimento e provisão de serviços *online*, o que demonstra esforços quanto à digitalização de serviços públicos. Em referência ao pilar sobre sistemas de contratação pública, a pontuação 5.16/10 demonstra que o Brasil também está realizando esforços significativos para melhorar sua estrutura de contratação. Com a promulgação da Lei Complementar n.º 182, de 1.º de junho de 2021, que institui o marco legal das startups e do empreendedorismo inovador, procura-se criar um ambiente mais propício às startups⁹⁸¹.

Quanto à questão da implementação de *smart contracts*, ao abordar os aspectos relacionados às alterações supervenientes de circunstâncias no direito português, Fernanda de Araújo Meirelles Magalhães também se referiu a outras necessidades de intervenção que propugnam “a implementação do mecanismo denominado ‘*Judge as a Service (JaaS)*’, a exemplo de estudos que já vêm sendo desenvolvidos no Direito brasileiro”⁹⁸².

Pedro Vilela Resende Gonçalves e Rafael Coutinho Camargos propõem uma solução para os casos nos quais seja necessário intervir sobre o código porque o direito contratual brasileiro possibilita ao juiz tomar medidas para que valores e bens sejam passíveis de reversão contratual. Nesta contextualização, surge “a figura do ‘*Judge as a Service*’, uma espécie de árbitro com poderes técnicos para reverter ou alterar transações realizadas através de *smart contracts* na Blockchain”⁹⁸³.

⁹⁸¹ Cfr. CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO (CAF)/DEVELOPMENT BANK OF LATIN AMERICA, OXFORD INSIGHTS, *Unlocking the potential of GovTech ecosystems in Latin America, Spain and Portugal: the GovTech Index 2020*, 2020, disponível em The GovTech Index 2020 Unlocking the Potential of GovTech Ecosystems in Latin America, Spain and Portugal (caf.com), pág. 37.

⁹⁸² Cfr. Fernanda de Araújo Meirelles MAGALHÃES, *Smart contracts: o jurista como programador*, in Maria Raquel GUIMARÃES, Rute Teixeira PEDRO, Maria Regina REDINHA (Coord.), *Direito digital*, Centro de Investigação Jurídico Económica, 2021, pág. 37.

⁹⁸³ Cfr. Pedro Vilela Resende GONÇALVES, Rafael Coutinho CAMARGOS, *Blockchain, smart contracts e “Judge as a Service” no direito brasileiro*, in Fabrício Bertini Pasquot POLIDO, Lucas Costa dos ANJOS, Luíza Couto Chaves BRANDÃO (Org.), *Anais do II Seminário Governança das redes e o marco civil da internet*, Instituto de Referência em Internet e Sociedade, Belo Horizonte, 2017, págs. 209-210. Os

Em sede de contratação pública, quanto aos requisitos de formalização do contrato administrativo, o artigo 91 da Lei n.º 14.133/2021, nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, estabelece que “Os contratos e seus aditamentos terão forma escrita e serão juntados ao processo que tiver dado origem à contratação, divulgados e mantidos à disposição do público em sítio eletrônico oficial”. Trata-se de regra geral. O § 3.º do aludido artigo dispõe sobre a forma eletrônica, *in verbis*: “Será admitida a forma eletrônica na celebração de contratos e de termos aditivos, atendidas as exigências previstas em regulamento”. A este respeito, Marçal Justen Filho observa que “a solução envolve essencialmente a assinatura mediante certificado digital”⁹⁸⁴.

Christian Ito e Fábio de Sousa Santos analisam os desafios do uso das ferramentas tecnológicas contemporâneas na contratação pública brasileira. Sustentam que: “[n]o âmbito dos procedimentos relativos à contratação pública brasileira, o hiato organizacional na adoção de novas tecnologias tende a ser acrescido, na medida em que é necessário ao Estado-regulador tomar ciência e adotar (ou permitir a adoção) de ferramentas tecnológicas no âmbito da contratação pública”⁹⁸⁵.

Ao tecer comentários acerca do anacronismo da gestão contratual pública, Ito e Santos aludem à permissão legal de “submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado”. Embora se refiram à Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, convém ressaltar que a Lei n.º 14.133/2021 dispõe no mesmo sentido em seu artigo 40, inciso I. Para os Autores, embora o permissivo legal “possa ser arguid[o] como fundamento genérico para inovações neste sentido, não parece ser fundamento suficientemente robusto para as alterações mais centrais na lógica e na prática de funcionamento da administração pública”⁹⁸⁶.

Autores esclarecem que “[d]urante a elaboração do *smart contract*, predefine-se um ou mais indivíduos ou um mecanismo que definirá tais indivíduos (que podem ser escolhidos pelo algoritmo por meio de critérios como a reputação objetiva de um membro da comunidade, pela presença de um banco de dados previamente determinado ou que pode ser o próprio criador do *smart contract*) que analisará o negócio jurídico e atestará sua validade. Ele também terá poderes para garantir seu cumprimento em observância com a lei da jurisdição na qual as partes se inserem e, assim, corrigir quaisquer vícios ou nulidades no contrato inteligente”.

⁹⁸⁴ Cfr. Marçal JUSTEN FILHO, *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: Lei 14.133/2021*, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021, pág. 1223. O Autor remete a matéria em questão ao § 2.º do artigo 12 da referida Lei: “É permitida a identificação e assinatura digital por pessoa física ou jurídica em meio eletrônico, mediante certificado digital emitido em âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil)”.

⁹⁸⁵ Cfr. Christian ITO, Fábio de Sousa SANTOS, *E-Procurement e contratos inteligentes: desafios da modernização tecnológica da contratação pública no Brasil*, in *International Journal of Digital Law – IJDL*, ano 01, n.º 2, maio/agosto 2020, pág. 63. Os Autores também apontam outro grave problema: “[o] malefício da inflexibilidade normativa do contexto da contratação pública brasileira é [...] latente”.

⁹⁸⁶ *Ibidem*, pág. 64.

Marçal Justen Filho corrobora este entendimento ao considerar ser “muito difícil superar as contradições entre o modelo licitatório público e as soluções contempladas entre os particulares”⁹⁸⁷. Uma das contradições reside nas assim denominadas “cláusulas exorbitantes”. Consoante definição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “[s]ão [...] aquelas que não seriam comuns ou que seriam ilícitas em contrato celebrado entre particulares, por conferirem privilégios a uma das partes (a Administração) em relação à outra; elas colocam a Administração em posição de supremacia sobre o contratado”⁹⁸⁸.

Ito e Santos são peremptórios ao afirmar que “[h]á aqui um paradoxo evidente: a lógica essencial de funcionamento do contrato inteligente (autoexecutoriedade) é fundamentalmente contraposta às cláusulas de modificação e de rescisão unilateral pelo Estado”⁹⁸⁹.

Mariana Oliveira de Melo Cavalcanti e Marcos Nóbrega, no entanto, apresentam vantagens quanto à implementação da tecnologia dos *smart contracts* no Brasil, aduzindo que “[n]a prática brasileira, por sua confiabilidade e transparência, tal tecnologia poderia ser adotada, por exemplo, no aperfeiçoamento dos mecanismos de exercício da democracia [...] e das compras públicas, no que possivelmente colabore para obstar práticas de corrupção, repactuações desmedidas e superfaturamento”⁹⁹⁰.

Os Autores enumeram as características dos contratos que podem ser realizados com aproveitamento desta nova tecnologia, em consonância com o modo pelo qual se apresenta na atualidade: “a) instantâneos ou de execução pouco diferida, pelas dificuldades no estabelecimento de cláusulas *ex post*; b) revestidos de menor imprecisão semântica; c) com maior zona de acordo, com diminuta probabilidade de se recorrer a terceiros, como o Poder Judiciário, para o estabelecimento de cláusulas supletivas”⁹⁹¹.

⁹⁸⁷ Cfr. Marçal JUSTEN FILHO, *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: Lei 14.133/2021*, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021, pág. 529.

⁹⁸⁸ Cfr. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito administrativo*, 14.^a ed., São Paulo, Atlas, 2002, pág. 255.

⁹⁸⁹ Cfr. Christian ITO, Fábio de Sousa SANTOS, *E-Procurement e contratos inteligentes: desafios da modernização tecnológica da contratação pública no Brasil*, in *International Journal of Digital Law – IJDL*, ano 01, n.º 2, maio/agosto 2020, pág. 66. Os Autores esclarecem em continuação ao exposto acima: “na medida em que sua imposição prática se vê inviabilizada pela própria lógica de funcionamento da ferramenta tecnológica; a imposição de passos ou travas acionáveis pelo Estado para impedir a autoexecutoriedade torna a inovação, para todos os sentidos, absolutamente inócua”.

⁹⁹⁰ Cfr. Mariana Oliveira de Melo CAVALCANTI, Marcos NÓBREGA, *Smart contracts ou “contratos inteligentes”*: o direito na era da *blockchain*, in *Revista Científica Disruptiva*, vol. II, n.º 1, jan.-jun. 2020, págs. 112-113.

⁹⁹¹ *Ibidem*, pág. 113. Os Autores complementam suas assertivas com as seguintes considerações: “[s]ustentamos tal posição em razão dos curtos proibitivos da previsão de toda contingência capaz de afetar os contratos, o que elevaria seu custo *ex ante* e impactaria, de igual modo, no custo global de transação, deslocando, tão somente, o momento de sua ocorrência”. Quanto à jurisprudência, ver TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, Acórdão 1613/2020, Plenário, rel. Aroldo Cedraz.

Os principais marcos legais da metodologia BIM no Brasil são os seguintes Decretos: Decreto n.º 9.983, de 22 de agosto de 2019 e n.º 10.306, de 2 de abril de 2020. O Decreto n.º 9.983/2019 dispõe sobre a Estratégia Nacional de Disseminação do *Building Information Modelling*, institui seu Comitê Gestor e revoga o Decreto n.º 9.377, de 17 de maio de 2018. O Decreto n.º 10.306/2020 estabelece a utilização do *Building Information Modelling* na execução direta ou indireta de obras e serviços de engenharia realizadas pelos órgãos e pelas entidades da administração pública federal, no âmbito de Estratégia Nacional de Disseminação do BIM (Estratégia BIM BR), instituída pelo Decreto n.º 9.983/2019.

O Decreto n.º 10.306/2020 determina que BIM será implementado de forma gradual, conforme as fases estabelecidas no artigo 4º: primeira fase – a partir de 1.º de janeiro de 2021; segunda fase – a partir de 1.º de janeiro de 2024; terceira fase – a partir de 1.º de janeiro de 2028. O artigo 2.º estabelece que o Ministério da Defesa, através das atividades executadas nos imóveis sob jurisdição do Exército Brasileiro, da Marinha do Brasil e da Força Aérea, e o Ministério da Infraestrutura, por meio das atividades sob coordenação e execução da Secretaria Nacional de Aviação Civil e do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), são obrigados a cumprir os requisitos mínimos de BIM. Quanto aos demais órgãos e entidades da administração pública federal, a adoção destas ações ocorre em caráter facultativo.

Maria Carolina Quintas discorre acerca das proposições legislativas que culminaram com a promulgação do Decreto n.º 9.377/2018. Neste Decreto houve a concepção da Estratégia Nacional de Disseminação de BIM (Estratégia BIM BR). Para a Autora, esta Estratégia “veio para viabilizar o ambiente em que será implantada a metodologia BIM e sua divulgação no país”⁹⁹². Cumpre salientar que os Decretos sancionados posteriormente deram continuidade a estes objetivos.

Alexander Justi descreve algumas iniciativas realizadas após o estabelecimento da Estratégia BIM BR. Primeiramente, o Autor se refere aos esforços da Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI) com a finalidade de estimular e capacitar profissionais quanto à utilização de BIM. Uma outra iniciativa relevante ocorreu em 2018, com a “criação da Câmara Brasileira do BIM, [...] que nasceu para discutir as políticas públicas de implementação e disseminação do BIM em cada Estado e no Brasil como um todo”. Em 2019 houve a criação da Plataforma BIM BR. Para Justi, esta

⁹⁹² Cfr. Maria Carolina QUINTAS, *Metodologia BIM para controle de obras públicas*, in Revista Boletim do Gerenciamento, n.º X (201X), julho 2019, pág. 18.

Plataforma representa um importante passo para a disseminação de conteúdo a respeito desta matéria e para cadastrar profissionais da área de engenharia e arquitetura⁹⁹³.

O artigo 19, § 3.º, da Lei n.º 14.133/2021 dispõe especificamente sobre BIM: “Nas licitações de obras e serviços de engenharia e arquitetura, sempre que adequada ao objeto da licitação, será preferencialmente adotada a Modelagem da Informação da Construção (*Building Information Modelling* – BIM) ou tecnologias e processos integrados similares ou mais avançados que venham a substituí-la”. Marçal Justen Filho salienta a consagração formal de dever jurídico deste dispositivo, assim como o caráter compulsório de sua observação: “[n]ão se trata de fornecer sugestões às entidades e órgãos. Não existe competência discricionária para ignorar as determinações referidas. Há o dever de incorporar as inovações tecnológicas referidas na atividade administrativa”⁹⁹⁴.

À título de exemplificação, Roberto Cavalleiro de Macedo Alves e Alice Theresinha Cybis Pereira trazem à baila as ações pioneiras de BIM implementadas no Estado de Santa Catarina: “[f]oi o primeiro Estado a ter um caderno de especificações BIM para contratação de obras públicas; estimulou a aliança e a criação da Rede BIM Gov Sul, com os estados de SC, RS e PR; contratou vários projetos e obras públicas tendo como obrigatoriedade a adoção do BIM”⁹⁹⁵.

Um outro exemplo de aplicação se refere à utilização da metodologia HBIM para a preservação de edifícios históricos. Laura Rita Facioli, Elaine Bottion e Bianca Navas Ongaro realizaram a aplicação deste conceito nos seguintes estudos de caso: a Igreja de São Francisco em São Paulo (SP), o Relógio Solar de Franca (SP) e o Complexo Hospitalar da Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de São Paulo (SP). As Autoras esclarecem que “[o] modelo HBIM poderá ser utilizado como uma base de dados completa sobre o Bem Cultural, auxiliando os gestores e usuários do Bem em diversos aspectos, tais como: conhecimento e identificação, divulgação e educação patrimonial tanto quanto para procedimentos de obras e manutenção”. Quanto à abreviatura HBIM,

⁹⁹³ Cfr. Alexander JUSTI, *A História do BIM no Brasil*, abril 2021, disponível em A História do BIM no Brasil - Alexander Justi (alexjusti.com). Ver AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL (ABDI), *Decreto estabelece utilização do BIM em obras públicas*, abril 2020, disponível em ABDI - Decreto estabelece utilização do BIM em obras públicas; CÂMARA BRASILEIRA DE BIM (CBIM), *Últimas do BIM*, 2021, disponível em CBIM – Câmara Brasileira de BIM; PLATAFORMA BIM BR, *Faça parte da revolução na construção*, 2021, disponível em Plataforma BIMBR (abdi.com.br).

⁹⁹⁴ Cfr. Marçal JUSTEN FILHO, *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: Lei 14.133/2021*, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021, pág. 367.

⁹⁹⁵ Cfr. Roberto Cavalleiro de Macedo ALVES, Alice Theresinha Cybis PEREIRA, *BIM3C Um modelo para projeto colaborativo em bim*, in PIXO – Revista de Arquitetura, Cidade e Contemporaneidade, vol. 5, n.º 18, inverno de 2021, pág. 203.

observam que se trata da “metodologia BIM aplicada ao estudo das edificações históricas”⁹⁹⁶.

Alexandre Aroeira Salles, Mariana Miraglia e Matatias Parente analisam os principais obstáculos para a utilização de BIM no Brasil apontando investigação realizada pela Câmara Brasileira da Indústria da Construção (CBIC)⁹⁹⁷. De acordo com esta investigação, a adoção de BIM não acontece mais rapidamente devido aos seguintes motivos: “[a] peculiar inércia e a *resistência às mudanças* por parte das organizações e pessoas; [a] *dificuldade de entendimento* e compreensão do que é BIM e dos seus reais benefícios; [a]s *questões culturais* e particularidades do ambiente e do mercado brasileiro; [a]s especificidades e os *aspectos intrínsecos* da tecnologia BIM”⁹⁹⁸. A restrição de engajamento entre as partes na contratação pública surge como um aspecto fulcral nesta contextualização, consoante entendimento de Salles, Miraglia e Parente⁹⁹⁹. As questões atinentes à esta problematização serão abordadas no item subsequente.

5. Instrumentos de viabilização da contratação pública colaborativa

Sergi Nin Sanchez considera o exemplo advindo do governo regional de Aragón, em Espanha, bastante relevante quanto a potenciais esquemas contratuais embasados em *smart-contracts* em *blockchain*¹⁰⁰⁰. O exemplo em questão, juntamente com outros analisados em seguida, parecem indicar a maneira pela qual a restrição de engajamento entre as partes na contratação pública poderá ser solucionada. Miguel Ángel Bernal Blay esclarece que o Governo de Aragón, através da *Dirección General de Contratación*,

⁹⁹⁶ Cfr. Laura Rita FACIOLI, Elaine BOTTION, Bianca Navas ONGARO, *A conexão entre o passado, o presente e o futuro, através da sistematização das informações e procedimentos aplicados a preservação de edifícios históricos*, in Encontro Brasileiro de Modelagem da Informação da Construção e Patrimônio Cultural, Anais, São Carlos (SP), 2019, págs. 2-3.

⁹⁹⁷ Cfr. Alexandre Aroeira SALLES, Mariana MIRAGLIA, Matatias PARENTE, *How does collaborative procurement operate in Brazil?*, in David MOSEY, *Collaborative construction procurement and improved value*, London, Wiley Blackwell, 2019, pág. 407.

⁹⁹⁸ Cfr. CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO (CBIC), *Implementação BIM – Parte 2: Implementação do BIM para construtoras e incorporadoras*, Coletânea Implementação do BIM, vol. 2, Brasília, junho de 2016, pág. 24 (grifos no original).

⁹⁹⁹ Cfr. Alexandre Aroeira SALLES, Mariana MIRAGLIA, Matatias PARENTE, *How does collaborative procurement operate in Brazil?*, in David MOSEY, *Collaborative construction procurement and improved value*, London, Wiley Blackwell, 2019, pág. 407. Quanto à jurisprudência, ver TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, Acórdão 1367/2021, Plenário, rel. Aroldo Cedraz.

¹⁰⁰⁰ Cfr. Sergi Nin SANCHEZ, *The implementation of Decentralised Ledger Technologies for public procurement: blockchain based smart public contracts*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)*, vol. 14, n.º 3, 2019, pág. 187.

Patrimonio y Organización, “última la licitación de un servicio de registro distribuido de ofertas para contratos públicos que permita *a posteriori* su evaluación automatizada”¹⁰⁰¹.

Jenny Alexandra Triana Casallas, Juan Manuel Cueva Lovelle e José Ignacio Rodríguez Molano asseveram que, em decorrência das características de imutabilidade, confidencialidade, rastreabilidade e transparência de *blockchain*, juntamente com a automação dos *smart contracts*, “it makes contracting procedures in the public sector the ideal field for its implementation, which would not eliminate corruption but it would allow its early detection so that corrective and preventive measures can be taken”¹⁰⁰².

Os Autores salientam que, do ponto de vista técnico, é necessário que as soluções que podem ser desenvolvidas no âmbito de utilização de *blockchain* em conjunto com *smart contracts* celebrados no setor público sejam implementadas por meio de plataformas como *Ethereum* ou *Lisk*, devido principalmente à sua flexibilidade e desenvolvimento atuais em tópicos com funcionalidades semelhantes¹⁰⁰³.

Casallas, Lovelle e Molano apontam uma das maiores vantagens atinentes à utilização desta tecnologia na contratação pública. Os elementos que compõem seus aplicativos são construídos a partir da estrutura de dados pública da *blockchain* e dos *smart contracts* que são derivados desta estrutura, devido à sua versatilidade, sem que ocorra qualquer negligência à segurança. Destarte, configura-se “a suitable space to be an axis of interaction, between the state, the bidders and the citizens interested in the contracting process, where each one can use and participate in the network”. Desta maneira, os vários atores presentes são conectados eficientemente, com a agilização das etapas do processo e consequente obtenção de melhor acesso e controle de dados sem prejuízo da transparência na avaliação e adjudicação¹⁰⁰⁴.

Di Giuda *et al.* descrevem as etapas atinentes ao acordo de aliança, *Framework Alliance Contract* (FAC-1) no direito italiano. Especificamente quanto ao “Payment for Collaboration Activities”, observam que deve ser realizado em consonância com as

¹⁰⁰¹ Cfr. Miguel Ángel Bernal BLAY, *El desarrollo autonómico de la normativa sobre contratos públicos*, in Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, XVIII, 2018, pág. 135. Ver também Miguel Ángel Bernal BLAY, *Blockchain, Administración y contratación pública*, Observatorio de Contratación Pública, 2018, disponível em Blockchain, Administración y contratación pública | Observatorio de Contratación Pública (obcp.es).

¹⁰⁰² Cfr. Jenny Alexandra Triana CASALLAS, Juan Manuel Cueva LOVELLE, José Ignacio Rodríguez MOLANO, *Smart contracts with blockchain in the public sector*, in International Journal of Interactive Multimedia and Artificial Intelligence, Special Issue on Artificial Intelligence and Blockchain, vol. 6, n.º 3, July 2020, pág. 68.

¹⁰⁰³ *Ibidem*, pág. 70. Ver, a este respeito, Ana REYNA *et al.*, *On blockchain and its integration with IoT. Challenges and opportunities*, in Future Generation Computer Systems, vol. 88, 2018.

¹⁰⁰⁴ *Ibidem*, pág. 69 (grifo nosso).

condições estabelecidas em FAC-1, no qual “a specific payment policy states the workflow of the procedure to trace all the payment among all the parties and to set the fee for delays”¹⁰⁰⁵.

Sobre este aspecto, Casallas, Lovelle e Molano aludem a um exemplo de utilização de *blockchain* no procedimento de garantias em contratação pública. Este exemplo demonstra que esta tecnologia pode ser aplicada em acordos colaborativos como o FAC-1, supramencionado, com as devidas adaptações. As etapas concernentes ao exemplo mencionado são as seguintes: 1. a entidade do setor público responsável pela contratação exige o depósito de uma garantia no certame; 2. o proponente submete à *blockchain* uma garantia bancária assinada através de criptografia pelos representantes do banco referindo-se ao arquivo e requisitos inerentes à garantia; 3. um *smart contract* verifica se os dados relacionados à garantia estão corretos e, se aplicável, autoriza o depósito automático da garantia; 4. no final da execução do contrato e de seu período de garantia, um *smart contract* aciona a autorização para cancelar a garantia, automaticamente comunicando ao contratante e seu banco¹⁰⁰⁶.

Para que as devidas adaptações sejam realizadas, faz-se necessário tecer algumas observações acerca de contratação relacional, em complementação às realizadas anteriormente. Barbara Colledge afirma que este tipo de contratação na indústria da construção fornece valor agregado aos envolvidos e benefícios para o sucesso do projeto. Como consequência, as abordagens sobre contratação relacional fornecem um forte embasamento para o desenvolvimento de valores essenciais, comportamentos e ações generalizadas. Desta maneira, o valor adicionado aos projetos para os *stakeholders* envolvidos perpassa seus amplos benefícios para a indústria e para a comunidade. A criação de comunidades sustentáveis é algo complexo que requer uma abordagem multidisciplinar e novas formas de pensar e agir. Portanto, a Autora conclui que “[t]he tangible and intangible value generated through relational contracting approaches,

¹⁰⁰⁵ Cfr. Giuseppe Martino DI GIUDA *et al.*, *Importation of Relational Project Delivery Agreements exploiting the BIM approach in legislation*, J. SHIAU *et al.* (editors), Streamlining information transfer between construction and structural engineering, ISEC Press, 2018, págs. 4-5.

¹⁰⁰⁶ Cfr. Jenny Alexandra Triana CASALLAS, Juan Manuel Cueva LOVELLE, José Ignacio Rodríguez MOLANO, *Smart contracts with blockchain in the public sector*, in *International Journal of Interactive Multimedia and Artificial Intelligence*, Special Issue on Artificial Intelligence and Blockchain, vol. 6, n.º 3, July 2020, pág. 70. Ver, a este respeito, Freya Sheer HARDWICK, Raja Naeem AKRAM, Kostantinos MARKANTONAKIS, *Fair and transparent blockchain based tendering framework – a step towards open governance*, in 17th IEEE International Conference on Trust, Security and Privacy in Computing and Communications/ 12th IEEE International Conference on Big Data Science and Engineering, 2018, disponível em IEEE Xplore Full-Text PDF:.

contributes directly to each of the four pillars of sustainable communities, thereby enhancing individual and organisational participation”¹⁰⁰⁷.

Neste diapasão, Pompeu Casanovas apresenta duas abordagens para uma aceção genérica denominada “relational law”. A primeira se refere à aceção relacional como uma propriedade comum que emerge dos laços económicos e sociais existentes entre empresas, fornecedores, clientes, consumidores e cidadãos. Já a segunda se refere à capacidade de criar um espaço comum de relações mútuas, “a shared regulatory framework”, no qual alguma reciprocidade é esperada com relação aos bens, serviços, atitudes e ações. Assim, “relational law is more based on trust and dialogue than on the enactment of formal procedures or on the enforcement of sanctions”¹⁰⁰⁸.

António Marinho, João Couto e José Teixeira abordam a questão da contratação relacional e sua combinação com a metodologia BIM com vistas à mitigação de problemas referentes à assimetria de informações em projetos de construção em Portugal. Em análise específica sobre *Integrated Project Delivery* (IPD), idealizado pelo *American Institute of Architects*, já mencionado anteriormente, os Autores sublinham que este modelo envolve contratos transacionais e contratos relacionais: “[e]xternally, stakeholders enter a classic transactional contract with the client and some suppliers, and internally they are bound by a relational contract described in the procurement document signed by all parties”¹⁰⁰⁹.

Como resultado da investigação realizada no setor da construção de obras públicas e contratos BIM-IPD em Portugal com especialistas de sólida experiência, os Autores afirmam que “the probability of asymmetric information occurring in the Portuguese construction sector is very high and its impact is equally high. It can be

¹⁰⁰⁷ Cfr. Barbara COLLEDGE, *Relational contracting – creating value beyond the project*, in *Lean Construction Journal*, vol. 2, n.º 1, April 2005, pág. 43. Os quatro pilares das comunidades sustentáveis apontados pela Autora são: “connectedness, citizenship, creative citizens and competitiveness”. *Ibidem*, pág. 30.

¹⁰⁰⁸ Cfr. Pompeu CASANOVAS, *Agreement and relational justice: a perspective from philosophy and sociology of law*, in Sascha OSSOWSKI (editor), *Agreement technologies, Law, Governance and Technology Series n.º 8*, Springer, 2013, pág. 28. O Autor se refere à origem de “relational law” nos seguintes termos: “the ‘spirit’ of Anglo-American Law would be *relational* (and not authoritative), bottom-up (more than top-down), and collective (as opposed to the individual trend of natural law philosophy). However, more recently, this way of constructing a broad legal perspective contrasting other concurrent ones has twisted in favor of particular approaches” (grifos do Autor).

¹⁰⁰⁹ Cfr. António MARINHO, João COUTO, José TEIXEIRA, *Relational contracting and its combination with the BIM methodology in mitigating asymmetric information problems in construction projects*, in *Journal of Civil Engineering and Management*, vol. 27, n.º 4, 2021, pág. 219. Em complementação: “[t]he relational contract minimizes the cost of transaction by uniting the stakeholders in a partnership for the duration of the project”.

concluded that the reduction of asymmetric information in public works construction projects is positively affected by relation contracting”¹⁰¹⁰.

Suas conclusões corroboram as observações de Di Giuda *et al.* a respeito de FAC-1. Trata-se de um modelo contratual flexível no qual as partes possuem a oportunidade de considerar eficiências na cadeia de suprimentos que possibilitam que o fluxo de informações se torne mais transparente com redução dos custos da execução. O cliente pode utilizar o modelo padrão para propor um acordo colaborativo, legalmente válido, entre subconsultores e subcontratantes. Os níveis elevados de transparência e responsabilidade entre as partes e outros atores do acordo colaborativo, requeridos pelos operadores com vistas à colaboração, são contrabalançados pela compensação econômica obtida. Portanto, “FAC-1 is a contract that regulates and manages the inter-relationships among different contracts and, namely, the relation among parties, which are not directly associated over a contract”¹⁰¹¹.

Os Autores apresentam um exemplo teórico de aplicação de FAC-1 no setor público, pertinente à presente temática, para demonstração de sua flexibilidade. Em se tratando de múltiplos municípios, pode haver uma decisão objetivando a otimização do serviço de iluminação pública com a criação de um sistema único de gerenciamento para todos eles. Através desta aliança, as partes podem se reunir em um esquema contratual que estabeleça um diálogo direcionado a um único objetivo proposto pelo setor privado. Graças a uma cadeia de suprimentos compartilhada, empresas de instalação elétrica podem participar oferecendo, por exemplo, uma implementação ao desempenho de seu sistema. Concomitantemente, o fato de as várias empresas serem empresas do setor pode auxiliar o gerente de manutenção a escolher as formas mais adequadas através da

¹⁰¹⁰ *Ibidem*, pág. 226. Cabe ressaltar que os Autores tecem ainda as seguintes considerações à guisa de conclusão: “84% of respondents consider it important to introduce the BIM methodology and relation contracting into the Portuguese Public Contracts Code to reduce asymmetric information and refer that the current national legislation does not provide for the reduction of asymmetric information, but they highlight its importance, particularly in the division of responsibilities. The major conclusion that we draw from our analysis is that the improved transparency from the use of BIM and relational contracting reduce the risk of information asymmetry. [...] The potential of BIM for sharing and visualizing information as well as considering changes in design and during execution, allows it to be shared transparently to the stakeholders, and reduce asymmetry information”. Ver também Gabriel JOBIDON, Pierre LEMIEUX, Robert BEAUREGARD, *Implementation of Integrated Project Delivery in Quebec's procurement for public infrastructure: a comparative and relational perspective*, in *Sustainability*, vol. 10, n.º 2648, 2018.

¹⁰¹¹ Cfr. Giuseppe Martino DI GIUDA *et al.*, *Importation of Relational Project Delivery Agreements exploiting the BIM approach in legislation*, J. SHIAU *et al.* (editors), *Streamlining information transfer between construction and structural engineering*, ISEC Press, 2018, pág. 5.

melhoria do serviço final. Finalmente, os utilizadores do serviço podem escolher qual das propostas de melhoria irão adotar¹⁰¹².

Na atualidade, há investigações sendo elaboradas sobre “designer contratual”. Marcelo Corrales Compagnucci, Mark Fenwick e Helena Haapio analisam o caráter modificável do design do contrato na revolução digital, com enfoque na maneira pela qual as tecnologias emergentes estão fornecendo aos atores contratantes produtos inovadores referentes às novas ferramentas e recursos digitais que facilitem a criação de contratos. Há tecnologias emergentes que se esforçam para oferecer um modelo mais simplificado para as partes envolvidas. Como resultado destas tecnologias é possível conceber um futuro no qual os contratos se tornem não apenas legal e operacionalmente funcionais, mas também baseados em códigos, interoperáveis entre plataformas e construídos a partir de componentes modulares armazenados em bibliotecas que utilizam as funcionalidades “no-code” e “low-code”. Neste contexto, operadores do direito serão transformados em “engenheiros relacionais” aptos a facilitarem a colaboração entre as diferentes partes interessadas, com conhecimentos diversos, atuando em equipes multidisciplinares que compreendem tecnologia, negócios e perspectivas legais. Destarte, o “designer contratual” do futuro será um elemento-chave nas oportunidades relativas à tecnologia digital direcionada à concepção contratual¹⁰¹³.

A OCDE tem realizado estudos específicos sobre “rules as code (RaC)” (regras como códigos, em tradução livre). Em relatório sobre o tema, James Mohun e Alex Roberts apresentam a seguinte definição: “if understood literally, RaC may be considered as an *output*. That is, a coded version of rules (for example, those contained in policy, legislation or regulation) that can be understood and used by a computer”¹⁰¹⁴.

Os Autores abordam a concepção “manual coding, multi-disciplinary team”, que corresponde à abordagem apresentada por Compagnucci, Fenwick e Haapio, supramencionada. Nesta concepção, uma equipe codifica as regras existentes, contidas na legislação, em um conjunto de regras para computador. Uma vez codificadas, podem ser

¹⁰¹² *Ibidem*.

¹⁰¹³ Cfr. Marcelo Corrales COMPAGNUCCI, Mark FENWICK, Helena HAAPIO, *Digital technology, future lawyers and the computable contract designer of tomorrow*, in Research Handbook in Contract Design, Edward Elgar Publishing, disponível em Microsoft Word - Computable contract designers of tomorrow (SSRN version) .docx (ku.dk), pág. 1 (no prelo).

¹⁰¹⁴ Cfr. James MOHUN, Alex ROBERTS, *Cracking the code: rulemaking for humans and machines*, OECD Working Paper on Public Governance, n.º 42, OECD Publishing 2020, disponível em OECD iLibrary | Cracking the code: Rulemaking for humans and machines (oecd-ilibrary.org), pág. 16 (grifo dos Autores). Saliente-se que a concepção inicial de “code is law” (código é lei, em tradução livre) remonta aos estudos de Lawrence Lessig. Ver Lawrence LESSIG, *Code, and other laws of cyberspace, version 2.0*, Basic Books, New York, 2006.

direcionadas para uma variedade de utilizações e por vários atores. Podem ser disponibilizadas por meio de “Application Programming Interfaces (APIs)”, ou interfaces de programação de aplicativos, em tradução livre, com aproveitamento para informar ferramentas como calculadoras de elegibilidade e mecanismos de regras de negócios. Em outros casos, podem ser disponibilizadas com a utilização de *smart contracts* ou *blockchain*, por exemplo, para verificação da conformidade com regulamentos. Por derradeiro, os Autores se referem à uma utilização bastante pertinente ao escopo da presente investigação: “they can be made available as standalone software libraries, which enable governments and researchers to use them as tools in public policy evaluation. These are presented to end users through a front-end display”¹⁰¹⁵.

Compagnucci, Fenwick e Haapio esclarecem que têm surgido muitas startups com a promessa de uma construção modular “no-code” ou “low-code” de *smart contracts* e aplicações através de uma interface para utilização simplificada. Neste sentido, enfatizam que “[a]lthough these low-code services are still at an early stage of development, they point to a future in which a detailed knowledge of coding – e.g. the Solidity language used in Ethereum smart contracts – is unnecessary”¹⁰¹⁶.

David Mosey apresenta uma ampla variedade de setores nos quais FAC-1 tem sido utilizado por governos com destaque quanto a um modelo contratual desenvolvido para relações estratégicas de longo prazo com foco em soluções modulares¹⁰¹⁷. Os serviços “no-code” ou “low-code” mencionados acima podem proporcionar maior flexibilização aos modelos contratuais baseados em colaboração, como os descritos por Mosey, com a vantagem de serem simplificados e de fácil utilização por usuários sem conhecimento de programação.

Como exemplo de *startup* que também tem se dedicado a estes modelos, a empresa *Bryter* é uma plataforma de automação de serviços “no-code” para a facilitação

¹⁰¹⁵ *Ibidem*, pág. 63.

¹⁰¹⁶ Cfr. Marcelo Corrales COMPAGNUCCI, Mark FENWICK, Helena HAAPIO, *Digital technology, future lawyers and the computable contract designer of tomorrow*, in Research Handbook in Contract Design, Edward Elgar Publishing, disponível em Microsoft Word - Computable contract designers of tomorrow (SSRN version) .docx (ku.dk), pág. 5 (no prelo). Como um exemplo deste tipo de startup, os Autores aludem à *Bubble*. Ver BUBBLE, *The best way to build web apps without code*, 2021, disponível em The best way to build web apps without code | Bubble.

¹⁰¹⁷ Cfr. David MOSEY, *Collaborative construction procurement and improved value*, London, Wiley Blackwell, 2019, págs. 201-202. Em complementação detalhada: “[t]he resultant model form is designed: [f]or use in strategic procurements by clients who wish to evaluate the quality, cost and flexibility of alternative solutions; [t]o integrate the roles of clients, consultants, contractors and manufacturers and the influence of stakeholders and regulators; [t]o integrate other contracts governing site purchase, funding, design, planning, construction and manufacture”.

da construção de soluções digitais para a automação de serviços complexos, sem a necessidade de programação¹⁰¹⁸.

Com a utilização desta plataforma, os usuários podem automatizar a produção de documentos padrão através de um processo de adaptação do documento às suas necessidades. Assim que o rascunho for concluído, pode ser carregado automaticamente para o sistema e um processo de aprovação pode ser acionado automaticamente. Por meio deste fluxo de trabalho, o departamento jurídico mantém visibilidade total sobre todos os documentos elaborados e, uma vez aprovados, há a integração para que possam ser assinados. Todas as solicitações legais recebidas são rastreadas automaticamente, fornecendo à equipe jurídica informações valiosas sobre o que tem sido questionado e a prioridade dos pedidos legais. Neste sentido, a frequência, tipo e origem da solicitação podem auxiliar as equipes jurídicas quanto à tomada de decisões baseadas em dados sobre as necessidades do negócio em questão e seus riscos¹⁰¹⁹.

Especificamente sobre riscos contratuais, há um assessor de risco na plataforma que permite que as equipes jurídicas, de *compliance* e comerciais otimizem significativamente o processo de revisão de contratos e identifiquem contratos de alto risco imediatamente. O gerenciamento de risco oferece uma visão ampla do perfil de risco para cada disposição identificada em relação aos critérios de risco das partes envolvidas. Da mesma forma, ajuda a identificar quais alterações precisam ser realizadas no documento. Por sua vez, os contratantes podem acelerar seu tempo de resposta, remover obstáculos e fornecer orientação especializada baseada em dados para *stakeholders* sobre questões cruciais do contrato em tempo real. Isso permite que os *stakeholders* examinem um volume maior de contratos de alto custo de forma automatizada, auxiliando concomitantemente em casos de alto risco quando necessário. De modo complementar, podem automatizar totalmente a revisão de um grande volume de tarefas com baixo custo que, realizadas de outra maneira, consumiriam uma grande parte do tempo das equipes jurídicas. Fundamentalmente, o processo de revisão contratual padronizado e automatizado garante total conformidade com os padrões industriais e estruturas regulatórias¹⁰²⁰.

¹⁰¹⁸ Cfr. BRYTER, *The no-code service automation platform*, 2021, disponível em No-code automation platform for enterprise teams | BRYTER.

¹⁰¹⁹ Cfr. BRYTER, *The General Counsel's guide to no-code*, 2021, disponível em No-Code-for-General-Counsel.pdf (bryter.com), pág. 23.

¹⁰²⁰ Cfr. BRYTER, *Contract Risk Assessor. Create a review standard and identify contract risks*, 2021, disponível em Contract Risk Assessor | BRYTER | Book a demo.

6. Síntese conclusiva

Apesar de crescentes esforços para superar os desafios impostos pela transição da contratação analógica para “eProcurement” na União Europeia, as atuais disposições acerca das regras de contratação pública não impõem um procedimento completo de processamento eletrônico em todas as etapas. O sistema “Tenders Electronic Daily (TED)” apresenta-se como um registro parcial não coincidente com o “Open Contracting Data Standard (OCDS)”. Há iniciativas com marcos temporais bem delimitados para a finalização de importantes atualizações, todavia o grande desafio se refere à qualidade dos dados a serem obtidos para que o aperfeiçoamento do sistema ocorra em face das dificuldades para obtenção de informações confiáveis e diferentes abordagens para a proteção de informações e leis de acesso à informação nos diversos países.

Blockchain é uma diversificação de tecnologias de uso geral para a troca de informações e negociação de ativos digitais através de redes de distribuição. As vantagens de sua implementação estão associadas à integridade de dados aprimorada e aumento da transparência nas transações em face da capacidade de rastreamento de modificações com redução e até mesmo supressão de corrupção em alguns casos. No entanto, suas desvantagens se referem às vicissitudes inerentes à contratação pública em relação à regulação bastante rígida da maioria das fases do processo de contratação. Para dirimir estas questões, há sugestões acerca de um sistema híbrido, no qual operadores de computadores predefinidos realizam a verificação da transação com o subsequente consenso.

Um *smart contract* é um programa de computador executado na *blockchain*. *Smart contracts* podem ser desenvolvidos e implementados em diferentes plataformas de *blockchain*, como *Bitcoin* e *Ethereum*. Esta última possibilita a construção e desenvolvimento de aplicações complexas, além de transferir moeda. A introdução de *smart contracts* traz vantagens quanto à sua transparência e gerenciamento do desempenho de prestadores de serviços públicos em sua possível aplicação na contratação pública. As adaptações analisadas pela literatura concentram-se majoritariamente na capacidade e consentimento das partes. Quanto à capacidade, em *smart contracts* tecnicamente não são pessoas, mas chaves criptográficas privadas. Já em referência ao consentimento, sua avaliação é realizada objetivamente, admitindo-se a evidência de que as partes têm intenção de contratar e descartando-se indícios de estados mentais internos.

Em relação às questões técnicas atinentes à programação, há estudos que alinham parâmetros automatizados do acordo aos elementos legais expressos em linguagem jurídica.

Building Information Modelling (BIM) ou Modelagem da Informação da Construção traz contribuições significativas à contratação pública colaborativa com o aumento das interações tecnológicas através da criação de dados para design, custos, prazos e operações. O equilíbrio entre pessoas, processos e tecnologia é essencial nesta contextualização. Um outro exemplo desta tecnologia diz respeito ao *Integrated Project Delivery* (IPD), idealizado pelo *American Institute of Architects*. A literatura alude à BIM como uma tecnologia adequada para projetos de IPD que requerem altos níveis de integração.

Têm sido realizadas relevantes reformas em Itália para a implementação de um amplo programa de reforma da política digital, com vistas à simplificação da administração pública em geral e da gestão dos contratos públicos em especial, para combate à corrupção, aumento da digitalização e correção da fragmentação das autoridades contratantes. Há previsão legal para *smart contracts* no ordenamento jurídico italiano e utilização da modelagem BIM através da adaptação do acordo de aliança *Framework Alliance Contract* (FAC-1), proveniente do direito da construção inglês.

Em Portugal atribui-se ao excessivo formalismo de procedimentos um efeito deletério para aplicação de tecnologias na contratação pública. No entanto, há grandes progressos em curso e incentivo à inovação. Neste sentido, Portugal e Itália são signatários da “European Blockchain Partnership (EBP)” desde 2018. Apesar de ainda não haver previsão legal sobre BIM no ordenamento jurídico português, há inúmeros grupos de trabalho e estudos sobre suas potencialidades.

Tem havido significativo incentivo com conseqüente incremento do governo digital no Brasil através da previsão legal da Estratégia de Governo Digital (EGD), além de promulgação da Lei n.º 14.129, de 29 de março de 2021 que dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública. Ainda não há previsão legal para *smart contracts*. Já em relação à modelagem BIM, há previsão quanto à sua implementação gradual através da Estratégia BIM BR.

A evolução tecnológica atinente ao desenvolvimento de aplicações em *blockchain*, *smart contracts* e BIM, em conjunto com a elaboração de modelos contratuais colaborativos simplificados através de funcionalidades “no-code” e “low-code” representam um novo paradigma para a gestão da contratação pública.

Conclusões gerais

A importância da contextualização da multiplicidade de posições jurídicas em face de questões atinentes ao gerenciamento da prestação e do fornecimento de serviços públicos sob uma perspectiva subjetiva e objetiva contém correlação direta com diferenças que permeiam os sistemas de *common law* e *civil law*¹⁰²¹. Em face desta constatação, o direito administrativo emerge como um fator de equilíbrio entre a prossecução dos interesses da comunidade e a proteção dos direitos e interesses legítimos dos administrados¹⁰²².

O fenômeno identificado por José Carlos Vieira de Andrade como um “alargamento do conceito de direito subjectivo público (construído como ‘direito e interesse legalmente protegido’)”¹⁰²³ culminou com uma redefinição da relação jurídica administrativa que, a partir de então, desencadeia uma sucessão de direitos e obrigações que se estendem ao longo do tempo através da previsão legal de procedimentos administrativos baseados nos princípios da participação dos particulares na formação das decisões que a eles se referem, da colaboração da Administração, da informação e da transparência na gestão pública.

A concepção de um pacto na contratação pública advém de uma análise na qual a relação jurídica administrativa e o procedimento administrativo conduzem a um contexto de cooperação mútua no qual os atores são considerados como colaboradores em detrimento das posições tradicionalmente contrapostas. Seu objetivo precípua se dirige à concretização do diálogo *ex ante* e durante a tomada de decisões.

A adaptação desta concepção à demonstração efetiva de titularidade de uma posição de interesse legítimo no direito administrativo italiano introduz a ideia de pacto

¹⁰²¹ Cfr. Shida GALLETTI, *Contract interpretation and relational contract theory: a comparison between common law and civil law approaches*, in *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, vol. 47, n.º 2, July 2014, pág. 257. A Autora ressalta que as diferenças que permeiam os sistemas não devem ser indevidamente enfatizadas ou acentuadas, pois “[t]he fact that English contract law – with its emphasis on objective interpretation – might start from an adversarial approach and has no general duty of good faith, does not constitute an impediment for judges to apply their good sense in ensuring that the contract becomes the fair framework for people’s dealings”.

¹⁰²² Cfr. José Carlos Vieira de ANDRADE, *Lições de direito administrativo*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 5.ª ed., 2017, pág. 26. O Autor alude à uma nova razão de ser do direito administrativo que “visa agora o *equilíbrio* entre a prossecução necessária dos interesses da comunidade (autoridade, discricionariedade, eficiência) e a proteção dos direitos e interesses legítimos dos particulares (participação, transparência, garantias individuais)”, (grifos do Autor).

¹⁰²³ *Ibidem*, pág. 70.

às controvérsias sobre os atos do procedimento de “evidenza”, que precedem a estipulação contratual, dirimindo-as mais facilmente no contencioso administrativo¹⁰²⁴.

A matriz autoritária presente na origem do direito administrativo ainda impõe obstáculos para a abertura a procedimentos de tomada de decisão colaborativos, principalmente no que tange às decisões ocorridas em audiências públicas em Portugal e no Brasil, nas quais não há consideração dos argumentos dos administrados para a deliberação administrativa.

A literatura em Itália, neste diapasão, avança em direção aos novos paradigmas de adequação à complexidade das situações jurídicas hodiernas através da utilização de instrumentos baseados na via convencional, com destaque quanto ao contrato com as necessárias adaptações em face do ineditismo das situações a serem confrontadas.

Surge então o assim denominado “Estado em rede”, cuja característica principal revela a predominância de relações horizontais entre Administração e administrados, com a conseqüente contratualização da atividade administrativa através da amplificação de seu modo de atuação por meio de instrumentos pactuados.

No entanto, para que não haja a possibilidade de transferência de responsabilidades públicas a administrados, torna-se imprescindível realizar adaptações que normatizem formas consensuais ainda não plenamente definidas doutrinariamente, mas que se encontram em plena evolução. Para que isto ocorra, insta promover meios pelos quais os administrados possam exercer plenamente seu direito subjetivo público através de seu interesse legítimo referente ao exercício de seus direitos e deveres como cidadãos.

A abordagem referente à influência política da Administração Pública em relação ao direito de regulação nesta contextualização traz à baila os desafios impostos por circunstâncias políticas em ambientes de constante imprevisibilidade socioeconômica. Consoante dados da plataforma RegBr, que auxilia a realização de análise de impacto regulatório (AIR) e tomada de decisões no setor público com

¹⁰²⁴ Convém detalhar o sentido de “evidenza pubblica” no direito administrativo italiano. Para Vinicius Marins, “[o]s italianos atribuem à evidenza pubblica função primordial na identificação dos contratos que se submetem à sistemática jurídico-administrativa. O sentido básico da expressão diz respeito ao fato de que a escolha do contratante, naquela tradição, não seria livre à base de um convencimento decorrente de síntese mental, mas se desenvolve por articulado procedimento, em que todas as fases são típicas e previstas e todo ato responde a uma específica exigência instrumental, de modo que o respeito a esta tipicidade formal-procedimental garanta a objetiva e melhor possível escolha do contratante privado, correlativamente ao bom uso do dinheiro público”. Cfr. Vinicius MARINS, *Transformações no direito administrativo contemporâneo: reflexos sobre a contratualidade pública nos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.º 47, jul.-dez. 2005, pág. 321 (grifos do Autor).

informações atinentes a um período de setenta anos (de 1950 a 2020), os atos normativos regulatórios federais perfazem um total de noventa e quatro mil normas. Houve expressivo aumento da publicação destes atos a partir de 2000, com o advento das agências reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro¹⁰²⁵. Tais dados corroboram as observações de Sara Valaguzza acerca das consequências da hiper-regulação na contratação pública¹⁰²⁶.

As variáveis advindas da regulação privada possuem o condão de conduzir o aperfeiçoamento da regulação pública por intermédio de sua maior capacidade de resiliência e busca de soluções inovadoras e eficientes. As variáveis compreendem temáticas sobre autonomia, autorregulação e padronização de regras. Em sede específica de contratualização na esfera pública, os quatro vetores fundamentais propostos por Ana Raquel Gonçalves Moniz, a descentração regulatória, a flexibilidade, a ética regulatória, e a discricionariedade regulatória¹⁰²⁷, balizam o papel do contraente público como regulador.

A descentração regulatória expõe a impossibilidade do exercício do monopólio da regulação, na medida em que ocorre simultaneamente entre relações com os demais atores sociais e entre estes mesmos atores, sem o envolvimento direto do setor público ou sua aprovação formal. Trata-se, portanto, da remoção do setor público da concepção hierárquica de estado-sociedade com vistas ao atingimento de uma relação heterárquica, na qual os papéis de administrador e administrados se modificam por não serem pré-definidos. Esta relação deve ocorrer através de padrões de racionalidade sistematizada embasados em práticas de avaliação *ex ante* sobre os impactos regulatórios e *ex post* para verificação contínua do cumprimento de seus objetivos, principalmente na esfera de atores não pertencentes à esfera pública.

Já quanto à flexibilidade, a regulação baseada em gerenciamento, por seu caráter holístico, parece contribuir de modo bastante eficiente para a solução de problemas de gestão devido à utilização de numerosos tipos de tecnologias e processos. Não pode ser

¹⁰²⁵ Cfr. ENAP – ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, *Raio-x da regulação econômica é publicado pela primeira vez no Brasil*, Brasília, julho de 2021, disponível em Raio-x da regulação econômica é publicado pela primeira vez no Brasil - Enap - Escola Nacional de Administração Pública.

¹⁰²⁶ Cfr. Sara VALAGUZZA, *Governare per contratto. Como creare valore attraverso i contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, pág. 96. Para a Autora, “la proliferazione di regole, specialmente se forgiate a partire da una logica repressiva, introduce distorsioni rilevanti nel sistema”.

¹⁰²⁷ Cfr. Ana Raquel Gonçalves MONIZ, *A crise e a regulação: o futuro da regulação administrativa*, in *A Crise e o Direito Público*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2013, pág. 112.

dissociada da ética regulatória pelo caráter fundamental que a concepção baseada no comportamento assume neste contexto e principalmente para que a captura da regulação seja evitada. Uma importante constatação diz respeito ao fato de que colusões ocorrem com maior frequência em períodos mais longos de exercício de determinada função. A utilização de limitação temporal quanto aos cargos exercidos nas agências apresenta-se como uma solução adequada. Em complementação, a ética regulatória direciona-se primordialmente para a instituição ou fortalecimento de instrumentos aptos a combater a captura, tais como o estabelecimento de reguladores que são independentes em relação aos operadores econômicos, ou a punição de ações de regulação realizadas sob a influência da corrupção.

A discricionariedade regulatória pode ser amplamente aperfeiçoada através de avanços tecnológicos para que seja factível combater a tendência de favorecimento do *status quo* das preferências dos regulados ou do setor público, em detrimento de critérios de tomadas de decisão imparciais e baseados em evidências, que são a razão de existência das autoridades reguladoras. Dados empíricos demonstram que isto ainda não é possível. Restrições adequadas à discricionariedade regulatória implicam expectativas em relação ao papel dos reguladores na formulação de políticas. Esta premissa correlaciona-se com a flexibilidade para responder aos desafios contemporâneos que usualmente afetam grande parcela da população.

Como consequência, surgem estudos detalhados referentes ao sistema de *common law* que buscam soluções para este desafio. Um exemplo significativo diz respeito ao “New Public Contracting”, cuja característica regulatória é a delegação de poderes e responsabilidades às agências públicas em uma variedade de acordos contratuais que preservam o controle do governo central e seus poderes de intervenção. Como solução para o déficit de legitimidade para uma deliberação pública adequada, faz-se necessário viabilizar fóruns de envolvimento público e participação determinados de forma democrática regionalmente (*bottom-up*), ao invés de serem impostos pelo governo central (*top-down*).

A adequação desta abordagem ao sistema de *civil law* ocorre através do tipo de governança denominada “shared government”, no qual há uma parceria entre Administração Pública e cidadãos em cada fase atinente ao ciclo de políticas públicas. Seus pontos de destaque se referem ao feedback às propostas das organizações de cidadãos, pois caso não ocorra não haverá seu comprometimento para a realização

adequada das políticas públicas; cidadania ativa quanto ao processo decisório; e parceria como um conceito caracterizado por igualdade e total responsabilidade dos atores.

Como estado da arte desta contextualização, surgem os “normative contracts” ou “contracts concerning norms” no direito administrativo português. São contratos administrativos endoprocedimentais, assinados antes ou durante um procedimento administrativo, celebrados entre órgãos administrativos e cidadãos a fim de alcançar posições concertadas sobre a promulgação e/ou o conteúdo da regulação. Portanto, são instrumentos administrativos autovinculativos para o exercício do poder discricionário regulatório, na medida em que condicionam a futura regulação administrativa. Ademais, afiguram-se como meios para promover uma participação mais ativa nos procedimentos de regulação e para tornar os cidadãos verdadeiros coautores de regulamentos. Neste cenário, a participação atinge um novo patamar, o da cooperação entre o público e o privado, pois abrem-se oportunidades para um melhor equilíbrio entre seus interesses, obtendo como consequência uma regulação menos onerosa e mais vantajosa para o interesse privado e satisfazendo o interesse público concomitantemente.

Os esforços para aperfeiçoamento da regulação na Administração Pública em Itália a partir de 2010 objetivaram desobstruir e coordenar diferentes órgãos governamentais com aferição do desempenho real dos serviços prestados e dos respectivos prestadores em consonância com o feedback da população. Como consequência, houve incentivo para a elaboração de regulação por servidores públicos, o qual, em conjunto com a implementação de programas de governo através de decretos legislativos e decretos-leis, geraram acúmulo de regulação. A solução para este acúmulo deve ser direcionada ao aperfeiçoamento da transparência e da qualidade da informação através da melhoria do processo de coleta de dados referentes à contratação pública.

O novo ciclo regulatório regido pelo Código de Contratos Públicos em Itália a partir de 2016 acentua a importância da regulação flexível protagonizada pela “Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC)”, na qual os sujeitos regulados são consultados preventivamente sob as premissas da regulação estratégica cujos *stakeholders* possuem papel participativo ativo como atores do procedimento regulatório¹⁰²⁸.

Portugal obteve sucesso quanto ao desenvolvimento e implementação de políticas públicas para melhor regulação. O governo realizou programas para aperfeiçoar

¹⁰²⁸ Ver, a este respeito, ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Evidence-based policy making and stakeholder engagement*, OECD Regulatory Policy Outlook, 2021, disponível em [chapter-two-evidence-based-policy-making-and-stakeholder-engagement.pdf](https://www.oecd.org/chapter-two-evidence-based-policy-making-and-stakeholder-engagement.pdf) (oecd.org).

a qualidade jurídica (Legislar Melhor) e para reduzir os entraves administrativos (Simplex).

A Lei Geral das Agências Reguladoras brasileira dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras. Seus pontos de destaque são a efetiva autonomia das agências reguladoras, o princípio da colegialidade no processo decisório e a institucionalização da Análise de Impacto Regulatório (AIR).

A análise concernente à influência econômica dos contratantes privados em busca da contratação sustentável se refere primordialmente à teoria da responsabilidade social das empresas (RSE). A definição apresentada pela Comissão Europeia em 2011, segundo a qual “a responsabilidade social das empresas é ‘a responsabilidade das empresas pelo impacto que têm na sociedade’”¹⁰²⁹, revela a importância das medidas relacionadas à contratação pública neste jaez.

O modo pelo qual tais medidas são realizadas abarca o exercício de atividades políticas negociais como autorregulação e corregulação. Neste sentido, o objetivo fulcral da responsabilidade social da empresa direciona-se à viabilização de mecanismos públicos de prestação de contas para atores privados para a criação de padrões de gerenciamento embasadas na autorregulação, assim como para a criação de normas e instrumentos de corregulação.

A utilização alternativa de instrumentos que são complementares à legislação tradicional, sob a denominação de “soft law”, como comunicações, códigos de conduta, diretrizes e recomendações, alinha-se diretamente aos processos de autorregulação e corregulação. Hodiernamente, padrões de RSE têm sido sedimentados em algumas formas de regulação e legislação. Tal fato subtrai seu caráter voluntário, demonstrando que se trata de uma questão vinculativa na atualidade.

O surgimento de redes de políticas públicas globais corrobora a crescente necessidade de equacionamento entre mudanças políticas e instituições. Passa a ser inegável que grupos e indivíduos são capazes de impulsionar inovação e novas formas de conhecimento, em detrimento de instituições formais burocráticas. A mudança é um processo que se efetiva de maneira *bottom-up* e não através de comitês *top-down*.

¹⁰²⁹ Cfr. COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões relativa à Responsabilidade Social das Empresas: uma nova estratégia da EU para o período de 2011-2014, 25/10/2011, Bruxelas, COM (2011) 681 FINAL.

Especificamente em sede de contratação pública, almeja-se promover objetivos de natureza social, econômica e ambiental que se alinham *pari passu* aos propósitos perseguidos pela RSE. Surgem as assim denominadas políticas horizontais, na acepção apresentada por Sue Arrowsmith, em oposição às classificações “políticas secundárias” ou “políticas colaterais”, por ser um termo suficientemente genérico que abarca todos os tipos de políticas (econômicas, sociais, ambientais etc.), mas não implica que tais políticas sejam necessariamente ilegítimas ou subservientes aos aspectos comerciais¹⁰³⁰.

No setor privado, a abordagem da RSE em face da regulação não é capaz de obrigar as empresas a tomarem decisões não direcionadas à obtenção de lucro, mas que sejam socialmente benéficas. Diferentemente, na regulação pública há interpretação diversa na contratação. Em consonância com a literatura das últimas décadas, outras considerações têm se tornado relevantes em políticas de contratação pública e não somente aquelas puramente econômicas, tais como proteção ao ambiente e promoção de empregos e oportunidades iguais, inclusão e acessibilidade.

Como consequência, surge a contratação pública social ou contratação pública socialmente responsável, inseridas no contexto relacionado à RSE do setor público, cuja gestão está condicionada a um conjunto de ações que remetem à simplificação através da adoção de uma série de aspectos concretos como a introdução de cláusulas sociais, a elaboração de códigos éticos e a publicação de relatórios sobre sustentabilidade.

Neste diapasão, através de mecanismos de *soft law*, a Comissão Europeia tem realizado esforços para elucidar autoridades responsáveis pela contratação pública quanto aos caminhos para a sustentabilidade através da publicação de guias como “Buying Green” e “Buying Social”. Em referência às Diretivas de 2014, as disposições acerca dos custos do ciclo de vida, “life cycle costing (LCC)”, incentivam a adoção da contratação pública sustentável através de uma metodologia que equilibra e estimula o respeito às considerações econômicas, sociais e ambientais.

Os assuntos relacionados à RSE em Itália despertam grande interesse dos setores privado, público e associações empresariais. O setor privado tem incorporado suas práticas através da divulgação de relatórios, sistemas de certificação e fundos de investimento éticos majoritariamente. O setor público a incentiva através de iniciativas que promovem certificação SA 8000 entre pequenas e médias empresas, promoção de segurança ocupacional e estabelecimento de sistemas de informação de RSE. As

¹⁰³⁰ Cfr. Sue ARROWSMITH, *Horizontal policies in public procurement: a taxonomy*, in *Journal of Public Procurement*, vol. 10, n.º 2, Summer 2010, pág. 150.

associações empresariais são representadas pelo “National System of Chambers of Commerce”, que é particularmente sensível quanto à promoção da RSE¹⁰³¹.

Com a adoção de aspectos sociais ao longo das etapas do ciclo de contratação, desde os procedimentos preliminares até critérios de adjudicação social e condições de execução contratuais em Itália é possível concluir que a adjudicação não serve apenas para escolher o melhor lance, mas é um instrumento de política pública a ser concretizada de tempos em tempos para fins de finanças públicas ou sociais ou de ordem pública. Portanto, deixa de se basear apenas na defesa da concorrência, mas visa também à concretização dos objetivos das políticas públicas no domínio do ambiente, segurança social e trabalho. Cabe mencionar que houve a elaboração de um plano para a adoção de um modelo de plataformas organizacionais em Itália a partir de 2015 como elemento fundamental para a realização das exigências sociais contidas na legislação.

Os estudos concernentes à RSE em Portugal foram incentivados através de alguns movimentos que surgiram no início do século XXI. A partir de então, vários sistemas de administração e controle têm sido desenvolvidos para auxiliar as empresas a assimilar os princípios de RSE e cumprir os requisitos impostos por lei, tais como ISO 14001 para a área ambiental, SA 8000 ou AA 1000 para a área social, e OHSAS 18001 para higiene e saúde ocupacional.

Com a revisão do Código dos Contratos Públicos português realizada em 2016 foram incorporados elementos aptos a demonstrar a utilização estratégica da contratação pública para a concretização de objetivos sociais como fatores de adjudicação, tais como o incentivo à inserção social de pessoas desfavorecidas ou vulneráveis e recrutamento de desempregados através de ações de formação.

Inicialmente, os esforços relativos à RSE no Brasil possuíam características de filantropia. Não obstante, ao longo das últimas décadas, houve transição para uma estrutura mais formalizada. No início da década passada, mais da metade das certificações ISO 14.001 quanto ao meio ambiente e SA 8000 para a área social pertenciam ao Brasil, em comparação com os demais países da América Latina.

Todavia, ainda há muito a ser realizado para garantir que práticas de RSE sejam devidamente integradas aos sistemas de gerenciamento em empresas brasileiras. Este incentivo pode ser realizado através das licitações sustentáveis, especialmente quando se

¹⁰³¹ Ver, a este respeito, CHAMBERS OF COMMERCE, *Italian Chamber of Commerce. What they are*, Roma, 2019, disponível em Chambers of Commerce | Italian Business Register.

torna necessário adotar mecanismos de planejamento, execução, avaliação e monitoramento, com destaque especial ao Ciclo PDCA (“Plan-Do-Check-Act”).

A Lei n.º 14.133/2021, nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos brasileira, dispõe acerca de critérios sociais, ambientais e econômicos nas contratações públicas com a valorização da sustentabilidade no julgamento de propostas e como critério para desclassificação de licitantes. Nesta contextualização, torna-se imprescindível atentar à legitimidade das reivindicações realizadas por *stakeholders* para que os gestores responsáveis pelo processo de tomada de decisões incorporem os aludidos critérios na contratação pública. O Ciclo PDCA identifica os vícios por omissão de agentes públicos e possui grande relevância nas fases pré-negocial e de desenvolvimento por possibilitar aos *stakeholders* a utilização de métodos de avaliação e controle compatíveis com medidas de monitoramento aptas ao aperfeiçoamento de todo o processo *a posteriori*.

A influência social dos cidadãos, os atores destinatários da prestação e do fornecimento dos serviços públicos, tem demandado significativa atenção de agentes públicos. A abertura da função administrativa às contribuições do setor privado, genericamente considerado, transforma a relação jurídica administrativa elevando-a à categoria de uma relação qualificada onde não mais ocorre sujeição entre as partes envolvidas, mas efetiva colaboração.

A questão fulcral diz respeito à legitimação da decisão consensual advinda da aludida colaboração para a prossecução do interesse público, fim almejado pelo exercício da soberania em sua plenitude. A complexidade desta análise requer, *inter alia*, o estudo aprimorado de investigações que abordam a utilização de formas digitais de participação para efetivação do processo de tomada de decisões em plataformas colaborativas. Como exemplo bem-sucedido, alude-se a processos nos quais as características de participação e funções revestem-se de papéis para os *stakeholders* e participantes. A interação entre as partes envolvidas ocorre através de uma pessoa ou grupo de pessoas que gerenciam a plataforma e realizam a moderação em todas as fases, assegurando a constância progressiva do desenvolvimento das ações até a finalização.

A adaptação de processos de tomada de decisões à contratação pública requer estágios que compreendem a definição da agenda, a representação do problema, a busca por alternativas e sua seleção. Todavia, como não há linearidade ou quaisquer barreiras à flexibilização com o surgimento de novas situações e descoberta de novos fatos, torna-se imprescindível atentar às atividades pertencentes às metas da organização por meio de

uma orientação estratégica. Em alusão aos processos decisórios digitais supramencionados, o nível de participação em todas as etapas depende do modo pelo qual os critérios e as responsabilidades são determinados. A definição dos fatores aptos a influenciar a decisão de acordo com o nível de participação pretendido pode se tornar um processo participativo em si, por intermédio de negociação com grupo de *stakeholders*, principalmente cidadãos, conferindo plena legitimidade ao processo.

O incentivo à transparência para uma efetiva participação assume papel fundamental nas Diretivas de 2014. É o meio pelo qual a impessoalidade e a participação são realizadas através do exercício dos controles estatal e social. O aprimoramento do sistema de controles com medidas de fiscalização abertas e em caráter participativo assume caráter fulcral.

Um dos instrumentos aptos para tal fim é o Pacto de Integridade (*Integrity Pact*). Trata-se de um mecanismo que se apresenta como uma forma coordenada de atuação consensual através de um acordo público no qual as partes envolvidas dos setores público e privado agem sob os parâmetros da lei em prol do interesse público. Ressalte-se seu caráter flexível que proporciona engajamento adequado entre autoridades e sociedade civil, setor privado e cidadãos.

O papel da sociedade civil assume destaque quanto à utilização deste mecanismo, caso possua os dois elementos nodais que a definem: a credibilidade e a representatividade. Estes elementos lhe conferem a legitimidade necessária para que exerça papel preponderante na contratação pública quanto à determinação dos propósitos que pode perseguir e em quais fases pode se envolver.

Um outro ponto de relevo nesta contextualização diz respeito às fases da contratação pública. Como há variações nos ordenamentos legais sobre a matéria, o grau de envolvimento da sociedade civil no contrato irá depender da regulação de direito público ou privado em determinada fase, sendo que até a adjudicação normalmente há regulação de direito público, enquanto a fase de execução contratual possui base significativa de direito privado.

O elemento-chave da sociedade civil para o atingimento da participação efetiva através do monitoramento está contemplado no princípio da subsidiariedade. O escalonamento por ele proposto em face da complexidade do atendimento revela a maior expressão da legitimidade da vontade coletiva. Devido ao escalonamento que se inicia com a vontade individual, para em seguida se dirigir à vontade de grupos sociais menores

e maiores até atingir sua plenitude com a vontade da sociedade civil, é possível obter a credibilidade e representatividade adequadas à participação efetiva.

O equilíbrio entre transparência e concorrência nestas esferas se refere ao grau de facilitação da comunicação entre concorrentes no processo adjudicatório devido ao aumento da transparência em oposição às recomendações para que autoridades evitem divulgar informações sensíveis que eventualmente possam ser utilizadas por fornecedores interessados em distorcer a concorrência.

Iniciativas como SIGMA e instrumentos internacionais como *Methodology for Assessing Procuring Systems* – MAPS são fundamentais para fornecer relatórios e avaliações para países e seus respectivos *stakeholders* com vistas ao monitoramento de desempenho do sistema de contratação pública e o êxito das reformas para aperfeiçoá-lo. Nestas perspectivas, há estudos específicos atinentes ao engajamento cívico por se tratar de temática que ainda merece atenção, especialmente de bancos de desenvolvimento multilateral como o Banco Mundial. Observa-se que para que seja factível atingir engajamento cívico ativo em cada fase do processo de contratação pública deve haver uma combinação de fatores como transparência, utilização de audiências públicas e pactos de integridade.

Especialmente quanto ao pacto de integridade, é necessário que haja um compromisso público, assinado inclusive pelos concorrentes no processo de adjudicação. Um mecanismo de monitoramento independente também possui grande relevância. Pode ser controlado pela sociedade civil para monitorar o cumprimento do compromisso público, emitir recomendações para prevenção da corrupção e aumentar a transparência do processo. O acesso à informação e sua divulgação pública são imprescindíveis.

As redes de colaboração, principalmente em sede de inovação, possuem características de adaptabilidade, resiliência e flexibilidade. Estas características não se coadunam com um poder central hierárquico e com procedimentos burocráticos. A autonomia deve permear a organização do poder para a condução ao autogoverno. Ultimamente, é possível observar aumento da distância entre o governo e os participantes da rede e diminuição da direção unilateral exercida pelo governo que conduzem ao aumento da autogovernança das redes.

Esta autogovernança em ambientes de colaboração é capaz de gerar objetos que são modelados e remodelados, estabilizados e reestabilizados nas interações colaborativas. Neste sentido, devem ser estudados como um efeito relacional gerado pela colaboração. Estas premissas se aplicam principalmente em contratação pública para

inovação, na medida em que para formuladores de políticas mobilizarem recursos e experiência neste tipo de contratação, necessitam de um equilíbrio entre estimular a concorrência e colaborar com fornecedores para estimular a aprendizagem por meio da interação.

Em matéria de direito da construção em *common law* surgem lições paradigmáticas a este respeito em relação ao papel determinante dos atores neste cenário e ao processo de tomada de decisão. O êxito de modelos de contratação pública colaborativa depende dos atores que os colocam em prática e da maneira que agem, reagem, comunicam-se e procuram o consenso. Processos de tomada de decisão estão adstritos à noção de fórum para superar divergências do acordo na fase prévia da construção para dirimir questões relacionadas às propostas, custos e planejamentos para que as partes se comprometam quanto à realização da fase de execução adequadamente. Os aspectos analisados pertencem à uma cultura colaborativa na qual processos decisórios conjuntos correlacionam-se com a supervisão da execução contratual através da sociedade civil com a utilização de instrumentos para tal fim.

O papel dos particulares e as relações jurídico-administrativas ocorrem com fulcro no princípio da subsidiariedade horizontal em Itália, consoante previsão constitucional. Além das tradicionais parcerias público-privadas, o Código de Contratos Públicos italiano dispõe acerca da “parceria social”, cujos artigos remetem às intervenções de subsidiariedade horizontal e ao “baratto amministrativo”, uma modalidade que se refere a trocas e compensações entre a Administração Pública e os particulares como incentivo para participação das comunidades para o exercício da cidadania. Isto ocorre através da realização de atividades de interesse geral, especialmente relacionadas aos serviços de zeladoria e valorização do território e dos bens públicos. Nesta contextualização, surgem os pactos de colaboração, como nova forma de governança “neo-contrattualistica”.

Já sob a égide da participação ativa dos cidadãos quanto ao controle difuso da contratação pública, há exemplos de pactos de integridade sendo desenvolvidos em Itália, cuja versão mais avançada possui patrocínio da Transparência Internacional. Estes pactos incluem o poder público, as empresas e um terceiro que possui funções de monitoramento de todas as etapas da negociação. Seu maior desafio concerne às atividades de divulgação, engajamento e participação cívica com o objetivo de tornar informações sobre as fases de execução das obras públicas acessíveis e utilizáveis para a sociedade civil.

A participação social nesta seara também pode ser exercida através dos acordos colaborativos ou alianças. Até 2016, as relações jurídicas entre as partes envolvidas em obras públicas eram reguladas por contratos destacados em uma espécie de corrente, sem a integração oferecida por uma aliança, cuja consequência é a ausência de colaboração que ocasiona aumento de custos e atrasos com eventual possibilidade de litígios. Em 2016 ocorreu a primeira contratação pública colaborativa com licença para tradução e adaptação do *Framework Alliance Contract* (FAC-1), cujo modelo advém do Reino Unido.

Em Portugal, a importância da transparência tem se apresentado como uma característica do direito administrativo na atualidade, devido à grande contribuição dos meios eletrônicos. A contratação pública eletrônica desenvolve-se quase que na totalidade em ambiente aberto, no qual os participantes no certame têm acesso às fases a partir de um determinado momento até a versão final do contrato a ser celebrado. Um aspecto crucial deve ser mencionado: qualquer cidadão tem acesso a este ambiente aberto.

Tal possibilidade reforça a transparência e a relevância do direito de acesso como prevenção da corrupção em Portugal em consonância com as recomendações contidas no Relatório Anticorrupção da União Europeia¹⁰³². Isto ocorre principalmente devido às disposições sobre publicidade das modificações no Código de Contratos Públicos português que possibilita acesso a qualquer cidadão, nos moldes do acesso aberto às fases do procedimento de adjudicação, supramencionado.

A previsão de acordos endoprocedimentais no Código do Procedimento Administrativo (CPA) sob a égide do princípio da adequação procedimental dá margem à discricionariedade e consequente flexibilização na estruturação do próprio procedimento, embasadas pelo princípio da legalidade. Trata-se de um exemplo notório da possibilidade de flexibilização apto a trazer vantagens para o sistema administrativo. Analogicamente, o procedimento é finalizado como um contrato.

A participação social é incentivada através da facilitação ao acesso à informação no Brasil com fulcro na Lei n.º 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação – LAI) que estabelece o dever de divulgar permanentemente. Para que tal mister ocorra de modo adequado na contratação pública, o desenvolvimento tecnológico possui papel fundamental quanto à estruturação de modelos de gerenciamento aplicáveis de modo

¹⁰³² Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, Anexo Portugal do relatório anticorrupção da União Europeia, Bruxelas, 3.2.2014 COM (2014) 38 final.

sistematizado nos processos de gestão participativa para que a tomada de decisões pelos cidadãos possa ser realizada.

Os instrumentos aptos à viabilização do acesso público são o Portal de Compras Governamentais (COMPRASNET) e o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP)¹⁰³³. Quanto a este último, há disposição legal sobre o sistema de gestão compartilhada com a sociedade de informações referentes à execução do contrato. Estes instrumentos vão ao encontro das recomendações do “The Construction Sector Transparency (CoST) Initiative”, iniciativa global com o objetivo de incentivar a publicação abrangente e detalhada de contratos na área da construção e de sua implementação.

Nesta seara, o conceito de “social accountability (SAcc)” apresenta-se como um paradigma para uma melhor adequação das estratégias que possuem o condão de aperfeiçoar o desempenho institucional dos atores envolvidos na contratação pública. Mecanismos tecnológicos diretos de feedback de cidadãos devem priorizar a qualidade em relação à quantidade. Portanto, forças relacionadas à *pro-accountability*, nas quais atores em um domínio sejam capazes de influenciar os outros, gerando desta maneira um círculo virtuoso, devem ser apoiadas pelo poder público. Cabe salientar que “social accountability” corresponde à “ex post accountability”, enquanto “participatory accountability” dirige-se ao aumento da “ex ante accountability”, cujo principal exemplo é o orçamento participativo iniciado no estado brasileiro do Rio Grande do Sul.

Ao longo do desenvolvimento do presente estudo, houve referência à utilização da tecnologia como meio para que sejam atingidos fins de interesse público por atores pertencentes aos setores público e privado reiteradamente. Com a contínua evolução tecnológica e sob a perspectiva de que, através de práticas utilizadas e testadas para que seja possível inovar para buscar soluções que se adequem às complexidades dos obstáculos enfrentados, cabe aos ordenamentos jurídicos de cada país o papel de adaptá-las aos seus sistemas, usos e costumes a eles inerentes.

A capacidade de maior digitalização para o aperfeiçoamento da prestação de serviços públicos e facilitação da análise de dados assumem grande destaque neste contexto. A partir de 2010, com a formulação da estratégia Europa 2020, a União Europeia lançou o embasamento para as Diretivas de 2014 sobre contratação pública, cujo

¹⁰³³ Em recente atualização, o Portal COMPRASNET passou a ser denominado Compras.gov.br. Ver GOVERNO FEDERAL, *Portal de compras do governo federal*, Brasília, 2021, disponível em Compras — Português (Brasil) (www.gov.br).

paradigma principal se refere à reforma regulatória para direcionar a transição da contratação analógica para a digital através da viabilização do “eProcurement”, com a introdução do *European Single Procurement Document* (ESPD) e do *eCertis*.

Apesar de ser necessário admitir que há um longo percurso a ser percorrido, há projetos em andamento para modernização do sistema “Tenders Electronic Daily (TED)” com novas regras sobre formulários eletrônicos de contratação (“eForms”). Especial atenção deve ser direcionada à qualidade dos dados a serem obtidos com esta modernização. A questão acerca dos diferentes níveis de acessibilidade e publicidade de dados atinentes à contratação pública deve ser abordada em consonância com o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (“General Data Protection Regulation – GDPR”).

As aplicações de inteligência artificial no setor público estão sendo desenvolvidas em estágio preliminar. O cenário é promissor pois, desde que sua alavancagem possa ser realizada com a abertura de dados, há possibilidade de aumento de produtividade e otimização de serviços por meio da automação de processos, com consequente racionalização da tomada de decisões e simplificação de tarefas complexas¹⁰³⁴.

Blockchain, smart contracts e Building Information Modelling (BIM) também se apresentam como instrumentos tecnológicos com grandes possibilidades de aplicação. *Blockchain* retrata uma diversificação de tecnologias de utilização geral para troca de informações e negociação de ativos digitais através de redes de distribuição. A combinação de seus três elementos principais (descentralização, consenso “proof-of-work” e imutabilidade prática) fornece uma solução única para qualquer transação digital com vistas à eliminação de intermediários para sua legitimação. Sua utilização no setor público resulta na capacidade de rastreamento de modificações, proporcionando maior transparência. Ademais, configura-se como um instrumento para redução ou supressão

¹⁰³⁴ Ver, a este respeito, Giovanni SARTOR, Antonino ROTOLO, *AI and law*, in Sascha OSSOWSKI (editor), *Agreement technologies, Law, Governance and Technology Series n.º 8*, Springer, 2013, pág. 199. Os Autores admitem que há inúmeras diferenças entre a inteligência artificial e o direito, no entanto, descrevem os seguintes pontos de convergência: “both disciplines need to approach the complexities of the human mind and human action, both need to use and organise large quantities of information, both want to engage in flexible problem-solving activities in complex domains”. Ver também Beverly RICH, *How AI is changing contracts*, in Harvard Business Review, February 2018, disponível em *How AI Is Changing Contracts* (hbr.org); Giorgia CAVALCANTI, *Algoritmi e decisione amministrativa: la metamorfosi del procedimento nell’era della digitalizzazione 4.0*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Istituto di Ricerche sulla Pubblica Amministrazione - IRPA, 2019, disponível em *Algoritmi e decisione amministrativa: la metamorfosi del procedimento nell’era della digitalizzazione 4.0 - IRPA*.

de corrupção, redução da burocracia e aumento na precisão das informações sobre participação descentralizada em sistemas de contratação pública em várias esferas.

Algumas características desta nova tecnologia são pertinentes quanto ao seu grau de adaptabilidade para a contratação pública. As tecnologias similares às *blockchains* são denominadas genericamente *distributed ledger technologies (DLTs)*. Esta terminologia é empregada para outra distinção relevante: “permissioned” e “unpermissioned” DLTs. Em uma DLT não permissionada (“unpermissioned”), qualquer pessoa pode baixar a transação registrada. Diferentemente, nas DLTs permissionadas (“permissioned”) os computadores (*nodes*) participantes são todos predeterminados. Para que seja possível mitigar possíveis desvantagens quanto à aplicação de cada um dos tipos mencionados, há sugestões sobre a implementação de um “permissioned-consensus blockchain system” (“public, permissioned blockchain”), ou seja, um sistema híbrido.

Um *smart contract* ou contrato inteligente é um programa de computador executado na *blockchain*. Seu código de programação é fixo e não pode ser atualizado após sua inclusão na *blockchain*. Pode ser desenvolvido e implementado em diferentes plataformas, sendo *Ethereum* a mais utilizada na atualidade. Trata-se de uma *blockchain* não permissionada e também se configura como um tipo de criptomoeda.

Investigações específicas sobre a possibilidade de transformação de contratos públicos, integral ou parcialmente, em *smart contracts* salientam algumas vantagens principalmente quanto à maior transparência nas transações. A suposição quanto à possibilidade de violação ao direito à privacidade é dirimida tendo em vista a funcionalidade através da qual em *blockchains* os dados podem ser compartilhados amplamente, de forma integrada e, quando necessário, anonimamente. Uma outra funcionalidade bastante pertinente quanto à execução da contratação pública se refere ao gerenciamento contratual do desempenho de prestadores de serviços públicos.

A problematização atinente aos obstáculos quanto à escrita correta de *smart contracts* pode ser solucionada com a identificação de quais variáveis são cláusulas operacionais computáveis em relação à execução do contrato. Estas devem ser, em consequência, automatizadas (*e.g.* preço, data da execução, período de validade). Outras variáveis como finalidade, lei aplicável e jurisdição são claramente não operacionais. Estas variáveis podem ser traduzidas e automatizadas em um *smart contract* através de, *inter alia*, um contrato denominado “Ricardian Contract”, um documento legal com linguagem jurídica capaz de representar os principais parâmetros apropriadamente automatizados.

Building Information Modelling (BIM) ou Modelagem da Informação da Construção é reconhecida como uma colaboração na criação de valor ao longo de todo o ciclo de vida de um projeto, sustentada pela criação, comparação e troca de modelos 3D compartilhados e dados estruturados e inteligentes a eles anexados. A questão do equilíbrio entre pessoas, processos e tecnologia é crucial neste contexto. Esta metodologia pode ser incluída como critério de pré-qualificação em procedimentos de adjudicação.

Um outro modelo contratual para projetos de construção denomina-se *Integrated Project Delivery* (IPD). Trata-se de uma abordagem de realização de projetos que integra pessoas, sistemas, estruturas de negócios e práticas em um processo que aproveita de forma colaborativa os talentos e percepções de todos os participantes para otimizar os resultados do projeto, aumentar o valor para o proprietário (ou setor público), reduzir o desperdício e maximizar a eficiência em todas as fases do design, fabricação e construção. Para projetos com altos níveis de integração, faz-se necessário utilizar BIM como uma tecnologia adequada para projetos de IPD.

A evolução do direito digital em Itália tem sido impulsionada através de um programa de reforma da política digital dirigido fundamentalmente ao aperfeiçoamento das formas de digitalização e utilização da esfera das plataformas. Há previsão legal de *smart contracts* no ordenamento jurídico, cujos requisitos ainda não foram definidos. Os estudos relacionados à temática na literatura italiana estão mais concentrados em sua implementação em direito privado. Majoritariamente, sustentam que os problemas referentes aos contratos que são resultado de automação devem ser dirimidos por meio da jurisprudência. Já em sede de direito público, há posições favoráveis quanto à sua implementação com vistas à conservação das informações e redução da possibilidade de modificação da execução do contrato em vantagem própria.

Quanto à implementação de BIM no direito da construção italiano como parte integrante de acordos de aliança como *Framework Alliance Contract* (FAC-1), é possível afirmar que um instrumento utilizado em acordos de aliança provenientes do direito da construção do Reino Unido foi traduzido e adaptado de maneira bem-sucedida. Portanto, a utilização de instrumentos provenientes de sistemas de *common law* demonstra ser possível simplificar e, conseqüentemente, flexibilizar a contratação pública em sistemas de *civil law*. Isto ocorre por intermédio de um sistema que regula as relações legais atinentes à implementação de um ou mais projetos através da intersecção de vários contratos com o propósito de incentivar a colaboração.

Recentemente, a Agência para a Modernização Administrativa (AMA) em Portugal lançou um Guia Metodológico para (re)desenho e avaliação de serviços públicos, cujo enquadramento está a cargo do LabX (Centro para a Inovação no Setor Público), criado em 2017. Seus objetivos principais estão direcionados à simplificação administrativa através da “redução da despesa pública, [...] eficiência da gestão e da prestação de serviços”¹⁰³⁵. Os esforços direcionados à transformação digital compreendem “suportes como a plataforma de interoperabilidade, os modelos de autenticação digital, o *Single Digital Gateway*”, assim como o “Mosaico – Modelo Comum de Desenhos e Desenvolvimento de Serviços Públicos Digitais”¹⁰³⁶. Ademais, com a assinatura da Declaração estabelecendo a “European Blockchain Partnership (EBP)” em 2018, Portugal e Itália se comprometeram quanto à implementação conjunta de soluções avançadas para serviços públicos através do desenvolvimento de uma infraestrutura para *blockchain* europeia.

Quanto à análise sobre a implementação de *smart contracts* no direito privado em Portugal, a literatura alude à possibilidade de transcrição das cláusulas contratuais por um programador com vistas à contratação híbrida onde cláusulas complexas seriam redigidas convencionalmente e as demais seriam codificadas. Especificamente quanto à contratação pública, terceiros como tribunais administrativos ou cortes jurisdicionais (onde não houver contencioso administrativo) exerceriam a função de oráculos, ou seja, mecanismos para dados externos de várias fontes para que seja possível se conectar com o sistema baseado em *blockchain*.

A implementação de BIM em Portugal recebeu contribuições significativas do grupo de trabalho BIM (GTBIM) da Plataforma Portuguesa Tecnológica da Construção (PTPC) e do BIMfórum. Todavia, ainda não há disposição específica sobre esta metodologia no Código dos Contratos Públicos em vigor. O artigo 62.º dispõe acerca da utilização de meios eletrônicos na formação dos contratos de empreitada de obras públicas de modo genérico.

¹⁰³⁵ AGÊNCIA PARA A MODERNIZAÇÃO ADMINISTRATIVA (AMA), *Guia metodológico para (re)desenho e avaliação de serviços públicos*, Lisboa, 2017, disponível em Guia Metodológico para (re)desenho e avaliação de serviços públicos (bussola.gov.pt), pág. 4.

¹⁰³⁶ *Ibidem*, pág. 9. Com o objetivo de simplificar a interação das empresas e cidadãos com os serviços públicos, o Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção (IMPIC) disponibilizou o Portal Nacional de Fornecedores do Estado em novembro de 2021. Ver, a este respeito, PORTAL BASE, *IMPIC lança Portal Nacional de Fornecedores do Estado*, Lisboa, 2021, disponível em IMPIC lança Portal Nacional de Fornecedores do Estado (base.gov.pt). Sobre estudos para analisar o mercado da contratação pública de inovação em Portugal, ver Cristina SOUSA *et al.*, *Mercado da contratação pública da inovação em Portugal*, Laboratório Nacional de Energia e Geologia, Lisboa, 2021, disponível em Microsoft Word - Mercado CPI - Relatório Final_Versão Final.docx (ani.pt).

A Estratégia de Governo Digital (EGD) instituída por Decreto em abril de 2020 no Brasil tem como principal objetivo realizar a identidade de um Governo Digital por intermédio de ferramentas que se dirigem à formação de profissionais, facilitação de acesso, padronização da oferta de serviços e estímulo à interação com a sociedade. A almejada transformação digital foi reconhecida recentemente pelo Banco Mundial, que alçou o Brasil à posição de sétimo líder em Governo Digital no mundo entre cento e noventa e oito países avaliados¹⁰³⁷. Com a promulgação da Lei n.º 14.129, de 29 de março de 2021 que dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública, obteve-se o marco legal para a concretização dos objetivos da transformação digital.

A implementação de *smart contracts* no direito privado brasileiro foi objeto de investigação na literatura com a sugestão de mecanismo denominado “*Judge as a Service (JaaS)*”, uma espécie de árbitro com poderes técnicos para alterar ou reverter transações realizadas através de *smart contracts* na *blockchain*. Já em relação à sua implementação na contratação pública, apesar de haver admissão de forma eletrônica na celebração de contratos e termos aditivos, atendidas as exigências previstas em regulamento na nova Lei n.º 14.133/2021, ainda há um longo caminho a ser percorrido devido ao anacronismo da gestão contratual pública no Brasil. Há inúmeros marcos legais que dispõem acerca de BIM. Culminaram com a instituição da Estratégia Nacional de Disseminação do BIM (Estratégia BIM BR) em 2019. Consoante suas determinações, a implementação desta metodologia ocorrerá de forma gradual, em etapas cujo início ocorreu em janeiro de 2021 e se estendem até 2028.

Diante de todo o exposto, conclui-se que a cultura colaborativa permeia as relações jurídico-administrativas de maneira preponderante em sistemas de *common law*, em cotejo com aqueles pertencentes aos sistemas de *civil law*. Para que seja elevada à categoria de critério apto a flexibilizar a contratação pública com o objetivo de simplificá-la, torna-se necessário atentar aos exemplos bem-sucedidos nos quais isto foi possível, como no caso da tradução e adaptação de acordos de aliança como *Framework Alliance Contract* (FAC-1), provenientes do direito do Reino Unido, para o direito italiano.

¹⁰³⁷ GOVERNO DO BRASIL, *Brasil é reconhecido pelo Banco Mundial como o 7.º líder em Governo Digital no mundo entre 198 países avaliados*, Brasília, setembro de 2021, disponível em Brasil é reconhecido pelo Banco Mundial como o 7º líder em Governo Digital no mundo entre 198 países avaliados — Português (Brasil) (www.gov.br). Ver, a este respeito, WORLD BANK, *GovTech maturity index: the state of digital transformation in the public sector*, Washington D.C., September 2021, disponível em GovTech Maturity Index: The State of Digital Transformation in the Public Sector (worldbank.org).

Ordenamentos jurídicos que possuem este grau de permeabilidade têm melhores condições de enfrentar a complexidade dos desafios dos tempos atuais. Quanto a uma análise mais aprofundada do direito contratual, observa-se que especialmente em referência à autonomia privada, jurisdições pertencentes à *common law* possuem ampla autonomia, enquanto aquelas pertencentes à *civil law* são bastante limitadas¹⁰³⁸.

Para que obstáculos atinentes a estas adaptações sejam transpostos, sugere-se introduzir instrumentos tecnológicos que viabilizem o aumento do grau de colaboração entre os atores envolvidos na contratação pública. Um exemplo diz respeito à capacitação de operadores do direito como designers contratuais com a utilização de plataformas “low-code” ou “no-code”, supramencionadas¹⁰³⁹. Ademais, estas plataformas podem ser amplamente utilizadas em acordos e contratos administrativos endoprocedimentais do direito administrativo português, assinados antes ou durante um procedimento administrativo, o que traria, da mesma forma, um alto grau de flexibilização com consequente simplificação para a Administração Pública.

Cabe destacar que o anacronismo do sistema administrativo brasileiro ocorre em larga escala pela ausência do contencioso administrativo, sendo que ordenamentos como o português e o italiano que o possuem dispõem de diplomas legais que oferecem segurança jurídica jamais haurida no ordenamento jurídico do Brasil. Estes diplomas legais são, *inter alia*, códigos de procedimento administrativo e códigos de contratos públicos. Um outro obstáculo a ser superado refere-se à hiper-regulação. Sistemas de *common law* apresentam grandes resultados neste aspecto na medida em que existe, consoante lições de Sue Arrowsmith, John Linarelli e Don Wallace Jr., “a further relationship between the general procurement environment and regulation, in that the more professional that environment, the less is the need for formal regulation in the first place”¹⁰⁴⁰. Neste sentido, a capacitação de agentes públicos torna-se imprescindível para responder às urgentes demandas com eficiência que seja capaz de minorar a necessidade de regular e aumentar a capacidade de desburocratizar.

¹⁰³⁸ Ver, a este respeito, quadro comparativo sobre diferenças entre sistemas de *common law* e *civil law* em James MOHUN, Alex ROBERTS, *Cracking the code: rulemaking for humans and machines*, OECD Working Paper on Public Governance, n.º 42, OECD Publishing 2020, disponível em [Cracking the code : Rulemaking for humans and machines | OECD Working Papers on Public Governance | OECD iLibrary](#) (oecd-ilibrary.org), pág. 28.

¹⁰³⁹ Ver também Jonathan REILLY, *How no-code platforms can bring AI to small and midsize businesses*, in Harvard Business Review, November 2021, disponível em [How No-Code Platforms Can Bring AI to Small and Midsize Businesses](#) (hbr.org).

¹⁰⁴⁰ Cfr. Sue ARROWSMITH, John LINARELLI, Don WALLACE JR. (eds.), *Regulating public procurement. National and international perspectives*, Kluwer Law International, The Hague, 2000, pág. 20.

A concertação de resultados perseguidos ao longo da presente investigação possui forte expressão em direito relacional, que também se apresenta como um conceito concebido em sistemas de *common law*. No entanto, como detalhadamente descrito ao se proceder à análise atinente à importação do *Relational Project Delivery Agreement* (RPDA) para a legislação italiana, provou-se ser possível adaptar tais mecanismos para *civil law*.

Através de uma abordagem mais alargada, que contemple as características relacionais e não autoritárias, “bottom-up” em detrimento de “top-down” e coletiva em oposição à individualista, delineia-se uma concepção adaptada aos direitos subjetivos públicos, inclusive na aceção relativa aos interesses legítimos, na qual o direito possa se embasar mais na colaboração e no diálogo do que em procedimentos formais ou aplicação de sanções.

A contratação pública sustentável está amplamente relacionada à influência social dos cidadãos e da sociedade civil. Os instrumentos de participação social analisados ao longo da investigação demonstraram ser possível incluir políticas públicas horizontais através de consultas e audiências públicas nas quais haja real engajamento cívico. Os mecanismos adequados para que os resultados planejados sejam atingidos envolvem o avanço tecnológico apto a propiciar processos de tomada de decisões baseados em análises de dados direcionadas ao ambiente tecnológico mais adequado ao engajamento cívico de cada comunidade em particular.

A colaboração instrumentalizada por pactos como acordos e contratos assume nova dimensão com os mecanismos oferecidos pela tecnologia, especialmente em face dos avanços a serem concretizados quanto à utilização de *blockchain*, *smart contracts*, *Building Information Modelling* e inteligência artificial na contratação pública. Fundamentalmente, a possibilidade de participação dos cidadãos nas esferas dos poderes legislativo, administrativo e judiciário dos seus países revela quão cruciais são a responsabilidade e a capacidade de resposta para que haja efetiva colaboração nos processos decisórios para que possibilitem flexibilização e simplificação, pois, conforme ensina Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “[o] preço da inércia política e da abulia participativa é entregar os governos e as decisões aos demagogos, aos aproveitadores e aos aventureiros”¹⁰⁴¹.

¹⁰⁴¹ Cfr. Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, *Mutações do direito administrativo*, 2.^a ed. atual. e ampl., Rio de Janeiro, Renovar, 2001, pág. 197.

Bibliografia

ABERS, Rebecca, *From clientelism to cooperation: local government, participatory policy, and civic organizing in Porto Alegre, Brazil*, in *Politics & Society*, vol. 26, n.º 4, págs. 511-537, 1998.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *A corrupção privada, bom governo, transparência e responsabilidade social das empresas (nótulas interrogativas)*, in *Colecção Estudos Instituto do Conhecimento AB. Estudos Comemorativos dos 20 Anos da Abreu Advogados*, Coimbra, Almedina, págs. 389-393, 2015.

ACCOUNTABILITY, *Setting the standard for sustainability*, London, 2021, disponível em AccountAbility.

ACKERMAN, Bruce, *The new separation of powers*, in *Harvard Law Review*, vol. 113, n.º 3, págs. 633-725, January 2000.

ACQUIER, Aurélien, GOND, Jean-Pascal, PASQUERO, Jean, *Rediscovering Howard R. Bowen's legacy: the unachieved agenda and continuing relevance of social responsibilities of the businessman*, in *Business & Society*, vol. 50, n. 4, págs. 607-646, 2011.

ACTIONAID, *Chi siamo*, Milão, 2021, disponível em Informazioni su ActionAid International Italia Onlus.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, *Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF*, Cartilha, 3.ª ed., 2012.

AGÊNCIA BRASIL, *Governo federal digitalizou 71% dos serviços até setembro de 2021*, Brasília, setembro de 2021, disponível em [Governo federal digitalizou 71% dos serviços até setembro de 2021](https://governo.federal.digitalizou.71%.dos.servicos.at%C3%A9.setembro.de.2021) | Agência Brasil (ebc.com.br).

AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL (ABDI), *Decreto estabelece utilização do BIM em obras públicas*, abril 2020, disponível em [ABDI - Decreto estabelece utilização do BIM em obras públicas](https://www.abdi.gov.br/).

AGÊNCIA PARA A MODERNIZAÇÃO ADMINISTRATIVA (AMA), *Guia metodológico para (re)desenho e avaliação de serviços públicos*, Lisboa, 2017, disponível em [Guia Metodológico para \(re\)desenho e avaliação de serviços públicos](https://bussola.gov.pt/) (bussola.gov.pt).

AGENZIA PER L'ITALIA DIGITALE, *E-procurement*, 2021, disponível em [E-Procurement](https://www.agid.gov.it/) | [Agenzia per l'Italia digitale](https://www.agid.gov.it/) (agid.gov.it).

ALBAREDA, Laura, *Corporate responsibility, governance and accountability: from self-regulation to co-regulation*, in *Corporate Governance*, vol. 8., n.º 4, págs. 430-439, 2008.

ALHARBY, Maher, ALDWEESH, Amjad, MOORSEL, Aad van, *Blockchain-based smart contracts: a systematic mapping study of academic research (2018)*, Cloud Computing, Big Data and Blockchain (ICCB 2018) International Conference, IEEE, págs. 1-6, 2018, disponível em IEEE Xplore Full-Text PDF:.

ALHARBY, Maher, MOORSEL, Aad van, *Blockchain-based smart contracts: a systematic mapping study*, in Computer Science & Information Technology, págs. 125-140, 2017.

ALL OUR IDEAS, *Bringing survey research into the digital age*, Princeton, 2021, disponível em All Our Ideas - Bringing survey research into the digital age.

ALLIANCE CONTRACTS, FAC-1, 2021, disponível em About FAC-1 – Alliance Forms.

ALTI, Tiziana, *Il lungo cammino della trasparenza amministrativa in Italia*, in PREVITALI, Pietro, PROCACCINI, Raffaella, ZATTI, Andrea, *Trasparenza e anticorruzione tra enforcement e risk management*, Pavia, Pavia University Press, págs. 21-30, 2017.

ALVES, Roberto Cavalleiro de Macedo, PEREIRA, Alice Theresinha Cybis, *BIM3C Um modelo para projeto colaborativo em bim*, in PIXO – Revista de Arquitetura, Cidade e Contemporaneidade, vol. 5, n.º 18, págs. 196-215, inverno de 2021.

AMAPOLA, *Agenzia per la sicurezza e la vivibilità urbana*, Torino, 2021, disponível em Home (amapolaprogetti.org).

AMARAL, Diogo Freitas do, *Direito Administrativo*, 2.ª ed., vol. III, lições policopiadas, Lisboa, 1989.

ANDERSON *et al.*, David R., *An introduction to management science: quantitative approaches to decision making*, London, Cengage Learning, 2009.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Algumas alterações recentes ao Código do Procedimento Administrativo português*, in ANDRADE, José Carlos Vieira de, SILVA, Suzana Tavares da, *As reformas do sector público: perspectiva ibérica no contexto pós-crise*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, págs. 99-107, julho de 2017.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições de direito administrativo*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 5.ª ed., 2017.

ANDRADE, Valdelis Fernandes de, BIZZO, Waldir Antonio, *Corporate social responsibility in Brazil according to SA 8000: case studies and the correlation with supply chain*, in Journal of Cleaner Production, n.º 210, págs. 1022-1032, 2019.

ANDRÉ, Isabel, ABREU, Alexandre, *Dimensões e espaços da inovação social*, in Finisterra, vol. XLI, n.º 81, págs. 121-141, 2006.

ANTUNES, João Manuel Pimentel, *Interoperacionalidade em sistemas de informação*, 120 f., tese, Mestrado em Engenharia Civil, Universidade do Minho, Escola de Engenharia, Minho, 2013.

ARAÚJO, Luiz Alberto David, NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano, *Curso de direito constitucional*, 6.^a ed., rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 2002.

ARENA, Gregorio, *L'implementazione della semplificazione amministrativa*, in SANDULLI, Maria Alessandra (ed.), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Giuffrè Editore, Milano, 2005.

ARGANDOÑA, Antonio, HOIVIK, Heidi von Weltzien, *Corporate social responsibility: one size does not fit all. Collecting evidence from Europe*, in *Journal of Business Ethics*, n. 89, págs. 221-234, 2009.

ARROWSMITH, Sue, *Horizontal policies in public procurement: a taxonomy*, in *Journal of Public Procurement*, vol. 10, n.º 2, págs. 149-186, Summer 2010.

ARROWSMITH, Sue, LINARELLI, John, WALLACE JR., Don (eds.), *Regulating public procurement. National and international perspectives*, Kluwer Law International, The Hague, 2000.

ARROWSMITH, Sue, *Towards a multilateral agreement on transparency in government procurement*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, n.º 4, págs. 793-816, October 1998.

ARTIFICIAL LAWYER, *Bryter is open: apply for free access*, June 2020, disponível em BRYTER is Open: Apply For Free Access – Artificial Lawyer.

ASIF *et al.*, Muhammad, *An integrated management systems approach to corporate social responsibility*, in *Journal of Cleaner Production*, n.º 56, págs. 7-14, 2013.

ASSEMBLEIA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O AMBIENTE, *Resolução adotada pela Assembleia das Nações Unidas para o Ambiente*, 15 março 2019, disponível em NATIONS UNIES (unep.org).

ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE ÉTICA EMPRESARIAL (APEE), *Propósito*, Lisboa, 2021, disponível em Propósito · APEE.

AUBY, Jean-Bernard, *The transformation of the Administrative State and Administrative Law*, in BOGDANDY, Armin von, HUBER, Peter M., CASSESE, Sabino (eds.), *The Administrative State*, vol. 1, Oxford University Press, Oxford, 2017.

AVELINO, Daniel Pitangueira de, POMPEU, João Cláudio, FONSECA, Igor Ferraz da, *Democracia digital: mapeamento de experiências em dados abertos, governo digital e ouvidorias públicas*, Texto para discussão n.º 2624, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Brasília, 2021, disponível em td-2624.pdf (econstor.eu).

AYRES, Ian, BRAITHWAITE, John, *Responsive regulation. Transcending the deregulation debate*, New York, Oxford University Press, 1992.

BALDARELLI, Maria-Gabriella, *New prospectives in inter-company relations, social responsibility (CSR) and social, ethical and environmental accounting in Italy by way of the government CSR-SC project: theory and praxis*, in *Economia Aziendale 2000 Web, International Business Review*, n.º 1, Special Issue, págs. 1-26, March 2007.

BALLUCHI, Federica, FURLOTTI, Katia, TORELLI, Ricardo, *Italy towards mandatory sustainability reporting. Has the virtuous behavior of companies inspired the legislator? A quantitative analysis of the last 10 years*, in *Sustainability and Law*, págs. 1-18, 2020, disponível em *Italy Towards Mandatory Sustainability Reporting. Voluntary Corporate Social Responsibility Disclosure of Italian Companies and Legislative Decree 254/2016 Statements. A Quantitative Analysis of the Last 10 Years* by Federica Balluchi, Katia Furlotti, Riccardo Torelli :: SSRN.

BANERJEE *et al.*, Abhijit V., *Pitfalls of participatory programs: evidence from a randomized evaluation in education in India*, in *American Economic Journal: Economic Policy*, vol. 2, n.º 1, págs. 1-30, February 2010.

BARROSO, Luiz Roberto, *A efetividade das normas constitucionais revisitada*, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 197, págs. 30-60, jul. 1994.

BARTLE, Ian, VASS, Peter, *Self-regulation within the regulatory state: towards a new regulatory paradigm?*, in *Public Administration*, vol. 85, n.º 4, págs. 885-905, 2007.

BCSD PORTUGAL, *Empresas pela sustentabilidade*, Lisboa, 2021, disponível em Início - BCSD Portugal.

BECK, Roman, MÜLLER-BLOCH, Christoph, KING, John Leslie, *Governance in the blockchain economy: a framework and a research agenda*, in *Journal of the Association for the Information System*, vol. 19, n.º 10, págs. 1020-1034, 2018.

BEECHER, Janice A., *The prudent regulatory: politics, independence, ethics, and the public interest*, in *Energy Law Journal*, vol. 29, n.º 2, págs. 577-614, 2008.

BELLOMIA, Valentina, *Il contratto intelligente: questioni di diritto civile*, *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, 2020, disponível em Microsoft Word - *judicium template.docx*.

BENTO, Wesley, *A polêmica sobre o Portal Nacional de Contratações Públicas*, in *Consultor Jurídico - ConJur*, São Paulo, julho de 2021, disponível em *ConJur - Bento: A polêmica sobre o Portal Nacional de Contratações Públicas*.

BESSONE, Darcy, *Do contrato: teoria geral*, 4.^a ed., São Paulo, Saraiva, 1997.

BEST, Edward, *Alternative regulations or complementary methods? Evolving options in European governance*, in *Eipascop*, vol. 1, n. 3, págs. 2-11, 2003.

BEVILACQUA, M., CIARAPICA, F. E., DE SANCTIS, I., *How to successfully implement OHSAS 18001: the Italian case*, in *Journal of Loss Prevention in the Process Industries*, vol. 44, págs. 31-43, 2016.

BEZERRA, Rodrigo José Rodrigues, *A funcionalização da autonomia contratual e seu reflexo na formação do direito subjetivo*, in Revista da ESMAL, n.º 6, págs. 105-120, novembro 2017.

BIJSTERVELD, Sophie van, *A crucial link shaping the new social contract between the citizen and the EU*, in STOLK et al., P. J. ed., Transparency in Europe II, The Hague, Ministry of the Interior and Kingdom Relations, págs. 17-33, 2005.

BILHIM, João Abreu de Faria, *Nova governação pública e meritocracia*, in Sociologia, problemas e práticas, n.º 84, págs. 9-25, 2017.

BINENBOJM, Gustavo, *Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil*, in Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 240, págs. 147-198, abr./jun. 2005.

BITENCOURT NETO, Eurico, *Transformações do Estado e Administração Pública no século XXI*, in Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 4, n.º 1, págs. 207-225, jan./abr. 2017.

BITENCOURT, Caroline Müller, RECK, Janriê Rodrigues, *Controle da transparência na contratação pública no Brasil – o acesso à informação como forma de viabilizar o controle social da administração pública*, in Revista do Direito, vol. 2, n.º 49, págs. 96-115, mai./ago. 2016.

BLACK, Julia, BALDWIN, Robert, *Really responsive risk-based regulation*, in Law and Policy, vol. 32, n.º 2, págs. 181-213, 2010.

BLACK, Julia, *Constitutionalising self-regulation*, in Modern Law Review, vol. 59, n.º 1, págs. 24-55, January 1996.

_____. *Decentring regulation: understanding the role of regulation and self-regulation in a post-regulatory world*, in Current Legal Problems, vol. 54, n.º 1, págs. 103-146, 2001.

BLANCHET, Luiz Alberto, BUBNIAK, Priscila Lais Ton, *Análise de Impacto Regulatório: uma ferramenta e um procedimento para a melhoria da regulação*, in Pensar – Revista de Ciências Jurídicas, vol. 22, n.º 3, Fortaleza, págs. 1-15, set./dez. 2017.

BLAY, Miguel Ángel Bernal, *Blockchain, Administración y contratación pública*, Observatorio de Contratación Pública, 2018, disponível em Blockchain, Administración y contratación pública | Observatorio de Contratación Pública (obcp.es).

_____. *El desarrollo autonómico de la normativa sobre contratos públicos*, in Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, XVIII, págs. 91-138, 2018.

BOBOCEL, D. Ramona, GOSSE, Leanne, *Procedural justice: a historical review and critical analysis*, in The Oxford Handbook of Justice in the Workplace, págs. 1-66, August 2015.

BOEGER, Nina, *Public procurement and business for value: looking for alignment in law and practice*, in SÁNCHEZ-GRAELLS, Albert (ed.), *Smart public procurement and labour standards*, Hart Publishing, Oxford, págs. 115-137, 2018.

BOUNDS, Gregory, *Challenges to designing regulatory policy frameworks to manage risks*, in *Risk and Regulatory Policy*, Organisation for Economic Co-operation and Development, Paris, págs. 15-44, 2010.

BRAGA, Cintia Freire Garcia Vieira, BRAGA, Lamartine Vieira, *Aplicação de tecnologias de informação e comunicação na contratação pública: a experiência portuguesa*, in *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 1, n.º 3, número especial, Brasília, págs. 123-144, dez. 2011.

BRAGA, Marcus Vinicius de Azevedo, CALDEIRA, Daniel Matos, SABENÇA, Sandro Zachariades, *Innovation in accountability in the fight against Covid-19 in Brazil: an empirical analysis of internal control*, in *Revista da CGU*, vol. 12, n.º 22, págs. 317-329, jul.-dez. 2020.

BRAITHWAITE, John, DRAHOS, Peter, *Global business regulation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

BRAITHWAITE, John, *Restorative justice and responsive regulation: the question of evidence*, in *RegNet Research Papers*, n.º 51, págs. 1-30, 2016.

BRANCO, Manuel Castelo, RODRIGUES, Lúcia Lima, *Positioning stakeholder theory within the debate on corporate social responsibility*, in *Electronic Journal of Business Ethics and Organisation Studies*, vol. 12, n.º 1, págs. 5-15, 2007.

BRAVO, Bárbara, MELLO, Isabela de, BRANCO, Carlos, *Administrative democratization: the participation of citizens in the Portuguese administrative system*, in MENDEZ-PINEDO *et al.*, M. Elvira (Editors), *Practical aspects regarding the role of administrative law in the modernization of public administration*, Bucharest, ADJURIS – International Academic Publisher, págs. 150-166, 2019.

BRYTER, *Contract Risk Assessor. Create a review standard and identify contract risks*, 2021, disponível em [Contract Risk Assessor | BRYTER | Book a demo](#).

_____. *The General Counsel's guide to no-code*, 2021, disponível em [No-Code-for-General-Counsel.pdf \(bryter.com\)](#).

_____. *The no-code service automation platform*, 2021, disponível em [No-code automation platform for enterprise teams | BRYTER](#).

BUBBLE, *The best way to build web apps without code*, 2021, disponível em [The best way to build web apps without code | Bubble](#).

BUCCI, Maria Paula Dallari, *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, São Paulo, Saraiva, 2002.

BURNETT, Michael, *Using competitive dialogue in EU public procurement – early trends and future developments*, in European Institute of Public Administration, n. 2, págs. 17-23, 2009, disponível em Eipascope_2009_2_Website.pdf.

CAFAGGI, Fabrizio, IAMICELI, Paola, *Supply chains, contractual governance and certification regimes*, in European Journal of Law and Economics, vol. 37, págs. 131-173, 2014.

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes, *A relação jurídico-administrativa pactual pública: por um paradigma de eficiência e eficácia nos contratos administrativos*, Universitas Jus, Brasília, vol. 27, n.º 3, págs. 219-230, 2017.

CALDERONI, Giorgio, *I patti di collaborazione: (doppia) cornice giuridica*, in Il Mulino – Rivisteweb, n.º 2, págs. 1-5, maggio-agosto 2016.

CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO (CBIC), *Implementação BIM – Parte 2: Implementação do BIM para construtoras e incorporadoras*, Coletânea Implementação do BIM, vol. 2, Brasília, junho de 2016.

CÂMARA BRASILEIRA DE BIM (CBIM), *Últimas do BIM*, 2021, disponível em CBIM – Câmara Brasileira de BIM.

CAMPBELL, David, *Relational contract and the nature of private ordering: a comment on Vincent-Jones*, in Indiana Journal of Global Legal Studies, vol. 14, n.º 2, págs. 279-300, Summer 2007.

CANYELLES, Josep Maria, *Responsabilidad social de las administraciones públicas*, in Revista de Contabilidad y Dirección, vol. 13, págs. 77-104, 2011.

CARANTA, Roberto, *Sustainable public procurement in the EU*, in CARANTA, Roberto, TRYBUS, Martin (eds.), *The law of green and social procurement in Europe*, Copenhagen, DJØF Publishing, págs 15-51, 2010.

CARLONI, Enrico, *El sistema de la lucha contra la corrupción en Italia. Características, tendencias y problemas abiertos*, in REALA Nueva Época, n.º 7, págs. 86-102, maio 2017.

CARMO, Luiz Otávio do, *Evolução da responsabilidade social empresarial e a introdução ao caso brasileiro*, in Revista de Administração Geral, vol. 1, n. 2, págs. 118-137, ago./dez. 2015.

CARPENTER, Daniel, MOSS, David, *Introduction*, in Preventing regulatory capture: special interest influence and how to limit it, Daniel CARPENTER & David MOSS eds., Cambridge University Press, págs. 1-22, 2014.

CARRIGAN, Christopher, *Captured by disaster? Reinterpreting regulatory behavior in the shadow of the gulf oil spill*, in Preventing regulatory capture: special interest influence and how to limit it, Daniel CARPENTER & David MOSS eds., Cambridge University Press, págs. 239-291, 2014.

CARROLL, Archie B., *Corporate social responsibility. Evolution of a definitional construct*, in *Business & Society*, vol. 38, n. 3, págs. 268-295, September 1999.

CARROLL, Archie B., SHABANA, Kareem M., *The business case for corporate social responsibility: a review of concepts, research and practice*, in *International Journal of Management Reviews*, vol. 12, n. 1, págs. 85-105, March 2010.

CASALLAS, Jenny Alexandra Triana, LOVELLE, Juan Manuel Cueva, MOLANO, José Ignacio Rodríguez, *Smart contracts with blockchain in the public sector*, in *International Journal of Interactive Multimedia and Artificial Intelligence, Special Issue on Artificial Intelligence and Blockchain*, vol. 6, n.º 3, págs. 63-72, July 2020.

CASANOVAS, Pompeu, *Agreement and relational justice: a perspective from philosophy and sociology of law*, in OSSOWSKI, Sascha (editor), *Agreement technologies, Law, Governance and Technology Series n.º 8*, Springer, 2013.

CASSESE, Sabino, *La crisis del Estado*, Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2003.

CAUPERS, João, *Introdução ao direito administrativo*, Âncora, Lisboa, 2000.

CAVALCANTI, Giorgia, *Algoritmi e decisione amministrativa: la metamorfosi del procedimento nell'era della digitalizzazione 4.0*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Istituto di Ricerche sulla Pubblica Amministrazione - IRPA, 2019, disponível em *Algoritmi e decisione amministrativa: la metamorfosi del procedimento nell'era della digitalizzazione 4.0 - IRPA*.

CAVALCANTI, Mariana Oliveira de Melo, NÓBREGA, Marcos, *Smart contracts ou "contratos inteligentes": o direito na era da blockchain*, in *Revista Científica Disruptiva*, vol. II, n.º 1, págs. 91-118, jan.-jun. 2020.

CAVALCANTI, Rosângela Batista, *The effectiveness of law*, in PERUZZOTTI, Enrique, SMULOVITZ, Catalina (Ed.), *Enforcing the rule of law. Social accountability in the new Latin American democracies*, University of Pittsburgh Press, págs. 34-54, 2006.

CAZERI *et al.*, Gustavo Tietz, *An assessment of the integration between corporate social responsibility practices and management systems in Brazil aiming at sustainability in enterprises*, in *Journal of Cleaner Production*, n.º 182, págs. 746-754, 2018.

CENTRO DE INFORMAÇÃO REGIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EUROPA OCIDENTAL, *Objetivos de desenvolvimento sustentável*, 2021, disponível em *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável - ONU Portugal (unric.org)*.

_____. *Guia sobre desenvolvimento sustentável*, 2018, disponível em *SDG_brochure_PT-web.pdf (unric.org)*.

CHAMBERS OF COMMERCE, *Italian Chamber of Commerce. What they are*, Roma, 2019, disponível em *Chambers of Commerce | Italian Business Register*.

CIBINIC Jr., John, NASH Jr., Ralph C., *Formation of government contracts*, Washington, D.C., Government Contract Program, George Washington University, 1998.

CILIBERTI *et al.*, Francesco, *CSR codes and the principal-agent problem in supply chains: four case studies*, in *Journal of Cleaner Production*, n.º 19, págs. 885-894, 2011.

CINGOLANI *et al.*, Luciana, *The digital whistleblower: fiscal transparency, risk assessment and the impact of good governance policies assessed*, London, págs. 1-130, August 2015, disponível em DIGIWHIST_D1_1-AccessToTenderInfo.pdf.

CIRIBINI, Angelo Luigi Camillo, *La digitalizzazione e il Decreto semplificazioni: note a margine del quadro strategico*, Ingegno informazione tecnica e progettuale, 2021, disponível em La Digitalizzazione e il Decreto Semplificazioni: Note a Margine del Quadro Strategico (ingegno-web.it).

CITE – COMISSÃO PARA A IGUALDADE NO TRABALHO E NO EMPREGO, *Our mission*, Lisboa, 2021, disponível em Our mission - CITE.

CLACK, Christopher D., BAKSHI, Vikram A., BRAINE, Lee, *Smart contract templates: foundations, design landscape and research directions*, págs. 1-15, 2016, disponível em 1608.00771.pdf (arxiv.org).

CLARKSON, Max B. E., *A stakeholder framework for analysing and evaluating corporate social performance*, in *The Academy of Management Review*, vol. 20, n.º 1, págs. 92-117, January 1995.

COBBE, Jennifer, *Administrative law and the machines of government: judicial review of automated public-sector decision-making*, in *Legal Studies*, vol. 39, págs. 636-655, 2019.

COGLIANESE, Cary, *Assessing consensus: the promise and performance of negotiated rulemaking*, in *Duke Law Journal*, vol. 46, n.º 6, págs. 1255-1350, April 1997.

COGLIANESE, Cary, KILMARTIN, Heather, MENDELSON, Evan, *Transparency and public participation in the rulemaking process: a nonpartisan presidential transition task force report*. Philadelphia, University of Pennsylvania Law School, 2008.

COGLIANESE, Cary, *Management-based regulation: implications for public policy*, in *Risk and Regulatory Policy*, Organisation for Economic Co-operation and Development, Paris, págs. 159-183, 2010.

COLLEDGE, Barbara, *Relational contracting – creating value beyond the project*, in *Lean Construction Journal*, vol. 2, n.º 1, págs. 30-45, April 2005.

COLOMBO, Giovanni, PUTATURO, Chiara, *Patti di integrità 2.0: dalla sperimentazione all'applicazione diffusa nei contratti pubblici*, in BENACCHIO, Gian Antonio, COZZIO, Michele, *Azioni collettive, strumenti di integrità e trasparenza per il contrasto della corruzione nel settore pubblico e privato*, Università di Trento, págs. 147-153, maggio 2018, disponível em 2019_VOLUME ANTICORRUZIONE_BENACCHIO_COZZIO_DIGITALE.pdf (polimi.it).

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões relativa à Responsabilidade Social das Empresas: uma nova estratégia da EU para o período de 2011-2014, COM (2011) 681 final.

_____. Governança europeia – um livro branco, 12/10/2001, Jornal Oficial da Comunidade Europeia, Bruxelas, COM (2001) 428 FINAL, disponível em EUR-Lex - 110109 - EN - EUR-Lex (europa.eu).

COMISSÃO EUROPEIA, Anexo Portugal do relatório anticorrupção da União Europeia, Bruxelas, 3.2.2014 COM (2014) 38 final.

_____. *Better regulation: why and how*, disponível em Better regulation: why and how | European Commission (europa.eu).

_____. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Banco Central Europeu, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões. Plano de ação: financiar um crescimento sustentável, Bruxelas, 8.3.2018, COM (2018) 97 final.

_____. Comunicação da Comissão Europa 2020. Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, Bruxelas 3.3.2010, COM (2010) 2020 final.

_____. Comunicação da Comissão relativa à Responsabilidade Social das Empresas: um contributo das empresas para o desenvolvimento sustentável, Bruxelas, 2.7.2002, COM (2002) 347 final.

_____. Comunicação estratégia para o Mercado Único Digital na Europa, Bruxelas, 6.5.2015 COM(2015) 192 final.

_____. Comunicação Inteligência artificial para a Europa, 25.4.2018, COM (2018) 237 final.

_____. Comunicação orientações para a digitalização até 2030: a via europeia para a década digital, Bruxelas, 9.3.2021 COM(2021) 118 final.

_____. Dinamizar a contratação pública em benefício da Europa, 3.10.2017, COM (2017) 572 final.

_____. Europa 2020 – Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, 3.3.2010 COM (2010) 2020 final.

_____. Livro Verde Promover um quadro europeu para a responsabilidade social das empresas, Bruxelas, 18.7.2001, COM (2001) 366 final.

_____. Orientações sobre a participação de proponentes e de mercadorias de países terceiros no mercado de contratos públicos da UE, Bruxelas, 24.7.2019, C(2019) 5494 final.

_____. *Portugal - Memorandum of understanding on specific economic policy conditionality*, 17 Maio 2011, disponível em PORTUGAL (europa.eu).

_____. Proposta de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos contratos públicos, 20.12.2011, COM (2011) 896 final 2011/0438 (COD).

_____. Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à governação de dados (Regulamento Governação de Dados), Bruxelas, 25.11.2020 COM(2020) 767 final 2020/0340 (COD).

_____. Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um mercado único de serviços digitais (Regulamento Serviços Digitais) e que altera a Diretiva 2000/31/CE, Bruxelas 15.12.2020 COM(2020) 825 final 2020/0361 (COD).

_____. Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à disputabilidade e equidade dos mercados no setor digital (Regulamento Mercados Digitais), Bruxelas, 15.12.2020 COM(2020) 842 final 2020/0374 (COD).

COMPAGNUCCI, Marcelo Corrales, FENWICK, Mark, HAAPIO, Helena, *Digital technology, future lawyers and the computable contract designer of tomorrow*, in Research Handbook in Contract Design, Edward Elgar Publishing, disponível em Microsoft Word - Computable contract designers of tomorrow (SSRN version) .docx (ku.dk), págs. 1-23, (no prelo).

CONSELHO DE MINISTROS DE PORTUGAL, *Uma nova dimensão de oportunidades. Plano de Acção para a Sociedade da Informação*, Junho de 2003, disponível em 5_PA_SI_comp.qxp (purl.pt).

CONSELHO DE PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO, *Recomendação prevenção de riscos de corrupção na contratação pública*, Lisboa, janeiro 2015, disponível em recomendacao_cpc_20191002.pdf (tcontas.pt).

CONSTRUCTION INDUSTRY COUNCIL, *Built Environment 2050: a report on our digital future*, London, 2014, disponível em be2050-cic-bim2050-2014-1.pdf.

COPPA, Marcello, SRIRAMESH, Krishnamurthy, *Corporate social responsibility among SMEs in Italy*, in Public Relations Review, vol. 39, págs. 30-39, 2013.

CORDELLA, Antonio, PALETTI, Andrea, *Government as a platform, orchestration, and public value creation: the Italian case*, in Government Information Quarterly, vol. 36, págs. 1-15, 2019.

CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO (CAF)/DEVELOPMENT BANK OF LATIN AMERICA, OXFORD INSIGHTS, *Unlocking the potential of GovTech ecosystems in Latin America, Spain and Portugal: the GovTech Index 2020*, 2020, disponível em The GovTech Index 2020 Unlocking the Potential of GovTech Ecosystems in Latin America, Spain and Portugal (caf.com).

CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Relações jurídicas administrativas de prestação de cuidados de saúde*, in Direitos Fundamentais & Justiça, n.º 7, págs. 13-46, abril/jun. 2009.

CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro, MENDES, Ireneu de Oliveira, BILHIM, João Abreu de Faria, *As redes de colaboração como fator inovador na implementação de políticas públicas. Um enquadramento teórico com base na nova governação pública*, in *Lex Humana*, vol. 11, n.º 2, págs. 143-162, 2019.

COST INTERNATIONAL SECRETARIAT, *Construction sector transparency initiative – information pack*, Version 1, October 2012, London, disponível em [Layout 1 \(infrastructuretransparency.org\)](http://Layout 1 (infrastructuretransparency.org)).

COSTA, António Aguiar, *O paradigma BIM e a normalização como fator de competitividade*, Instituto Português da Qualidade (IPQ), Lisboa, 2021, disponível em [O paradigma BIM e a normalização como fator de competitividade \(ipq.pt\)](http://O paradigma BIM e a normalização como fator de competitividade (ipq.pt)).

COZZIO, Michele, *Introduzione alla seconda sessione*, in BENACCHIO, Gian Antonio, COZZIO, Michele, *Azioni collettive, strumenti di integrità e trasparenza per il contrasto della corruzione nel settore pubblico e privato*, Università di Trento, págs. 111-121, maggio 2018, disponível em 2019_VOLUME ANTICORRUZIONE_BENACCHIO_COZZIO_DIGITALE.pdf (polimi.it).

CRAVERO, Carol, *Rethinking the role of civil society in public procurement*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)*, vol. 14, n.º 1, págs. 30-42, 2019.

_____. *Socially responsible public procurement and set-asides: a comparative analysis of the US, Canada and the EU*, in *Arctic Review on Law and Politics*, vol. 8, págs. 174-192, 2017.

CREPALDI, Gabriella, “*Baratto amministrativo*”: *subsidiariedade, colaboração e economia*, in *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, vol. 24, n.º 3, págs. 156-180, set./dez. 2019.

CROSETTI, Alessandro, *Il Consiglio di Stato dall’unità d’Italia alla Costituzione. Genesi ed evoluzione della giustizia amministrativa*, in *Il Consiglio di Stato nella storia d’Italia*, Utet Giuridica, Milano, págs. 175-258, 2011.

DAL BÓ, Ernesto, *Regulatory capture: a review*, in *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 22, n.º 2, págs. 203-225, 2006.

DAMATTA, Roberto, *Sumário executivo. Pesquisa diagnóstico sobre valores, conhecimento e cultura de acesso à informação pública no poder executivo federal brasileiro*, Controladoria-Geral da União, Brasília, dezembro/2011, disponível em [sumario.indd \(cgu.gov.br\)](http://sumario.indd (cgu.gov.br)).

DAVE et al., Bhargav, *Implementing Lean in construction: Lean construction and BIM*, CIRIA Guide C725, London, 2013, disponível em Lean Construction and BIM.pdf.

DE GEORGE, Richard T., *The status of business ethics: past and future*, in *Journal of Business Ethics*, n. 6, págs. 201-211, 1987.

DEBONO, Pauline, *Transforming public procurement contracts into smart contracts*, in *International Journal of Information Technology Project Management*, vol. 10, n.º 2, págs. 16-28, April-June 2019.

DECAROLIS, Francesco, GIORGIANTONIO, Cristina, *Local public procurement regulations: the case of Italy*, in *International Review of Law and Economics*, vol. 43, págs. 209-226, 2015.

DECAROLIS, Francesco, PALUMBO, Giuliana, *La rinegoziazione dei contratti di lavori pubblici: un'analisi teorica e empirica*, in BALASSONE, Fabrizio, CASADIO, Piero, *Le infrastrutture in Italia: dotazione, programmazione, realizzazione*, Roma, Banca d'Italia, págs. 489- 518, 2011.

DESIGN COUNCIL, *Design Methods Step 1: Discover*, London, 2021, disponível em [Design Methods Step 1: Discover | Design Council](#).

DI GIUDA *et al.*, Giuseppe Martino, *Importation of Relational Project Delivery Agreements exploiting the BIM approach in legislation*, SHIAU *et al.*, J. (editors), *Streamlining information transfer between construction and structural engineering*, ISEC Press, págs. 1-6, 2018.

DI GIUDA, Giuseppe M., RACCA, Gabriella M., *From works contracts to collaborative contracts: the challenges of Building Information Modelling (BIM) in public procurement*, in RACCA, Gabriella M., YUKINS, Christopher R., *Joint public procurement and innovation: lessons across borders*, Bruylant, Bruxelles, págs. 223-271, 2019.

DI GIUDA, Giuseppe Martino, VILLA, Valentina, GIANA, Paolo, *Collaborative contract with building information modelling: comparison between USA and European approach*, in E. Pellicer *et al.* (eds.), *Resilient structures and sustainable construction*, ISES Press, págs. 1-6, 2017, disponível em [LDR-2.pdf \(isec-society.org\)](#).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 14.^a ed., São Paulo, Atlas, 2002.

_____. *Parcerias na administração pública*, 5.^a ed., 2.^a reimp., Atlas, São Paulo, 2006.

DÍAZ, Javier Miranzo, *A taxonomy of corruption in EU public procurement*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)*, vol. 12, n.º 4, págs. 383-395, 2017.

DIESING, Lena, MAGINA, Paulo, *Innovation in evaluation of public procurement systems*, in RACCA, Gabriella M., YUKINS, Christopher R. (eds.), *Joint public procurement and innovation: lessons across borders*, Brussels, Bruylant, págs. 349-372, 2019.

DINIZ *et al.*, Eduardo Henrique, *O governo eletrônico no Brasil: perspectiva histórica a partir de um modelo estruturado de análise*, in *Revista de Administração Pública – RAP*, vol. 43, n.º 1, págs. 23-48, jan./fev. 2009.

DIZ, Jamile Bergamaschine Mata, CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes, *Contratos administrativos à luz de novas formas de gestão e da sustentabilidade: por uma concretização do desenvolvimento sustentável no Brasil*, in A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n.º 65, págs. 249-275, jul. /set. 2016.

DRAGOS, Dacian C., NEAMTU, Bogdana, *Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects*, in *Novelties in the 2014 Directive on Public Procurement*, LICHERE, Francois, CARANTA, Roberto, TREUMER, Steen (eds.), Copenhagen, DJØF Publishing, págs. 1-26, 2014, disponível em *Sustainable Public Procurement in the EU: Experiences and Prospects* by Dacian C. Dragos, Bogdana Neamtu :: SSRN.

DREMPETIC, Samuel, KLEIN, Christian, ZWERGEL, Bernhard, *The influence of firm size on the ESG score: corporate sustainability ratings under review*, in *Journal of Business Ethics*, n.º 167, págs. 333-360, 2020.

DRUCKER, Peter, *Sociedade pós-capitalista*, trad. Maria Fernanda Jesuíno, Coimbra, Conjuntura Actual Editora, 2015.

DRUCKER, Peter, *The new meaning of corporate social responsibility*, in *California Management Review*, vol. XXVI, n. 2, págs. 53-63, Winter 1984.

DUARTE, Clarice Seixas, *Direito público subjetivo e políticas educacionais*, in *São Paulo em Perspectiva*, vol. 18, n.º 2, págs. 113-118, 2004.

DUARTE, Fernanda, *Working with corporate social responsibility in Brazilian companies: the role of the manager's values in the maintenance of CSR cultures*, in *Journal of Business Ethics*, n.º 96, págs. 355-368, 2010.

DUGUIT, Léon, *Objective Law*, in *Columbia Law Review*, vol. 20, n.º 8, págs. 817-831, Dec. 1920.

EASTMAN *et al.*, Chuck, *BIM handbook: a guide to building information modelling for owners, managers, designers, engineers, and contractors*, John Wiley & Sons, Inc., 2008.

EDQUIST, Charles, ZABALA-ITURRIAGAGOITIA, Jon Mikel, *Public procurement for innovation as mission-oriented innovation policy*, in *Research Policy*, vol. 41, págs. 1757-1769, 2012.

EIJSBOUTS, Jan, *Corporate codes as private co-regulatory instruments in corporate governance and responsibility and their enforcement*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 24, págs. 181-205, Winter 2017.

ENAP – ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, *O futuro do serviço público começa aqui*, Brasília, 2021, disponível em Enap - Escola Nacional de Administração Pública - Home.

_____. *Portal Nacional de Contratações Públicas*, Brasília, 2021, disponível em Repositório Institucional da ENAP: Portal Nacional de Contratações Públicas.

_____. *Raio-x da regulação econômica é publicado pela primeira vez no Brasil*, Brasília, julho de 2021, disponível em Raio-x da regulação econômica é publicado pela primeira vez no Brasil - Enap - Escola Nacional de Administração Pública.

ENGSTROM, David Freeman, *Corralling Capture*, in Harvard Journal of Law & Public Policy, vol. 36, págs. 31-40, 2013.

ESTORNINHO, Maria João, *A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos: (1) por uma contratação pública sustentável e amiga do bem comum*, in A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos, ESTORNINHO, Maria João (Coord.), Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2016.

_____. *A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos: (2) Proposta de transposição não minimalista das Diretivas*, in A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos, ESTORNINHO, Maria João (Coord.), Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2016.

_____. *Apreciação crítica à alteração de 2017 ao Código dos Contratos Públicos*, in RUSSO, Anabela, REIS, Margarida, DAVID, Sofia (coord.), Contratação pública, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, abril 2018.

ETTNER, Diana, SILVEIRA, João Tiago, *Programas de Better Regulation em Portugal: o SIMPLEGIS*, in e-Pública Revista Electrónica de Direito Público, vol. I, n.º 1, págs. 203-243, janeiro 2014.

ETTORI, Charles, *O controle jurisdicional da Administração na Itália*, in Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, vol. 27, págs. 34-66, jan. 1952.

EU BIM TASK GROUP, *Bringing together national efforts into a common and aligned European approach to develop a world-class digital construction sector*, 2021, disponível em EU BIM Task Group.

_____. *Manual relativo à aplicação da modelação da informação da construção no setor público europeu*, 2017, disponível em GROW-2017-01356-00-00-PT-TRA-00.pdf (eubim.eu).

_____. *Handbook for the introduction of Building Information Modelling by the European Public Sector*, 2017, disponível em EUBIM_Handbook_Web_Optimized-1.pdf.

EUROPEAN COMMISSION, *Digital procurement*, 2021, disponível em Digital procurement | Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs (europa.eu).

_____. *Growth, European Single Procurement Document and eCertis*, 2021, disponível em European single procurement document and eCertis | Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs (europa.eu).

_____. *Analytical report 12: business-to-government data sharing*, 2020, disponível em Analytical Report 12_V1.0_Final FOR PDF (europa.eu).

_____. *Buying Green! A handbook on green public procurement*, 3.^a ed., Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2016, disponível em [Buying green! - Publications Office of the EU \(europa.eu\)](#).

_____. *Buying social. A guide to taking account of social public procurement*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2011, disponível em [Buying social - Publications Office of the EU \(europa.eu\)](#).

_____. *Calculating costs and benefits for the use of Building Information Modelling in public tenders*, 2021, disponível em [Cost-Benefit-Analysis-for-the-use-of-BIM_user-handbook.pdf \(eubim.eu\)](#).

_____. *Due diligence explained*, Internal market, industry, entrepreneurship and SMEs, disponível em [Due diligence explained | Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs \(europa.eu\)](#).

_____. *Green paper: promoting a European framework for corporate social responsibility*, COM (2001) 366 final, Brussels.

_____. *Making socially responsible public procurement work: 71 good practice cases*, Executive Agency for Small and Medium-sized Enterprises (EASME), Luxembourg, 2020.

_____. *Shaping Europe's digital future. The cybersecurity strategy*, 2021, disponível em [Cybersecurity Strategy | Shaping Europe's digital future \(europa.eu\)](#).

_____. *Shaping Europe's digital future: European blockchain partnership*, 2021, disponível em [Blockchain Partnership | Shaping Europe's digital future \(europa.eu\)](#).

_____. *Single Market Scoreboard*, 2021, disponível em [Public Procurement - Performance per Policy Area - The Single Market Scoreboard - European Commission \(europa.eu\)](#).

EUROPEAN DATA PORTAL, *Business-to-Government (B2G) data sharing in Europe*, 2021, disponível em [Business-to-Government \(B2G\) Data Sharing in Europe | data.europa.eu](#).

_____. *Leveraging AI in the public sector with open data*, 2021, disponível em [Leveraging AI in the public sector with open data | data.europa.eu](#).

EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, *Multi-stakeholder forum issues CSR recommendations*, Ireland, 2004, disponível em [Multi-stakeholder forum issues CSR recommendations | Eurofound \(europa.eu\)](#).

EUROPEAN MULTISTAKEHOLDER FORUM ON CSR, *Final results & recommendantions*, Brussels, 29 June 2004, disponível em [2004-01424-EN.pdf \(businesseuropa.eu\)](#).

EUROPEAN PARLIAMENT, *Corporate social responsibility (CSR) and its implementation into EU Company law*, Policy Department for Citizen's Rights and Constitutional Affairs, Directorate-General for Internal Policies, Brussels, 2020, disponível em Corporate social responsibility (CSR) and its implementation into EU Company law (europa.eu).

FACIOLI, Laura Rita, BOTTION, Elaine, ONGARO, Bianca Navas, *A conexão entre o passado, o presente e o futuro, através da sistematização das informações e procedimentos aplicados a preservação de edifícios históricos*, in Encontro Brasileiro de Modelagem da Informação da Construção e Patrimônio Cultural, Anais, São Carlos (SP), págs. 1-11, 2019.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura, *Administração Pública consensual: novo paradigma dos cidadãos na formação das decisões estatais*, in Revista Digital de Direito Administrativo, vol. 4, n.º 2, págs. 69-90, 2017.

FARIA *et al.*, Yana de, *Experiências da rede de inovação no setor público (INOVAGOV)*, in CAVALCANTE *et al.*, Pedro, *Inovação no setor público: teoria, tendências e casos no Brasil*, Enap, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Brasília, 2017.

FARIA, Alexandre, SAUERBRONN, Fernanda Filgueiras, *A responsabilidade social é uma questão de estratégia? Uma abordagem crítica*, in Revista de Administração Pública, vol. 42, n. 1, págs. 7-33, jan./fev. 2008.

FAZEKAS, Mihály, BLUM, Jürgen René, *Improving public procurement outcomes. Review of tools and the state of the evidence base*, Policy Research Working Paper n.º 9690, World Bank, págs. 1-41, June 2021, disponível em World Bank Document.

FEDELE, Paolo, GALLI, Davide, ONGARO, Edoardo, *Disaggregation, autonomy and re-regulation, contractualism*, in Public Management Review, vol. 9, n.º 4, págs. 557-585, 2007.

FERLIE *et al.*, Ewan, *Public policy networks and 'wicked problems': a nascent solution?*, in Public Administration, vol. 89, n.º 2, págs. 307-324, 2011.

FERREIRA JÚNIOR, Ednaldo Silva, *A relevância da vontade do particular no procedimento do ato administrativo*, in e-Pública, vol. 6, n.º 1, págs. 141-165, abril 2019.

FINCK, Michele, *Blockchains and data protection in the European Union*, in European Data Protection Law Review (EDPL), vol. 4, n.º 1, págs. 17-35, 2018.

FISHER, Elizabeth, *Risk regulatory concepts and the law*, in Risk and Regulatory Policy, Organisation for Economic Co-operation and Development, Paris, págs. 45-92, 2010.

FOX, Jonathan A., *Social accountability: what does the evidence really say?*, in World Development, vol. 72, págs. 346-361, 2015.

FRAGALE, Edoardo, *El derecho europeo a la buena administración y el problema de la autonomía de las pretensiones participativas en el ordenamiento italiano*, in Revista Digital de Derecho Administrativo, n.º 21, págs. 125-152, 2019.

FREEMAN, Jody, *Collaborative governance in the administrative state*, in *UCLA Law Review*, vol. 45, n. 1, págs. 1-98, October 1997.

_____. *The private role in the public governance*, in *New York University Law Review*, vol. 75, n.º 3, págs. 543-675, June 2000.

FREEMAN, R. Edward, *Stakeholder theory of the modern corporation. General issues in business ethics*, disponível em *Stakeholder Theory.pdf* (udayton.edu), pág. 41.

FRIEDMAN, Milton, *A Friedman doctrine – The social responsibility of business is to increase its profits*, *The New York Times*, New York, Sept. 13, 1970, disponível em *A Friedman doctrine-- The Social Responsibility Of Business Is to Increase Its Profits - The New York Times* (nytimes.com).

FULMER, Nathan, *Exploring the legal issues of blockchain applications*, in *Akron Law Review*, vol. 52, págs. 161-192, 2018.

GALEGO-ÁLVAREZ, Isabel, FORMIGONI, Henrique, ANTUNES, Maria Thereza Pompa, *Corporate social responsibility practices at Brazilian firms*, in *Revista de Administração de Empresas (RAE)*, FGV-EAESP, vol. 54, n.º 1, São Paulo, págs. 12-27, jan.-fev. 2014.

GALLETTI, Shida, *Contract interpretation and relational contract theory: a comparison between common law and civil law approaches*, in *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, vol. 47, n.º 2, págs. 248-275, July 2014.

GAMBARDELLA, Fortunato, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2016.

GARCIA, Flávio Amaral, *A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das agências*, in *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, págs. 59-83, mar./ago. 2014.

_____. *A mutabilidade nos contratos de concessão no Brasil*, 408 f., tese, Doutorado em Direito Público, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019.

GARDINI, Gianluca, *La crisis de la diferencia entre derechos subjetivos e intereses legítimos en Italia. Razones para una tendencia*, in *Revista Derecho del Estado*, n.º 13, págs. 17-23, diciembre 2002.

GARRIDO, Elena Pacita Lois, *Lei de acesso às informações públicas*, in *Revista Jurídica Confederação Nacional de Municípios - CNM*, vol. 1, págs. 50-70, 2012.

GAUCI, Ian, *Demystifying smart contracts*, GTG Advocates, November 2017, disponível em *Demystifying Smart Contracts | GTG Advocates*.

GHOBIADIAN, Abby, MONEY, Kevin, HILLENBRAND, Carola, *Corporate responsibility research: past-present-future*, in *Group & Organisation Management*, vol. 40, n. 3, págs. 271-294, 2015.

GIANCASPRO, Mark, *Is a 'smart contract' really a smart idea? Insights from a legal perspective*, in *Computer Law & Security Review*, vol. 33, págs. 825-835, 2017.

GIGLER *et al.*, Björn-Sören, *Closing the feedback loop: can technology amplify citizen voices?*, in GIGLER, Björn-Sören, BAILUR, Savita (Ed.), *Closing the feedback loop: can technology bridge the accountability gap?*, The World Bank, Washington, D.C., págs. 211-277, 2014.

GIGLIONI, Fabio, *Limiti e potenzialità del baratto amministrativo*, in *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, n.º 3, págs. 1-17, 2016.

GILIBERTI, Biagio, *La legittimazione ad agire nel processo amministrativo di legittimità tra potere qualificatorio pubblico e forza legittimante della sovranità dell'individuo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n.º 2, Università di Urbino, págs. 7-36, 2019.

GLOBAL REPORTING INITIATIVE, *Welcome to GRI*, Amsterdam, 2021, disponível em Home (globalreporting.org).

GNOVA - LABORATÓRIO DE INOVAÇÃO EM GOVERNO, *Projeto: Portal Nacional de Contratações Públicas*, Brasília, 2021, disponível em Projeto: Portal Nacional de Contratações Públicas (enap.gov.br).

GOMES, Delber Pinto, *Contratos ex machina: breves notas sobre a introdução da tecnologia Blockchain e Smart Contracts*, in *Revista Electrónica de Direito*, vol. 17, n.º 3, págs. 40-55, outubro 2018.

GOMES, Orlando, *Introdução ao direito civil. Curso de direito civil*, vol. 1, 5. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1977.

GONÇALVES, Pedro Costa, *Eficiência e transparência na contratação pública: a contratação eletrônica*, in ANDRADE, José Carlos Vieira de, SILVA, Suzana Tavares da, *As reformas do sector público: perspectiva ibérica no contexto pós-crise*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, págs. 177-192, julho de 2017.

_____. *Estado de garantia e mercado*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, vol. VII, págs. 97-128, 2010.

_____. *Regulação administrativa e contrato*, in *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, n.º 35, págs. 105-141, 2011.

GONÇALVES, Pedro Vilela Resende, CAMARGOS, Rafael Coutinho, *Blockchain, smart contracts e "Judge as a Service" no direito brasileiro*, in POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot, ANJOS, Lucas Costa dos, BRANDÃO, Luíza Couto Chaves (Org.), *Anais do II Seminário Governança das redes e o marco civil da internet*, Instituto de Referência em Internet e Sociedade, Belo Horizonte, págs. 207-212, 2017.

GOVERNO DO BRASIL, *Brasil é reconhecido pelo Banco Mundial como o 7.º líder em Governo Digital no mundo entre 198 países avaliados*, Brasília, setembro de 2021,

disponível em Brasil é reconhecido pelo Banco Mundial como o 7º líder em Governo Digital no mundo entre 198 países avaliados — Português (Brasil) (www.gov.br).

_____. *Participação Social: Consultas – Agências Reguladoras*, disponível em Consultas - Agências Reguladoras — Português (Brasil) (www.gov.br).

_____. *A identificação digital dos brasileiros e brasileiras*, Brasília, 2021, disponível em Identidade digital — Português (Brasil) (www.gov.br).

_____. *Governo Digital. Conecta gov.br*, Brasília, 2021, disponível em Conecta gov.br — Português (Brasil) (www.gov.br).

_____. *Portal de compras do governo federal – Comprasnet*, Brasília, 2021, disponível em Comprasnet — Português (Brasil) (www.gov.br).

_____. *Portal de compras do governo federal*, Brasília, 2021, disponível em Compras — Português (Brasil) (www.gov.br).

_____. *Simplifique! A ferramenta que ajuda a simplificar o serviço público no Brasil*, Brasília, 2021, disponível em Simplifique! - Governo Federal (simplifique.gov.br).

_____. *Uma conta gov.br garante a identificação de cada cidadão que acessa os serviços digitais do governo*, Brasília, 2021, disponível em gov.br - Acesse sua conta (acesso.gov.br).

GOVERNO ITALIANO, *Piano nazionale di ripresa e resilienza. Italia domani*, [s.d.], disponível em PNRR.pdf (governo.it).

GRACE, *Empresas responsáveis*, Lisboa, 2021, disponível em Grace – Empresas Responsáveis.

GRECO, Raffaele, *Le situazioni giuridiche soggettive e il rapporto procedimentale*, in CONTESSA, Claudio, GRECO, Raffaele (a cura di), *L'attività amministrativa e le sue regole (a trent'anni dalla legge n. 241/90)*, Tribuna Professionisti, Piacenza, 2020.

GRIGG, Ian, *The Ricardian Contract*, in Proceedings of the First International Workshop on Electronic Contracting, IEEE, págs. 1-7, 2004, disponível em The Ricardian Contract (iang.org).

GRIMES, Marcia, *The conditions of successful civil society involvement in combating corruption: a survey of case study evidence*, QoG Working Paper n.º 22, Department of Political Science, University of Gothenburg, págs. 1-19, October 2008.

GROPALI, Alessandro, *Introdução ao estudo do direito*, 3. ed., trad. Manuel de Alarcão, Coimbra, Coimbra Editora, 1978.

GUIMARÃES, Luís Gustavo Faria, *Comentários sobre a Lei Geral de Agências Reguladoras*, in Revista de Direito da Administração Pública, Rio de Janeiro, ano 4, vol. 1, n. 2, págs. 77-111, jul./dez. 2019.

GUNNINGHAM, Neil, SINCLAIR, Darren, *Designing smart regulation*, Oxford University Press, Oxford, págs. 1-19, 1998, disponível em Microsoft Word - Gunningham - Designing Smart Reg.Doc (oecd.org).

HACHEM, Daniel Wunder, *São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais*, in *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, vol. 11, n.º 3, págs. 404-436, set.-dez. 2019, disponível em Vista do São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais (unisin.br).

HAJER, Maarten A., WAGENAAR, Hendrik, *Deliberative policy analysis: understanding governance in the network society*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

HARDWICK, Freya Sheer, AKRAM, Raja Naeem, MARKANTONAKIS, Kostantinos, *Fair and transparent blockchain based tendering framework – a step towards open governance*, in 17th IEEE International Conference on Trust, Security and Privacy in Computing and Communications/ 12th IEEE International Conference on Big Data Science and Engineering, págs. 1342-1347, 2018, disponível em IEEE Xplore Full-Text PDF:.

HASLAM, Paul Alexander, *The corporate social responsibility system in Latin America and the Caribbean*, in Canadian Foundation for the Americas (FOCAL), Ontario, págs. 1-16, March 2004, disponível em The Corporate Social Responsibility System in Latin America and the Caribbean (psu.edu).

HECKERT, Cristiano Rocha, *Plataforma de cidadania digital*, Casoteca de Gestão Pública, Enap, Brasília, 2018, disponível em SEGES Enap. HECKERT Cristiano. Plataforma de Cidadania Digital. estudo de caso. 2018. português.pdf.

HETTNE, Jörgen, *Strategic use of public procurement – limits and opportunities*, in *European Policy Analysis*, n.º 7, págs. 1-20, April 2013.

HIELSCHER, Stefan, HUSTED, Bryan W., *Proto-CSR Before the Industrial Revolution: institutional experimentation by medieval miners’ guilds*, in *Journal of Business Ethics*, n. 166, págs. 253-269, 2020.

HINCHLIFFE, Tim, *Portugal is using blockchain to pick winners of €30K GovTech for humanity contest*, *Portugal Startups*, Abril 2018, disponível em Portugal is Using Blockchain to Pick Winners of €30K GovTech for Humanity Contest - Portugal Startups.

HÖCHTL, Johann, PARYCEK, Peter, SCHÖLLHAMMER, Ralph, *Big data in the policy cycle: policy decision making in the digital era*, in *Journal of Organisational Computing and Electronic Commerce*, vol. 26, n.º 1-2, págs. 147-169, 2016.

HUMPHRIES, Jane, *Childhood and child labour in the British Industrial Revolution*, in *Economic History Review*, vol. 66, n. 2, págs. 395-418, May 2013.

HUPSEL, Edite, *Lei 14.133, de 2021 – A nova lei de licitações – inovações e desafios*, in *Direito do Estado*, n.º 477, 2021, disponível em [Lei 14.133, de 2021 - A nova lei de licitações - inovações e desafios \(direitodoestado.com.br\)](http://Lei.14.133.de.2021-A.nova.lei.de.licitacoes-inovacoes-e-desafios(direitodoestado.com.br)).

IBM INSTITUTE FOR BUSINESS VALUE, *Building trust in government. Exploring the potential of blockchains*, Executive Report, January 2017, disponível em [Healthcare rallies for blockchains Keeping patients at the center Building trust in government Keeping patients at the center Healthcare rallies for blockchains \(ibm.com\)](http://Healthcare.rallies.for.blockchains.Keeping.patients.at.the.center.Building.trust.in.government.Keeping.patients.at.the.center.Healthcare.rallies.for.blockchains(ibm.com)).

INGENIO INFORMAZIONE TECNICA E PROGETTUALE, *Decreto legge 31 maggio 2021, n. 77 Semplificazioni: sintesi e testo*, 2021, disponível em [Decreto legge 31 maggio 2021, n. 77 Semplificazioni: sintesi e testo del provvedimento del Consiglio dei Ministri \(ingenio-web.it\)](http://Decreto.legge.31.maggio.2021.n.77.Semplificazioni:sintesi.e.testo.del.provvedimento.del.Consiglio.dei.Ministri(ingenio-web.it)).

INSTITUTO ETHOS DE EMPRESAS E RESPONSABILIDADE SOCIAL, *Indicadores Ethos de responsabilidade social empresarial*, São Paulo, 2013, disponível em [untitled \(ethos.org.br\)](http://untitled(ethos.org.br)).

_____. *Sobre o Instituto*, São Paulo, 2021, disponível em [Sobre o Instituto Ethos](http://Sobre.o.Instituto.Ethos).

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION, *ISO 14001:2015 – Environmental management systems. Requirements with guidance for use*, Geneva, 2021, disponível em [ISO - ISO 14001:2015 - Environmental management systems — Requirements with guidance for use](http://ISO-ISO.14001:2015-Environmental.management.systems-Requirements.with.guidance.for.use).

_____. *ISO 26000 – Social responsibility*, Geneva, 2021, disponível em [ISO - ISO 26000 — Social responsibility](http://ISO-ISO.26000-Social.responsibility).

INTERNATIONAL SWAPS AND DERIVATIVES ASSOCIATION (ISDA), *Whitepaper: Smart contracts and distributed ledger – a legal perspective*, August 2017, disponível em [smart-contracts-and-distributed-ledger-a-legal-perspective.pdf \(isda.org\)](http://smart-contracts-and-distributed-ledger-a-legal-perspective.pdf(isda.org)).

IRVIN, Renée A., STANSBURY, John, *Citizen participation in decision making: is it worth the effort?*, in *Public Administration Review*, vol. 64, n.º 1, págs. 55-65, January/February 2004.

ITO, Christian, SANTOS, Fábio de Sousa, *E-Procurement e contratos inteligentes: desafios da modernização tecnológica da contratação pública no Brasil*, in *International Journal of Digital Law – IJDL*, ano 01, n.º 2, págs. 55-69, maio/agosto 2020.

JARDIM, José Maria, *A lei de acesso à informação pública: dimensões político-informacionais*, in *Tendências da Pesquisa Brasileira em Ciência da Informação*, vol. 5, n.º 1, págs. 1-22, 2012.

JERÔNIMO, Luciana Saraiva de Oliveira, *Diálogo temático on-line e condições de racionalidade comunicativa: uma relação revelada na oferta de consultas públicas digitais no RS*, in *Anais do XI Congresso Brasileiro Científico de Comunicação Organizacional e Relações Públicas (Abrapcorp)*, Belo Horizonte, maio de 2017.

JIMÉNEZ, Javier Mendoza, LÓPEZ, Montserrat Hernández, ESCOBAR, Susana Eva Franco, *Sustainable public procurement: from law to practice*, in *Sustainability*, vol. 11, n.º 6388, págs. 1-23, 2019.

JOBIDON, Gabriel, LEMIEUX, Pierre, BEAUREGARD, Robert, *Implementation of Integrated Project Delivery in Quebec's procurement for public infrastructure: a comparative and relational perspective*, in *Sustainability*, vol. 10, n.º 2648, págs. 1-30, 2018.

JORDÃO, Eduardo *et al.*, *A produção legislativa do Congresso Nacional sobre agências reguladoras*, in *Revista de Informação Legislativa (RIL)*, Brasília, ano 56, n.º 222, págs. 75-107, abr./jun. 2019.

JOUANJAN, Olivier, *Le droits publics subjectifs et la dialectique de la reconnaissance: Georg Jellinek et la construction juridique de l'État moderne*, in *Reveu d'Allemagne et des pays de langue allemande*, vol. 46, n.º 1, págs. 51-62, 2014.

JURUBEBA, Diego Franco de Araújo, *Direito administrativo e participação democrática: análise dos fundamentos e técnicas da administração pública consensual*, in *Revista da AGU*, Brasília, vol. 15, n. 1, págs. 169-198, jan./mar. 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal, *Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na "regulação independente"?*, págs. 1-22, [s.d.], disponível em 1) O "déficit" democrático: questão inerente à configuração estatal vigente (justenfilho.com.br).

_____. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: Lei 14.133/2021*, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021.

_____. *O Direito Regulatório*, in *Interesse Público – IP*, ano 9, n.º 43, Belo Horizonte, págs. 1-18, maio/jun. 2007.

JUSTEN NETO, Marçal, *Portal Nacional de Contratações Públicas (arts. 174 a 176 da nova lei de licitações)*, in *Informativo Justen*, Pereira, Oliveira e Talamini, n.º 166, págs. 1-3, dezembro de 2020.

JUSTI, Alexander, *A História do BIM no Brasil*, abril 2021, disponível em *A História do BIM no Brasil - Alexander Justi* (alexjusti.com).

KAMARDEEN, Imriyas, *8D BIM modelling tool for accident prevention through design*, 26th Annual ARCOM Conference, Association of Researchers in Construction Management, Leeds, págs. 281-289, 2010.

KELSEN, Hans, *The Pure Theory of Law - Its Method and Fundamental Concepts*, in *Law Quarterly Review*, vol 50, n.º 4, págs. 474-498, October 1934.

KENNY, Charles, *Publishing construction contracts and outcome details*, in *Policy Research Working Paper n.º 5247*, World Bank, March 2010, disponível em *World Bank Document*.

KICKERT, Walter, *Complexity, governance and dynamics: conceptual explorations of public network management*, in KOOIMAN, Jan, *Modern governance. New government-society interactions*, London, Sage Publications, págs. 191-204, 1993.

KING'S COLLEGE LONDON, *Framework Alliance Contract used on construction projects totalling £9.5 billion*, King's News Centre, London, 2021, disponível em [Framework Alliance Contract used on construction projects totalling £9.5 billion | Website archive | King's College London \(kcl.ac.uk\)](#).

KISSLER, Leo, HEIDEMANN, Francisco G., *Governança pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade?*, in *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, vol. 40, n.º 3, págs. 479-502, jan. 2006.

KOIVISTO, Juha, *Co-designing an outcome-based public procurement: early involvements, participations and orderings*, in *Journal of Public Procurement*, vol. 18, n.º 4, págs. 323-335, 2018.

KREITLON, Maria Priscilla, *A ética nas relações entre empresas e sociedade: fundamentos teóricos da responsabilidade social empresarial*, in *Anais Encontro Anual ANPAD*, n. 28, Curitiba, págs. 1-13, 2004.

KRUEGER, Alan B., *From Bismarck to Maastricht: the march to European Union and the Labour Compact*, in *Labour Economics*, vol. 7, págs. 117-134, 2000.

KUCHINA-MUSINA, Dolores, MORRIS, John Charles, STEINFELD, Joshua, *Drivers and differentiators: a grounded theory study of procurement in public and private organisations*, in *Journal of Public Procurement*, vol. 20, n.º 3, págs. 265-285, 2020.

LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, 6. ed. ref., trad. José Lamago, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Rogério Gesta, RECK, Janrié Rodrigues, *A regulação da contratação pública pelas agências reguladoras: limites e possibilidades*, in *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 19, págs. 49-81, primer semestre/2018.

LEGALESE, *Software is eating law*, 2021, disponível em [Legalese](#).

LEHFELD, Lucas de Souza, *Controle das agências reguladoras. A participação-cidadã como limite à sua autonomia*, 416 f., tese, Doutorado em Direito do Estado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

LESSIG, Lawrence, *Code, and other laws of cyberspace, version 2.0*, Basic Books, New York, 2006.

LEVY, Brian, SPILLER, Pablo T., *Regulations, institutions and commitment in the telecommunications: a comparative analysis of five countries*, in *Proceedings of the World Bank Annual Conference on Development Economics*, n.º 215, págs. 215-252, 1993.

LIMA, Artur Carnauba Guerra Sangreman, *A atividade regulatória do Estado e seus fundamentos*, in *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, vol. 89, n.º 2, págs. 209- 231, jul-dez. 2017.

LIVERMORE, Michael A., REVESZ, Richard L., *Regulatory review, capture, and agency inaction*, in *Georgetown Law Journal*, vol. 101, n.º 5, págs. 1337-1398, June 2013.

LOPES, Cristiano Aguiar, *Acesso à informação pública para a melhoria da qualidade dos gastos públicos – literatura, evidências empíricas e o caso brasileiro*, in *Caderno de Finanças Públicas*, n.º 8, págs. 5-40, dez. 2007.

LOPES, Marta Maria Cordeiro, ANTÓNIO, Nelson José dos Santos, *Responsabilidade social empresarial em Portugal: do mito à realidade*, in *International Business and Economics Review*, n.º 7, págs. 110-138, 2016.

MACRINICI, Daniel, CARTOFEANU, Cristian, GAO, Shang, *Smart contract applications within blockchain technology: a systematic mapping study*, in *Telematics and Informatics*, vol. 35, págs. 2337-2354, 2018.

MAGALHÃES, Fernanda de Araújo Meirelles, *Smart contracts: o jurista como programador*, in GUIMARÃES, Maria Raquel, PEDRO, Rute Teixeira, REDINHA, Maria Regina (Coord.), *Direito digital*, Centro de Investigação Jurídico Económica, págs. 5-72, 2021.

MAGINA, Paulo, MCCRARY, Jeremy, *Applying OECD public procurement principles*, in RACCA, Gabriella M., YUKINS, Christopher R. (eds.), *Integrity and efficiency in sustainable public contracts*, n.º 18, Bruylant, Bruxelles, 2014.

MAJONE, Giandomenico, *Europe's 'democratic deficit': the question of standards*, in *European Law Journal*, vol. 4, n.º 1, págs. 5-28, March 1998.

MALDÈ, Mirko De, DURST, Ludovica, CATTERALL, Noel, *Dynamic consent ethical review*, My Health My Data Deliverable 3.2, 2018, disponível em Documents download module (europa.eu).

MANTZARI, Despoina, VANTAGGIATO, Francesca Pia, *The paradox of regulatory discretion*, in *Law & Policy*, vol. 42, págs. 382-403, 2020.

MARCO, Alberto De, KARZOUNA, Ahmad, *Assessing the benefits of the Integrated Project Delivery method: a survey of expert opinions*, in *Procedia Computer Science*, vol. 138, págs. 823-828, 2018.

MARINHO António, COUTO, João, TEIXEIRA, José, *Relational contracting and its combination with the BIM methodology in mitigating asymmetric information problems in construction projects*, in *Journal of Civil Engineering and Management*, vol. 27, n.º 4, págs. 217-229, 2021.

MARINS, Vinicius, *Transformações no direito administrativo contemporâneo: reflexos sobre a contratualidade pública nos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro*, in

Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.º 47, págs. 303-340, jul.-dez. 2005.

MARIQUE, Yseult, *Changes during performance. A case for revising the extension of competition*, in MARIQUE, Yseult, WAUTERS, Kris (eds.), EU Directive 2014/24 on public procurement. A new turn for competition in public markets? Group Lassier, Bruxelles, 2016.

MARKS, Jesse, *Distributed ledger technologies and corruption the killer app*, in Columbia Science and Technology Law Review, vol. 20, n.º 1, págs. 42-92, Fall 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, *A nova regulação dos serviços públicos*, in Revista de Direito Administrativo, n.º 228, Rio de Janeiro, págs. 13-29, abr./jun. 2002.

_____. *As parcerias público-privadas no saneamento ambiental*, in Carlos Ari Sundfeld (Coord.), Parcerias público-privadas, São Paulo, Malheiros, págs. 276-325, 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, PALMA, Juliana Bonacorsi de, *Diálogos fora do esquadro: o controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União*, in Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 120, págs. 203-236, jan./jun. 2020.

MARTINS, Licínio Lopes, SANTOS, Maria do Céu Colaço dos, *A execução de políticas públicas sociais no novo regime da contratação pública da União Europeia: a relevância das organizações do Terceiro Setor*, in Brazilian Journals of Business, vol. 3, n.º 1, Curitiba, págs. 579-591, jan./mar. 2021.

MATIAS, Vandeir Robson da Silva, DUARTE, Matusalém de Brito, *Análise da política pública de governo eletrônico na região metropolitana de Belo Horizonte – MG*, in Brazilian Journal of Development, vol. 5, n.º 12, págs. 33224-33247, dec. 2019.

MATIAS-PEREIRA, José, *Controle social e transparência: avaliação do modelo de acesso à informação no Brasil*, in GIGAPP Estudios/Working Papers, vol. 32, págs. 1-21, mar. 2014.

MAURÍCIO, Filomena Isabel Silvano, *Simplificação e e-Administração no âmbito do Novo Código do Procedimento Administrativo*, Dissertação de Mestrado Científico na área de especialização em Ciências Jurídico-Políticas, 92 p., Coimbra, Universidade de Coimbra, 2015.

MCCRUDDEN, Christopher, *Buying social justice: equality, government procurement, and legal change*, New York, Oxford University Press, 2015.

MEDAUAR, Odete, *Direito administrativo moderno*, 6.^a ed. rev. e atual., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MEDEIROS, Rui, *Alguns desafios em sede de reforma legal do regime instrumental de contratação pública português*, in XIII Colóquio Luso-Espanhol de Professores de

Direito Administrativo, Lisboa, 25 de Novembro de 2016, disponível em 722 (ulusiada.pt).

MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 24.^a ed., São Paulo, Malheiros, 1999.

MENDES, Maria Pereira da Silva Velez, *A responsabilidade social da empresa no quadro da regulação europeia*, Dissertação de Mestrado em Novas Fronteiras do Direito, Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa de Lisboa, 153 p., 2007.

MICHAUX, Lennard, GRUYTERS, Joris, *Life cycle costing: the final step towards a true rule of reason in public procurement law?*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)*, vol. 15, n.º 1, págs. 61-69, 2020.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA, *Ministério da Economia faz levantamento de plataformas de contratações públicas*, Brasília, junho de 2021, disponível em Ministério da Economia faz levantamento de plataformas de contratações públicas — Português (Brasil) (www.gov.br).

MINISTRO PER LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE, *Semplificazione*, 2021, disponível em *Semplificazione* (funzionepubblica.gov.it).

MITCHELL, Ronald K., AGLE, Bradley R., WOOD, Donna J., *Toward a theory of stakeholder identification and salience: defining the principle of who and what really counts*, in *The Academy of Management Review*, vol. 22, n.º 4, págs. 853-886, October 1997.

MOHUN, James, ROBERTS, Alex, *Cracking the code: rulemaking for humans and machines*, OECD Working Paper on Public Governance, n.º 42, OECD Publishing 2020, disponível em *Cracking the code : Rulemaking for humans and machines | OECD Working Papers on Public Governance | OECD iLibrary* (oecd-ilibrary.org).

MOKYR, Joel, *Introduction: the new economic history and the Industrial Revolution*, in Joel MOKYR ed., *The British Industrial Revolution: an economic perspective*, 2.^a ed., Oxford: Westview Press, 1999.

MONAX, *Do you know what you have agreed to?*, 2021, disponível em Monax | Welcome.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, *A crise e a regulação: o futuro da regulação administrativa*, in *A Crise e o Direito Público*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, págs. 95-132, 2013.

_____. *Os direitos fundamentais e a sua circunstância: crise e vinculação axiológica entre o estado, a sociedade e a comunidade global*, Coimbra, [s.d.].

_____. *The Rulemaking Power of Administrative Agencies: Crisis of Legality, Rule of Law, and Democracy*, págs. 1-52, 2014, disponível em *The Rulemaking Power of Administrative Agencies: Crisis of Legality, Rule of Law, and Democracy* by Ana-Raquel Moniz :: SSRN.

MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo, *Administração Pública consensual e a arbitragem*, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 35, págs 107-124, out. 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de direito civil. Parte geral*, 28. ed. atual., São Paulo, Saraiva, 1989.

MOORE, Mark H., *Creating public value. Strategic management in government*, 5.^a ed., Cambridge, Harvard University Press, 2000.

_____. *Public value as the focus of strategy*, *Australian Journal of Public Administration*, vol. 53, n.º 3, págs. 296-303, September 1994.

MORAIS, Luís Silva, *Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras – algumas questões essenciais e justificação do perímetro do regime face às especificidades da supervisão financeira*, in *Revista de Concorrência e Regulação*, ano V, n.º 17, págs. 102-137, janeiro-março 2014.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *As mutações do direito administrativo francês*, in *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n.º 50, págs. 51-65, out./dez. 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Mutações de direito Administrativo*, 2.^a ed. atual. e ampl., Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

MOREIRA, Vital, *Auto-regulação profissional e Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 1997.

MORO, Giovanni, *The citizen's side of governance*, in *The Journal of Corporate Citizenship*, n.º 7, págs. 18-30, Autumn 2002.

MOROLLO, Fabiana, *Valorizzazione del patrimonio culturale: sussidiarietà orizzontale e prospettive di “democrazia diretta” per lo sviluppo dei territori*, in *Saggi – DPCE online*, n.º 2, págs. 1133-1158, 2019.

MOSCA, Chiara, PICCIAU, Chiara, *Making non-financial information count: accountability and materiality in sustainability reporting*, in *Bocconi Legal Studies Research Paper*, n.º 3536460, págs. 1-36, March 2020, disponível em *Making Non-Financial Information Count: Accountability and Materiality in Sustainability Reporting* by Chiara Mosca, Chiara Picciau :: SSRN.

MOSEY, David, *Collaborative construction procurement and improved value*, London, Wiley Blackwell, 2019.

MOSEY, David, *Early contractor involvement in building procurement. Contracts, partnering and project management*, London, Wiley Blackwell, 2009.

MOTA *et al.*, Luís F., *Reforma do setor público em Portugal: visões e experiências de dirigentes de topo*. Relatório nacional parte do projeto de investigação COCOPS, Lisboa, maio 2014.

MOTA, Goreti, DINIS, Alzira, *Responsabilidade social das empresas: novo modelo de gestão para o desenvolvimento sustentável*, in Revista da Faculdade de Ciências e Tecnologias, n.º 2, págs. 248-259, 2005.

MOTA, Luís F., BITTENCOURT, Bernadete, *Governança pública em rede. Contributos para sua compreensão e análise (em Portugal e no Brasil)*, in Tempo Social, Revista de Sociologia da USP, vol. 31, n.º 2, págs. 199-219, maio-agosto 2019.

MURMURA, Federica, BRAVI, Laura, PALAZZI, Federica, *Evaluating companies' commitment to corporate social responsibility: perceptions of the SA 8000 standard*, in Journal of Cleaner Production, vol. 164, págs. 1406-1418, 2017.

NABATCHI, Tina, *Addressing the citizenship and democratic deficits: the potential of deliberative democracy for public administration*, in The American Review of Public Administration, vol. 40, n.º 4, págs. 376-399, 2010.

NASH Jr., Ralph C., SCHOONER, Steve L., O'BRIEN, Karen R., *The government contracts reference book*, 2.^a ed., Washington, D.C., Government Contract Program, George Washington University, 1998.

NEVES, José, BENTO, Luis, *Traditional values and pressures of transformation*, in HABISCH *et al.*, André (editors), Corporate social responsibility across Europe, Berlin, Springer, págs. 303-314, 2005.

NIEKERK, Matthew Van, *How blockchain can help dismantle corruption in government services*, World Economic Forum, July 2021, disponível em Blockchain could dismantle corruption in government services | World Economic Forum (weforum.org).

NIGRO, Riccardo, *Smart contract, profili di qualificazione giuridica*, Quotidiano di informazione giuridica n.º 7015, Altalex, 2021, disponível em Smart contract, profili di qualificazione giuridica (altalex.com).

O'REILLY, Tim, *What is web 2.0: design patterns and business models for the next generation of software*, in Communications & Strategies, n.º 65, págs. 17-37, 1st quarter 2007, disponível em Managing Real Options in Television Broadcasting (uni-muenchen.de).

OBRADOVIC, Daniela, VIZCAINO, Jose M. Alonso, *Good governance requirements for the participation of interest groups in EU consultation*, in PLEINES, Heiko (ed.), Participation of civil society in new modes of governance. The case of the new EU Member States. Part 3: involvement at the EU level, n.º 76, págs. 19-44, September 2006, disponível em Participation of Civil Society in New Modes of Governance. The Case of the New EU Member States (ethz.ch).

OJO, Marianne, *Responsive regulation: achieving the right balance between persuasion and penalization*, in Munich Personal RePEc Archive, n.º 70904, págs. 1-18, April 2016.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de, SCHWANKA, Cristiane, *A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos*,

formas de expressão e instrumentos de ação, in A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 8, n.º 32, págs. 31-50, abr./jun. 2008.

OLIVEIRA, Marcus Vinicius de Souza Silva, SIMÃO, João, CAEIRO, Sandra Sofia Ferreira da Silva, *Stakeholders' categorization of the sustainable public procurement system: the case of Brazil*, in Journal of Public Procurement, vol. 20, n.º 4, págs. 423-449, 2020.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de, *10 tópicos mais relevantes do projeto da nova Lei de Licitação e Contrato*, Observatório da Nova Lei de Licitações – ONLL, 18 de dezembro de 2020, disponível em 10 tópicos mais relevantes do projeto da nova Lei de Licitação e Contrato - Observatório da Nova Lei de Licitações (novaleilicitacao.com.br).

_____. *O diálogo competitivo do projeto de lei de licitação e contrato brasileiro*, in Portal L&C Licitações e Contratos, págs. 1-34, [s.d], disponível em artigo_download_2.pdf (licitacaocontrato.com.br).

OLKEN, Benjamin A., *Monitoring corruption: evidence from a field experiment in Indonesia*, in NBER Working Paper Series, Working Paper 11753, Cambridge, November 2005, disponível em C:\Working Papers\11753.wpd (nber.org).

ØLNES, Svein, UBACHT, Jolien, JANSSEN, Marijn, *Blockchain in government: benefits and implications of distributed ledger technology for information sharing*, in Government Information Quarterly, vol. 34, págs. 355-364, 2017.

OPEN CONTRACTING PARTNERSHIP, *Open contracting data standard*, Washington, D.C., 2021, disponível em Data Standard - Open Contracting Partnership (open-contracting.org).

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, *Revisão do governo digital do Brasil. Rumo à transformação digital do setor público. Principais conclusões*, 2018, disponível em 2b. Review OCDE Governo Digital (Português).pdf.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), *Building an institutional framework for regulatory impact analysis (RIA): guidance for policy makers*, Version 1.1, Regulatory Policy Division Directorate for Public Governance and Territorial Development, Paris, 2008.

_____. *MAPS - Methodology for Assessing Procuring Systems*, 2018, disponível em Methodology - MAPS (mapsinitiative.org).

_____. *SIGMA Public procurement briefs. Monitoring of public procurement*, Brief 27, 2013, disponível em OECD iLibrary | Monitoring of Public Procurement (oecd-ilibrary.org).

_____. *Better regulation in Europe: Italy*, in Executive Summary, 2012.

_____. *Better regulation in Europe: Portugal*, OECD Publishing, 2010.

_____. *European principles for public administration*, in Sigma Papers, n.º 27, 1999.

_____. *Evidence-based policy making and stakeholder engagement*, OECD Regulatory Policy Outlook, 2021, disponível em [chapter-two-evidence-based-policy-making-and-stakeholder-engagement.pdf](#) (oecd.org).

_____. *Modernising the public administration. A study on Italy*, 2010.

OTERO, Begoña Gonzalez, *Evaluating the EC private data sharing principles: setting a mantra for artificial intelligence nirvana?*, in JIPITEC – Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law, vol. 10, n.º 1, págs. 66-84, 2019.

PALAST, Greg, OPPENHEIM, Jerrold, MACGREGOR, Theo, *Democracy and regulation. How the public can govern essential services*, Pluto Press, Virginia, 2003.

PALLADINO, Alessia, *Europa digitale 2030, la Commissione propone una “Bussola” per la sovranità digitale*, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, Istituto di Ricerche sulla Pubblica Amministrazione - IRPA, 2019, disponível em [Europa digitale 2030, la Commissione propone una “Bussola” per la sovranità digitale - IRPA](#).

PEGNATO, Joseph A., *Assessing federal procurement reform: has the procurement pendulum stopped swinging?*, in Journal of Public Procurement, vol. 3, n.º 2, págs. 145-175, 2003.

PELLINGRA-CONTINO, Massimo, *Osservazioni sul principio di sussidiarietà orizzontale come strumento costituzionalizzato nell’ordinamento italiano*, in Rivista elettronica di diritto e pratica delle amministrazioni pubbliche, n.º 7/8, págs. 1-26, julho/agosto, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil*, vol. I, 12. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1990.

PERRINI, Francesco, *Building a European portrait of corporate social responsibility reporting*, in European Management Journal, vol. 23, n.º 6, págs. 611-627, 2005.

PERRINI, Francesco, POGUTZ, Stefano, TENCATI, Antonio, *Corporate social responsibility in Italy: state of the art*, in Journal of Business Strategies, vol. 23, n. 1, págs. 65-91, Spring 2006.

PERUGINI, Maria Letizia, *Distributed ledger technologies e sistemi di blockchain*, in Diritto dell’informatica e delle nuove tecnologie, junho 2018.

PESSOA, Robertônio Santos, *Direito administrativo: um novo eixo central*, in Pensar, Fortaleza, vol. 8, n.º 8, págs. 82-89, fev. 2003.

PHILLIPS, Robert, FREEMAN, R. Edward, WICKS, Andrew C., *What stakeholder theory is not*, in Business Ethics Quarterly, vol. 13, n. 4, págs. 479-502, 2003.

PICCIOTTO, Sol, *Regulation: managing the antinomies of economic vice and virtue*, in Social & Legal Studies, vol. 26, n.º 4, págs. 676-699, 2017.

PINTO, Solon Lemos, *A aplicação da tecnologia da informação às compras governamentais na administração federal*, in *Revista Informática Pública*, vol. 3, n.º 4, págs. 56-89, 2002.

PINTO, Vera Regina Ramos, *Um breve histórico sobre inovações em compras e licitações públicas no Brasil*, in *Brazilian Journal of Development*, vol. 6, n.º 8, págs. 63378-63397, Aug. 2020.

PLATAFORMA BIM BR, *Faça parte da revolução na construção*, 2021, disponível em Plataforma BIMBR (abdi.com.br).

PONCIBÒ, Cristina, *Il diritto comparato e la blockchain*, Università degli studi di Torino, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020.

POPKOVA, Elena, DELO, Piper, SERGI, Bruno S., *Corporate social responsibility amid social distancing during the COVID-19 crisis: BRICS vs. OECD countries*, in *Research in International Business and Finance*, n.º 55, págs. 1-12, 2021.

PORTAL BASE, *IMPIC lança Portal Nacional de Fornecedores do Estado*, Lisboa, 2021, disponível em IMPIC lança Portal Nacional de Fornecedores do Estado (base.gov.pt).

POUND, Roscoe, *The end of law as developed in juristic thought*, in *Harvard Law Review*, vol. 30, n.º 3, págs. 201-225, 1917.

PROENÇA, Fabriccio Quixadá Steindorfer, *A Justiça Administrativa em perspectiva comparada*, in *Revista da AGU*, Brasília – DF, ano XIII, n.º 40, págs. 169-188, abr./jun. 2014.

QUINTAS, Maria Carolina, *Metodologia BIM para controle de obras públicas*, in *Revista Boletim do Gerenciamento*, n.º X (201X), págs. 13-21, julho 2019.

RACCA, Gabriella M., *La modellazione digitale per l'integrità, l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, in *Le istituzioni del federalismo*, n.º 3, págs. 739-766, 2019.

RAIMUNDO, Miguel Assis, *Contratos públicos, transparência e acesso à informação: uma abordagem preliminar*, in MARTINS *et al.*, Ana Gouveia (Coord.), *Atas do XI Encontro de Professores de Direito Público. Direito público e direitos públicos: pontes, diálogos e encruzilhadas*, Universidade do Porto, págs. 129-154, 26 e 27 de janeiro de 2018.

RAMALHO, Pedro Ivo Sebba, *Transparência e participação social no processo regulatório da Anvisa: fortalecimento dos consumidores na regulação sanitária*, in PROENÇA, Jadir Dias, PRADO, Carlos Eduardo Resende (orgs.), *Melhoria da regulação no Brasil: o papel da participação e do controle social*, Brasília, Presidência da República, págs. 145-172, 2011.

RÁO, Vicente, *Ato jurídico*, 4. ed. anot., rev. e atual., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

RAUCHS *et al.*, Michel, *Distributed ledger technology systems. A conceptual framework*, Cambridge Centre for Alternative Finance, University of Cambridge, 2018, disponível em 2018-10-26-conceptualising-dlt-systems.pdf (cam.ac.uk).

RECK, Janriê Rodrigues, BITENCOURT, Caroline Müller, *Categorias de análise de políticas públicas e gestão complexa e sistêmica de políticas públicas*, in A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, ano 16, n.º 66, págs. 131-151, outubro/dezembro 2016.

REDE RSO.PT, *Quem somos*, Lisboa, 2021, disponível em Quem Somos – REDE RSO PT.

REILLY, Jonathan, *How no-code platforms can bring AI to small and midsize businesses*, in Harvard Business Review, November 2021, disponível em How No-Code Platforms Can Bring AI to Small and Midsize Businesses (hbr.org).

REINICKE, Wolfgang H., *The other world wide web: global public policy networks*, in Foreign Policy, n.º 117, págs. 44-57, Winter 1999-2000.

REYNA *et al.*, Ana, *On blockchain and its integration with IoT. Challenges and opportunities*, in Future Generation Computer Systems, vol. 88, págs. 173-190, 2018.

RIBEIRO, Maria Fernanda Costa, *Aplicações da metodologia BIM na gestão de prazos e de custos em projetos de construção de edifícios*, 176 f., dissertação, Mestrado em Engenharia da Construção, Escola Superior de Tecnologia e Gestão de Bragança, Bragança, 2020.

RICH, Beverly, *How AI is changing contracts*, in Harvard Business Review, February 2018, disponível em How AI Is Changing Contracts (hbr.org).

RODGERS, Gerry *et al.*, *International Labour Organization and the quest for social justice, 1919-2009*, New York, Cornell University Press, 2009, disponível em The International Labour Organization and the Quest for Social Justice, 1919-2009 (cornell.edu).

ROGERS, James, JONES-FENLEIGH, Harriet, SANITT, Adam, *Arbitrating smart contract disputes*, in NORTON ROSE FULBRIGHT, International arbitration report, n.º 9, págs. 21-24, October 2017.

ROMANO, Alberto, *Diritto soggettivo, interesse legittimo e assetto costituzionale*, in Il Foro Italiano, vol. 103, parte quinta: monografie e varietà, págs. 258-272, 1980.

ROPPO, Enzo, *O Contrato*, Coimbra, Almedina, 1988.

ROSEVALD, Nelson, *Comentários arts. 421 a 480 – Contratos (geral)*, in PELUSO, Cezar (Coord.), Código Civil comentado - doutrina e jurisprudência: Lei n.º 10.406, de 10.01.2002, 7.ª ed. rev. e atual., Barueri, Manole, 2013.

ROYAL INSTITUTION OF CHARTERED SURVEYORS (RICS), *Building Information Modelling for project managers*, London, May 2017, disponível em [bim-for-project-managers-rics.pdf](#).

_____. *International BIM implementation guide*, London, 2015, disponível em [international-bim-implementation-guide-1st-edition-rics.pdf](#).

RUGGIERO, Roberto de, *Instituições de direito civil*, vol. I, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 1971.

SAADI, Mário, *O planejamento da concessão e o procedimento de manifestação de interesse – fundamentos legais, aplicação e desdobramentos*, in *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, págs. 133-153, jan./jun. 2014.

SACKS, Rafael, RADOSAVLJEVIC, Milan, BARAK, Ronen, *Requirements for building information modelling based lean production management systems for construction*, in *Automation in Construction*, vol. 19, págs. 641-655, 2010.

SÁENZ, Bernabé Palacín, *A la responsabilidad social por la contratación pública*, 726 f., tese, Programa de Doctorado em Derecho y Cambio Social, Universidad de La Rioja, Logroño, 2020.

SALLES, Alexandre Aroeira, MIRAGLIA, Mariana, PARENTE, Matatias, *How does collaborative procurement operate in Brazil?*, in David MOSEY, *Collaborative construction procurement and improved value*, London, Wiley Blackwell, págs. 403-414, 2019.

SAMI, Paavola, KAI, Hakkarainen, *From meaning making to joint construction of knowledge practices and artefacts – a triological approach to CSCL*, in O'MALLEY *et al.*, Claire (eds.), *Computer supported collaborative learning practices*, Conference Proceedings, International Society of the Learning Sciences (ISLS), Rhodes, págs. 83-92, 2009, disponível em [83-92.pdf \(isls.org\)](#).

SAMPER, Maria Burzaco, *Contrataciones públicas socialmente responsables: la necesidad de reconsiderar el potencial de la contratación pública en la consecución de objetivos sociales*, in CIRIEC – España, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, n.º 86, págs. 280-310, abril 2016.

SANCHEZ, Sergi Nin, *The implementation of Decentralised Ledger Technologies for public procurement: blockchain based smart public contracts*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)*, vol. 14, n.º 3, págs. 180-196, 2019.

SANCHEZ-GRAELLS, Albert, *Data-driven and digital procurement governance: revisiting two well-known elephant tales*, *Digital Rights in Brexit: Changes and Challenges*, Conference at the IALS Information Law and Policy Centre, London, págs. 1-18, November 2019, disponível em [Data-Driven and Digital Procurement Governance: Revisiting Two Well-Known Elephant Tales by Albert Sanchez-Graells :: SSRN](#).

_____. *EU public procurement policy and the Fourth Industrial Revolution: pushing and pulling as one?*, YEL Annual EU Law & Policy Conference 2020: EU Law in the

era of the Fourth Industrial Revolution, págs. 1-17, January 2020, disponível em EU Public Procurement Policy and the Fourth Industrial Revolution: Pushing and Pulling as One? by Albert Sanchez-Graells :: SSRN, pág. 1.

_____. *Transparency and competition in public procurement. A comparative view on their difficult balance*, in HALONEN, Kirsi Maria, CARANTA, Roberto, SANCHEZ-GRAELLS, Albert (eds.), *Transparency in EU procurements: disclosure within public procurement and during contract execution*, London, Edward Elgar Publishing, págs. 33-56, 2019.

SANTIN, Janaína Rigo, *Princípio da participação no Código do Procedimento Administrativo português: inovações do Decreto-lei n. 4/2015*, in *Revista Direito GV*, São Paulo, vol. 12, n.º 3, págs. 846-868, set.-dez. 2016.

SANTOS, Maria Amália Pereira dos, *O direito constitucionalmente garantido dos cidadãos à tutela jurisdicional efectiva*, in *Julgar Online*, págs. 1-33, novembro de 2019.

SARAIVA, Rute, *Estratégia para a boa governança a nível local*, in GOMES, Carla Amado, NEVES, Ana Fernanda, SARAIVA, Rute (coord.), *Finanças públicas locais e good governance*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Universidade de Lisboa, págs. 7-30, Dezembro de 2017.

SARTOR, Giovanni, ROTOLO, Antonino, *AI and law*, in OSSOWSKI, Sascha (editor), *Agreement technologies, Law, Governance and Technology Series n.º 8*, Springer, págs. 199-207, 2013.

SCHAPPER, Paul R., MALTA, João N. Veiga, GILBERT, Diane L., *An analytical framework for the management and reform of public procurement*, in *Journal of Public Procurement*, vol. 6, n.º 1 & 3, págs. 1-26, 2006.

SCHOONER, Steven L., *Desiderata: objectives for a system of government contract law*, in *Public Procurement Law Review*, vol. 11, págs. 103-120, 2002.

_____. *Fear of oversight: the fundamental failure of businesslike government*, in *American University Law Review*, vol. 50, n.º 3, págs. 627-724, February 2001.

SCOCA, Franco Gaetano, *Ricordo di Elio Casetta*, in *Il diritto dell'economia*, vol. 27, n.º 84, págs. 265-273, 2014.

SCOTT, Colin, *Private regulation of the public sector: a neglected facet of contemporary governance*, in *Journal of Law and Society*, vol. 29, n.º 1, págs. 56-76, March 2002.

_____. *The contribution of transnational private regulation to revisiting risk regulation*, in *Improving risk regulation*, International Risk Governance Council (IRGC), Lausanne, págs. 13-26, 2015.

SEMPLE, Abby, *Living wages in public contracts: impact of the RegioPost judgment and the proposed revisions to the Posted Workers Directive*, in SANCHEZ-GRAELLS, Albert (ed.), *Smart public procurement and labour standards*, Hart Publishing, Oxford, 2018.

SENDEN, Linda, *Soft law, self-regulation and co-regulation in European Law: where do they meet?*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 9.1, págs. 1-27, January 2005, pág. 22.

SILVA, António Costa, *Visão estratégica para o plano de recuperação económica e social de Portugal 2020-2030*, Lisboa, julho de 2020, disponível em [Plano_de_Recuperacao_Economica_e_Social_de_Portugal_2020_2030_5_julho.pdf](#) (dnoticias.pt).

SILVA, Artenira da Silva e, RAMOS, Edith Maria Barbosa, LEAL, David Abdalla Pires, *O poder normativo das agências reguladoras no Brasil: origem, conteúdo e limites*, in *E-legis*, Brasília, n.º 27, págs. 27-37, set./dez. 2018.

SILVA, Pedro Cruz e, *Las dimensiones sociales de los contratos del sector público en Portugal*, in *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, n.º 55, págs. 499-507, enero-junio 2018.

SILVA, Suzana Tavares da, *Direitos fundamentais na arena global*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011.

_____. *O princípio da transparência: da revolução à necessidade de regulação*, in ANDRADE, José Carlos Vieira de, SILVA, Suzana Tavares da, *As reformas do sector público: perspectiva ibérica no contexto pós-crise*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, julho de 2017.

SILVA, Vasco Pereira da, *Em busca do acto administrativo perdido*, Almedina, Coimbra, 1996.

_____. *O impacto do Direito Administrativo sem Fronteiras no Direito Administrativo português*, in *Actas do XII Colóquio Luso-Espanhol de Professores de Direito Administrativo – O Direito Administrativo Transnacional e as suas implicações*, Lisboa, Universidade Lusíada, págs. 31-60, 2018.

SIMON, Herbert A., *Administrative behavior. A study of decision-making processes in administrative organizations*, 4.^a ed., New York, The Free Press, 1997.

SIMONETTI, Hadrian, *La parabola del risarcimento per lesione degli interessi legittimi. Dalla negazione all'á marginalità?*, in Gianpiero Paolo CIRILLO, *Diritto processuale amministrativo*, Cedam, págs. 1-19, 2017.

SMITH, Peter, *BIM & the 5D project cost manager*, in *Procedia – Social and Behavioral Sciences*, vol. 119, págs. 475-484, 2014.

_____. *BIM implementation – global strategies*, in *Procedia Engineering*, vol. 85, págs. 482-492, 2014.

SOKOŁOWSKI, Maciej M., *Regulation in the COVID-19 pandemic and post-pandemic times: day-watchman tackling the novel coronavirus*, in *Transforming Government: People, Process and Policy*, págs. 1-12, [s.d.], disponível em [Regulation in the COVID-19 pandemic and post-pandemic times: day-watchman tackling the novel coronavirus | Emerald Insight](#).

SOUSA *et al.*, Cristina, *Mercado da contratação pública da inovação em Portugal*, Laboratório Nacional de Energia e Geologia, Lisboa, 2021, disponível em Microsoft Word - Mercado CPI - Relatório Final_Versão Final.docx (ani.pt).

SOUZA NETO *et al.*, João, *Estratégia de governo digital no Brasil*, in ROGRIGUES, José Geraldo Loureiro (Org.), *Reconstrução do Brasil pela transformação digital no setor público*, Instituto Brasileiro de Governança Pública (IBGP), Brasília, págs. 181-208, 2020.

SPILLER, Pablo T., *A positive political theory of regulatory instruments: contracts, administrative law or regulatory specificity*, in *Southern California Law Review*, vol. 69, n.º 2, págs. 477-516, January 1996.

STELZLE, Benjamin, JANNACK, Anja, NOENNIG, Jörg Rainer, *Co-design and co-decision: decision making on collaborative design platforms*, in *Procedia Computer Science*, n.º 112, págs. 2435-2444, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari, *Fundamentos de direito público*, 4.^a ed., 2.^a tir., São Paulo, Malheiros, 2001.

SZABO, Nick, *Formalizing and securing relationships on public networks*, 1997, disponível em [View of Formalizing and Securing Relationships on Public Networks | First Monday](#).

_____. *Smart contracts: building blocks for digital markets*, 1996, disponível em [Nick-Szabo-Smart-Contracts-Building-Blocks-for-Digital-Markets-1996-14591.pdf](#).

TABORDA, Paulo, CACHADINHA, Nuno, *BIM nas obras públicas em Portugal: condicionantes para uma implementação com sucesso*, in *Congresso Construção*, Coimbra, Portugal, págs. 1-14, dezembro 2012, disponível em [ID21.pdf](#) (unl.pt).

TAURIAINEN *et al.*, Matti, *The effects of BIM and lean construction on design management practices*, in *Procedia Engineering*, vol. 164, págs. 567-574, 2016.

TAVARES, André Ramos, *Curso de direito constitucional*, 18.^a ed., São Paulo, Saraiva Educação, 2020.

TED TENDERS ELECTRONIC DAILY, *Place of performance (map)*, 2021, disponível em [Place of performance \(Map\) - TED Tenders Electronic Daily](#) (europa.eu).

TESSEROLLI, Eduardo Ramos Caron, *A consensualidade contemporânea: os exemplos de fomento, do acordo substitutivo de sanção administrativa e o procedimento de manifestação de interesse (PMI)*, in *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 8, págs. 45-62, set./fev. 2016.

THE AMERICAN INSTITUTE OF ARCHITECTS, *Integrated Project Delivery: a guide*, AIA National, AIA California Council, 2007, disponível em [IPD_Guide.pdf](#) (aicontracts.org).

_____. *Integrated Project Delivery: an updated working definition*, California Council, Sacramento, 2014, disponível em [IPD-A-Working-Definition-FINAL.pdf](#) ([leanipd.com](#)).

TOMBS, Steve, WHYTE, David, *Transcending the deregulation debate? Regulation, risk, and the enforcement of health and safety in the UK*, in *Regulation & Governance*, vol. 7, n.º 1, págs. 61-79, March 2013.

TORCHIA, Luisa, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in 61.º Convegno di Studi Amministrativi su “La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione”, Varenna, págs. 1-53, setembro 2015.

_____. *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, n.º 2, págs. 72-84, 2016.

TOSI, Emilio, *High tech law: the digital legal frame in Italy*, Giuffrè Editore, Milano, 2015.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Heritage sites and people power: what’s the best approach?*, Berlin, 2021, disponível em [Heritage sites and people power: what’s the best... - Transparency.org](#).

_____. *Integrity pacts – civil control mechanism for safeguarding EU funds*, Berlin, 2021, disponível em [Data - Integrity Pacts – Civil Control Mechanism... - Transparency.org](#).

_____. *Safeguarding EU-funded investments with Integrity Pacts. A decision-maker’s guide to collaborative public contracting monitoring*, Berlin, 2021, disponível em [Safeguarding EU-funded investments with Integrity... - Transparency.org](#).

TRUBEK, David M., COTTRELL, Patrick, NANCE, Mark, “*Soft law,*” “*Hard law,*” and the European integration: toward a theory of hybridity, in *University of Wisconsin Legal Studies Research Paper*, n.º 1002, págs. 1-43, November 2005.

TSCHIMMEL, Katja, *Design thinking as an effective toolkit for innovation*, in *Proceedings of the XXIII ISPIM Conference. Action for Innovation: Innovating from experience*, Barcelona, págs. 1-20, 2012.

UNIÃO EUROPEIA, *Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)*, Luxemburgo, 2021, disponível em [Tribunal de Justiça da União Europeia \(TJUE\) | União Europeia \(europa.eu\)](#).

VALAGUZZA, Sara, *Benvenuto Decreto semplificazioni 2021*, *Ingenio informazione tecnica e progettuale*, 2021, disponível em [Benvenuto Decreto Semplificazioni 2021 \(ingenio-web.it\)](#).

_____. *Governare per contratto. Como creare valore attraverso i contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

_____. *How does collaborative procurement operate in Italy?*, in David MOSEY, Collaborative construction procurement and improved value, London, Wiley Blackwell, págs. 445-460, 2019.

_____. *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in Rivista della Regolazione dei mercati, n.º 1, págs. 9-57, 2016.

VAÑÓ, María José Vañó, *Limitaciones a la aplicación de cláusulas sociales en la contratación pública desde la perspectiva del derecho de la competencia*, in CIRIEC – España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, n.º 87, págs. 1-26, 2016.

VENTURELLI *et al.*, Andrea, *Directive 2014/95/EU: are Italian companies already compliant?*, in Sustainability, vol. 9, n.º 1.385, págs. 1-19, 2017.

VIANA, Ana Cristina Aguilar, *O governo digital no Brasil: devemos visar apenas à eficiência pública?*, in Consultor Jurídico (ConJur), abril de 2021, disponível em ConJur - Ana Cristina Viana: Sobre o governo digital no Brasil.

VILANOVA, Lourival, *Causalidade e relação no direito*, 4. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

VILELA, Danilo Vieira, *A nova Lei Geral para as Agências Reguladoras no Brasil – Lei n.º 13.848/2019*, in Revista do Direito Público, Londrina, vol. 15, n. 2, págs. 91-115, mai./ago. 2020, pág. 101.

VINCENT-JONES, Peter, *The New Public Contracting: public versus private ordering*, in Indiana Journal of Global Legal Studies, vol. 14, n.º 2, págs. 259-278, Summer 2007.

_____. *The New Public Contracting: regulation, responsiveness, relationality*, Oxford University Press, 2006.

VOGEL, David, *The market for virtue: the potential and limits of corporate social responsibility*, Washington, D.C., Brookings Institution Press, 2005.

WALCH, Angela, *The law of fintech symposium: the path of the blockchain lexicon (and the law)*, in Review of Banking & Financial Law, vol. 36, págs. 713-765, Spring, 2016.

WELLER, Catherine, PRITCHARD, Janet Meissner, *Evolving CJEU jurisprudence: balancing sustainability considerations with the requirements of the internal market*, in European Procurement & Public Private Partnership Law Review, vol. 8, n.º 1, Special issue: sustainable procurement, págs. 55-59, 2013.

WERBACH, Kevin, CORNELL, Nicolas, *Contracts ex machina*, in Duke Law Journal, vol. 67, n.º 2, págs. 313-382, November 2017.

WESSELING, Joeri H., EDQUIST, Charles, *Public procurement for innovation to help meet societal challenges: a review and case study*, in Science and Public Policy, vol. 45, n.º 4, págs. 493-502, 2018.

WORLD BANK, *Civic engagement in procurement: a review of eight international case studies*, Open Knowledge Repository, Washington, D.C, 2009, disponível em Civic Engagement in Procurement : A Review of Eight International Case Studies (worldbank.org).

_____. *GovTech maturity index: the state of digital transformation in the public sector*, Washington D.C., September 2021, disponível em GovTech Maturity Index: The State of Digital Transformation in the Public Sector (worldbank.org).

WORLD ECONOMIC FORUM, *Exploring blockchain technology for government transparency: blockchain-based public procurement to reduce corruption*, Insight Report, Geneva, June 2020, disponível em WEF_Blockchain_Government_Transparency_Report.pdf (weforum.org).

WORLD TRADE ORGANIZATION, *Agreement on government procurement*, 2021, disponível em WTO | Government procurement - The plurilateral Agreement on Government Procurement (GPA).

WÜST, Karl, GERVAIS, Arthur, *Do you need a blockchain?*, Crypto Valley Conference on Blockchain Technology, IEEE Computer Society, págs. 45-54, 2018, disponível em IEEE Xplore Full-Text PDF:.

YAGA *et al.*, Dylan, *Blockchain technology overview*, National Institute of Standards and Technology Interagency (NISTIR) 8202, págs. 1-57, October 2018, disponível em Blockchain Technology Overview (arxiv.org).

YANG, Chan, *Is there a role for blockchain for enhancing public procurement integrity?*, OECD Global Anti-Corruption & Integrity Forum, March 2019, disponível em Call for Papers- Cover Page (oecd.org).

YOUNG, Ricardo, *Dilemmas and advances in corporate social responsibility in Brazil. The work of Ethos Institute*, in Natural Resources Forum, n.º 28, págs. 291-301, 2004.

YUKINS, Christopher R., RACCA, Gabriella M., *Introduction: the promise and perils of innovation in cross-border procurement*, in RACCA, Gabriella M., YUKINS, Christopher R. (eds.), *Joint public procurement and innovation: lessons across borders*, Brussels, Bruylant, págs. 1-27, 2019.

ZADEK, Simon, *The logic of collaborative governance: corporate responsibility, accountability, and the social contract*, in Corporate Social Responsibility Initiative, Working Paper n.º 17, Cambridge, John F. Kennedy School of Government, Harvard University, págs. 1-30, 2006.