



Tribunal de Contas
Mato Grosso

TRIBUNAL DO CIDADÃO

revista **TCE**

Revista Técnica do Tribunal de Contas de Mato Grosso

Publicação semestral • julho de 2016 • 10ª edição

Disponível no Portal www.tce.mt.gov.br



A Previdência Social rumo ao colapso

Déficit atuarial dos regimes de previdência dos
Estados e DF chega a R\$ 3 trilhões

Entrevista com

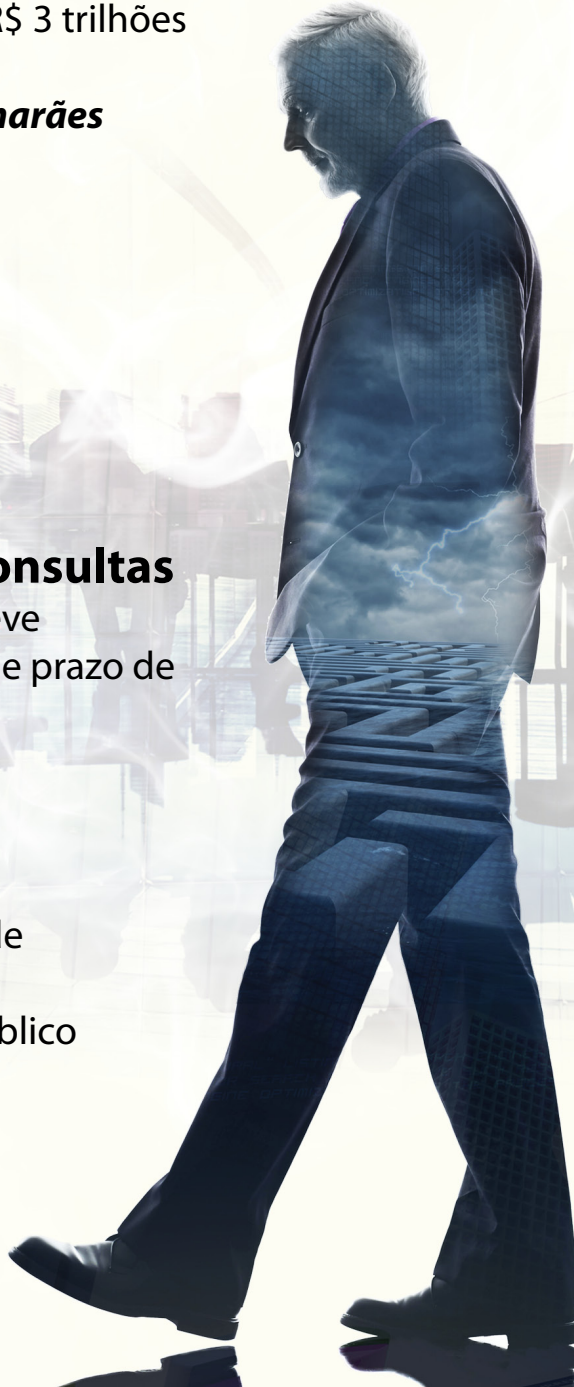
Otoni Gonçalves Guimarães

Resoluções de Consultas

Renúncia de receita deve
estabelecer condições e prazo de
duração do benefício

Artigos Técnicos

Importância do fiscal de
contrato na busca pela
eficiência no poder público



CONSELHO EDITORIAL

Presidente

Ronaldo Ribeiro de Oliveira
Conselheiro Substituto

Membros

Gustavo Coelho Deschamps
Procurador de Contas do MPC-MT

Edicarlos Lima Silva
Secretário-Chefe da Consultoria Técnica

Américo Corrêa
Secretário de Comunicação Social

PRODUÇÃO EDITORIAL

Secretaria de Comunicação Social

PubliContas: Editora do TCE-MT

Supervisão

Américo Corrêa
Secretário de Comunicação Social

Edição

Nadja Vasques
Coordenador de Imprensa

Apoio Jornalístico

Felipe de Albuquerque Augusto
Josana Salles Abucarma

Edição e

Fechamento de Arquivo

Doriane Miloch
Coordenadora da PubliContas

Capa

Rodrigo Canellas
Publicitário

Fotos

Marcos Bergamasco
Thiago Bergamasco
(Agência Phocus)

Ilustrações dos Artigos

Fabiane Mello
Publicitário

Apoio

Boanerges Capistrano

Ilustrações e Texturas

©Stockphotos

Revisão Textual

Doralice Jacomazi

Identidade Institucional

Negócio:

Controle da gestão dos recursos públicos.

Missão:

Controlar a gestão dos recursos públicos do Estado e dos municípios de Mato Grosso, mediante orientação, avaliação de desempenho, fiscalização e julgamento, contribuindo para a qualidade e a efetividade dos serviços, no interesse da sociedade.

Visão:

Ser reconhecido como instituição essencial ao regime democrático, atuando pela melhoria da qualidade da gestão pública e no combate à corrupção e ao desperdício.

Valores:

Justiça: Pautar-se estritamente por princípios de justiça, pela verdade e pela lei, com integridade, equidade, coerência, impessoalidade e imparcialidade.

Qualidade: Atuar de forma ágil, tempestiva, efetiva, eficiente e eficaz, com base em padrões de excelência de gestão e de controle.

Profissionalismo: Atuar com base nos princípios e valores éticos e de forma independente, técnica, responsável, proativa, leal e comprometida com a identidade institucional e com o interesse público.

Transparência: Disponibilizar e comunicar tempestivamente, em linguagem clara e de fácil acesso, as ações, decisões e atos de gestão do TCE-MT, bem como as informações dos fiscalizados sob sua guarda, no interesse da sociedade.

Consciência Cidadã: Estimular o exercício da cidadania e do controle social da gestão pública.

Expediente TCE-MT

Tribunal Pleno

Presidente

Conselheiro Antonio Joaquim Morais Rodrigues Neto

Vice-Presidente

Conselheiro Valter Albano da Silva

Corregedor-Geral

Conselheiro José Carlos Novelli

Ouvidor-Geral

Conselheiro Waldir Júlio Teis

Integrantes

Conselheiro Gonçalo Domingos de Campos Neto

Conselheiro Sérgio Ricardo de Almeida

Conselheiro Interino Moises Maciel

1ª Câmara

Presidente

Conselheiro Sérgio Ricardo de Almeida

Integrantes

Conselheiro José Carlos Novelli

Conselheiro Waldir Júlio Teis

Conselheiro Substituto Luiz Carlos Azevedo Costa Pereira

Conselheiro Substituta Jaqueline Maria Jacobsen Marques

Conselheiro Substituto Moises Maciel

2ª Câmara

Presidente

Conselheiro Gonçalo Domingos de Campos Neto

Integrantes

Conselheiro Valter Albano da Silva

Conselheiro Interino Moises Maciel

Conselheiro Substituto Luiz Henrique Moraes de Lima

Conselheira Substituto Isaías Lopes da Cunha

Conselheiro Substituto João Batista Camargo Júnior

Conselheiros Substitutos

Luiz Henrique Moraes de Lima

Isaías Lopes da Cunha

Luiz Carlos Azevedo Costa Pereira

João Batista Camargo Júnior

Jaqueline Maria Jacobsen Marques

Moises Maciel

Ronaldo Ribeiro de Oliveira

Ministério Público de Contas

Procurador-Geral

Gustavo Coelho Deschamps

Procurador-Geral Substituto

William de Almeida Brito Júnior

Procuradores de Contas

Alisson Carvalho de Alencar

Getúlio Velasco Moreira Filho

Editorial

Esta 10ª edição da Revista Técnica inicia-se com interessante e satisfatória entrevista concedida pelo auditor fiscal da Receita Federal do Brasil, em exercício no Ministério da Previdência Social (MPS), Otoni Gonçalves Guimarães. O tema abordado, previdência pública, tem preocupado gestores, órgãos de controle e sociedade, em razão do déficit atuarial da União, Estados, DF e Municípios, que perfaz o montante de R\$ 4,9 trilhões, correspondente a 84,87% do PIB do Brasil, bem como o déficit financeiro anual, em torno de R\$ 91,4 bilhões, correspondente a 1,6% do PIB brasileiro. Vale a pena conferir!

O leitor também terá a oportunidade de aprofundar seus conhecimentos sobre assuntos atuais e relevantes afetos à gestão pública julgados pelo Pleno do TCE-MT, a exemplo da Resolução de Consulta nº 13/2015, que dispõe sobre a prorrogação de prazos de contratos administrativos que tenham por objeto a realização de obras públicas, e da Resolução de Consulta nº 20/2015, que esclarece as regras que devem ser observadas para concessão, ampliação e renovação de incentivos ou benefícios fiscais.

Merecem destaque, ainda, os artigos científicos da mais alta qualidade escritos por autores de diversas entidades públicas que compõem esta edição, como os que abordam os temas litigância de má-fé no âmbito dos Tribunais de Contas e fiscal de contrato.

Por fim, ressaltamos que a revista passou por mudanças no final do ano de 2015 e início de 2016, dentre elas, a alteração na composição do Conselho Editorial – contamos agora com o apoio e elevado conhecimento do auditor público externo e secretário-chefe da Consultoria Técnica do TCE-MT, Edicarlos Lima Silva, e do jornalista e secretário de Comunicação Social do TCE-MT, Américo Santos Corrêa, e assim a edição do segundo semestre de 2015 não foi publicada.

Aproveitamos o ensejo para lembrar que estamos sempre abertos para receber artigos científicos, sugestões e opiniões por meio do *e-mail* revistatecnica@tce.mt.gov.br. Desejamos uma excelente leitura a todos.

Ronaldo Ribeiro de Oliveira

Conselheiro Substituto junto à Presidência

Presidente do Conselho Editorial



4

A Previdência Social rumo ao colapso

Déficit atuarial dos regimes de previdência dos Estados e DF chega a R\$ 3 trilhões

Otoni Gonçalves Guimarães

Resoluções de Consulta

12

Serviços isolados de publicidade não se submetem à Lei nº 12.232/2010

Antonio Joaquim Moraes Rodrigues Neto

17

Condições para concessão ou renovação de incentivos fiscais

José Carlos Novelli

28

A filiação associativa de municípios depende de autorização legal

Valter Albano da Silva

35

Executivo municipal pode antecipar duodécimos ao Legislativo

Waldir Júlio Teis

44

Contratos de prestação de serviços contínuos podem ser repactuados

Gonçalo Domingos de Campos Neto

65

A implementação do piso nacional para os ACS e ACE é obrigatória

Sérgio Ricardo de Almeida

75

Ampliação de prazo contratual expirado para conclusão de obras

Jaqueline Maria Jacobsen Marques

92

Cargo de advogado público deve ser exercido por servidor concursado

Luiz Henrique Lima

115

Declaração de presença não é necessária para comprovar diárias

Luiz Carlos Azevedo Costa Pereira

124

Lei do RPPS pode fixar limite de idade para dependentes

Moises Maciel

142

Erro na celebração do negócio jurídico: teorias da cognoscibilidade e escusabilidade e suas implicações na indenização por interesse negativo das partes contratante e contratada

Errors in concluding the legal business: theories of knowledgeability and excusability and its implications in compensation for negative interests by the parts: contractor and contracted

Bruno Ribeiro Marques

149

Litigância de má-fé no âmbito dos Tribunais de Contas: comparativo entre o antigo e o novo CPC e análise de precedentes

Bad faith's litigation under the Court of Auditors: comparison between the old and the new CPC and previous analysis

Luciano Pereira da Silva



160

A necessidade de atualização da Lei de Licitações e a possibilidade jurídica de os entes federativos estabelecerem novos valores para definição das modalidades licitatórias: uma análise da atuação do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso

The necessity of updating the Bidding Law and the legal possibility of the members of federation to institute new values to establish the correct bidding procedure: an analysis of the role of the Court of Auditors of Mato Grosso State

Lys Marisa Gonçalves

167

A possibilidade de apreciação judicial de questões de concursos públicos

The possibility of judicial review of public procurement issues

Thiago Braga Rösler

177

Fiscal de contrato: a personificação do princípio da eficiência nos contratos administrativos e seu desvirtuamento por agentes políticos

Fiscal Agreement: the embodiment of the principle of efficiency in government contracts and its distortion by politicians.

Allison Akerley da Silva e Filipe Xavier Ribeiro



Um tribunal cada vez mais conectado ao cidadão

Curta, compartilhe e conheça mais sobre o Tribunal de Contas de Mato Grosso nas redes sociais. Notícias, prestação de contas, novidades e tudo o que acontece no TCE-MT na tela do seu computador, tablet ou celular.

www.tce.mt.gov.br

@TCEmatogrosso 

f /TCEMatoGrosso



Tribunal de Contas
Mato Grosso

TRIBUNAL DO CIDADÃO

A Previdência Social rumo ao colapso

Déficit atuarial dos regimes de previdência dos Estados e DF chega a R\$ 3 trilhões

Entrevista ao jornalista **Fábio Monteiro**

Praticamente todos os municípios têm Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS), o que gera uma demanda grande de contas a serem analisadas pelos tribunais. Os regimes próprios são instituídos e organizados pelos respectivos entes federativos. A partir da instituição do regime próprio, por lei, os servidores titulares de cargos efetivos são afastados do Regime Geral de Previdência Social (RGPS). Com essa regra, os servidores que contribuem para fundos de previdência de RPPS, com a aposentadoria, têm seus direitos assegurados, exclusivamente, através dos recursos desses fundos.

Devido ao alto déficit da previdência em todo o país, a reforma e a atualização são essenciais para o futuro dos funcionários públicos. Nesta entrevista, o auditor fiscal da Receita Federal, Otoni Gonçalves Guimarães, autor da cartilha “Contabilidade Aplicada aos Regimes Próprios de Previdência Social”, publicada pelo Ministério da Previdência Social, demonstra a necessidade de equilibrar o déficit que existe e garantir um futuro tranquilo aos servidores públicos.

Otoni Gonçalves Guimarães é graduado em Ciências Contábeis pelo Centro Universitário de Brasília (Uniceub), com especialização em Gestão de Sistemas de Previdência Social pela Universidade de Alcalá, Espanha.

RT – Existe o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) para o trabalhador da iniciativa privada e o Regime Próprio de Previdência Social, os RPPS, para o trabalhador do serviço público. É possível pensar em um mesmo sistema para todos?

OTONI – Ambos são sistemas de previdência social, embora sob fundamentos específicos na própria Constituição. Para maior aproximação dos regimes ou alteração mais aprofundada é necessário que se proceda a alterações constitucionais. Os RPPS têm seus fundamentos no artigo 40 da Constituição Federal, no qual estão previstas as exigências de constituição, gestão e sustentabilidade, bem como as regras dos benefícios de aposentadorias e pensão. Já o regime geral está fundamentado no art. 201 da CF, porém os benefícios e regras de contribuição e de concessão dos benefícios são tratados em legislação infraconstitucional, incluindo o teto específico do valor do benefício, que em regra guarda uma relação direta com o salário de contribuição, não necessariamente com o valor do salário do segurado, enquanto que para o servidor

público esse teto está definido em função da remuneração do cargo efetivo.

RT – Qual é o impacto da economia sobre os dois sistemas, do RGPS e do RPPS?

OTONI – O regime geral é um modelo que tem, digamos, sua saúde financeira, muito atrelada com a questão da evolução da economia. Nos momentos em que a economia está num crescente, o sistema tende a ser mais favorável do ponto de vista financeiro, haja vista tratar-se de um sistema organizado em repartição simples, ou seja, o que se arrecada hoje ele paga hoje. Em um cenário de economia em expansão, há naturalmente o favorecimento a uma maior arrecadação pela amplitude da massa de contribuintes pela maior empregabilidade, consequentemente promovendo mais folga para o custeamento dos benefícios atuais. No setor público, embora não esteja dissociado da situação econômico-financeira, o regime próprio de previdência tem algumas características próprias, por exemplo, como os segurados tendem a ter estabilidade no emprego, gerando, portanto, o direito ao

“ Em um cenário de economia em expansão, há naturalmente o favorecimento a uma maior arrecadação pela amplitude da massa de contribuintes pela maior empregabilidade, consequentemente promovendo mais folga para o custeamento dos benefícios atuais ”



Otoni Gonçalves Guimarães, especialista em Gestão de Sistemas de Previdência Social pela Universidade de Alcalá-Espanha

acesso ao benefício, independentemente do eventual aumento ou diminuição das receitas do ente.

RT – Em números globais, como anda a situação financeira e atuarial da previdência dos servidores públicos da União, Estados e Municípios?

OTONI – Pelas informações extraídas dos demonstrativos apresentados pelos entes federativos, em 2015, os mais de dois mil municípios com RPPS apresentaram um déficit atuarial da ordem de R\$ 675 bilhões. Relativamente aos Estados e o Distrito Federal, esse déficit atuarial chega a aproximadamente R\$ 3 trilhões. Já na União, isoladamente, considerando apenas os servidores civis de todos os Poderes e órgãos, esse déficit está na ordem de R\$ 1,2 trilhão, chegando o déficit atuarial total a um pouco menos de R\$ 5 trilhões em todo o sistema dos Regimes Próprios de Previdência Social nas três esferas.

Por certo são valores extremamen-

te preocupantes, tendo em vista que na verdade se trata de compromissos já assumidos perante um conjunto de cerca de 9,75 milhões de segurados e beneficiários, dos quais 2,1 milhões estão na União, representados por um pouco mais de 50% de servidores ativos, os principais contribuintes. Sob a responsabilidade dos Estados e DF estão cerca de 4,6 milhões de segurados e beneficiários, dos quais quase 2,7 milhões são contribuintes e, o restante, beneficiários. Nos municípios, em torno de 2,9 milhões, com aproximadamente 1,8 milhão de contribuintes.

Então, na União a relação contribuinte beneficiário está praticamente um para um, ou seja, para cada indivíduo recebendo aposentaria ou pensão, se tem apenas um contribuindo. Nos Estados e DF, essa relação está um pouco melhor, embora não favorável ao sistema, pois para cada beneficiário de aposentadoria ou pensão há 1,5 contribuindo. Já nos municípios, em termos de relação contribuinte e be-

neficiário, o cenário é mais favorável, por ainda ter praticamente quatro contribuintes para um beneficiário.

No aspecto financeiro, representado pelos ingressos de recursos de contribuições e outros aportes, excluindo as transferências para cobertura da insuficiência corrente frente às despesas, o conjunto dos municípios teve em 2015 um superávit financeiro da ordem de R\$ 6,7 bilhões. Embora pareça uma situação confortável, há que se considerar que existe ainda um significativo déficit atuarial. Todos os Estados e o Distrito Federal, considerando o que eles arrecadaram em 2015 e o que pagaram de benefícios, significaram um déficit financeiro de aproximadamente R\$ 61 bilhões, diferença aportada pelos respectivos Tesouros. Já a União isoladamente, considerando apenas os servidores civis, teve um déficit financeiro em 2015 de R\$ 37 bilhões. Acrescentando os benefícios pagos aos militares da União, esse déficit sobe para mais de R\$ 65 bilhões.

RT – Nós podemos dizer que, com esses dados, existe uma perspectiva para esse modelo ruir?

OTONI – Da maneira que a legislação estruturou esse sistema, ele não deveria caminhar para isso. Por quê? Desde a Emenda Constitucional nº 20, de 1998, o sistema foi redefinido como contributivo e numa lógica de capitalização coletiva dos recursos, ou seja, o que se espera é que os ingressos relativos aos contribuintes atuais sejam mantidos como reservas para o pagamento dos seus benefícios no futuro, mesmo que num regime solidário. Porém, há que considerar que o regime como um todo saiu de um modelo não contributivo

para contributivo, ainda com a exigência de observância do equilíbrio financeiro e atuarial, consequentemente gerando um enorme custo de transição. O mais grave é que a maioria dos entes federativos, de modo geral, não atentaram para essa questão, deixando de fazer a “lição de casa”, na busca da construção desse modelo de capitalização. Mas a meu ver ainda há viabilidade para o equilíbrio do sistema, em que pese as dificuldades econômico-financeiras de praticamente a totalidade dos entes, desde que haja a decisão política de se buscarem as soluções possíveis, até porque a própria legislação aponta as possibilidades, no caso o art. 249 da CF, que admite o aporte

de bens, direitos e demais ativos para a composição do fundo de previdência. É certo que, ao optar por tais soluções, os responsáveis pelo ente e pelo RPPS devem atentar para as questões que envolvem a gestão desses ativos, tais como: a adoção de critérios rigorosos de seleção desse patrimônio, se estes se encontram realmente livres, disponíveis, para alienações ou para a adoção de medidas que viabilizem a geração de disponibilidades financeiras, como a incorporação a opções de investimentos. Atendidas as exigências para que os ativos passem a compor o fundo de previdência, faz-se necessária a edição de leis autorizativas de vinculação, para que posteriormente

DICA DE LEITURA

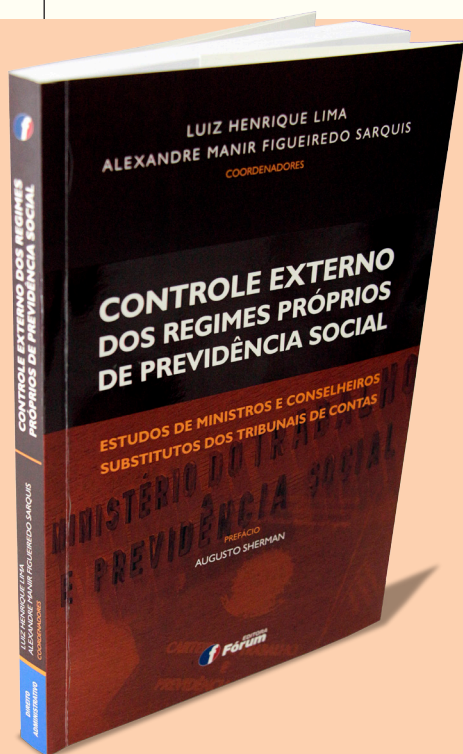
Livro sobre RPPS organizado por conselheiro substituto do TCE-MT já é *best seller*

O livro ‘Controle externo dos Regimes Próprios de Previdência Social’ é uma obra pioneira sobre os chamados Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS) em todo o país e já se tornou um *best seller* entre os profissionais de direito público, gestores previdenciários e segurados. Entre os autores da obra estão os conselheiros substitutos do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, Luiz Henrique Lima, responsável também por sua organização, e Ronaldo Ribeiro.

A importância do livro pode ser medida pelo impacto dos RPPS na economia e na vida pessoal dos milhões de segurados. Basta lembrar que os mais de 2.100 RPPS existentes possuem, apenas em disposição financeira imediata – não contando com seu patrimônio imobilizado – mais de R\$ 175 bilhões. Isso significa que os regimes

previdenciários próprios dos estados e municípios contam hoje com um volume de recursos cash muito superior às disponibilidades de caixa de todos os entes federativos brasileiros somados, excetuando-se a União.

No livro, há abordagens de diversos temas-chaves para uma gestão de sucesso de um RPPS. “Há capítulos que discutem o déficit atuarial, que falam sobre a implementação desses sistemas; há ainda um capítulo que foca no trabalho dos Tribunais de Contas na análise dos atos de concessão de benefícios previdenciários, bem como a importância e o papel das auditorias sobre a previdência própria de estados e municípios a partir de experiências do Tribunal de Contas da União e dos Tribunais de Contas dos estados”, explicou o conselheiro.



sejam buscados os mecanismos de monetização desses bens. É importante atentar que, enquanto não houver disponibilidades financeiras, mesmo que o regime apresente equilíbrio atuarial, o Tesouro continua responsável pelos aportes para a cobertura das eventuais insuficiências financeiras, não dispensando a atenção

para as implicações nos limites de despesa com pessoal exigidos pela legislação de responsabilidade fiscal.

RT – A previdência não pode depender da fonte representada pelo Estado. É isso?

OTONI – Pelos fundamentos de-

finidos pela legislação atual, os regimes próprios não devem depender, exclusivamente, das fontes financeiras do Tesouro. Tomando como exemplo o Estado de Mato Grosso, embora ele tenha aprovado a legislação estruturando a unidade gestora e definindo alguns mecanismos viabilizadores do equacionamento do

“ O primeiro Estado a instituir e implementar a sua previdência complementar foi São Paulo, seguido pelo Rio de Janeiro e Espírito Santo. Outros Estados já instituíram a lei, mas ainda não implementaram efetivamente ”

déficit atuarial do sistema, na essência, ainda vem funcionando como um regime de repartição simples, com grande dependência das receitas correntes do Estado, tendo em vista que o que se arrecada pelas contribuições não é suficiente para o pagamento dos benefícios previdenciários a seu cargo, segundo informações com um déficit financeiro de mais de R\$ 700 milhões por ano e um déficit atuarial possivelmente beirando uns R\$ 20 bilhões. Esse é o compromisso já assumido não coberto com as receitas projetadas numa perspectiva de 75 anos, prazo mínimo que a legislação exige para projeção. Ou seja, urge a adoção de medidas solucionadoras, lembrando que não se trata de exclusividade do Estado de Mato Grosso.

RT – O senhor vê nos Estados e federação alguma mobilização para amortização do déficit previdenciário?

OTONI – Não há ainda movimentos contundentes quanto ao enfrentamento do déficit do sistema, especialmente os Estados e a própria União, que são detentores dos maiores déficits tanto financeiros quanto atuariais, deveriam estar numa grande mobilização nacional na busca da consolidação dos RPPS quanto ao equilíbrio, tendo em vista que desde 1998 essa é uma exigência da Constituição Federal. Isoladamente, se percebem alguns movimentos neste sentido, como o Estado de Mato Grosso, que vem tentando buscar mecanismos de equacionamento do déficit atuarial do seu regime próprio, mediante o aporte de ativos diversos, sob a inspiração da lei que criou o MTPrev e sua estrutura de gestão. Por outro lado, a União e alguns grandes Estados não têm demonstrado medidas mais contundentes nesse caminho.

RT – A partir do momento que se adote um, ou se adotar um sistema desse de ativos e tudo mais, o senhor acha que em quanto tempo um Estado consegue colocar as contas em dia? O senhor consegue fazer uma previsão disso?

OTONI – Depende do modelo. Se ele consegue aportar ativos suficientes e gerar recursos financeiros anuais suficien-

tes para o pagamento dos benefícios no mesmo exercício, daí já resolve parcialmente o problema. Já o equilíbrio atuarial a legislação permite um tempo de até 75 anos para a amortização total do déficit, desde que tenha previsão legal do processo local.

RT – Em outras palavras, um pouco de vontade política até, não é?

OTONI – Tudo que se resolve em qualquer estrutura pública passa necessariamente pela decisão política. A partir da orientação política dos comandos superiores, naturalmente tudo vai se mobilizar para resolver.

RT – Em relação à previdência complementar dos servidores públicos, como anda sua implantação nos Estados? O senhor acredita que é um modelo viável?

OTONI – Alguns Estados já estabeleceram a previdência complementar, algumas já em funcionamento, outras ainda não. O primeiro Estado a instituir e implementar a sua previdência complementar foi São Paulo, seguido pelo Rio de Janeiro e Espírito Santo. Outros Estados já instituíram a lei, mas ainda não implementaram efetivamente. A previdência complementar pode sim ser uma solução parcial para as contas do ente federativo, alivia no longo prazo o custo da folha de benefícios porque você transfere parte dessa obrigação para o fundo de previdência complementar. Contudo, tem que se dimensionar muito bem qual o impacto da medida nas contas do ente como um todo, tanto o custo operacional do regime, associado ao potencial contingente de servidores passíveis de integrar o sistema, lembrando que este também vai ser financiado pelo patrocinador.

RT – Quais as principais fraudes e erros cometidos pelos gestores na aplicação de recursos no mercado financeiro e as principais ações de fiscalização que os Tribunais de Contas podem adotar?

OTONI – Os recursos dos mais de 2 mil regimes próprios, incluindo recursos financeiros, imóveis e outros ativos



“ O Tribunal de Contas de Mato Grosso vem sendo um positivo exemplo de evolução dos seus processos de acompanhamento e controle das aplicações dos recursos dos RPPS do Estado ”

ultrapassam R\$ 170 bilhões, dos quais, em torno de R\$ 80 bilhões, estão aplicados ou investidos no mercado financeiro. Como sabemos, esses recursos estão submetidos às regras do Conselho Monetário Nacional, que define segmentos e limites possíveis de alocação dos recursos. Se observadas adequadamente as normas do Conselho Monetário Nacional e as do órgão normatizador e fiscalizador, no caso, a previdência social, em tese, os problemas estariam adstritos aos riscos normais da dinâmica do mercado. No entanto, por diversos fatores, aí incluindo uma má gestão em razão de um ainda baixo nível de conhecimento da matéria de gestores dos RPPS, mas, também, sem afastar questões de ordem de má-fé, as aplicações dos recursos têm sido ponto importante de atuação dos órgãos de fiscalização, que ao longo do tempo vêm se especializando nessa atividade. Além da auditoria da previdência social, os Tribunais de Contas, por exemplo, têm buscado atuar fortemente nesta área. As principais irre-

gularidades e impropriedades detectadas têm sido aquelas aplicações canalizadas para produtos que não evidenciam reais garantias de sucesso. Não raramente, para serem adquiridos pelos investidores, passam por alguns mecanismos de incentivo, certamente, não evitados de honestidade. Portanto, como se percebe, a atividade de fiscalização se constitui num trabalho árduo e muitas vezes requintado de instrumentos de inteligência para detecção de eventuais fraudes, além da busca de apoios externos, por exemplo, das estruturas policiais. O Tribunal de Contas de Mato Grosso vem sendo um positivo exemplo de evolução dos seus processos de acompanhamento e controle das aplicações dos recursos dos RPPS do Estado.

RT – A falta de especialização, de qualificação, é o ponto frágil no processo de fiscalização?

OTONI – Como dissemos anteriormente, sim, pois, não tendo o investidor o mínimo de conhecimento do mercado,

seus segmentos, sua dinâmica, os diversos riscos inerentes etc., ele se torna presa fácil para os eventuais mal-intencionados.

RT – Existe conflito de competência na fiscalização, considerando a atuação do Ministério da Previdência, os Tribunais de Contas, outros órgãos de fiscalização?

OTONI – Seja a Previdência Social, os Tribunais de Contas, o Ministério Público, ou outros instrumentos de controle, em nenhum aspecto eles são conflitantes, na verdade, respeitadas as competências de cada um, são instrumentos complementares de supervisão e controle, o que requer cada vez mais uma interação das atividades e compartilhamento das informações. Como bom exemplo, atualmente se encontra em execução uma grande ação de auditoria coordenada pelo TCU congregando os Tribunais de Contas estaduais e municipais voltada para previdência gerida pelos RPPS. Entre outras questões, a medida tende a viabilizar a instrumenta-

“ *A transparência, certamente, se constitui na melhor e mais eficaz ferramenta de governança e controle das entidades e dos atos de gestão. Sempre promove formas de diminuição a exposições a riscos. Os responsáveis, os operadores, tendem a ficar mais cuidadosos em relação à prática de determinados atos* ”

lização dos Tribunais de Contas de forma harmônica na atividade de supervisão e controle da gestão dos regimes próprios, portanto, numa mesma linha de atuação. O Departamento dos Regimes Próprios de Previdência Social, em conjunto com o TCU, promoveu no final do ano passado um importante e rico treinamento, em Brasília, de equipes de todos os Tribunais de Contas. O Ministério da Previdência Social continua fazendo seu mesmo trabalho, que se caracteriza por uma visão, digamos, horizontal, de um ciclo de gestão, enquanto os Tribunais de Contas têm aquela atuação mais vertical, ou seja, com foco em cada exercício. Logicamente, se tem um trabalhando na visão horizontal e outro na vertical, assim, essas linhas sobrepostas criam pontos comuns que devem ser compartilhados pelos diversos órgãos, portanto, numa visão de complementaridade.

RT – Quais os principais erros e impropriedades detectados pelo Ministério da Previdência nas suas fiscalizações de RPPS?

OTONI – Por erros ou por outros fatores, as impropriedades que levam a irregularidades para fins de emissão do Certificado de Regularidade Previdenciária (CRP), mais comumente detectadas pelas auditorias diretas e indiretas, têm sido a falta do repasse oportuno das contribuições, o não pagamento dos parcelamentos, a utilização indevida dos recursos previdenciários para o pagamento de despesas administrativas, a alocação dos recursos em segmentos e limites incompatíveis com as normas, a ausência dos demonstrativos exigidos, além da inobservância da evidenciação do equilíbrio financeiro.

RT – Os atos de corrupção em relação à previdência vêm aumentando ou houve diminuição em razão da fiscalização?

OTONI – É difícil falar que aumentou ou diminuiu, são situações que vão sendo detectadas ao longo do tempo, nem sempre são perceptíveis de imediato. Como disse anteriormente, a detecção de indícios de fraudes e corrupção, via de regra, requer trabalhos de inteligência

mais sofisticados, o que pode levar algum tempo. Entre outras razões, as auditorias complementares dos diversos órgãos tendem a favorecer muito os bons resultados. No que diz respeito ao Ministério da Previdência Social, ao longo do tempo, este vem procurando construir estruturas normativas que permitem a mitigação de comportamentos e ações indevidos, mas isso não é tudo, o melhor resultado passa, necessariamente, pela honestidade das pessoas, e sobre isso não há como ter controle. Citamos, por exemplo, a obrigatoriedade da certificação pessoal e a possibilidade de certificação institucional trazida pela Portaria MPS nº 185/205, que instituiu o “Pró-Gestão”. Teoricamente, medidas como estas tendem a fazer com que os gestores agreguem maiores conhecimentos técnicos e dos meios de suas atuações, impondo, por consequência, uma maior governança do sistema.

RT – Logicamente isso está atrelado ao princípio da transparência?

OTONI – A transparência, certamente, se constitui na melhor e mais eficaz ferramenta de governança e controle das entidades e dos atos de gestão. Sempre promove formas de diminuição a exposições a riscos. Os responsáveis, os operadores, tendem a ficar mais cuidadosos em relação à prática de determinados atos.

RT – A aplicação de recursos dos RPPS no mercado financeiro não é algo simples. Quais cuidados devem ser adotados na aplicação de recursos previdenciários?

OTONI – São vários. Desde os critérios objetivos definidos pela legislação, por exemplo, as Resoluções do Conselho Monetário Nacional, as normas editadas pelo Ministério da Previdência Social. É fundamental a obtenção do máximo de informações das instituições e dos agentes participantes do processo, dos riscos a que podem estar expostos, da possibilidade de rentabilidade, sem nunca dispensar o fator de extrema relevância que é a segurança da aplicação. Então, como orientação para os gestores, conforme já dissemos, o Ministério da Previdência Social tem editado normas específicas disciplinando

essa atividade, tais como a necessidade de credenciamento prévio das entidades e pessoas, a construção e exigência de ferramentas que demonstrem as alocações dos recursos, por exemplo, os Demonstrativos da Política de Investimentos, das Aplicações e Investimentos dos Recursos, a Autorização para Aplicações e Resgates, exigências de análise da performance das aplicações etc. Importante lembrar que a instituição financeira utilizada para as aplicações dos recursos nada mais é do que o portal de saída do recurso do RPPS, ou seja, é o instrumento de acesso ao mundo real do mercado, portanto, é imprescindível que se conheça previamente o destino dos recursos alocados.

RT – Quais os riscos para sustentabilidade financeira do RPPS?

OTONI – Vejo que o principal risco para a sustentabilidade dos Regimes Próprios da Previdência Social tem origem na gestão do RPPS. É importante lembrar de que a gestão do RPPS não se restringe aos responsáveis pela unidade gestora, mas, também, e principalmente, aos governantes e dirigentes do ente federativo. É fundamental que o RPPS seja dotado de estrutura administrativa adequada, com gestores qualificados e consequentemente profissionais, preferencialmente segurados do seu respectivo RPPS, que sejam observadas, com rigor, as exigências quanto à responsabilidade fiscal e política, além da adoção das medidas requeridas, de imediato, por exemplo, a busca do equacionamento de eventuais déficits financeiros e atuariais.

RT – Qual é a responsabilidade dos gestores públicos sobre a situação do déficit atuarial?

OTONI – Considerando que a adoção de regime próprio é de iniciativa do ente federativo, mesmo que sob regras gerais de organização e funcionamento, os dirigentes e gestores públicos do ente é que são os responsáveis diretos pela solução dos eventuais déficits do regime. Para isso, a legislação é claramente delineada para adoção de mecanismos de equacionamento, por exemplo, a possibilidade de o ente federativo legislar sobre a estru-

ção dos fundos previdenciários prevista no art. 249 da Constituição Federal, inclusive, mediante a assunção de bens, direitos e ativos de qualquer natureza. As demais normas infraconstitucionais, especialmente as regulamentações emanadas do Ministério da Previdência Social, trazem as diversas orientações e possibilidades de solução, portanto, o fator determinante para a questão é a iniciativa dos dirigentes.

RT – É que normalmente o sistema político fala: “Isso aqui, se virar uma bola de neve, vai ser na próxima gestão, não na minha”.

OTONI – Infelizmente é uma visão que ainda têm muitos dirigentes políticos, o que requer, por outro lado, um maior controle social da previdência e dos órgãos de fiscalização, inclusive, mediante a responsabilização pessoal desses dirigentes, quando for o caso.

RT – Em sua opinião, qual é a importância das qualificações que são realizadas, não só aqui no TCE-MT, mas em outros tribunais e órgãos de controle?

OTONI – Eu diria que é fundamental e imprescindível a qualificação de todos os envolvidos no processo. Conforme reiteradamente evidenciado ao longo dessa entrevista, a sustentabilidade do RPPS está diretamente relacionada com a visão política dos dirigentes aliada à qualificação e profissionalismo dos gestores. Por outro lado, é de suma relevância que os responsáveis pela supervisão, controle ou fiscalização desses regimes, sejam dotados da qualificação necessária. Primeiro, para não serem cometidas injustiças no julgamento das contas e da conduta das pessoas, e segundo, por permitir que os órgãos de supervisão sejam acima de tudo os grandes orientadores dos processos de gestão, assim mitigando riscos ao sistema. Neste sentido, o TCE-MT é um belo exemplo, que por meio de sua Escola de Contas tem promovido diversas oportunidades de difusão do conhecimento sobre os RPPS, não apenas do corpo de auditores e demais técnicos, mas também dos seus conselheiros e procuradores. ★

“ *A sustentabilidade do RPPS está diretamente relacionada com a visão política dos dirigentes aliada à qualificação e profissionalismo dos gestores* ”



Inteiro Teor

*Resoluções
de Consultas*

Serviços isolados de publicidade não se submetem à Lei nº 12.232/2010



Antonio Joaquim Moraes Rodrigues Neto
Conselheiro
gab.ajoaquim@tce.
mt.gov.br

“A Lei nº 12.232/2010 não se aplica quando a contratação se referir a serviços prestados de forma isolada, singular e não integrada, a exemplo dos serviços de divulgação de conteúdo e material, já produzidos por departamento do ente”

Para contratação de serviços de publicidade a serem executados de forma isolada, singular e não integrada, como a distribuição de publicidade aos meios de divulgação de material produzido e concebido por departamento especializado do próprio ente, não há a obrigatoriedade de aplicação do rito previsto na Lei nº 12.232/2010. Neste caso, devem ser utilizados os procedimentos previstos na Lei nº 8.666/93 ou na Lei nº 10.520/2002.

A Lei nº 12.232/2010 aplica-se apenas às atividades complexas, realizadas de forma integrada e por intermédio de agências de publicidade, conforme descrito nos artigos 1º e 2º. A conclusão é do conselheiro Antonio Joaquim, que teve seu voto acolhido pelo Pleno do TCE-MT em março de 2013.

A resposta foi dada à consulta formulada pela Prefeitura Municipal de Alto Taquari, que indagou sobre a possibilidade de o município contratar emissoras de TV, rádio e jornais, observando unicamente a lei de licitações, para prestar serviços de divulgação de conteúdo e material já produzidos por departamento de comunicação do ente, nos seguintes termos.

Resolução de Consulta nº 01/2013-TP

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo nº 674-2/2013.

O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, nos termos dos artigos 1º, inciso XVII, 48 e 49, todos da Lei Complementar nº 269/2009 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso) e dos artigos 29, inciso XI, e 81, inciso IV, da Resolução nº 14/2007 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso), **resolve** por unanimidade, acompanhando o voto do relator e de acordo com o Parecer nº 406/2013 do Ministério Público de Contas, em responder ao consulente que: A Lei nº 12.232/2010 não se aplica a quaisquer serviços de publicidade, mas apenas às atividades complexas, realizadas de forma integrada e por intermédio de agências de publicidade, conforme se depreende da leitura dos artigos 1º e 2º da referida lei. Para contratação de serviços de publicidade a serem executados de forma isolada, singular e não integrada, como a distribuição de publicidade aos meios de divulgação de material produzido e concebido por departamento especializado do próprio ente, não há a obrigatoriedade de aplicação do rito previsto na Lei nº 12.232/2010. Neste caso, de-

vem ser utilizados os procedimentos previstos na Lei nº 8.666/93 ou na Lei nº 10.520/2002, nesta última hipótese, quando se enquadrarem como serviços comuns. O inteiro teor desta decisão está disponível no site: www.tce.mt.gov.br.

Presidiu o julgamento, em substituição legal, o conselheiro Waldir Júlio Teis – Vice-presidente.

Nos termos do artigo 107, § 2º, da Resolução nº 14/2007, o voto do conselheiro relator Antonio Joaquim foi lido pela conselheira substituta Jaqueline Jacobsen.

Participaram do julgamento os conselheiros Valter Albano, Domingos Neto e Sérgio Ricardo, e os conselheiros substitutos Luiz Henrique Lima, que estava substituindo o conselheiro Humberto Bosaipo, e Moises Maciel, que estava substituindo o conselheiro Waldir Júlio Teis.

Presente, representando o Ministério Público de Contas, o procurador-geral de Contas William de Almeida Brito Júnior.

Publique-se.

Você pode assistir ao vídeo do julgamento do processo no link <http://www.tce.mt.gov.br/protocolo/detalhe/num/6742/ano/2013>>

Parecer da Consultoria Técnica nº 04/2013

Excelentíssimo Senhor Conselheiro:

Trata-se de consulta formulada pelo Sr. Maurício Joel de Sá, prefeito municipal de Alto Taquari, fl. 02/03-TCE-MT, indagando sobre a possibilidade de o município contratar emissoras de TV, rádio e jornais, observando unicamente a lei de licitações, para prestar serviços de divulgação de conteúdo e material já produzidos por departamento de comunicação do ente, nos seguintes termos:

O ente público pode realizar a contratação de emissoras de TV, rádio e jornais, em conformidade com a Lei nº 8.666/93, para prestar serviços de divulgação de conteúdo e material já produzidos por departamento especializado do ente?

Não foram juntados outros documentos aos autos.

É o breve relatório.

1. DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

Verifica-se que os requisitos de admissibilidade da presente consulta, exigidos pelo art. 232 da Resolução 14/2007 (Regimento Interno do TCE-MT), foram preenchidos em sua totalidade.

2. DO MÉRITO

O consulente indaga sobre a possibilidade de contratação de emissoras de TV, rádio e jornais, com base na Lei nº 8.666/93, para prestar serviços de divulgação de conteúdo e material já produzidos por departamento especializado do ente, sem a obrigação de observar o rito previsto na Lei nº 12.232/2010.

De início, é necessário apontar que, diante da inovação legislativa introduzida pela Lei nº 12.232/2010, não foi possível o colhimento de julgados sobre o tema da consulta em outros Tribunais pátrios, tendo em vista tratar-se de assunto relativamente novo.

Assim, ressalta-se que a Constituição da República, no artigo 37, inciso XXI, determina que a contratação de obras, serviços, compras e alienações serão precedidos de processo de licitação pública, ressalvados os casos especificados na le-

gislação. Previu também que compete à União fixar normas gerais de licitações e contratação para administração pública, conforme dispõe o art. 22, inciso XXVII.

Com relação aos serviços de publicidade, até o advento da Lei nº 12.232/2010 deveriam ser contratados observando-se os procedimentos previstos na Lei de Licitações, sendo vedada a inexigibilidade de licitação para serviços de publicidade e divulgação, nos termos do inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93.

Estes serviços de publicidade, por envolverem arte e técnica de comunicação, demandam regramentos específicos diferentes daqueles que já existiam para avaliação dos serviços especializados em geral e na contratação de trabalhos apresentados em concurso¹. Além disso, estas contratações frequentemente envolvem grandes somas de recursos públicos² e devem ser realizadas com a observância dos procedimentos previstos na Lei nº 12.232/2010.

Esta nova lei introduziu procedimentos específicos para a contratação de serviços de publicidade, mormente aqueles prestados necessariamente por intermédio de agências de propaganda, conforme estabelece o art. 1º da Lei nº 12.232/2010, *literis*:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratações pela administração pública de serviços de publicidade prestados necessariamente por intermédio de agências de propaganda, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (grifo nosso).

Estão abrangidos no conceito de serviços de publicidade, conforme o art. 2º da Lei nº 12.232/2010:

Art. 2º Para fins desta Lei, considera-se serviços de publicidade o conjunto de atividades realizadas integralmente que tenham por objetivo o estudo, o planejamento, a conceituação, a concepção, a criação, a execução interna, a intermediação e a supervisão da

1 SCHWIND, Rafael Wallbach. Considerações acerca da nova lei de licitações e contratos administrativos de serviços de publicidade (Lei nº 12.232/2010). **Fórum de Contratação e Gestão Pública (FCGP)**, Belo Horizonte, ano 9, nº 106, p. 3044, out. 2010.

2 CASTRO, José Nilo de; OLIVEIRA, Adilson José Selim de Sales de; LINO, Graziela de Castro. Licitação: contratação de agência de publicidade: aplicabilidade da Lei nº 12.232/2010. **Revista Brasileira de Direito Municipal (RBDM)**, Belo Horizonte, ano 12, nº 42, p. 131147, out./dez. 2011. Parecer.

execução externa e a distribuição de publicidade aos veículos e demais meios de divulgação, com o objetivo de promover a venda de bens ou serviços de qualquer natureza, difundir ideias ou informar o público em geral.

§1º Nas contratações de serviços de publicidade, poderão ser incluídos como atividades complementares os serviços especializados pertinentes:

I – ao planejamento e à execução de pesquisas e de outros instrumentos de avaliação e de geração de conhecimento sobre o mercado, o público-alvo, os meios de divulgação nos quais serão difundidas as peças e ações publicitárias ou sobre os resultados das campanhas realizadas, respeitado o disposto no art. 3º desta Lei;

II – à produção e à execução técnica das peças e projetos publicitários criados;

III – à criação e ao desenvolvimento de formas inovadoras de comunicação publicitária, em consonância com novas tecnologias, visando à expansão dos efeitos das mensagens e das ações publicitárias. (grifo nosso).

A citada lei engloba, portanto, **serviços integrados** que merecem uma avaliação técnica pormenorizada e também a inclusão de atividades consideradas complementares aos serviços de publicidade, conceituando-as como serviços especializados, cujo teor refere-se:

- a) ao planejamento e à execução de pesquisas e de outros instrumentos de avaliação e de geração de conhecimento sobre o mercado, o público-alvo, os meios de divulgação e os resultados das campanhas realizadas,
- b) à produção e à execução técnica das peças e projetos publicitários criados,
- c) e à criação e desenvolvimento de formas inovadoras de comunicação publicitária.

Desta forma, defende-se que se excluem da aplicação da Lei nº 12.232/2010 os serviços que, embora considerados como de publicidade, possam ser contratados de forma isolada, singular e não integrada, submetendo-se tal contratação aos ditames da Lei nº 8.666/93.

Corroborando este entendimento, cita-se a lição de Rafael Wallbach Schwind:³

Serviços mais simplificados, ainda que possam ser considerados como de publicidade, não se submetem à Lei nº 12.232 se não apresentarem as características arroladas no artigo 2º da Lei. Mesmo os serviços indicados nesse dispositivo não se submeterão à nova Lei se não houver previsão de serem executados de

modo integrado. Trata-se de questão de fundamental importância para a verificação do âmbito concreto de aplicação da Lei nº 12.232. (grifo nosso).

Segue este mesmo entendimento Luciano Ferraz⁴, que assim considera:

Perceba-se que se a Administração Pública pretende contratar apenas o veículo para a divulgação das peças publicitárias que sua própria área de imprensa concebe, elabora e distribui não se estará diante de um “conjunto de atividades realizadas integralmente” nos termos do art. 2º, caput da Lei nº 12.232/10, senão diante da mera divulgação da mídia (atividade isolada), o que atrairá a incidência da Lei nº 8.666/93. (grifo nosso).

Assim, para que a atividade de publicidade seja contratada por meio da Lei nº 12.232/2010, devem ser reunidos os seguintes requisitos:

- a) que os serviços de publicidade sejam realizados de forma integrada;
- b) que o contrato tenha por objeto precípuo e conjugado o estudo, o planejamento, a conceitualização, a concepção, a criação, a execução interna, a intermediação, a supervisão da execução externa e, ainda, a distribuição de publicidade aos meios de divulgação; e
- c) que tenham por finalidade promover a venda de bens ou serviços de qualquer natureza ou difundir ideias ou, ainda, informar o público em geral.

Desta forma, e em resposta ao consultante, não se submetem à Lei nº 12.232/2010 os serviços de publicidade quando contratados isoladamente, ainda que indicados no artigo 2º desta lei, como os serviços de divulgação de conteúdo e material, por não demandarem diferencial técnico por parte dos sujeitos contratados para executá-los. Para tais serviços, devem ser utilizados os procedimentos previstos na Lei nº 8.666/93 e na Lei nº 10.520/2002, neste último caso, se puderem ser considerados como serviços comuns.

3. CONCLUSÃO

Pelo exposto e considerando que:

- A) a Lei nº 12.232/2010 disciplina o procedi-

⁴ FERRAZ, Luciano. Breves considerações sobre a nova lei de licitações para contratos de publicidade. **Fórum de Contratação e Gestão Pública (FCGP)**, Belo Horizonte, ano 10, nº 112, p. 2122, abr. 2011. p.1.

³ *Op. cit.*, p. 2.

mento licitatório a ser utilizado para contratação de serviços de publicidade, quando reunidos os seguintes requisitos:

- a) que os serviços de publicidade sejam realizados integralmente;
- b) que o contrato tenha por objeto precípuo e conjugado o estudo, o planejamento, a conceituação, a concepção, a criação, a execução interna, a intermediação, a supervisão da execução externa e, ainda, a distribuição de publicidade aos meios de divulgação; e
- c) que tenham por finalidade promover a venda de bens ou serviços de qualquer natureza ou difundir ideias ou, ainda, informar o público em geral;

B) a Lei nº 12.232/2010 não se aplica quando o contrato tiver por objeto serviços de publicidade considerados isoladamente e de forma não integrada, a exemplo dos serviços de divulgação de conteúdo e material, por não demandarem diferencial técnico por parte dos sujeitos contratados para executá-los; e,

Considerando, ainda, que não existe prejuízo neste Tribunal que responda à dúvida suscitada pelo consulente, sugere-se que, ao julgar o presente processo e concordando o Egrégio Tribunal Pleno com o entendimento delineado no presente parecer, adote-se a seguinte ementa (art. 234, § 1º, da Resolução nº 14/2007):

Resolução de Consulta nº ___/2013. Licitação. Serviços de publicidade. Distribuição de publicidade aos veículos e demais meios de divulgação. Contratação do serviço isoladamente. Não aplicação da Lei nº 12.232/2010.

Para contratação de serviços de publicidade a serem executados de forma isolada, singular e não integrada, como por exemplo a distribuição de publicidade aos meios de divulgação de material produzido e concebido por departamento especializado do próprio ente, não há a obrigatoriedade de aplicação do rito previsto na Lei nº 12.232/2010. Neste caso, devem ser utilizados os procedimentos previstos na Lei nº 8.666/93 ou na Lei nº 10.520/2002, nesta última hipótese, quando enquadrarem-se como serviços comuns.

Cuiabá-MT, 29 de janeiro de 2013.

Bruna Zimmer

Técnico de Controle Público Externo

Edicarlos Lima Silva

Consultor junto à Consultoria Técnica

Bruno Anselmo Bandeira

Secretário-Chefe da Consultoria Técnica

Parecer do Ministério Público de Contas nº 406/2013

[...]

3. CONCLUSÃO

Dessa forma, o **Ministério Público de Contas**, no uso de suas atribuições institucionais, **manifesta-se:**

- a) pelo **conhecimento da consulta**, haja vista o preenchimento dos pressupostos subjetivos e objetivos de admissibilidade;
- b) pela **aprovação da proposta de Resolução de Consulta** apresentada pela consultoria técnica, conforme regra o art. 81, IV, do

Regimento Interno do TCE-MT (Resolução nº 14/07).

É o parecer.

Ministério Público de Contas, Cuiabá-MT, 13 de fevereiro de 2013.

Gustavo Coelho Deschamps

Procurador de Contas

Razões do Voto

Egrégio Plenário,

Com base nos artigos 48 da Lei Complementar nº 269/2007 e 232 do Regimento Interno, desta-

ca-se que os requisitos de admissibilidade da consulta foram preenchidos em sua plenitude.

Feita essa observação, passo a analisar o mérito da questão, o qual se consubstancia na possibilidade

de um ente público contratar veículos de comunicação para divulgação de conteúdo produzido por departamento especializado do próprio ente, observando tão somente a Lei de Licitações nº 8.666/93.

Primeiro, ressalto que a resposta para o presente quesito exige a análise conjugada da Lei Nacional nº 12.232/10, que dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela Administração Pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda.

Segundo, é importante esclarecer que o tema abordado é novidade na legislação brasileira, tendo em vista que somente em 2010 foi introduzida no ordenamento jurídico a Lei nº 12.232, motivo pelo qual não existe farta doutrina sobre o assunto.

Pois bem. A Lei nº 12.232/2010 conceitua que serviços de publicidade terão por objeto somente as atividades previstas no *caput* e no § 1º do seu art. 2º, vedada a inclusão de quaisquer outras atividades.

Esta lei destina-se a regular licitações e contratos administrativos de atividades complexas de publicidade, que envolvem serviços diferentes de modo integrado, sujeito a procedimento mais complexo de avaliação técnica e **que sejam exclusivamente realizados por agências de propaganda.**

Nessa linha de raciocínio, o Tribunal de Contas do Paraná afirma que:

[...] a Lei nº 12.232/2010 é aplicável no âmbito restrito dos serviços de publicidade de maior complexidade, que envolvam um conjunto de atividades realizadas integradamente e que, obrigatoriamente, sejam prestados por intermédio de agências de propaganda¹. (grifo nosso).

Como se nota, o serviço de publicidade regido pela lei em comento tem natureza complexa e formalidades rígidas que não se coadunam com qualquer tipo de contratação de serviço de publicidade.

Assim, excluem-se da aplicação desta lei os serviços que possam ser contratados de forma isolada, singular e não integrada, como é o caso do exemplo dado pelo consulente cuja prestação de serviços consiste na simples divulgação de conteúdo e material.

A fim de que não subsistam dúvidas sobre esse posicionamento, registro que a consultoria técnica traz em seu relatório caso idêntico ao ora analisado, quando expõe o entendimento de Luciano Ferraz²,

¹ Revista digital do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, Curitiba, nº 2, p. 234, maio/ago. 2012. Rel. Heinz Herwig.

² FERRAZ, Luciano. **Breves considerações sobre a nova lei de licitações para contratos de publicidade.** 2011. p. 2122.

o qual aduz que para divulgação de peças publicitárias que a própria Administração Pública produziu, por tratar-se de uma atividade isolada a mera divulgação desse material, utiliza-se a Lei nº 8.666/93.

A par dessas explicações, pondero que na essência concordo com o verbete apresentado pela consultoria técnica; porém, apenas entendo fundamental realizar alguns acréscimos na ementa, com o propósito único de ratificar os requisitos necessários para adoção da Lei nº 12.232/2010, deixando claro principalmente que essa norma só será aplicada para serviços que atendam todos os requisitos contidos nos art. 2º do referido comando normativo e que sejam necessariamente realizados por intermédio de **agências de propaganda** (art. 1º).

Diante do exposto, acolho o Parecer do Ministério Público de Contas e **VOTO** pelo conhecimento da consulta e, no mérito, com fundamento no artigo 236, parágrafo único da Resolução nº 14/2007 desta Casa, no sentido de responder ao consulente de acordo com o verbete formulado pela consultoria técnica, sobre o qual realizei ajustes na redação, a saber:

Resolução de Consulta nº ___/2013. Licitação. Serviços de publicidade. Distribuição de publicidade aos veículos e demais meios de divulgação. Contratação do serviço isoladamente. Não aplicação da Lei nº 12.232/2010.

A Lei nº 12.232/2010 não se aplica a qualquer serviço de publicidade, mas apenas às atividades complexas, realizadas de forma integrada e por intermédio de agências de publicidade, conforme se depreende da leitura dos artigos 1º e 2º da referida lei.

Para contratação de serviços de publicidade a serem executados de forma isolada, singular e não integrada, como a distribuição de publicidade aos meios de divulgação de material produzido e concebido por departamento especializado do próprio ente, não há a obrigatoriedade de aplicação do rito previsto na Lei nº 12.232/2010. Neste caso, devem ser utilizados os procedimentos previstos na Lei nº 8.666/93 ou na Lei nº 10.520/2002, nesta última hipótese, quando se enquadrarem como serviços comuns.

É o voto.

Gabinete de Conselheiro, 1º de março de 2013.

Conselheiro Antonio Joaquim

Relator

Condições para concessão ou renovação de incentivos fiscais

A concessão, ampliação ou renovação de incentivos ou benefícios fiscais, dos quais decorram renúncia de receitas, devem obediência às seguintes regras: concessão por meio de lei formal específica, que deve estabelecer as condições e os requisitos exigidos para o deferimento do benefício, os tributos a que se aplica e, sendo o caso, o prazo de duração do benefício (artigo 150, § 6º, da CF/88). Também deve ser apresentada estimativa do impacto orçamentário financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois subsequentes (artigo 14, *caput*, da LRF). A conclusão está presente no voto do conselheiro José Carlos Novelli, que relatou consulta encaminhada pelo Secretária de Estado de Desenvolvimento Econômico do Estado de Mato Grosso.

Em seu voto, aprovado por unanimidade pelo Tribunal Pleno, o relator ainda reforçou a necessidade de atendimento às disposições da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), considerando o respectivo impacto orçamentário financeiro na elaboração do Anexo de Metas Fiscais – artigo 14, *caput*, *c/c* o artigo 4º, §§ 1º e 2º, V, da LRF –; e ainda as seguintes condições: demonstração de que a renúncia de receitas foi considerada na estimativa de receita na Lei Orçamentária Anual (LOA) e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da Lei de Diretrizes Orçamentárias (artigo 14, I, da LRF).

“Demonstração de que a renúncia de receitas foi considerada na estimativa de receita na Lei Orçamentária Anual (LOA) e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da Lei de Diretrizes Orçamentárias (art. 14, I, da LRF)”



José Carlos Novelli
Conselheiro
gab.novelli@tce.
mt.gov.br

Você pode assistir ao vídeo do julgamento do processo no link <<http://www.tce.mt.gov.br/protocolo/detalhe/num/240044/ano/2015>>

Resolução de Consulta nº 20/2015 -TP

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo nº 24.004-4/2015.

O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, nos termos dos artigos 1º, XVII, 48 e 49, todos da Lei Complementar nº 269/2007 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso), e dos artigos 29, XI, e 81, IV, da Resolução nº 14/2007 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso), **resolve**, por unanimidade, acompanhando o voto do relator e de acordo com o Parecer nº 7.148/2015 do Ministério Público de Contas, **responder** ao consulente que:

- 1) a concessão, ampliação ou renovação de incentivos ou benefícios fiscais, dos quais decorram renúncia de receitas, devem obediência às seguintes regras:
 - a) concessão por meio de lei formal específica, que deve estabelecer as condições e

- os requisitos exigidos para o deferimento do benefício, os tributos a que se aplica e, sendo o caso, o prazo de duração do benefício (artigo 150, § 6º, da CF/88);
- b) apresentação de estimativa do impacto orçamentário financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois subsequentes (artigo 14, *caput*, da LRF);
- c) atender às disposições da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), considerando o respectivo impacto orçamentário financeiro na elaboração do Anexo de Metas Fiscais (artigo 14, *caput*, *c/c* o artigo 4º, §§ 1º e 2º, V, da LRF); e,
- d) atendimento a uma das seguintes condições:

- d.1)** demonstração de que a renúncia de receitas foi considerada na estimativa de receita na Lei Orçamentária Anual (LOA) e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da Lei de Diretrizes Orçamentárias (artigo 14, I, da LRF); ou,
- d.2)** a adoção de medidas de compensa o para a renúncia de receita, por meio de aumento de receita proveniente da eleva o de alíquotas, amplia o da base de cáculo, majora o ou cria o de tributo ou contribui o, vigorando os respectivos incentivos ou benefícios fiscais somente a partir de quando implementadas essas medidas de compensa o (artigo 14, II, c/c o   2 , da LRF);
- 2) atingidos os limites de renúncia de receitas fixados na LDO e na LOA para um exercício financeiro em curso, estes não poderão ser ampliados dentro desse mesmo exercício, tendo em vista que não   possível modificar a estimativa de receitas já prevista em lei orçamentária vigente e que a implementa o da condi o alternativa prevista no inciso II do artigo 14 da LRF submete-se ao princípio constitucional da anterioridade da lei tributária consignado no artigo 150, III, "b", da CF/88; e,
- 3) havendo a revoga o de uma lei ou ato de concessão de incentivos fiscais, cujos efeitos já foram considerados no Anexo de Metas Fiscais da LDO e na estimativa de receitas da LOA do exercício financeiro em curso, os limites de renúncia fiscal correspondentes poderão ser aproveitados para dar suporte a outra lei ou ato concessivo de incentivos fiscais, desde que:
- a)** os novos incentivos ou benefícios fiscais se refiram   mesma espécie tributária daqueles revogados; e,
- b)** sejam limitados ao saldo remanescente previsto na LDO e na LOA correspondente aos incentivos fiscais revogados.
- O inteiro teor desta decisão está disponível no site: www.tce.mt.gov.br.
- Participaram do julgamento os conselheiros Waldir Júlio Teis – presidente, Valter Albano, Domingos Neto e Sérgio Ricardo, e os conselheiros substitutos Luiz Henrique Lima, que estava substituindo o conselheiro Antonio Joaquim, e Moises Maciel, que estava substituindo a conselheira intersetina Jaqueline Jacobsen.
- Presente, representando o Ministério Público de Contas, o procurador-geral Gustavo Coelho Deschamps.
- Publique-se.**

Parecer da Consultoria Técnica n  69/2015

Excelentíssimo Senhor Conselheiro:

Trata-se de consulta formulada pelo senhor Seneri Kernbeis Paludo, secretário de Estado de Desenvolvimento Econômico do Estado de Mato Grosso, solicitando parecer desta Corte de Contas sobre as providências a serem adotadas para renova o de ato de concessão de incentivos fiscais em face das disposi es contidas no artigo 14 da LRF, nos seguintes termos:

- a)** Quais cautelas ou providências devem ser observadas pela Administra o por ocasião da renova o do ato de concessão de incentivos ou benefícios fiscais de caráter permanente, de modo a não infringir o art. 14 da LRF?
- b)** Acaso eventualmente atingidos os limites da re-

n ncia decorrentes de incentivos ou benefícios de natureza tributária, na forma estimada nos estudos de impacto previstos na LOA e na LDO, haveria possibilidade de modifica o dos tetos originalmente previstos nas citadas leis, para vigência imediata? Quais seriam os instrumentos normativos aptos   implementa o de eventuais altera es?"

- c)** No caso de cancelamento do ato de concessão de incentivo ou benefício, o respectivo valor poderá ser novamente utilizado para fins de c puto ou recomposi o dos limites previstos nos estudos de impacto orçamentário-financeiro?

O consulente não juntou outros documentos aos autos.

  o breve relatório.

1. DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

A consulta foi formulada em tese, por autoridade legítima, com a apresentação objetiva da dúvida e versa sobre matéria de competência deste Tribunal, preenchendo, portanto, os requisitos de admissibilidade exigidos pelo art. 232 da Resolução nº 14/2007 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado – RITCE-MT).

2. DO MÉRITO

De início, é pertinente evidenciar que o presente parecer técnico não abordará questões sobre a legalidade e/ou validade de atos legislativos ou regulamentares que versem sobre a concessão ou a implementação de quaisquer programas de incentivos ou benefícios fiscais específicos e já executados pelo governo estadual, tendo em vista que essa situação fática não pode ser tratada por este Tribunal de Contas em sede de processo de consulta formal.

2.1 Da concessão ou ampliação de incentivos ou benefícios fiscais

A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), Lei Complementar nº 101/2000, traz a disciplina sobre a possibilidade da concessão ou ampliação de incentivos ou benefícios de natureza tributária (fiscais) da qual decorra renúncia de receitas, nos seguintes termos:

Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições: (Vide Medida Provisória nº 2.159, de 2001). (Vide Lei nº 10.276, de 2001).

I – demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;

II – estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

§ 1º A renúncia compreende anistia, remissão, sub-

sídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.

§ 2º Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o *caput* deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso.

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica:

I – às alterações das alíquotas dos impostos previstos nos incisos I, II, IV e V do art. 153 da Constituição, na forma do seu § 1º;

II – ao cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança. (grifo nosso).

Disso se extrai que a concessão ou ampliação de incentivos ou benefícios fiscais, dos quais decorram renúncia de receitas, deve obediência às seguintes regras:

- 1) apresentação de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar a concessão dos incentivos ou benefícios e nos dois subsequentes (art. 14, *caput*, da LRF);
- 2) atender às disposições da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), mormente no que tange à consideração do impacto orçamentário-financeiro provocado pela concessão dos incentivos na elaboração do Anexo de Metas Fiscais¹ (art. 14, *caput*, *c/c* art. 4º, §§ 1º e 2º, V, da LRF); e,
- 3) atendimento a uma das seguintes condições:
 - a) demonstração de que a renúncia de receitas foi considerada na estimativa de receita na Lei Orçamentária Anual (LOA) e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo pró-

1 LRF

Art. 4º A lei de diretrizes orçamentárias atenderá o disposto no § 2º do art. 165 da Constituição e: [...]

§ 1º Integrará o projeto de lei de diretrizes orçamentárias Anexo de Metas Fiscais, em que serão estabelecidas metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas a receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública, para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes.

§ 2º O Anexo conterá, ainda: [...]

V – demonstrativo da estimativa e compensação da renúncia de receita e da margem de expansão das despesas obrigatórias de caráter continuado.

prio da Lei de Diretrizes Orçamentárias (art. 14, I, da LRF); ou,

- b)** a adoção de medidas de compensação para a renúncia de receita, por meio de aumento de receita proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição, vigorando essa condição somente quando implementadas as medidas (art. 14, II, c/c § 2º, da LRF).

Manifestando-se sobre as condições para a aplicação do art. 14 da LRF, assim já decidiu o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina em sede de processo de consulta:

Prejulgado nº 1915 [...]

2. O artigo 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) estabelece que a concessão da isenção somente poderá ocorrer atendidos três aspectos fundamentais:

- 2.1.** as disposições da Lei de Diretrizes Orçamentárias;
2.2. conter a estimativa de impacto orçamentário-financeiro envolvendo o exercício em que se efetivar e os dois subsequentes; e
2.3. atender a uma das seguintes condições:

2.3.1. demonstrar que a renúncia em questão está devidamente contemplada na estimativa de receita consubstanciada na Lei Orçamentária, e que, por conseguinte, não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da Lei de Diretrizes Orçamentárias (art. 14, I); ou

2.3.2. a renúncia de receita deve estar acompanhada das correspondentes medidas de compensação a serem efetivadas no triênio referenciado no *caput* do art. 14 da LRF, por meio de aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição. Cumpre observar que, quanto a esta última condição, por expressa disposição legal (§ 2º, art. 14), o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de natureza tributária entrará em vigor tão somente após implementadas as medidas ali referenciadas, ou seja, a elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição. (grifo nosso).

Nesse diapasão, é pertinente salientar que a LDO e a LOA não são as normas legislativas que concedem ou ampliam a concessão dos incentivos fiscais, tendo em vista que para esse fim a CF/88 exige a edição de lei específica, *litteris*:

Constituição Federal de 1988

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias assegura-

das ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

§ 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993).

Observa-se que, em regra, a concessão de incentivos ou benefícios fiscais deve ocorrer por meio de lei formal específica, que deve estabelecer as condições e os requisitos exigidos para a concessão, os tributos a que se aplica e, sendo o caso, o prazo de duração do benefício, bem como se fazer acompanhar da estimativa do impacto orçamentário-financeiro para os montantes fiscais renunciados (art. 14, *caput*, da LRF).

Nesse sentido, cita-se a lição do ministro substituto do Tribunal de Contas da União Weder de Oliveira:²

Assim, qualquer benefício tributário (subsídio, isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão) somente poderá ser concedido mediante lei específica que regule exclusivamente sua concessão, em cujo processo de elaboração e aprovação se observe o disposto no art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal [...].

Todavia, infelizmente, é comum a constatação da existência de leis de concessão de incentivos ou benefícios fiscais que, indevidamente, transferem à órbita da discricionariedade regulamentar do Poder Executivo o estabelecimento de algumas ou de todas as regras citadas no parágrafo anterior.

Assim, quando se fala em “ato de concessão de incentivos ou benefícios fiscais”, deve-se apenas considerar o veículo legislativo “lei em sentido estrito”, conforme preceitua a CF/88. Contudo, considerando-se que podem existir leis que deferem, indevidamente, a competência dessa concessão a ato administrativo editado pelo Poder Executivo, considerar-se-á, neste parecer, como “ato de concessão”: a lei de concessão ou ato administrativo por ela autorizado a conceder benefícios fiscais.

O conteúdo da lei ou ato administrativo que ins-

² OLIVEIRA, Weder de. **Curso de responsabilidade fiscal**: direito, orçamento e finanças públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 863.

titui, concede ou amplia a oferta de incentivos ou benefícios fiscais, dos quais decorram renúncia de receitas, deve ter seus impactos orçamentário-financeiros considerados na confecção da LDO e da LOA, como condição de validade e conformidade ante os pressupostos de responsabilidade fiscal consignados na LRF.

Nesse contexto, observa-se que condição *sine qua non* para a concessão ou ampliação de incentivos ou benefícios fiscais é a consideração dos seus impactos orçamentário-financeiros na LDO e, conseqüentemente, na LOA. Isso porque essas renúncias de receitas devem ser computadas para limitar/reduzir a capacidade de execução de despesas públicas, evitando desequilíbrios fiscais na lei orçamentária.³

Essa vinculação dos atos de concessão de incentivos e benefícios fiscais à consideração de seus impactos orçamentário-financeiros na LDO e LOA, conforme estatui a LRF, visa, precipuamente, alcançar a neutralidade orçamentária nas decisões de alterações na legislação tributária, dar transparência e incluir no processo de planejamento fiscal-orçamentário o debate sobre a concessão ou ampliação de benefícios tributários.

Caso esses impactos orçamentário-financeiros provenientes de renúncia de receitas não tenham sido considerados na elaboração e aprovação da LDO e da LOA, a concessão ou ampliação de incentivos ou benefícios fiscais carecerá da implementação das medidas de compensação previstas no inciso II do artigo 14 da LRF, consistentes no aumento de receitas tributárias, conforme será mais bem explicado no item seguinte.

Isso posto, constata-se, também, que a edição de lei ou ato administrativo que institui, concede ou amplia a oferta de incentivos ou benefícios fiscais, dos quais decorram renúncia de receita, sem a observância das condições contidas na LRF, pode configurar ato de improbidade administrativa tipificado

na Lei de Improbidade Administrativa (LIA).⁴

Dessa forma, considerando o questionamento posto na alínea “a” da presente consulta, responde-se ao consulente que para a “renovação de ato de concessão de incentivos ou benefícios fiscais”, entendida essa ação como uma nova autorização para a concessão desses benefícios, as providências a serem observadas pela Administração são aquelas consignadas no artigo 14 da LRF.

2.1.1 Da aplicabilidade das condições elencadas nos incisos I e II do art. 14 da LRF

Conforme apresentado alhures, o artigo 14 da LRF traz as condições fiscal-orçamentárias para a concessão ou ampliação de benefícios ou incentivos fiscais, das quais decorram renúncia de receitas.

Cumpridas as condições contidas no *caput* do artigo 14 da LRF, os seus incisos estabelecem outras de cunho alternativo, quais sejam, ou se demonstra que a renúncia de receitas foi considerada na estimativa de receita na Lei Orçamentária Anual (LOA) e que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da Lei de Diretrizes Orçamentárias, ou se implementam medidas de compensação por meio de aumento de receitas, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

O ministro-substituto do TCU Weder de Oliveira⁵ divide essas condições alternativas acima expostas, respectivamente, em: condição básica e condição alternativa, assim explicando cada uma delas:

A condição básica implica uma forma de compensação que pode ser denominada *compensação orçamentária*.

Considerar os efeitos da renúncia de receita (=benefício tributário) na estimativa da receita da lei orçamentária significa, em muitos casos, reduzir a estimativa de arrecadação para o exercício a que se refere a LOA em montante equivalente aos efeitos esperados do benefício nesse exercício. A redução da estimativa implicará a redução de dotações orçamentárias. Os efeitos do benefício serão compensados pela redução de despesas.

A condição alternativa requer que o ato que concede o benefício esteja acompanhado de medidas para aumento de receita, mediante elevação de alíquotas,

3 CF/88

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

[...]

§ 2º A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

[...]

§ 6º O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia.

4 Lei nº 8.429/92 – LIA

Art. 10 [...]

VII – conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie.

⁵ Idem, 2013. p. 870.

ampliação de base de cálculo, majoração ou criação de tributo.

Essa condição pode ser denominada de *compensação vinculada ou tributária*.

Desse modo, o cumprimento da condição alternativa poderia requerer a aprovação de dois atos normativos: uma lei [...] específica para a concessão do benefício; e outro ato normativo [...] para alterar a legislação tributária e promover o aumento de receita requerido.

No caso da primeira condição (condição básica), os efeitos da renúncia são considerados na estimativa da receita prevista na LOA, implicando que a lei orçamentária conterà uma estimativa de receitas reduzida em montante equivalente aos efeitos dos incentivos ou benefícios fiscais concedidos, de forma compatível com as metas fiscais e com a estimativa da renúncia de receita prevista na LDO, o que, por consequência, acarretará a redução de dotações orçamentárias disponíveis, havendo uma compensação orçamentária, preservando-se, assim, o equilíbrio orçamentário para o exercício financeiro em questão.

A segunda condição (condição alternativa) se aplica quando a proposta de concessão ou ampliação de benefícios tributários não foi expressamente considerada na estimativa de receitas quando da elaboração ou apreciação do projeto de LOA, situação em que deverão ser apresentadas medidas de compensação provenientes da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição, valendo tal concessão ou ampliação somente quando entrar em vigor e serem implementadas essas medidas de compensação.⁶

No que tange à implementação da condição alternativa, é pertinente salientar que os atos que importam na criação ou majoração de tributos devem obediência aos princípios constitucionais do Direito Tributário, dentre eles, o da anterioridade da lei tributária e o da anterioridade nonagesimal.

Assim, mesmo havendo a edição de lei autorizando a elevação de alíquotas, ampliação da base de

cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição, esta deverá observar as seguintes regras constitucionais:

Constituição Federal de 1988

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;
II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

III – cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou. (Vide Emenda Constitucional nº 3, de 1993).

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003). (grifo nosso).

Desta forma, considerando a exigência constitucional de se observar a anterioridade da lei e a anterioridade nonagesimal para a instituição e/ou aumento de tributos, bem como a previsão contida no § 2º do artigo 14 da LRF, constata-se que a implementação da “condição alternativa” encontra obstáculo intransponível para que possa ser implementada em um mesmo exercício financeiro.

Corroborando o argumento acima apresentado, cita-se o seguinte entendimento do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul:

Informação nº 07/2008 – processo de Consulta nº 10770-02.00/07-3 – aprovado pela Decisão nº TP – 0375/2008 [...]

d) não obstante a possibilidade de concessão da isenção em questão, será necessária a observância do disposto no art. 14 da LRF, cujos requisitos seguem elencados:

d.1) atendimento às disposições da lei de diretrizes orçamentárias;

d.2) elaboração da “*estimativa de impacto orçamentário-financeiro envolvendo o exercício em que se efetivar e os dois subsequentes*”;

d.3) demonstração de que os valores que não adentrarão nos cofres públicos, em decorrência da isenção em análise, não foram incluídos na previsão de

6 LRF

Art. 14 [...]

II – estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no *caput*, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

[...]

§ 2º Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o *caput* deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso.

receita ou compensar o seu não ingresso mediante “elevação de alíquota, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo”, sendo que este último procedimento, que envolve a compensação, somente seria possível de implementação, mediante aprovação de lei, apenas no exercício seguinte àquele em que a norma fosse aprovada, face ao princípio tributário da anterioridade (Carta Federal, art. 150, incisos I e III, alínea “b”). (grifo nosso).

Esse também é o entendimento do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina:

Prejulgado nº 1099

[...]

5. Caso a concessão do incentivo ou benefício de natureza tributária, que resulte em renúncia de receita, esteja acompanhada de compensação (art. 14, inciso II), o benefício ou incentivo somente entrará em vigor quando tais medidas forem implementadas;

6. Como as medidas de compensação definidas na LRF estão sujeitas ao princípio da anterioridade, conforme artigo 150, III, b, da Constituição Federal de 1988, os benefícios ou incentivos concedidos também devem obediência àquele princípio.

Assim, conclui-se que:

- a) a condição básica, prevista no inciso I do artigo 14 da LRF, é aquela cuja aplicabilidade se traduz em procedimento mais prático e que mais favorece a discussão legislativa sobre a concessão de incentivos e benefícios fiscais, tendo em vista que a implementação desses benefícios se torna parte integrante da discussão e aprovação das próprias peças de planejamento, LDO e LOA;
- b) a concessão de incentivos ou benefícios fiscais amparada na condição alternativa prevista no inciso II do artigo 14 da LRF somente poderá entrar em vigor quando efetivamente implementadas as medidas compensatórias para aumento da receita, o que, por força do artigo 150, III, b e c, da CF/88, deve ocorrer apenas no exercício seguinte àquele em que a norma de compensação foi editada.

2.1.2 Da impossibilidade da promoção de ampliação de incentivos ou benefícios fiscais em montante superior ao previsto na LDO e na LOA vigentes

Em seu segundo questionamento (alínea “b” da peça consultiva) o consulente indaga sobre a possibilidade, ou não, de se promover de imediato, ou

seja, no exercício financeiro corrente, a ampliação da concessão de incentivos ou benefícios fiscais cujos impactos orçamentário-financeiros já foram considerados na LDO e na LOA desse exercício, isto é, concedidos em observância à “condição básica” inserta no inciso I do artigo 14 da LRF e cujos limites previstos nas peças de planejamento já foram atingidos antes do término do exercício. Para tanto, questiona se haveria a possibilidade de modificação dos tetos originalmente previstos nas leis orçamentárias e quais os instrumentos normativos aptos à implementação dessas alterações.

De início, ressalta-se que não há previsão em norma geral que possibilite a alteração de montantes de receitas e despesas previstas na LOA, o que existe é a autorização legal para a alteração ou movimentação de dotações orçamentárias de despesas mediante abertura de créditos adicionais, nos termos do artigo 40 e seguintes da Lei nº 4.320/64. Assim, não é possível a modificação da LOA para ampliar ou reduzir a previsão de receitas nela inserta, neste sentido, cita-se a lição de Weder de Oliveira:⁷

A condição básica não tem como ser estritamente cumprida após a aprovação da lei orçamentária, pois não há previsão de instrumento normativo para renovar no Parlamento a apreciação da estimativa de receita da LOA. Créditos adicionais não se prestam a essa finalidade. A estimativa de receita não se submete a processo de discussão e alteração formal no Poder Legislativo.

Da mesma forma, considerando-se a inter-relação direta e consequente entre a LDO e a LOA, por força das disposições contidas no § 2º do artigo 165 da CF/88⁸ e também das disposições apresentadas pela LRF, entende-se pela impossibilidade de alteração dos limites de incentivos ou benefícios fiscais já contemplados no Anexo de Metas Fiscais de uma LDO em vigência.

Neste sentido, cita-se a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina sobre o tema:

⁷ Ibidem, 2013, p. 872.

8 CF/88

Art. 165 [...]

§ 2º A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

Prejulgado nº 1894 [...]

4. De acordo com o art. 165, § 2º, da Constituição Federal (CF) e o art. 14 da Lei Complementar nº 101/2000 (LRF), a concessão de benefícios de natureza tributária, da qual decorra renúncia de receita, não poderá ser realizada após a LDO, pois a referida norma deverá dispor sobre as alterações na legislação tributária, tais como a isenção de caráter não geral. (grifo nosso).

Assim, em conformidade com os argumentos apresentados, afirma-se que não é possível a alteração dos limites de incentivos ou benefícios fiscais já constantes de LDO e de LOA do exercício em curso.

Desse modo, considerando-se que os benefícios concedidos já atingiram os limites para renúncia de receita previstos nas peças de planejamento para o exercício corrente e que esses limites não podem ser majorados no decorrer do exercício em curso, sua posterior ampliação recairá, necessariamente, na observância da “condição alternativa” inserta no inciso II do artigo 14 da LRF, ou seja, essa ampliação deve ser suportada por medidas compensatórias que provoquem o aumento da receita mediante a elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

Assim, considerando a análise realizada no tópico anterior, a adoção e vigência dessas medidas compensatórias não podem ser implementadas na constância do exercício corrente, tendo em vista a necessidade de observância dos princípios constitucionais da anterioridade da lei tributária que aumenta e cria tributos e da anterioridade nonagesimal, consignados no artigo 150, III, b e c, da CF/88.

Nesses termos, caso a Administração entenda por inviável a adoção das providências inerentes ao cumprimento da referida condição alternativa e, havendo tempo hábil para promoção de alteração legislativa da LDO e da reestimativa das receitas na proposta de LOA para o exercício subsequente, poderá ser implementada a condição básica inserta no inciso I do art. 14 da LRF para que a concessão ou ampliação de incentivos ou benefícios fiscais possa vigorar no exercício seguinte.

Isso posto, e em resposta ao consulente, conclui-se que, atingidos os limites de renúncia de receitas fixados na LDO e na LOA para um exercício financeiro, estes não poderão ser ampliados dentro desse mesmo exercício, tendo em vista que não é possível ampliar esses limites mediante alterações das peças de planejamento do exercício em curso e que a implementação da condição alternativa prevista no inciso II do artigo 14 da LRF submete-se ao princípio constitucional da anterioridade tribu-

tária consignado no artigo 150, III, b, da CF/88.

2.1.3 Da possibilidade do aproveitamento de autorização de renúncia de receitas por cancelamento do ato de concessão de incentivo ou benefícios fiscais

Por fim o consulente questiona se, havendo a revogação do ato de concessão de incentivos ou benefícios fiscais, o saldo da respectiva renúncia de receitas autorizada e aprovada na LDO e na LOA poderia ou não ser aproveitado para o suporte de outro ato concessivo.

Assim, respondendo-se objetivamente ao quesito proposto, evidencia-se que, havendo a revogação de uma lei ou ato de concessão de incentivos fiscais, cujos efeitos já foram considerados no Anexo de Metas Fiscais da LDO e na LOA do exercício financeiro, os limites de renúncia fiscal correspondentes poderão ser aproveitados para dar suporte a outra lei ou ato concessivo de incentivos fiscais, desde que:

- a) os novos incentivos ou benefícios fiscais se refiram à mesma espécie tributária daqueles revogados; e,
- b) sejam limitados ao saldo remanescente previsto na LDO e na LOA correspondente aos incentivos fiscais revogados.

3. CONCLUSÃO

Pelo exposto e considerando que:

- 1) A concessão ou ampliação de incentivos ou benefícios fiscais, dos quais decorram renúncia de receitas, deve obediência às seguintes regras:
 - a) concessão por meio de lei formal específica, que deve estabelecer as condições e os requisitos exigidos para o deferimento do benefício, os tributos a que se aplica e, sendo o caso, o prazo de duração do benefício (art. 150, § 6º, da CF/88);
 - b) apresentação de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar a concessão dos incentivos ou benefícios e nos dois subsequentes (art. 14, *caput*, da LRF);
 - c) atender às disposições da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), mormente no que tange à consideração do impacto orçamentário-financeiro provocado pela concessão dos incentivos na elaboração do Anexo de Metas Fiscais (art. 14, *caput*, c/c art. 4º, §§ 1º e 2º, V, da LRF);

- d) atendimento a uma das seguintes condições:
- d.1)** demonstração de que a renúncia de receitas foi considerada na estimativa de receita na Lei Orçamentária Anual (LOA) e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da Lei de Diretrizes Orçamentárias (condição básica prevista no art. 14, I, da LRF); ou,
- d.2)** a adoção de medidas de compensação para a renúncia de receita, por meio de aumento de receita proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição, vigorando os incentivos ou benefícios fiscais correspondentes somente a partir de quando implementadas essas medidas de compensação (condição alternativa prevista no art. 14, II, c/c § 2º, da LRF).
- 2) No caso da primeira condição (condição básica), os efeitos da renúncia são considerados na estimativa da receita prevista na LOA, implicando que a lei orçamentária conterá uma estimativa de receitas reduzida em montante equivalente aos efeitos dos incentivos ou benefícios fiscais concedidos, de forma compatível com as metas fiscais e com a estimativa da renúncia de receita prevista na LDO, o que, por consequência, acarretará a redução de dotações orçamentárias disponíveis, havendo uma compensação orçamentária, preservando-se, assim, o equilíbrio orçamentário para o exercício financeiro em questão.
- 3) A segunda condição (condição alternativa) se aplica quando a proposta de concessão ou ampliação de benefícios tributários não foi expressamente considerada na estimativa de receitas quando da elaboração ou apreciação do projeto de LOA, situação em que deverão ser apresentadas medidas de compensação provenientes da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição, valendo tal concessão ou ampliação somente quando entrar em vigor e serem implementadas essas medidas de compensação.
- 4) A exigência constitucional de se observar a anterioridade da lei tributária e a anterioridade nonagesimal para a instituição e/ou aumento de tributos (artigo 150, III, b e c, da CF/88.), cumulada com a regra que condiciona a edição de ato de concessão de incentivos ou benefícios fiscais à efetiva implementação das medidas compensatórias de aumento de receitas tributárias (art. 14, II, c/c § 2º, da LRF), configura obstáculo intransponível para que incentivos ou benefícios fiscais concedidos com base nessa condição alternativa possam ser implementados em um mesmo exercício financeiro.
- 5) Atingidos os limites de renúncia de receitas fixados na LDO e na LOA para um exercício financeiro, estes não poderão ser ampliados dentro desse mesmo exercício, tendo em vista que não é possível ampliar esses limites mediante alterações das peças de planejamento do exercício em curso e que a implementação da condição alternativa prevista no inciso II do artigo 14 da LRF submete-se ao princípio constitucional da anterioridade tributária consignado no artigo 150, III, b, da CF/88.
- 6) Havendo a revogação de uma lei ou ato de concessão de incentivos fiscais, cujos efeitos já foram considerados no Anexo de Metas Fiscais da LDO e na LOA do exercício financeiro, os limites de renúncia fiscal correspondentes poderão ser aproveitados para dar suporte a outra lei ou ato concessivo de incentivos fiscais, desde que:
- a)** os novos incentivos ou benefícios fiscais se refiram à mesma espécie tributária daqueles revogados; e,
- b)** sejam limitados ao saldo remanescente previsto na LDO e na LOA correspondente aos incentivos fiscais revogados.
- Considerando-se, também, os argumentos anteriormente apresentados e que não existe prejudicado neste Tribunal que responda integralmente aos quesitos versados nesta consulta, ao julgar o presente processo e concordando o egrégio Tribunal Pleno com o entendimento delineado neste parecer, sugere-se a aprovação da seguinte ementa, nos termos do § 1º do art. 234 da Resolução nº 14/2007:
- Resolução de Consulta nº __/2015. Tributação. Incentivos ou benefícios fiscais. Renúncia de receitas.**
- 1) A concessão, ampliação ou renovação de incentivos ou benefícios fiscais, dos quais decorram renúncia de receitas, devem obediência às seguintes regras:
- a)** concessão por meio de lei formal específica, que deve estabelecer as condições e os requisitos exigidos para o deferimento do benefício, os tributos a que se aplica e, sendo o caso, o prazo de duração do benefi-

cio (art. 150, § 6º, da CF/88);

b) apresentação de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois subsequentes (art. 14, *caput*, da LRF);

c) atender às disposições da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), considerando o respectivo impacto orçamentário-financeiro na elaboração do Anexo de Metas Fiscais (art. 14, *caput*, c/c art. 4º, §§ 1º e 2º, V, da LRF); e,

d) atendimento a uma das seguintes condições:

d.1) demonstração de que a renúncia de receitas foi considerada na estimativa de receita na Lei Orçamentária Anual (LOA) e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da Lei de Diretrizes Orçamentárias (art. 14, I, da LRF); ou,

d.2) a adoção de medidas de compensação para a renúncia de receita, por meio de aumento de receita proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição, vigorando os respectivos incentivos ou benefícios fiscais somente a partir de quando implementadas essas medidas de compensação (art. 14, II, c/c § 2º, da LRF).

2) Atingidos os limites de renúncia de receitas fixados na LDO e na LOA para um exercício financeiro em curso, estes não poderão ser ampliados dentro desse mesmo exercício, tendo em vista que não é

possível modificar a estimativa de receitas já prevista em lei orçamentária vigente e que a implementação da condição alternativa prevista no inciso II do artigo 14 da LRF submete-se ao princípio constitucional da anterioridade da lei tributária consignado no artigo 150, III, b, da CF/88.

3) Havendo a revogação de uma lei ou ato de concessão de incentivos fiscais, cujos efeitos já foram considerados no Anexo de Metas Fiscais da LDO e na estimativa de receitas da LOA do exercício financeiro em curso, os limites de renúncia fiscal correspondentes poderão ser aproveitados para dar suporte a outra lei ou ato concessivo de incentivos fiscais, desde que:

a) os novos incentivos ou benefícios fiscais se refiram à mesma espécie tributária daqueles revogados; e,

b) sejam limitados ao saldo remanescente previsto na LDO e na LOA correspondente aos incentivos fiscais revogados.

Cuiabá-MT, 28 de outubro de 2015.

Edicarlos Lima Silva

Consultor junto à Consultoria Técnica

Bruno Anselmo Bandeira

Secretário-Chefe da Consultoria Técnica

Parecer do Ministério Público de Contas nº 7.148/2015

[...]

3. CONCLUSÃO

Dessa forma, o **Ministério Público de Contas**, no uso de suas atribuições institucionais, em consonância com o artigo 1º, XVII, e artigo 48 da Lei Complementar nº 269/2007 c/c artigo 236 da Resolução Normativa nº 14/2007, **manifesta-se:**

a) pelo **conhecimento da consulta** ante o preenchimento dos pressupostos de admissibilidade, com fulcro nos artigos 48 da Lei Orgânica do TCE-MT (LC nº 269/07) e art. 232, II do Regimento Interno do TCE-MT (Resolução nº 14/07);

b) pela **aprovação da proposta de resolução de consulta** apresentada pela consultoria técnica, conforme regra o art. 81, IV, do Regimento Interno do TCE-MT (Resolução nº 14/07).

É o parecer.

Ministério Público de Contas, Cuiabá-MT, 6 de novembro de 2015.

Alisson Carvalho de Alencar

Procurador de Contas

Razões do Voto

Egrégio Plenário,

No caso dos autos, constata-se que o secretário de Estado de Desenvolvimento Econômico é legi-

timado a formular consulta, nos moldes do art. 49, inciso I da Lei Complementar Estadual nº 269, de 22 de janeiro de 2007, e da alínea “C”, do inciso I, do art. 233, do Regimento Interno desta Corte

(Resolução Normativa nº 14/07).

Sob outro prisma, a dúvida apresentada veicula situação fática em abstrato, não se declinando quaisquer circunstâncias ligadas ao consulente, mas formulada em caráter genérico, contexto esse que permite o seu conhecimento, *ex vi* do art. 48 e parágrafo único, da LC nº 269/2007.

Por óbvio, a autoridade consulente é parte legítima, a consulta foi formulada em tese, bem assim indicou-se precisamente a controvérsia atinente à matéria de competência deste Tribunal de Contas.

Diante das formalidades exigidas pela lei orgânica e regimento interno, conheço da presente consulta e passo ao exame de seu mérito. Inicialmente, não obstante a clareza e pertinência dos questionamentos trazidos à baila, entendi por bem acatar a redação dos quesitos propostos pela unidade instrutora, de forma a melhor organizar o tema de fundo emergente deste processo, permitindo sua tratativa a mais equânime e adequada possível, a fim de proteger a segurança jurídica e a isonomia no que tange às orientações prolatadas em sede de consulta, fortalecendo o instituto e, em especial, seu aspecto normativo cogente.

Os substanciosos e jurídicos esclarecimentos colacionados pela consultoria técnica e corroborados pelo Ministério Público de Contas dispensam maiores reflexões acerca da matéria sob consulta, considerando que, no caso em tela, as referidas manifestações esgotaram minudentemente todos os pontos pertinentes à controvérsia exposta com regular fundamentação, razão pela qual peço vênua para adotá-los *in totum* como razões para decidir.

Assim sendo, ACOLHO o Parecer Ministerial nº 7.148/2015, da lavra do procurador de contas Alisson Carvalho Alencar e **VOTO** no sentido de:

- a) **conhecer** a presente consulta formulada pelo secretário de Estado de Desenvolvimento Econômico;
- b) no mérito, **responder** ao consulente, mediante resolução de consulta aprovada pelo egrégio Tribunal Pleno, conforme comando do art. 81, IV, do RITCE-MT, com a ementa sugerida pela consultoria técnica, nos seguintes termos:

Resolução de Consulta nº ___/2015. Tributação. Incentivos ou benefícios fiscais. Renúncia de receitas.

1) A concessão, ampliação ou renovação de incentivos ou benefícios fiscais, dos quais decorram renúncia de receitas, devem obediência às seguintes regras:

- a) concessão por meio de lei formal específica, que deve estabelecer as condições e os requisitos exigidos para o deferimento do benefício, os tributos a que se

aplica e, sendo o caso, o prazo de duração do benefício (art. 150, § 6º, da CF/88);

b) apresentação de estimativa do impacto orçamentário financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois subsequentes (art. 14, *caput*, da LRF);

c) atender às disposições da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), considerando o respectivo impacto orçamentário financeiro na elaboração do Anexo de Metas Fiscais (art. 14, *caput*, c/c art. 4º, §§ 1º e 2º, V, da LRF); e,

d) atendimento a uma das seguintes condições:

d.1) demonstração de que a renúncia de receitas foi considerada na estimativa de receita na Lei Orçamentária Anual (LOA) e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da Lei de Diretrizes Orçamentárias (art. 14, I, da LRF); ou,

d.2) a adoção de medidas de compensação para a renúncia de receita, por meio de aumento de receita proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição, vigorando os respectivos incentivos ou benefícios fiscais somente a partir de quando implementadas essas medidas de compensação (art. 14, II, c/c § 2º, da LRF).

2) Atingidos os limites de renúncia de receitas fixados na LDO e na LOA para um exercício financeiro em curso, estes não poderão ser ampliados dentro desse mesmo exercício, tendo em vista que não é possível modificar a estimativa de receitas já prevista em lei orçamentária vigente e que a implementação da condição alternativa prevista no inciso II do artigo 14 da LRF submete-se ao princípio constitucional da anterioridade da lei tributária consignado no artigo 150, III, b, da CF/88.

3) Havendo a revogação de uma lei ou ato de concessão de incentivos fiscais, cujos efeitos já foram considerados no Anexo de Metas Fiscais da LDO e na estimativa de receitas da LOA do exercício financeiro em curso, os limites de renúncia fiscal correspondentes poderão ser aproveitados para dar suporte a outra lei ou ato concessivo de incentivos fiscais, desde que:

- a) os novos incentivos ou benefícios fiscais se refiram à mesma espécie tributária daqueles revogados; e,
- b) sejam limitados ao saldo remanescente previsto na LDO e na LOA correspondente aos incentivos fiscais revogados.

É como voto.

Gabinete de Conselheiro, em Cuiabá, 11 de novembro de 2015.

Conselheiro José Carlos Novelli

Relator

A filiação associativa de municípios depende de autorização legal



Valter Albano da Silva
Conselheiro
gab.albano@tce.
mt.gov.br

“A filiação de municípios à associação representativa deve ser autorizada por lei específica, e a relação associativa formalizada por meio de termo de filiação ou instrumento equivalente”

Você pode assistir ao vídeo do julgamento do processo no link <<http://www.tce.mt.gov.br/protocolo/detalhe/num/99970/ano/2015>>

A filiação de municípios em associações que os representam depende de autorização em lei específica. As despesas de contribuições associativas decorrentes da filiação devem atender às condições estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias e estar previstas no orçamento ou em seus créditos adicionais, nos termos do artigo 26 da LRF. Essa foi a resposta dada para a consulta feita pela Associação Mato-Grossense dos Municípios (AMM-MT).

O presidente da entidade, Neurilan Fraga, efetuou a consulta na qual solicita parecer do TCE-MT sobre a necessidade de lei para autorizar a filiação e a contribuição financeira dos municípios à associação, bem como quais seriam os instrumentos necessários para formalizar a contribuição financeira, se seria preciso celebrar contrato com o município para formalizar a contribuição.

O relator da consulta, conselheiro Valter Albano, apresentou seu voto, aprovado por unanimidade pelo Pleno do TCE-MT, e esclareceu que, após autorização legislativa, a formalização de filiação em associações representativas de municípios deve ser realizada por meio de termo de filiação ou outro equivalente, não sendo adequado o termo de contrato para esse fim.

Resolução de Consulta nº 7/2015-TP

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo nº 9.997-0/2015.

O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, nos termos dos artigos 1º, XVII, 48 e 49, todos da Lei Complementar nº 269/2007 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso), e dos artigos 29, XI, e 81, IV, da Resolução nº 14/2007 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso), **resolve**, por unanimidade, acompanhando o voto do relator e de acordo com o parecer oral proferido pelo procurador-geral de Contas Gustavo Coelho Deschamps, **responder** ao consulente que:

a) a filiação de municípios em associações que os representam depende de autorização em lei específica. As despesas de contribuições associativas decorrentes da filiação devem atender às condições estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias e estar previstas no

orçamento ou em seus créditos adicionais, nos termos do artigo 26 da LRF;

- b) depois de autorização legislativa, a formalização de filiação em associações representativas de municípios deve ser realizada por meio de termo de filiação ou outro equivalente, não sendo adequado o termo de contrato para esse fim; e,
- c) o termo de filiação, ou instrumento equivalente, deve estabelecer, entre outras cláusulas, os direitos e os deveres dos associados; o valor a ser pago a título de contribuição associativa; a forma, a periodicidade e a data de cumprimento da obrigação; bem como outras disposições que se fizerem necessárias à preservação e manutenção da relação associativa.

O inteiro teor desta decisão está disponível no site: www.tce.mt.gov.br.

Participaram do julgamento os conselheiros Antonio Joaquim, José Carlos Novelli, Domingos Neto e Sérgio Ricardo, e a conselheira interina Jaqueline Jacobsen.

Presente, representando o Ministério Público de Contas, o procurador-geral Gustavo Coelho Deschamps.

Publique-se.

Parecer da Consultoria Técnica nº 17/2015

Excelentíssimo Senhor Conselheiro:

Trata-se de consulta formulada pelo senhor Neurilan Fraga, presidente da Associação Mato-Grossense dos Municípios (AMM-MT), solicitando parecer desta Corte de Contas sobre a necessidade de lei para autorizar a filiação e a contribuição financeira dos municípios à associação, bem como qual seria o instrumento apto a formalizar a contribuição financeira, nos seguintes termos:

- 1) O município precisa de lei para se filiar a esta entidade e repassar recursos (contribuição)?
- 2) É necessário celebrar contrato com o município, para formalizar o repasse (contribuição)?

É o breve relatório.

1. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

A consulta foi formulada em tese, por autoridade legítima, com a apresentação objetiva do quesito e versa sobre matéria de competência deste Tribunal, preenchendo, portanto, os requisitos de admissibilidade exigidos pelo art. 232 da Resolução nº 14/2007 (Regimento Interno do Tribunal de Contas – RITCE-MT).

2. MÉRITO

2.1. Natureza jurídica da AMM

A Associação Mato-Grossense dos Municípios (AMM) constituiu-se como pessoa jurídica de direito privado, sob a forma de associação civil¹, não

integrante da Administração Pública, cujos objetivos são:²

- a) congregar os municípios do Estado de Mato Grosso;
- b) promover estudos e pesquisas que objetivem o desenvolvimento municipalista;
- c) promover estudos e pesquisas para o desenvolvimento municipal, integrando ações municipalistas;
- d) promover o aperfeiçoamento da administração municipal, através de assistência técnica, jurídica, administrativa e educativa;
- e) estimular a colaboração mais estreita entre as municipalidades e as administrações federais e outros órgãos de assistência aos municípios;
- f) manter serviços de consulta e assistência jurídica e administrativa;
- g) elaborar, aprovar e acompanhar a execução e implantação de planos, programas e projetos;
- h) promover congressos, simpósios, seminários;
- i) estudar e sugerir a adoção de normas legais com o objetivo de direcionar o funcionamento das administrações municipais.

Nesta esteira, constata-se que as associações civis têm legislação de regência própria insculpida no Código Civil Brasileiro de 2002 – CCB/02 (Lei nº 10.406/02), que disciplina sobre essas entidades:

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I – as associações;

[...]

Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos. Parágrafo único. Não há, entre os associados, direitos

¹ Conforme estatuto disponível no sistema Aplic.

² Disponível em: <<http://www.amm.org.br/amm/intro.asp>>.

e obrigações recíprocos.

Art. 54. Sob pena de nulidade, o estatuto das associações conterà:

- I** – a denominação, os fins e a sede da associação;
- II** – os requisitos para a admissão, demissão e exclusão dos associados;
- III** – os direitos e deveres dos associados;
- IV** – as fontes de recursos para sua manutenção;
- V** – o modo de constituição e de funcionamento dos órgãos deliberativos;
- VI** – as condições para a alteração das disposições estatutárias e para a dissolução;
- VII** – a forma de gestão administrativa e de aprovação das respectivas contas. (grifo nosso).

Assim, o vínculo jurídico existente entre a AMM e os municípios do Estado de Mato Grosso é associativo, ou seja, a AMM representa os municípios na defesa de seus interesses coletivos.

No entanto, a referida associação, a despeito de não integrar a Administração Pública, deve prestar contas a este Tribunal de Contas, conforme dispõe o art. 70, parágrafo único, e art. 71, inciso II, da Constituição Federal³, tendo em vista que arrecada e aplica recursos públicos aportados pelos municípios na forma de contribuições associativas, mesmo que de forma indireta.

Quanto a este dever de prestar contas, é importante colacionar o seguinte prejulgado do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais:

3 Constituição Federal de 1988

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

[...]

- II** – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.

Prejulgado nº 731.118

EMENTA: Associação de Municípios. Natureza jurídica similar aos consórcios públicos.

- I.** Contratação com terceiros. Obrigatoriedade de celebração de convênios e do processo licitatório.
- II.** Contratação de pessoal. Obrigatoriedade de realização de concurso público.
- III.** Utilização de recursos. Obrigatoriedade de prestação de contas aos municípios repassadores e ao Tribunal de Contas. (grifo nosso).

Nesse sentido, é importante salientar que a AMM é considerada pelo Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso como um de seus fiscalizados.

Pelo exposto, constata-se que, embora detenha personalidade jurídica de direito privado, as associações dos municípios, a exemplo da AMM, são associações civis formadas por pessoas jurídicas de direito público (municípios), tendo sua manutenção custeada com recursos aportados por estes entes públicos, logo, submetem-se ao controle externo exercido pelo Tribunal de Contas.

2.2 Da necessidade de autorização legislativa para filiação e contribuições financeiras de municípios à AMM

Conforme apresentado no item anterior, as associações têm natureza jurídica de pessoa jurídica de direito privado e, no caso das associações representativas de municípios (AMM), têm como associados pessoas jurídicas de direito público interno (municípios)⁴.

Desta forma, em uma eventual filiação de um município à AMM, estar-se-á a falar de um vínculo associativo entre pessoas jurídicas, e não somente do respectivo Poder Executivo com a associação.

Nesse caso, a autorização legislativa se impõe com maior necessidade, tendo em vista que as associações de municípios têm como uma das finalidades representar e defender os interesses dos associados nas esferas estadual e federal, agindo como verdadeiro delegatário dos entes municipais, razão pela qual, esse “mandato” não deve ser deferido unicamente pelo Poder Executivo, demandando, também, a aprovação do Poder Legislativo.

Nesse rastro, defende-se que a formalização desse vínculo associativo deve se dar por meio de

4 Código Civil Brasileiro – Lei nº 10.406/02

Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

[...]

- III** – os Municípios.

lei em sentido formal, tendo em vista que essa formalização implica, ainda, o compromisso de o município promover o aporte de contribuições associativas para que a associação possa custear as despesas com a sua manutenção.

Aliás, para a concretização da prestação de “auxílios” a entidades privadas, a Lei Complementar nº 101/2000 (LRF), em seu art. 26, requer do ente público concedente a edição de lei específica, nos seguintes termos:

DA DESTINAÇÃO DE RECURSOS PÚBLICOS PARA O SETOR PRIVADO

Art. 26. A destinação de recursos para, direta ou indiretamente, cobrir necessidades de pessoas físicas ou déficits de pessoas jurídicas deverá ser autorizada por lei específica, atender às condições estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias e estar prevista no orçamento ou em seus créditos adicionais.

§ 1º O disposto no *caput* aplica-se a toda a administração indireta, inclusive fundações públicas e empresas estatais, exceto, no exercício de suas atribuições precípua, as instituições financeiras e o Banco Central do Brasil.

§ 2º Compreende-se incluída a concessão de empréstimos, financiamentos e refinanciamentos, inclusive as respectivas prorrogações e a composição de dívidas, a concessão de subvenções e a participação em constituição ou aumento de capital. (grifo nosso).

Ademais, inobstante a observância de lei específica autorizando a filiação do município à associação, as despesas com as contribuições associativas decorrentes dessa filiação devem atender às condições estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias e estar previstas no orçamento ou em seus créditos adicionais.

Corroborando os argumentos apresentados acima, é oportuno colacionar a seguinte jurisprudência do Tribunal de Contas de Santa Catarina:

Prejulgado nº 955

São legítimas as contribuições mensais dos Municípios para manutenção de associações de municípios, desde que tais despesas sejam instituídas por lei e estejam previstas pela Lei de Diretrizes Orçamentárias e pela respectiva Lei do Orçamento, conforme as normas previstas pela Lei Federal nº 4.320/64 e na Lei Complementar nº 101/00.

Pelo exposto, conclui-se que a filiação dos municípios à Associação Mato-Grossense dos Municípios depende de autorização em lei formal. As despesas com as contribuições associativas decor-

rentes dessa filiação devem atender às condições estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias e estar previstas no orçamento ou em seus créditos adicionais, nos termos do art. 26 da LRF.

2.3 Do instrumento administrativo apto a suportar as despesas com contribuições associativas incorridas pela transferência financeira à AMM

As contribuições associativas devidas a associações e decorrentes da filiação de associados têm caráter de auxílio, colaboração ou ajuda financeira, não advindo de uma relação contratual. Portanto, o instrumento “contrato” não se presta a formalizar despesas originadas de contribuições associativas.

Nesse contexto, é oportuno salientar que os contratos são, em essência, comutativos (exigem equivalência entre as obrigações) e sinalagmáticos (exigem reciprocidade das obrigações), o que não se conforma em uma relação associativa.

Ademais disso, as relações contratuais, em regra, estão associadas, também, à exploração de alguma finalidade econômica, o que é juridicamente impossível às associações civis.

Aliás, o próprio CCB/02 já exclui da relação associativa a possibilidade de existência de obrigações recíprocas entre a associação e os associados, bem como a finalidade econômica, nos seguintes termos:

Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.

Parágrafo único. Não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos. (grifo nosso).

Assim, após a autorização legal para filiação, conforme discutido no item precedente, os municípios poderão celebrar com a AMM um instrumento formalizador de um pacto colaborativo que viabilize a prestação das parcelas financeiras referentes às contribuições associativas, portanto, instrumento distinto de um termo de contrato.

Nesta senda, poderá ser firmado um “termo de filiação”, ou instrumento equivalente, entre os municípios associados e a AMM, tendo em vista a necessidade de formalização de documento que estabeleça, dentre outras cláusulas, os direitos e os deveres dos associados, o valor da contribuição a ser paga pelo associado, a forma, a periodicidade e a data de realização da contribuição, bem como outras disposições que se fizerem necessárias à preservação e manutenção da relação associativa.

Pelo exposto, responde-se ao consulente que, após eventual autorização legislativa para filiação em associação representativa dos municípios, o

instrumento a ser firmado para a formalização da relação associativa deve ser um “termo de filiação” ou outro documento equivalente, não se prestando para esse fim o instrumento de contrato.

3. CONCLUSÃO

Pelo exposto e considerando que:

- a) embora detenha personalidade jurídica de direito privado e não integre a Administração Pública, a AMM é uma associação civil formada por pessoas jurídicas de direito público (municípios), tendo sua manutenção custeada com recursos aportados por estes entes públicos por meio de contribuições associativas, logo, submetem-se ao controle externo exercido pelo Tribunal de Contas, nos termos preconizados pelo art. 70, parágrafo único, e art. 71, inciso II, da Constituição Federal;
- b) a filiação dos municípios à Associação Mato-Grossense dos Municípios depende de autorização em lei formal;
- c) as despesas com as contribuições associativas decorrentes da filiação legalmente autorizada devem atender às condições estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias e estar previstas no orçamento ou em seus créditos adicionais, nos termos do art. 26 da LRF;
- d) as contribuições associativas podem ser formalizadas, após autorização legal, por meio de “termo de filiação”, ou instrumento equivalente, devendo estes estabelecer, dentre outras cláusulas, os direitos e os deveres dos associados, o valor da contribuição a ser paga pelo associado, a forma, a periodicidade e a data de realização da contribuição, bem como outras disposições que se fizerem necessárias à preservação e manutenção da relação associativa; e,

Considerando-se os argumentos anteriormente apresentados e que não existe prejudicado neste Tribunal que responda aos quesitos versados nesta consulta, ao julgar o presente processo e concordando o egrégio Tribunal Pleno com o entendimento delineado neste parecer, sugere-se a aprovação da seguinte ementa, nos termos do § 1º do art. 234 da Resolução nº 14/2007:

Resolução de Consulta nº __/2015. Despesas. Associação representativa de municípios. Filiação. Autorização legislativa. Contribuição associativa. Previsão nas peças de planejamento. Necessidade de termo de filiação ou instrumento equivalente.

- a) A filiação de municípios em associações representativas de municípios carece de autorização em lei formal específica. As despesas com as contribuições associativas decorrentes da filiação devem atender às condições estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias e estar previstas no orçamento ou em seus créditos adicionais, nos termos do art. 26 da LRF.
- b) Depois da autorização legislativa, a formalização de filiação em associações representativas de municípios deve ser realizada por meio de termo de filiação ou outro instrumento equivalente, não sendo o termo de contrato o documento adequado para este fim.
- c) O termo de filiação, ou instrumento equivalente, deve estabelecer, dentre outras cláusulas, os direitos e os deveres dos associados; o valor a ser pago a título de contribuição associativa; a forma, a periodicidade e a data de vencimento da obrigação; bem como outras disposições que se fizerem necessárias à preservação e manutenção da relação associativa.

Cuiabá-MT, 23 de abril de 2015.

Edicarlos Lima Silva

Consultor junto à Consultoria Técnica

Bruno Anselmo Bandeira

Secretário-Chefe da Consultoria Técnica

Parecer do Ministério Público de Contas nº 2.290/2015

[...]

Por todo o exposto, o Parquet de Contas se manifesta pela aprovação da seguinte minuta de resolução:

Resolução de Consulta nº __/2015. Despesas. Associação representativa de municípios. Filiação.

Autorização legislativa. Desnecessidade. Contribuição associativa. Previsão nas peças de planejamento. Convênio.

- a) A filiação de municípios em associações representativas de municípios independe de autorização em lei formal específica (princípio do livre associativismo). As despesas com as contribuições associativas

decorrentes da filiação devem atender às condições estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias e estar previstas no orçamento ou em seus créditos adicionais, nos termos do art. 26 da LRF.

b) A formalização de filiação em associações representativas de municípios deve ser realizada por meio de convênios de cooperação, não sendo o termo de contrato o documento adequado para este fim.

c) O convênio de cooperação deve estabelecer, dentre outras cláusulas, os direitos e os deveres dos associados; o valor a ser pago a título de contribuição associativa; a forma, a periodicidade e a data de vencimento da obrigação; bem como outras disposições que se fizerem necessárias à preservação e manutenção da relação associativa.

3. CONCLUSÃO

Dessa forma, o Ministério Público de Contas, no uso de suas atribuições institucionais, em consonância com o artigo 43, inciso II da Lei Complementar nº 269/2007 *c/c* § 1º do artigo 197 da

Resolução Interna nº 14/2007, **manifesta-se:**

a) pelo **conhecimento da consulta** ante o preenchimento dos pressupostos de admissibilidade, com fulcro nos artigos 48 da Lei Orgânica do TCE-MT (LC nº 269/07) e art. 232, II do Regimento Interno do TCE-MT (Resolução nº 14/07);

b) pela **aprovação da proposta de resolução de consulta, com as alterações mencionadas neste parecer**, conforme regra o art. 81, IV, do Regimento Interno do TCE-MT (Resolução nº 14/07).

É o parecer.

Ministério Público de Contas, Cuiabá-MT, 4 de maio de 2015.

Alisson Carvalho de Alencar

Procurador de Contas

Razões do Voto

Egrégio Plenário,

A presente consulta foi formulada em tese, de forma objetiva, por autoridade legítima, que apresentou dúvida sobre matéria de competência deste Tribunal, preenchendo os requisitos de admissibilidade, devendo, portanto, ser respondida.

No mérito, duas opiniões divergentes:

a) a consultoria técnica e o procurador-geral de Contas, em parecer oral, que entendem ser necessária lei específica autorizando a filiação e contribuição de município à associação de municípios, e que sua formalização deve ser por meio de termo de filiação ou outro instrumento equivalente; e,

b) o Ministério Público de Contas, que inicialmente, por intermédio do procurador de Contas Alisson Carvalho de Alencar, opinou no sentido de não haver necessidade de lei específica autorizando a filiação, e que esta poderá ser formalizada por convênio de cooperação.

Depois de ouvir as opiniões divergentes entre os membros deste Tribunal, retirei o processo de

pauta para aprofundar a reflexão sobre o assunto consultado.

Não é de hoje que reafirmo a minha posição sobre a necessidade de se adotar na Administração Pública um modelo gerencial voltado para a obtenção de resultados. Por isso, manifestei inicialmente a opinião sobre não ser necessária a edição de outra lei, além das peças de planejamento – LDO e Orçamentária – para autorizar o município a exercer o direito constitucional de se associar.

Entretanto, depois de ouvir os debates, sobretudo a participação do conselheiro substituto Luiz Henrique Lima, concordo com a opinião do procurador-geral de Contas Gustavo Coelho Deschamps, no sentido de que o vínculo associativo entre os municípios e a respectiva associação não deve depender apenas da vontade discricionária do gestor.

É inegável que a reunião dos municípios, na busca de soluções para os problemas sociais, econômicos e políticos da localidade e região, é de reconhecida importância no desenvolvimento municipalista e cooperativo. E como bem lembrou o conselheiro substituto Luiz Henrique de Lima, a

Associação Mato-Grossense dos Municípios tem se mostrado representativa e vem prestando relevantes e efetivos serviços aos municípios.

Essas são razões importantes para que o vínculo jurídico entre associação e associados seja duradouro e forte o bastante para resistir a eventuais descontentamentos por parte do chefe do Poder Executivo. Nesse sentido, entendo que o debate junto à Câmara municipal, do interesse do município de se associar, trará maior segurança jurídica e estabilidade à relação associativa.

Por esses motivos, acolho o parecer oral proferido pelo procurador-geral de Contas, na sessão do dia 23/06/15, para votar ao final pela necessidade de lei específica autorizando a filiação e desfiliação do município à associação representativa.

O segundo questionamento diz respeito à necessidade, ou não, de celebrar contrato para repassar os valores da contribuição associativa.

De acordo com o art. 53 do Código Civil Brasileiro, as associações se constituem pela união de pessoas (físicas ou jurídicas) para **fins não econômicos, inexistindo entre os associados quaisquer direitos e obrigações recíprocos.**

Excluídos da relação direitos e obrigações recíprocos, os valores das contribuições associativas têm caráter de colaboração.

Com isso em mente, e considerando a natureza contratual – *que exige reciprocidade e visa à finalidade econômica* – pode-se afirmar que o contrato não é a forma adequada para formalizar os repasses das referidas contribuições.

De acordo com a consultoria técnica, o instrumento mais adequado para o pacto colaborativo é o termo de filiação, ou instrumento equivalente. O Ministério Público de Contas, por sua vez, indica o convênio como apto à filiação. Ambos, entretanto, concordam que qualquer que seja o instrumento formalizador, este deve ser distinto do contrato.

Nesse quesito, acolho a manifestação da consultoria técnica, entendendo viável a formalização da relação entre associados por meio de termo de filiação, que contenha cláusulas objetivas estabelecendo normas para a preservação e manutenção da relação, entre elas, o valor da contribuição, a forma e data do repasse e a periodicidade.

Ressalto, entretanto, de maneira contundente, que as contribuições decorrentes de eventual filiação devem estar previstas nas Leis de Diretrizes Orçamentárias e nas Leis Orçamentárias Anuais dos entes federativos associados, sob pena de a despesa ser considerada ilegal e ilegítima por este Tribunal de Contas, resultando, conseqüentemente, em ressarcimento dos valores pelo chefe do Poder Exe-

cutivo respectivo, sem prejuízo de demais sanções.

VOTO

Pelo exposto, acolho o parecer oral proferido pelo procurador-geral de Contas Gustavo Deschamps, e **VOTO** no sentido de conhecer a consulta, para no mérito responder **EM TESE** ao consulente nos seguintes termos:

Resolução de Consulta nº __/2015. Despesa. Associação de municípios. Filiação de ente federado. Necessidade de lei específica. Formalização por meio de termo de filiação ou instrumento equivalente. Contribuição associativa prevista nas peças de planejamento.

a) A filiação de municípios em associações que os representam depende de autorização em lei específica. As despesas de contribuições associativas decorrentes da filiação devem atender às condições estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias e estar previstas no orçamento ou em seus créditos adicionais, nos termos do art. 26 da LRF.

b) Depois de autorização legislativa, a formalização de filiação em associações representativas de municípios deve ser realizada por meio de termo de filiação ou outro equivalente, não sendo adequado o termo de contrato para esse fim.

c) O termo de filiação, ou instrumento equivalente, deve estabelecer, entre outras cláusulas, os direitos e os deveres dos associados; o valor a ser pago a título de contribuição associativa; a forma, a periodicidade e a data de cumprimento da obrigação; bem como outras disposições que se fizerem necessárias à preservação e manutenção da relação associativa.

É como voto.

Conselheiro Valter Albano da Silva

Relator

Executivo municipal pode antecipar duodécimos ao Legislativo

É possível que as prefeituras municipais possam antecipar os repasses de duodécimos ao Poder Legislativo em valores maiores do que os das frações mensais definidas na Lei Orçamentária Anual, desde que o Poder Legislativo solicite formalmente a antecipação e não comprometa a programação financeira nem o cronograma de execução mensal de desembolso do Poder Executivo para o atendimento das suas despesas ordinárias (artigo 8º, *caput*, da LRF). Esse foi o entendimento firmado no voto do conselheiro Waldir Julio Teis, acolhido pelo Pleno do TCE-MT em resposta à consulta do prefeito do município de Alta Araguaia, Jerônimo Samira Maia Neto.

“As transferências financeiras devidas pelas prefeituras às Câmaras municipais devem ser realizadas em frações proporcionais mensais, podendo haver, excepcionalmente, antecipações destas parcelas”



Waldir Júlio Teis
Conselheiro
gab.wteis@tce.
mt.gov.br

Resolução de Consulta nº 2/2016-TP

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo nº 1.260-2/2016.

O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, nos termos dos artigos 1º, XVII, da Lei Complementar nº 269/2007 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso), e do artigo 29, VIII, da Resolução nº 14/2007 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso), **resolve**, por unanimidade, acompanhando o voto do relator e de acordo, em parte, com o Parecer nº 518/2016 do Ministério Público de Contas, **responder** ao consulente que:

1) é possível o Poder Executivo municipal transferir parcelas duodecimais em valores maiores do que os das frações mensais definidas na Lei Orçamentária Anual, desde que:

- a) o Poder Legislativo solicite formalmente a antecipação;
- b) a antecipação dos recursos não comprometa a programação financeira nem o cronograma de execução mensal de desembolso do Poder Executivo para o atendimento das suas despesas ordinárias (artigo 8º, *caput*, da LRF); e,

- c) o total dos duodécimos transferidos em todo o exercício financeiro não exceda os valores constantes no orçamento anual aprovado para a Câmara municipal e, em qualquer caso, respeite os limites previstos no artigo 29-A da Constituição Federal.

Encaminhe-se ao consulente, via malote digital, o Parecer da Consultoria Técnica de nº 3/2016, o Parecer Ministerial nº 518/2016, o inteiro teor do voto, bem como esta resolução de consulta. O inteiro teor desta decisão está disponível no *site*: www.tce.mt.gov.br.

Participaram do julgamento os conselheiros Antonio Joaquim – presidente, José Carlos Novelli, Valter Albano, Domingos Neto, Sérgio Ricardo e Moises Maciel.

Presente, representando o Ministério Público de Contas, o procurador-geral Gustavo Coelho Deschamps.

Publique-se.

Você pode assistir ao vídeo do julgamento do processo no link <<http://www.tce.mt.gov.br/protocolo/detalhe/num/12602/ano/2016>>

Parecer da Consultoria Técnica nº 03/2016

Excelentíssimo Senhor Conselheiro:

Trata-se de consulta formulada pelo Sr. Jerônimo Samita Maia Neto, prefeito do município de Alto Araguaia-MT, solicitando manifestação desta Corte de Contas sobre a possibilidade de a prefeitura municipal antecipar os repasses de duodécimos ao Poder Legislativo, por solicitação deste, de sorte que o valor repassado a maior em determinados meses seja compensado nas transferências seguintes, atendendo-se, assim, ao limite anual fixado na Lei Orçamentária Anual (LOA). Veja-se, na íntegra, o teor do quesito formulado pela autoridade pública:

1º. Pode o Poder Executivo repassar parcelas com valor maior de 1/12 (um, doze avos), e diluir nas parcelas remanescentes mantendo o valor original na LOA, caso seja solicitado pelo Poder Legislativo?

O consulente não juntou outros documentos aos autos.

É o relato do necessário.

1. DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

A consulta foi formulada em tese, por autoridade legítima, com a apresentação objetiva da dúvida e versa sobre matéria de competência deste Tribunal, preenchendo, portanto, os requisitos de admissibilidade exigidos pelo art. 232 da Resolução nº 14/2007 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado – RITCE-MT).

2. DO MÉRITO

2.1 Da regra geral do repasse de duodécimos ao Legislativo municipal em frações mensais proporcionais e constantes

Segundo se depreende do art. 168 da Constituição Federal (CF/88)¹, os recursos correspon-

¹ **Art. 168.** Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º.

dentos às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, serão entregues pelo Poder Executivo até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, ao Poder Legislativo municipal.

Nessa linha, por duodécimo² deve-se entender o valor do repasse financeiro mensal realizado pelo Poder Executivo à Câmara municipal, quantificado – regra geral – a partir da divisão aritmética do montante anual fixado na Lei Orçamentária Anual (LOA) para a Casa Legislativa pelo número de meses do ano (doze). Assim, a cifra mensal repassada a título de duodécimos equivale, em regra, a um doze avos do valor fixado na LOA para o Legislativo do município.

A sucinta abordagem do constituinte, que regulou o instituto jurídico do duodécimo apenas no art. 168, tem suscitado diversos questionamentos a este Tribunal por parte dos órgãos públicos que operacionalizam os repasses duodecimais, seja transferindo-os ou recebendo-os.

Nesse sentido, antes de adentrar o cerne do quesito formulado, convém assentar duas regras de cunho limitador à operacionalização dos repasses de duodécimos pelo Poder Executivo municipal ao respectivo Poder Legislativo.

A primeira regra limitadora decorre de mandamento constitucional contido no art. 29-A, da CF/88, que veda à Câmara municipal ultrapassar, na execução de suas despesas (incluídos subsídios dos vereadores e excluídos os gastos com inativos), limites percentuais, a depender da população do município, sobre o somatório da receita tributária e das transferências constitucionais previstas no § 5º do art. 153 (IOF sobre ativo financeiro ouro) e nos arts. 158 e 159 (IPVA, ICMS, IPI e ITR), da Carta Política.

Outro não é o entendimento deste Tribunal de Contas, conforme se visualiza na consulta respondida por meio do Acórdão nº 185/2005:

Acórdãos nºs 185/2005 (DOE, 21/03/2005) e 650/2001 (DOE, 22/05/2001). Câmara municipal. Despesa. Limite. Gasto total. Observância à regra constitucional. Exclusão dos gastos com inativos e pensionistas.

O total das despesas do Poder Legislativo Municipal

² Segundo o Dicionário Aurélio (3ª edição, p. 707), duodécimo é “cada uma das 12 partes em que se pode dividir um todo”.

não poderá ultrapassar os percentuais estabelecidos no artigo 29-A, incidentes sobre o somatório das receitas tributárias e das transferências previstas no § 5º do artigo 153 e nos artigos 158 e 159 da Constituição Federal, efetivamente realizadas no exercício anterior.

Assim como os gastos com inativos, também aqueles correspondentes a pagamento de pensionistas não se incluem nesse limite, por não se submeterem ao controle gerencial do ordenador de despesa. (grifo nosso).

Assim, sendo os repasses duodecimais fonte de recursos para que o Legislativo execute suas despesas anuais, veda-se, por conseguinte, que o Executivo municipal transfira numerário em maior volume que os limites disciplinados no art. 29-A da CF/88.

A segunda regra limitadora emana do próprio art. 168 da CF/88, o qual preconiza que os duodécimos entregues (transferências financeiras) serão “correspondentes às dotações orçamentárias”, sejam elas iniciais ou adicionais.

Portanto, não poderão os repasses duodecimais superar os valores fixados na Lei Orçamentária Anual (LOA), atualizados por eventual abertura de crédito adicional. Outrossim, não custa reforçar, os referidos repasses financeiros, ainda que atualizados, não poderão, em qualquer hipótese, extrapolar o limite de gastos previsto no art. 29-A, da CF/88, para a Câmara municipal.

As duas regras limitadoras estão, inclusive, consignadas na Resolução de Consulta TCE-MT nº 7/2013, cuja ementa se transcreve, na íntegra:

Resolução de Consulta nº 07/2013 (DOC 07/05/2013). Câmara Municipal. Despesa. Limite. Gasto total. Fixação. Possibilidade de estabelecimento de valor inferior ao limite. Inexistência de direito adquirido ao limite constitucional.

1) O valor do orçamento da câmara municipal pode ser inferior ao limite de gasto do poder legislativo municipal estabelecido no artigo 29-A da Constituição Federal, tendo em vista que não há direito da câmara à percepção do limite.

2) O direito da câmara municipal ao duodécimo restringe-se ao valor fixado no orçamento, desde que observado o limite constitucional.

3) Caso o orçamento da câmara municipal tenha sido subestimado a ponto de inviabilizar o seu funcionamento normal, poderá haver suplementação, desde que não exceda o limite constitucional.

4) O aumento do orçamento da câmara municipal deve ser promovido por meio de crédito adicional,

com a indicação da respectiva fonte de recurso, e ser promovido por lei de iniciativa do Poder Executivo (crédito especial) ou de decreto do Poder Executivo (crédito suplementar). (grifo nosso).

Ultrapassadas essas considerações iniciais, necessárias ao deslinde da consulta, volta-se a atenção para a questão trazida pelo consulente: considerado um mesmo exercício financeiro, desde que o valor repassado a maior em determinados meses do ano seja compensado nas transferências financeiras seguintes, é possível a antecipação de valores de duodécimos por parte do Poder Executivo à Câmara municipal, por solicitação desta?

Depois da análise dos aspectos jurídicos e fáticos ligados à matéria – os quais serão a seguir delineados –, **entende-se não ser plausível, em regra, o adiantamento de recursos duodecimais por parte do Poder Executivo à respectiva Câmara municipal**, ainda que no decorrer do exercício financeiro tais antecipações sejam compensadas com posteriores repasses a menor e que, ademais, restem respeitadas as regras contidas na Resolução de Consulta TCE-MT nº 7/2013 (obediência ao valor total fixado na LOA, atualizado por eventual crédito adicional, e ao limite do art. 29-A da CF/88).

A uma porque a antecipação de duodécimos em montante superior à fração fixa prevista na LOA representa risco de comprometimento de dois importantes institutos de equilíbrio fiscal trazidos no art. 8º, *caput*, da Lei Complementar nº 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF): a programação financeira e o cronograma de desembolso mensal, ambos confeccionados pelo Poder Executivo em até 30 dias após a publicação dos orçamentos.

Corroborar o referido raciocínio parecer de consulta (09/2007) emitido pelo Tribunal de Contas do Mato Grosso do Sul (TCE-MS) no âmbito do processo TC-MS-03348/2007:³

VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos, de consulta formulada pela Prefeitura Municipal de Porto Murtinho.

O egrégio Tribunal Pleno, na 14ª Sessão Ordinária de 8 de agosto de 2007, preliminarmente conheceu da consulta, por se encaixar nos termos do artigo 185 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas e acolhendo o parecer do Ministério Público Especial e de conformidade com o voto do Excelentíssimo

³ Disponível em: <<http://www.radaroficial.com.br/d/8093863>> Acesso em: 3 fev. 2016.

mo Senhor Conselheiro Relator OSMAR FERREIRA DUTRA decidiu, por unanimidade de votos, responder nos seguintes termos:

Quesito:

Pode o Prefeito Municipal num mesmo mês fazer dois repasses de duodécimo antecipando o repasse de um mês, a pedido do Poder Legislativo Municipal, e fazer o desconto paulatinamente até o fechamento do ano?

Resposta:

Não. O Poder Executivo Municipal deve observar rigorosamente a Lei de Diretrizes Orçamentárias, a Lei orçamentária e o cronograma de execução mensal de desembolso, sob pena de violação aos princípios da legalidade, da gestão responsável, da transparência orçamentária e do planejamento. (grifos nossos).

Nessa esteira, a antecipação de duodécimos poderia desvirtuar os dois instrumentos de planejamento financeiro em referência, que, nessa hipótese, assumiriam o viés de peças de pouco valor informativo, pois destoantes do fluxo de caixa de fato executável no ano entre prefeitura e Câmara municipal.

A duas porque, considerando ser o Poder Executivo o detentor de competência exclusiva para empreender políticas públicas municipais, o repasse adiantado de duodécimos da prefeitura para a Câmara municipal implica a assunção de custo de oportunidade (social) consistente na possível postergação de execução de ações governamentais finalísticas – ao município –, em face da saída antecipada de recursos públicos dos cofres do Executivo.

A par disso, a transferência duodecimal adiantada ocorre, em tese, sem a autorização do cidadão contribuinte (mediante lei), o que pode desguarnecer – ainda que em parte e momentaneamente – o financiamento dos serviços públicos finalísticos prestados pelo Poder Executivo, por meio de suas secretarias municipais. Nesse cenário, a prática do adiantamento duodecimal poderia colidir com o princípio da indisponibilidade do interesse público.

A três porque, considerando ter a taxa oficial de inflação alcançado em 2015 os 10,71%⁴, quadro esse possivelmente replicável para o corrente ano, haverá, em relação ao valor duodecimal repassado antecipadamente, quando das compensações

posteriores, risco de perda considerável do valor aquisitivo da moeda, repercutindo diretamente no poder de compra de insumos utilizados na prestação de serviços finalísticos à população.

Por exemplo, se R\$ 100,00 repassados antecipadamente em janeiro/2016 compravam dez vacinas (R\$ 10,00, cada), em dezembro, quando da retenção do duodécimo pelo Executivo, os mesmos R\$ 100,00 terão sido corroídos pela inflação de 10% (arredondando-se) e equivalerão, em cifras reais, a R\$ 90,00, montante que somente financiará a aquisição de nove vacinas, prejudicando o atendimento do cidadão usuário do serviço público de saúde, em relação a uma vacina.

A quatro porque, embora inexista em legislação geral vedação à prática do adiantamento de duodécimos, igualmente não há autorização para tanto. Diante da lacuna normativa, considerando que o administrador público deve se pautar pelo princípio da legalidade estrita, não se cogita como possível, em regra, a antecipação de repasses financeiros duodecimais, pois, além de não autorizada em norma, a prática pode implicar assunção de riscos às finanças do município, conforme já delineado.

Assim, ante as razões jurídicas e fáticas apresentadas, **entende-se que a regra é a da impossibilidade de adiantamento de recursos duodecimais por parte do Poder Executivo à respectiva Câmara municipal**, ainda que no decorrer do exercício financeiro as antecipações sejam compensadas com posteriores repasses a menor e que, ademais, restem respeitadas as regras contidas na Resolução de Consulta TCE-MT nº 7/2013 (obediência ao valor total fixado na LOA, atualizado por eventual crédito adicional, e ao limite do art. 29-A da CF/88).

Nesse ensejo, as transferências financeiras realizadas pelo Poder Executivo ao Legislativo municipal a título de duodécimos devem, de regra, ocorrer em frações mensais proporcionais e constantes ao longo do exercício financeiro, observados os limites fixados no orçamento anual e no art. 29-A da CF/88.

2.2 Da possibilidade excepcional de transferência de parcelas duodecimais em valor superior ao das frações mensais definidas

Assentada no subitem precedente à regra geral de repasse duodecimal em frações proporcionais e constantes durante o exercício financeiro, do Executivo para o Legislativo municipal, convém trazer à tona hipótese de flexibilização da tese, desde que

⁴ Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2015-12/previa-da-inflacao-oficial-fecha-2015-em-1071>> Acesso em: 29 jan. 2016.

cumulativa e obrigatoriamente observadas determinadas condições fáticas e jurídicas. Isso porque nenhum princípio ou regra do Direito possui caráter absoluto, podendo, por isso, ante o confronto com outros valores fundamentais, ter sua aplicação ponderada pelo operador.

Nesse contexto, tomando por base os fundamentos jurídicos já trazidos no tópico anterior, tem-se, de plano, como fatores legitimadores de eventual repasse duodecimal antecipado, em que o Poder Executivo transfere ao Legislativo municipal recursos em fração superior ao valor mensal fixado na LOA, os seguintes, os quais deverão ocorrer cumulativamente e constar na documentação que venha a amparar o procedimento de antecipação financeira dos duodécimos:

- a) declaração e comprovação documental pela autoridade competente (prefeito) de que o adiantamento duodecimal não compromete a programação financeira e o cronograma mensal de desembolso do Poder Executivo municipal, para fazer frente às suas despesas ordinárias (art. 8º, *caput*, da LRF); e,
- b) declaração e comprovação documental pela autoridade competente (prefeito) de que o total dos duodécimos transferidos no exercício financeiro em curso não excede os valores constantes no orçamento anual aprovado para a Câmara municipal, bem como os limites de gastos previstos no art. 29-A da CF/88.

Além da observância cumulativa dos dois requisitos em tela, há mais outros dois pressupostos fáticos a serem considerados, como condição legitimadora para a prática excepcional do adiantamento de recursos duodecimais por parte do Executivo municipal à respectiva Câmara municipal, em fração superior ao valor mensal fixado na LOA.

O primeiro pressuposto fático a ser verificado é o de restar comprovadamente instalado **estado de anormalidade institucional** na Câmara municipal, capaz de ensejar a antecipação financeira de duodécimos, sob risco de comprometer o funcionamento e as atividades normais do Legislativo.

Seria o caso, por exemplo, de insuficiência de recursos no início do ano para proceder-se à imediata reforma do plenário da Casa Legislativa, que, sem condições de ser operacionalizado – sob risco de desmoração – estaria obstaculizando a atividade legiferante (institucional) da Câmara municipal.

Dessa forma, entre o repasse adiantado de duodécimos sem previsão normativa ao Legislativo

municipal e a completa inoperância desse Poder na consecução da atividade de elaborar leis, alternativas essas excludentes na espécie, é razoável, sob o ponto de vista do gestor público médio, prestigiar a resolução do segundo problema, que alija não somente determinada norma, mas toda uma instituição, sabidamente imprescindível no Estado Democrático de Direito.

O segundo pressuposto fático a ser verificado é o de que, já necessariamente presentes as três condicionantes narradas neste parecer (observância dos limites fixados no orçamento anual e no art. 29-A da CF/88, bem como configuração de anormalidade institucional do Legislativo), a “transação” – repasse duodecimal adiantado em fração superior àquela fixada na LOA – seja objeto de instrumento formal, celebrado entre prefeito e presidente de Câmara municipal, visando possibilitar a posterior verificação dos órgãos de controle (interno e externo).

A medida proposta (celebração de instrumento formal) objetiva, também, conferir segurança jurídica à operação de adiantamento duodecimal, de forma a evitar questionamentos posteriores quanto a eventuais diferenças financeiras repassadas a menor pelo Poder Executivo durante o exercício financeiro, para compensar os repasses a maior efetuados anteriormente, no que pese tal conduta (repasso duodecimal a menor, em relação à proporção fixada na LOA), se analisada de *per si*, ensejar crime de responsabilidade do prefeito municipal, nos termos do art. 29-A, § 2º, inciso III, da CF/88.

3. CONCLUSÃO

Pelo exposto e considerando que:

- a) não há no ordenamento jurídico brasileiro autorização ou vedação em relação à prática do adiantamento financeiro de valores afetos a duodécimos;
- b) **em regra**, as transferências financeiras realizadas pelo Poder Executivo ao Legislativo municipal a título de duodécimos devem ocorrer em frações mensais proporcionais e constantes ao longo do exercício financeiro, observados os limites fixados no orçamento anual e no art. 29-A da CF/88;
- c) a antecipação de duodécimos em montante superior à fração fixa prevista na Lei Orçamentária Anual representa, em regra, risco de comprometimento de institutos de equilíbrio fiscal trazidos no art. 8º, *caput*, da Lei Complementar nº 101/00, quais

- sejam, os da programação financeira e do cronograma de desembolso mensal;
- d) a antecipação de duodécimos em montante superior à fração fixa prevista na Lei Orçamentária Anual, por acordo entre Executivo e Legislativo municipais, pode colidir com o princípio da indisponibilidade do interesse público;
 - e) a antecipação de duodécimos em montante superior à fração fixa prevista na Lei Orçamentária Anual pode suscitar perdas inflacionárias irreversíveis, afetando negativamente o poder de compra de insumos necessários à execução de políticas públicas municipais; e,
 - f) **excepcionalmente**, é possível a antecipação pelo Executivo ao Legislativo municipal de duodécimos em montante superior à fração fixa prevista no orçamento anual, desde que cumulativamente comprovados os quatro requisitos fático-jurídicos a seguir delineados:
 - f.1) observância dos limites fixados no orçamento anual;
 - f.2) observância dos limites fixados no art. 29-A da CF/88;
 - f.3) configuração de anormalidade institucional do Poder Legislativo; e,
 - f.4) celebração de instrumento formal, subscrito pelo prefeito e pelo presidente de Câmara municipal, que retrate a antecipação financeira requerida pelo Legislativo, visando possibilitar a posterior verificação dos órgãos de controle (interno e externo), bem como conferir segurança jurídica à operação de adiantamento duodecimal.

4. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, considerando-se os argumentos apresentados e a inexistência de prejulgado neste Tribunal que responda integralmente à presente consulta, sugere-se à consideração superior, com fundamento no § 1º do art. 234 da Resolução 14/2007 (RITCE-MT), a aprovação da seguinte ementa:

Resolução de Consulta nº ___/2016. Câmara municipal. Antecipação de duodécimos. Caráter excepcional. Requisitos.

1) As transferências financeiras realizadas ao Legislativo municipal a título de duodécimos devem ocorrer

em frações mensais proporcionais e constantes ao longo do exercício financeiro, observados os limites contidos no orçamento anual e no artigo 29-A da Constituição Federal.

2) Excepcionalmente, é possível ao Poder Executivo municipal transferir parcelas duodecimais em valores maiores do que os das frações mensais definidas na Lei Orçamentária Anual, desde que restem comprovadas no caso concreto, cumulativamente, as seguintes condições:

a) situação de anormalidade institucional do Poder Legislativo municipal, capaz de ameaçar o seu funcionamento ou a consecução de suas atividades essenciais (legislar e fiscalizar);

b) a antecipação dos recursos não comprometa a programação financeira nem o cronograma de execução mensal de desembolso do Poder Executivo para o atendimento das suas despesas ordinárias (artigo 8º, *caput*, da LRF);

c) o total dos duodécimos transferidos em todo o exercício financeiro não exceda os valores constantes no orçamento anual aprovado para a Câmara municipal e, em qualquer caso, os limites previstos no artigo 29-A da Constituição Federal; e,

d) haja a celebração de instrumento formal entre a prefeitura e a Câmara municipal, na pessoa de suas respectivas autoridades, que retrate a antecipação duodecimal requerida pelo Legislativo, visando possibilitar a posterior verificação dos órgãos de controle (interno e externo), bem como conferir segurança jurídica à operação de adiantamento de duodécimos.

Cuiabá-MT, 3 de fevereiro de 2016.

Vitor Gonçalves Pinho

Consultor de Estudos Técnicos

Edicarlos Lima Silva

Secretário-Chefe da Consultoria Técnica

Parecer do Ministério Público de Contas nº 518/2016

[...]

3. CONCLUSÃO

Dessa maneira, o **Ministério Público de Contas**, no uso de suas atribuições institucionais, **manifesta-se**:

- a) pelo **conhecimento** da consulta marginalda, eis que restam preenchidos os pressupostos subjetivos e objetivos de admissibilidade;
- b) pela **aprovação da proposta de Resolução de Consulta** apresentada pela consultoria técnica, conforme regra do art. 81, inciso IV c/c art. 236, parágrafo único, do Regimento Interno do TCE-MT, integralmente e nos seguintes termos:

Resolução de Consulta nº ___/2016. Câmara municipal. Antecipação de duodécimos. Caráter excepcional. Requisitos.

1) As transferências financeiras realizadas ao Legislativo municipal a título de duodécimos devem ocorrer em frações mensais proporcionais e constantes ao longo do exercício financeiro, observados os limites contidos no orçamento anual e no artigo 29-A da Constituição Federal.

2) Excepcionalmente, é possível ao Poder Executivo municipal transferir parcelas duodecimais em valores maiores do que os das frações mensais definidas na Lei Orçamentária Anual, desde que restem comprovadas no caso concreto, cumulativamente, as seguintes condições:

- a) situação de anormalidade institucional do Poder Legislativo municipal, capaz de ameaçar o seu funcionamento ou a consecução de suas atividades essenciais (legislar e fiscalizar);
- b) a antecipação dos recursos não comprometa a programação financeira nem o cronograma de execução mensal de desembolso do Poder Executivo para o atendimento das suas despesas ordinárias (artigo 8º, *caput*, da LRF);
- c) o total dos duodécimos transferidos em todo o exercício financeiro não exceda os valores constantes no orçamento anual aprovado para a Câmara municipal e, em qualquer caso, os limites previstos no artigo 29-A da Constituição Federal; e,
- d) haja a celebração de instrumento formal entre a prefeitura e a Câmara municipal, na pessoa de suas respectivas autoridades, que retrate a antecipação duodecimal requerida pelo Legislativo, visando possibilitar a posterior verificação dos órgãos de controle (interno e externo), bem como conferir segurança jurídica à operação de adiantamento de duodécimos.

É o parecer.

Ministério Público de Contas, Cuiabá, 19 de fevereiro de 2016.

Getúlio Velasco Moreira Filho

Procurador de Contas

Razões do Voto

Egrégio Plenário,

Preliminarmente, verifica-se que a consulta é o meio pelo qual os jurisdicionados legitimados podem sanar suas dúvidas quanto à interpretação e aplicação de dispositivos legais e regulamentares, relacionados com sua competência e deve atender os requisitos previstos pelo artigo 232 da Resolução nº 14/2007.

Assim, para que a consulta seja admitida, deve ser formulada por autoridade legítima, em tese, e conter a apresentação objetiva dos quesitos, com indicação precisa da dúvida quanto à interpretação

e aplicação de dispositivos legais e regulamentares e, também, versar sobre matéria de competência do Tribunal de Contas.

Depois dessas considerações, tendo em vista que a presente consulta preenche todos os requisitos de admissibilidade, passo a me manifestar sobre o mérito.

As indagações do consulente se referem à possibilidade de o Poder Executivo efetuar repasses de parcelas ao Poder Legislativo em valores superiores a 1/12 (um, doze avos), compensando-se com posteriores repasses a menor.

Neste ponto, vislumbra-se que o repasse mensal

de valores do Poder Executivo ao Poder Legislativo deve observar a redação contida nos artigos 168 e 29-A, ambos da Constituição Federal de 1988, os quais consignam:

Art. 168. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Art. 29-A. O total da despesa do Poder Legislativo Municipal, incluídos os subsídios dos Vereadores e excluídos os gastos com inativos, não poderá ultrapassar os seguintes percentuais, relativos ao somatório da receita tributária e das transferências previstas no § 5º do art. 153 e nos arts. 158 e 159, efetivamente realizado no exercício anterior. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 25, de 2000).

Neste toar, se entenderá por “duodécimos” a fração proporcional e constante a ser repassada mensalmente à Câmara municipal, até o dia 20 de cada mês, constituindo crime de responsabilidade ao prefeito municipal que efetuar:

- a) o repasse que supere os limites definidos no art. 29-A;
- b) o não envio do repasse até o dia 20 de cada mês;
- c) ou envio a menor em relação à proporção fixada na Lei Orçamentária.

O valor mensalmente repassado ao Poder Legislativo deve obedecer ao valor previsto pela Lei Orçamentária e corresponde à despesa já fixada pelo referido diploma legal, devendo atender o limite de gasto previsto no art. 29-A da Constituição Federal, para que este possa ter assegurada a autonomia constitucional e exerça de forma efetiva o poder de se autogovernar.

Segundo se infere do parecer emitido pela consultoria técnica e acolhido pelo Ministério Público de Contas, considera-se, inicialmente, não ser plausível o adiantamento de recursos duodecimais por parte do Poder Executivo à respectiva Câmara municipal, ainda que no decorrer do exercício financeiro tais antecipações sejam *compensadas com posteriores repasses a menor e que retem respeitadas as regras* contidas na Resolução de Consulta TCE-MT 7/2013 (obediência ao valor total fixado na LOA,

atualizado por eventual crédito adicional, e ao limite do art. 29-A da CF/88).

Nesta senda, a equipe técnica fez importante destaque acerca de que a antecipação de duodécimos em montante superior à fração fixa prevista na LOA representaria risco de comprometimento de dois importantes institutos de equilíbrio fiscal trazidos no art. 8º, *caput*, da Lei Complementar nº 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF): a programação financeira e o cronograma de desembolso mensal, ambos confeccionados pelo Poder Executivo em até 30 dias após a publicação dos orçamentos.

Outrossim, tanto a equipe técnica quanto o MPC sustentaram que poderia haver perda considerável do valor aquisitivo da moeda em relação ao valor duodecimal repassado antecipadamente, o que repercutiria diretamente no poder de compra de insumos utilizados na prestação de serviços à população.

Nesta baila, coaduno com o entendimento externado pela equipe técnica e pelo *Parquet* de Contas, quando mencionam que, em que pese a inexistência de vedação expressa acerca dos adiantamentos de recursos duodecimais por parte do Poder Executivo à Câmara municipal, **deve-se, em regra, concluir pela impossibilidade de fazê-lo**, devendo as transferências financeiras realizadas pelo Poder Executivo ocorrerem em frações mensais proporcionais e constantes ao longo do exercício financeiro, observados os limites fixados no orçamento anual e no art. 29-A da CF/88.

Acerca do tema, já se manifestou o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, no Parecer de Consulta nº 09/2007, *in verbis*:

Pode o prefeito municipal num mesmo mês fazer dois repasses de duodécimo antecipando o repasse de um mês, a pedido do Poder Legislativo municipal, e fazer o desconto paulatinamente até o fechamento do ano?

Resposta:

Não. O Poder Executivo municipal deve observar rigorosamente a Lei de Diretrizes Orçamentárias, a Lei Orçamentária e o cronograma de execução mensal de desembolso, sob pena de violação aos princípios da legalidade, da gestão responsável, da transparência orçamentária e do planejamento (Parecer Consulta nº 09/2007 – TCE-MS).

Todavia, importante consignar que circunstâncias emergenciais, por exemplo, podem, eventualmente, dar ensejo a transferências de parcelas em valor superior ao das frações mensais definidas.

A exceção, segundo notável menção da equipe técnica, se refere à configuração de anormalidade institucional do Poder Legislativo, de modo que esta possa comprometer o funcionamento das atividades normais da instituição.

Entretanto, ainda que se verifique a hipótese excepcional a ensejar necessidade de repasse em valor superior, este repasse de modo algum poderá ser feito em inobservância aos limites fixados no orçamento anual e aos declinados no artigo 29-A, da Carta Magna.

Entretanto, apesar do belíssimo trabalho e estudo desenvolvido pela consultoria técnica, discordo de alguns pontos, que vejo apenas como “instrumentos burocráticos”, que elevam os custos da gestão pública.

Refiro-me neste momento às alíneas “a e d”, do item 2, na resposta formulada pela consultoria. O item 2 permite a possibilidade de transferência superior a 1/12 avos do orçamento, desde que cumulativamente sejam comprovados os seguintes fatos: a) situação de anormalidade institucional do Poder Legislativo municipal capaz de comprometer o seu funcionamento ou a consecução de suas atividades.

Ora, se o gestor do Poder Legislativo municipal fizer a solicitação de antecipação, por certo não será para ficar com recursos financeiros depositados em conta bancária, aguardando uma oportunidade para o seu gasto. Se a solicitação for feita é porque há uma demanda a ser atendida, que por conveniência da administração é importante antecipar determinada despesa ou mesmo a execução de um projeto. Entendo que somente o fato da solicitação já é suficiente para entender que a antecipação é necessária para não comprometer o funcionamento dos trabalhos legislativos, ou ainda para melhorar o funcionamento da própria Casa. Por isso acho desnecessária a alínea “a” proposta.

Estou de acordo com o conteúdo das letras “b e c”, e penso também que, se o gestor do Poder Executivo efetuar a antecipação, será porque o recurso antecipado não comprometerá a implementação de políticas públicas do município. Quanto a alínea “c”, o gestor municipal deverá obrigatoriamente respeitar os limites constitucionais insculpidos no artigo 29-A, sob pena de responder por crime de responsabilidade previsto no parágrafo 2º, do artigo citado.

Quanto à alínea “d” da resposta oferecida, não vejo necessidade de se celebrar qualquer instrumento formal entre as autoridades, porque a solicitação feita pelo gestor do Poder Legislativo municipal já supre essa formalidade, uma vez que a segurança jurídica à operação será o limite pre-

visto na LOA ou, na pior das hipóteses, o limite constitucional quando a LOA prever o orçamento do Poder Legislativo superior ao limite estabelecido no artigo 29-A.

Pelo exposto, coaduno com o entendimento parcial da consultoria técnica e do Ministério Público de Contas, e passo a proferir meu voto, acrescentando orientação diversa daquela proposta.

VOTO

Acolho parcialmente o Parecer Ministerial nº 518/2016, do Excelentíssimo **Procurador de Contas Dr. Getúlio Velasco Moreira Filho, e o Parecer nº 3/2016** da consultoria técnica deste Tribunal, **Voto** no sentido de conhecer a consulta e no **mérito**, sugiro que seja atualizada a Consolidação de Entendimentos deste Tribunal, fazendo constar o seguinte verbete:

Resolução de Consulta nº __/2016. Câmara municipal. Antecipação de duodécimos. Caráter excepcional. Requisitos.

1) É possível o Poder Executivo municipal transferir parcelas duodecimais em valores maiores do que os das frações mensais definidas na Lei Orçamentária Anual, desde que:

- a) o Poder Legislativo solicite formalmente a antecipação;
- b) a antecipação dos recursos não comprometa a programação financeira nem o cronograma de execução mensal de desembolso do Poder Executivo para o atendimento das suas despesas ordinárias (artigo 8º, *caput*, da LRF);
- c) o total dos duodécimos transferidos em todo o exercício financeiro não exceda os valores constantes no orçamento anual aprovado para a Câmara municipal e, em qualquer caso, respeite os limites previstos no artigo 29-A da Constituição Federal.

Voto, ainda, pelo encaminhamento ao consulente, via malote digital, do Parecer da Consultoria Técnica de nº 3/2016, do Parecer Ministerial nº 518/2016, do inteiro teor deste voto, bem como da resolução de consulta.

Cuiabá, 29 de fevereiro de 2016.

Conselheiro Waldir Júlio Teis

Relator

Contratos de prestação de serviços contínuos podem ser repactuados



Gonçalo Domingos de Campos Neto
Conselheiro
gab.camposneto@
tce.mt.gov.br

Você pode assistir ao vídeo do julgamento do processo no link <<http://www.tce.mt.gov.br/protocolo/detalhe/num/234001/ano/2013>>

“O contratado deverá solicitar a repactuação até a data da prorrogação contratual subsequente, sendo certo que, se não o fizer tempestivamente, haverá a preclusão do direito à repactuação de preços e à percepção dos seus efeitos financeiros”

É possível a repactuação em contratos de prestação de serviços continuados com dedicação de mão de obra, provocada por acordos, convenções, dissídios coletivos de trabalho ou equivalentes, desde que observados vários requisitos. Entre eles: previsão editalícia e contratual; lapso de um ano contado da data do orçamento a que a proposta se referir; previsão editalícia e nas minutas de contratos, de cláusulas dispondo que os orçamentos vinculados às propostas de preços devem ser elaborados e apresentados em conformidade com o acordo, dissídio ou convenção coletiva de trabalho vigente na época da formulação do orçamento; e demonstração analítica e comprovação, pelo contratado, da variação de todos os itens da planilha de custos do contrato.

A consulta foi feita pela Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de Mato Grosso (Ager-MT) e respondida pelo conselheiro Domingos Neto. Na presente consulta, foram solicitados esclarecimentos sobre a possibilidade de a Administração Pública aplicar o instituto da repactuação como meio de preservação do equilíbrio econômico-financeiro em contratos de prestação de serviços considerados continuados, mormente aqueles com dedicação de mão de obra.

A consulta ainda responde sobre a forma, as condições e os momentos de aplicação da repactuação.

Resolução de Consulta nº 8/2014-TP

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo nº 23.400-1/2013.

O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, nos termos dos artigos 1º, XVII, 48 e 49, todos da Lei Complementar nº 269/2007 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso), e dos artigos 29, XI, e 81, IV, da Resolução nº 14/2007 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso), resolve, por unanimidade, acompanhando o voto do relator e de acordo, em parte, com o Parecer nº 7.934/2013 do Ministério Público de Contas, responder ao consulente que:

1) é possível a repactuação em contratos de prestação de serviços continuados com dedicação de mão de obra, provocada por acordos, convenções, dissídios coletivos de trabalho ou equivalentes, desde que obser-

vados os seguintes requisitos:

- a) previsão editalícia e contratual;
 - b) lapso de um ano contado da data do orçamento a que a proposta se referir;
 - c) previsão editalícia e nas minutas de contratos, de cláusulas dispondo que os orçamentos vinculados às propostas de preços devem ser elaborados e apresentados em conformidade com o acordo, dissídio ou convenção coletiva de trabalho vigente na época da formulação do orçamento; e,
 - d) demonstração analítica e comprovação, pelo contratado, da variação de todos os itens da planilha de custos do contrato;
- 2) na primeira repactuação, o prazo de um

ano deve ser contado a partir da data do respectivo orçamento, considerando-se, neste caso, a data do orçamento com a do acordo, dissídio, convenção coletiva de trabalho ou equivalente, que estabelecer a composição salarial vigente na época da entrega da proposta, vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de antecipações e de benefícios não previstos originalmente;

- 3) nas repactuações sucessivas à primeira, contar-se-á a anualidade a partir da última repactuação; e,
- 4) o contratado deverá solicitar a repactuação até a data da prorrogação contratual subsequente, sendo certo que, se não o fizer tempestivamente, haverá a preclusão do direito à repactuação de preços e à percepção dos seus efeitos financeiros.

Encaminhe-se ao consulente cópia do inteiro teor desta decisão. O inteiro teor desta decisão está disponível no *site*: www.tce.mt.gov.br.

Participaram do julgamento os conselheiros José Carlos Novelli e Valter Albano, e os conselheiros substitutos Isaias Lopes da Cunha, que estava substituindo o conselheiro substituto João Batista Camargo (que está exercendo sua função em substituição legal ao conselheiro Antonio Joaquim), Luiz Carlos Pereira, que estava substituindo o conselheiro Humberto Bosaipo, e Jaqueline Jacobsen, que estava substituindo o conselheiro Sérgio Ricardo.

Presente, representando o Ministério Público de Contas, o procurador-geral William de Almeida Brito Júnior.

Publique-se.

Parecer da Consultoria Técnica nº 089/2013

Excelentíssimo Senhor Conselheiro:

Trata-se de consulta formulada pelo Sr. Carlos Carlão Pereira do Nascimento, presidente da Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Mato Grosso (Ager/MT), indagando a esta Corte de Contas sobre a aplicação do instituto da repactuação em contratos de serviços continuados, nos seguintes termos:

1. Considerando que a convenção coletiva é evento previsível, mas de efeitos imprevisíveis, e que o aumento dos salários de determinada categoria pode causar prejuízos para as empresas contratadas pela Administração, é possível realizar repactuação de valor para garantir o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, com base no art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/93?
2. Caso seja possível a realização dessa repactuação, deve-se respeitar o prazo de um ano previsto no art. 2º da Lei nº 10.192/2001, ou a repactuação deve ser garantida a partir da data de vigência da convenção coletiva?
3. O prazo mínimo de um ano para realizar nova repactuação de valores em contratos contínuos deve ser contado da assinatura do último termo aditivo ou do fato gerador do reequilíbrio econômico-financeiro?
4. Caso a empresa tenha demorado para solicitar a repactuação, deve ser considerada a data da vigência da convenção coletiva ou a data do requerimento?

Não foram juntados documentos complementares aos autos.

É o relatório.

1. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

Verifica-se que os requisitos de admissibilidade da presente consulta não foram preenchidos em sua totalidade, pois não retrata uma situação em tese, descumprindo, portanto, o disposto no inciso II do artigo 232 do Regimento Interno deste Tribunal (Resolução nº 14, de 2 de outubro de 2007).

A situação concreta da consulta assenta-se no fato de que o consulente objetiva, em essência, uma manifestação desta Corte de Contas que ampare e chancelo pedidos de repactuações contratuais realizados por seus próprios contratados, ou seja, requer deste Tribunal autorização prévia para aplicar ou não o instituto da repactuação na renovação de seus contratos de serviços contínuos, conforme se depreende da leitura ao seguinte trecho do texto da peça consultiva:

Ao analisar pedidos de repactuação financeira de contratos contínuos de prestação de serviço, nos deparemos com algumas dúvidas, no seguinte sentido: Quando há uma convenção coletiva que aumenta os

salários de determinada categoria, as empresas requerem a repactuação considerando o valor do aumento, e solicitam essa repactuação a partir da data da convenção. (grifo nosso).

Assim, fuge à competência desta Corte de Contas a emissão de parecer da natureza que foi solicitada, pois, se assim fosse, estaria se afastando da sua condição de órgão fiscalizador para assumir a tarefa de assessoramento direto, o que é incompatível com suas atribuições.

Some-se a isso o fato de que apreciar o caso apresentado seria antecipar o exame de auditoria a ser realizada por este Tribunal.

Desta forma, considerando-se tratar de caso concreto, sugere-se o arquivamento do feito mediante julgamento singular do relator, nos termos do § 2º, art. 232 do Regimento Interno do TCE-MT.

Noutra banda, entendendo o relator pela resposta à consulta, se constatar relevante interesse público no deslinde às indagações propostas, nos termos do parágrafo único do art. 48 da Lei Complementar Estadual nº 269/2007, segue a pertinente manifestação quanto ao mérito dos quesitos apresentados.

2. DO MÉRITO

Na presente consulta, em suma, foram solicitados esclarecimentos sobre a possibilidade de a Administração Pública aplicar o instituto da repactuação como meio de preservação do equilíbrio econômico-financeiro em contratos de prestação de serviços considerados continuados, mormente aqueles com dedicação de mão de obra.

Registra-se que os quesitos trazidos pela peça consultiva acabam por fazer remissões equivocadas quando confunde a aplicação dos institutos da revisão e da repactuação em contratos administrativos de prestação de serviços continuados, razão pela qual serão analisados individualmente nos tópicos subsequentes.

2.1. Do equilíbrio da equação econômico-financeira dos contratos administrativos

A Constituição da República, ao disciplinar a obrigatoriedade de licitação, também determinou que nos contratos administrativos se estabeleçam cláusulas que assegurem o pagamento ao contratado, mantidas as condições efetivas da proposta, conforme se depreende do artigo 37, XXI, *in verbis*:

Art. 37. [...]

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Do dispositivo citado, constata-se que é direito consagrado constitucionalmente aos contratados pela Administração cláusulas que lhes garantam o devido pagamento e a manutenção das condições efetivas da proposta consignada, inclusive quanto à preservação do valor constante e equivalente ao preço inicialmente avençado.

Neste rastro, é esclarecedora a lição do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello:¹

Aliás, a garantia do contratado ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo não poderia ser afetada *nem mesmo por lei*. É que resulta de dispositivo constitucional, o art. 37, XXI, pois, de acordo com seus termos, obras, serviços, compras e alienações serão contratados *com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta*.

É evidente que, para serem mantidas as efetivas condições das propostas (constantes da oferta vencedora do certame licitatório que precede o contrato), a Administração terá de manter íntegra a equação econômico-financeira inicial. Ficar, pois, defendida tanto contra os ônus que o contratado sofra em decorrência de alterações unilaterais, ou comportamentos faltosos da Administração, quanto contra elevações de preços que tornem mais onerosas as prestações a que esteja obrigado, como, ainda, contra o desgaste do poder aquisitivo da moeda provocado pela inflação, em todos os contratos que se prolonguem no tempo. (grifo nosso).

Neste contexto, observa-se que para a efetivação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos o ordenamento jurídico pátrio estabelece três espécies distintas de preservação da equação contratual inicial, quais sejam, o reajuste, a revisão (ou reequilíbrio econômico-financeiro, em sentido estrito) e a repactuação.

Assim, para a melhor resposta às indagações pro-

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 631-632.

postas nesta consulta, tratar-se-á, a seguir, cada uma das espécies citadas de maneira individualizada.

2.2 Reajuste de preços

O conceito de reajuste de preços está intimamente ligado à indexação inflacionária, ou seja, é instituto de revisão de valores contratuais corroídos pelos efeitos da inflação em certo e determinado período.

Este instituto é aplicado aos contratos em geral, inclusive aos administrativos, mediante a prévia definição e pactuação de índices que visam recuperar o valor originalmente avençado na contratação, reduzido pelos efeitos inflacionários no decorrer da vigência do ajuste.

Para explicar melhor a definição acima, é salutar trazer à baila a conceituação de Lucas Rocha Furtado:²

O reajuste de preços está relacionado a variações de custos de produção que, por serem previsíveis, poderão estar devidamente indicados no contrato. Normalmente, são utilizados como critérios para promover o reajuste do valor do contrato índices que medem a inflação, como o índice nacional de preços ao consumidor (INPC), índices setoriais, ou índices de variação salarial. As cláusulas que preveem o reajuste de preços têm o único objetivo de atualizar os valores do contrato em face de situações previsíveis (expectativa de inflação, variação de salários etc.). A bem da verdade, o reajuste de preços deve ser visto como meio de reposição de perdas geradas pela inflação. (grifo nosso).

Portanto, o reajuste de preços deve ser utilizado para reposições das perdas monetárias geradas pelos efeitos da inflação, devendo sua aplicação e critério de reajuste (índices) estar, necessariamente, previstos nos instrumentos convocatório e contratual, nos termos dos arts. 40, XI, e 55, III, da Lei nº 8.666/93, *literis*:

Art. 40. O edital conterá [...]

XI – critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

[...]

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

[...]

III – o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento. (grifo nosso).

Há que se observar, ainda, que, por força dos artigos 2º e 3º da Lei nº 10.192/2001, que dispôs sobre medidas complementares ao Plano Real (Lei nº 9.069/95 – Lei do Plano Real), os reajustes de preços dos contratos administrativos somente podem incidir após um período mínimo de um ano. Neste sentido, transcreve-se a letra da lei citada:

Art. 2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

[...]

Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitam, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o *caput* deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir. (grifo nosso).

Corroborando tal premissa, é oportuno citar o seguinte prejulgado de tese exarado pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, que assim dispôs sobre o assunto:

Prejulgado nº 2049, de 08/06/2010.

1. A Administração deve estabelecer de forma clara nos editais (art. 40, XI, da Lei (federal) nº 8.666, de 1993) e nos contratos (art. 55, III, da referida Lei) os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento dos preços.

1.1. Somente é viável o reajuste dos contratos celebrados com duração igual ou superior a um (1) ano, de acordo com o art. 2º, *caput*, da Lei (federal) nº 10.192, de 2001.

2. Observadas as disposições do art. 28, § 3º, III, da Lei (federal) nº 9.069, de 29/06/1995, *c/c* os arts. 2º e 3º da Lei (federal) nº 10.192, de 14/02/2001,

² FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos.** *Op. cit.*, p. 619-620.

a periodicidade dos reajustes contratuais não poderá ser inferior a um (1) ano, contada a partir da:

2.1. data limite para apresentação da proposta na licitação; ou

2.2. data do orçamento a que se referir a proposta apresentada na licitação.

3. O reajuste vigorará:

3.1. a partir do mesmo dia e mês do ano seguinte, quando estipulada como data limite a data da apresentação da proposta na licitação;

3.2. se estabelecida a data do orçamento que dá origem à proposta, o reajuste vigorará a partir do mesmo dia e mês do ano seguinte se o orçamento assentar-se em dia definido, ou no primeiro dia do mesmo mês do ano seguinte na hipótese de o orçamento reportar-se a determinado mês;

3.3. Os reajustes subsequentes, sempre observada a periodicidade anual, serão concedidos a contar da data do reajuste anterior. (grifo nosso).

O Tribunal de Contas da União (TCU) também entende pela precedência temporal não inferior a um ano para a aplicação do instituto do reajuste, conforme o seguinte julgado:

(TCU, **Acórdão nº 1.941/2006, Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer**)

Relatório:

8.6 – estabeleça, a partir dos próximos editais de licitação e em seus contratos, de forma clara, se a periodicidade dos reajustes terá como base a data-limite para apresentação da proposta ou a data do orçamento a que ela se referir, conforme determina o art. 40, inciso XI, da Lei nº 8.666/1993;

8.7 – altere, no prazo de 30 dias, a Cláusula Décima Sétima do Contrato nº 24/2004, estabelecendo novos parâmetros de reajuste coerentes com a periodicidade anual dos contratos administrativos, ressaltando que a contagem do prazo deve se iniciar em setembro de 2004, data da apresentação da proposta e do orçamento pela licitante, conforme determina o art. 3º da Lei nº 10.192/2001. (grifo nosso).

Observa-se, neste contexto, que nos contratos administrativos a periodicidade dos reajustes terá como termo inicial a data-limite para apresentação da proposta ou a data do orçamento a que ela se referir, conforme disposição do art. 40, inciso XI, da Lei nº 8.666/1993 c/c os artigos 2º e 3º da Lei nº 10.192/2001.

Há que se ponderar, ainda, quanto à necessidade de previsibilidade em instrumentos convocatórios e contratuais, ou seja, se para a aplicação do instituto do reajuste de preços deve haver ou não

previsão editalícia e contratual.

Entendendo pela desnecessidade de previsão editalícia e contratual de cláusula específica para propiciar o reajuste, se situa o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gérias, conforme o seguinte prejulgado:

Decisão em Consulta nº 761.137, de 24/09/2008³

EMENTA: Contrato administrativo com prazo de duração superior a doze meses, reajustamento sem previsão editalícia ou contratual. Possibilidade, com vistas à manutenção da equação econômica financeira da avença. i. Critérios. Utilização de índices setoriais ou gerais. ii. Limite. Não sujeição aos percentuais máximos previstos no art. 65, § 1º da Lei nº 8.666/93.

Todavia, entende-se que, apesar da honorável decisão do TCE-MG, o edital, bem como o instrumento contratual, deve trazer a previsão da possibilidade de reajustes e também o próprio índice inflacionário a ser utilizado, pois assim requer a Lei nº 8.666/93 (arts. 40, XI, e 55, III).

Nesta mesma toada, ou seja, pela necessidade de previsão editalícia e contratual, assim responde o professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes em consulta formulada ao seu site: <<http://www.jacoby.pro.br/novo/faq.php?id=47&cidf=1>>, acessado em 05/09/2013:

Sim, é obrigatório constar nos editais de licitação o índice de reajuste, mesmo nos casos em que o contrato de execução das obras e serviços tenha previsão de se encerrar antes de 12 meses. Trouxe duas decisões no sentido da obrigatoriedade de constar nos editais de licitação o índice de reajuste:

a) Acórdão 78/2001 – Plenário: Levantamento de Auditoria. DNER. Obra na BR 101/RS – trecho Osório-São José do Norte. Pedido de reexame de acórdão que aplicou multa ao responsável em razão do descumprimento de determinação do TCU, no sentido de indicar, expressamente no texto de todos os editais de licitação e contratos, os índices a serem utilizados no reajustamento de preços. Argumentação do recorrente da ausência de oportunidade para apresentação de suas justificativas acerca do dito descumprimento. Aplicação de multa com supressão da fase de audiência do interessado, segundo o MP/TCU. Provimento parcial. Insubstância do acórdão. Encaminhamento dos autos ao Relator.

b) Acórdão 1369/2003 – Plenário: Levantamento de

³ Disponível em: <<http://200.198.41.151:8080/TCJuris/pesquisa/lista.jsp?indice=7>>.

Auditoria. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT). Obras de restauração de rodovias federais no Estado do Maranhão. Utilização de recursos orçamentários para o pagamento de despesas de natureza diversa. Falta de definição precisa das condições de reajuste nos contratos. Licitação com restrição ao caráter competitivo. Impropriedades no edital. Imprecisão na sistemática de medição dos serviços. Audiência do responsável. Determinação. Ciência ao Congresso Nacional. Considere ainda que, em todo e qualquer contrato, pode incidir a regra do art. 57, § 1º, devendo, pois, a Administração acautelar-se e fazer a previsão. Lembro ainda que, após o advento do Decreto nº 2.271/1997, os contratos de serviço devem ter previsão de repactuação anual e não de reajuste.

Assim também entende a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

Processual Civil e Administrativo – Contrato administrativo – Reajuste de preços – Ausência de autorização contratual – Descabimento.

1. O reajuste do contrato administrativo é conduta autorizada por lei e convencionada entre as partes contratantes que tem por escopo manter o equilíbrio financeiro do contrato.

2. Ausente previsão contratual, resta inviabilizado o pretendido reajustamento do contrato administrativo.

3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido.

(REsp 730568/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 06/09/2007, DJ 26/09/2007, p. 202). (grifo nosso).

Cabe salientar, também, que o reajuste de preços previsto nas cláusulas contratuais não caracteriza alteração contratual, por isso dispensa a celebração de termo aditivo, podendo ser registrado por apostilamento nos termos do § 8º do artigo 65 da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

§ 8º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento”. (grifo nosso).

2.3 Revisão (reequilíbrio) econômico-financeira dos contratos administrativos

A revisão ou reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo é forma de alteração contratual que visa preservar a relação entre os encargos assumidos pelo contratado e a contraprestação devida pela Administração Pública, que foi estabelecida no momento da celebração do contrato e deve ficar intangível, proporcional e equivalente, durante toda a sua execução.

Se no decorrer da execução do contrato forem verificados fatos que afetem o seu equilíbrio econômico inicial, devem as partes promover o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de modo a evitar o enriquecimento sem causa de uma das partes em relação a outra, sendo, portanto, direito recíproco.

Trata-se da aplicação no âmbito dos contratos administrativos da teoria da imprevisão, em que se permite o restabelecimento da equação econômica do contrato inicialmente entabulado entre as partes, nos casos em que sobrevierem fatos imprevisíveis, ou, mesmo que previsíveis, de efeitos incalculáveis. Ou seja, um fato fora da normalidade ordinariamente esperada pelos contratantes.

Essa teoria se baseia na aplicação da vetusta cláusula *rebus sic stantibus*, que significa que o pacto não permanece em vigor se as coisas não permanecerem como eram no momento de sua celebração.

No direito pátrio a revisão econômico-financeira dos contratos administrativos está prevista para as hipóteses descritas no artigo 65, II, ‘d’ e seu § 5º, da Lei nº 8.666/93, que assim dispõe:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

II – por acordo das partes:

[...]

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevierem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

[...]

§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados,

alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

Sobre essas hipóteses excepcionalíssimas, assim ensina Lucas Rocha Furtado:⁴

Segundo a definição legal, fatos previsíveis, de consequências que se possam razoavelmente estimar, não podem servir de fundamento à pretensão de recomposição de preços. A lei não visa suprir a imprevisibilidade do particular ou sua imperícia em calcular o comportamento da curva inflacionária, por exemplo. Apenas o resguardo de situações extraordinárias, fora do risco normal da economia de seus negócios.

Assim, caracterizada uma álea econômica extraordinária, não há como se prever contratualmente e é por isso que se exige, nos termos dos dispositivos anteriormente citados, prévio acordo entre as partes para se ultimar a recomposição dos preços.

Esta situação de álea econômica extraordinária e extracontratual por riscos anormais à contratação pode advir de: fato imprevisível; fato previsível, mas de consequências incalculáveis; força maior; caso fortuito; fato do príncipe e criação, alteração ou extinção de encargos e disposições legais.

Ao contrário de outras formas de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, para a aplicação da revisão não há prazo mínimo fixado em lei, podendo ocorrer a qualquer tempo, conforme já decidiu o Tribunal de Contas da União (TCU) nos Acórdãos nºs 1.563/2004 e 1.889/2006 – Plenário, cuja relatoria coube, respectivamente, aos eminentes ministros Augusto Sherman Cavalcanti e Ubiratan Aguiar, *in verbis*:

Acórdão nº 1.563/2004 – Plenário

Relatório

24. O reequilíbrio econômico-financeiro pode se dar a qualquer tempo; consequentemente não há que se falar em periodicidade mínima para o seu reconhecimento e respectiva concessão. Com efeito, se decorre de eventos supervenientes imprevisíveis na ocorrência e (ou) nos efeitos, não faria sentido determinar tempo certo para a sua concessão. Na mesma linha

de raciocínio, não pede previsão em edital ou contrato, visto que encontra respaldo na lei e na própria Constituição Federal, sendo devida desde que presentes os pressupostos.

Acórdão nº 1.889/2006

É ilegal, antes de decorridos doze meses de vigência, o reajuste de contratos regidos pela Lei nº 8.666/1993, exceto quando, atendidos os requisitos do art. 65, inciso II, alínea 'd', do referido Diploma, haja necessidade de se restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro da avença. (grifo nosso).

No mesmo sentido prescreve o Acórdão nº 976/2005 do TCE-MT, publicado no DOE em 18.08.2005, a seguir transcrito:

Acordam os senhores conselheiros do Tribunal de Contas, por unanimidade, acompanhando o voto do conselheiro relator e de acordo com o Parecer nº 2.128/2005, da Procuradoria de Justiça, em conhecer da presente consulta e, no mérito, responder à proposição do consulente informando que:

I) é possível perfazer-se a recomposição de preços por meio de indenização;

II) a revisão de preços não está atrelada ao decurso de lapso temporal e sim à ocorrência de situação imprevisível ou cujos efeitos não eram previsíveis à época da avença, alterando o equilíbrio econômico-financeiro do contrato;

III) a variação cambial, para que seja motivo ensejador da revisão de preços, deve configurar elevação anormal na cotação da moeda estrangeira, que ultrapasse os limites de previsibilidade, e ainda, caso a Administração opte por pagar a indenização deverá seguir os requisitos mínimos alinhavados no voto do Relator de fls. 271 a 278-TC. (grifo nosso).

Ademais, pelo seu caráter extraordinário, as revisões (reequilíbrios) não requerem previsão editalícia ou contratual, devendo haver a observância cumulativa dos seguintes pressupostos:

- a) elevação ou redução desproporcional dos encargos do particular;
- b) ocorrência de evento posterior à celebração do ajuste;
- c) vínculo de causalidade entre o evento ocorrido e a majoração/redução dos encargos do contratado; e,
- d) imprevisibilidade da ocorrência do evento ou dos seus efeitos.

Ainda sobre as hipóteses de cabimento do reequilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos (art. 65, da Lei nº 8.666/93), assim se

⁴ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 389.

manifesta Maria Sylvia Zanella Di Pietro:⁵

Aliada essa norma aos princípios já assentes em doutrina, pode-se afirmar que são requisitos para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, pela aplicação da teoria da imprevisão, que o fato seja:

1. imprevisível quanto à sua ocorrência ou quanto às suas consequências;
 2. estranho à vontade das partes;
 3. inevitável;
 4. causa de desequilíbrio muito grande no contrato.
- Se for fato previsível e de consequência calculáveis, ele é suportável pelo contratado, constituindo álea econômica ordinária; a mesma conclusão, se se tratar de fato que o particular pudesse evitar, pois não será justo que a Administração responda pela desídia do contratado; só o desequilíbrio muito grande, que torne excessivamente onerosa a execução para o contratado, justifica a aplicação da teoria da imprevisão. (grifo nosso).

Por isso o administrador público deve agir com cautela e sempre justificar com toda a prudência os fundamentos que implicarem a aplicação da teoria da imprevisão e o estabelecimento de novos valores para a retribuição do contratado, uma vez que variação de custos previsíveis, seja para mais ou para menos, é normal na atividade empresarial e deve ser ordinariamente suportada pelo contratado ou pelo contratante.

Conforme mencionado alhures, o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro é recíproco, assistindo tanto o contratado como o contratante (Administração), podendo proporcionar aumentos ou reduções no valor inicialmente avençado, conforme explica Lucas Rocha Furtado:⁶

É igualmente importante observar que a recomposição não necessariamente irá implicar aumento de preços contratados. Se os fatos imprevisíveis, ou de efeitos incalculáveis, afetaram o equilíbrio do contrato de modo a reduzir seus custos, deverá ser promovida a devida e proporcional redução dos valores do contrato. (grifo nosso).

Há que se observar, ainda, que a utilização do instituto do reequilíbrio econômico-financeiro é ilegal quando objetivar a burla ao procedimento

licitatório, ou seja, não se presta para a correção de propostas de preços ofertadas abaixo do valor de mercado com o intuito fraudulento de frustrar a concorrência entre os licitantes, como bem prescreve a lição de Marçal Justen Filho:⁷

O restabelecimento da equação econômico-financeira depende de um evento posterior à formulação da proposta, identificável como causa do agravamento da posição do particular. Não basta a simples insuficiência da remuneração. Não se caracteriza rompimento do equilíbrio econômico-financeiro quando a proposta do particular era inexequível. A tutela à equação econômico-financeira não visa a que o particular formule proposta exageradamente baixa e, após vitorioso, pleiteie elevação da remuneração. (grifo nosso).

Ademais, o gestor deve agir com prudência ao aplicar o instituto do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, pois deve respeitar sempre o pressuposto fundamental da licitação, que é a busca pela proposta mais vantajosa para a Administração, não podendo os preços reequilibrados superarem os preços de mercado.

Ressalta-se que, diferentemente do reajuste de preços, que pode ser implementado por meio de apostilamento, a revisão contratual somente poderá ser aplicada por meio de termo aditivo ao contrato inicial.

2.4 Repactuações

O instituto da repactuação foi introduzido no ordenamento jurídico federal por meio do Decreto Federal nº 2.217/97, destinando-se a adequar os contratos de execução continuada aos novos preços de mercado, por meio da análise da variação dos componentes dos custos dos ajustes.

A autorização legal que ampara o instituto da repactuação também é o mesmo que estabelece a possibilidade de aplicação do reajuste de preços, qual seja, o inciso XI do art. 40 da Lei nº 8.666/93, *verbis*:

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebi-

5 DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 288.

6 FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 619.

7 MARÇAL, Justen Filho. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 543.

mento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

[...]

XI – critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994). (grifo nosso).

Embora esteja regulamentado em norma de aplicabilidade restrita à União, o instituto da repactuação ganhou aceitabilidade nos demais entes da federação e também na doutrina *experta*.

Neste rastro, é salutar trazer o que dispõe o art. 5º do mencionado decreto federal:

Art. 5º Os contratos de que trata este Decreto, que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua poderão, desde que previsto no edital, admitir repactuação visando a adequação aos novos preços de mercado, observados o interregno mínimo de um ano e a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada. (grifo nosso).

A doutrina especializada entende que o lapso para aplicação da repactuação deva ser de um ano e que esta modalidade só se aplica a contratos de natureza continuada (art. 57, II, da Lei nº 8.666/93).

Neste sentido, é imprescindível colacionar as célebres lições de Lucas Rocha Furtado⁸ e Marçal Justen Filho⁹, nesta ordem:

Tanto o reajustamento, como gênero, quanto a repactuação dos preços visam a recompor a corrosão do valor contratado pelos efeitos inflacionários. A diferença entre reajuste e repactuação reside no critério empregado, pois, na primeira opção, vincula-se a recomposição a índices estabelecidos contratualmente, ao passo que na segunda forma de recomposição, na repactuação, a recomposição do equilíbrio do contrato ocorre por meio da demonstração analítica da variação dos componentes dos custos que integram o contrato, tomando-se como parâmetro a proposta do contratado.

[...]

A repactuação se insere como modalidade especial de

reajuste, e não de recomposição a partir da teoria da imprevisão, exatamente porque decorre de circunstâncias previsíveis e deve observar o interregno de um ano. (grifo nosso).

A repactuação assemelha-se ao reajuste, no sentido de ser prevista para ocorrer a cada doze meses ou quando se promover a renovação contratual. Mas aproxima-se da revisão de preços quanto ao seu conteúdo: trata-se de uma discussão entre as partes relativamente às variações de custo efetivamente ocorridas. Não se promove a mera e automática aplicação de um indexador de preços, mas examina-se a real evolução dos custos do particular.

Posteriormente, a figura da repactuação de preços generalizou-se para as contratações do art. 57, inc. II. É que, nesses casos, a efetiva variação de custos do particular pode ser inferior àquela retratada em índices gerais de preços. Veja-se que a finalidade da repactuação não é negar ao particular uma compensação automática, a cada doze meses, pelas elevações em seu custo, mas sim a de evitar que a adoção de índices genéricos produza distorções contrárias aos cofres públicos.

A especial razão de utilização da repactuação nos contratos do art. 57, inc. II, reside em que a renovação contratual produz ganhos econômicos e ampliação da eficiência do particular. Se houver redução dos seus custos, a consequência inafastável será a reavaliação da relação entre vantagens e encargos anteriormente pactuados. (grifo nosso)

O instituto da repactuação vincula-se a uma readequação e realinhamento dos custos embutidos nos valores contratados. É a atualização dos valores dos custos do objeto contratado aos praticados pelo mercado fornecedor no momento da reanálise, aplicando-se, mormente, em renovações de contratos que têm por objeto serviços de natureza continuada.

Por se tratar de hipótese de reajustamento de preços deve ter previsão editalícia e contratual e também observar o interregno mínimo de um ano da data da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir, conforme preceitua os arts. 40, XI e 55, III, da Lei nº 8.666/93 c/c artigos 2º e 3º da Lei Federal nº 10.192/2001.

Tendo em vista tratar-se de espécie de reajustamento contratual, a repactuação poderá ser aplicada por meio de apostilamento, conforme corroborado pelo seguinte dispositivo da IN 02 da SLTI/MPOG:

Art. 40

[...]

§ 4º As repactuações, como espécie de reajuste, serão formalizadas por meio de apostilamento, e não

⁸ FURTADO, Lucas Rocha. *Op. cit.*, p. 622-623.

⁹ MARÇAL, Justen Filho. *Op. cit.*, p. 551.

poderão alterar o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos, exceto quando coincidirem com a prorrogação contratual, em que deverão ser formalizadas por aditamento. (Nova redação pela Instrução Normativa MP nº 3, de 15/11/2009)

2.5 Diferenças entre os institutos de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos

2.5.1 Reajuste x Repactuação

Por se tratar de uma forma de reajustamento contratual que realinha os valores de todos os itens/custos componentes do preço anteriormente pactuado com o fito de readequá-los aos valores correntes de mercado, a repactuação não se constitui na mera aplicação de índices inflacionários como ocorre no instituto do reajuste de preços.

Nesta senda, é importantíssimo trazer à baila o seguinte posicionamento do TCU sobre as diferenças existentes entre o reajuste de preços e a repactuação:

Acórdão nº 1.563/2004 – Plenário – Relator: Min. Augusto Sherman
Relatório

Do reajustamento de preços

19. Tanto o reajustamento de preços quanto a repactuação dos preços visam a recompor a corrosão do valor contratado pelos efeitos inflacionários. A diferença entre o reajustamento de preços até então utilizado e a repactuação reside no critério empregado para a sua consecução, pois na primeira opção vincula-se a um índice estabelecido contratualmente e na segunda, à demonstração analítica da variação dos componentes dos custos.

20. Assim, seria defensável a existência do gênero re-

ajustamento de preços em sentido amplo, que se destina a recuperar os valores contratados da defasagem provocada pela inflação, do qual são espécies o reajustamento de preços em sentido estrito, que se vincula a um índice, e a repactuação de preços, que exige análise detalhada da variação dos custos. (grifo nosso).

Ademais, observa-se que o TCE-MT já decidiu, por meio de tese prejudgada, que os institutos do reajuste de preços e da repactuação não podem incidir numa mesma relação contratual, conforme a seguinte ementa citada abaixo:

Resolução de Consulta nº 69/2011 (DOE 19/12/2011). Contratos. Alteração. Acumulação de reequilíbrio econômico-financeiro, reajuste de preços, juros de mora e correção monetária. Possibilidade, desde que comprovados os requisitos legais e contratuais. Responsabilização do agente que deu causa ao atraso no pagamento de obrigações. Possibilidade de responsabilização solidária da autoridade competente.

[...]

b) O “reajuste de preços” e a “repactuação” são excludentes entre si, não podendo incidir em um mesmo instrumento contratual, tendo em vista que a aplicação de um pressupõe a absorção do outro, tem a mesma matriz legal (artigo 40, inciso IX, da Lei nº 8.666/1993) e objetivam o mesmo intento, a atualização do valor contratual originalmente avançado [...]. (grifo nosso).

Assim, apesar de os institutos do reajuste de preços e da repactuação serem distintos, gozam de semelhanças que lhes fazem alcançar o mesmo objetivo, qual seja, o reajustamento de valores contratuais. Neste sentido, estabelece-se o seguinte quadro comparativo para os dois institutos:

Reajuste de Preços	Repactuação de Preços
a) decorre de fatos previsíveis;	a) decorre de fatos previsíveis;
b) necessita de prévia e expressa previsão editalícia e contratual (arts. 40, XI e 55, III, da Lei nº 8.666/93);	b) necessita de prévia e expressa previsão editalícia e contratual (arts. 40, XI e 55, III, da Lei nº 8.666/93);
c) observância do lapso de um ano da data da apresentação da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir;	c) observância do lapso de um ano da data da apresentação da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir;
d) objetiva recompor a corrosão da moeda decorrente de efeitos inflacionários;	d) objetiva realinhar os valores de todos os itens/custos componentes do preço anteriormente pactuado;

Reajuste de Preços	Repactuação de Preços
e) vincula-se a índices previamente estabelecidos contratualmente;	e) vincula-se à demonstração analítica da variação de custos do contrato;
f) aplica-se a todos os contratos administrativos.	f) aplica-se somente a contratos de prestação de serviços continuados, mormente aqueles com dedicação exclusiva de mão de obra.

Assim, conclui-se que os institutos do reajuste de preços e da repactuação, embora sejam modalidades distintas de alteração de preços contratuais, possuem o mesmo objetivo, qual seja, o reajustamento dos pactos, e, por isso, são, também, excludentes entre si, não podendo incidir no mesmo instrumento contratual, tendo em vista que a aplicação de um absorve a do outro.

2.5.2 Repactuação x Revisão

A repactuação difere-se da revisão contratual (reequilíbrio econômico-financeiro, em sentido estrito) porque somente se aplica aos contratos de serviços continuados e deve observar o decurso de no mínimo um ano para ser implementada sobre os valores inicialmente ajustados.

Já a revisão funda-se na ocorrência de uma álea econômica extraordinária e extracontratual por riscos anormais à contratação, podendo advir de: fato imprevisível; fato previsível, mas de consequências incalculáveis; força maior; caso fortuito; fato do príncipe e criação, alteração ou extinção de encargos e disposições legais.

A repactuação tem seus fundamentos jurídicos nos arts. 40, XI e 55, III, da Lei nº 8.666/93, já a revisão ampara-se nos ditames da alínea “d” do inciso II do art. 65 da Lei nº 8.666/93.

Desta forma, considerando que os institutos da repactuação e da revisão (reequilíbrio econômico-financeiro, em sentido estrito) têm causas legalmente distintas, não há, em tese, impedimentos para a incidência desses institutos em um mesmo contrato.

Esse também é o entendimento do ilustre doutrinador Marçal Justen Filho:¹⁰

Nada impede que se cumulem revisão e reajuste. Podem ocorrer variações extraordinariamente elevadas em certos casos concretos, que ultrapassem largamen-

te a variação dos medidores da inflação. Nesse caso, o particular poderia pleitear, além do reajuste, a revisão de preços. A concessão do reajuste não exaure o direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da contratação. (grifo nosso).

2.6 A repactuação como forma de reajustamento de contratos continuados de cessão/locação de mão de obra, em virtude de superveniência de acordos, dissídios e convenções coletivas de trabalho

Considerando os estudos realizados nos tópicos anteriores e, adentrando especificamente às indagações formuladas pelo consulente, este tópico objetiva esclarecer como deve ser procedido o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de serviços continuados sujeitos à variação no valor do custo de mão de obra empregada, em virtude de acordos, dissídios, convenções coletivas de trabalho ou equivalentes.

Neste contexto, é pertinente salientar que os acréscimos dos custos de mão de obra provocados por acordos, dissídios, convenções coletivas de trabalho ou equivalentes nos contratos de prestação de serviços de natureza continuada não configuram uma situação imprevisível, ou previsível mas de consequência incalculável, ou seja, não estão amparados nos ditames da alínea “d” do inciso II do art. 65 da Lei nº 8.666/93.

Isto porque, no caso específico de superveniência de acordos, dissídios ou convenções coletivas de trabalho não está caracterizada uma álea extraordinária e extracontratual que justifique a aplicação do instituto da revisão (reequilíbrio econômico-financeiro, em sentido estrito).

Corroborando a assertiva acima, citam-se os seguintes julgados do STJ:

Administrativo. Agravo regimental. Contrato administrativo. Dissídio coletivo que provoca aumento salarial. Revisão contratual. Equilíbrio

¹⁰ MARÇAL, Justen Filho. *Op. cit.*, p. 795.

econômico-financeiro. Fato previsível. Não incidência do Art. 65, INC. II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/93. Álea econômica que não se descaracteriza pela retroatividade.

1. É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que eventual aumento de salário proveniente de dissídio coletivo não autoriza a revisão do contrato administrativo para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, uma vez que não se trata de fato imprevisível – o que afasta, portanto, a incidência do art. 65, inc. II, “d”, da Lei nº 8.666/93. Precedentes.

2. A retroatividade do dissídio coletivo em relação aos contratos administrativos não o descaracteriza como pura e simples álea econômica.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 957.999/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 22/06/2010, DJe 05/08/2010). (grifo nosso).

Administrativo. Contrato administrativo. Equilíbrio econômico-financeiro. Aumento salarial. Dissídio coletivo. Impossibilidade de aplicação da teoria da imprevisão.

1. Não pode ser aplicada a teoria da imprevisão para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo (Lei nº 8666/93, art. 65, II, d) na hipótese de aumento salarial dos empregados da contratada em virtude de dissídio coletivo, pois constitui evento certo que deveria ser levado em conta quando da efetivação da proposta. Precedentes: RESP 411101/PR, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 08.09.2003 e RESP 134797/DF, 2ª T., Min. Paulo Gallotti, DJ de 1º.08.2000.

2. Recurso especial provido.

(REsp 668.367/PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 21/09/2006, DJ 05/10/2006, p. 242). (grifo nosso).

Nesta esteira, também é pertinente salientar que a Instrução Normativa nº 02/2008 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI/MPOG) estabelece que a aplicação do instituto da repactuação é a forma adequada para a promoção de reajustamentos das contratações de serviços continuados com dedicação de mão de obra, conforme a redação do seu art. 37, *literis*:

Art. 37. A repactuação de preços, como espécie de reajuste contratual, deverá ser utilizada nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos

aos quais a proposta se referir, conforme estabelece o art. 5º do Decreto nº 2.271, de 1997.

Adotando os mesmos entendimentos apresentados acima, tanto para o não cabimento da revisão (reequilíbrio econômico-financeiro, em sentido estrito) quanto para o cabimento da repactuação nos contratos de serviços continuados, cita-se o seguinte prejulgado do TCU, *verbis*:

Acórdão nº 1.563/2004 – Plenário – Relator: Min. Augusto Sherman

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, em: **9.1.** expedir as seguintes orientações dirigidas à Sagedam:

9.1.1. permanece válido o entendimento firmado no item 8.1 da Decisão nº 457/1995 – Plenário; **9.1.2.** os incrementos dos custos de mão de obra ocasionados pela data-base de cada categoria profissional nos contratos de prestação de serviços de natureza contínua não se constituem em fundamento para a alegação de desequilíbrio econômico-financeiro; **9.1.3.** no caso da primeira repactuação dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua, o prazo mínimo de um ano a que se refere o item 8.1 da Decisão nº 457/1995 – Plenário conta-se a partir da apresentação da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir, sendo que, nessa última hipótese, considera-se como data do orçamento a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta, vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de antecipações e de benefícios não previstos originalmente, nos termos do disposto no art. 5º do Decreto 2.271/97 e do item 7.2 da IN/Mare 18/97. (grifo nosso).

A Corte de Contas do Distrito Federal¹¹ já respondeu à consulta exarando entendimentos técnicos corroborativos aos argumentos até aqui explanados, conforme ementa abaixo transcrita:

Serviços continuados – O aumento do valor da mão de obra, nos contratos de prestação de serviços contínuos, não enseja reequilíbrio econômico-financeiro, por não incidir o art. 65, II, da Lei nº 8.666/93, pode implicar repactuação, com fundamento no art. 40, XI, dessa lei.

¹¹ Disponível em: <<https://www.tc.df.gov.br/app/mesaVirtual/implentacao/?>>. Acesso em: 9 set. 2013.

Decisão TCDF nº 325/2007

O Tribunal, por unanimidade, de acordo com o voto da Relatora, tendo em conta a instrução e o parecer do Ministério Público, decidiu: I – responder à consulta formulada pela Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social e Trabalho nos seguintes termos:

a) o aumento do valor da mão de obra, nos contratos de prestação de serviços contínuos, não enseja o reequilíbrio econômico-financeiro, por não incidir, no caso, o art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/93, podendo implicar repactuação, com fundamento no art. 40, XI, dessa lei;

b) no caso da primeira repactuação dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua, o prazo mínimo de 01 (um) ano conta-se a partir da apresentação da proposta ou da data do respectivo orçamento, sendo que, nesta última hipótese, considera-se como data do orçamento a do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da entrega da proposta, vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de antecipações e de benefícios não previstos originariamente;

c) nas repactuações seguintes dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua, o prazo mínimo de 01 (um) ano conta-se a partir da última repactuação;

d) os contratos de prestação de serviços de natureza contínua admitem uma única repactuação a ser realizada no interregno mínimo de 1 (um) ano;

e) a repactuação poderá contemplar todos os componentes de custo do contrato que tenham sofrido variação, desde que haja demonstração analítica dessa variação devidamente justificada, observando-se que compete ao gestor acerrar-se de elementos informativos para avaliar o pleito e formar juízo de valor, para a respectiva discussão, inclusive no caso de ocorrência de diminuição de custos;

f) o prazo para pagamento dos novos valores repactuados deverá iniciar-se sempre a partir da conclusão das negociações, ou no máximo poderá retroagir à data da solicitação do contratado;

g) a repactuação, nos termos descritos nas alíneas anteriores, somente poderá ser realizada se houver expressa e específica previsão nos futuros editais de licitação e nas minutas dos futuros contratos.

Ressalta-se que o honorável prejulgado do TCDF, colacionado acima, reflete, quase que totalmente, os posicionamentos já pacificados pela jurisprudência do TCU, mormente os entendimentos assentados nos Acórdãos nºs 1.827/2008 e 1.828/2008 – Plenário, que conjuntamente esclarecem a forma de aplicação do instituto da repac-

tuação nos contratos de serviços continuados, com dedicação de mão de obra.

Desta forma, respondendo-se aos dois primeiros questionamentos formulados pelo consulente, conclui-se que o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de serviços continuados com dedicação de mão de obra, havido em função da superveniência de acordos, dissídios ou contratos coletivos de trabalho, poderá ocorrer por meio do instituto da repactuação e não da revisão contratual.

Na aplicação da repactuação nos contratos de serviços continuados com dedicação de mão de obra devem ser observados os pressupostos já apresentados no tópico 2.6 deste parecer, dentre eles:

a) necessita de prévia e expressa previsão editalícia e contratual (arts. 40, XI e 55, III, da Lei nº 8.666/93; e,

b) observância do lapso de um ano da data do orçamento a que a proposta se referir, na forma definida pelos instrumentos convocatório e contratual.

No que se refere ao item “b”, embora a legislação estabeleça alternativamente como termo inicial para a aplicação da repactuação “a data prevista para a apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta de referir”, observa-se que, no caso dos contratos de serviços continuados com dedicação de mão de obra, a data inicial corresponde à data do orçamento, em razão do impacto aumentativo que os normativos laborais provocam nos custos de mão de obra empregada nesses contratos.

Assim, nos contratos de serviços continuados com dedicação de mão de obra, deve-se considerar como data do orçamento a data do acordo, dissídio, convenção coletiva do trabalho ou equivalente que estabelecer o salário vigente na época da apresentação da proposta, vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de antecipações e de benefícios não previstos originariamente.

Neste diapasão, é pertinente salientar que após a celebração do contrato, tão logo ocorra o novo acordo, dissídio ou convenção coletiva de trabalho, o contratado poderá requerer a repactuação, sem a necessidade de ter que esperar o prazo de um ano a contar da data da proposta ou da assinatura da avença. Assim, a contagem do interregno de um ano contar-se-á a partir do acordo, dissídio ou convenção coletiva de trabalho vigente na época da formulação da proposta.

Desta forma, a fim de propiciar maior isonomia entre os licitantes e garantir-lhes inequivocamente o direito à repactuação, os órgãos e enti-

dades responsáveis pelas contratações de serviços continuados com dedicação de mão de obra deverão fazer constar, nos respectivos editais e minutas de contratos, cláusula dispondo que as propostas de preços devem ser elaboradas e apresentadas em conformidade com o acordo, dissídio ou convenção coletiva de trabalho vigente na época da formulação do orçamento.

Corroborando a necessidade da recomendação acima apresentada, cita-se o seguinte trecho do Acórdão TCU nº 1.828/2008, da lavra do eminente ministro Benjamin Zymler:

DISPOSITIVO

9.4. recomendar à Subsecretaria de Assuntos Administrativos do Ministério dos Transportes (SAAD/MT) que, em seus editais de licitação e/ou minutas de contrato referentes à prestação de serviços executados de forma contínua, deixe claro o prazo dentro do qual poderá o contratado exercer, perante a Administração, seu direito à repactuação contratual, qual seja, da data da homologação da convenção ou acordo coletivo que fixar o novo salário normativo da categoria profissional abrangida pelo contrato administrativo a ser repactuado até a data da prorrogação contratual subsequente, sendo que se não o fizer de forma tempestiva e, por via de consequência, prorrogar o contrato sem pleitear a respectiva repactuação, ocorrerá a preclusão do seu direito a repactuar.

No que concerne aos questionamentos de números 3 e 4 desta consulta, repisa-se que a aplicação do instituto da repactuação requer o interregno mínimo de um ano. No entanto, em se tratando de contratos de serviços continuados com dedicação de mão de obra, cuja repactuação ocorre em função da superveniência de novo acordo, dissídio ou convenção coletiva de trabalho ou equivalente que promova majoração salarial, essa aplicação encontra-se temporalmente repartida em dois momentos, quais sejam:

- a) na primeira repactuação o prazo de um ano deve ser contado a partir da data do respectivo orçamento, considerando-se, deste modo, a data do orçamento a do acordo, dissídio, convenção coletiva de trabalho ou equivalente, que estabelecer a composição salarial vigente na época da entrega da proposta, vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de antecipações e de benefícios não previstos originalmente;
- b) nas repactuações sucessivas à primeira, contar-se-á a anualidade a partir da última

repactuação.

Neste diapasão, é pertinente salientar que a repactuação deverá ser requerida pelo contratado até a data da prorrogação contratual subsequente, sob pena da ocorrência de preclusão lógica do seu direito.

Assim, a partir do advento do novo acordo, dissídio, convenção coletiva de trabalho ou equivalente que promovam majoração salarial, o contratado passa a ter o direito à repactuação de preços, contudo, se firmar termo aditivo de prorrogação de vigência contratual, mantendo seu valor inicial sem requerer o seu reajustamento, esse direito restará precluso.

Em sustentação aos argumentos expostos acima, é conveniente colacionar abaixo os seguintes trechos do voto do eminente ministro Benjamin Zymler nos autos do Acórdão TCU nº 1.827/2008:

VOTO

58. Nos termos acima expostos, considero que, nas hipóteses de prestação de serviços contínuos, cada prorrogação caracteriza um novo contrato. Uma vez assinado o termo aditivo, o contrato original não mais pode ser repactuado.

[...]

60. Ao aceitar as condições estabelecidas no termo aditivo sem suscitar os novos valores pactuados no acordo coletivo, a empresa Poliedro deixou de exercer o seu direito à repactuação pretérita. Em outros termos, a despeito do prévio conhecimento da majoração salarial decorrente do acordo coletivo ocorrido em maio de 2005, a empresa contratada agiu de forma oposita e firmou novo contrato com a Administração por meio do qual ratificou os preços até então acordados e comprometeu-se a dar continuidade à execução dos serviços por mais 12 (doze) meses.

61. Por conseguinte, considero que a solicitação de repactuação contratual feita pela empresa Poliedro em 10/4/2007, com efeitos retroativos a 1/5/2005, encontra óbice no instituto da preclusão lógica. Com efeito, há a preclusão lógica quando se pretende praticar ato incompatível com outro anteriormente praticado. In casu, a incompatibilidade residiria no pedido de repactuação de preços que, em momento anterior, receberam a anuência da contratada. A aceitação dos preços propostos pela Administração quando da assinatura da prorrogação contratual envolve uma preclusão lógica de não mais questioná-los com base na majoração salarial decorrente do acordo coletivo ocorrido em maio de 2005.

62. A contrario sensu, ao se admitir que os efeitos

da repactuação pudessem retroagir a períodos anteriores à data da assinatura do termo aditivo de prorrogação contratual, o juízo discricionário feito pela Administração acerca da conveniência e oportunidade em prorrogar o contrato (juízo este baseado na qualidade dos serviços prestados e na adequação dos preços até então praticados) restaria comprometido. É nesse sentido que o artigo 57, inciso II, da Lei nº 8.666/93, ao dispor sobre a possibilidade de prorrogação dos contratos de prestação de serviços a serem executados de forma contínua, estabelece, como finalidade, a “obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração”.

Neste mesmo sentido, ainda, ou seja, de se reconhecer a possibilidade de superveniência de preclusão lógica na aplicação do instituto da repactuação, citam-se os seguintes dispositivos da IN 02 da SLTI/MPOG:

Art. 40. As repactuações serão precedidas de solicitação da contratada, acompanhada de demonstração analítica da alteração dos custos, por meio de apresentação da planilha de custos e formação de preços ou do novo acordo, convenção ou dissídio coletivo que fundamenta a repactuação, conforme for a variação de custos objeto da repactuação. (Nova redação pela Instrução Normativa MP nº 3, de 15/11/2009) [...]

§ 7º As repactuações a que o contratado fizer jus e não forem solicitadas durante a vigência do contrato, serão objeto de preclusão com a assinatura da prorrogação contratual ou com o encerramento do contrato. (Incluído pela Instrução Normativa MP nº 3, de 15/11/2009)

Art. 41. Os novos valores contratuais decorrentes das repactuações terão suas vigências iniciadas observando-se o seguinte:

I – a partir da ocorrência do fato gerador que deu causa à repactuação **(Nova redação pela Instrução Normativa MP nº 3, de 15/11/2009).**

Assim, constata-se que os efeitos financeiros da repactuação, na superveniência de novos acordos, dissídios, convenções coletivas de trabalho ou equivalente, devem incidir a partir da data da homologação no novo normativo laboral, devendo ser pleiteada pelo contratado até a data da prorrogação contratual subsequente, sendo certo que, se não for requerida tempestivamente, haverá a preclusão do direito à percepção dos referidos efeitos financeiros.

3. CONCLUSÃO

Ante o exposto e considerando os questionamentos formulados pelo consulente, conclui-se que:

- a) os requisitos de admissibilidade da presente consulta não foram preenchidos em sua totalidade, pois não retrata uma situação em tese, descumprindo, portanto, o disposto no inciso II do artigo 232 do Regimento Interno deste Tribunal (Resolução nº 14, de 2 de outubro de 2007);
- b) inobstante o não preenchimento do requisito de admissibilidade exigido no inciso II do artigo 232 do Regimento Interno, esta consultoria técnica realizou o estudo meritório do feito;
- c) o reajuste de preços está relacionado a variações dos custos de produção de bens ou serviços e objetiva atualizar os valores do contrato em face de situações previsíveis, correspondentes às variações inflacionárias de um período, só podendo ser concedido decorrido o período de um ano, por meio de aplicação de um índice setorial de preços previamente definido nos instrumentos convocatório e contratual, conforme preceitua os arts. 40, XI e 55, III, da Lei nº 8.666/93 c/c artigos 2º e 3º da Lei Federal nº 10.192/2001;
- d) a revisão (reequilíbrio econômico-financeiro, em sentido estrito) está relacionada à ocorrência de fatos imprevisíveis, ou, ainda que previsíveis, de efeitos incalculáveis, que afetem o equilíbrio das obrigações contratuais, podendo implicar aumento ou redução do preço originalmente pactuado, independentemente de previsão contratual, e não está atrelado a nenhum requisito temporal, tendo como fundamento as hipóteses previstas no artigo 65, II, 'd' e seu § 5º, da Lei nº 8.666/93;
- e) a repactuação também possui por finalidade reajustar preços contratuais, porém se constitui em instituto diverso do “reajuste de preços”, pois se trata de uma reanálise contratual que realinha os valores de todos os itens/custos componentes do preço anteriormente pactuado com o fito de readequá-los aos valores correntes de mercado, podendo implicar aumentos ou reduções, não se constituindo na mera aplicação de índices inflacionários, devendo estar previsto nos editais e minutas contratuais, bem

como ser implementado após decorrido o período de um ano da data da proposta ou do orçamento a que a proposta se referir, na forma definida pelos instrumentos convocatório e contratual;

- f) a superveniência de acréscimos dos custos de mão de obra provocados por acordos, dissídios, convenções coletivas de trabalho ou equivalentes nos contratos de prestação de serviços de natureza continuada não configura uma situação imprevisível, ou previsível mas de consequência incalculável, ou seja, não está amparada nos ditames da alínea “d” do inciso II do art. 65 da Lei nº 8.666/93.
- g) na primeira repactuação dos contratos de serviços continuados com dedicação de mão de obra, o prazo de um ano deve ser contado a partir da data do respectivo orçamento, considerando-se, neste caso, a data do orçamento a do acordo, dissídio, convenção coletiva de trabalho ou equivalente, que estabelecer a composição salarial vigente na época da entrega da proposta, vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de antecipações e de benefícios não previstos originalmente;
- h) nas repactuações sucessivas à primeira, contar-se-á a anualidade a partir da última repactuação;
- i) a repactuação deverá ser requerida pelo contratado até a data da prorrogação contratual subsequente, sob pena da ocorrência de preclusão lógica do seu direito; e,
- j) os efeitos financeiros da repactuação, na superveniência de novos acordos, dissídios, convenções coletivas de trabalho ou equivalentes, devem incidir a partir da data da homologação no novo normativo laboral, devendo ser pleiteada pelo contratado até a data da prorrogação contratual subsequente, sendo certo que, se não for requerida tempestivamente, haverá a preclusão do direito à percepção dos referidos efeitos financeiros.

Desta forma, propõe-se ao relator, alternativamente:

- 1) o arquivamento deste processo, via julgamento singular, tendo em vista que a presente consulta não preenche o requisito de admissibilidade disposto no inciso II do artigo 232 do Regimento Interno, nos termos do § 2º do mesmo artigo regimental;

- 2) a resposta à consulta, caso entenda pela presença de relevante interesse público no deslinde às indagações propostas, nos termos do parágrafo único do art. 48 da Lei Complementar Estadual nº 269/2007, apresentando-se, para tanto, a seguinte sugestão de ementa (art. 234, § 1º, da Resolução nº 14/2007):

Resolução de Consulta nº __/2013. Contratos. Serviços de natureza continuada. Dedicção de mão de obra. Repactuação de preços.

1) A revisão contratual (reequilíbrio econômico-financeiro, em sentido estrito) está relacionada à ocorrência de fatos imprevisíveis, ou, ainda que previsíveis, de efeitos incalculáveis, que afetem o equilíbrio das obrigações contratuais, podendo implicar aumento ou redução do preço originalmente pactuado, independentemente de previsão contratual, não estando atrelado a nenhum requisito temporal, tendo como fundamento as hipóteses previstas no artigo 65, II, ‘d’ e seu § 5º, da Lei nº 8.666/93.

2) O reajuste de preços está relacionado a variações dos custos de produção de bens ou serviços e objetiva atualizar os valores do contrato em face de situações previsíveis, correspondentes às variações inflacionárias de um período, só podendo ser concedido decorrido o período de um ano contado a partir da data da proposta ou do orçamento a que a proposta se referir, por meio de aplicação de um índice setorial de preços previamente definido nos instrumentos convocatório e contratual, conforme preceituam os arts. 40, XI e 55, III, da Lei nº 8.666/93 c/c os artigos 2º e 3º da Lei Federal nº 10.192/2001.

3) A repactuação é uma forma de reajustamento própria dos contratos de prestação de serviços continuados que realinha os valores de todos os itens/custos componentes do preço anteriormente pactuado, com o fito de readequá-los aos valores correntes de mercado, não se constituindo na mera aplicação de índices inflacionários como ocorre no instituto do “reajuste de preços”, tendo como fundamento legal os arts. 40, XI e 55, III, da Lei nº 8.666/93 c/c os artigos 2º e 3º da Lei Federal nº 10.192/2001.

4) A repactuação é o instituto adequado para promoção de reajustamento do valor dos contratos de prestação de serviços continuados com dedicação de mão de obra, provocado pela superveniência de acordos, convenções, dissídios coletivos de trabalho ou equivalentes, não se aplicando, no caso, o instituto da revisão contratual, tendo em vista que a majoração dos custos de mão de obra provocados por normativos laborais configura fato previsível que se pode razoavelmente estimar.

5) A aplicação do instituto da repactuação em contratos de prestação de serviços continuados com dedicação de mão de obra, provocado por acordos, convenções, dissídios coletivos de trabalho ou equivalentes é possível quando observados os seguintes requisitos:

a) previsão editalícia e contratual (arts. 40, XI e 55, III, da Lei nº 8.666/93);

b) observância do lapso de um ano da data do orçamento a que a proposta se referir (artigos 2º e 3º da Lei Federal nº 10.192/2001);

c) constar nos respectivos editais e minutas de contratos, cláusulas dispondo que os orçamentos vinculados às propostas de preços devem ser elaborados e apresentados em conformidade com o acordo, dissídio ou convenção coletiva de trabalho vigente na época da formulação do orçamento;

d) demonstração analítica e comprovação, pelo contratado, da variação de todos os itens da planilha de custos do contrato.

6) Em se tratando de contratos de serviços continuados com dedicação de mão de obra, cuja repactuação ocorre em função da superveniência de novo acordos, dissídios ou contratos coletivos de trabalho ou equivalentes, a aplicação do instituto deve observar os seguintes momentos:

a) na primeira repactuação o prazo de um ano deve ser contado a partir da data do respectivo orçamento, considerando-se, neste caso, a data do orçamento como a do acordo, dissídio, convenção coletiva de trabalho ou equivalente, que estabelecer a composição salarial vigente na época da entrega da proposta,

vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de antecipações e de benefícios não previstos originalmente; e,

b) nas repactuações sucessivas à primeira, contar-se-á a anualidade a partir da última repactuação.

7) Os efeitos financeiros da repactuação, na superveniência de novos acordos, dissídios, convenções coletivas de trabalho ou equivalentes, devem incidir a partir da data de vigência do novo normativo laboral, devendo ser pleiteada pelo contratado até a data da prorrogação contratual subsequente, sendo certo que, se não o fizer tempestivamente, haverá a preclusão do direito à repactuação de preços e à percepção dos seus efeitos financeiros.

Cuiabá-MT, 20 de setembro de 2013.

Edicarlos Lima Silva

Consultor Adjunto à Consultoria Técnica

Bruno Anselmo Bandeira

Secretário-Chefe da Consultoria Técnica

Parecer do Ministério Público de Contas nº 7934/2013

[...]

3. CONCLUSÃO

Dessa maneira, o **Ministério Público de Contas**, ratificando parcialmente o entendimento exposto pelos experts da consultoria técnica desta Corte de Contas, **manifesta-se:**

a) pelo **conhecimento** da proposta da consulta, eis que restam preenchidos os pressupostos de admissibilidade na modalidade “interesse público”, nos termos do art. 232, §1º, do RITCE-MT;

b) pela aprovação da resolução de consulta nos termos da proposta apresentada pela consultoria técnica, pelo egrégio Tribunal

Pleno, conforme regra o art. 81, IV, do Regimento Interno do TCE-MT.

É o parecer.

Ministério Público de Contas, Cuiabá, 6 de novembro de 2013.

Alisson Carvalho de Alencar

Procurador de Contas

Razões do Voto

Egrégio Plenário,

Consulta é o instrumento utilizado pelo jurisdicionado para suscitar dúvidas quanto à aplicação de dispositivos legais e regulamentares, concernentes à matéria de competência do Tribunal de Contas, decorrentes de sua função consultiva.

A Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso (Lei Complementar nº 269/2007), em seus artigos 48 a 50, estabelece, dentre as competências do Tribunal, a de apreciar consultas que lhe sejam formuladas nos termos disciplinados no seu Regimento Interno (Resolução nº 14/2007 e suas alterações), nos artigos 232 a 238.

Assim, a consulta, de acordo com as normas desta Corte, deve “ser formulada por autoridade legítima, ser formulada em tese, conter a apresentação objetiva dos quesitos, com a indicação precisa da dúvida quanto à interpretação e aplicação de dispositivos legais e regulamentares e versar sobre matéria de competência do Tribunal de Contas”, devendo tais requisitos serem atendidos, cumulativamente.

A critério do conselheiro relator, havendo interesse público devidamente fundamentado, a consulta que versar sobre caso concreto poderá ser conhecida e respondida, mas tal resposta à consulta não constitui prejulgado do fato ou caso concreto, devendo ser respondida em tese.

No caso da consulta ora analisada o consulente é pessoa legítima, há apresentação da dúvida, a qual versa sobre matéria de competência do Tribunal de Contas, porém, essa não foi apresentada em tese, o que suscitaria, a princípio, seu arquivamento.

Ocorre que o tema indagado, embora nitidamente versado ao caso concreto, refere-se à matéria de relevante interesse público, conforme razões a seguir expostas. Logo, a corrente consulta deve ser conhecida, analisada e respondida, com base no art. 232, § 1º da Resolução nº 14/2007 e em total harmonia com o parecer ministerial.

Pois bem. Extrai-se dos autos que o consulente indaga sobre a possibilidade de a Administração Pública aplicar o instituto da repactuação como meio de preservação do equilíbrio econômico-financeiro, em contratos de prestação de serviços considerados continuados, mormente aqueles com dedicação de mão de obra, seus prazos e efeitos. De início, a consultoria técnica destaca que o gestor confunde as expressões “revisão” e “repactuação” em contratos

administrativos de serviços continuados e apresenta estudo geral sobre o tema do equilíbrio da equação econômico-financeira dos contratos administrativos, pontuando, ao final, conclusões sobre a matéria de reajuste de preço, repactuação e revisão em casos dessa espécie contratual, em que há variação do valor do custo da mão de obra em virtude de acordos, dissídios, convenções coletivas de trabalho ou equivalente.

Esse é o ponto central, portanto, a ser respondido na análise desta consulta.

Ressalta-se que os acréscimos dos custos de mão de obra provocados por acordos, dissídios, convenções coletivas de trabalho ou equivalentes nos contratos de prestação de serviços de natureza continuada, em regra, **não configuram uma situação imprevisível, ou previsível, mas de consequência incalculável**, conseqüentemente, não estão amparados nos ditames da alínea “d” do inciso II do art. 65 da Lei nº 8.666/93, que se aplica ao instituto da “revisão” e assim presta-se apenas para admitir alterações contratuais em face de álea econômica extraordinária e extracontratual por riscos anormais à contratação, o que não é o caso.

O STJ, em diversos julgados, já se posicionou nesse sentido.

Vejamos:

Administrativo. Agravo regimental. Contrato administrativo. Dissídio coletivo que provoca aumento salarial. Revisão contratual. Equilíbrio econômico-financeiro. Fato previsível. Não incidência do Art. 65, INC. II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/93. Álea econômica que não se descaracteriza pela retroatividade.

1. É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que eventual aumento de salário proveniente de dissídio coletivo não autoriza a revisão do contrato administrativo para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, uma vez que não se trata de fato imprevisível – o que afasta, portanto, a incidência do art. 65, inc. II, “d”, da Lei nº 8.666/93. Precedentes.

2. A retroatividade do dissídio coletivo em relação aos contratos administrativos não o descaracteriza como pura e simples álea econômica.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 957.999/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 22/06/2010, Dje 05/08/2010).

Administrativo. Contrato administrativo. Equilíbrio econômico-financeiro. Aumento salarial. Dissídio coletivo. Impossibilidade de aplicação da teoria da imprevisão.

1. Não pode ser aplicada a teoria da imprevisão para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo (Lei nº 8666/93, art. 65, II, d) na hipótese de aumento salarial dos empregados da contratada em virtude de dissídio coletivo, pois constitui **evento certo** que deveria ser levado em conta quando da efetivação da proposta. Precedentes: RESP 411101/PR, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 08.09.2003 e RESP 134797/DF, 2ª T., Min. Paulo Gallotti, DJ de 1º.08.2000.

2. Recurso especial provido.

(REsp 668.367/PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 21/09/2006, DJ 05/10/2006, p. 242). (grifos nossos).

Na esfera federal, com base no Decreto nº 2.217/1997 (art. 5º) foi regulamentada a “reapctuação” dos contratos administrativos para prestação de serviços continuados, em complemento ao disposto no art. 40, inciso XI da Lei nº 8.666/1993.

Nessa senda, a Instrução Normativa nº 02/2008, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI/MPOG) estabeleceu que a aplicação do instituto da reapctuação é a forma adequada para a promoção de reajustamentos das contratações de serviços continuados com dedicação de mão de obra, conforme se vê em seu art. 37.

O TCU também já se posicionou sobre o tema. Veja-se:

Acórdão nº 1.563/2004 – Plenário – Relator: Min. Augusto Sherman

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, em:

[...]

9.1. expedir as seguintes orientações dirigidas à Segedam:

9.1.1. permanece válido o entendimento firmado no **item 8.1 da Decisão 457/1995 – Plenário;**

9.1.2. os incrementos dos custos de mão de obra ocasionados pela data base de cada categoria profissional nos contratos de prestação de serviços de natureza contínua não se constituem em fundamento para a alegação de desequilíbrio econômico-financeiro;

9.1.3. no caso da primeira reapctuação dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua, o prazo mínimo de um ano a que se refere o item 8.1 da Decisão 457/1995 – Plenário conta-se a partir da apresentação da proposta ou da data do orçamento a

que a proposta se referir, sendo que, nessa última hipótese, considera-se como data do orçamento a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta, vedada a inclusão, por ocasião da reapctuação, de antecipações e de benefícios não previstos originariamente, nos termos do disposto no art. 5º do Decreto 2.271/97 e do item 7.2 da IN/Mare 18/97;

Nos termos previstos no art. 611, *caput*, da Consolidação das Leis Trabalhistas, a Convenção Coletiva de Trabalho:

[...] é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.

O professor Maurício Godinho Delgado¹ expõe que esse instituto de direito do trabalho coletivo consiste, do ponto de vista formal, num negócio jurídico (entre sujeitos coletivos sindicais) e no aspecto material, em norma abstrata, frisando que:

As convenções coletivas, embora de origem privada, criam regras jurídicas (normas autônomas), isto é, preceitos gerais, abstratos e impessoais, dirigidos a normatizar situações *ad futurum*. Correspondem a noção de lei em sentido material, traduzindo ato-regra (Duguit) ou comando abstrato.

E por força do previsto no art. 622 da CLT, cabe ainda multa aos empregados e empresas que celebrem contratos individuais de trabalho com condições contrárias ao pactuado na convenção ou acordo. Dessa forma, conclui-se que, nas relações de trabalho, empregado e empregador estão totalmente vinculados às convenções e acordos coletivos de trabalho, figurando como obrigatório o seu cumprimento, não sendo admissível que a Administração Pública simplesmente desconsidere os efeitos financeiros decorrentes desses acordos, eis que repercutem na equação econômico-financeira dos contratos.

Assim, o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de serviços continuados com dedicação de mão de obra, havido em função da superveniência de acordos, dissídios ou contratos coletivos de trabalho, poderá ocorrer por meio do instituto da reapctuação, com fundamento legal nos artigos 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei nº 8.666/1993, e por analogia na Lei nº 10.192/2001 e no Decreto

¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: Ltr, 2007. p. 1378.

nº 2.271/1997.

Salienta-se, por fim, a importante ressalva de que a repactuação deverá ser requerida pelo contratado até a data da prorrogação contratual subsequente, sob pena da ocorrência de preclusão lógica do seu direito.

A consultoria técnica, com peculiar esmero, materializou resolução de consulta conforme adiante transcrita, introduzindo parte conceitual (itens 1, 2, 3 e 4), para ao fim proceder à abordagem ao tema mérito (itens 5, 6 e 7), *verbis*:

Resolução de Consulta nº __/2013. Contratos. Serviços de natureza continuada. Dedicção de mão de obra. Repactuação de preços.

1) A revisão contratual (reequilíbrio econômico-financeiro, em sentido estrito) está relacionada à ocorrência de fatos imprevisíveis, ou, ainda que previsíveis, de efeitos incalculáveis, que afetem o equilíbrio das obrigações contratuais, podendo implicar aumento ou redução do preço originalmente pactuado, independentemente de previsão contratual, não estando atrelado a nenhum requisito temporal, tendo como fundamento as hipóteses previstas no artigo 65, II, 'd' e seu § 5º, da Lei nº 8.666/93.

2) O reajuste de preços está relacionado a variações dos custos de produção de bens ou serviços e objetiva atualizar os valores do contrato em face de situações previsíveis, correspondentes às variações inflacionárias de um período, só podendo ser concedido decorrido o período de um ano contado a partir da data da proposta ou do orçamento a que a proposta se referir, por meio de aplicação de um índice setorial de preços previamente definido nos instrumentos convocatório e contratual, conforme preceituam os arts. 40, XI e 55, III, da Lei nº 8.666/93 c/c os artigos 2º e 3º da Lei Federal nº 10.192/2001.

3) A repactuação é uma forma de reajustamento própria dos contratos de prestação de serviços continuados que realinha os valores de todos os itens/custos componentes do preço anteriormente pactuado, com o fito de readequá-los aos valores correntes de mercado, não se constituindo na mera aplicação de índices inflacionários como ocorre no instituto do "reajuste de preços", tendo como fundamento legal os arts. 40, XI e 55, III, da Lei nº 8.666/93 c/c os artigos 2º e 3º da Lei Federal nº 10.192/2001.

4) A repactuação é o instituto adequado para promoção de reajustamento do valor dos contratos de prestação de serviços continuados com dedicação de mão de obra, provocado pela superveniência de acordos, convenções, dissídios coletivos de trabalho ou equivalentes, não se aplicando, no caso, o instituto da revisão contratual, tendo em vista que a ma-

joração dos custos de mão de obra provocados por normativos laborais configura fato previsível que se pode razoavelmente estimar.

5) A aplicação do instituto da repactuação em contratos de prestação de serviços continuados com dedicação de mão de obra, provocado por acordos, convenções, dissídios coletivos de trabalho ou equivalentes é possível quando observados os seguintes requisitos:

a) previsão editalícia e contratual (arts. 40, XI e 55, III, da Lei nº 8.666/93);

b) observância do lapso de um ano da data do orçamento a que a proposta se referir (artigos 2º e 3º da Lei Federal nº 10.192/2001);

c) constar nos respectivos editais e minutas de contratos, cláusulas dispondo que os orçamentos vinculados às propostas de preços devem ser elaborados e apresentados em conformidade com o acordo, dissídio ou convenção coletiva de trabalho vigente na época da formulação do orçamento;

d) demonstração analítica e comprovação, pelo contratado, da variação de todos os itens da planilha de custos do contrato.

6) Em se tratando de contratos de serviços continuados com dedicação de mão de obra, cuja repactuação ocorre em função da superveniência de novo acordos, dissídios ou contratos coletivos de trabalho ou equivalentes, a aplicação do instituto deve observar os seguintes momentos:

a) na primeira repactuação o prazo de um ano deve ser contado a partir da data do respectivo orçamento, considerando-se, neste caso, a data do orçamento como a do acordo, dissídio, convenção coletiva de trabalho ou equivalente, que estabelecer a composição salarial vigente na época da entrega da proposta, vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de antecipações e de benefícios não previstos originalmente; e,

b) nas repactuações sucessivas à primeira, contar-se-á a anualidade a partir da última repactuação.

7) Os efeitos financeiros da repactuação, na superveniência de novos acordos, dissídios, convenções coletivas de trabalho ou equivalentes, devem incidir a partir da data de vigência do novo normativo laboral, devendo ser pleiteada pelo contratado até a data da prorrogação contratual subsequente, sendo certo que, se não o fizer tempestivamente, haverá a preclusão do direito à repactuação de preços e à percepção dos seus efeitos financeiros.

Vê-se que a parte introdutória conceitual deu à proposta de resolução um caráter instrumental que vai além dos limites da consulta, tornando-se, sob o ponto de vista didático, dispensável.

Se, como dito a princípio, a consulta é o instrumento utilizado para suscitar dúvidas, a resolução de consulta deve se pautar em texto leve, didático, facilmente digerível. Daí, mais evidente a justificativa da dispensa da parte inicial conceitual proposta, buscando maior objetividade da resposta resolutiva.

Desta forma, máxima vênia à proposta técnica e ao respeitável parecer do douto procurador de Contas, ousamos dissentir, em parte, da minuta apresentada para ofertarmos em sede de voto, proposta mais sintética, mantendo-se, contudo, a essência técnica predominante na sugestão exposta nestes autos.

VOTO

Pelo exposto, considerando as informações e a fundamentação jurídica constantes no presente processo e, haja vista a legislação que rege a matéria, **ACOLHO, em parte**, o Parecer nº 7934/2013, lavrado pelo procurador de Contas Dr. Alisson Carvalho Alencar, e **VOTO pelo conhecimento** da presente consulta e, no mérito, seja essa **respondida** nos termos deste voto com a inserção, na Consolidação de Entendimentos Técnicos desta Corte de Contas, do seguinte verbete de resolução, observando que esta deliberação não constitui prejulgado do fato ou do caso concreto exposto nos autos:

Resolução de Consulta nº ___/2013. Contratos. Serviços de natureza continuada. Dedicção de mão de obra. Repactuação de preços.

1) É possível a repactuação em contratos de prestação de serviços continuados com dedicação de mão de obra, provocada por acordos, convenções, dissídios coletivos de trabalho ou equivalentes, desde que observados os seguintes requisitos:

- a) previsão editalícia e contratual;
- b) lapso de um ano contado da data do orçamento a que a proposta se referir;
- c) previsão editalícia e nas minutas de contratos, de cláusulas dispondo que os orçamentos vinculados às propostas de preços devem ser elaborados e apresentados em conformidade com o acordo, dissídio ou convenção coletiva de trabalho vigente na época da formulação do orçamento;
- d) demonstração analítica e comprovação, pelo contratado, da variação de todos os itens da planilha de custos do contrato.

2) Na primeira repactuação, o prazo de um ano deve ser contado a partir da data do respectivo orçamento, considerando-se, neste caso, a data do orçamento

com a do acordo, dissídio, convenção coletiva de trabalho ou equivalente, que estabelecer a composição salarial vigente na época da entrega da proposta, vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de antecipações e de benefícios não previstos originalmente.

3) Nas repactuações sucessivas à primeira, contar-se-á a anualidade a partir da última repactuação.

4) O contratado deverá solicitar a repactuação até a data da prorrogação contratual subsequente, sendo certo que, se não o fizer tempestivamente, haverá a preclusão do direito à repactuação de preços e à percepção dos seus efeitos financeiros.

É o voto.

Tribunal de Contas, abril de 2014.

Conselheiro Domingos Neto

Relator

A implementação do piso nacional para os ACS e ACE é obrigatória

Independentemente da circunscrição do pleito eleitoral, a implementação do piso profissional nacional dos agentes comunitários de saúde e dos agentes de combate às endemias é um mandamento constitucional (§ 5º, art. 198, da CF/88) devidamente regulamentado por lei nacional (Lei nº 12.994/2014), e, como tal, não deve encontrar empecilhos para sua efetivação na legislação eleitoral, a exemplo dos incisos V e VIII do artigo 73 da Lei nº 9.504/1997.

Esse é o entendimento do conselheiro do TCE-MT Sérgio Ricardo, na consulta formulada pelo Prefeitura Municipal de Campo Verde, sobre a existência de vedações constantes da legislação eleitoral à implementação do piso salarial profissional nacional dos agentes comunitários de saúde e dos agentes de combate às endemias no município.

Nas eleições cuja circunscrição do pleito não abrange os entes municipais, como no caso do sufrágio do ano de 2014, constata-se que a legislação eleitoral não impõe impedimentos para que os municípios possam promover a implementação do piso profissional nacional dos agentes comunitários de saúde e dos agentes de combate às endemias, observando-se os termos da Lei Nacional nº 12.994/2014.

“De acordo com a atual jurisprudência eleitoral, as vedações previstas nos incisos V e VIII do artigo 73 da Lei nº 9.504/1997 abrangem apenas a circunscrição do pleito, ou seja, em se tratando de eleições federais e estaduais as proibições insertas nesses dispositivos não afetam os entes municipais”



Sérgio Ricardo de Almeida
Conselheiro
gab.sergio@tce.
mt.gov.br

Você pode assistir ao vídeo do julgamento do processo no link <<http://www.tce.mt.gov.br/protocolo/detalhe/num/140767/ano/2014>>

Resolução de Consulta nº 14/2014-TP

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo nº 14.076-7/2014.

O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, nos termos dos artigos 1º, XVII, 48 e 49, todos da Lei Complementar nº 269/2007 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso), e dos artigos 29, XI, e 81, IV, da Resolução nº 14/2007 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso), resolve, por unanimidade, acompanhando o voto do relator e de acordo com o Parecer nº 3.007/2014 do Ministério Público de Contas, responder ao consulente que: **a)** de acordo com a atual jurisprudência eleitoral, as vedações previstas nos incisos V e VIII do artigo 73 da Lei nº 9.504/1997 abrangem apenas a circunscrição do pleito, ou seja, em se tratando de eleições federais e estaduais, como no caso do sufrágio do ano de 2014, as proibições insertas nesses dispositivos não afetam os entes municipais; **b)** nas eleições cuja circunscrição do pleito não abrange os entes municipais, como no caso do sufrágio do ano de 2014, constata-se que a legislação eleitoral

não impõe óbices para que os municípios possam promover a implementação do piso profissional nacional dos agentes comunitários de saúde e dos agentes de combate às endemias, observando-se os termos da Lei Nacional nº 12.994/2014; e, **c)** independentemente da circunscrição do pleito eleitoral, a implementação do piso profissional nacional dos agentes comunitários de saúde e dos agentes de combate às endemias é um mandamento constitucional (§ 5º, artigo 198, da CF/1988) devidamente regulamentado por lei nacional (Lei nº 12.994/2014), e, como tal, não deve encontrar óbices para sua efetivação na legislação eleitoral, a exemplo dos incisos V e VIII do artigo 73 da Lei nº 9.504/1997; e, ainda, revogar o Acórdão nº 1.422/2007 deste Tribunal.

Encaminhem-se ao consulente cópias do relatório e voto, bem como a íntegra do Parecer nº 54/2014 da consultoria técnica. O inteiro teor desta decisão está disponível no site: www.tce.mt.gov.br.

Participaram do julgamento os conselheiros Antonio Joaquim, José Carlos Novelli, Valter Albano e Domingos Neto, e o conselheiro substituto Luiz Carlos Pereira, que estava substituindo o conselheiro Humberto Bosaipo.

Presente, representando o Ministério Público de Contas, o procurador-geral William de Almeida Brito Júnior.

Publique-se

Parecer da Consultoria Técnica nº 54/2014

Excelentíssimo Senhor Conselheiro:

Trata-se de consulta formulada pelo senhor Fábio Schroeter, prefeito municipal de Campo Verde–MT, solicitando parecer desta Corte de Contas sobre a existência de vedações constantes da legislação eleitoral à implementação do piso salarial profissional nacional dos agentes comunitários de saúde e dos agentes de combate às endemias no município, nos seguintes termos:

1) Assim, à luz da Lei nº 12.994, de 17 de junho de 2014, que, ao alterar a Lei nº 11.350/2006, majorou o piso remuneratório das referidas categorias de servidores do serviço público de saúde, em nível nacional, para o importe de R\$ 1.014,00 (mil e quatorze reais), indaga-se quanto a possibilidade de concessão deste reajuste no âmbito municipal mediante o envio de Projeto de Lei Municipal para adequação do valor durante o período eleitoral, ensejando eventual violação à proibição contida no art. 73, VIII, da Lei nº 9.504/97 – Lei das Eleições?

2) Merece revelo o questionamento sobre o fato de as despesas com o pagamento dos agentes de saúde serem provenientes de repasses de recursos do governo federal afasta a proibição de concessão do reajuste durante o período eleitoral?

3) indaga-se se a realização das eleições do corrente ano ocorrer no âmbito dos Poderes Executivo estadual e federal, e para preenchimento de cargos eletivos dos Poderes Legislativo estadual e federal, impede a concessão do reajuste do piso remuneratório dos Agentes de Saúde atuantes junto ao Executivo municipal?

Em sendo firmada orientação no sentido de proibição de envio e aprovação de lei durante o período eleitoral – 180 dias antes da eleição até a posse dos eleitos, questionamos o seguinte: a sua imperiosa inserção no ordenamento jurídico municipal após o transcurso do período defeso impõe ao município o dever de efetuar o pagamento de valores referentes às verbas retroativas do período quando da sua posterior concessão? (grifo nosso).

O consulente juntou aos presentes autos cópias

dos seguintes documentos:

- a) Lei Nacional nº 12.994/2014, que instituiu o piso salarial profissional nacional e diretrizes para o plano de carreira dos agentes comunitários de saúde e dos agentes de combate às endemias;
- b) Lei Municipal nº 1.355/2007, que criou os cargos públicos de agentes comunitários de saúde e dos agentes de combate às endemias, no município de Campo Verde–MT.

É o breve relatório.

1. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

A consulta foi formulada em tese, por autoridade legítima, com a apresentação objetiva do quesito e versa sobre matéria de competência deste Tribunal, preenchendo, portanto, os requisitos de admissibilidade exigidos pelo art. 232 da Resolução nº 14/2007 (Regimento Interno do Tribunal de Contas – RITCE-MT).

2. DA DELIMITAÇÃO DO OBJETO DA CONSULTA

É importante registrar que, embora o consulente tenha apresentado vários quesitos, constata-se que todos eles convergem para uma única questão de fundo, qual seja: se a legislação eleitoral veda a possibilidade de o município promover a adequação da remuneração atualmente paga a seus servidores investidos nos cargos de agentes comunitários de saúde e dos agentes de combate às endemias ao valor do piso nacional instituído pela Lei Nacional nº 12.994/14.

Posto isso, entende-se que os quesitos propostos pelo consulente, por seu encadeamento lógico e correlação temática, podem ser consolidados e sistematizados em um único questionamento.

Nesse contexto, para maior objetividade e concisão da resposta a ser dada nesta consulta, este parecer visará responder ao seguinte quesito:

O inciso VIII do artigo 73 da Lei nº 9.504/97, em ano de eleições federal e estadual, impede os municípios de promoverem a implementação do piso profissional nacional deferido aos Agentes Comunitários de Saúde e aos Agentes de Combate às Endemias (ACS e ACE) pela Lei Nacional nº 12.994/14?

Assim, passa-se ao exame do quesito acima proposto.

3. MÉRITO

3.1 Do Piso Profissional Nacional dos Agentes Comunitários de Saúde e dos Agentes de Combate às Endemias (ACS e ACE)

Inicialmente, é oportuno salientar que a criação de um piso profissional nacional dos Agentes Comunitários de Saúde e dos Agentes de Combate às Endemias (ACS e ACE) é uma obrigação inserta na própria Constituição¹, cabendo a todos os entes da federação cumprir o mandamento constitucional.

Em cumprimento a esse mandamento constitucional, foi editada a Lei Nacional nº 12.994/14, de 17 de junho de 2014, que altera a Lei nº 11.350/2006, e assim prescreve:

Art. 1º A Lei nº 11.350, de 5 de outubro de 2006, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos:

Art. 9º-A. O piso salarial profissional nacional é o valor abaixo do qual a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não poderão fixar o vencimento inicial das Carreiras de Agente Comunitário de Saúde e de Agente de Combate às Endemias para a jornada de 40 (quarenta) horas semanais.

§ 1º O piso salarial profissional nacional dos Agentes Comunitários de Saúde e dos Agentes de Combate às Endemias é fixado no valor de R\$ 1.014,00 (mil e quatorze reais) mensais.
[...]

Art. 9º-C. Nos termos do § 5º do art. 198 da Cons-

tituição Federal, compete à União prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do piso salarial de que trata o art. 9º-A desta Lei.

[...]

§ 6º Para efeito da prestação de assistência financeira complementar de que trata este artigo, a União exigirá dos gestores locais do SUS a comprovação do vínculo direto dos Agentes Comunitários de Saúde e dos Agentes de Combate às Endemias com o respectivo ente federativo, regularmente formalizado, conforme o regime jurídico que vier a ser adotado na forma do art. 8º desta Lei.
[...]

Art. 9º-G. Os planos de carreira dos Agentes Comunitários de Saúde e dos Agentes de Combate às Endemias deverão obedecer às seguintes diretrizes. (grifo nosso).

De acordo com a lei, foi criado o piso profissional nacional dos ACS e ACE no valor de R\$ 1.014,00, a ser implementado por cada ente federativo mediante a criação de planos de carreira próprios para esses servidores.

Observa-se, ainda, que a regularização dos planos de carreira é condição necessária para que a União possa prestar a assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

Desta forma, a implementação do piso profissional nacional dos agentes comunitários de saúde e dos agentes de combate às endemias é um mandamento constitucional devidamente regulamentado por lei nacional, e, como tal, não deve encontrar óbices para sua efetivação na legislação eleitoral.

3.2 Da inaplicabilidade do inciso VIII do artigo 73 da Lei nº 9.504/97 aos municípios no pleito eleitoral do ano de 2014

Em sua peça consultiva, o consulente aduz como possível óbice à implementação do piso profissional nacional dos ACS e ACE a vedação inserta no inciso VIII do artigo 73 da Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições), que prescreve:

Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais: [...]

VIII – fazer, na circunscrição do pleito, revisão geral da remuneração dos servidores públicos que exceda a recomposição da perda de seu poder aquisitivo ao longo do ano da eleição, a partir do início do prazo estabelecido no art. 7º desta Lei e até a posse dos eleitos. (grifo nosso).

¹ CF/88

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...]

§ 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 63, de 2010) Regulamento.

O dispositivo citado está condicionado ao prazo definido no artigo 7º da mesma lei², constatando-se, assim, que é vedado aos agentes públicos, no período que vai de 180 dias antes das eleições até a posse dos eleitos, fazer revisão geral da remuneração dos servidores públicos que exceda a recomposição da perda de seu poder aquisitivo ao longo do ano da eleição.

Importante observar que o dispositivo em tela veda a realização de qualquer reajuste salarial concedido no período de vedação e que exceda a recomposição da perda do poder aquisitivo da remuneração dos servidores públicos.

Dessa forma, o dispositivo acaba por não vedar a realização da revisão geral anual, desde que limitada à recomposição do poder aquisitivo da remuneração dos servidores públicos ao longo do ano da eleição.

Sobre a aplicação do inciso VIII do artigo 73 da Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições), este Tribunal possui os seguintes prejulgados de tese:

Resolução de Consulta nº 16/2008 (DOE 21/08/2008). Pessoal. Remuneração. Revisão geral anual. Ano eleitoral. Possibilidade, atendidos os requisitos.

É lícita a concessão de revisão geral anual da remuneração de agentes públicos em ano eleitoral na circunscrição do pleito, inclusive relativa aos percentuais acumulados em exercícios anteriores não concedidos, desde que ocorram antes dos 180 dias que precedem a eleição. No entanto, após esse período é possível a revisão da remuneração, desde que se restrinja à recomposição do poder aquisitivo dos agentes ao longo do ano eletivo, respeitada a legislação que veda a indexação automática de salários.

Resolução de Consulta nº 33/2008 (DOE 31/07/2008). Pessoal. Remuneração. Agente público. Aumento salarial. Ano eleitoral.

É vedada, a partir dos 180 dias que precedem a eleição, a concessão de reajuste salarial, reestruturação na carreira ou qualquer forma de aumento remuneratório que exceda a recomposição do poder aquisitivo ao longo do ano eletivo, devendo ser demonstrado o índice utilizado a fim de descaracterizar o impedimento legal.

² Lei nº 9.504/97

Art. 7º As normas para a escolha e substituição dos candidatos e para a formação de coligações serão estabelecidas no estatuto do partido, observadas as disposições desta Lei.

§ 1º Em caso de omissão do estatuto, caberá ao órgão de direção nacional do partido estabelecer as normas a que se refere este artigo, publicando-as no Diário Oficial da União até cento e oitenta dias antes das eleições.

Contudo, é importante lembrar que o cabimento dessa vedação abarca a circunscrição do pleito, ou seja, somente terá aplicabilidade, no ano de 2014, nas esferas administrativas cujos cargos estejam em disputa (União, Distrito Federal e Estados).

Sobre circunscrição do pleito, observa-se que a interpretação mais coerente com a vontade do legislador é a de que se refere à limitação territorial em que os cargos estão sendo disputados. Ou seja, se na eleição presente (2014) estão sendo disputados cargos eletivos estaduais, a circunscrição do pleito é o Estado Federado, não alcançando os municípios que dele fazem parte.

Neste sentido, observa-se que a Lei nº 4.737/65 (Código Eleitoral) assim conceitua circunscrição do pleito:

Art. 86. Nas eleições presidenciais, a circunscrição serão País; nas eleições federais e estaduais, o Estado; e nas municipais, o respectivo município. (grifo nosso).

Corroborando com esse entendimento acima defendido, cita-se a lição de Marcos Ramayana:³

No entanto, as formas detalhadas na lei estão vinculadas a uma determinada “circunscrição do pleito”. Significa que, se as eleições forem municipais, cada município se sujeita, nos limites do seu território, à observância das regras. Na mesma linha de entendimento do legislador, se as eleições forem nacionais (presidente e vice-presidente) ou estaduais e regionais (governador, vice-governador, senador, deputado federal, distrital ou estadual), a vedação não atinge os municípios. (grifo nosso).

A jurisprudência dos tribunais pátrios também tende a restringir a circunscrição do pleito à esfera administrativa onde ocorre a eleição, não alcançando outros entes da federação não relacionados ao pleito.

Nesse sentido é o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, conforme se observa da Resolução 21.296, a seguir transcrita:

Revisão geral de remuneração de servidores públicos – Circunscrição do pleito – Art. 73, inciso VIII, da Lei nº 9.504/97 – Perda do poder aquisitivo – Recomposição – Projeto de lei – Encaminhamento – Aprovação.

1. O ato de revisão geral de remuneração dos servidores públicos, a que se refere o art. 73, inciso VIII,

³ Marcos Ramayana. **Direito Eleitoral**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 554.

da Lei nº 9.504/97, tem natureza legislativa, em face da exigência contida no texto constitucional.

2. O encaminhamento de projeto de lei de revisão geral de remuneração de servidores públicos que exceda à mera recomposição da perda do poder aquisitivo sofre expressa limitação do art. 73, inciso VIII, da Lei nº 9.504/97, na circunscrição do pleito, não podendo ocorrer a partir do dia 9 de abril de 2002 até a posse dos eleitos, conforme dispõe a Resolução/TSE nº 20.890, de 9.10.2001.

3. A aprovação do projeto de lei que tiver sido encaminhado antes do período vedado pela lei eleitoral não se encontra obstada, desde que se restrinja à mera recomposição do poder aquisitivo no ano eleitoral.

4. A revisão geral de remuneração deve ser entendida como sendo o aumento concedido em razão do poder aquisitivo da moeda e que não tem por objetivo corrigir situações de injustiça ou de necessidade de revalorização profissional de carreiras específicas.

(Consulta nº 782, Resolução nº 21296, de 12/11/2002, Relator(a) Min. Fernando Neves da Silva, Publicação: DJ – Diário de Justiça, volume 1, data 07/02/2003, página 133 RJTSE – Revista de Jurisprudência do TSE, volume 14, tomo 1, página 420). (grifo nosso).

Neste sentido, ainda, cita-se a seguinte jurisprudência do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Santa Catarina:

Consulta – Eleições municipais – Condutas vedadas (Lei nº 9.504/1997) – Agentes públicos vinculados ao Estado.

As condutas vedadas aos agentes públicos, prescritas na Lei nº 9.504/1997, mesmo se tratando de eleições municipais, são aplicáveis aos agentes vinculados ao Estado, à exceção do art. 73, incisos V, VI alíneas “b” e “c”, e VIII, que se restringem à circunscrição ou à esfera administrativa do município.

(Consulta nº 2162, Resolução nº 7369 de 16/03/2004 Relator(a) Rodrigo Roberto da Silva, publicação: DJESC – Diário da Justiça do Estado de Santa Catarina, data 25/03/2004). (grifo nosso).

No julgado acima apresentado, é pertinente salientar que o TRE-SC elenca todos os dispositivos da Lei das Eleições que têm sua aplicabilidade em conformidade com a circunscrição do pleito, a saber, os incisos V, VI, alíneas “b” e “c”, e VIII do artigo 73 da Lei nº 9.504/97.

Esse também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica do seguinte julgado que, apesar de se referir a outra vedação eleitoral (art. 73, V, da Lei nº 9.504/97), também acaba por definir o alcance das demais vedações

contidas no art. 73 da Lei das Eleições que se encontram restritas à “circunscrição do pleito”:

STJ – Recurso Especial REsp 684774 PB 2004/0122828-1

Data de publicação: 29/11/2010

Ementa: Recurso especial. Administrativo, eleitoral e processo civil. Servidor público temporário. Exoneração no período eleitoral. Artigo 73, inciso V, da Lei nº 9.504 /97. Circunscrição em que não havia eleição. **1.** “As disposições contidas no art. 73, V, Lei nº 9.504 /97 somente são aplicáveis à circunscrição do pleito.” (TSE, Resolução nº 21806 /DF, Rel. Min. Fernando Neves da Silva, DJ 12/07/2004). **2.** A interpretação realizada pelo Tribunal Superior Eleitoral autoriza a exoneração de servidor público municipal no período em que ocorrem as eleições estaduais e a federal, desde que não coincida com as municipais. **3.** Recurso especial conhecido e provido. (grifo nosso).

Posto isso, nas eleições do corrente ano (2014), nas quais a circunscrição do pleito abrange somente a União, os Estados e o Distrito Federal, constata-se não existir óbices, considerando-se a legislação eleitoral, para que os municípios possam promover revisões gerais anuais ou reajustes a seus servidores públicos, inclusive, implementando adequações ao piso profissional nacional dos ACS e ACE, nos termos da Lei Nacional nº 12.994/2014.

Ademais, é cabível evidenciar, conforme visto alhures, que a implementação do piso profissional nacional dos ACS e ACE por parte dos entes federativos significa dar cumprimento e efetividade a uma determinação constante da própria Carta Magna, e que este mandamento não pode encontrar obstáculos em legislações eleitorais infraconstitucionais.

Além disso, deve-se considerar que as vedações tabuladas no art. 73 da Lei das Eleições têm por objetivo inibir a prática de condutas tendentes a desequilibrar o pleito eleitoral, sendo a concessão de reajustes remuneratórios limitados ao piso salarial nacional, previsto na Constituição Federal e regulamentado por lei nacional, de cumprimento obrigatório por todos os entes da federação, logo, resta afastada qualquer possibilidade de favorecimento a potenciais candidatos ao pleito.

3.3 Da necessidade de reexame do Prejulgado nº 1.422/2007 do TCE-MT

Conforme defendido alhures, a vedação contida no inciso VIII do art. 73 da Lei das Eleições, limitada à “circunscrição do pleito eleitoral”, não alcança os municípios nas eleições do corrente ano

(2014), restritas às esferas federal e estadual, onde os cargos estão em disputa.

No entanto, cumpre destacar a existência de outro dispositivo da Lei das Eleições que poderia impedir a majoração de vencimentos dos servidores públicos durante o período eleitoral, o qual também se encontra limitado à “circunscrição do pleito”.

Trata-se da vedação insculpida no inciso V do artigo 73 da Lei nº 9.504/97, tendo em vista que a norma proíbe “readaptar vantagens” nos três meses que antecedem o pleito até a posse dos eleitos.

Para esse dispositivo, este Tribunal tem prejudicado que estende o conceito de “circunscrição do pleito” para abarcar os municípios, mesmo quando as esferas administrativas cujos cargos estejam em disputa na eleição sejam estaduais ou federais, conforme estatui a seguinte decisão:

Acórdão nº 1.422/2007 (DOE 18/06/2007). Pessoal. Admissão. Período eleitoral. Vedações. Abrangência municipal, ainda que se tratem de eleições nos âmbitos federal e estadual. Possibilidade de admissão nos casos ressalvados em lei.

As vedações previstas no inciso V do artigo 73 da Lei nº 9.504/1997 abrangem os municípios, mesmo quando as eleições envolvam a disputa de cargos federais e estaduais, ressalvando-se as contratações, nomeações e transferências especiais. É possível que haja nomeação e contratação de servidores durante o período eleitoral, desde que tais serviços sejam necessários à instalação e ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do Poder Legislativo.

Todavia, conforme demonstrado alhures, as decisões jurisprudenciais mais atuais sobre a matéria rechaçam tal tese, adotando o entendimento de que, se as eleições forem federais ou estaduais, as vedações do inciso V do artigo 73 da Lei nº 9.504/97 só se aplicariam à circunscrição do pleito, ou seja, não abarcariam os municípios, uma vez que não haveria eleição em âmbito municipal, o que justifica a revisão da tese prejudgada por meio do Acórdão nº 1.422/2007.

Neste contexto, é pertinente salientar a necessidade de revisão do aludido Acórdão TCE-MT nº 1.422/2007, a fim de torná-lo compatível com a jurisprudência atual e com o entendimento esposado na presente consulta referente ao alcance da vedação contida no art. 73, VIII, da mesma lei, sob pena da existência de prejudgados divergentes sobre o alcance da expressão “circunscrição do pleito” para fins de aplicação das vedações contidas na Lei das Eleições.

Assim, em conformidade com o § 1º do artigo

235⁴ da Resolução nº 14/2007 (Regimento Interno do TCE-MT), são trazidos a seguir fundamentos legais e técnicos para justificar a revisão da tese prejudgada por meio do Acórdão TCE-MT nº 1.422/2007.

Nesse diapasão, constata-se que no item precedente foi juntada forte jurisprudência atestando que a aplicabilidade dos incisos V, VI, alíneas “b” e “c”, e VIII, do artigo 73 da Lei nº 9.504/97 dependerá da abrangência da circunscrição do pleito.

Nesse mesmo sentido, especificamente para o inciso V, caminha também a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *litteris*:

TJ-SP – Apelação APL 31194220108260123 SP 0003119-42.2010.8.26.0123 (TJ-SP)

Data de publicação: 26/06/2012

Ementa: Recurso de apelação Mandado de segurança Direito administrativo Servidor público municipal Transferência de posto de trabalho nos três meses que antecedem o pleito eleitoral Circunscrições distintas Ausência de ilegalidade. **1.** A vedação do artigo 73, inciso V, da Lei Federal nº 9.504/1997 não se aplica ao caso vertente, porque o apelante transferido é servidor público municipal e as próximas eleições seriam estaduais e federais. **2.** Não comprovada a ilegalidade do ato, que tem supedâneo na oportunidade e conveniência da Administração Pública Municipal. **3.** Além disso, os elementos de convicção dos autos não lograram demonstrar o desvio de poder do ato administrativo. **4.** Precedentes jurisprudenciais do Colendo Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal de Justiça. **5.** Confirmação dos fundamentos da sentença, dada a reiteração, nas razões recursais, de questões já enfrentadas. Julgamento nos termos do art. 252 do RITJSP. **6.** Sentença de denegação da ordem mantida. **7.** Recurso de apelação desprovido. (grifo nosso).

No tocante à Justiça Especializada Eleitoral, esta também vem decidindo que a circunscrição do pleito se refere à esfera administrativa onde ocorre o pleito, vejamos:

TRE-PR – Recurso Eleitoral RE 276 PR (TRE-PR)

Data de publicação: 11/07/2000

Ementa: Representação por descumprimento da Lei

4 Art. 235. Se sobre a matéria objeto da consulta já houver deliberação plenária, a Consultoria Técnica dela dará ciência ao Relator, juntando o referido prejudgado à sua manifestação.

5 1º. Se considerar necessária adoção de novo entendimento, o titular da Consultoria Técnica poderá apresentar fundamentos legais e técnicos para abalzar sua reapreciação, ficando a critério do Relator apresentar proposta para alteração do prejudgado.

nº 9.504/97. Conduta vedada aos agentes públicos. Remoção de servidor público municipal (art. 73 V). Competência DOS Tribunais Regionais Eleitorais. Vedação limitada à “circunscrição do pleito”. **1.** A competência para apreciar e julgar as representações por descumprimento da Lei nº 9.504/97, em se tratando de eleições federais, estaduais e distritais, é dos Tribunais Regionais Eleitorais (art. 96, II) **2.** A proibição de remover ou transferir servidor público a que alude o inciso V do artigo 73, da citada lei, limita-se à “circunscrição do pleito”. Vale dizer, em se tratando de eleições federais e estaduais, como no caso, a vedação não atinge os servidores municipais. Representação improcedente. (grifo nosso).

Nesse rastro, os Tribunais de Contas de Pernambuco e do Paraná também possuem decisões de que as vedações do inciso V do artigo 73 da Lei nº 9.504/1997 não se aplicam aos municípios quando as eleições forem federal e estadual, conforme se verifica dos seguintes julgados:

TCE-PE

Processo(s) T.C. nº(s) 0403394-2 Consulta decisão T.C. nº 1133/04

Decidiu o Tribunal de Contas do Estado, à unanimidade, em sessão ordinária realizada no dia 11 de agosto de 2004, responder ao consulente nos seguintes termos:

[...]

No presente exercício por ser também ano eleitoral, requer observar o que disciplina a Lei Federal nº 9.504/97, artigos 73 a 78, que enumeram condutas proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, na circunscrição do pleito, nos 3 (três) meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvada, entre outras hipóteses previstas no inciso V, do artigo 73, a nomeação ou contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo.

A expressão “circunscrição do pleito” empregada no dispositivo legal retrocitado indica que as condutas ali descritas são vedadas no âmbito da Administração Pública Federal, se os cargos eletivos em disputa forem de Presidente e Vice-Presidente da República; no âmbito da Administração Pública Estadual, se os cargos forem de Governador e Vice-Governador, Senador, Deputado Federal e Deputado Estadual; e no âmbito da Administração Municipal, se os mandatos eletivos em disputa forem de Vereador, Prefeito e Vice-Prefeito. (grifo nosso).

Acórdão nº 1561/06 – TCE-PR – Tribunal Pleno (19/10/2006)

EMENTA: Consulta acerca da possibilidade de município realizar nomeações decorrentes de concursos públicos, não homologados, durante período eleitoral que antecede pleitos federais e estaduais. Aplicação da restrição (prevista na Lei nº 9.504/97 – artigo 73, V) apenas à circunscrição do pleito, ou seja, à União e aos Estados.

Acordam os membros do Tribunal Pleno, nos termos do voto do Relator, Auditor Thiago Barbosa Cordeiro com delegação do Conselheiro Fernando Augusto Mello Guimarães, por unanimidade em:

Responder a presente consulta no sentido de que é possível Município realizar nomeações decorrentes de concursos públicos não homologados durante período eleitoral que antecede pleitos federal e estadual, por entender que, quando as eleições abrangem apenas cargos de outras esferas de governo, aos municípios não se aplica a restrição existente no inciso V do artigo 73 da Lei nº 9.504/1997. (grifo nosso).

Assim, conclui-se pela necessidade de revisão da tese exarada por meio do Acórdão TCE-MT nº 1.422/2007, tendo em vista que as vedações do artigo 73, V, da Lei nº 9.504/1997 somente são aplicadas à circunscrição do pleito, não abrangendo outras esferas de governo não relacionadas à eleição que se realiza.

4. CONCLUSÃO

Pelo exposto e considerando-se que:

- a)** a implementação do piso profissional nacional dos agentes comunitários de saúde e dos agentes de combate às endemias é um mandamento constitucional devidamente regulamentado por lei nacional, e, como tal, não deve encontrar óbices para sua efetivação na legislação eleitoral (§ 5º do artigo 198 da CF/88);
- b)** a aplicabilidade do inciso VIII do artigo 73 da Lei nº 9.504/97 está condicionada ao conceito e abrangência do termo “circunscrição do pleito”;
- c)** o termo “circunscrição do pleito” deve abranger apenas as esferas administrativas cujos cargos estejam em disputa na eleição;
- d)** em eleições que envolvam a disputa de cargos federais e estaduais, a jurisprudência do STJ, do TSE e dos demais Tribunais Eleitorais que manifestaram sobre o tema, é assertiva no sentido da não aplicação das vedações constantes do inciso VIII do arti-

- go 73 da Lei nº 9.504/97 aos municípios;
- e) nas eleições do corrente ano (2014), nas quais a circunscrição do pleito abrange somente a União, os Estados e o Distrito Federal, constata-se não existir óbices, considerando-se a legislação eleitoral, para que os municípios possam promover revisões gerais anuais ou reajustes a seus servidores públicos, inclusive, implementando adequações ao piso profissional nacional dos ACS e ACE, nos termos da Lei Nacional nº 12.994/2014;
 - f) além do inciso VIII do art. 73, há outro dispositivo da Lei das Eleições que poderia impedir a majoração de vencimentos dos servidores públicos durante o período eleitoral, o qual também se encontra limitado à “circunscrição do pleito” (art. 73, V, da Lei nº 9.504/97);
 - g) por meio do Acórdão nº 1.422/2007, que trata da aplicação do art. 73, V, da Lei nº 9.504/97, este Tribunal estende o conceito de “circunscrição do pleito” para abarcar os municípios, mesmo quando as esferas administrativas cujos cargos estejam em disputa na eleição sejam estaduais ou federais, em divergência da jurisprudência dominante dos Tribunais pátrios;
 - h) é necessário o reexame da tese contida no Acórdão TCE-MT nº 1.422/2007, a fim de torná-lo compatível com a jurisprudência atual e com o entendimento esposado no presente parecer referente ao alcance da vedação contida no art. 73, VIII, da mesma lei, sob pena da existência de prejulgados divergentes sobre o sentido da expressão “circunscrição do pleito” para fins de aplicação das vedações eleitorais; e,

Considerando-se os argumentos anteriormente apresentados e que não existe prejulgado neste Tribunal que responda integralmente ao quesito versado nesta consulta, ao julgar o presente processo e concordando o egrégio Tribunal Pleno com o entendimento delineado neste parecer, sugere-se:

1) a aprovação das seguintes ementas, nos termos do § 1º do art. 234 da Resolução 14/2007:

Resolução de Consulta nº __/2014. Pessoal. Remuneração. Revisão e reajustes. Vedações em período eleitoral. Art. 73, incisos V e VIII, da Lei nº 9.504/97. Circunscrição do pleito. Abrangência.

a) De acordo com a atual jurisprudência eleitoral, as vedações previstas nos incisos V e VIII do artigo 73 da Lei nº 9.504/1997 abrangem apenas a circunscrição do pleito, ou seja, em se tratando de eleições federais e estaduais, como no caso do sufrágio do ano de 2014, as proibições inseridas nesses dispositivos não afetam os entes municipais.

b) Nas eleições cuja circunscrição do pleito não abrange os entes municipais, como no caso do sufrágio do ano de 2014, constata-se que a legislação eleitoral não impõe óbices para que os municípios possam promover a implementação do piso profissional nacional dos agentes comunitários de saúde e dos agentes de combate às endemias, observando-se os termos da Lei Nacional nº 12.994/2014.

c) Independentemente da circunscrição do pleito eleitoral, a implementação do piso profissional nacional dos agentes comunitários de saúde e dos agentes de combate às endemias é um mandamento constitucional (§ 5º, art. 198, da CF/88) devidamente regulamentado por lei nacional (Lei nº 12.994/2014), e, como tal, não deve encontrar óbices para sua efetivação na legislação eleitoral, a exemplo dos incisos V e VIII do artigo 73 da Lei nº 9.504/1997.

2) a revogação do Acórdão TCE-MT nº 1.422/2007.

Cuiabá-MT, 8 de agosto de 2014.

Edicarlos Lima Silva

Consultor junto à Consultoria Técnica

Bruno Anselmo Bandeira

Secretário-Chefe da Consultoria Técnica

Parecer do Ministério Público de Contas nº 3.007/2014

[...]

3. CONCLUSÃO

Pelo exposto, o Ministério Público de Contas, no uso de suas atribuições legais e institucionais, manifesta-se:

- a) pelo conhecimento da presente consulta, ante o preenchimento dos pressupostos de admissibilidade, conforme disposição do artigo 232 e seguintes da Resolução Normativa nº 14/07 (RI-TCE-MT);
- b) pela aprovação da proposta de resolução de

consulta nos termos sugeridos pela consultoria técnica, conforme disposição do artigo 81, IV, do Regimento Interno do TCE-MT (Resolução Normativa nº 14/07);

- c) pelo envio, ao consulente, de cópia do parecer técnico, para fins de conhecimento e resposta quanto ao questionamento proposto;
- d) pela **revogação do Acórdão TCE-MT nº 1.422/2007**, em detrimento do entendimento proposto, de forma mais atualizada.

É o parecer.

Ministério Público de Contas, Cuiabá-MT, 13 de agosto de 2014.

Alisson Carvalho de Alencar

Procurador de Contas

Razões do Voto

Egrégio Plenário,

Preliminarmente, conheço a presente consulta em razão de ter sido formulada em tese, por autoridade legítima, com a apresentação objetiva do quesito e versa sobre matéria de competência deste Tribunal, preenchendo, portanto, os requisitos de admissibilidade exigidos pelo art. 232 da Resolução nº 14/2007 (Regimento Interno do Tribunal de Contas – RITCE-MT).

De outro ponto, verifica-se que a consulta em tela discorre sobre a existência de dúvidas quanto à matéria de competência desta Corte, ademais, a questão de fundo, objeto do presente questionamento, foi apresentada em tese, portanto, sendo possível de ser respondida nos termos do que orienta a legislação em comento.

Pois bem, passando à análise de mérito da presente consulta, indaga o consulente:

- 1) Assim, à luz da Lei nº 12.994, de 17 de junho de 2014, que, ao alterar a Lei nº 11.350/2006, majorou o piso remuneratório das referidas categorias de servidores do serviço público de saúde, em nível nacional, para o importe de R\$ 1.014,00 (mil e quatorze reais), indaga-se quanto à possibilidade de concessão deste reajuste no âmbito municipal mediante o envio de projeto de lei municipal para adequação do valor durante o período eleitoral, ensejando eventual violação à proibição contida no art. 73, VIII, da Lei nº 9.504/97 – Lei das Eleições?
- 2) Merece revelo o questionamento sobre o fato de as despesas com o pagamento dos agentes de saúde serem provenientes de recursos de recursos do governo federal afasta a proibição de concessão do reajuste durante o período eleitoral?

- 3) Indaga-se se a realização das eleições do corrente ano ocorrer no âmbito dos Poderes Executivo estadual e federal, e para preenchimento de cargos eletivos dos Poderes Legislativo estadual e federal, impede a concessão do reajuste do piso remuneratório dos agentes de saúde atuantes junto ao Executivo municipal?
- 4) Em sendo firmada orientação no sentido de proibição de envio e aprovação de lei durante o período eleitoral – 180 dias antes da eleição até a posse dos eleitos, questionamos o seguinte: a sua imperiosa inserção no ordenamento jurídico municipal após o transcurso do período defeso impõe ao município o dever de efetuar o pagamento de valores referentes às verbas retroativas do período quando da sua posterior concessão?

A consultoria técnica, após detalhado estudo da questão provocada pelo consulente, concluiu que:

- a) a implementação do piso profissional nacional dos agentes comunitários de saúde e dos agentes de combate às endemias é um mandamento constitucional devidamente regulamentado por lei nacional, e, como tal, não deve encontrar óbices para sua efetivação na legislação eleitoral (§ 5º do artigo 198 da CF/88);
- b) a aplicabilidade do inciso VIII do artigo 73 da Lei nº 9.504/97 está condicionada ao conceito e abrangência do termo “circunscrição do pleito”;
- c) o termo “circunscrição do pleito” deve abranger apenas as esferas administrativas cujos cargos estejam em disputa na eleição;
- d) em eleições que envolvam a disputa de cargos federais e estaduais, a jurisprudência do STJ, do TSE e dos demais Tribunais

- Eleitorais que manifestaram sobre o tema, é assertiva no sentido da não aplicação das vedações constantes do inciso VIII do artigo 73 da Lei nº 9.504/97 aos municípios;
- e) nas eleições do corrente ano (2014), nas quais a circunscrição do pleito abrange somente a União, os Estados e o Distrito Federal, constatada-se não existir óbices, considerando-se a legislação eleitoral, para que os municípios possam promover revisões gerais anuais ou reajustes a seus servidores públicos, inclusive, implementando adequações ao piso profissional nacional dos ACS e ACE, nos termos da Lei Nacional nº 12.994/2014;
 - f) além do inciso VIII do art. 73, há outro dispositivo da Lei das Eleições que poderia impedir a majoração de vencimentos dos servidores públicos durante o período eleitoral, o qual também se encontra limitado à “circunscrição do pleito” (art. 73, V, da Lei nº 9.504/97);
 - g) por meio do Acórdão nº 1.422/2007, que trata da aplicação do art. 73, V, da Lei nº 9.504/97, este Tribunal estende o conceito de “circunscrição do pleito” para abarcar os municípios, mesmo quando as esferas administrativas cujos cargos estejam em disputa na eleição sejam estaduais ou federais, em divergência da jurisprudência dominante dos Tribunais pátrios;
 - h) é necessário o reexame da tese contida no Acórdão TCE-MT nº 1.422/2007, a fim de torná-lo compatível com a jurisprudência atual e com o entendimento esposado no presente parecer referente ao alcance da vedação contida no art. 73, VIII, da mesma lei, sob pena da existência de prejudgados divergentes sobre o sentido da expressão “circunscrição do pleito” para fins de aplicação das vedações eleitorais.

Nesta linha de intelecto e com base na robusta argumentação técnico-jurídica constante da excelente manifestação subscrita pela Consultoria Técnica nº 54/2014, lastreada em jurisprudências acerca do tema, e, em consonância com o parecer ministerial, acolho na íntegra a manifestação técnica, propondo a adoção da ementa sugerida.

DISPOSITIVO

Isto posto, acolho o Parecer Ministerial nº 3.007/2014 do Ministério Público de Contas, emitido pelo procurador de Contas Alisson Car-

valho de Alencar, e **VOTO** pelo conhecimento da presente consulta, para que seja respondida em tese nos termos deste relatório e voto, bem como da íntegra do parecer técnico da consultoria a título de orientação ao consulente, voto ainda pela atualização da Consolidação de Entendimentos Técnicos nos termos que se segue:

Resolução de Consulta nº __/2014. Pessoal. Remuneração. Revisão e reajustes. Vedações em período eleitoral. Art. 73, incisos V e VIII, da Lei nº 9.504/97. Circunscrição do pleito. Abrangência.

- a) De acordo com a atual jurisprudência eleitoral, as vedações previstas nos incisos V e VIII do artigo 73 da Lei nº 9.504/1997 abrangem apenas a circunscrição do pleito, ou seja, em se tratando de eleições federais e estaduais, como no caso do sufrágio do ano de 2014, as proibições inseridas nesses dispositivos não afetam os entes municipais.
- b) Nas eleições cuja circunscrição do pleito não abrange os entes municipais, como no caso do sufrágio do ano de 2014, constata-se que a legislação eleitoral não impõe óbices para que os municípios possam promover a implementação do piso profissional nacional dos agentes comunitários de saúde e dos agentes de combate às endemias, observando-se os termos da Lei Nacional nº 12.994/2014.
- c) Independentemente da circunscrição do pleito eleitoral, a implementação do piso profissional nacional dos agentes comunitários de saúde e dos agentes de combate às endemias é um mandamento constitucional (§ 5º, art. 198, da CF/88) devidamente regulamentado por lei nacional (Lei nº 12.994/2014), e, como tal, não deve encontrar óbices para sua efetivação na legislação eleitoral, a exemplo dos incisos V e VIII do artigo 73 da Lei nº 9.504/1997.

2) Revogação do Acórdão TCE-MT nº 1.422/2007.

Depois das anotações de praxe, encaminhem-se ao consulente cópias deste relatório e voto, bem como a íntegra do Parecer nº 54/2014 da consultoria técnica.

É como voto.

Cuiabá, 18 de agosto de 2014.

Sergio Ricardo

Conselheiro Relator

Ampliação de prazo contratual expirado para conclusão de obras

Os prazos de execução, de conclusão e de entrega do objeto contratual devem ser compatíveis com o prazo de vigência dos contratos administrativos de obras públicas, permitindo-se que nos contratos de obras o prazo contratual seja superior em até 90 dias do que o prazo de execução da obra, para fins de recebimento. A Administração deve providenciar as prorrogações autorizadas em lei dentro da vigência dos ajustes. O entendimento é da conselheira interina Jaqueline Jacobsen sobre a possibilidade de prorrogação de contratações por escopo (obras), cuja vigência encontra-se expirada, bem como de realização de alterações quantitativas e qualitativas em instrumentos contratuais.

A consulta, formulada pela Secretaria de Fazenda do Governo de Mato Grosso, questiona se há respaldo jurídico para a prorrogação de contratos referentes a obras inacabadas, que eventualmente estiverem vencidos sem culpa do contratado, se for comprovado que a medida é a mais adequada sob o ponto de vista da economicidade.

A relatora votou que a não formalização da prorrogação automática, dentro do prazo de vigência contratual, configura irregularidade de cunho formal, mas não configura recontração sem licitação, com possível ofensa ao disposto nos artigos 2º, 3º e 65 da Lei nº 8.666/1993, devendo ser apurada a responsabilidade dos agentes públicos que não providenciarem, em tempo hábil, a celebração de termo aditivo que confira publicidade e motivação ao ato de prorrogação dos contratos de obras públicas.

“Expirada a vigência de um contrato de obra inacabada, por culpa comprovada da Administração, o ajuste poderá ter seu prazo dilatado para até a conclusão da obra”



Jaqueline Maria Jacobsen Marques
Conselheira Interina na época da decisão
gabjaquelinejacobsen@tce.mt.gov.br

Você pode assistir ao vídeo do julgamento do processo no link <http://www.tce.mt.gov.br/protocolo/detalhe/num/153451/ano/2015>

Resolução de Consulta nº 13/2015-TP

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo nº 15.345-1/2015.

O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, nos termos dos artigos 1º, XVII, 48 e 49, todos da Lei Complementar nº 269/2007 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso), e dos artigos 29, XI, e 81, IV, da Resolução nº 14/2007 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso), resolve, por unanimidade, acompanhando o voto da relatora, que acolheu a sugestão do conselheiro José Carlos Novelli para inclusão da expressão “e pelo termo de recebimento desta” na redação do item 3 do verbete, e de acordo, em parte, com o Parecer nº 4.059/2015 do Ministério Público de Contas, responder ao consulente que:

1) os prazos de execução, de conclusão e de

entrega do objeto contratual devem ser compatíveis com o prazo de vigência dos contratos administrativos de obras públicas, permitindo-se que nos contratos de obras o prazo contratual seja superior em até 90 dias do que o prazo de execução da obra, para fins de recebimento;

- 2) a Administração, em regra, deve providenciar as prorrogações autorizadas em lei, e que se fizerem necessárias, dentro da vigência dos ajustes;
- 3) na hipótese de impedimento, paralisação ou sustação do contrato, por fato atribuível à Administração Pública, ocorre a prorrogação automática do cronograma de execução, de-

- volvendo-se o prazo à contratada, sobretudo porque, nos contratos de obra pública, o contrato não se finda pela extinção do prazo contratual, mas sim, pela conclusão da obra e pelo termo de recebimento desta, que poderá se prolongar se o fato que lhe dê causa não seja atribuível ao particular contratado;
- 4) a não formalização da prorrogação automática, por meio de celebração de aditivo que registre e dê publicidade aos seus fundamentos fáticos, dentro do prazo de vigência contratual, configura irregularidade de cunho formal, mas não configura recontratação sem licitação, com possível ofensa ao disposto nos artigos 2º, 3º e 65 da Lei nº 8.666/1993, devendo ser administrativamente apurada a responsabilidade dos agentes públicos que, por negligência, imperícia ou imprudência, não providenciarem, em tempo hábil, a celebração de termo aditivo que confira publicidade e motivação ao ato de prorrogação dos contratos de obras públicas;
 - 5) a formalização da dilação excepcional dos prazos de execução e de vigência de contratos de obras públicas, após expirado o termo final do respectivo instrumento, deve atender e comprovar os seguintes requisitos:
 - a) a ocorrência de algum dos motivos descritos nos incisos do § 1º do art. 57 da Lei nº 8666/93;
 - b) a apresentação de justificativas objetivas quanto às causas do atraso da execução da obra e da intempestiva dilação dos prazos de execução e de vigência;
 - c) a demonstração inequívoca da vantajosidade econômica e social da dilação dos prazos de execução e de vigência do contrato, em detrimento da realização de um novo procedimento licitatório;
 - d) a fixação expressa de novo cronograma para a execução da obra;
 - e) a manutenção das demais cláusulas do contrato e do seu equilíbrio econômico-financeiro;
 - f) a manutenção das condições de habilitação pelo contratado; e,
 - g) a autorização da autoridade competente para celebrar o aditivo contratual; e,
 - 6) alterado o prazo de um contrato de obra inacabada, por iniciativa da Administração, não sendo o caso de culpa do contratado, poderá a Administração proceder alterações contratuais que preservem a vantajosidade econômica do particular contratado, respeitados os termos da Resolução de Consulta 45/2011; e, ainda, REVOGAR a Resolução de Consulta nº 54/2008-TP.

Encaminhe-se ao consulente cópia integral da Resolução de Consulta nº 45/2011. O inteiro teor desta decisão está disponível no [site: www.tce.mt.gov.br](http://www.tce.mt.gov.br).

Relatou a presente decisão a conselheira interina Jaqueline Jacobsen, conforme a Portaria nº 001/2015.

Participaram do julgamento os conselheiros José Carlos Novelli, Valter Albano, Domingos Neto e Sérgio Ricardo, e o conselheiro substituto Luiz Carlos Pereira, que estava substituindo o conselheiro Antonio Joaquim.

Presente, representando o Ministério Público de Contas, o procurador-geral substituto William de Almeida Brito Júnior.

Publique-se.

Parecer da Consultoria Técnica nº 31/2015

Excelentíssima Senhora Conselheira:

Trata-se de consulta formulada pelo senhor Paulo Brustolin, secretário de Fazenda do Governo do Estado de Mato Grosso, indagando a esta Corte de Contas sobre a possibilidade de prorrogação de contratações por escopo (obras), cuja vigência encontra-se expirada, bem como de realização de alterações quantitativas e qualitativas em instrumentos contratuais, nos seguintes termos:

- 1) Há respaldo jurídico para a prorrogação de con-

tratos referentes a obras inacabadas, que eventualmente estiverem vencidos sem culpa do contratado, caso possa ser comprovado que a medida é a mais adequada sob o ponto de vista econômico?

- 2) Em caso afirmativo, é permitida a recomposição dos preços dos contratos, nos termos do § 6º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, para preservar o equilíbrio econômico-financeiro, bem como a promoção de alterações quantitativas e qualitativas para melhor atendimento do interesse público, mesmo se, eventualmente, houver o extrapolamento do limite

previsto no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, em homenagem aos princípios da economicidade e da eficiência consubstanciados na vantajosidade do aditamento contratual frente à abertura de novo procedimento licitatório?

O consulente não juntou outros documentos aos autos.

É o breve relatório.

1. DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

A consulta foi formulada em tese, por autoridade legítima, com a apresentação objetiva do quesito e versa sobre matéria de competência deste Tribunal, preenchendo, portanto, os requisitos de admissibilidade exigidos pelo art. 232 da Resolução nº 14/2007 (Regimento Interno do Tribunal de Contas – RITCE-MT).

2. DO MÉRITO

2.1 Conceituações relevantes para o deslinde da consulta

Antes de responder aos questionamentos apresentados nesta consulta é necessário trazer à baila alguns conceitos doutrinários importantíssimos para o deslinde das dúvidas apresentadas, sendo eles: prazo de vigência, prazo de execução e contratações por prazo certo (execução continuada) e por escopo (por objeto ou por resultado final ou de execução instantânea).

O prazo de vigência dos contratos administrativos é o lapso pactuado em que as partes estão atreladas por direitos e obrigações. Já o prazo de execução dos contratos administrativos limita-se apenas àquele lapso necessário para concluir a execução do objeto do contrato.

Assim sendo, o prazo de vigência do contrato administrativo deve ser sempre igual ou superior ao prazo necessário para a execução do objeto contratado, pois deve abranger também as fases dos recebimentos provisório e definitivo do objeto, além do cumprimento de outras obrigações pactuadas.

A disciplina dos prazos de vigência e de execução dos contratos administrativos deve ser analisada à luz dos princípios da teoria geral dos contratos, que os classificam em contratos por prazo certo ou por escopo.

Contrato por Prazo Certo é aquele cujo prazo de execução do objeto coincide exatamente com o termo final da vigência do ajuste. Neste tipo de contrato, o prazo de vigência destina-se a estabelecer o período de tempo durante o qual a contratação produzirá efeitos. Transcorrido o prazo de vigência, o contrato se extingue. São exemplos de contrato por prazo certo os contratos de prestação de serviços contínuos, como vigilância, limpeza, segurança, etc.

Contrato por Escopo é aquele cujo prazo de execução somente se extingue quando o contratado entrega para a Administração o objeto ou o resultado final pactuado. Para esse tipo de contrato o tempo não implica, necessariamente, o encerramento das obrigações contratuais assumidas pelas partes contratantes. São exemplos desse tipo de ajuste os contratos de obras.

Nesses casos, o tempo apenas caracteriza ou não a mora do contratado ou da própria Administração. Por exemplo, o Poder Público contrata alguém para construir um prédio de quatro andares, prevendo prazo de vigência de oito meses para a entrega definitiva da obra. Se o contratado não constrói o prédio no prazo, ele está em mora. Mas isso não significa que, ao final do lapso, o contrato e as obrigações nele pactuadas estarão extintos.

Nos contratos por escopo, o descumprimento do prazo de execução caracteriza a mora do contratado. Assim, não havendo o cumprimento do objeto do contrato no prazo avençado, ele incorre em mora. No entanto, até que ele execute e até que a Administração, depois da execução, pague o que é devido, o contrato é vigente.

Desta forma, pode-se fazer a seguinte correlação:

- a) os contratos por prazo certo extinguem-se ao término da vigência consignada no contrato; e,
- b) os contratos por escopo submetem-se ao efetivo cumprimento das obrigações assumidas.

Assim, enquanto no contrato de escopo “o prazo de vigência se destina a delimitar o período de tempo para a execução da prestação pela parte”, nos de execução continuada “o prazo de vigência destina-se a estabelecer o período de tempo durante o qual a contratação produzirá efeitos”.¹

Neste sentido, é oportuno evidenciar a lição do nobre ministro substituto do TCU Marcos Bemquerer Costa, ao se manifestar nos autos do Acórdão nº 2.406/2010:

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 502.

Relatório

5.2.52. A título ilustrativo, convém citar que Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 13ª Edição, Dialética, São Paulo, 2009) distingue os contratos administrativos em “de execução instantânea” (ou “de escopo”) e “de execução continuada”:

[...]

Os contratos de execução instantânea impõem à parte o dever de realizar uma conduta específica e definida. Uma vez cumprida a prestação, o contrato se exaure e nada mais pode ser exigido do contratante [...]

Já os contratos de execução continuada impõem à parte o dever de realizar uma conduta que se renova ou se mantém no decurso do tempo. Não há uma conduta específica e definida cuja execução libere o devedor.

[...]

As distintas características das duas espécies contratuais acima referidas produzem reflexos marcantes relativamente ao prazo de vigência, o qual desempenha função normativa diversa em cada caso. Num contrato de execução instantânea, o prazo de vigência se destina a delimitar o período de tempo para a execução da prestação pela parte. Assim, o prazo de vigência de um contrato de obra de engenharia é fixado em face do tempo necessário e adequado para a execução do objeto.

Já num contrato de execução continuada, existe uma clara dissociação entre as condições temporais para execução da prestação e o prazo de vigência. Um exemplo facilita a compreensão. Suponha-se contrato de serviço de limpeza, que especifique a obrigação contratual de o contratado promover a limpeza dos vidros do edifício uma vez por mês. O sujeito estará obrigado a realizar essa prestação a cada mês, sem que tal especificação se destine a determinar a duração propriamente dita do contrato. O prazo de vigência destina-se, nesse caso, a estabelecer o período de tempo durante o qual a contratação produzirá efeitos.

5.2.53. A implicação prática de tal diferenciação reside no fato de que o contrato por escopo não se extinguiria pela simples ultrapassagem do tempo de vigência, mas sim pela conclusão da obra ou serviço. Assim, mesmo que o prazo de execução dos serviços terminasse, caso o objeto ainda não tivesse sido finalizado totalmente, a avença ainda restaria válida no mundo jurídico. Os prazos estabelecidos teriam, portanto, caráter meramente moratório, e não extintivo. A partir do término dos prazos estabelecidos, poderiam ser aplicadas as diversas sanções previstas em lei ou no próprio instrumento

de ajuste, que, entretanto, não se extinguiria até a consecução do objeto. (grifo nosso).

Nessa mesma linha de entendimento, cita-se a lição de Hely Lopes Meirelles:²

A extinção do contrato pelo término de seu prazo é a regra dos ajustes por tempo determinado. Necessário é, portanto, distinguir os contratos que se extinguem pela conclusão de seu objeto e os que terminam pela expiração do prazo de sua vigência: nos primeiros, o que se tem em vista é a obtenção de seu objeto concluído, operando o prazo como limite de tempo para a entrega da obra, do serviço ou da compra sem sanções contratuais; nos segundos o prazo é de eficácia do negócio jurídico contratado, e assim sendo, expirado o prazo, extingue-se o contrato, qualquer que seja a fase de execução de seu objeto, como ocorre na concessão de serviço público, ou na simples locação de coisa por tempo determinado. Há, portanto, prazo de execução e prazo extintivo do contrato. (grifo nosso).

Pelo exposto, constata-se a existência de correntes doutrinárias e de jurisprudência corroborando a tese de que: no contrato por escopo a superveniência do respectivo termo final não extingue o ajuste, tendo em vista que a efetiva extinção dessa modalidade contratual ocorre quando da realização do objeto e não, necessariamente, pelo término da vigência do contrato. Após o decurso do prazo contratual para a execução do objeto, sem sua ocorrência, o contratado encontrar-se-á e responderá pela mora, mas sem a extinção imediata da avença.

2.2. Da possibilidade de prorrogação dos prazos de execução de contratos administrativos (hipóteses dos incisos do § 1º do art. 57 da Lei nº 8.666/93)

Em análise à peça consultiva observa-se que o consulente contextualiza seus questionamentos em um quadro de “paralisações nas execuções de obras” provocadas ou por culpa da própria Administração.

Nesse contexto, observa-se que a Lei de Licitações trata da matéria nos incisos do § 1º do seu art. 57, que versam, justamente, sobre a possibilidade de prorrogação dos prazos de execução dos contratos de escopo, nos seguintes termos:

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 10. ed. Ed. RT.

Art. 57. [...]

§ 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

I – alteração do projeto ou especificações, pela Administração;

II – superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;

III – interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração;

IV – aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei;

V – impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;

VI – omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.

Os incisos do § 1º do art. 57 da Lei nº 8.666/93 prescrevem formas distintas de ampliação do prazo de execução dos contratos administrativos (contratos por escopo) em comparação com as hipóteses de prorrogação constantes dos incisos do *caput* do art. 57 da Lei de Licitações (contratos por prazo certo).

Neste sentido, é oportuno trazer à baila a lição de Lucas Rocha Furtado:³

[...] devemos ainda mencionar que a prorrogação de que trata o § 1º do art. 57 da Lei nº 8.666/93 não se confunde com a prorrogação dos contratos de serviços contínuos referidos no inciso II do art. 57, que poderão ter sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos, limitada a 60 meses. Cumpre-nos, portanto, estabelecer a distinção entre essas duas diferentes categorias de prorrogação.

A fim de melhor entender essa distinção tomemos dois exemplos. Em primeiro lugar, situação em que seria aplicável a regra do art. 57, § 1º, seria, por hipótese, obra contratada e que deveria ser executada em um período de três meses. Na data em que deveria iniciar-se a execução do contrato, a Administração, no entanto, não libera o local onde deveria ser localizada a obra. Esse seria caso de prorrogação

(art. 57, § 1º, VI). Desse modo, caso a Administração demore 2 meses para liberar o local onde seria executada a obra, as datas de início e conclusão da obra serão automaticamente prorrogadas por 2 meses. Totalmente distinta é a situação de contrato de prestação de serviços de vigilância, celebrado com vigência de 12 meses, e que admitia a sua prorrogação [...]. Findo o período de 12 meses, em que o contrato foi regulamentemente executado, poderá ser admitida a sua prorrogação (ou renovação) por mais 12 meses, mediante termo aditivo. (grifo nosso).

Observa-se que as situações de prorrogação de prazos de execução contratual previstas nos incisos do § 1º do art. 57 da Lei nº 8.666/93 estão associadas a eventos provocados pela própria Administração ou causas de força maior ou caso fortuito, sem culpa do contratado.

Nesta senda, ocorrendo as hipóteses descritas nos incisos do § 1º do art. 57 da Lei de Licitações, nada mais lógico que se devolva ao contratado o prazo de execução para o deslinde ao contrato.

Isto é o que entende o TCU, conforme o seguinte provimento sumulado:

Súmula 191 – TCU

Torna-se, em princípio, indispensável à fixação dos limites de vigência dos contratos administrativos, de forma que o tempo não comprometa as condições originais da avença, não havendo, entretanto, obstáculo jurídico à devolução de prazo, quando a Administração mesma concorre, em virtude da própria natureza do avençado, para interrupção da sua execução pelo contratante. (grifo nosso).

É pertinente salientar, ainda, que, quando cabível a prorrogação do prazo de execução contratual, conforme as hipóteses delineadas nos incisos do § 1º do art. 57 da Lei nº 8.666/93, o prazo de vigência do respectivo contrato também deve ser ajustado de acordo com o novo prazo definido para a execução do objeto pactuado, conforme entendimento prejudgado deste Tribunal de Contas:

Resolução de Consulta nº 54/2008 (DOE 04/12/2008). Contrato. Alteração deve ser exceção. Prorrogação de prazo para execução. Requisitos e apuração de responsabilidades. Coincidência entre o prazo de execução no cronograma físico e o fixado na cláusula contratual. Regra.

[...]

2) A prorrogação do prazo para execução do objeto do contrato e do prazo do contrato deve ser realizada por meio de termo aditivo, desde que a situação do

³ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 450.

caso concreto se encaixe numa das hipóteses previstas no art. 57, § 1º da Lei nº 8.666/93 e após tomadas todas as providências legais, como justificativa por escrito, prévia autorização da autoridade competente (art. 57, § 2º da citada norma legal) e dentro do prazo original do contrato.

[...]

4) É razoável que o prazo para execução do objeto do contrato e o prazo posto no contrato (geralmente na cláusula sobre vigência) sejam coincidentes, porque as normas previstas no art. 57 da Lei nº 8.666/93 têm natureza jurídica de prazo de execução.

[...]

Nesse diapasão, observa-se que, como regra, a prorrogação do contrato administrativo somente é possível se for providenciada mediante a formalização do respectivo termo aditivo, antes do término do prazo de vigência do ajuste. A prorrogação de contratos vencidos não encontra previsão na Lei nº 8.666/93, sendo entendida pela jurisprudência e pela doutrina especializada como uma situação irregular.

Esse entendimento é unânime quando o contrato expirado for por prazo certo (execução continuada), conforme já se manifestou esta Corte de Contas:

Resolução de Consulta nº 32/2008 (DOE 31/07/2008). Contrato. Alteração. Impossibilidade de prorrogação quando não houver previsão no edital e no contrato. Prorrogação do prazo de contratos de serviço contínuos após a vigência. Impossibilidade. Adoção da modalidade licitatória deve considerar as possíveis alterações.

1) É vedada a prorrogação contratual quando não houver previsão no edital e no contrato.

2) É vedada a prorrogação de contratos de serviços contínuos após o término de sua vigência, ainda que ocorra o vencimento em dia não útil, devendo o gestor realizar a prorrogação dentro do prazo contratual. Não sendo possível sua prorrogação, deve-se instaurar o procedimento licitatório com a antecedência necessária e antes do término da vigência dos contratos, sob pena de prejuízo ao fornecimento do bem ou prestação dos serviços. (grifo nosso).

No caso dos contratos por escopo, a exemplo dos contratos de obras a que se refere o questionamento proposto nesta consulta, a possibilidade de dilação do prazo de execução após o término da vigência do contrato original é controversa, conforme demonstrado a seguir.

Em julgamento de casos concretos o TCU – ao analisar a celebração de aditivos contratuais quan-

do o prazo contratual já se encontrava extinto, com atribuição de efeitos retroativos, ainda que amparada em um dos motivos previstos no art. 57, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 – vem reconhecendo a prática como irregular, contudo, deixando de aplicar sanções aos responsáveis por esse motivo.

Isso aconteceu, por exemplo, nos julgamentos consubstanciados nas seguintes decisões:

Acórdão nº 1302/2013 – TCU – Plenário – Ministro Valmir Campelo

3.3.7 – Conclusão da equipe:

A celebração de aditivos após o término da vigência contratual é prática não admitida pela Lei nº 8.666/1993 e pela jurisprudência do TCU. Em outras oportunidades o Tribunal já afirmou que a celebração de aditivos contratuais quando o prazo contratual já se encontrava expirado constitui falha administrativa. No caso concreto do Contrato 2011/049, além de estar caracterizada a prorrogação de contrato já extinto pelo término do prazo, resta também configurada a execução de serviços sem cobertura contratual. Em outras palavras, foram realizadas atividades previstas no âmbito do contrato original após findo o prazo preconizado pela avença.

Inobstante o exposto, entende-se que a presente irregularidade tem caráter de falha formal, uma vez que não prejudicou a regular execução do contrato, sendo cabível, portanto, notificar a empresa Porto do Recife S.A. sobre a constatação.

Acórdão

[...]

9.1. notificar à Porto do Recife S.A., com base no art. 43, inciso I, da Lei nº 8.443/92 c/c o art. 179, § 6º, do Regimento Interno do TCU, que foram identificadas as seguintes irregularidades no curso da fiscalização nas obras e serviços de adequação e reforma do armazém 7 do Porto de Recife, que, se repetidas em outros certames, podem ensejar a aplicação de multa estabelecida no art. 58, inciso II, da Lei nº 8.443/92:

[...]

9.1.4. celebração de termo aditivo de prorrogação de prazo contratual com a vigência do contrato já expirada e execução de serviços sem amparo contratual, constituindo infração ao art. 60, *caput*, da Lei nº 8.666/93 e à jurisprudência do TCU;

[...]

9.3.2. ao pactuar termos aditivos que tendam a dilatar o prazo da obra, certifique-se que o atraso ocorreu por ausência de culpa da contratada, por razões alheias ao seu conhecimento no ato da assinatura do acordo, por força do disposto no art. 65 da Lei nº

8.666/93, como também do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. (grifo nosso).

Acórdão nº 1820/2014 – TCU – Plenário – Ministro Augusto Sherman

Acórdão

1.8.1 dar ciência [...] das seguintes impropriedades evidenciadas em análise procedida por unidade técnica deste Tribunal na execução do Contrato 29/2011, celebrado para a realização de obras de reforma nos banheiros privativos, sociais e copas, nas dependências do edifício sede, para que adote providências no sentido de evitá-las em futuras contratações:

[...]

1.8.1.4. execução de despesas que, embora devidamente executadas, não estavam abrangidas formalmente no Contrato 29/2011;

1.8.1.5. alterações realizadas em itens de contrato com vigência expirada. (grifo nosso).

Acórdão nº 1936/2014 – TCU – Plenário – Ministro Benjamin Zymler

Acórdão

9.4 dar ciência à Secretaria de Meio Ambiente e Recursos Hídricos do Estado do Piauí que a retomada do Contrato 001/1999, cujo prazo de vigência encontra-se expirado, configura recontração sem licitação, o que infringe a Lei nº 8.666/1993, art. 2º e 3º, e a Constituição Federal/88, art. 37, inciso XXI. (grifo nosso).

Em sentido outro, ou seja, pela possibilidade de dilação de prazo para a execução dos contratos por escopo, mesmo para contratos vencidos, apresenta-se, dentre outras, as seguintes decisões divergentes das anteriores já citadas, também exaradas pela Corte Federal de Contas:

Acórdão nº 1674/2014 – TCU – Plenário – Ministro José Múcio

Voto

9. No tocante à retomada da avença, a unidade técnica e a Procuradoria acreditam ser possível, por se tratar de contrato por escopo, cuja extinção ocorreria apenas com a conclusão do objeto. Para fundamentar essa posição, foram mencionados o Acórdão 778/2012 – Plenário e a Decisão 732/1999 – Plenário.

Acórdão nº 5.466/2011 – TCU – Segunda Câmara – Ministro – José Jorge

Voto

Como demonstrou a Sr^a Abreu, a doutrina e a jurisprudência dividem os contratos públicos em duas espécies: 1) por prazo determinado, que se extingue

pela expiração do prazo de sua vigência; e 2) “por escopo”, que se extingue pela conclusão de seu objeto. No caso dos segundos, expirado o prazo de sua vigência sem a conclusão do respectivo objeto, seria permitida a devolução do prazo, como previsto no art. 79, § 5º, da Lei nº 8.666/1993, in verbis:

Art. 79

[...]

§ 5º Ocorrendo impedimento, paralisação ou suspensão do contrato, o cronograma de execução será prorrogado automaticamente por igual tempo.

A jurisprudência do TCU também se postou nesse sentido, como se observa no voto condutor da Decisão 732/1999 – Plenário, de que se extraiu o trecho a seguir:

No entanto, a meu ver, inexistindo motivos para sua rescisão ou anulação, a extinção de contrato pelo término de seu prazo somente se opera nos ajustes celebrados por tempo determinado, nos quais o prazo constitui elemento essencial e imprescindível para a consecução ou eficácia do objeto avençado, o que não é o caso do contrato firmado pelo DER/MG, no qual a execução prévia é o seu objetivo principal. Dessa forma, não havendo motivos para a cessação prévia do ajuste, a extinção do contrato firmado com o DER/MG operar-se-ia apenas com a conclusão de seu objeto e recebimento pela Administração, o que ainda não ocorreu.

Como se constata, no âmbito do TCU, a possibilidade de dilação dos prazos de execução dos contratos após o término de sua vigência, mesmo para as avenças por escopo, não é pacífica, oscilando bastante entre os ministros da Corte, não existindo, até o momento, decisão definitiva da Corte sobre o assunto.

Importante evidenciar que a Advocacia Geral da União (AGU) exarou parecer normativo refutando a tese de que os contratos por escopo não se extinguem ao término de sua vigência, mas apenas após o cumprimento das obrigações pactuadas, literis:

Parecer nº 13 /2013/CPLC/DEPCONS/PGF/AGU⁴

Processo nº: 00407.001847/2013-61

EMENTA: Administrativo. Contrato de escopo. Encerramento do prazo de vigência. Consequências.

⁴ Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/238680>.

I – Os contratos administrativos classificados como “de escopo” sujeitam-se a prazos determinados de vigência assim como todo e qualquer contrato administrativo.

II – Ultrapassado o prazo de vigência de um contrato administrativo sem a tempestiva prorrogação, extingue-se o contrato formal, inaugurando uma situação de existência (pendência) de obrigações lastreadas em mero contrato verbal e com prazo indeterminado, irregularidade a ser sanada por meios juridicamente admissíveis.

III – Não se admite a prorrogação de contrato administrativo depois de encerrada sua vigência, ainda que se trate de contrato de escopo.

IV – É inadmissível a rescisão de um contrato administrativo depois de findo o prazo de vigência.

V – As soluções juridicamente admissíveis para conclusão do objeto (escopo) de um contrato administrativo podem variar conforme o caso; vão desde o dever de indenizar eventual execução depois de vencido o prazo, apuradas as devidas responsabilidades, até a realização de uma nova licitação ou sua dispensa.

VI – Diante do caso concreto, cabe à consultoria jurídica do órgão orientar sobre as possibilidades juridicamente admissíveis, dentre as quais não está a prorrogação nem a rescisão do contrato vencido, e ao gestor optar por aquela que entenda mais adequada.

Conclusão DEPCONSU/PGF/AGU nº 58 /2013 – Sobre o Parecer nº 13/2013

(Vigência do contrato de escopo)

I – Considera-se extinto o contrato administrativo que atinge seu prazo final de vigência, ainda que seja classificado como contrato “de escopo”;

II – Expirado o prazo de vigência e pendente a conclusão do objeto almejado no contrato de escopo, deve-se providenciar a inserção da parte remanescente em novo contrato administrativo, o qual deverá ser precedido de licitação ou enquadrado em alguma hipótese de dispensa ou inexigibilidade;

III – A dispensa de licitação do art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93 pode ser utilizada mesmo nos casos em que o prazo de vigência do contrato de escopo tenha expirado por desídia da Administração, desde que cumpridos os requisitos do dispositivo legal e recomendada a apuração de responsabilidade de quem deu causa à situação emergencial;

IV – A execução de contrato extinto, seja ele de escopo ou de execução continuada, configura contrato verbal, aplicando-se a ON/AGU NQ 04/2009, que determina o pagamento por meio de reconhecimento da obrigação de indenizar nos termos do art. 59 da Lei nº 8.666/93;

V – É vedada a realização de outros atos contratuais,

tais como prorrogação ou rescisão, de contrato administrativo extinto por decurso do prazo de vigência.

De acordo com o entendimento esposado pela AGU, expirado o contrato por escopo sem a execução do objeto, não há a possibilidade de prorrogação do contrato vencido, podendo o remanescente do objeto ser pactuado em novo contrato administrativo, necessariamente precedido de novo procedimento licitatório (licitação propriamente dita, dispensa ou inexigibilidade).

A AGU refuta categoricamente a aplicação, no âmbito dos contratos administrativos, da lógica da teoria geral dos contratos segundo a qual o “meio normal de extinção do contrato é a sua execução”.⁵

Tal linha de interpretação tem por fundamento principal a regra insculpida no § 3º do art. 57 da Lei nº 8.666/93⁶, que veda a celebração de contrato administrativo por prazo indeterminado, conforme argumentos colacionados a seguir:⁷

21. Pois bem, é preciso desde já adiantar que a solução acima vislumbrada (continuidade do contrato após o prazo de vigência) não possui respaldo na sistemática de contratações públicas, principalmente pela clareza da Lei nº 8.666/93 ao vedar o contrato administrativo por prazo indeterminado (art. 57, § 3º). Essa vedação implica a exigência de previsão expressa de um prazo final bem definido, atingido o qual o contrato considera-se extinto.

22. Não se admite, em sede de contratação pública, a lógica corrente no direito privado segundo a qual “o meio usual de extinção do contrato é a sua execução”, pois os contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93 “regulam-se pelas cláusulas e pelos preceitos de direito público” aplicando-se apenas “supletivamente os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”, como fica claro no art. 54, *caput*”.

23. No aspecto do prazo indeterminado não há dúvida quanto a sua vedação, dada a clareza da Lei, por isso não há que se recorrer à teoria geral dos contratos ou às disposições de direito privado pois a norma

5 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume III – Contratos e atos unilaterais. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

6 Lei nº 8.666/93:

Art. 57 [...]

§ 3º É vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado.

7 BRASIL. Advocacia Geral da União (CGU). Parecer nº 13/2013/CPL/DEPCONSU/PGF/AGU. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/19003176>>. Acesso em: 1 jul. 2015.

de direito público instaurou uma diretriz: todo contrato administrativo deve ter não só um prazo, mas um prazo determinado, o que implica a existência de um termo final predefinido, fixo fatal.

Em relação aos contratos por escopo, esta consultoria técnica defende que o raciocínio empreendido pela AGU não merece prosperar.

Isso porque a vedação legal à celebração de contrato administrativo com prazo de vigência indeterminado (art. 57, § 3º, da Lei nº 8.666/93) não é suficiente para se admitir que o transcurso do prazo de vigência importaria na extinção do contrato e, conseqüentemente, das obrigações pactuadas pelas partes.

Corroborando essa afirmativa, registra-se que não há dispositivo na Lei de Contratações Públicas que atribua de forma expressa natureza extintiva ao prazo de vigência dos contratos administrativos.

Dessa forma, as conseqüências decorrentes do transcurso dos prazos contratuais devem ser interpretadas à luz dos princípios da teoria geral dos contratos, conforme previsto na própria Lei de Contratações Públicas.⁸

Neste rastro, resta ratificar que, para os contratos por escopo, o meio normal de extinção é a sua total execução. Sustenta-se, portanto, que, em razão da natureza do objeto, o contrato administrativo por escopo não se extingue pelo mero encerramento do prazo de vigência.

Se outra fosse a solução, a Administração Pública poderia se deparar com situações práticas que burocratizariam sobremaneira a execução de objetos contratados junto à iniciativa privada.

Considera-se, por exemplo, um contrato de obras em pleno andamento, mas que, por motivos estranhos à vontade das partes, tenha findado seu prazo de vigência sem a correspondente prorrogação. Nessa situação, caso prevaleça a posição defendida pela AGU, a obra seria paralisada e a Administração se veria obrigada a deflagrar novo certame licitatório destinado à contratação de uma nova empresa para dar continuidade ao empreendimento.

É muito provável que essa solução venha trazer maiores custos ao erário e transtornos à sociedade. Isso tudo porque não foi promovido o aditivo de

prorrogação dentro da vigência do contrato.

Situação mais crítica seria no caso em que a contratada fosse a causadora do atraso, tendo em vista que não há autorização legislativa para prorrogação do prazo de execução do contrato nessa hipótese. Pela posição da AGU, o contrato fatalmente se extinguiria e a Administração teria que celebrar novo ajuste.

Tais soluções, além de não estarem amparadas por regra explícita no Estatuto de Licitações e Contratos, iriam de encontro ao interesse público da Administração e da coletividade, tendo em vista que burocratizariam, encareceriam e postergariam ainda mais a entrega do bem ou serviço ansiado pela sociedade.

Com esses argumentos não se quer defender a possibilidade de celebração de contratos administrativos com prazo indeterminado, tampouco que a Administração não tem o dever de acompanhar e prorrogar tempestivamente os contratos administrativos, quando autorizado em lei e devidamente justificado.

Pelo contrário, esse dever subsiste, até mesmo porque o prazo contratual é fundamental para constatação de eventual mora no cumprimento da obrigação. Contudo, em razão de o prazo dos contratos por escopo não possuir natureza extintiva, não há que se falar em extinção do contrato simplesmente pelo decurso do seu termo final.

Também não se pretende sustentar a manutenção de contratos administrativos com empresas que demonstrarem não possuir condições técnicas e/ou operacionais para execução do objeto. Para esses casos, a Lei nº 8.666/93 prescreve outras soluções, a exemplo da rescisão contratual e das aplicações de sanções administrativas.⁹

Posto isso, é pertinente apresentar os seguintes entendimentos doutrinários sobre o tema debatido, que vêm corroborar com a tese sustentada neste parecer:

9 Art. 77. A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as conseqüências contratuais e as previstas em lei ou regulamento.

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

I – o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

[...]

Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

8 Lei nº 8.666/93:

[...]

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Rafael Carvalho Resende Oliveira¹⁰

Por outro lado, nos contratos por escopo, o ajuste será cumprido, independentemente do prazo, com o cumprimento do objeto contratual (ex.: no contrato para construção de determinado prédio público, o ajuste considera-se adimplido com a finalização da construção, independentemente do tempo necessário). Os contratos somente se encerram com a entrega do objeto contratado. Isto não quer dizer que o tempo não é importante nessas espécies de contratos. Em verdade, o prazo contratual será fundamental para constatação de eventual mora no cumprimento da obrigação contratual. Ultrapassado o prazo avençado, o contratado continua obrigado a cumprir suas obrigações contratuais, acrescentadas dos ônus do atraso.

Luciano Ferraz¹¹

O dies a quo do prazo contratual, geralmente é contemporâneo à formalização do ajuste, mas é possível que o negócio esteja submetido a condição futura (suspensiva), que impeça seja ele imediatamente iniciado. [...] A inércia da Administração em dar ordem de serviço para o começo da obra, motivada pela escassez de recursos financeiros, inviabilizou o início da vigência do contrato. Se o prazo de vigência está paralisado por ato omissivo da Administração, é de se entender que o contrato continua em vigor e pode ser executado.

Ainda sobre o assunto, evidencia-se que, em sede de homologação de Medida Cautelar, o processo TCE-MT nº 15.821-6/2012 – Acórdão nº 649/2012, o Pleno desta Corte de Contas acolheu voto do eminente conselheiro substituto Luiz Henrique Lima no sentido de considerar vigente o contrato, cuja vigência havia expirado, para fins de impor tanto ao município de Rondonópolis, quanto à empresa contratada, a obrigação de proceder, no prazo de até 10 (dez) dias, a contar da intimação da decisão, à imediata retomada da execução do Contrato nº 3370/2011.

Nesse rastro, é pertinente colacionar o seguinte trecho fundamentado do voto do eminente relator:

In casu, entendo mais razoável a determinação de medida cominatória que imponha ao Executivo municipal a obrigação de proceder à retomada das obras em estilhas, sem prejuízo, em havendo resistência

¹⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. **Licitações e contratos administrativos**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 82.

¹¹ Citado pelo conselheiro substituto Luiz Henrique Lima do TCE-MT, nos autos do Processo nº 15.821-6/2012.

injustificada à presente decisão ou postura reincidente, de adoção de semelhante posicionamento jurisprudencial. Esclareço de pronto que o término da vigência contratual, alegado pela Equipe de Auditoria, em nada obsta a medida ora preconizada, na medida em que “os contratos de obra pública são contratos de resultado – o que interessa é o resultado final, servindo a cláusula que fixa o prazo de execução como limite para a entrega do objeto, sem que o contratado sofra sanções contratuais”.

Notadamente, a própria Lei nº 8.666/1993 prevê hipóteses em que, não havendo culpa do executor nos atrasos provocados no cronograma das obras, este será prorrogado com a garantia a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, *in litteris*:

Art. 57.

[...]

§ 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

[...]

III – interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração;

[...]

V – impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência; Com efeito, a consequência da paralisação, por fato atribuível à Administração Pública, é a prorrogação automática do cronograma de execução, devolvendo-se o prazo à contratada, sobremodo porque, nos contratos de obra pública, o contrato não se finda pela extinção do prazo contratual, mas, isto sim, pela conclusão da obra, que poderá se prolongar se o fato que lhe dê causa não seja atribuível ao particular contratado.

Desse modo, de acordo com a legislação vigente e parte da jurisprudência colacionada acima, observa-se que, em regra, os prazos de execução e de vigência devem caminhar juntos, mesmo para os contratos por escopo, devendo a Administração providenciar eventuais prorrogações dentro da vigência do contrato que necessitam ser estendidos.

Contudo, considerando-se a doutrina especializada e também parte significativa da jurisprudência, entende-se que o posicionamento que mais pode atender ao interesse público primário é aquele que atribui aos contratos por escopo a característica de que somente poderão ser considerados integral-

mente cumpridos quando satisfeito o resultado ou o objeto pretendido na contratação, independentemente de ter o prazo de vigência da avença expirado antes deste intento.

Isso porque, o tempo e os custos necessários para a consecução de uma nova licitação e contratação, para o mesmo objeto do contrato expirado, podem trazer mais prejuízos que benefícios à sociedade.

Assim, expirado o prazo de vigência de um contrato por escopo, por culpa da Administração que não providenciou a prorrogação do ajuste em tempo hábil, defende-se possível a dilação do prazo da avença, a fim de possibilitar o cumprimento do objeto pactuado.

Ressalta-se que, para tanto, se faz necessário observar os seguintes requisitos:

- a) o enquadramento em uma das hipóteses previstas no § 1º do artigo 57 da Lei nº 8.666/93;
- b) apresentação de justificativas objetivas quanto às causas dos atrasos da consecução da obra e da intempestiva dilação do prazo de execução;
- c) demonstração da vantajosidade econômica e social da dilação do prazo de execução do contrato, em detrimento da realização de um novo procedimento licitatório;
- d) apuração de responsabilidades dos agentes públicos que não providenciaram a prorrogação em tempo hábil, principalmente quando a dilação for consequência de negligência, imperícia ou imprudência desses agentes;
- e) manutenção das demais cláusulas do contrato e de seu equilíbrio econômico-financeiro;
- f) manutenção das condições de habilitação pelo contratado;
- g) fixação expressa de novo cronograma de execução da obra; e,
- h) autorização da autoridade competente para celebrar o contrato.

Por último, ressalta-se que, em eventual dilação de prazo de execução de contratos administrativos “de escopo”, nos moldes defendidos acima, é assegurada a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da avença, nos termos do § 1º do artigo 57 da Lei nº 8.666/93.

2.3 Da possibilidade de promoção de alterações quantitativas e qualitativas em contratos de obras públicas

No que diz respeito ao questionamento apresentado no item “2” da peça consultiva, inobstante preencherem os requisitos de admissibilidade, registra-se que esta Corte de Contas já dispõe de jurisprudência que responde às dúvidas acerca da possibilidade de alterações unilaterais qualitativas e quantitativas, conforme os seguintes prejulgados:

Resolução de Consulta nº 45/2011

EMENTA: Prefeitura Municipal de Cuiabá. Consulta. Contrato. Alterações contratuais quantitativas e qualitativas. Possibilidade, exceções e motivação:

1) É possível a realização de alterações contratuais unilaterais quantitativas – que modificam a dimensão do objeto – bem como de alterações unilaterais qualitativas – que não modificam a dimensão do objeto –, desde que não importem em transfiguração da natureza do objeto, estando sujeitas aos limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do artigo 65 da Lei nº 8.666/1993.

2) Nas hipóteses de alterações contratuais qualitativas e excepcionalíssimas de contratos de obras e serviços, desde que consensuais, é facultado à Administração ultrapassar os limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do artigo 65 da Lei nº 8.666/1993, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, e desde que satisfeitos cumulativamente os pressupostos prescritos na Decisão TCU nº 215/1999 – Plenário.

3) As alterações contratuais quantitativas e qualitativas pressupõem a necessária motivação das razões que levaram ao aditivo do contrato, de forma a demonstrar explicitamente as justificativas da alteração contratual à vista do interesse público primário, da eficiência e da economicidade, bem como de que não é viável licitar de forma autônoma a alteração que se pretende introduzir no ajuste.

De acordo com a resolução citada, nas hipóteses de alterações contratuais qualitativas e excepcionalíssimas de contratos de obras e serviços, desde que consensuais, é facultado à Administração ultrapassar os limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, e desde que satisfeitos cumulativamente os pressupostos prescritos na Decisão TCU nº 215/1999 – Plenário, descritos a seguir:

I – não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;

II – não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;

III – decorrer de fatos supervenientes que impliquem dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;

IV – não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos;

V – ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes;

VI – demonstrar-se – na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados – que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência.

Dessa forma, considerando-se que a jurisprudência atual desta Corte encontra respaldo na também atual jurisprudência do TCU, entende-se respondida integralmente a dúvida posta em consulta.

3. CONCLUSÃO

Pelo exposto e considerando que:

- a) O prazo de vigência dos contratos administrativos é o lapso pactuado em que as partes estão atreladas por direitos e obrigações. Já o prazo de execução dos contratos administrativos limita-se apenas àquele lapso necessário para concluir a execução do objeto do contrato.
- b) O prazo de vigência do contrato administrativo deve ser sempre igual ou superior ao prazo necessário para a execução do objeto contratado, pois deve abranger também as fases dos recebimentos provisório e definitivo do objeto, além do cumprimento de outras obrigações pactuadas.
- c) “Contrato por Prazo Certo” é aquele cujo prazo de execução do objeto coincide exatamente com o termo final da vigência do ajuste. Neste tipo de contrato, o prazo de vigência destina-se a estabelecer o período de tempo durante o qual a contratação produzirá efeitos. Transcorrido o prazo de vigência, o contrato se extingue. São exem-

plos de contrato por prazo certo os contratos de prestação de serviços contínuos, como vigilância, limpeza, segurança, etc.

- d) “Contrato por Escopo” é aquele cujo prazo de execução somente se extingue quando o contratado entrega para a Administração o objeto ou o resultado final contratado. Assim, o termo final do tempo de vigência do contrato não implica, necessariamente, o encerramento das obrigações contratuais assumidas pelas partes contratantes. São exemplos desse tipo de ajuste os contratos de obras.
- e) A doutrina especializada e parte da jurisprudência administrativista acolhem a divisão dos contratos administrativos em “por prazo certo” e “por escopo”, distinguindo as consequências decorrentes do fim do tempo de vigência para cada um desses tipos.
- f) A Lei nº 8.666/93 já prevê a possibilidade de prorrogação do prazo de vigência e de execução para os contratos de obras públicas, desde que a culpa pelo atraso do cumprimento da avença não seja passível de ser atribuída ao contratado, conforme as hipóteses dos incisos do § 1º do art. 57.
- g) A prorrogação de contratos por prazo certo vencidos (vigência expirada) não encontra previsão na Lei nº 8.666/93, sendo entendida pela jurisprudência e pela doutrina especializada como uma situação irregular.
- h) A possibilidade de dilação do prazo de execução após o término da vigência do contrato original, para as avenças por escopo, é controversa no âmbito do TCU.
- i) Renomados administrativistas sustentam que para os contratos por escopo o término da vigência contratual não põe fim à avença, sendo possível a dilação deste prazo para consecução do objeto contratado, mesmo expirado o termo final do pacto.
- j) O posicionamento que mais atende ao interesse público primário é aquele que atribui aos contratos por escopo a característica de que somente poderão ser considerados cumpridos quando satisfeito o resultado ou o objeto pactuado, independentemente de ter o prazo de vigência da avença expirado antes deste intento, tendo em vista que o tempo e os custos necessários para a consecução de uma nova licitação e contratação, para o mesmo objeto do contrato expirado, podem trazer mais prejuízos que benefícios à sociedade.
- k) A retomada excepcional da execução de contratos por escopo após o término do termo

de vigência, com a consequente dilação do prazo de execução, deve atender aos seguintes requisitos: **i)** comprovação da ocorrência de algum dos motivos descritos nos incisos do § 1º do art. 57 da Lei nº 8666/93; **ii)** apresentação de justificativas objetivas quanto às causas dos atrasos da execução da obra e da intempestiva dilação dos prazos de execução e de vigência; **iii)** demonstração inequívoca da vantajosidade econômica e social da dilação dos prazos de execução e de vigência do contrato, em detrimento da realização de um novo procedimento licitatório; **iv)** fixação expressa de novo cronograma para a execução da obra; **v)** manutenção das demais cláusulas do contrato e de seu equilíbrio econômico-financeiro; **vi)** manutenção das condições de habilitação pelo contratado; **vii)** autorização da autoridade competente para celebrar o contrato.

- l)** A Administração deve apurar a responsabilidade dos agentes públicos que não providenciarem a prorrogação dos contratos de obras públicas em tempo hábil, principalmente quando a dilação dos prazos após a vigência do contrato for consequência de negligência, imperícia ou imprudência desses agentes.
- m)** Já há nesta Corte de Contas jurisprudência prejudgada sobre a possibilidade de promoção de alterações quantitativas e qualitativas em contratos de obras públicas e sobre a aplicação dos limites previstos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, conforme os ditames da Resolução de Consulta nº 45/2011, respondendo integralmente à dúvida constante do quesito “2” da consulta.

Considerando-se os argumentos anteriormente apresentados e que não existe prejudgado neste Tribunal que responda à totalidade dos quesitos versados nesta consulta, ao julgar o presente processo e concordando o egrégio Tribunal Pleno com o entendimento delineado neste parecer, sugere-se:

- a)** a aprovação da seguinte ementa, em resposta ao quesito “1” da consulta, nos termos do § 1º do art. 234 da Resolução 14/2007:

Resolução de Consulta nº __/2015. Contratos administrativos. Contratos de obras. Prorrogação de prazos.

1) Os prazos de execução, de conclusão e de entrega do objeto contratual devem ser compatíveis com o prazo de vigência dos contratos administrativos de obras públicas, devendo a Administração providen-

ciar as prorrogações autorizadas em lei e que se fizerem necessárias dentro da vigência dos ajustes.

2) Excepcionalmente, é possível a dilação dos prazos de execução e de vigência dos contratos de obras públicas após expirado o termo final do respectivo instrumento, tendo em vista que os direitos e as obrigações decorrentes dos contratos por escopo não se extinguem pelo vencimento do prazo contratual, mas sim pela conclusão de seu objeto.

3) A dilação excepcional dos prazos de execução e de vigência de contratos de obras públicas após expirado o termo final do respectivo instrumento deve atender aos seguintes requisitos:

a) comprovação da ocorrência de algum dos motivos descritos nos incisos do § 1º do art. 57 da Lei nº 8666/93;

b) apresentação de justificativas objetivas quanto às causas do atraso da execução da obra e da intempestiva dilação dos prazos de execução e de vigência;

c) demonstração inequívoca da vantajosidade econômica e social da dilação dos prazos de execução e de vigência do contrato, em detrimento da realização de um novo procedimento licitatório;

d) fixação expressa de novo cronograma para a execução da obra;

e) manutenção das demais cláusulas do contrato e do seu equilíbrio econômico-financeiro;

f) manutenção das condições de habilitação pelo contratado;

g) autorização da autoridade competente para celebrar o contrato.

4) A Administração deve apurar a responsabilidade dos agentes públicos que não providenciarem a prorrogação dos contratos de obras públicas em tempo hábil, quando autorizada em lei e que se fizer necessária, principalmente nos casos em que a dilação dos prazos após a vigência do contrato for consequência da negligência, imperícia ou imprudência desses agentes.

- b)** o encaminhamento ao consulente de cópia deste parecer e do prejudgado de tese substanciada na Resolução de Consulta nº 45/2011, que responde integralmente ao quesito “2” da consulta, em cumprimento ao § 2º do art. 235 da Resolução 14/2007.

Cuiabá-MT, 2 de julho de 2015.

Edicarlos Lima Silva

Consultor junto à Consultoria Técnica

Bruno Anselmo Bandeira

Secretário-Chefe da Consultoria Técnica

Parecer do Ministério Público de Contas nº 4.059/2015

[...]

3. CONCLUSÃO

Dessa maneira, o Ministério Público de Contas, no uso de suas atribuições institucionais, **manifesta-se:**

- a) pelo **conhecimento** da consulta marginalizada, eis que restam preenchidos os pressupostos subjetivos e objetivos de admissibilidade;
- b) pela **aprovação da proposta de resolução de consulta** apresentada pela consultoria técnica, conforme regra do art. 81, inciso IV c/c art. 236, parágrafo único, do Regimento Interno do TCE-MT, **parcialmente e nos seguintes termos, com alterações:**

Resolução de Consulta nº __/2015. Contratos administrativos. Contratos de obras. Prorrogação de prazos.

1) Os prazos de execução, de conclusão e de entrega do objeto contratual devem ser compatíveis com o prazo de vigência dos contratos administrativos de obras públicas, devendo a Administração providenciar as prorrogações autorizadas em lei e que se fize-

rem necessárias dentro da vigência dos ajustes;

2) Os prazos de vigência e execução admitem alterações, independentemente da limitação do art. 57, II, desde que se trate de contratos de escopo e desde que a alteração possa ser enquadrada nas hipóteses do art. 57, § 1º, ambos da Lei Federal de Licitações e Contratos.

c) nos termos do que propõe a equipe técnica, pelo encaminhamento ao consultante de cópia deste parecer e do prejulgado de tese consubstanciada na Resolução de Consulta nº 45/2011, que responde integralmente ao quesito “2” da consulta, em cumprimento ao § 2º do art. 235 da Resolução 14/2007.

É o parecer.

Ministério Público de Contas, Cuiabá, 13 de julho de 2015.

Getúlio Velasco Moreira Filho

Procurador de Contas

Razões do Voto

Egrégio Plenário,

Prefacialmente, constato que a presente consulta foi formulada em tese, por autoridade legítima, com a apresentação objetiva do quesito e versa sobre matéria de competência deste Tribunal, preenchendo, portanto, os requisitos de admissibilidade exigidos pelo artigo 232 do RITCMT.

Entretanto, observo que a indagação atinente à possibilidade de alterações quantitativas e qualitativas e de extrapolamento dos limites previstos no § 1º do artigo 65 da Lei nº 8666/93 já é objeto da Resolução de Consulta nº 45/2011, a qual não merece revisão de seus termos.

Assim, conheço parcialmente esta consulta para responder ao consultante quanto às demais questões suscitadas.

Entretanto, em relação à questão já respondida determino o envio de cópia integral da Resolução de Consulta nº 45/2011.

Passo à análise do mérito das questões rema-

nescentes.

No mérito, verifico que o cerne da consulta em exame é a apreciação da possibilidade jurídica de prorrogação do prazo de vigência de contratos administrativos vencidos, referentes a obras inacabadas, e os consequentes efeitos da conclusão obtida em consequência desta.

A consultoria técnica e o Ministério Público de Contas corroboraram quanto ao entendimento de que “os prazos de execução, de conclusão e de entrega do objeto contratual devem ser compatíveis com o prazo de vigência dos contratos administrativos de obras públicas, devendo a Administração providenciar as prorrogações autorizadas em lei e que se fizerem necessárias dentro da vigência dos ajustes”, com o que concordo, pois a prorrogação de contrato, nas hipóteses admitidas em lei, deve ser, em regra, promovida antes do término da vigência da avença original, através de termo aditivo.

No entanto, quanto à possibilidade de excepcional prorrogação contratual de contrato já vencido

divergem os entendimentos técnico e ministerial, entendendo aquele pela possibilidade, observadas as seguintes regras:

- a) comprovação da ocorrência de algum dos motivos descritos nos incisos do § 1º do art. 57 da Lei nº 8666/93;
- b) apresentação de justificativas objetivas quanto às causas do atraso da execução da obra e da intempestiva dilação dos prazos de execução e de vigência;
- c) demonstração inequívoca da vantajosidade econômica e social da dilação dos prazos de execução e de vigência do contrato, em detrimento da realização de um novo procedimento licitatório;
- d) fixação expressa de novo cronograma para a execução da obra;
- e) manutenção das demais cláusulas do contrato e do seu equilíbrio econômico-financeiro;
- f) manutenção das condições de habilitação pelo contratado;
- g) autorização da autoridade competente para celebrar o contrato.

Para o Ministério Público de Contas, admitir a prorrogação de contrato de obra vencido “é admitir, na prática, que um contrato tenha prazo indeterminado”, razão pela qual pontua que “a dilação só é possível caso o aditivo seja realizado durante a vigência do contrato [...]”.

Divirjo do entendimento ministerial, acolhendo, contudo, apenas em parte o entendimento técnico, na medida em que, em verdade, o § 5º do artigo 79 da Lei nº 8666/93¹ institui um mecanismo normativo preventivo de prorrogação automática da execução do cronograma do objeto contratual, por igual tempo, de contratos que tenham sido interrompidos, paralisados ou sustados.

De tal sorte, eventual não formalização dessa prorrogação legalmente automática, dentro do prazo de vigência contratual, configura irregularidade de cunho formal, com potencial de comprometimento do controle externo e social, mas não configura recontração sem licitação, com possível ofensa ao disposto nos artigos 2º, 3º e 65 da Lei nº 8.666/1993, nem configura ato administrativo de prorrogação contratual fora da vigência por ex-

cepcionalidade de cada caso concreto, mas sim por excepcionalidade legalmente prevista.

Nessa hipótese, caberá tão somente à Administração apurar a responsabilidade dos agentes públicos que, por negligência, imperícia ou imprudência, não providenciarem, em tempo hábil, a celebração de termo aditivo que confira publicidade e motivação ao ato de prorrogação dos contratos de obras públicas, na medida em que, nesses termos aditivos, é que ficarão registrados os fundamentos fáticos comprobatórios da ocorrência da hipótese legal de prorrogação automática do contrato.

Acerca do citado § 5º do artigo 79 da Lei nº 8666/93, Jessé Torres Pereira Júnior² fornece conclusivo apontamento, no sentido de que:

Em verdade, o § 5º destina-se à preservação do contrato em casos de impedimento, paralisação ou sustação temporária de sua execução, fato que não leva, necessariamente, à rescisão, nem pode ser considerado, a rigor, hipótese de inexecução porque contratante e contratado mantêm a disposição de dar cumprimento ao avençado, temporariamente obstaculizado. Tais impedimentos, paralisação e sustação correspondem às situações descritas nos incisos XIV, XV e XVI do art. 78, em que a execução do contrato enfrenta vicissitudes decorrentes de fatos da Administração que podem ser transitórios, daí a lei prover solução que representa alternativa à rescisão, com a cautela de impor-lhe limite temporal; prorroga-se o cronograma por tempo igual àquele previsto; esgotado tal prazo, que duplica o tempo originariamente estabelecido para a execução, estará o contratado liberado do esforço de salvação do contrato e promoverá as medidas tendentes à sua rescisão. Note-se que a prorrogação aqui versada dispensa previsão editalícia ou contratual, ocorrendo “automaticamente”, em face do impedimento, de paralisação ou da sustação, isto é, sem depender de ato da Administração ou de requerimento do contratado.

Carlos Pinto Coelho Motta³, no mesmo sentido, assevera:

O contrato não prorrogado se extingue automaticamente. Entretanto, no direito público, nem sempre a extinção do contrato decorre do término do seu prazo. Pode-se ter um contrato, com prazo de vigência expirado e sem término de execução do objeto; o

1 Art. 79

[...]

§ 5º Ocorrendo impedimento, paralisação ou sustação do contrato, o cronograma de execução será prorrogado automaticamente por igual tempo.

2 PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 4. ed. Renovar, 1997. p. 530.

3 MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas Licitações e Contratos. 4. ed. Del Rey, p. 213.

que permite, em determinadas circunstâncias, a devolução do prazo, como previsto no art. 79, § 5º, da Lei nº 8.666/93. Nesse particular, o intérprete deve estar atento aos “fatos da administração”, à legislação de vigência e à análise objetiva.

[...]

Quanto ao tema da devolução do prazo contratual, conforme prevê a Súmula 191 do TCU, entendendo que a prorrogação, nas hipóteses do § 1º, art. 57, não é como dantes, um ato discricionário da Administração. Ao contrário, o § 5º do art. 79 da lei expressa o direito subjetivo público do contratado à continuidade da avença. A prorrogação do cronograma de execução prevista no § 5º do art. 79, combinado com o § 1º do art. 57, impõe o restabelecimento da diretriz fixada pela Súmula 191 do TCU, que havia sido considerada alterada pela redação do inciso XV do art. 68 do Decreto-Lei nº 2.300/86 [...].

Por oportuno, ainda, registro que foi baseado nesses entendimentos doutrinários, que o eminente conselheiro substituto Luiz Henrique Lima, na Medida Cautelar, Processo TCE-MT nº 15.821-6/2012, homologada à unanimidade pelo Pleno deste Tribunal, por meio do Acórdão nº 649/2012, votou no sentido de considerar vigente um contrato de obras, cuja vigência havia expirado, para fins de impor tanto ao município de Rondonópolis, quanto à empresa contratada, a obrigação de proceder, no prazo de até 10 dias, a contar da intimação da decisão, à imediata retomada da execução do Contrato nº 3370/2011, sob o seguinte argumento, que ora transcrevo em parte:

In casu, entendo mais razoável a determinação de medida cominatória que imponha ao Executivo municipal a obrigação de proceder à retomada das obras em testilhas, sem prejuízo, em havendo resistência injustificada à presente decisão ou postura reincidente, de adoção de semelhante posicionamento jurisprudencial. Esclareço de pronto que o término da vigência contratual, alegado pela Equipe de Auditoria, em nada obsta a medida ora preconizada, na medida em que “os contratos de obra pública são contratos de resultado – o que interessa é o resultado final, servindo a cláusula que fixa o prazo de execução como limite para a entrega do objeto, sem que o contratado sofra sanções contratuais”. Notadamente, a própria Lei nº 8.666/1993 prevê hipóteses em que, não havendo culpa do executor nos atrasos provocados no cronograma das obras, este será prorrogado com a garantia a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, *in litteris*:

Art. 57.

[...]

§ 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

[...]

III – interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração;

[...]

V – impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência.

Com efeito, a consequência da paralisação, por fato atribuível à Administração Pública, é a prorrogação automática do cronograma de execução, devolvendo-se o prazo à contratada, sobremodo porque, nos contratos de obra pública, o contrato não se finda pela extinção do prazo contratual, mas, isto sim, pela conclusão da obra, que poderá se prolongar se o fato que lhe dê causa não seja atribuível ao particular contratado.

Ainda em esclarecedor parecer sobre o tema, Luciano Ferraz⁴ destaca que:

Os contratos de obra pública são contratos de resultado – o que interessa é o resultado final, servindo a cláusula que fixa o prazo de execução como limite para a entrega do objeto, sem que o contratado sofra sanções contratuais. O dies a quo do prazo contratual, geralmente é contemporâneo à formalização do ajuste, mas é possível que ao negócio esteja submetida a condição futura (suspensiva), que impeça seja ele imediatamente iniciado. [...] A inércia da Administração em dar ordem de serviço para o começo da obra, motivada pela escassez de recursos financeiros, inviabilizou o início da vigência do contrato. Se o prazo de vigência está paralisado por ato omissivo da Administração, é de se entender que o contrato continua em vigor e pode ser executado.

A essas razões, reconheço, como o fez a consultoria técnica, que podem ocorrer hipóteses excepcionalmente justificadas em que um lapso

⁴ FERRAZ, Luciano. **Contrato Administrativo** – Possibilidade de retomada, prorrogação ou renovação do ajuste – Manutenção do Equilíbrio econômico-financeiro inicial – Atenção às exigências da lei de responsabilidade fiscal. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAU – Centro de Atualizações Jurídica, nº 14, junho-agosto, p. 7, 2002.

administrativo de não prorrogação contratual de um contrato que demanda necessária continuidade para cumprimento de seu objeto poderia acarretar maiores ônus administrativos e financeiros do que a prorrogação realizada fora da vigência contratual.

Ademais, como bem ponderou a consultoria técnica

[...] a vedação legal à celebração de contrato administrativo com prazo de vigência indeterminado (art. 57, § 3º, da Lei nº 8.666/93) não é suficiente para se admitir que o transcurso do prazo de vigência importaria na extinção do contrato e, consequentemente, das obrigações pactuadas pelas partes.

Ainda, na senda do entendimento técnico, com o qual concordo,

[...] não há dispositivo na Lei de Contratações Públicas que atribua de forma expressa natureza extintiva ao prazo de vigência dos contratos administrativos.

VOTO

Diante do exposto, acolho em parte o Parecer Ministerial 4059/2015, da autoria do procurador de Contas Getúlio Velasco Moreira Filho, e VOTO preliminarmente pelo parcial conhecimento da presente consulta, para, em seu mérito, responder ao consulente, nos parciais termos da sugestão técnica e ministerial, com as alterações a seguir:

Resolução de Consulta nº ___/2015. Contratos administrativos. Contratos de obras. Prorrogação de prazos.

- 1) Os prazos de execução, de conclusão e de entrega do objeto contratual devem ser compatíveis com o prazo de vigência dos contratos administrativos de obras públicas, permitindo-se que no contrato de obras o prazo contratual seja superior em até 90 dias do prazo de execução da obra, para fins de recebimento.
- 2) A Administração, em regra, deve providenciar as prorrogações autorizadas em lei, e que se fizerem necessárias, dentro da vigência dos ajustes.
- 3) Na hipótese de impedimento, paralisação ou sustação do contrato, por fato atribuível à Administração Pública, ocorre a prorrogação automática do cronograma de execução, devolvendo-se o prazo à contratada, sobretudo porque, nos contratos de obra pública, o contrato não se finda pela extinção do prazo contratual, mas sim, pela conclusão da obra, que poderá se prolongar se o fato que lhe dê causa não seja atribuível ao particular contratado.
- 4) A não formalização da prorrogação automática,

por meio de celebração de aditivo que registre e dê publicidade aos seus fundamentos fáticos, dentro do prazo de vigência contratual, configura irregularidade de cunho formal, mas não configura recontração sem licitação, com possível ofensa ao disposto nos artigos 2º, 3º e 65 da Lei nº 8.666/1993, devendo ser administrativamente apurada a responsabilidade dos agentes públicos que, por negligência, imperícia ou imprudência, não providenciarem, em tempo hábil, a celebração de termo aditivo que confira publicidade e motivação ao ato de prorrogação dos contratos de obras públicas.

5) A formalização da dilação excepcional dos prazos de execução e de vigência de contratos de obras públicas, após expirado o termo final do respectivo instrumento, deve atender e comprovar os seguintes requisitos:

- a) a ocorrência de algum dos motivos descritos nos incisos do § 1º do art. 57 da Lei nº 8666/93;
 - b) a apresentação de justificativas objetivas quanto às causas do atraso da execução da obra e da intempestiva dilação dos prazos de execução e de vigência;
 - c) a demonstração inequívoca da vantajosidade econômica e social da dilação dos prazos de execução e de vigência do contrato, em detrimento da realização de um novo procedimento licitatório;
 - d) a fixação expressa de novo cronograma para a execução da obra;
 - e) a manutenção das demais cláusulas do contrato e do seu equilíbrio econômico-financeiro;
 - f) a manutenção das condições de habilitação pelo contratado;
 - g) a autorização da autoridade competente para celebrar o aditivo contratual.
- 6) Alterado o prazo de um contrato de obra inacabada, por iniciativa da Administração, não sendo o caso de culpa do contratado, poderá a Administração proceder alterações contratuais que preservem a vantajosidade econômica do particular contratado, respeitados os termos da Resolução de Consulta nº 45/2011.

Voto, ainda, pela revogação da Resolução de Consulta nº 54/2008-TP. Por fim, voto pelo envio de cópia integral da Resolução de Consulta nº 45/2011 ao consulente.

É como voto.

Cuiabá, 14 de julho de 2015.

Conselheira Interina
Jaqueline Jacobsen Marques

Relatora

Cargo de advogado público deve ser exercido por servidor concursado



Luiz Henrique Lima
Conselheiro Substituto
gab.luizhenrique@tce.mt.gov.br

“A advocacia pública deve ser exercida por servidores efetivos, ressalvadas as hipóteses de assessoramento, direção e chefia”

As atribuições ordinárias, corriqueiras e permanentes de representação judicial e extrajudicial, de consultoria e de assessoramento jurídico na Administração Pública, devem ser realizadas por servidor investido em cargo efetivo devidamente aprovado em concurso público. Este foi o entendimento firmado no voto do conselheiro substituto Luiz Henrique Lima, que foi acolhido pelo Tribunal Pleno.

O Tribunal decidiu, ainda, que são permitidos a criação e o provimento de cargos em comissão para o exercício de atribuições de direção ou chefia de unidade técnica jurídica de órgãos ou entidades públicas, bem como para assessoramento direto de autoridades, devendo existir, em ambos os casos, cargos de provimento efetivo para o exercício ordinário, corriqueiro e permanente das atribuições de representação judicial e extrajudicial, de consultoria e de assessoramento jurídico.

Resolução de Consulta nº 33/2013-TP

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo nº 27.167-5/2013.

O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, nos termos dos artigos 1º, XVII, 48 e 49, todos da Lei Complementar nº 269/2007 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso) e dos artigos 29, XI, e 81, IV, da Resolução nº 14/2007 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso), por unanimidade, acompanhando o voto do relator e de acordo com o Parecer nº 8.850/2013 do Ministério Público de Contas em, preliminarmente, conhecer a consulta e, no mérito, **Aprovar** o reexame da tese prejudgada na Resolução de Consulta nº 29/2008, nos seguintes termos: Pessoal. Admissão. Formas de ingresso no serviço público.

- 1) Em regra, a investidura em cargos com atribuições típicas, permanentes e finalística da Administração Pública ocorre por meio de admissão em concurso público, nos termos do inciso II do artigo 37 da CF/1988.
- 2) Como formas excepcionais de ingresso no serviço público previstas pela Constituição estão os provimentos de cargos em comissão (incisos II e V do artigo 37) e o preenchimento de funções por tempo determinado para atender às necessidades

temporárias de excepcional interesse público (inciso IX do artigo 37).

- 3) A criação de cargos em comissão pressupõe a existência de vínculo de confiança e do nutum, destinando-se exclusivamente ao exercício das atribuições de direção, chefia e assessoramento.
- 4) A possibilidade de criação de cargos em comissão não é aferida pela denominação que se lhe dá (assessor, chefe de departamento, diretor, etc.), mas sim pela natureza de suas atribuições.
- 5) É necessário que a legislação descreva as atribuições dos cargos em comissão, demonstrando que as atividades se harmonizam com o princípio da livre nomeação e exoneração e com a necessidade da confiança da autoridade nomeante, sendo imperioso que o profissional exerça efetiva e estritamente as atribuições descritas na lei.
- 6) Não é permitida a criação de cargos em comissão para o desempenho de atividades meramente burocráticas, ordinárias ou operacionais.

Você pode assistir ao vídeo do julgamento do processo no link <<http://www.tce.mt.gov.br/protocolo/detalhe/num/271675/ano/2013>>

Contratos. Prestação de serviços. Serviços técnicos especializados. Excepcionalidade. Hipóteses e requisitos.

- 1) É permitida a contratação de serviços técnicos profissionais especializados pela Administração Pública, independentemente de estarem compreendidos em atribuições inerentes a categorias funcionais do quadro de pessoal efetivo, nas seguintes hipóteses:
 - a) quando o contingente de servidores existentes for insuficiente para o atendimento de uma sobrecarga sazonal e transitória na demanda por determinado serviço técnico;
 - b) quando o corpo de servidores não for suficientemente especializado para satisfazer demandas por serviços singulares e complexos; ou,
 - c) no caso de serviços jurídicos, quando houver conflito de interesses da instituição e dos servidores que poderiam vir a defendê-la.
- 2) Além da observância às hipóteses descritas no item anterior, a possibilidade de contratação de serviços técnicos especializados deve respeitar os seguintes requisitos:
 - a) possuir objeto específico e especializado;
 - b) a necessidade do serviço seja eventual ou não permanente;
 - c) os serviços a serem contratados não podem se constituir em atividades típicas e exclusivas de Estado, a exemplo daquelas que impliquem a limitação do exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público, no exercício do poder de polícia ou na manifestação da vontade do Estado pela emanção de atos administrativos; e,
 - d) observância às regras de licitação e contratos administrativos estampadas na Lei nº 8.666/1993.
- 3) O descumprimento destas hipóteses e requisitos para a contratação de serviços técnicos profissionais especializados compreendidos em atribuições inerentes a categorias funcionais do quadro de pessoal efetivo configura burla ao princípio do concurso público, caracterizando também a substituição indevida de servidores públicos, o que faz incluir o respectivo gasto no âmbito das despesas com pessoal, conforme estabelece o § 1º do artigo 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Pessoal. Admissão. Advocacia pública. Concurso público. Regra geral. Exceções.

- 1) As atribuições ordinárias, corriqueiras e permanentes de representação judicial e extrajudicial, de consultoria e de assessoramento jurídico na Administração Pública devem ser realizadas por servidor investido em cargo efetivo devidamente aprovado em concurso público.
- 2) São permitidos a criação e o provimento de cargos em comissão para o exercício de atribuições de direção ou chefia de unidade técnica jurídica de órgãos ou entidades públicas, bem como para assessoramento direto de autoridades, devendo existir, em ambos os casos, cargos de provimento efetivo para o exercício ordinário, corriqueiro e permanente das atribuições de representação judicial e extrajudicial, de consultoria e de assessoramento jurídico.
- 3) As pequenas unidades administrativas, a exemplo de Câmaras municipais e autarquias previdenciárias, a fim de atender à regra do concurso público para a admissão de advogados/procuradores públicos, podem, mediante legislação local, definir a carga horária e a remuneração do respectivo cargo público compatíveis com a necessidade do serviço.

Revogam-se parcialmente a Resolução de Consulta nº 29/2008, em sua parte dispositiva apresentada no item “4”, e o Acórdão nº 100/2006, em sua primeira ementa que trata especificamente das formas de ingresso no serviço público, inclusive quanto aos cargos de atribuições jurídicas e à possibilidade de contratação de serviços técnicos especializados, e, por fim, **revogam-se integralmente** os Acórdãos nºs 1.524/2003 e 947/2007. O inteiro teor desta decisão está disponível no *site*: www.tce.mt.gov.br.

Relatou a presente decisão o conselheiro substituto Luiz Henrique Lima, que estava substituindo o conselheiro Humberto Bosaipo.

Participaram do julgamento os conselheiros Valter Albano, Waldir Júlio Teis e Domingos Neto, e os conselheiros substitutos Ronaldo Ribeiro, que estava substituindo o conselheiro Antonio Joaquim, e João Batista Camargo, que estava substituindo o conselheiro Sérgio Ricardo.

Presente, representando o Ministério Público de Contas, o procurador-geral de Contas William de Almeida Brito Júnior.

Publique-se.

Parecer da Consultoria Técnica nº 111/2013

Excelentíssimo Senhor Conselheiro Substituto:

Trata-se de proposta de reexame das teses prejudgadas por este Tribunal de Contas consubstanciadas na Resolução de Consulta nº 29/2008, conforme requisição do Exmo. Conselheiro José Carlos Novelli, presidente do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, de acordo com despacho exarado nestes autos digitais, obedecendo aos termos autorizativos do art. 237, *caput*, da Resolução nº 14/2007, *verbis*:

Art. 237. Por iniciativa fundamentada do Presidente, de Conselheiro, de Conselheiro Substituto, do representante do Ministério Público de Contas ou a requerimento de interessado, o Tribunal Pleno poderá reexaminar tese prejudgada. (grifo nosso).

A referida tese prejudgada vige com o seguinte conteúdo normativo:

Resolução de Consulta nº 29/2008 (DOE 25/07/2008) e Acórdão nº 100/2006 (DOE 15/02/2006). **Pessoal. Admissão. Profissionais especializados. Atividades permanentes: concurso público. Serviços técnico-profissionais especializados: necessidade de licitação prévia.**

A Constituição Federal de 1988 estabelece que os serviços públicos de natureza permanente devem ser executados por pessoal aprovado em concurso público, prevendo a possibilidade de contratação temporária em casos de urgência e interesse público relevantes.

Porém, para a contratação de serviços eventuais de natureza técnico profissional especializados, ofertados por profissionais com profissão regulamentada, a Administração Pública deve se pautar na Lei nº 8.666/93, que institui as normas para as contratações de serviços, dentre outras. Nesses casos, excetuados os casos de dispensa previstos no referido diploma legal, há necessidade da realização de processo licitatório, mesmo que seja para concluir pela sua inexigibilidade. (grifo nosso).

O reexame que ora se propõe assenta-se na constatação de que o verbete acima não contempla a possibilidade da criação e provimento de cargos comissionados para o exercício das atribuições de chefia, direção e assessoramento, conforme permite o inciso V do artigo 37 da Constituição Federal.

A requisição do reexame encontra fundamentação nas peças que instruem o processo TCE-MT nº 5.757-6/2013, julgado por meio do Acórdão nº 3.981/2013-TP, juntadas aos presentes autos, que tratam de denúncia feita em desfavor da Prefeitura e da Câmara Municipais de Nova Monte Verde-MT, onde restou analisada possível irregularidade no provimento de cargo de assessor jurídico sem o respectivo concurso público.

Assim, conforme consta do Acórdão nº 3.981/2013-TP e do já mencionado despacho do presidente desta Corte, foi determinado a esta consultoria técnica a revisão da tese apresentada na Resolução de Consulta nº 29/2008, a fim de atualizá-la, tornando-a mais clara e compatível com a legislação, doutrina e jurisprudência vigentes, considerando que seu conteúdo normativo tem interferência direta com o decisório adotado no mencionado caso concreto.

É o breve relatório.

1. DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

De acordo com o art. 237 da Resolução nº 14/2007 – Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso (RITCE-MT), cujo conteúdo normativo encontra-se colacionado na parte preambular deste parecer, há expressa autorização para que o conselheiro presidente desta Corte possa tomar a iniciativa em proposituras de reexames de teses prejudgadas.

Neste mesmo sentido prescreve o art. 21 do RITCE-MT:

Art. 21. Compete ao Presidente do Tribunal, além de outras atribuições previstas em lei:

[...]

XII. Propor o reexame, de ofício, de prejudgado do Tribunal; (grifo nosso).

Desta forma, considerando-se os permissivos regimentais citados acima, bem como o despacho de requisição de reexame exarado pelo conselheiro presidente desta Corte de Contas constante destes autos digitais, constata-se que não há impedimentos à admissibilidade para a revisão da tese prejudgada pela Resolução de Consulta nº 29/2008.

Neste contexto, evidencia-se que os fundamen-

tos técnicos e jurídicos que embasam a necessidade do ora aventado reexame encontram-se nas peças que instruem os presentes autos digitais.

2. DA PRELIMINAR DE DELIMITAÇÃO DO OBJETO DO REEXAME

Antes de adentrar o mérito da presente requisição de reexame de tese é importantíssimo delimitar objetivamente o prejudicado motivador do labor.

Neste sentido, é necessário destacar que, embora o Acórdão nº 3.981/2013-TP¹ se refira exclusivamente à Resolução de Consulta nº 29/2008, o verbete destacado para reexame pelos conselheiros Valter Albano da Silva (relator do processo TCE-MT nº 5.757-6/2013) e Ronaldo Ribeiro de Oliveira (revisor) está contido unicamente no Acórdão nº 100/2006.

Isto ocorre porque, tanto o Acórdão nº 100/2006 quanto a Resolução de Consulta nº 29/2008² respondem a diversas indagações, as quais, para efeito de inclusão na Consolidação de Entendimentos Técnicos, foram desmembradas e reagrupadas para atender à classificação temática utilizada na referida publicação técnica.

Para corroborar tal argumentação, citam-se os textos das respostas originais dos referidos prejudicados:

PRIMEIRA EMENTA – Acórdão nº 100/2006 (DOE 15/02/2006). Pessoal. Admissão. Profissionais especializados. Atividades permanentes: concurso público. Serviços técnico-profissionais especializados: necessidade de licitação prévia.

A Constituição Federal de 1988 estabelece que os serviços públicos de natureza permanente devem ser executados por pessoal aprovado em concurso público, prevendo a possibilidade de contratação temporária em casos de urgência e interesse público relevantes.

¹ Acórdão TCE-MT nº 3.981/2013 – processo TCE-MT nº 5.757-6/2013 – disponível em: <http://www.tce.mt.gov.br/protocolo/decisao/num/57576/ano/2013/num_decisao/3981/ano_decisao/2013>.

Ementa: Prefeitura e Câmara Municipal de Nova Monte Verde. Denúncia acerca de irregularidades na nomeação de advogado do Poder Legislativo e de assessor jurídico do Poder Executivo municipal. Improcedente. Inclusão do desempenho e atuação dos nomeados como ponto de controle de auditoria nas contas do exercício de 2013, do citado município. Determinação de reexame da tese contida na resolução de consulta nº 29/2008.

² Decisões oriundas dos processos de consultas TCE-MT nºs 15.552-7/2005 e 17.554-4/2007.

Porém, para a contratação de serviços eventuais de natureza técnico profissional especializados, ofertados por profissionais com profissão regulamentada, a Administração Pública deve se pautar na Lei nº 8.666/93, que institui as normas para as contratações de serviços, dentre outras. Nesses casos, excetuados os casos de dispensa previstos no referido diploma legal, há necessidade da realização de processo licitatório, mesmo que seja para concluir pela sua inexigibilidade. (grifo nosso).

SEGUNDA EMENTA – Acórdão nº 100/2006 (DOE 15/02/2006). Pessoal. Admissão. Contratação temporária. Possibilidade de contratação temporária para execução de programas temporários. Autorização em lei específica. Realização de processo seletivo simplificado. Observância aos princípios da administração pública.

A execução de serviços públicos deve ser feita por pessoal efetivo, submetido a concurso público, tal como determina a Constituição Federal em seu inciso II do artigo 37. Entretanto, ante a exiguidade de prazos para execução de programas federais e estaduais, admite-se a contratação temporária, sempre observando as regras fixadas para a Administração Pública: elaboração de lei específica para contratação, realização de Processo Seletivo Simplificado, respeito aos princípios da publicidade e impessoalidade na contratação. (grifo nosso).

TERCEIRA EMENTA – Acórdão nº 100/2006 (DOE 15/02/2006). Receita. RCL. Apuração. Transferência de Recursos de Programas e respectivo pessoal contratado. Inclusão no cálculo da RCL.

O repasse financeiro feito pelo ente federal ou estadual, a título de programas, é computado na Receita Corrente Líquida do ente receptor, conforme dispõe o inciso IV do artigo 2º da Lei de Responsabilidade Fiscal. Inclui-se nas despesas com pessoal o pagamento de pessoas contratadas para prestação de serviços destinados a atender programas federais ou estaduais, ainda que a contratação seja feita por empresa interposta.

QUARTA EMENTA – Acórdão nº 100/2006 (DOE 15/02/2006). Tributação. Impostos. ISSQN. Profissionais com profissão regulamentada. Retenção pelo município do estabelecimento do prestador do serviço, observadas as exceções da legislação.

A retenção de ISSQN é devida nos casos de contratação de serviços eventuais prestados por profissionais com profissão regulamentada. A competência para retenção é do município de domicílio do estabelecimento prestador do serviço. Na ausência do esta-

belecimento, considera-se o local de domicílio do prestador, com algumas exceções, de acordo com a natureza do serviço prestado.

Resolução de Consulta nº 29/2008 (DOE 25/07/2008). Consórcio público. Pessoal. Formas de contratação.

1) O pessoal contratado pelos consórcios públicos revestidos da forma de associação pública (personalidade jurídica de direito público), como aqueles revestidos da forma de associação civil (personalidade jurídica de direito privado), não podem ser contemplados com a efetividade e a estabilidade previstas no artigo 41 da Constituição Federal, com redação da Emenda Constitucional nº 19/1998. O vínculo desse pessoal é de natureza celetista, pelo que assumem a figura jurídica de empregados públicos, cuja admissão deverá ser precedida de processo seletivo, tal qual previsto no artigo 37, inciso II da Carta da República, e a contribuição previdenciária será para o regime geral (INSS).

2) Poderá, ainda, o consórcio ser integrado por pessoal cedido pelos entes consorciados, mantendo-se, nesse caso, o vínculo de origem.

3) Deve-se fazer constar cláusula específica no protocolo de intenções, a ser assinado pelos entes consorciados, sobre o número de empregados, a forma de provimento e a remuneração dos empregados públicos, bem como os casos de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público.

4) Quanto à forma de contratação de médicos especialistas, o Acórdão nº 100/2006 estabelece que a Administração Pública pode se pautar na Lei nº 8.666/93 para contratação de serviços eventuais de natureza técnico profissional especializados ofertados por profissionais com profissão regulamentada. (grifo nosso).

Conforme se depreende das ementas acima citadas, a Resolução de Consulta nº 29/2008, em sua formatação original, versa sobre a forma de admissão do pessoal vinculado aos Consórcios Públicos Intermunicipais, utilizando-se em seu item “4” do entendimento esposado no Acórdão nº 100/2006 para responder quesito quanto à possibilidade de contratação de serviços técnicos especializados.

Já as ementas do Acórdão nº 100/2006 respondem a indagações sobre receita corrente líquida, ISSQN, contratações temporárias, contratação de serviços técnicos especializados e formas de ingresso em cargos públicos.

Desta forma, resta evidenciado que o objeto discutido nos autos do processo que originou o

Acórdão nº 3.981/2013-TP refere-se à tese prejudicada contida na primeira ementa do Acórdão nº 100/2006, que trata da forma de ingresso em cargos públicos e da possibilidade de contratação de serviços técnicos especializados.

Ademais, é pertinente salientar que como ingrediente motivador adicional do presente reexame está a necessidade de se analisarem as formas de ingresso em cargos públicos voltados à advocacia, conforme os fundamentos que deram origem à determinação constante do Acórdão nº 3.981/2013-TP.

Pelo exposto, serão objetos do presente reexame as teses constantes da primeira ementa do Acórdão nº 100/2006 e do item “4” da Resolução de Consulta nº 29/2008, atinentes às formas de ingresso no serviço público, à possibilidade de contratação de serviços técnicos especializados e às formas de ingresso em cargos públicos pelos profissionais da advocacia.

3. DO MÉRITO

O estudo do presente reexame, conforme apresentado alhures, versará sobre formas de ingresso em cargos públicos, a possibilidade de contratação de serviços técnicos especializados e as formas de ingresso em cargos públicos pelos profissionais da advocacia, objetivando a revisão da primeira ementa do Acórdão nº 100/2006 e dos demais prejudicados deste Tribunal que trataram dessas matérias.

3.1 Formas de ingresso no serviço público

Inicialmente, cabe evidenciar que a Constituição Federal consagrou as hipóteses de ingresso no serviço público, ou seja, estabeleceu as formas que o poder público pode se valer para empregar pessoas visando ao desempenho das atividades de interesse coletivo consubstanciadas na prestação de serviços públicos.

Tais formas exprimem-se na investidura por concurso público (art. 37, II), por provimento em cargos de confiança ou comissão (art. 37, II e V), ou, ainda, por contratações temporárias para atendimento à excepcional interesse público (art. 37, IX), conforme apresentadas nos tópicos seguintes.

3.1.1 Concurso Público

A Constituição Federal de 1988 consagrou como regra geral para o ingresso no serviço público a investidura advinda e condicionada à aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, nos termos do art. 37, II, primeira parte,

transcrito a seguir:

Art. 37 [...]

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. (grifo nosso).

A regra, portanto, é a criação de cargo ou emprego público cujo provimento deve se dar por concurso público, nos moldes dos repúblicos princípios da impessoalidade e moralidade.

Esta forma de seleção permite, portanto, conferir maior efetividade ao Estado Democrático de Direito, possibilitando a igualdade de condições no concurso para todos aqueles que almejam um lugar nos postos de trabalho da Administração Pública.

Nesta forma ordinária e primária de investidura em cargos públicos, é conferido ao servidor admitido mediante concurso público o *status* de “efetivo” e “estável” no serviço público, desde que, para este último, sejam observados os requisitos constantes do artigo 41 da CF/88.³

Neste contexto, deve-se observar que, em regra, o concurso público objetiva os provimentos de cargos públicos que tenham como atribuições funções voltadas a atividades típicas, permanentes e finalísticas da Administração Pública, conforme muito bem apresentado no seguinte entendimento jurisprudencial adotado pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, que assim asseverou sobre a regra do concurso público:

Prejulgado Nº 1.579⁴

1. O arcabouço normativo pátrio, com apoio doutrinário e jurisprudencial, atribui a execução das funções típicas e permanentes da Administração Pública a servidores de seu quadro de pessoal, ocupantes de cargos efetivos – admitidos mediante concurso público, nos termos do art. 37, II, da Constituição Federal – ou por ocupantes de cargos comissionados, de livre nomeação e exoneração.

3 CF/88

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/Emendas/Emc/emc19.htm#art6>.

⁴ Disponível em: <<http://www.tce.sc.gov.br/web/menu/decisoes>>.

Contudo, deve-se atentar para o cumprimento do preceito constitucional inscrito no art. 37, inciso V, da Constituição Federal, segundo o qual os cargos em comissão são destinados exclusivamente ao desempenho de funções de direção, chefia e assessoramento, devendo ser criados e extintos por lei local, na quantidade necessária ao cumprimento das funções institucionais do Órgão, limitados ao mínimo possível, evitando-se a criação desmesurada e sem critérios técnicos, obedecendo-se também aos limites de gastos com pessoal previstos pela Lei Complementar nº 101/00. (grifo nosso).

Corroborando tal entendimento, é pertinente salientar que esta Corte de Contas dispõe de diversos prejulgados que também consagram a necessidade de concurso público para o suprimento de funções típicas e permanentes da Administração Pública, a exemplo dos Acórdãos nºs 2.292/2002 e 947/2007, bem como das Resoluções de Consultas nºs 13/2012 e 05/2013.

Assim, inobstante existirem outras formas constitucionais para ingresso no serviço público, tais como os cargos de livre nomeação e exoneração e as contratações temporárias, conforme será analisado adiante, a regra para a investidura em cargos com atribuições típicas, permanentes e finalísticas da Administração Pública é a aprovação em regular concurso público.

3.1.2 Cargos em comissão e funções de confiança

Quanto à outra forma de investidura em cargo público, a própria Carta Magna flexibilizou a imperiosa necessidade do concurso público, estabelecendo como exceção à regra o provimento de cargos de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, segunda parte).

O texto constitucional também dispõe que o exercício de cargos em comissão e de funções de confiança destinam-se somente às atribuições de direção, chefia e assessoramento, *in verbis*:

Art. 37 [...]

V – as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento. (grifo nosso).

Conforme o dispositivo acima, as funções de confiança são exercidas somente por servidores

de carreira. Já os cargos em comissão ou de confiança, como também são conhecidos, podem ser exercidos por servidores efetivos ou não efetivos, nos casos, condições e percentuais mínimo a serem previstos em lei.

Sendo assim, a diferença existente entre os cargos em comissão e as funções de confiança reside na origem do seu titular: enquanto para estas últimas somente podem ser designados servidores já efetivos, para os cargos em comissão é possível a nomeação tanto de servidores efetivos quanto de profissionais que não integram a Administração Pública.

Ambos possuem como elementos importantes para sua caracterização a “confiança” e o “nutum”⁵, tendo em vista que há determinadas funções que devem ser desempenhadas por servidores que comungam das mesmas diretrizes políticas e de gestão adotadas pela autoridade pública nomeante.

Corroborando o entendimento acima exposto é pertinente citar a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello⁶, que assim se manifesta sobre o assunto:

Os cargos de provimento em comissão (cujo provimento dispensa concurso público) são aqueles vocacionados para serem ocupados em caráter transitório por pessoa de confiança da autoridade competente para preenchê-los, a qual pode também exonerar ad nutum, isto é, livremente, quem os esteja titularizando. (grifo nosso).

Ademais, conforme dito alhures, o provimento de cargos em comissão ou funções de confiança está restrito às funções afetas à chefia, direção e assessoramento, sendo inconstitucional a investidura para o desempenho de outras atribuições.

Neste sentido, com o brilhantismo que lhe é peculiar, a ministra do STF Carmen Lúcia⁷ traz a seguinte lição sobre o tema:

A expressão ‘livre nomeação e exoneração’, empregada na Constituição (art. 37, II) e na legislação

5 A expressão “ad nutum” corresponde a uma decisão que pode ser tomada pela autoridade competente, por seu simples arbitrio, sem necessidade de maiores formalidades administrativas (livre nomeação e exoneração).

6 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 305-306.

7 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 179,191.

infraconstitucional, não significa senão que o ato de nomeação, praticado para o provimento do cargo destinado juridicamente a se exercer como um comissionamento, não vincula a autoridade competente indefinidamente, sequer ficando ele restrito ao nome eleito em determinada ocasião. Não se tem, contudo, por força dessa discricionariedade incidente quanto à escolha do agente, competência tão ampla e descomprometida. Preliminarmente porque, mesmo quando o comissionamento puder ser outorgado a alguém estranho aos quadros da Administração Pública, haverá de se cumprir uma série de exigências referentes à habilitação para o exercício das funções que se enfeixam no cargo a prover. Ademais, a ‘liberdade’ de nomeação poderá ser referência de competência a se exercer exclusivamente nos quadrantes dos servidores públicos de carreira, pelo que eleição do agente designado não poderá ser adotada sem o cumprimento dos limites que formam e conformam a Administração Pública.

[...]

Pelos termos claros e taxativos da norma (art. 37, inc. V, da Constituição da República), vê-se, pois, que inexistente possibilidade de ter o legislador infraconstitucional discricionariedade para dispor sobre a natureza do provimento de cargo público que não seja de direção, chefia e assessoramento, pois não tendo tais atribuições há vinculação legislativa, e o provimento de tal cargo é, necessariamente e pelo fundamento constitucional, efetivo.

No entanto, não basta que o cargo tenha sido criado com a nomenclatura de “chefe”, “assessor”, “diretor” ou qualquer outro similar que da criatividade burocrática possa fazer surgir, se na essência o cargo se refere a atividades corriqueiras, técnicas ou operacionais que dispensam o vínculo de confiança. A jurisprudência do STF vem prestigiando este entendimento, conforme decisões abaixo:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ARTS. 33, I, E, DA LEI Nº 4.804/99 E ART. 77, DA LEI Nº 5.365/2001, DE SÃO BERNARDO DO CAMPO, DISPOSITIVOS QUE CRIAM O CARGO DE CONSULTOR TÉCNICO JURÍDICO – PROVIMENTO EM COMISSÃO, INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO RESTRITA ÀS ATIVIDADES DE DIREÇÃO, CHEFIA E ASSESSORAMENTO, ATIVIDADES MERAMENTE TÉCNICAS, VIOLAÇÃO DOS ARTS. 111, 115, I, II E V, E 144, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

1. A possibilidade de criação de cargos de provimento por comissão não é aferida pela denominação que se lhe dá, mas sim pela natureza das atribuições respectivas.

[...]

3. Não se afigura razoável que haja assessoria de assessoria, com a possibilidade de que essa cadeia de assessoramento técnico se prolongue quanto mais queira o Administrador Público. A Administração local não pode criar cargos em comissão tantos quantos forem os possíveis nomes e descrições vagas e abstratas, procedendo a uma verdadeira contratação direta de cargos de chefia cuja necessidade sequer se procurou justificar. (RE 742970-SP. Rel. Min. Carmen Lúcia. DJe: 29/04/2013). (grifo nosso).

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL QUE CRIA CARGOS EM COMISSÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 37, INCISOS II E V, DA CONSTITUIÇÃO.

[...]

2. Os cargos em comissão criados pela Lei nº 1.939/1998, do Estado de Mato Grosso do Sul, possuem atribuições meramente técnicas e que, portanto, não possuem o caráter de assessoramento, chefia ou direção exigido para tais cargos, nos termos do art. 37, V, da Constituição Federal. 3. Ação julgada procedente. (Adin 3.706-4, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, DJ 05.10.2007). (grifo nosso).

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. **1.** Direito administrativo. **2.** Criação de cargos em comissão por leis municipais. Declaração de inconstitucionalidade pelo TJRS por violação à disposição da Constituição estadual em simetria com a Constituição Federal. **3. É necessário que a legislação demonstre, de forma efetiva, que as atribuições dos cargos a serem criados se harmonizam com o princípio da livre nomeação e exoneração. Caráter de direção, chefia e assessoramento.** Precedentes do STF. **4.** Ausência de argumentos suficientes para infirmar a decisão agravada. **5.** Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 656666 AgR/RS – Rel. Min. Gilmar Mendes, Julgamento: 14/02/2012). (grifo nosso).

Há que se pontuar, ainda, que as atribuições afetas a um cargo em comissão podem ser permanentes, tal qual ocorre com os cargos de natureza efetiva, contudo, naquele não há a titularização do cargo, ou seja, o cargo comissionado pode estar no quadro permanente de uma entidade, mas seu titular sempre será transitório, justamente por causa das características da confiança e do *nutum* que

lhes são inerentes.

Em suma, a criação de cargos comissionados pressupõe vínculo de confiança e o caráter de transitoriedade (*nutum*) para o exercício de direção, chefia e assessoramento, sendo necessário que a legislação infraconstitucional demonstre de forma efetiva que as atribuições dos cargos a serem criados se harmonizem com o princípio da livre nomeação e exoneração, próprio dos cargos em comissão, não sendo possível o desempenho de atividades meramente burocráticas ou operacionais.

Destaca-se, também, que a validade da criação de cargos para provimento em comissão não pode ser aferida pela denominação que se lhe dá (assessor, chefe de departamento, diretor), mas sim pela natureza das atribuições respectivas, sendo imperioso que o servidor efetivamente exerça as atribuições descritas na lei.

3.1.3 Contratação temporária por excepcional interesse público

Muito embora se trate de provimento de função e não de cargo público, é possível a contratação de servidores por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, mediante a realização de processo seletivo simplificado, nos termos do art. 37, IX, da CF/88:

Art. 37. [...]

IX – a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público.

Neste sentido, é pertinente salientar que este Tribunal de Contas possui farta jurisprudência sedimentada sobre o assunto, a exemplo dos seguintes prejudgados: Acórdãos nºs 1.582/2001 e 2.292/2002 e Resoluções de Consultas nºs 14/2010, 51/2011, 59/2011 e 04/2013.

3.2 Contratação de serviços técnicos especializados

Como já abordado, a regra é a realização de concurso público para o ingresso no serviço público para as atividades típicas e permanentes da Administração, ressalvadas as exceções previstas na Constituição Federal quanto à admissão para cargos em comissão e a contratação temporária por excepcional interesse público.

No entanto, há casos em que a Administração Pública necessita de serviços técnicos especializados para atender a demanda eventual, pontual e específica e, portanto, não se justifica a criação de cargos

com alta profissionalização e salários elevados para atender a necessidade esporádica.

Normalmente esses serviços técnico-profissionais são prestados por pessoas físicas ou jurídicas especializadas em determinada área do conhecimento humano legalmente regulamentada, a exemplo da medicina, engenharia, contabilidade e direito.

Nessas situações, admite-se a contratação de profissionais seguindo os ditames da Lei nº 8.666/93 que, excetuados os casos de dispensa e inexistência de previstos no referido diploma legal, exige a realização de processo licitatório.

Quanto a esta possibilidade de contratação de serviços técnico-especializados, é pertinente salientar que este Tribunal tem jurisprudência que já contempla a matéria, conforme os seguintes prejulgados:

PRIMEIRA EMENTA – Acórdão nº 100/2006 (DOE 15/02/2006). Pessoal. Admissão. Profissionais especializados. Atividades permanentes: concurso público. Serviços técnico-profissionais especializados: necessidade de licitação prévia.

Porém, para a contratação de serviços eventuais de natureza técnico profissional especializados, ofertados por profissionais com profissão regulamentada, a Administração Pública deve se pautar na Lei nº 8.666/93, que institui as normas para as contratações de serviços, dentre outras. Nesses casos, excetuados os casos de dispensa previstos no referido diploma legal, há necessidade da realização de processo licitatório, mesmo que seja para concluir pela sua inexistência. (grifo nosso).

Acórdão nº 947/2007 (DOE 15/05/2007). Pessoal. Admissão. Profissionais especializados. Atividades permanentes: concurso público. Serviços eventuais e não permanentes: necessidade de licitação prévia.

A administração pública deve, obrigatoriamente, contratar mediante processo licitatório quando os serviços desempenhados por profissionais especializados forem eventuais e não permanentes ou desenvolvidos por intermédio de pessoa jurídica. No caso de serviços permanentes, o gestor deve criar o cargo e realizar concurso público, salvo nas exceções previstas em lei. (grifo nosso).

Dos prejulgados citados depreende-se que na contratação de serviços técnico-especializados devem ser observados os seguintes requisitos: eventualidade do serviço e necessidade de seleção mediante licitação pública.

Inobstante a validade dos requisitos acima ex-

postos, entende-se que outras variáveis ou hipóteses devem ser consideradas para a possibilidade de contratação de serviços técnico-especializados. Nesse sentido, devem ser analisadas, ainda, a complexidade e especialidade do objeto e a disponibilidade quantitativa de servidores efetivos aptos a satisfazer a necessidade ocasional do serviço.

Nesta senda, observa-se que, por vezes, o serviço necessitado pode ser tão complexo e relevante que não seria oportuno e prudente deixar que servidores do próprio quadro efetivo o executassem. Isso pode ocorrer, por exemplo, em certas causas judiciais, quando, apesar de o órgão ou entidade pública possuir servidores da área jurídica (procuradores, advogados públicos, etc.), estes não se encontrarem aptos a atuar naquela demanda específica, o que autorizaria a contratação de um profissional ou de uma empresa especializada naquele tipo singular de contencioso, a fim de ampliar as chances de sucesso na demanda judicial.

Noutro exemplo, mesmo se existir, em determinado órgão ou entidade, corpo próprio de engenheiros civis (efetivos), mas forem demandados serviços de engenharia sanitária para elaboração de projeto específico de saneamento ambiental, verifica-se a possibilidade, diante das circunstâncias do caso concreto, de se configurar viável a contratação mediante procedimento licitatório de especialista para a execução do serviço esporádico.

Desta forma, em certos casos, mesmo o serviço estando compreendido nas atribuições inerentes a categorias funcionais do quadro de pessoal efetivo do órgão ou entidade pública, a contratação de profissionais técnico-especializados, por intermédio de pessoas físicas ou jurídicas, pode ser a alternativa mais razoável e econômica para a execução de determinado serviço eventual e complexo, não havendo, necessariamente, a obrigação de realização de concurso público.

Em sentido contrário, se o serviço técnico demandado for rotineiro e de natureza ordinária ou permanente, a regra do concurso público se impõe.

Noutro aspecto, a contratação de profissionais técnico-especializados também encontraria óbices se, mesmo em situações eventuais específicas e não permanentes, servisse para suprir atividades típicas reservadas exclusivamente a servidores públicos efetivos, a exemplo das carreiras que desempenham o exercício do poder de polícia estatal.

Assim, a fim de exemplificar tais atividades típicas de Estado, cita-se a Instrução Normativa nº 2/2008, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que assim estabelece em seu

artigo 9º:

Art. 9º É vedada a contratação de atividades que:
[...]

II – constituam a missão institucional do órgão ou entidade; e

III – impliquem limitação do exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público, exercício do poder de polícia, ou manifestação da vontade do Estado pela emanação de atos administrativos, tais como:

- a) aplicação de multas ou outras sanções administrativas;
- b) a concessão de autorizações, licenças, certidões ou declarações;
- c) atos de inscrição, registro ou certificação; e
- d) atos de decisão ou homologação em processos administrativos.

Aliás, é pertinente salientar que nestes tipos de serviços exclusivos do Estado este Tribunal de Contas não admite nem mesmo que sejam objeto de contratação temporária por excepcional interesse público, o que permite inferir que tampouco seria possível por meio de contrato administrativo, conforme esclarece o seguinte prejulgado:

Resolução de consulta nº 5/2013-TP

EMENTA: Agência Municipal de Regulação dos Serviços Públicos de Água e Esgotamento Sanitário do município de Cuiabá. Consulta. Pessoal. Admissão. Contratação temporária. Contratação para atividades permanentes e finalísticas das agências reguladoras. Impossibilidade: Não é possível a contratação temporária para suprir atividades permanentes relacionadas às funções de regular, fiscalizar, controlar, normatizar e padronizar serviços junto a agências reguladoras, tendo em vista que desempenham funções tipicamente estatais, devendo ser realizadas por profissionais de carreira, devidamente aprovados em concurso público. (grifo nosso).

Há que ponderar, também, que podem existir casos em que, eventual e transitoriamente, haja uma sobrecarga sazonal nas demandas de serviços para determinada carreira efetiva, a exemplo de advogados públicos. Nessas hipóteses o contingente insuficiente para fazer face às necessidades do órgão ou entidade autorizaria a contratação de outros advogados até a normalização dos serviços. Registre-se que tal contratação somente seria possível caso a demanda fosse, de fato, esporádica e transitória, pois, caso contrário, o quadro efetivo deve ser redimensionado mediante a realização de novo con-

curso público.

Ademais, ainda em se tratando de contratação de profissionais técnico-especializados para atendimento da área jurídica, se perfaz possível a contratação de serviços técnico-jurídicos quando houver conflito de interesses da instituição e dos servidores que poderiam vir a defendê-la.

A fim de corroborar os argumentos apresentados, cita-se a seguinte jurisprudência administrativa sobre o tema:

Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina – Prejulgado nº 1.857.⁸

Os serviços técnicos necessários ao cumprimento das atribuições de Câmara Municipal, quando não puderem ser executados pelos Vereadores ou servidores do quadro do Poder Legislativo, dada a sua complexidade, poderão ser realizados por empresa ou profissional habilitado, desde que não tratem de atribuição reservada a órgão ou ente público, que se dê a observância da de Licitações e Contratos Administrativos, e ainda que não trate de assessoria de caráter permanente, o que exigiria a realização de concurso público. (grifo nosso).

Tribunal de Contas do Estado de Tocantins – Resolução nº 415/2011 – Pleno – Resposta à Consulta.⁹

No mérito, responder ao consulente que como regra geral a representação judicial, extrajudicial e assessoramento de entes públicos devem ser feitos por Procurador Público e Assessoria Própria. Contratação de serviços de assessorias ou consultoria técnicas particulares – excepcionalidade condicionada à Lei de Licitações. A licitação poderá ser dispensada ou inexigível, caso sejam atendidos os requisitos inseridos, respectivamente, no inciso II do art. 24 ou no inciso II, combinado com o § 1º do artigo 25 da Lei Federal nº 8.666/93. Sendo substitutivo de pessoal computar-se-á no limite de despesa com pessoal previsto na LRF.
[...]

8.2.1 Há amparo legal para a contratação de serviços técnicos profissionais especializados de assessoramento atinente à área tributária, visando estudos e consultoria para a constituição e cobrança de créditos desde que devidamente justificada para atender serviços que não possam ser realizados pela assessoria

⁸ Disponível em: <<http://www.tce.sc.gov.br/web/menu/deciso.es>>.

⁹ Disponível em: <http://www.tce.to.gov.br/sitetce/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=29&Itemid=12&limitstart=5>.

jurídica do órgão, dada a sua complexidade (objeto singular). (grifo nosso).

Tribunal de Contas da União – TCU – Acórdão nº 141/2013, TC 008.671/2011-7, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 06/02/2013.

VOTO

O Acórdão 250/2002-TCU-2ª Câmara, prolatado em um contexto de excepcionalidade, apenas permite contratação de escritórios de advocacia em três hipóteses específicas:

- a) em função de demanda excessiva, incompatível com o volume de serviço possível de ser suprido por servidores/empregados do quadro próprio;
- b) em função da especificidade da questão a ser discutida;
- c) em razão da existência de conflitos entre os interesses da instituição e dos empregados que poderiam vir a defendê-la.

Como demonstrou a instrução original, as contratações dos escritórios trabalhistas efetuadas pela NUCLEP não têm sido pontuais nem excepcionais, mas revela prática usual de terceirização de atividades fins da companhia, agravada pela realização de concursos públicos com poucas vagas para o cargo de advogado e, ainda, com o parco aproveitamento dos candidatos em cadastro de reserva, subestimando, assim, as suas necessidades de serviço. Ao que tudo indica, tal manobra denota a utilização deturpada das hipóteses excepcionais contempladas no Acórdão 250/2002-TCU-Plenário para perpetuar a burla à exigência constitucional do provimento de cargos por meio do concurso público. (grifo nosso).

Pelo exposto, defende-se a possibilidade da contratação de serviços técnico-profissionais por parte da Administração Pública, nas hipóteses destacadas a seguir, independentemente de estarem compreendidos em atribuições inerentes a categorias funcionais do quadro de pessoal efetivo, quando:

- a) o contingente de servidores existentes for insuficiente para o atendimento de uma sobrecarga sazonal e transitória na demanda por determinado serviço técnico;
- b) o corpo de servidores não for suficientemente especializado para satisfazer demandas por serviços singulares e complexos; ou,
- c) no caso de serviços jurídicos, houver conflito de interesses da instituição e dos servidores que poderiam vir a defendê-la.

Adicionalmente, exige-se que na contratação de serviços técnico-profissionais especializados por parte da Administração Pública sejam observados os seguintes requisitos:

- a) possuir objeto específico e especializado;

- b) necessidade do serviço eventual ou não permanente;
- c) os serviços a serem contratados não podem se constituir em atividades típicas e exclusivas de Estado, a exemplo daqueles que impliquem a limitação do exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público, no exercício do poder de polícia, ou na manifestação da vontade do Estado pela emanção de atos administrativos;
- d) observância às regras de licitação e contratos administrativos estampadas na Lei nº 8.666/93, mesmo se se tratar de casos de dispensa ou inexigibilidade.

Há que se observar, contudo, que o descumprimento das hipóteses e requisitos acima descritos podem levar à conclusão de que a contratação, de fato, tem a indevida intenção de substituição de servidores públicos, o que atentaria contra o princípio do concurso público, fazendo incluir os gastos no limite de despesas com pessoal previsto na LRF.¹⁰

3.3. Investidura em cargos públicos na área da Advocacia Pública

Ao tratar da Advocacia Pública, a Constituição Federal dispõe que a estrutura jurídica do Poder Executivo da União, dos Estados e do Distrito Federal deve ser composta por profissionais organizados em carreira e aprovados por concurso público de provas e títulos, conforme se infere do art. 131, § 2º e 132 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

[...]

§2º. O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata deste artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso

10 LRF

Art. 18 [...]

§ 1º Os valores dos contratos de terceirização de mão de obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como "Outras Despesas de Pessoal".

dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. (grifo nosso).

Nesta esteira, o STF já assentou entendimento de que o assessoramento jurídico e a representação judicial dos estados-membros devem ser realizados por profissional de carreira, submetido previamente a concurso público, conforme decisão abaixo:

A atividade de assessoramento jurídico do Poder Executivo dos Estados é de ser exercida por procuradores organizados em carreira, cujo ingresso depende de concurso público de provas e títulos, com a participação da OAB em todas as suas fases, nos termos do art. 132 da CF. Preceito que se destina à configuração da necessária qualificação técnica e independência funcional desses especiais agentes públicos. É inconstitucional norma estadual que autoriza a ocupante de cargo em comissão o desempenho das atribuições de assessoramento jurídico, no âmbito do Poder Executivo. Precedentes. (ADI 4.261, Rel. Min. **Ayres Britto**, julgamento em 2-8-2010, Plenário, *DJE* de 20-8-2010.) **No mesmo sentido:** ADI 881-MC, Rel. Min. **Celso de Mello**, julgamento em 2-8-1993, Plenário, *DJ* de 25-4-1997¹¹. (grifo nosso).

Considerando-se os textos constitucionais citados, é inequívoca a conclusão de que nos Poderes Executivos da União, dos Estados e do Distrito Federal, o exercício das atribuições de representação judicial e extrajudicial, de consultoria e de assessoramento jurídico deve ser realizado por servidor investido em cargo efetivo mediante aprovação por meio de concurso público.

A dúvida que se impõe é quanto à necessidade de os Poderes Executivos municipais também terem que adotar o referido modelo constitucional ou se poderão dispor de forma diversa, em razão de sua autonomia legislativa local.

Nestes termos, defende-se que, diante do princípio da simetria, que exige obediência e reprodução, nos demais entes da federação, dos modelos institucionais requeridos pela Constituição Federal para a União, a representação judicial e extrajudicial, a consultoria e o assessoramento jurídico dos órgãos e entidades públicas municipais também

devem ser exercidos por servidores concursados, nos estritos termos do artigo 131 da CF/88.

Nesta linha de raciocínio e explicando a aplicabilidade do princípio da simetria à referida disposição constitucional, é oportuno citar a notável argumentação do eminente conselheiro substituto Ronaldo Ribeiro de Oliveira proferida nos autos do processo TCE-MT nº 57576/2013:

Embora a Constituição Federal não disponha expressamente sobre os Municípios, é pacífico o entendimento de que estes, por força do princípio da simetria, previsto no art. 29 da Magna Carta, devem observância obrigatória às normas gerais constitucionais. Ou seja, deve haver uma relação simétrica das Leis Orgânicas Municipais com as normas da CF e das Constituições Estaduais.

A título exemplificativo, cito o caso dos Tribunais de Contas Estaduais, órgãos cujas atribuições e estruturas não foram expressa e especificamente tratadas pela Constituição Federal, mas que em razão do princípio da simetria devem, obrigatoriamente, observar as regras e normas gerais impostas ao Tribunal de Contas da União.

Nesta esteira, aplica-se, obrigatoriamente, o princípio da simetria também ao Poder Executivo Municipal, no sentido de que a representação judicial, o assessoramento e a consultoria jurídica devem ser realizadas por advogado/procurador concursado, nos termos dos arts. 131 e 132 da CF. (grifo nosso).

Nesta mesma linha de entendimento, segue jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, que em várias decisões já prolatou o entendimento de que os municípios devem obediência ao modelo constitucional estampado nos arts. 131 e 132 da CF/88, conforme se depreende dos seguintes julgados:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – MUNICÍPIO DE BARRA DO GARÇAS – LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL Nº 84/2005 COM A REDAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 88/2005 – CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO – PROCURADOR DO MUNICÍPIO – ATRIBUIÇÕES DE NATUREZA EMINENTEMENTE TÉCNICAS – AUSÊNCIA DE EXCEPCIONAL VÍNCULO DE CONFIANÇA COM A AUTORIDADE NOMEANTE – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SIMETRIA – INFRINGÊNCIA AOS ARTS. 129, I E II E 173, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MATO GROSSO CONFIGURADA – NECESSIDADE DE PROVIMENTO DOS CARGOS POR

¹¹ Texto retirado da publicação: **A Constituição e o Supremo**. Supremo Tribunal Federal. 4. ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2011.

INTERMÉDIO DE CONCURSO PÚBLICO – MODULAÇÃO NECESSÁRIA POR RAZÕES DE SEGURANÇA JURÍDICA – NECESSIDADE DE PRESERVAR A VALIDADE JURÍDICA DOS ATOS PRATICADOS PELOS OCUPANTES DE CARGOS COMISSIONADOS DE PROCURADOR MUNICIPAL – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

A criação de cargos em comissão para o preenchimento de vagas de Procurador Municipal configura verdadeira afronta ao art. 129, I e II, da Constituição de Mato Grosso, na medida em que possibilitam o acesso a cargos públicos sem a prévia aprovação em concurso público, com base em exceção constitucional que não restou configurada, diante do desempenho, por parte de seus ocupantes, de atribuições eminentemente técnicas que dispensam a existência de um liame de confiança estabelecido entre estes e a autoridade nomeante. Tendo em vista que o ingresso na carreira da Advocacia Pública da União e dos Estados deve se dar por meio de concurso público, como exigem os arts. 131 e 132 da Carta Política Federal e 111 da Constituição de Mato Grosso, os cargos de advogado público municipal igualmente devem ser providos da mesma forma, observando, assim, o princípio da simetria para os entes municipais albergado no art. 173, § 2º, da Constituição Estadual que, frise-se, também encontra amparo no art. 29 da Carta da República.

Por razões de segurança jurídica e com fulcro no art. 27 da Lei nº 9.868/99, deve ser aplicado efeito ex nunc à decisão, que estaria então dotada de eficácia plena a partir do trânsito em julgado desta proclamação decisória, a fim de preservar a validade jurídica de todos os atos praticados pelos ocupantes de cargos comissionados de Procurador do Município de Barra do Garças. (TJMT – ADI, 106054/2011, Des. Luiz Ferreira DA Silva, Tribunal Pleno, Data do Julgamento, 08/11/2012, Data da Publicação no DJE, 25/02/2013). (grifo nosso).

EMENTA. Recurso de agravo de instrumento – Ação Civil Pública – Obrigação de fazer – Concurso público para o cargo de procurador municipal – Arts. 131 e 132 da Constituição Federal – Advocacia Pública – Princípio da simetria – Art. 88, da Lei Orgânica Municipal – Dilação do prazo – Recurso parcialmente provido.

Para a concessão de medida liminar em ações que tenham como objeto obrigação de fazer ou não fazer, é necessário a presença latente de dois requisitos, simultaneamente, quais sejam o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Inteligência do artigo 461, § 3º, do Código de Processo Civil o que, no presente caso,

não restaram demonstrados. Os artigos 131 e 132, da Constituição Federal, dispõem expressamente que o ingresso na Advocacia Pública da União, Estados e Distrito Federal será mediante aprovação em concurso público de provas e títulos. Embora a Constituição Federal não disponha expressamente sobre as Procuradorias Municipais, em atenção ao princípio da simetria deve ser adotado o mesmo modo para o ingresso na carreira de Procurador Municipal, consoante previsto na Lei Orgânica do Município/Agravante, em seu artigo 88. (TJMT – RAI nº 82757/2011, Des. José Tadeu Cury – Órgão Julgador: Terceira Câmara Criminal, Data do Julgamento, 17/04/2012, Data da Publicação no DJE, 02/05/2012). (grifo nosso).

Noutro giro, além da imposição constitucional acima citada, constata-se que as funções de representação judicial e extrajudicial, de consultoria e de assessoramento jurídico, representam atividades típicas, ordinárias e permanentes a serem desempenhadas na Administração Pública, carecendo, portanto, de vínculo funcional efetivo.

Neste sentido, é inquestionável o fato de que os advogados públicos atuam diretamente na maioria dos processos administrativos e judiciais nos quais a Administração é parte ou responsável, tais como: ações de execução fiscal, atos de admissão de pessoal, atos de aposentadorias e pensões, processos judiciais cíveis e trabalhistas, licitações e contratos administrativos, emissão de pareceres, dentre outros.

Ademais, as atividades desenvolvidas pelos advogados públicos, quase sempre e de alguma forma, implicam limitação de direitos individuais em benefício do interesse público, no exercício do poder de polícia estatal ou na manifestação da vontade do Estado pela emanção de atos administrativos, tendo em vista que devem atuar em processos administrativos que resultem em aplicação de multas ou outras espécies de sanções; concessões de autorizações, licenças, certidões ou declarações; atos de inscrição, registro ou certificação; e atos de decisão ou homologação exarados por autoridades administrativas.

Observa-se, ainda, que o desempenho dessas atribuições exige independência funcional, própria dos cargos efetivos, para assegurar que essas funções não sejam praticadas somente de acordo com a vontade do administrador, mas em conformidade com o sistema jurídico vigente, devendo, portanto, serem exercidas por servidores que gozam de certa autonomia funcional, diferentemente dos cargos em comissão que se regem pela “confiança” e pelo “*nutum*”. Este tem sido o entendimento dos Tribunais de Justiça pátrios, conforme julgados abaixo:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE NO MANDADO DE SEGURANÇA. LEI Nº 1.578/93 DO MUNICÍPIO DE BAIXO GUANDU. INSTITUIÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO DE ASSESSOR JURÍDICO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA. MANIFESTA INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPATIBILIDADE DIRETA COM OS ARTIGOS 131 E 132 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ADVOCACIA PÚBLICA. NECESSIDADE DE CONCURSO PÚBLICO.

1) Incide em manifesta inconstitucionalidade, por incompatibilidade vertical com os artigos 131 e 132 da Constituição Federal, a Seção III do Capítulo I da Lei nº 1.578/93 do Município de Baixo Guandu, que atribuiu a servidores comissionados a responsabilidade pelo desempenho da atividade jurídica consultiva e contenciosa exercida na defesa dos interesses da referida unidade federativa.

2) A Magna Carta de 1988, ao conferir o monopólio da defesa jurídica das pessoas políticas aos detentores de cargos, organizados em carreira, de Procurador ou de Advogado da União, na verdade, objetivou institucionalizar a Advocacia Pública, delineando o seu perfil e discriminando as atividades inerentes aos órgãos e agentes que a compõem.

3) E isso porque, ao exigir concurso público, a Constituição quis que seus membros tivessem a necessária independência funcional para realizarem o bom controle da legalidade dos atos da Administração, de forma a assegurar que esses – atos administrativos – não sejam praticados somente de acordo a vontade do administrador, mas também em conformidade com o sistema normativo.

4) De tal maneira, somente um servidor que tem asseguradas certas garantias funcionais, como ocorre com os concursados, pode afirmar, sem nenhum temor de ser exonerado, que um ato do Presidente da República, do Governador, do Prefeito, de Secretário não está condizente com a lei.

5) Por tais razões, a norma constitucional que institucionaliza a Advocacia Pública está revestida de eficácia vinculante para todas as unidades federadas, uma vez que, conforme salienta o Ministro Celso de Melo, no contexto normativo que emerge o art. 132 da Constituição, e numa análise preliminar do tema, parece não haver lugar para nomeações em comissão de servidores públicos que venham a ser designados, no âmbito do Poder Executivo, para o exercício de funções de assistência, de assessoramento ou de consultoria na área jurídica. A exclusividade dessa função de consultoria remanesce, agora, na esfera institucional da Advocacia Pública, exercida [...] por suas respectivas procuradorias-gerais e pelos mem-

broso que a compõem. (ADIN 881, DJ 25.04.1997).

6) Logo, a Advocacia Pública deve ser exercida exclusivamente por servidores efetivos, sendo incompatíveis com tal mister os cargos de natureza comissionada, por se enquadrar como de confiança da autoridade nomeante. ACORDA o Egrégio Tribunal Pleno, em conformidade da ata e notas taquigráficas da sessão, que integram este julgado, à unanimidade, declarar a inconstitucionalidade da norma inserida na Seção III do Capítulo I da Lei nº 1.578/93 do Município de Baixo Guandu (TJES. Incidente de Inconstitucionalidade em apelação cível 0801007-96.2008.8.08.0007 (007.08.801007-4). Órgão: Tribunal Pleno. Data da Publicação no Diário: 10/07/2012). (grifo nosso).

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CARGOS EM COMISSÃO. ART. 32, CE/89. ART. 37, V, CF/88. PROVIMENTO EXCLUSIVO DOS CARGOS DE DIREÇÃO, CHEFIA E ASSESSORAMENTO. LEI MUNICIPAL DE TRIUNFO E NÃO OCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO, SEM REDUÇÃO DE TEXTO. RESSALVA DO CARGO DE DIRETOR DE ADMINISTRAÇÃO DA REDE DE ESCOLAS MUNICIPAIS. Sabidamente, a regra geral do provimento dos cargos públicos é o competitivo, assegurando igualdade de acesso, sendo excepcional o comissionamento, permitido apenas nas hipóteses de direção, chefia e assessoramento, onde presente intensa relação de confiança. (TJ-RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Data de Julgamento: 26/09/2011, Tribunal Pleno). (grifo nosso).

Ação Popular. Ocupantes de cargos de provimento em comissão do Município de Porto Ferreira. Exercício de advocacia privada. Alegação de violação ao art. 37, incs. V e XVI, CF. Cargos de Assessor Jurídico da Câmara Municipal e de Assessor Jurídico da Procuradoria Geral do Município. Atribuições eminentemente técnicas. Inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 2.272/2002 e da Lei Complementar local nº 71/2006. Súmula Vinculante nº 10 do STF. Suspensão do julgamento, com remessa dos autos ao E. Órgão Especial (arts. 190 e 191, RITJSP). Incidente de Inconstitucionalidade suscitado. (TJ-SP – APL: 31883620068260472 SP 0003188-36.2006.8.26.0472, Relator: Borelli Thomaz, Data de Julgamento: 11/05/2011, 13ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 11/05/2011).

Neste diapasão, recorrendo-se mais uma vez à

honorável manifestação do conselheiro substituto Ronaldo Ribeiro de Oliveira, nos autos do processo TCE-MT nº 57576/2013, no qual assentou a necessidade de independência dos servidores que executam serviços inerentes à Advocacia Pública:

Como se sabe, tal profissional tem como obrigação propor ações de execução fiscal contra quem quer que seja o contribuinte devedor, o que inclui o próprio Prefeito. Também lhe compete emitir pareceres independentes nos processos licitatórios, como exige a Lei nº 8.666/93, nos atos de pessoal, patrimônio, previdência, em contratos, dentre outros que tramitam na Prefeitura, de modo que o requisito ‘confiança da autoridade nomeante’ se mostra totalmente incompatível com essas atribuições.

No que concerne aos serviços jurídicos necessitados pelos Poderes Legislativos, é importante ressaltar que, embora não haja comando constitucional expresso os obrigando a adotar uma estrutura efetiva de carreira para as atribuições de representação judicial e extrajudicial, de consultoria e de assessoramento – como acontece para os Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme estudo anteriormente apresentado – é pertinente salientar que os Tribunais pátrios, reconhecendo que tais serviços são típicos, operacionais e permanentes também nos Poderes Legislativos e que os servidores que cumprem este desiderato devem gozar de independência funcional, estão decidindo pela necessidade de carreira efetiva a ser suprida por concurso público.

Neste sentido, citam-se os seguintes julgados:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL – DIREITO ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE RESPONSABILIDADE POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRINCÍPIO DA ADSTRIÇÃO – INTELIGÊNCIA DO PEDIDO QUE NÃO SE LIMITA À LITERALIDADE – SENTENÇA QUE NÃO É EXTRA OU ULTRA PETITA – ÔNUS DA PROVA – APLICAÇÃO DA REGRA GERAL DO ART. 333, DO CPC – RÉU QUE NÃO DEMONSTROU A PROIBIDADE DE SUA ATUAÇÃO CONTRA LEGEM – REALIZAÇÃO DE CONVITE AO INVÉS DE CONCURSO PÚBLICO PARA CONTRATAÇÃO DE ASSESSORES JURÍDICOS – BURLA AO ART. 37, II, DA CF – ATO DE IMPROBIDADE CONFIGURADO – SANÇÕES REDUZIDAS EM OBEDIÊNCIA À RAZOABILIDADE E À INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS – APELO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.

[...]

O administrador não logrou demonstrar que ao escritório de advocacia contratado, a partir da licitação, na modalidade convite, tenham sido requisitados trabalhos que exigiam especialização, ou notório conhecimento em Direito Público. Aliás, depõe contra este argumento, o fato do contrato ter prazo certo e não um objeto determinado, como sói acontece nas contratações de serviços disciplinadas pela Lei de Licitação, em seu art.

13. Portanto, evidente à burla ao art. 37, II, da CF, na medida em que para a realização dos serviços advocatícios da Casa Legislativa deveria ter sido realizado concurso público para preenchimento das vagas de assessor jurídico. [...] (TJ-PR, Relator: Anny Mary Kuss, Data de Julgamento: 05/05/2008, 4ª Câmara Cível).

Tribunal de Contas de Santa Catarina – Prejudicado nº 1911/2007.

[...]

2. De acordo com o ordenamento legal vigente a execução das funções típicas e permanentes da Administração Pública, das quais decorram atos administrativos, deve ser efetivada, em regra, por servidores de seu quadro de pessoal, ocupantes de cargos de provimento efetivo ou comissionado, estes destinados exclusivamente ao desempenho de funções de direção, chefia ou assessoramento, conforme as disposições do art. 37, II e V, da Constituição Federal.

3. Nas Câmaras de Vereadores cuja demanda de serviços jurídicos é reduzida, os serviços jurídicos poderão ser executados por servidor com formação específica e registro no Órgão de Classe (OAB), com a carga horária proporcional ao volume dos serviços (item 6.2.2.1 desta Decisão), nomeado para exercer cargo de provimento efetivo, através de prévio concurso público (art. 37, II, da Constituição Federal) [...]. (grifo nosso).

É pertinente, ainda, evidenciar que esta Corte de Contas vem, em julgamentos de contas anuais e/ou representações de Câmaras municipais, determinando aos fiscalizados que promovam o necessário concurso público para o provimento de cargos públicos cujas funções sejam de representação judicial e extrajudicial, de consultoria e de assessoramento jurídico, conforme os seguintes julgados:

Acórdão nº 89/2013 – Conselheira Substituta Jaqueline Jacobsen – Representação Interna

[...] acerca da contratação irregular de assessor jurídico, conforme razões do voto da Relatora; **determinando** ao atual gestor que nomeie o aprovado no

concurso para o cargo efetivo de assessor jurídico até o dia 31-12-2013; [...]. (grifo nosso).

Acórdão nº 239/2012 – SC – Rel. Conselheiro Substituto Isaías Lopes da Cunha – Contas anuais [...]

4) [...] crie no seu quadro de pessoal o cargo efetivo de contador e assessor jurídico, caso não exista, e realize concurso público, no prazo de 240 dias, para prover os referidos cargos; [...]. (grifo nosso).

Noutro aspecto, é importante pontuar que a regularização do vínculo funcional de advogados/procuradores jurídicos mediante a realização de concurso público nos pequenos Poderes Legislativos municipais ou em outras entidades municipais que configuram diminutas unidades administrativas, a exemplo de Fundos Próprio de Previdência Social (RPPS) constituídos na forma de autarquias, pode representar tarefa mais árdua do que em unidades administrativas maiores, como as prefeituras municipais, o que, contudo, não impede a aplicação das regras constitucionais alhures estudadas.

Desta forma, questões como:

- a) não terem demanda de serviços suficiente para justificar um advogado/procurador efetivo permanentemente; e,
- b) não contarem com disponibilidade orçamentária e financeira para assumirem uma nova despesa permanente com o preenchimento de um cargo efetivo, não servem para justificar a desobediência ad *eternum* à exigência constitucional do concurso público.

A uma, porque as pequenas unidades administrativas, a exemplo de Câmaras municipais e RPPS, poderão compatibilizar sua necessidade de serviços à exigência de uma carga horária reduzida e suficiente para satisfazê-la, diminuindo proporcionalmente a respectiva remuneração. A duas, porque essas despesas já são atualmente suportadas por estes órgãos e entidades quando preenchem cargos exclusivamente comissionados ou quando contratam prestadores de serviços, pois em ambas as hipóteses as despesas oneram seus respectivos orçamentos e também já são levadas em consideração na apuração dos limites com gastos de pessoal impostos pela Constituição e pela LRF.

Corroborando as assertivas acima apresentadas citam-se os seguintes prejulgados de outros Tribunais de Contas:

Tribunal de Contas de Santa Catarina – Prejulgado nº 1911/2007.

1. É de competência da Câmara Municipal decidir

qual a estrutura necessária para execução dos seus serviços jurídicos, considerando entre outros aspectos, a demanda dos serviços se eventual ou permanente; o quantitativo estimado de horas necessárias para sua execução; o quantitativo e qualificação dos servidores necessários para realização dos serviços; e a estimativa das despesas com pessoal.

[...]

5. O(s) cargo(s) de provimento efetivo ou em comissão deve(m) ser criado(s) mediante Resolução aprovada em Plenário, limitado(s) à quantidade necessária ao atendimento dos serviços e do interesse público, a qual deve estabelecer as especificações e atribuições do(s) cargo(s) e a carga horária a ser cumprida (item 6.2.8 desta Decisão), devendo a remuneração ser fixada mediante lei de iniciativa da Câmara (art. 37, X, da Constituição Federal), proporcional à respectiva carga horária (item b.1 desta Decisão), observados a disponibilidade orçamentária e financeira, bem como os limites de gastos previstos pela Constituição Federal (art. 29-A) e pela Lei Complementar (federal) nº 101, de 2000, e os princípios da economicidade, da eficiência, da legalidade e da razoabilidade.

[...]

8. Compete à Câmara Municipal definir a carga horária necessária para execução dos seus serviços jurídicos, podendo ser estabelecida em 10, 20, 30 ou 40 horas semanais, para melhor atender o interesse público, devendo a remuneração ser fixada proporcionalmente à carga horária efetivamente cumprida. (grifo nosso).

Tribunal de Contas do Estado do Paraná – Prejulgado nº 06/2008

EMENTA: Prejulgado. Regras Gerais para os contadores e assessores jurídicos dos Poderes Legislativo e Executivo, Autarquias, Sociedades de Economia Mista, Empresas Públicas e Consórcios Intermunicipais: (1) Necessário concurso público, em face do que dispõe a Constituição Federal. Sendo frustrado o concurso pode haver (2) revisão da carreira do quadro funcional, procurando mantê-la em conformidade com o mercado ou (3) redução da jornada de trabalho com redução proporcional dos vencimentos [...]. (grifo nosso).

Inobstante as regras para a realização do concurso público e o respectivo provimento dos cargos cujas funções sejam inerentes às atribuições permanentes de representação judicial e extrajudicial, de consultoria e de assessoramento jurídico, são permitidos a criação e o provimento de cargos em comissão de assessor, chefe ou diretor jurídico.

Esta possibilidade encontra-se consagrada nos incisos II e V do artigo 31 da CF/88 e, conforme analisado no subtópico 3.1.2 deste parecer, deve pressupor vínculo de confiança e caráter de transitoriedade (*nutum*), destinando-se apenas ao exercício de atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Neste contexto, o cargo em comissão com atribuições jurídicas pode ser provido apenas para assessoramento jurídico direto da autoridade nomeante ou para exercício de atividades de chefia ou direção de um departamento jurídico, situação esta em que deve haver uma carreira e quadro próprio de servidores efetivos já implementados pela Administração.

Nesta linha de entendimento citam-se os seguintes julgados dos Tribunais pátrios:

O Procurador-Geral do Estado exerce as atribuições, *mutatis mutandis*, do Advogado-Geral da União, inclusive no que se refere à função de representar judicialmente o ente federativo a que está vinculado. Assim, não há que se falar em ausência de legitimidade do Procurador-Geral do Estado, independentemente de ser membro da carreira, na representação judicial do Estado. (STF – RE 446.800-ED, voto da Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8-9-2009, Primeira Turma, DJE de 2-10-2009). (grifo nosso).

Tribunal de Contas de Santa Catarina – Prejulgado nº 1911/2007

[...]

4. Sempre que a demanda de serviços jurídicos – incluindo a defesa judicial e extrajudicial – for permanente e exigir estrutura de pessoal especializado com mais de um profissional do Direito, é recomendável a criação de quadro de cargos efetivos para execução desses serviços, com provimento mediante concurso público (art. 37, II, da Constituição Federal), podendo ser criado cargo em comissão (art. 37, II e V, da Constituição Federal) para chefia da correspondente unidade da estrutura organizacional (Procuradoria, Departamento Jurídico, Assessoria Jurídica, ou denominação equivalente). (grifo nosso).

Tribunal de Contas do Estado do Paraná – Prejulgado nº 06/2008

Ementa: Regras específicas para assessores jurídicos do Poder Legislativo e do Poder Executivo: (1) Cargo em comissão: possível, desde que seja diretamente ligado à autoridade. não pode ser comissionado para atender ao poder como um todo. Possibilidade da criação de cargo comissionado de chefia ou função gratificada para assessoramento exclusivo

do chefe do poder legislativo ou de cada vereador, no caso do poder legislativo e do prefeito, no caso do poder executivo. deverá haver proporcionalidade entre o número de servidores efetivos e de servidores comissionados. (grifo nosso).

Ressalta-se, por oportuno, que os entendimentos jurisprudenciais acima citados também albergam as conclusões a que chegou o conselheiro substituto Ronaldo Ribeiro de Oliveira, nos autos do processo TCE-MT nº 57576/2013, no qual assim pontuou: [...]

O Prefeito se necessitar e quiser, pode criar um cargo em comissão de assessor; o que não pode é esse assessor responder por toda área técnica jurídica da Prefeitura, vez que essa atividade, frisa-se, por força constitucional, só pode ser exercida por servidor de carreira.

Outrossim, pode o Prefeito nomear uma pessoa para o cargo em comissão de chefe/diretor do setor jurídico da Prefeitura; o que não pode é essa pessoa ser chefe dele mesmo, ou seja, deve haver pelo menos um advogado concursado para tanto.

[...] à Câmara não é vedada a criação do cargo em comissão de assessor. Caso o Presidente ou os Vereadores necessitem e entendam pela criação dos cargos de assessor legislativo, por exemplo, podem fazê-lo. O que não pode é ser criado um cargo em comissão de assessor jurídico que, na realidade, não assessora diretamente os Vereadores ou o Presidente, mas exerce atividades ordinárias, permanentes e necessárias ao regular funcionamento da Casa, como a emissão de pareceres em processos licitatórios, de pessoal etc. (grifo nosso).

Noutra banda, observa-se que, nos termos das conclusões apresentadas no subtópico 3.2. deste parecer, também é possível a contratação de serviços técnico-jurídicos por parte da Administração Pública, independentemente de estarem compreendidos em atribuições inerentes a categorias funcionais do quadro de pessoal efetivo, quando:

- a) o contingente de servidores existentes for insuficiente para o atendimento de uma sobrecarga sazonal e transitória na demanda por determinado serviço técnico;
- b) o corpo de servidores não for suficientemente especializado para satisfazer demandas por serviços singulares e complexos; ou,
- c) no caso de serviços jurídicos, houver conflito de interesses da instituição e dos servidores que poderiam vir a defendê-la.

Ademais, estas hipóteses que possibilitam a contratação de serviços técnico-jurídicos ainda de-

vem obediência aos seguinte requisitos:

- a) possuir objeto específico e especializado;
- b) necessidade do serviço eventual ou não permanente;
- c) os serviços a serem contratados não podem se constituir em atividades típicas e exclusivas de Estado, a exemplo daqueles que impliquem a limitação do exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público, no exercício do poder de polícia, ou na manifestação da vontade do Estado pela emanção de atos administrativos;
- d) observância às regras de licitação e contratos administrativos estampadas na Lei nº 8.666/93, mesmo se se tratar de casos de dispensa ou inexigibilidade.

Por último, em face dos argumentos gerais acima apresentados, entende-se, ainda, pela revogação dos seguintes prejudgados vigentes neste Tribunal de Contas:

Acórdão nº 1.524/2003 (DOE 14/10/2003). Contrato. Tributação. Recuperação de créditos. Contratação de profissionais. Observância aos requisitos.

O administrador público municipal tem obrigação de instituir e arrecadar tributos, da forma menos onerosa possível, com obediência à Lei de Responsabilidade Fiscal e à Lei de Licitações. Deve assegurar efetiva vantagem para a administração pública, mediante análise do custo/benefício da arrecadação de tributos através da estrutura municipal existente (Procuradoria) ou de eventuais contratações de profissionais para recuperação dos créditos.

Acórdão nº 947/2007 (DOE 15/05/2007). Pessoal. Admissão. Profissionais especializados. Atividades permanentes: concurso público. Serviços eventuais e não permanentes: necessidade de licitação prévia.

A administração pública deve, obrigatoriamente, contratar mediante processo licitatório quando os serviços desempenhados por profissionais especializados forem eventuais e não permanentes ou desenvolvidos por intermédio de pessoa jurídica. No caso de serviços permanentes, o gestor deve criar o cargo e realizar concurso público, salvo nas exceções previstas em lei.

O primeiro prejudgado porque leva à conclusão equivocada de que há margem de escolha, por parte da Administração Pública, quanto à utilização de sua estrutura jurídica própria (Procuradoria) ou a

contratação de serviços técnico-jurídicos para promoção de ações de recuperação de créditos tributários, contudo, conforme já estudado, esta opção não existe.

Isto porque, em regra, a recuperação extrajudicial ou judicial de créditos tributários é atribuição típica, permanente e finalística da Administração Pública, logo, deve ser desempenhada por servidores efetivos, sendo a contratação de serviços técnicos jurídicos uma exceção condicionada ao cumprimento das hipóteses e requisitos apresentados anteriormente.

Já o segundo, porque será apresentada adiante nova ementa contemplando dispositivo que absorve seu conteúdo.

3. CONCLUSÃO

Pelo exposto e considerando-se que:

- a) embora o Acórdão nº 3.981/2013-TP refira-se expressamente ao reexame da Resolução de Consulta nº 29/2008, o verbete destacado nos autos do processo TCE-MT nº 5.757-6/2013 está contido unicamente no Acórdão nº 100/2006;
- b) a matéria a ser reexaminada é aquela constante da primeira ementa contida no Acórdão nº 100/2006, que trata especificamente das formas de ingresso no serviço público, inclusive quanto aos cargos de atribuições jurídicas e à possibilidade de contratação de serviços técnicos especializados;
- c) a Constituição Federal, por meio do seu art. 37, II, determina que o provimento de cargos públicos que envolvam atribuições típicas, finalísticas e permanentes deve ser feito por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos, como regra geral;
- d) como formas excepcionalmente de ingresso no serviço público, previstas pela Constituição, estão os provimentos em cargos comissionados ou funções de confiança (incisos II e V do art. 37) e as contratações por tempo determinado para atender a necessidades temporárias de excepcional interesse público (inciso IX do art. 37);
- e) os cargos de provimento em comissão de livre nomeação e exoneração previstos no art. 37, inciso II, da Constituição Federal pressupõem a existência do vínculo de confiança e do *nutum*, destinando-se unicamente ao exercício das atribuições de direção, chefia e assessoramento;

- f) a possibilidade de criação de cargos de provimento por comissão não é aferida pela denominação que se lhe dá (assessor, chefe de departamento, consultor), mas sim pela natureza das atribuições respectivas;
- g) é necessário que a legislação descreva as atribuições dos cargos em comissão, as quais devem se harmonizar com o princípio da livre nomeação e exoneração, sendo imperioso que o profissional efetivamente exerça as atribuições descritas na lei;
- h) não é possível a criação de cargos em comissão para o desempenho de atividades meramente burocráticas ou operacionais;
- i) é permitida a contratação de serviços técnico-profissionais por parte da Administração Pública, independentemente de estarem compreendidos em atribuições inerentes a categorias funcionais do quadro de pessoal efetivo, quando:
- o contingente de servidores existentes for insuficiente para o atendimento de uma sobrecarga sazonal e transitória na demanda por determinado serviço técnico;
 - o corpo de servidores não for suficientemente especializado para satisfazer demandas por serviços singulares e complexos; ou,
 - no caso de serviços jurídicos, houver conflito de interesses da instituição e dos servidores que poderiam vir a defendê-la;
- j) além da observância às hipóteses descritas no item anterior, a possibilidade de contratação de serviços técnicos especializados deve respeitar os seguinte requisitos:
- possuir objeto específico e especializado;
 - a necessidade do serviço seja eventual ou não permanente;
 - os serviços a serem contratados não poderão se constituir em atividades típicas e exclusivas de Estado, a exemplo daqueles que impliquem a limitação do exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público, no exercício do poder de polícia, ou na manifestação da vontade do Estado pela emanção de atos administrativos; e
 - observância às regras de licitação e contratos administrativos estampadas na Lei nº 8.666/93, mesmo se se tratar de casos de dispensa ou inexigibilidade;
- k) a advocacia pública deve ser exercida, regra geral, por servidores efetivos, ou seja, organizados em carreira específica e submetidos ao concurso público, tanto no Poder Executivo quanto no Poder Legislativo;
- é permitida a criação de cargos em comissão para exercício da função de direção ou chefia da unidade jurídica de órgão ou entidade e também para o assessoramento direto da autoridade, devendo existir, em ambos os casos, cargos de provimento efetivo para o exercício da advocacia pública;
 - não é permitida a existência de cargo comissionado para realização de atividades jurídicas para atender o Poder como um todo e para exercício de suas tarefas operacionais e burocráticas.
- Ao julgar o presente processo e concordando este Egrégio Tribunal Pleno com o entendimento delineado no presente parecer, **sugere-se, cumulativamente:**
- a aprovação das seguintes ementas (art. 234, § 1º, da Resolução nº 14/2007):
- Resolução de Consulta nº __/2013. Pessoal. Admissão. Formas de ingresso no serviço público.**
- Em regra, a investidura em cargos com atribuições típicas, permanentes e finalística da Administração Pública ocorre por meio de admissão em concurso público, nos termos do inciso II do artigo 37 da CF/88.
 - Como formas excepcionais de ingresso no serviço público, previstas pela Constituição, estão os provimentos de cargos em comissão (incisos II e V do art. 37) e o preenchimento de funções por tempo determinado para atender necessidades temporárias de excepcional interesse público (inciso IX do art. 37).
 - A criação de cargos em comissão pressupõe a existência de vínculo de confiança e do *nutum*, destinando-se exclusivamente ao exercício das atribuições de direção, chefia e assessoramento.
 - A possibilidade de criação de cargos em comissão não é aferida pela denominação que se lhe dá (assessor, chefe de departamento, diretor, etc.), mas sim pela natureza de suas atribuições.
 - É necessário que a legislação descreva as atribuições dos cargos em comissão, demonstrando que as atividades se harmonizam com o princípio da livre nomeação e exoneração e com a necessidade da confiança da autoridade nomeante, sendo imperioso que o profissional exerça efetiva e estritamente as atribuições descritas na lei.
 - Não é permitida a criação de cargos em comissão para o desempenho de atividades meramente burocráticas, ordinárias ou operacionais.

Resolução de Consulta nº ___/2013. Contratos. Prestação de serviços. Serviços técnicos especializados. Excepcionalidade. Hipóteses e requisitos.

1) É permitida a contratação de serviços técnico profissionais especializados pela Administração Pública, independentemente de estarem compreendidos em atribuições inerentes a categorias funcionais do quadro de pessoal efetivo, nas seguintes hipóteses: **a)** quando o contingente de servidores existentes for insuficiente para o atendimento de uma sobrecarga sazonal e transitória na demanda por determinado serviço técnico; **b)** quando o corpo de servidores não for suficientemente especializado para satisfazer demandas por serviços singulares e complexos; ou, **c)** no caso de serviços jurídicos, quando houver conflito de interesses da instituição e dos servidores que poderiam vir a defendê-la.

2) Além da observância às hipóteses descritas no item anterior, a possibilidade de contratação de serviços técnicos especializados deve respeitar os seguintes requisitos: **a)** possuir objeto específico e especializado; **b)** a necessidade do serviço seja eventual ou não permanente; **c)** os serviços a serem contratados não podem se constituir em atividades típicas e exclusivas de Estado, a exemplo daquelas que impliquem a limitação do exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público, no exercício do poder de polícia, ou na manifestação da vontade do Estado pela emanção de atos administrativos; e **d)** observância às regras de licitação e contratos administrativos estampadas na Lei nº 8.666/93.

3) O descumprimento destas hipóteses e requisitos para a contratação de serviços técnico profissionais especializados compreendidos em atribuições inerentes a categorias funcionais do quadro de pessoal efetivo configura burla ao princípio do concurso público, caracterizando também a substituição indevida de servidores públicos, o que faz incluir o respectivo gasto no cômputo das despesas com pessoal, conforme estabelece o § 1º do artigo 18 da LRF.

Resolução de Consulta nº ___/2013. Pessoal. Admissão. Advocacia pública. Concurso público, regra geral. Exceções.

1) As atribuições ordinárias, corriqueiras e permanentes de representação judicial e extrajudicial, de consultoria e de assessoramento jurídico na Administração Pública devem ser realizadas por servidor investido em cargo efetivo devidamente aprovado em concurso público.

2) É permitida a criação e provimento de cargos em comissão para o exercício de atribuições de direção ou chefia de unidade técnica jurídica de órgãos ou entidades públicas, bem como para assessoramento

direto de autoridades, devendo existir, em ambos os casos, cargos de provimento efetivo para o exercício ordinário, corriqueiro e permanente das atribuições de representação judicial e extrajudicial, de consultoria e de assessoramento jurídico.

3) As pequenas unidades administrativas, a exemplo de Câmaras municipais e autarquias previdenciárias, a fim de atender à regra do concurso público para a admissão de advogados/procuradores públicos, podem, mediante legislação local, definir a carga horária e a remuneração do respectivo cargo público compatíveis com a necessidade do serviço.

2) Considerando que as ementas apresentadas acima absorvem teses constantes de vários prejudgados deste Tribunal, sugere-se a revogação dos seguintes verbetes inseridos na Consolidação de Entendimentos Técnicos:

a) revogação parcial do Acórdão nº 100/2006, na parte dispositiva apresentada na seguinte ementa:

PRIMEIRA EMENTA: Acórdão nº 100/2006 (DOE 15/02/2006). Pessoal. Admissão. Profissionais especializados. Atividades permanentes: concurso público. Serviços técnico-profissionais especializados: necessidade de licitação prévia.

A Constituição Federal de 1988 estabelece que os serviços públicos de natureza permanente devem ser executados por pessoal aprovado em concurso público, prevendo a possibilidade de contratação temporária em casos de urgência e interesse público relevantes.

Porém, para a contratação de serviços eventuais de natureza técnico profissional especializados, ofertados por profissionais com profissão regulamentada, a Administração Pública deve se pautar na Lei nº 8.666/93, que institui as normas para as contratações de serviços, dentre outras. Nesses casos, excecionados os casos de dispensa previstos no referido diploma legal, há necessidade da realização de processo licitatório, mesmo que seja para concluir pela sua inexigibilidade. (grifo nosso).

b) revogação parcial da Resolução de Consulta nº 29/2008, apenas quanto à parte dispositiva apresentada no item “4” de sua ementa:

REVOGAÇÃO PARCIAL: Resolução de Consulta nº 29/2008 (DOE 25/07/2008). Consórcio Público. Pessoal. Formas de contratação.

[...]

4) Quanto à forma de contratação de médicos es-

pecialistas, o Acórdão nº 100/2006 estabelece que a Administração Pública pode se pautar na Lei nº 8.666/93 para contratação de serviços eventuais de natureza técnico profissional especializados ofertados por profissionais com profissão regulamentada.

- c) revogação integral dos Acórdão nºs. 1.524/2003 e 947/2007:

Acórdão nº 1.524/2003 (DOE 14/10/2003). Contrato. Tributação. Recuperação de créditos. Contratação de profissionais. Observância aos requisitos.

O administrador público municipal tem obrigação de instituir e arrecadar tributos, da forma menos onerosa possível, com obediência à Lei de Responsabilidade Fiscal e à Lei de Licitações. Deve assegurar efetiva vantagem para a administração pública, mediante análise do custo/benefício da arrecadação de tributos através da estrutura municipal existente (Procuradoria) ou de eventuais contratações de profissionais para recuperação dos créditos.

Acórdão nº 947/2007 (DOE 15/05/2007). Pessoal. Admissão. Profissionais especializados. Ati-

vidades permanentes: concurso público. Serviços eventuais e não permanentes: necessidade de licitação prévia.

A administração pública deve, obrigatoriamente, contratar mediante processo licitatório quando os serviços desempenhados por profissionais especializados forem eventuais e não permanentes ou desenvolvidos por intermédio de pessoa jurídica. No caso de serviços permanentes, o gestor deve criar o cargo e realizar concurso público, salvo nas exceções previstas em lei.

Cuiabá, 7 de novembro de 2013.

Bruna Zimmer

Técnico de Controle Público Externo

Edicarlos Lima Silva

Consultor Adjunto à Consultoria Técnica

Bruno Anselmo Bandeira

Secretário-Chefe da Consultoria Técnica

Parecer do Ministério Público de Contas nº 8.850/2013

[...]

3. CONCLUSÃO

Pelo exposto, o Ministério Público de Contas, no uso de suas atribuições institucionais, opina:

- a) pelo conhecimento da presente consulta, devido à presença de seus pressupostos de admissibilidade (art. 237 da Resolução nº 14/2007 – Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso – RITCE-MT), em que há expressa autorização para que o conselheiro presidente desta Corte possa tomar a iniciativa em proposituras de reexames de teses prejudicadas, além da competência prevista no art. 24 do RITCE-MT;
- b) pela aprovação das Resoluções de Consulta em epígrafe, pelo Egrégio Tribunal Pleno, conforme regra o art. 81, IV, do Regimento Interno do TCE-MT;
- c) a revogação parcial do Acórdão nº 100/2006 e da Resolução de Consulta nº 29/2008, em face de suas absorções pelas

novéis ementas apresentadas;

- d) a revogação dos Acórdãos nº 1.524/2003 e nº 947/2007, em face de suas absorções pelas novéis ementas apresentadas.

É o parecer.

Ministério Público de Contas, Cuiabá, 22 de novembro de 2013.

Gustavo Coelho Deschamps

Procurador de Contas

Razões do Voto

Egrégio Plenário,

A presente consulta provoca o reexame das teses expostas na Resolução de Consulta nº 29/2008 e no Acórdão nº 100/2006, especificamente sobre possível irregularidade no provimento de cargo de assessor jurídico sem o respectivo concurso público, requerido por meio do julgamento do Acórdão nº 3.981/2013 – que tratou de denúncia feita em desfavor da Prefeitura e da Câmara Municipais de Nova Monte Verde. O referido acórdão é proveniente do Processo nº 5.757-6/2013 – que tratou de denúncia acerca de irregularidades na nomeação de advogado da Câmara municipal, bem como em razão da nomeação de assessor jurídico da Prefeitura Municipal de Nova Monte Verde, julgada improcedente, tendo sido determinado o reexame da tese relativa à Resolução de Consulta nº 29/2008.

O reexame proposto se assentou na constatação de que o verbete da Resolução de Consulta nº 29/2008 não contempla a possibilidade da criação e provimento de cargos comissionados para o exercício das atribuições de chefia, direção e assessoramento, conforme permite o inciso V do artigo 37 da Constituição Federal.

Prefacialmente, conheço da consulta na medida em que formulada por parte legítima, qual seja, o presidente do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, conselheiro José Carlos Novelli (artigo 237, RITCE-MT), com a adequada finalidade de provocar o reexame da tese prejulgada na Resolução de Consulta nº 29/2008 e, posteriormente, com o entendimento da consultoria técnica, também no sentido da revogação parcial do Acórdão nº 100/2006 e da revogação integral dos Acórdãos nºs 1.524/2003 e 947/2007.

Neste sentido, é necessário destacar que, embora o Acórdão nº 3.981/2013-TP refira-se exclusivamente à Resolução de Consulta nº 29/2008, o verbete destacado para reexame pelos conselheiros Valter Albano da Silva (relator do processo TCE-MT nº 5.757-6/2013) e Ronaldo Ribeiro de Oliveira (revisor) está contido unicamente no Acórdão nº 100/2006, como destacou a consultoria técnica em seu parecer.

A consultoria técnica explicou que isto ocorreu porque tanto o Acórdão nº 100/2006 quanto a Resolução de Consulta nº 29/2008 respondem a diversas indagações, as quais, para efeito de inclu-

são na Consolidação de Entendimentos Técnicos, foram desmembradas e reagrupadas para atender à classificação temática utilizada na referida publicação técnica – 1º) **Pessoal. Admissão. Formas de ingresso no serviço público;** 2º) **Contratos. Prestação de serviços. Serviços técnicos especializados. Excepcionalidade. Hipóteses e requisitos;** e 3º) **Pessoal. Admissão. Advocacia pública. Concurso público, regra geral. Exceções.**

O elogiável parecer da consultoria técnica deixa claro e reforça a obrigatoriedade, a necessidade e a importância de se ter no quadro organizacional da municipalidade uma procuradoria, de acordo com a potencialidade e necessidade do município ou, para os de menor porte, de cargo de provimento efetivo para executar as atribuições típicas, permanentes e finalísticas da Administração Pública que, pela sua essência, devem ser desempenhadas por servidor(es) efetivo(s), investidos por meio de concurso público, nos termos do inciso II do art. 37 da Constituição da República.

A consulta disciplinou as possibilidades e os parâmetros para se terem na estrutura organizacional da municipalidade cargos em comissão voltados para as atividades atípicas e não exclusivas de Estado, as quais devem obedecer aos requisitos do objeto específico e especializado e a necessidade eventual e não permanente, nos termos dos incisos II e V do art. 37 da Constituição da República.

Ante o exposto, em consonância com o Parecer nº 8.850/2013, da lavra do procurador-geral de Contas Gustavo Coelho Deschamps, **VOTO** preliminarmente em conhecer a presente consulta, e no mérito para aprovar o reexame do prejulgado exarado na presente consulta, que revoga parcialmente a Resolução de Consulta nº 29/2008, em sua parte dispositiva apresentada no item “4”, e o Acórdão nº 100/2006, em sua primeira ementa – *que trata especificamente das formas de ingresso no serviço público, inclusive quanto aos cargos de atribuições jurídicas e à possibilidade de contratação de serviços técnicos especializados* e, também, revoga integralmente os Acórdãos nºs 1.524/2003 e 947/2007, e **VOTO**, ainda, pela atualização da Consolidação de Entendimentos, fazendo-se constarem os verbetes da decisão colegiada, nos termos que se seguem:

Resolução de Consulta nº __/2013. Pessoal. Admissão. Formas de ingresso no serviço público.

1) Em regra, a investidura em cargos com atribui-

ções típicas, permanentes e finalísticas da Administração Pública ocorre por meio de admissão em concurso público, nos termos do inciso II do artigo 37 da CF/88.

2) Como formas excepcionais de ingresso no serviço público, previstas pela Constituição, estão os provimentos de cargos em comissão (incisos II e V do art. 37) e o preenchimento de funções por tempo determinado para atender necessidades temporárias de excepcional interesse público (inciso IX do art. 37).

3) A criação de cargos em comissão pressupõe a existência de vínculo de confiança e do *nutum*, destinando-se exclusivamente ao exercício das atribuições de direção, chefia e assessoramento.

4) A possibilidade de criação de cargos em comissão não é aferida pela denominação que se lhe dá (assessor, chefe de departamento, diretor, etc.), mas sim pela natureza de suas atribuições.

5) É necessário que a legislação descreva as atribuições dos cargos em comissão, demonstrando que as atividades se harmonizam com o princípio da livre nomeação e exoneração e com a necessidade da confiança da autoridade nomeante, sendo imperioso que o profissional exerça efetiva e estritamente as atribuições descritas na lei.

6) Não é permitida a criação de cargos em comissão para o desempenho de atividades meramente burocráticas, ordinárias ou operacionais.

Resolução de Consulta nº __/2013. Contratos. Prestação de serviços. Serviços técnicos especializados. Excepcionalidade. Hipóteses e requisitos.

1) É permitida a contratação de serviços técnico-profissionais especializados pela Administração Pública, independentemente de estarem compreendidos em atribuições inerentes a categorias funcionais do quadro de pessoal efetivo, nas seguintes hipóteses:

a) quando o contingente de servidores existentes for insuficiente para o atendimento de uma sobrecarga sazonal e transitória na demanda por determinado serviço técnico;

b) quando o corpo de servidores não for suficientemente especializado para satisfazer demandas por serviços singulares e complexos; ou,

c) no caso de serviços jurídicos, quando houver conflito de interesses da instituição e dos servidores que poderiam vir a defendê-la.

2) Além da observância às hipóteses descritas no item anterior, a possibilidade de contratação de serviços técnicos especializados deve respeitar os seguintes requisitos:

a) possuir objeto específico e especializado;

b) a necessidade do serviço seja eventual ou não permanente;

c) os serviços a serem contratados não podem se constituir em atividades típicas e exclusivas de Estado, a exemplo daquelas que impliquem a limitação do exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público, no exercício do poder de polícia, ou na manifestação da vontade do Estado pela emanção de atos administrativos; e

d) observância às regras de licitação e contratos administrativos estampadas na Lei nº 8.666/1993.

3) O descumprimento destas hipóteses e requisitos para a contratação de serviços técnico-profissionais especializados compreendidos em atribuições inerentes a categorias funcionais do quadro de pessoal efetivo configura burla ao princípio do concurso público, caracterizando também a substituição indevida de servidores públicos, o que faz incluir o respectivo gasto no cômputo das despesas com pessoal, conforme estabelece o § 1º do artigo 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Resolução de Consulta nº __/2013. Pessoal. Admissão. Advocacia pública. Concurso público, regra geral. Exceções.

1) As atribuições ordinárias, corriqueiras e permanentes de representação judicial e extrajudicial, de consultoria e de assessoramento jurídico na Administração Pública devem ser realizadas por servidor investido em cargo efetivo devidamente aprovado em concurso público.

2) São permitidos a criação e o provimento de cargos em comissão para o exercício de atribuições de direção ou chefia de unidade técnico-jurídica de órgãos ou entidades públicas, bem como para assessoramento direto de autoridades, devendo existir, em ambos os casos, cargos de provimento efetivo para o exercício ordinário, corriqueiro e permanente das atribuições de representação judicial e extrajudicial, de consultoria e de assessoramento jurídico.

3) As pequenas unidades administrativas, a exemplo de Câmaras municipais e autarquias previdenciárias, a fim de atender à regra do concurso público para a admissão de advogados/procuradores públicos, podem, mediante legislação local, definir a carga horária e a remuneração do respectivo cargo público compatíveis com a necessidade do serviço.

É como voto.

Cuiabá, 10 de dezembro de 2013.

Conselheiro substituto Luiz Henrique Lima

Relator

Declaração de presença não é necessária para comprovar diárias

A prestação de contas de diárias deve estar prevista em legislação ou normatização específica de cada entidade pública. A normatização deve exigir os documentos mínimos previstos na Súmula TCE-MT nº 10, tais como relatório de viagem, bilhetes de passagem, notas de empenho e liquidação. Esse é o entendimento do Tribunal de Contas de Mato Grosso à consulta feita pelo presidente da Câmara Municipal de Aripuanã.

O presidente do Legislativo municipal consultou o TCE-MT sobre a apresentação de declaração de presença de vereador expedida por órgão ou entidade da Administração Pública para fins de prestação de contas de diárias. A consulta foi relatada pelo conselheiro substituto Luiz Carlos Pereira.

Em seu voto, o relator deixou claro que é dispensável a apresentação de documentos que atestem a presença de agentes públicos em entidades ou órgãos públicos, para fins de prestação de contas de diárias, salvo quando norma regulamentadora própria assim a exigir.

“A ‘declaração de presença’ não está inserta no rol contido na Súmula TCE-MT nº 10. Assim, caso exigida na prestação de contas de diárias, deve estar prevista na legislação local que regulamentar a concessão de diária”



Luiz Carlos Azevedo Costa Pereira
Conselheiro Substituto
gab.luizcarlos@tce.mt.gov.br

Resolução de Consulta nº 1/2016 - TP

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo nº 27.973-0/2015.

O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, nos termos dos artigos 1º, XVII, 48 e 49, todos da Lei Complementar nº 269/2007 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso), e do artigo 29, VIII, da Resolução nº 14/2007 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso), **resolve**, por unanimidade, acompanhando o voto do relator e de acordo com o Parecer nº 18/2016 do Ministério Público de Contas, **responder** ao consulente que:

- 1) cabe à norma regulamentadora de cada entidade pública ou poder definir os documentos necessários à prestação de contas de diárias, devendo-se exigir, no mínimo, o rol documental elencado na Súmula TCE-MT nº 10; e,
- 2) é dispensável a apresentação de documentos que atestem a presença de agentes públicos em entidades ou órgãos públicos, para fins de prestação de contas de diárias, salvo quando norma regulamentadora própria assim a exigir.

O inteiro teor desta decisão está disponível no site: www.tce.mt.gov.br.

Relatou a presente decisão o conselheiro substituto Luiz Carlos Pereira, que estava substituindo o conselheiro Valter Albano.

Participaram do julgamento os conselheiros Antonio Joaquim – presidente, Waldir Júlio Teis, Domingos Neto, Sérgio Ricardo e Moises Maciel, e o conselheiro substituto Luiz Henrique Lima, que estava substituindo o conselheiro José Carlos Novelli.

Presente, representando o Ministério Público de Contas, o procurador-geral Gustavo Coelho Deschamps.

Publique-se.

Você pode assistir ao vídeo do julgamento do processo no link <http://www.tce.mt.gov.br/protocolo/detalhe/num/279730/ano/2015>

Parecer da Consultoria Técnica nº 88/2015

Excelentíssimo Senhor Conselheiro Substituto:

Trata-se de consulta formulada pelo Sr. Erasmo Carlos Contadini, presidente da Câmara Municipal de Aripuanã–MT, solicitando manifestação desta Corte de Contas sobre a obrigatoriedade, para fins de prestação de contas de diárias, da apresentação de “declaração de presença” de vereador em repartições públicas, nos seguintes termos:

[...] consultamos a esse egrégio Tribunal de Contas se é obrigatória a apresentação de declaração de presença de vereador expedida por órgão ou entidade da Administração Pública para fins de prestação de contas de diárias.

O consulente não juntou outros documentos aos autos.

É o breve relatório.

1. DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

A consulta foi formulada em tese, por autoridade legítima, com a apresentação objetiva da dúvida e versa sobre matéria de competência deste Tribunal, preenchendo, portanto, os requisitos de admissibilidade exigidos pelo art. 232 da Resolução nº 14/2007 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado – RITCE-MT).

2. DO MÉRITO

2.1 Dos requisitos gerais para concessão de diárias

Grosso modo, o instituto jurídico da “diária” se consubstancia em verba de caráter indenizatório destinada a custear despesas com alimentação, estadia e locomoção de agente público (servidor público ou agente político), que necessite se deslocar para outro local dentro do território nacional ou internacionalmente, visando desempenhar as atribuições inerentes ao cargo público que ocupa.

Repita-se, as diárias são concedidas pela Administração para indenizar agentes públicos que incorrem em despesas com alimentação, estadia e lo-

comoção, quando se deslocam para atender a uma necessidade de interesse do serviço público. Assim, a concessão de diárias somente deve ser efetivada quando restar incontestado que o deslocamento do agente público servirá ao interesse público e não ao seu próprio ou ao de terceiros.

Prosseguindo, convém pontuar que a concessão de diárias pela Administração Pública não encontra previsão em norma jurídica de aplicabilidade geral, cabendo, assim, a cada ente federativo, por meio de legislação própria, reger a forma de concessão, de aplicação e de prestação de contas das verbas deferidas a seus agentes públicos a título de diárias.

Nesse sentido, ilustra-se que a concessão de diárias para os servidores do Estado de Mato Grosso é disciplinada pela Lei Complementar nº 04/90, conforme se visualiza nos dispositivos abaixo transcritos:

Art. 72 Constituem indenizações ao servidor:

I – ajuda de custo;

II – diárias.

Art. 73 Os valores das indenizações, assim como as condições para a sua concessão, serão estabelecidos em regulamento. (grifo nosso).

Nessa mesma linha, prescreve a Lei nº 4.964/85 – Código de Organização e Divisão Judiciárias (Coje) – a possibilidade do pagamento de diária para os magistrados do Estado de Mato Grosso, conforme o art. 218, *in verbis*:

Art. 218. As diárias devidas aos Desembargadores, fixadas pelo Conselho da Magistratura, não serão inferiores aos valores atribuídos pelo Poder Executivo para os Secretários de Estado.

§ 1º As diárias dos Juízes dentro do Estado serão fixadas pelo Conselho da Magistratura, tendo em vista os gastos a serem feitos pelo Magistrado, como o meio de transporte a ser utilizado, a distância a ser percorrida, o estado das rodovias, a duração do deslocamento, e outros fatores circunstanciais de cada região do Estado.

§ 2º As diárias por deslocamento fora do Estado serão fixadas pelo Conselho da Magistratura. (grifo nosso).

Assim, havendo previsão legal no âmbito de cada município, como ocorre, por exemplo, em relação ao Estado de Mato Grosso, poderá cada Poder municipal regulamentar as regras de concessão, apli-

cação e prestação de contas para as diárias concedidas. Nessa linha já decidiu este Tribunal de Contas:

Resolução de Consulta nº 01/2014-TP (DOC 18/02/2014). Despesa. Diárias. Ressarcimento após o efetivo deslocamento do agente público. Possibilidade.

1) A concessão de diárias a agente público deve estar prevista em lei e em regulamento próprio, podendo a regulamentação ser formalizada por ato normativo de cada Poder. O regulamento deve prever os requisitos e concessão, as hipóteses de utilização e a forma de prestação de contas, observadas, neste último caso, as disposições do Acórdão nº 1.783/2003, deste Tribunal.

2) A concessão de diárias tem como objetivo o ressarcimento de despesas de alimentação, estadia e locomoção incorridas por agentes públicos para deslocarem a outro município para exercer as atribuições inerentes ao cargo ocupado, não sendo permitida a utilização de diárias quando essas despesas já forem indenizadas por outros institutos, tais como ajuda de custos, auxílio transporte, auxílio alimentação, verbas indenizatórias, dentre outras. (grifo nosso).

Dessa mesma maneira é a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais:

Processo de Consulta nº 835943/2011

[...]

3) As possibilidades de formalização de despesas de viagem, nos termos da resposta à Consulta nº 748370, são: a. mediante diárias de viagem, cujo regime deve estar previsto em lei e regulamentado em ato normativo próprio do respectivo poder, com a realização de empenho prévio ordinário. Nesse caso, a prestação de contas poderá ser feita de forma simplificada, por meio de relatório ou da apresentação de alguns comprovantes específicos relativos às atividades exercidas na viagem, de acordo com as exigências da regulamentação específica; b. mediante regime de adiantamento, desde que tal hipótese esteja prevista expressamente em lei do ente, conforme exigência do art. 68 da Lei Federal 4.320/64, com a realização de empenho prévio por estimativa; c. mediante reembolso, quando não houver regulamentação de diárias de viagem e nem de regime de adiantamento, hipótese em que deve ser realizado empenho prévio por estimativa. (grifo nosso).

Destarte, eventual regulamento que venha a disciplinar o tema deve conter requisitos mínimos que garantam a legalidade e a legitimidade quanto à concessão, utilização e forma de prestação

de contas alusivas a diárias. Nesse sentido, existe prejudgado deste Tribunal de Contas que estabelece documentação mínima indispensável à regular prestação de contas de diárias percebidas, *in verbis*:

Acórdão nº 1.783/2003 (DOE 04/12/2003). Despesa. Diária. Observância de critérios para estabelecimento do valor. Formalização da prestação de contas.

O valor das diárias deverá ser compatível com os gastos diários com alimentação, pousada e locomoção urbana, podendo ser estipulados valores diferenciados, variáveis em função do cargo que ocupa o servidor, da localidade ou outros critérios definidos na municipalidade. Os documentos relativos à prestação de contas deverão ser exigidos no instrumento legal que regulamenta a concessão de diárias, com a finalidade, basicamente, de se comprovar o deslocamento, a quantidade de dias e sua necessidade. Devem compor a prestação de contas: relatório de viagem, bilhetes de passagem, comprovantes de participação em cursos, treinamentos, além da solicitação fundamentada, autorização pelo ordenador, notas de empenho e liquidação, comprovante de recebimento dos valores pelo servidor, bem como da sua devolução, quando for o caso. A municipalidade poderá requerer outros documentos. (grifo nosso).

Além dos requisitos ora evidenciados, é imperioso que se demonstre nos autos da concessão de diárias a correlação entre o motivo do deslocamento e as atribuições desempenhadas pelo servidor beneficiário do recurso, em prestígio do interesse público que deve cercar a atividade indenizada pela Administração. Além disso, necessário que se faça constar no processo de concessão das diárias a prévia autorização da autoridade competente para o deslocamento do agente.

A esse respeito, cumpre frisar que todo e qualquer deslocamento deve ser autorizado pela autoridade competente, que é responsável por desencaixar, no órgão ou entidade concessor da diária, a programação, o processamento da despesa e o pagamento pelos deslocamentos realizados. Tudo no fito de garantir estrita observância à legislação financeira regente (Lei nº 4.320/64 e Lei Complementar nº 101/00), sob pena de descontrole fiscal.

A título de exemplo, observa-se que no âmbito do Poder Judiciário de Mato Grosso a regulamentação de diárias é feita pela Instrução Normativa nº 5002/2012/DGTJ¹, a qual determina que so-

¹ Publicado no Diário da Justiça Eletrônico – MT, edição nº 8832.

mente após autorização do presidente do Tribunal de Justiça poderão ocorrer os deslocamentos dos servidores, juízes e desembargadores, os quais, para tanto, deverão requerer antecipadamente as correspondentes diárias. É o que dispõem os artigos da Instrução Normativa nº 5002/2012/DGTJ, abaixo transcritos:

Art. 3º É de competência do presidente do Tribunal de Justiça autorizar todo deslocamento dos desembargadores, juízes, servidores do Poder Judiciário, militares, prestadores de serviços e credenciados, que resultar em pagamento de diárias, sejam de 1ª ou 2ª Instâncias.

§ 1º Os pedidos de concessão de diárias em favor de servidores ou magistrados da Corregedoria-Geral da Justiça serão submetidos à apreciação do corregedor geral, que oficiará ao presidente deste Tribunal.

Art. 4º As solicitações de diárias para magistrados e servidores de 1ª Instância devem ser efetuadas pelo juiz diretor do Foro e protocoladas 15 (quinze) dias antes do início do deslocamento, e no tocante aos lotados no Tribunal de Justiça, deverão ser protocoladas com 05 (cinco) dias úteis de antecedência ao deslocamento. (grifo nosso).

Oportuno assinalar que as disposições normativas em tela têm por objetivo potencializar o controle da Administração sobre os deslocamentos realizados por seus servidores, no que pese a concessão de diárias, como qualquer outra despesa pública, dever ser planejada e manejada no intuito de que reste preservada a missão institucional do órgão ou entidade no qual ocorra esse tipo de dispêndio indenizatório.

Nesse ensejo, tem-se que, após o retorno do deslocamento realizado, deve o agente público prestar contas das diárias antecipadamente recebidas, devolvendo eventual saldo alusivo aos valores não utilizados, competindo ao gestor responsável e à unidade de controle interno do órgão ou entidade verificar o cumprimento de todas as disposições previstas em regulamento, prezando, dessa forma, pela regular execução da despesa oriunda da concessão de diárias.

2.2 Da prestação de contas nos processos de concessão de diárias

O Acórdão TCE-MT nº 1.783/2003, já citado, prescreve que o instrumento normativo que regulamenta a concessão de diárias deve prever a forma e os documentos necessários para a respectiva prestação de contas.

O mencionado prejulgado do TCE-MT exige como rol mínimo de documentos aptos a compor a

prestação de contas de diárias concedidas: relatório de viagem, bilhetes de passagem, comprovantes de participação em cursos e treinamentos, além da solicitação fundamentada, autorização pelo ordenador, notas de empenho e liquidação, comprovante de recebimento dos valores pelo servidor, bem como da sua devolução, quando for o caso, além de outros previstos na legislação local.

Destaque-se que referido entendimento foi sumulado no âmbito do TCE-MT, em face do caráter reiterado de decisões do Tribunal convergindo nesse sentido, consoante se observa do teor da Súmula 10, editada em 2015:

SÚMULA Nº 10

Os documentos referentes à prestação de contas de diárias devem estar previstos em normatização específica, incluindo, no mínimo, relatório de viagem, bilhetes de passagem, comprovantes de participação em cursos e treinamentos, além da solicitação fundamentada, autorização pelo ordenador de despesas, notas de empenho e liquidação, comprovante de recebimento dos valores pelo servidor, bem como da sua devolução, quando for o caso.

Em acréscimo ao posicionamento ora evidenciado, pontua-se haver, em relação à rotina de prestação de contas de diárias, por parte das Cortes de Contas pátrias, cobrança de volume documental comprobatório ainda mais amplo, a exemplo do que faz o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, a saber:

Instrução Normativa nº TC 14/2012 (Estabelece critérios para a organização da prestação de contas de recursos concedidos a qualquer título e dispõe sobre o seu encaminhamento ao Tribunal de Contas para julgamento)

[...]

Art. 19. O beneficiário deverá apresentar como comprovante um dos documentos descritos em cada um dos incisos I e II ou I e III deste artigo, que dispõem: (Redação dada pela Instrução Normativa nº TC-17/2013 – DOTC-e de 26.07.2013)

I – do deslocamento:

- a) ordem de tráfego e autorização para uso de veículo, em caso de viagem com veículo oficial;
- b) bilhete de passagem, se o meio de transporte utilizado for o coletivo, exceto aéreo;
- c) comprovante de embarque, em se tratando de transporte aéreo;

II – da estada no local de destino, quaisquer dos documentos abaixo:

- a) nota fiscal de hospedagem;

- b) nota fiscal de alimentação;
- c) nota de abastecimento de veículo oficial, no caso de motorista;
- d) outros documentos idôneos capazes de comprovar a estada.

III – do cumprimento do objetivo da viagem:

- a) ofício de apresentação com o ciente da autoridade competente, quando se tratar de inspeção, auditoria ou similares. (Redação dada pela Instrução Normativa nº TC-15/2012 – DOTC-e de 12/09/2012).
- b) lista de frequência ou certificado, quando se tratar de participação em evento ou atividade de capacitação ou formação profissional. (Redação dada pela Instrução Normativa nº TC-15/2012 – DOTC-e de 12/09/2012).
- c) outros documentos capazes de comprovar o cumprimento do objetivo da viagem. (Redação dada pela Instrução Normativa nº TC-15/2012 – DOTC-e de 12/09/2012).

§ 1º O beneficiário é obrigado a restituir integralmente ao concedente ou ao detentor do adiantamento as diárias consideradas indevidas, sem prejuízo da competente apuração de responsabilidades.

§ 2º No caso de retorno antecipado ou se, por qualquer circunstância, não tiver sido realizada a viagem, o beneficiário restituirá o saldo ou a totalidade das diárias no prazo estabelecido pelo concedente.

Portanto, ao editar norma para regulamentar a concessão, aplicação e comprovação de diárias, os jurisdicionados deste Tribunal, em especial no que se refere à etapa da prestação de contas, devem observar e exigir o rol mínimo de documentos fixados na Súmula 10, podendo, no exercício de seu poder discricionário, exigir outros que venham a julgar como necessários para comprovar o atendimento do objetivo do deslocamento motivador da concessão de diárias.

2.3 Da desnecessidade de apresentação de “declaração de presença” expedida pelas repartições públicas visitadas por agentes públicos, para fins de prestação de contas junto ao órgão ou entidade concessor das diárias

Conforme já consignado no subitem precedente, é a legislação local que regulamenta a concessão de diárias, devendo para tanto estabelecer os documentos que devem ser exigidos nos correspondentes processos de prestação de contas, para cuja realização se exige, minimamente, a apresentação da documentação elencada na Súmula 10, deste Tribunal.

Desse modo, salvo disposição expressa em legislação local, defende-se ser dispensável a exigên-

cia da apresentação de “declaração de presença”, ou documento equivalente, emitida por repartição pública para supostamente comprovar o efetivo deslocamento, às suas instalações, de agentes públicos beneficiários de diárias.

Até porque a “declaração de presença” não comprova necessariamente o fiel atendimento, pelo agente beneficiário da diária, ao objetivo motivador do deslocamento, justificando, tão somente, que o agente público esteve em determinado órgão ou entidade num dado dia, não evidenciando, entretanto, os motivos nem a finalidade da visita à repartição pública.

Aliado a essa fragilidade de cunho comprobatório, há que se realçar a não incomum demora, por parte de órgãos e entidades públicos, na emissão de certidões requeridas por cidadãos (*in casu*, por servidores), o que, sob o aspecto logístico do deslocamento, representa risco – dispensável, consoante já assentado – de atrasos na apresentação, pelo servidor, do documento “declaração de presença” ao órgão concessor da diária, durante a fase de prestação de contas, em prejuízo do cumprimento de eventuais prazos estabelecidos em regulamento interno para se apresentar e atestar esse tipo de despesa.

Ademais, levando-se em consideração o teor da Súmula 10 desta Corte de Contas, o documento “declaração de presença” não é essencial para comprovar a consecução do objeto para o qual se solicitaram diárias, pois, do contrário, estaria inserto no rol contido no referido enunciado jurisprudencial.

Assim, salvo disposição contrária contida em norma infralegal de Poder ou entidade pública, é dispensável a exigência de apresentação, em processos de prestação de contas de diárias, de “declaração de presença” expedida por repartições públicas visitadas por agentes públicos beneficiários dos respectivos valores.

3. CONCLUSÃO

Pelo exposto e considerando que:

- a) a concessão de diárias pela Administração Pública não encontra previsão em norma jurídica de aplicabilidade geral, cabendo, assim, a cada ente federativo, por meio de legislação própria, reger a forma de concessão, de aplicação e de prestação de contas das verbas deferidas a agentes públicos a título de diária;
- b) a concessão de diárias a agente público deve estar prevista em lei e regrada em regulamento próprio, podendo a regulamentação

ser formalizada por ato normativo de cada Poder. O regulamento deve prever os requisitos da concessão, as hipóteses de utilização e a forma de prestação de contas;

- c) a prestação de contas em face de valores recebidos a título de diárias deve conter, minimamente, nos termos da Súmula 10 deste Tribunal, a seguinte documentação: relatório de viagem, bilhetes de passagem, comprovantes de participação em cursos e treinamentos, solicitação fundamentada, autorização pelo ordenador de despesas, notas de empenho e liquidação e comprovante de recebimento dos valores pelo servidor, bem como da sua devolução, quando for o caso; e,
- d) é dispensável a apresentação de declaração da presença, ou documento equivalente, de agente público (servidor ou agente político) em repartições públicas visitadas, para fins de prestação de contas de diárias, salvo quando norma regulamentadora própria assim exigir.

4. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, considerando-se os argumentos apresentados e a inexistência de prejudicado

neste Tribunal que responda integralmente à presente consulta, sugere-se à consideração superior, com fundamento no § 1º do art. 234 da Resolução 14/2007 (RITCE-MT), a aprovação da seguinte ementa:

Resolução de Consulta nº __/2016. Despesa. Diárias. Prestação de contas.

- 1) Cabe à norma regulamentadora de cada entidade pública ou Poder definir os documentos necessários à prestação de contas de diárias, devendo-se exigir, no mínimo, o rol documental elencado na Súmula TCE-MT nº 10.
- 2) É dispensável a apresentação de documentos que atestem a presença de agentes públicos em entidades ou órgãos públicos, para fins de prestação de contas de diárias, salvo quando norma regulamentadora própria assim a exigir.

Cuiabá-MT, 8 de janeiro de 2016.

Vitor Gonçalves Pinho

Consultor junto à Consultoria Técnica

Edicarlos Lima Silva

Secretário-Chefe da Consultoria Técnica

Parecer do Ministério Público de Contas nº 18/2016

[...]

3. CONCLUSÃO

Por todo o exposto e por tudo o que consta nos autos, o **Ministério Público de Contas**, instituição permanente e essencial às funções de fiscalização e controle externo do Estado de Mato Grosso, no uso de suas atribuições institucionais, **manifesta-se:**

- a) pelo **conhecimento** da consulta, nos termos do art. 232 do Regimento Interno do TCE-MT;
- b) **no mérito**, pela **aprovação** da presente resolução de consulta pelo egrégio Tribunal Pleno, conforme regra o art. 81, IV, da Resolução Normativa nº 14/07, devendo a ementa ser redigida nos seguintes termos:

Resolução de Consulta nº __/2016. Despesa. Diárias. Prestação de contas.

- 1) Cabe à norma regulamentadora de cada entidade pública ou Poder definir os documentos necessários à prestação de contas de diárias, devendo-se exigir, no mínimo, o rol documental elencado na Súmula TCE-MT nº 10.
- 2) É dispensável a apresentação de documentos que atestem a presença de agentes públicos em entidades ou órgãos públicos, para fins de prestação de contas de diárias, salvo quando norma regulamentadora própria assim a exigir.

É o parecer.

Ministério Público de Contas, Cuiabá, 14 de janeiro de 2016.

William de Almeida Brito Júnior

Procurador-Geral substituto

Razões do Voto

Egrégio Plenário,

Compulsando os autos, verifico que a presente consulta foi formulada em tese, por parte legítima, com apresentação objetiva de quesito, sendo a matéria relativa à competência desta egrégia Corte de Contas, em consonância com os requisitos obrigatórios de admissibilidade elencados no artigo 232 da Resolução Normativa nº 14/2007 – TCE-MT (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso).

Quanto ao mérito, tem-se que a indagação feita pelo consulente diz respeito à obrigatoriedade ou não de declaração de presença de vereador expedida por órgão ou entidade da Administração Pública para fins de prestação de contas de diárias.

Destaco inicialmente que a “diária” é uma indenização a qual faz jus o servidor que se deslocar, temporariamente, da localidade onde exerce suas atribuições a serviço ou para participar de evento de interesse da Administração Pública. Destina-se a indenizar as despesas com alimentação, hospedagem e locomoção urbana durante o período de deslocamento.

A Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, estabelece o seguinte acerca das diárias:

Art. 58. O servidor que, a serviço, afastar-se da sede em caráter eventual ou transitório para outro ponto do território nacional ou para o exterior, fará jus a passagens e diárias destinadas a indenizar as parcelas de despesas extraordinária com pousada, alimentação e locomoção urbana, conforme dispuser em regulamento.

§ 1º A diária será concedida por dia de afastamento, sendo devida pela metade quando o deslocamento não exigir pernoite fora da sede, ou quando a União custear, por meio diverso, as despesas extraordinárias cobertas por diárias.

§ 2º Nos casos em que o deslocamento da sede constituir exigência permanente do cargo, o servidor não fará jus a diárias.

§ 3º Também não fará jus a diárias o servidor que se deslocar dentro da mesma região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião, constituídas por municípios limítrofes e regularmente instituídas, ou em áreas de controle integrado mantidas com países limítrofes, cuja jurisdição e competência dos órgãos, entidades e servidores brasileiros considera-se esten-

da, salvo se houver pernoite fora da sede, hipóteses em que as diárias pagas serão sempre as fixadas para os afastamentos dentro do território nacional.

Art. 59. O servidor que receber diárias e não se afastar da sede, por qualquer motivo, fica obrigado a restituí-las integralmente, no prazo de 5 (cinco) dias.

Parágrafo único. Na hipótese de o servidor retornar à sede em prazo menor do que o previsto para o seu afastamento, restituirá as diárias recebidas em excesso, no prazo previsto no **caput**.

No âmbito estadual a Lei Complementar nº 04/90 prevê sua concessão nos artigos 72 e 73, enquanto que o Decreto nº 2.101/2009 regulamenta a concessão de diárias a servidores públicos civis ou militares e empregados públicos da Administração Pública estadual direta e indireta:

LC nº 04/90

Art. 72 Constituem indenizações ao servidor:

I – ajuda de custo;

II – diárias.

Art. 73 Os valores das indenizações, assim como as condições para a sua concessão, serão estabelecidos em regulamento.

Decreto nº 2101/2009

Art. 1º O servidor civil ou militar e empregado público da Administração Direta e Indireta do Estado de Mato Grosso que, a serviço, afastar-se da cidade de sua lotação para outros pontos do território nacional ou internacional, em caráter eventual ou transitório, fará jus a passagens e diárias para cobrir despesas de hospedagem, alimentação e locomoção, na forma estabelecida neste Decreto.

[...]

Art. 6º O servidor que receber diária fica obrigado a fazer a Prestação de Contas da viagem no prazo de 10 (dez) dias úteis do seu retorno à sede, na qual deverá conter:

I – Relatório de Viagem, conforme Anexo III deste decreto, aprovado pelo superior imediato do servidor beneficiário;

II – Comprovante de embarque aéreo ou terrestre, quando se tratar de meio de transporte comercial, terrestre ou aéreo;

III – Cópia de certificado, diploma ou atestado no caso de participação em cursos, congressos, seminários, treinamentos e outros eventos similares, conforme previsto no artigo 3º, do Decreto nº 4.630, de 11 de julho de 2002;

IV – Comprovante de depósito das diárias não utilizadas.

§ 1º Sendo o meio de transporte veículo do Estado ou locado, a prestação de contas, além do previsto nos incisos I a IV, do *caput*, conterà:

I – documento de liberação do veículo pelo setor de transportes ou correlato;

II – pelo menos uma cópia da nota fiscal de abastecimento do veículo referente ao trajeto percorrido ou justificativa do não abastecimento do mesmo.

§ 2º No processo de concessão e pagamento de diária, o Ordenador de Despesa poderá exigir, mediante portaria, outros documentos que julgar necessário para a devida comprovação da realização da viagem.

§ 3º Na Prestação de Contas dos Secretários de Estado e demais cargos compatíveis, relacionados no Anexo II da Lei Complementar nº 266, de 29 de dezembro de 2006, Secretários Adjuntos, Presidentes e Diretores das Entidades da Administração Indireta deverá conter apenas os documentos estabelecidos nos incisos II, III, e IV do *caput* deste artigo.

§ 4º Não será concedida diária ao servidor com pendência de 2 (duas) ou mais prestações de contas de diárias que tenham excedido os prazos previstos na legislação, resguardadas as situações de excepcionalidade devidamente reconhecidas pela autoridade designante.

§ 5º O controle de concessão de diária de que trata o parágrafo anterior, no Fiplan (Sistema Integrado de Planejamento, Contabilidade e Finanças), dar-se-á por meio da Ordem de Serviço e/ou adiantamento sem a respectiva prestação de contas e não sobre o prazo fixado no *caput* deste artigo.

A respeito do tema, o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso orienta:

Acórdão nº 1.783/2003.

Despesa. Diária. Observância de critérios para estabelecimento do valor. Formalização da prestação de contas.

O valor das diárias deverá ser compatível com os gastos diários com alimentação, pousada e locomoção urbana, podendo ser estipulados valores diferenciados, variáveis em função do cargo que ocupa o servidor, da localidade ou outros critérios definidos na municipalidade. Os documentos relativos à prestação de contas deverão ser exigidos no instrumento legal que regulamenta a concessão de diárias, com a finalidade, basicamente, de se comprovar o deslocamento, a quantidade de dias e sua necessidade. Devem compor a prestação de contas: relatório de viagem, bilhetes de passagem, comprovantes de participação em cursos, treinamentos, além da soli-

citação fundamentada, autorização pelo ordenador, notas de empenho e liquidação, comprovante de recebimento dos valores pelo servidor, bem como da sua devolução, quando for o caso. A municipalidade poderá requerer outros documentos.

Acórdão nº 1.394/2005.

Despesa. Diária. Poder Legislativo. Possibilidade de estabelecimento de valores próprios para o Poder. Com base na interpretação harmônica dos artigos 2º, 18, 29 e 30 da Constituição Federal, o Legislativo Municipal não está obrigado a vincular os valores de diárias aos do Executivo, salvo se previsto em lei. A concessão deve ser disciplinada em legislação específica, com observância da disponibilidade orçamentária e financeira, em conformidade com a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Resolução de Consulta nº 1/2014-TP

EMENTA: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Consulta. Despesa. Diárias. Ressarcimento após o efetivo deslocamento do agente público. Possibilidade.

- 1) A concessão de diárias a agente público deve estar prevista em lei e em regulamento próprio, podendo a regulamentação ser formalizada por ato normativo de cada Poder. O regulamento deve prever os requisitos e concessão, as hipóteses de utilização e a forma de prestação de contas, observados, neste último caso, as disposições do Acórdão nº 1.783/2003, deste Tribunal.
- 2) A concessão de diárias tem como objetivo o ressarcimento de despesas de alimentação, estadia e locomoção incorridas por agentes públicos para deslocarem a outro município para exercer as atribuições inerentes ao cargo ocupado, não sendo permitida a utilização de diárias quando essas despesas já forem indenizadas por outros institutos, tais como: ajuda de custos, auxílio transporte, auxílio alimentação, verbas indenizatórias, dentre outras.
- 3) As despesas públicas, inclusive aquelas provenientes de diárias, devem ser empenhadas no exercício financeiro de sua autorização orçamentária, sendo vedada a geração de despesas sem prévio empenho, conforme prescrição do inciso II do artigo 35 c/c o artigo 60, da Lei nº 4.320/1964.
- 4) O processamento das despesas com diárias deve observar o princípio do planejamento, sendo que o respectivo pagamento deve ser procedido antes do deslocamento do agente público para outra localidade.
- 5) Excepcionalmente, é possível o ressarcimento a posteriori de diárias concedidas, porém sem o tempestivo processamento da despesa e de seu pagamento, tendo em vista que o agente público não pode suportar com recursos próprios despesas incorridas no

exercício das atribuições de seu cargo, sendo necessário para tanto: **a)** a comprovação da autorização para deslocamento do agente, emanada pela autoridade competente em ato da época do fato; **b)** justificativas para as situações que ensejaram o não processamento tempestivo da despesa e do seu pagamento; **c)** a comprovação da correlação entre o motivo do deslocamento e as atribuições e as atividades realizadas na viagem; e, **d)** a apresentação de regular prestação de contas, nos moldes requeridos pela legislação da época do deslocamento.

6) A hipótese de ressarcimento a posteriori, nos termos descritos no item anterior, não isenta a eventual aplicação de sanção por este Tribunal ao responsável que deixou de observar a legislação de diárias à época do deslocamento do agente público, bem como as normas de processamento da despesa pública insculpidas na Lei nº 4.320/1964, devendo possíveis situações de urgência serem avaliadas em cada caso concreto.

Extraí-se, em síntese, que as diárias, em razão de sua natureza indenizatória, devem estar previstas em lei e regulamentadas por meio de decreto no âmbito do Executivo ou resolução no âmbito do Legislativo, devendo haver previsão orçamentária específica.

Ou seja, caberá a cada município prever em lei a sua concessão, podendo cada Poder municipal regulamentar as regras de concessão, aplicação e prestação de contas, conforme entendimento desta Corte na Resolução de Consulta nº 1/2014-TP, supracitada.

Ademais, o referido Acórdão TCE-MT nº 1.783/2003 exige como rol mínimo de documentos aptos a compor a prestação de contas de diárias concedidas: relatório de viagem, bilhetes de passagem, comprovantes de participação em cursos, treinamentos, além da solicitação fundamentada, autorização pelo ordenador, notas de empenho e liquidação, comprovante de recebimento dos valores pelo servidor, bem como da sua devolução, quando for o caso. Pode ainda serem exigidos outros documentos para a comprovação do efetivo deslocamento, quando da regulamentação, ficando esta a cargo de cada ente.

Tal entendimento foi sumulado no âmbito do TCE-MT, devido às reiteradas decisões, vejamos:

SÚMULA Nº 10

Os documentos referentes à prestação de contas de diárias devem estar previstos em normatização específica, incluindo, no mínimo, relatório de viagem, bilhetes de passagem, comprovantes de participação em cursos e treinamentos, além da solicitação fundamentada, autorização pelo ordenador de despesas,

notas de empenho e liquidação, comprovante de recebimento dos valores pelo servidor, bem como da sua devolução, quando for o caso.

Assim, verifica-se que é o ente municipal que regulamenta a concessão de diárias, bem como a sua prestação de contas, devendo esta estabelecer os documentos que devem ser exigidos quando da prestação de contas, sempre observada, minimamente, a apresentação do rol contido na Súmula nº 10, deste Tribunal.

É necessário estabelecer que o pagamento de diárias deve estar condicionado à posterior comprovação do efetivo deslocamento do beneficiário.

A exigência da apresentação de “declaração de presença” ou documento equivalente, emitida por repartição pública, para supostamente comprovar o efetivo deslocamento de agentes públicos beneficiários de diárias, salvo quando a legislação local assim o exigir, a meu ver, não comprova a finalidade do deslocamento, apenas o deslocamento.

Verifico, ainda, que a “declaração de presença” não está inserta no rol contido na citada súmula. Assim, os demais documentos exigidos na prestação de contas devem estar consignados na legislação local que regulamentar a concessão de diária.

Ante o exposto, **acolho** o parecer do Ministério Público de Contas e da consultoria técnica e apresento **PROPOSTA DE VOTO** pelo conhecimento da consulta e, no mérito, com fundamento no artigo 236, parágrafo único da Resolução Normativa 14/2007 deste Tribunal, em responder ao consulente nos termos do seguinte verbete:

Resolução de Consulta nº __/2016. Despesa. Diárias. Prestação de contas.

1) Cabe à norma regulamentadora de cada entidade pública ou Poder definir os documentos necessários à prestação de contas de diárias, devendo-se exigir, no mínimo, o rol documental elencado na Súmula TCE-MT nº 10.

2) É dispensável a apresentação de documentos que atestem a presença de agentes públicos em entidades ou órgãos públicos, para fins de prestação de contas de diárias, salvo quando norma regulamentadora própria assim a exigir.

É a proposta de voto.

Tribunal de Contas, 25 de janeiro de 2016.

Conselheiro Substituto Luiz Carlos Pereira

Relator

Lei do RPPS pode fixar limite de idade para dependentes



Moises Maciel
Conselheiro Substituto
gab.moisesmaciel@tce.
mt.gov.br

Você pode assistir ao vídeo do julgamento do processo no link <<http://www.tce.mt.gov.br/protocolo/detalhe/num/207055/ano/2015>>

“Nos municípios em que ocorrer a redução legal da maioridade previdenciária de 21 para 18 anos de idade, deve-se observar a segurança jurídica quanto ao direito obtido por filhos não emancipados sob a égide da norma legal anterior”

É possível que os institutos de previdência, por lei municipal, adotem a maioridade civil (18 anos) como limite para a permanência de filhos não emancipados na condição de dependentes de segurado do Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) local, tendo em vista que tal previsão não caracteriza criação de um novo benefício ou de um tipo de dependente não previsto para o RGPS e se insere na competência privativa do município para legislar sobre assunto de interesse local (art. 30, I, CF/1988). Esse é o entendimento do conselheiro substituto Moises Maciel, que relatou a consulta formulada pela diretora executiva do Instituto de Previdência Social dos Servidores Municipais de Sinop.

O relator ainda ressaltou que o RPPS municipal deve assegurar, por lei, a pensão por morte de segurado (art. 40, CF/1988), com o estabelecimento do rol de dependentes beneficiários, limitando-se aos dependentes constantes do rol definido para o RGPS, tendo em vista que o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo deve observar, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o RGPS (art. 40, § 12, CF/1988).

Resolução de Consulta nº 16/2015-TP

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo nº 20.705-5/2015.

O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, nos termos dos artigos 1º, XVII, 48 e 49, todos da Lei Complementar nº 269/2007 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso), e dos artigos 29, XI, e 81, IV, da Resolução nº 14/2007 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso), resolve, por unanimidade, acompanhando o voto do relator e de acordo com o Parecer nº 6.196/2015 do Ministério Público de Contas, responder ao consulente que:

1) o RPPS municipal deve assegurar, por lei, a pensão por morte de segurado (art. 40, CF/1988), com o estabelecimento do rol de dependentes beneficiários, limitando-se aos dependentes constantes do rol definido para o RGPS, tendo em vista que o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo deve observar, no que

couber, os requisitos e critérios fixados para o RGPS (art. 40, § 12, CF/1988);

- 2) é possível a instituição, por lei municipal, da maioridade civil (18 anos) como limite para a permanência de filhos não emancipados na condição de dependentes de segurado do RPPS local, tendo em vista que tal previsão não caracteriza criação de um novo benefício ou de um tipo de dependente não previsto para o RGPS e se insere na competência privativa do município para legislar sobre assunto de interesse local (art. 30, I, CF/1988); e,
- 3) nos municípios em que ocorrer a redução legal da maioridade previdenciária de 21 para 18 anos de idade, deve-se observar a segurança jurídica quanto ao direito obtido por filhos não emancipados sob a égide da norma legal anterior.

O inteiro teor desta decisão está disponível no site: www.tce.mt.gov.br.

Encaminhe-se cópia da presente resolução de consulta à autoridade consulente.

Relatou a presente decisão o conselheiro substituto Moises Maciel, que estava substituindo o conselheiro José Carlos Novelli.

Participaram do julgamento os conselheiros Domingos Neto e Sérgio Ricardo, a conselheira

interina Jaqueline Jacobsen e o conselheiro substituto Luiz Carlos Pereira, que estava substituindo o conselheiro Antonio Joaquim.

Presente, representando o Ministério Público de Contas, o procurador-geral Gustavo Coelho Deschamps.

Publique-se.

Parecer da Consultoria Técnica nº 58/2015

Excelentíssimo Senhor Conselheiro:

Trata-se de consulta formulada pela senhora Cassia A. Ribeiro Omizzollo, diretora executiva do Instituto de Previdência Social dos Servidores Municipais de Sinop–MT, solicitando manifestação desta Corte de Contas acerca de divergência entre dispositivos da Lei Municipal nº 937/2006 e norma afeta à Lei Federal nº 8.213/1991, no que diz respeito ao limite de idade ou maioria para permanência de dependente na condição de pensionista, nos seguintes termos:

[...]

Trata-se de consulta a fim de elucidar dúvida quanto a manter ou não pensionistas que atinjam maioria civil (18 anos) segundo determina os artigos 7º a 9º da Lei nº 937/2006 deste Instituto de Previdência, em dissonância com o que determina a Lei Federal nº 8.213/1991, em seu artigo 16, I, que preleciona que a dependência econômica é presumida ao filho de até 21 anos.

[...]

Diante do artigo 9º, inciso III da Lei nº 937/2006, e do artigo 5º do Código Civil Brasileiro, a Lei municipal (PreviSinop) determina a cessação do pensionamento com 18 anos de idade, em confronto ao que determina o inciso I do artigo 16 da Lei nº 8.213/1991. Ante o exposto, presta-se a presente consulta, para que este Instituto de Previdência obtenha os esclarecimentos necessários ao tema, para aplicá-los aos casos em concreto que possam vir a ocorrer, já que as leis acima referidas estão em total dissonância.

O consulente ainda juntou aos autos cópia da Lei Municipal nº 937/2006, que dispõe sobre a reestruturação do Regime Próprio de Previdência Social do Município de Sinop-MT e dá outras providências.

É o breve relatório.

1. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

A consulta foi formulada em tese, por autoridade legítima, com a apresentação objetiva dos quesitos e versa sobre matéria de competência deste Tribunal, preenchendo, portanto, os requisitos de admissibilidade exigidos pelo art. 232 da Resolução nº 14/2007 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado – RITCE-MT).

2. DO MÉRITO

2.1. Da delimitação da dúvida

Tendo como referência os questionamentos propostos pelo consulente e as legislações federal e municipal referenciadas, para um melhor encaminhamento da análise de mérito desta consulta, importante, antes, demarcar de forma clara a abrangência da dúvida postulada, indicando quais dúvidas devem ser esclarecidas, a fim de que seja possível a proposição de uma ementa jurisprudencial.

A Lei Federal nº 8.213/1991, lei especial que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, indica no artigo 16, I, entre os beneficiários do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), na condição de dependente do segurado, o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos.¹

¹ Lei nº 8.213/91:

Seção II – Dos Dependentes.

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; [...]. (grifo nosso).

A Lei Federal nº 10.406/2002 (CC/2002) estabeleceu, por meio do art. 5º, *caput*, que a “menoridade cessa aos dezoito anos completos” (maioridade civil).

O município de Sinop aprovou e sancionou a Lei nº 937/2006, em que define no art. 7º, I, entre os dependentes do segurado no âmbito do respectivo Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), o filho não emancipado, de qualquer condição, desde que não tenha atingido a maioridade civil, momento em que perderá a qualidade de dependente, conforme o art. 9º, III.

Depreende-se de afirmativa da consulente que o estabelecimento da maioridade civil como limite de idade para que filho não emancipado permaneça na condição de dependente do segurado teve como referência o CC/2002.

Importante ponderar que tanto a legislação federal quanto a municipal, nos dispositivos referenciados, não utilizam a nomenclatura “pensionista”, mas, sim, “dependente do segurado”, uma vez que, além da pensão por morte, o benefício do auxílio-reclusão também pode ser estendido aos dependentes.²

Mas, apesar de esse limite de idade aplicado ao filho dependente do segurado ser utilizado tanto para a pensão quanto para o auxílio-reclusão, e como a consulente traz referência específica ao pensionamento, e existindo particularidades³ legais

2 De acordo com o art. 5º da Lei Federal nº 9.717/1998 (Lei Geral dos RPPS), “Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei nº 8.213/1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal”, e conforme art. 18, II, da Lei nº 8.213/1991, são benefícios estendidos aos dependentes a “pensão por morte” e o “auxílio-reclusão”. (grifo nosso).

3 Exemplos de particularidades:

- a) Na pensão por morte, o filho não emancipado recebe o benefício ou uma cota até que complete a maioridade previdenciária, enquanto no auxílio-reclusão, o acesso ao benefício perdura somente enquanto o segurado estiver recolhido à prisão;
- b) Nos termos do art. 40, § 7º, da CF/1988, o valor do benefício da pensão não alcançará a totalidade da remuneração ou provento do segurado, enquanto o valor do auxílio-reclusão corresponde à última remuneração do cargo efetivo ou subsídio do servidor recluso, observado o valor definido como baixa renda;
- c) Todo RPPS instituído por lei deve assegurar pelo menos os benefícios da aposentadoria, para os servidores titulares de cargo efetivo, e pensão por morte, para os dependentes, nos termos do art. 40, CF/1988, enquanto outros benefícios, como o auxílio-reclusão, não são obrigatórios.

para cada um desses benefícios, o parecer proposto nesta consulta alcançará especificamente a limitação de idade para os filhos não emancipados na qualidade de dependentes do segurado falecido e vinculado ao RPPS, ou seja, transitará por aspectos pertinentes à pensão por morte.

Por fim, para melhor direcionar a apreciação da consulta, propõe-se o seguinte quesito, a ser respondido com base no estudo indicado nos próximos tópicos: *Tendo em vista que o art. 16, I, da Lei Federal nº 8.213/1991, estabelece que o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos, é um dos beneficiários do RGPS, na condição de dependente do segurado, é possível que lei municipal estabeleça a maioridade civil (com base no art. 5º do Código Civil de 2002) como limite de idade para a manutenção de filho não emancipado na qualidade de dependente de segurado falecido e vinculado ao RPPS local?*

2.2 Normas gerais

A Constituição Federal, ao assegurar regime de previdência aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações (art. 40), delineando regras gerais aplicadas aos RPPS, deixa evidente a obrigatoriedade de a previdência local propiciar *aposentadoria* aos servidores segurados e pensão *por morte* aos dependentes desses servidores.

A concessão mínima e obrigatória desses benefícios pelos RPPS é reproduzida nas seguintes normas infraconstitucionais:

Decreto nº 3.048/1999⁴

Art. 10. [...]

§3º Entende-se por regime próprio de previdência social o que assegura pelo menos as aposentadorias e pensão por morte previstas no art. 40 da Constituição Federal.

Portaria MPS nº 402/2008⁵

Art. 2º Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) é o regime de previdência, estabelecido no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e

4 Aprova o Regulamento da Previdência Social e dá outras providências.

5 Disciplina os parâmetros e as diretrizes gerais para organização e funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos ocupantes de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em cumprimento das Leis nº 9.717, de 1998, e nº 10.887, de 2004.

dos Municípios que assegura, por lei, aos servidores titulares de cargos efetivos, pelo menos, os benefícios de aposentadoria e pensão por morte previstos no art. 40 da Constituição Federal.

Dessa forma, todo município que instituir RPPS por lei terá que assegurar aos dependentes de segurados pelo menos a *pensão por morte*, tendo que enfrentar, por isso, a questão da previsão legal do rol de dependentes.

Apesar de a Constituição Federal instituir para o RPPS a adoção obrigatória da *pensão por morte* destinada aos dependentes de segurados, não estabelece um rol específico de dependentes no âmbito do regime próprio.

Entretanto, importante que se diga, a fixação desse rol deve se dar por lei que disporá sobre a concessão do benefício (art. 40, § 7º) e, conforme o § 12 do art. 40, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo, por ter que observar, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social, devem se ater ao rol mínimo exemplificativo definido no art. 201, V, nos seguintes termos:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

[...]

V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

Trata-se de rol mínimo exemplificativo, tendo em vista estarem elencados, como beneficiários, o cônjuge ou companheiro e **dependentes**, do que se depreende que a nomenclatura “dependentes” propõe-se a alcançar outros beneficiários, como os filhos, a serem estipulados em lei.

A Lei Federal nº 9.717/1998⁶, conhecida como Lei Geral dos RPPS, que regulamentou a EC nº 20/1998, também não indica rol de dependentes específico para o regime próprio, apenas referenciando que os RPPS não podem conceder benefícios diferentes daqueles previstos no RGPS, *in verbis*:

Art. 5º Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal. (grifo nosso).

E de acordo com o art. 18, II, da Lei nº 8.213/91, os benefícios quanto ao dependente incluem *pensão por morte e auxílio-reclusão*. Ou seja, o município pode assegurar por lei, aos dependentes, somente a concessão desses dois benefícios por meio de seu RPPS.

Uma questão que se trava no meio doutrinário é saber se o RPPS deve conceder todos os benefícios previstos para o RGPS, ou seja, a *pensão por morte e o auxílio-reclusão*.

Por interpretação literal do art. 5º da Lei Geral, percebe-se não haver indicação de que o RPPS é obrigado a conceder todos os benefícios assegurados pelo RGPS, mas restando cristalino que não pode conceder outros que não estejam previstos na Lei nº 8.213/91.

Karina Spechoto⁷, defendendo que o rol de benefícios do RGPS é apenas um limite para o RPPS, afirma:

Os benefícios pagos pelos RPPSs são os mesmos pagos pelo RGPS, conforme dispõe o artigo 5º da Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998. Contudo uma ressalva, os Entes não têm a obrigação de conceder todo o rol de benefícios do RGPS, mas sim o máximo que o RGPS concede. Ou seja, o rol do RGPS é o limite. (grifo nosso).

Na linha de que o ente federado pode conceder, por meio do seu RPPS, menos benefícios que o RGPS, desde que não crie outros não previstos na Lei nº 8.213/91, Martins⁸ afirma:

[...] o Ministério da Previdência Social, fazendo uso dos poderes normativos e orientativos que lhes foram conferidos pela Lei nº 9.717/98, fixou que os Regimes Próprios não poderiam conceder benefícios distintos dos do Regime Geral, ou seja, os Estados ao instituírem previdência própria podem conceder

⁶ Dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências.

⁷ SPECHOTO, Karina. **Dos regimes próprios de previdência social**. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2015. p. 31.

⁸ MARTINS, Bruno Sá Freire. **Direito constitucional previdenciário do servidor público**. São Paulo: Ltr, 2006. p. 61.

menos benefícios do que o INSS, não podendo, contudo, criar novos.

Assim, pode-se concluir que o município deve garantir aos dependentes, no âmbito do seu RPPS, no mínimo, a *pensão por morte* e, no máximo, *pensão por morte e auxílio-reclusão*. Em qualquer uma das hipóteses, e como dito antes, o ente municipal terá que ter referencial legal que defina o rol de dependentes do segurado.

2.3. Aplicabilidade do rol de dependentes da Lei nº 8.213/1991 no âmbito do RPPS municipal

Diante da constatação de que a Constituição prevê um rol mínimo exemplificativo de beneficiários quanto à pensão por morte (art. 201, V) no âmbito do regime geral previdenciário, que deve ser observado pelo RPPS, por força do § 12 do art. 40, e de que a Lei Geral dos RPPS não indicou rol de dependentes aplicável aos regimes próprios, passa-se a verificar a aplicabilidade ao RPPS do rol taxativo estabelecido na Lei nº 8.213/91 para o RGPS.

Para o estudo dessa aplicabilidade, importante resgatar a norma jurídica referencial prevista no § 12 do art. 40 da CF/1988, em que se estabelece que, além do disposto no artigo, o regime próprio de previdência deve observar, **no que couber**, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social.

Segundo Martins⁹, com esse regramento constitucional, o princípio da subsidiariedade restou claro no âmbito dos regimes próprios de previdência, nos quais, em não havendo conflito entre normas e persistindo a omissão da norma do regime previdenciário da União, do Estado ou do Município, serão aplicadas as normas do regime geral.

Mas, para Martins, “sob o manto do princípio da subsidiariedade vêm sendo estabelecidos alguns comandos legais que contrariam frontalmente sua natureza e inclusive incidem no vício da inconstitucionalidade”¹⁰. Como exemplo, o autor cita a vedação de concessão pelos RPPS de benefícios distintos dos do RGPS (art. 5º, Lei nº 9.717/98), que, segundo ele, prejudica a autonomia de cada ente federativo em fixar quais serão os benefícios a serem concedidos no âmbito de seu RPPS.

Todavia, oportuno ponderar que, sem a pretensão de se adentrar, neste parecer, na temática da inconstitucionalidade de regras gerais aplicadas aos

RPPS, ou na identificação de quais requisitos e critérios fixados para o RGPS devem ser aplicados de forma subsidiária aos RPPS, o que se busca responder neste tópico é: como não há indicação de um rol taxativo de dependentes de segurados, nem na Constituição, nem na Lei Geral dos RPPS, e com base no princípio da subsidiariedade estabelecido no dispositivo constitucional citado, seria obrigatória a aplicação do rol de dependentes da Lei nº 8.213/1991 no âmbito do RPPS municipal?

O Ministério da Previdência, invocando a aplicação supletiva das regras dos RGPS, estabeleceu os seguintes direcionamentos normativos:

Portaria MPS nº 402/2008

Art. 23. Salvo disposição em contrário da Constituição Federal, o RPPS não poderá conceder benefícios distintos dos previstos no RGPS, ficando restrito aos seguintes:

I – quanto ao segurado:

- a) aposentadoria por invalidez;
- b) aposentadoria por idade;
- c) aposentadoria por tempo de contribuição e idade;
- d) aposentadoria compulsória;
- e) auxílio-doença;
- f) salário-família;
- g) salário-maternidade;

II – quanto ao dependente:

- a) pensão por morte;
- b) auxílio-reclusão.

§ 1º Na concessão de benefícios, será observado o mesmo rol de dependentes previsto pelo RGPS. (grifo nosso).

Orientação Normativa SPS nº 02/2009

Art. 51. Salvo disposição em contrário da Constituição Federal, da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e da Emenda Constitucional nº 47, de 06 de julho de 2005, o regime próprio não poderá conceder benefício distinto dos previstos pelo RGPS, ficando restrito aos seguintes:

I – quanto ao servidor:

- a) aposentadoria por invalidez;
- b) aposentadoria compulsória;
- c) aposentadoria voluntária por idade e tempo de contribuição;
- d) aposentadoria voluntária por idade;
- e) aposentadoria especial;
- f) auxílio-doença;
- g) salário-família; e
- h) salário-maternidade.

II – quanto ao dependente:

- a) pensão por morte; e

⁹ *Op. cit.*, p. 35.

¹⁰ *Idem*, p. 36.

b) auxílio-reclusão.

§ 1º São considerados benefícios previdenciários do regime próprio os mencionados nos incisos I e II.

§ 2º Os regimes próprios deverão observar também a limitação de concessão de benefício apenas aos dependentes constantes do rol definido para o RGPS, que compreende o cônjuge, o companheiro, a companheira, os filhos, os pais e os irmãos, devendo estabelecer, em norma local, as condições necessárias para enquadramento e qualificação dos dependentes.

Essas normas reafirmam a vedação aos RPPS quanto à concessão de benefícios distintos dos previstos pelo RGPS, além de preverem a aplicação do mesmo rol de dependentes do RGPS (cônjuge, companheiro, companheira, filhos, pais e irmãos) para os RPPS.

Acerca da aplicação ao RPPS do mesmo rol de dependentes previsto para o RGPS, a partir da ON SPS nº 02/2009, Martins¹¹ defende que o Ministério da Previdência Social exacerbou o poder de orientação, supervisão e acompanhamento que lhe foi outorgado pelo inciso I do art. 9º da Lei nº 9.717/98. Para o autor, utilizar-se de ato administrativo de natureza normativa, editado com base no poder concedido na Lei Geral dos RPPS, para tolher aos demais entes federados o direito de definir seu rol de beneficiários afronta a autonomia legislativa que foi concedida aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios pela Constituição Federal.

Apesar disso, Martins¹² ressalta a necessidade de os entes federados observarem o disposto no § 2º do art. 51 da ON SPS nº 02/2009, sob pena de perda do Certificado de Regularidade Previdenciária (CRP), documento exigido para que os entes recebam recursos federais.

Acerca dessa certificação previdenciária, de acordo com o Decreto Federal nº 3.788/2001, a emissão da CRP pelo Ministério da Previdência aos órgãos e entes da União está atrelada ao cumprimento de regras estabelecidas na Lei nº 9.717/98 pelos RPPS locais, nos seguintes termos:

Art. 1º O Ministério da Previdência e Assistência Social fornecerá aos órgãos ou entidades da Administração Pública direta e indireta da União Certificado de Regularidade Previdenciária – CRP, que atestará o cumprimento dos critérios e exigências estabelecidos na Lei nº 9.717, de 27 de novembro de

1998, pelos regimes próprios de previdência social dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos seguintes casos:

I – realização de transferências voluntárias de recursos pela União;

II – celebração de acordos, contratos, convênios ou ajustes, bem como de empréstimos, financiamentos, avais e subvenções em geral de órgãos ou entidades da Administração direta e indireta da União;

III – celebração de empréstimos e financiamentos por instituições financeiras federais;

IV – pagamento dos valores devidos pelo Regime Geral de Previdência Social em razão da Lei nº 9.796, de 5 de maio de 1999. (grifo nosso).

De forma mais precisa, na Portaria MPS nº 204/2008 restou estabelecido que para a emissão da CRP será verificado o cumprimento pelos RPPS de exigências como limitação ao rol de dependentes e de concessão de benefícios previstos para o RGPS, nos seguintes termos:

Art. 5º A SPS, quando da emissão do CRP, examinará cumprimento, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, dos critérios e das exigências abaixo relativas aos Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS):

[...]

XI – concessão de benefícios de acordo com a Lei nº 9.717, de 1998 e Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004, observando-se ainda:

a) os requisitos e critérios definidos em ato normativo do MPS que estabeleça os parâmetros gerais para concessão, cálculo e reajustamento dos benefícios;

b) a limitação de concessão apenas dos seguintes benefícios: aposentadorias previstas na Constituição, pensão por morte, auxílio-doença, salário-maternidade, auxílio-reclusão e salário-família; e

c) limitação ao rol de dependentes previsto pelo RGPS.

A despeito do oportuno questionamento acerca da validade das normas do Ministério da Previdência que usurpam seu poder legal de orientação, supervisão e acompanhamento, resta notória a aplicação do rol de dependentes previsto na Lei nº 8.213/1991 como limite para definição dos dependentes dos segurados no âmbito do RPPS municipal.

O que se indaga é se a aplicação do rol de dependentes previsto para o RGPS deve ser absoluta no âmbito do RPPS municipal, incluindo, inclusive, o limite etário de 21 anos para o filho não emancipado. Ou, por outra via, se é possível que o município, exercendo sua competência constitucional para legislar de forma particular e local (art. 30, I), estabele-

¹¹ MARTINS, Bruno Sá Freire. **A pensão por morte**. São Paulo: LTr, 2012. p. 15-16.

¹² *Op. cit.*, p. 57-58.

leça, para o seu RPPS, uma limitação de idade mais restritiva, como a maioridade civil, para os filhos não emancipados, dependentes de segurado.

Diante das considerações postas neste tópico, são estas as questões a serem respondidas no tópico seguinte:

- a) ao se afirmar que o RPPS se encontra limitado ao rol de dependentes previsto para o RGPS, resta estabelecida uma fixação rígida de todas as variáveis, incluindo, por exemplo, o limite etário de 21 anos para o filho não emancipado, dependente do segurado falecido?
- b) ou, com base no direcionamento normativo do MPS de que em norma local podem ser estabelecidas condições necessárias para enquadramento e qualificação dos dependentes, o RPPS municipal pode adotar uma limitação mais restritiva da idade, a exemplo da maioridade civil, para o filho não emancipado, dependente do segurado falecido?

2.4. Fixação, por lei municipal, da maioridade civil como maioridade previdenciária para o filho não emancipado dependente de segurado do RPPS

Em recente pronunciamento, por meio da Nota Técnica nº 11/2015/CGNAL/DRPSP/SSPS, a Secretaria de Políticas de Previdência Social, ao tratar da aplicação, aos segurados dos RPPS, das regras de pensão por morte inseridas na Lei nº 8.213/91 pela Lei nº 13.135/2015, orientou a possibilidade da mudança do limite de idade para manutenção da qualidade de beneficiário dos filhos de segurado, invocando a competência de cada ente federativo, nos seguintes termos:

16. O art. 40, § 12 da Constituição Federal prevê a aplicação aos RPPS das normas do RGPS no que for cabível aos servidores. O art. 5º da Lei nº 9.717, de 27/11/1998, que estabelece as regras gerais para a organização e o funcionamento dos RPPS, estabelece que não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no RGPS, de que trata a Lei nº 8.213/1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal. Ademais, a Orientação Normativa SPPS/MPS nº 02, de 31/03/2009, editada no exercício da competência atribuída a este Ministério pelo art. 9º da Lei nº 9.717/1998, prevê, no § 2º do art. 51, que os RPPS deverão observar também a limitação de concessão de benefício apenas aos dependentes constantes do rol definido para o RGPS, que compreende o cônjuge, o companheiro, a companheira, os filhos,

os pais e os irmãos, devendo estabelecer, em norma local, as condições necessárias para enquadramento e qualificação dos dependentes.

[...]

41. Outro aspecto a respeito desse assunto deve ser tratado. Alguns entes têm questionado a esta Secretaria a respeito da possibilidade de reduzir a idade limite de pagamento da cota da pensão aos filhos ou até majorar até os 24 (vinte e quatro) anos enquanto estudantes.

42. Essa medida não encontra óbice na legislação geral pois a modificação da idade não significa criar mais um dependente. De acordo com o que foi esclarecido no item 16 desta Nota, os RPPS estão limitados ao rol de benefícios (aposentadoria, pensão, salário-maternidade, auxílio-doença, salário-família e auxílio-reclusão) e de dependentes (cônjuge, companheiro, filhos, pais e irmãos) definidos para o RGPS. Observados tais limites, o ente deve estabelecer nas suas normas as condições necessárias para o enquadramento e qualificação dos dependentes. Por isso, a modificação da idade para manutenção da qualidade de beneficiário dos filhos é tema de competência de cada ente federativo. (grifo nosso).

Além de referenciar a competência de cada ente federativo para a definição da maioridade previdenciária no âmbito de seu RPPS, o órgão previdenciário postula os argumentos de que tal mudança, amparada na possibilidade de norma local estabelecer condições necessárias para o enquadramento e qualificação dos dependentes, não implica a criação ilegal de um novo benefício, nem de um novo dependente.

Em estudo acerca da pensão por morte e do limite de idade para a respectiva concessão aos filhos dependentes, Martins pondera que se trata de benefício que, em regra, traz como beneficiários os filhos menores, de 21 ou de 18 anos, a depender do que estabelecer a legislação do ente federado para o seu RPPS.¹³

O mesmo autor, em outra obra, em abordagem específica acerca da pensão, apesar de concordar que as legislações dos RPPS em geral reproduzem os ditames contidos na Lei nº 8.213/91, a exemplo da maioridade previdenciária de 21 anos para os filhos não emancipados, entende que os RPPS têm liberdade para definir qual será a idade limite para a concessão do benefício¹⁴. Cita como exemplo o

13 Direito constitucional previdenciário do servidor público, *op. cit.*, p. 64.

14 A pensão por morte, *op. cit.*, p. 58.

Estado de Mato Grosso, que optou por estabelecer que a maioridade previdenciária será atingida com a maioridade civil.¹⁵

Defendendo tese acerca da igualdade entre maioridade previdenciária e maioridade civil, posicionou-se a professora Heloisa Derzi:

[...] urge que a legislação previdenciária seja alterada no sentido de reduzir o limite de idade, na forma da maioridade de 18 (dezoito) anos, trazida pelo Novo Código Civil, em razão de a sociedade brasileira, como um todo, ter elegido essa idade, como critério que atesta a aptidão para reger sua própria pessoa e patrimônio, podendo, inclusive, exercer livremente atividade laboral que lhe propicie sustento próprio. [...] os filhos que cursam ensino superior não estão impossibilitados de exercer atividade laboral e prover o próprio sustento.¹⁶

Outro argumento que pode ser defendido para justificar a necessidade de adequação da legislação previdenciária no que diz respeito à maioridade civil atual é que a utilização da idade máxima de 21 anos prevista na Lei nº 8.213/1991 inspirou-se na maioridade civil (21 anos) vigente na época e prevista no CC/1916.¹⁷

Assim, frisa-se a mudança de paradigma ocorrida com a edição do CC/2002, já que houve a antecipação da maioridade civil, do que se pode inferir que, considera-se atualmente capaz, sob o critério etário, o maior de 18 anos.

Corroborando os argumentos acima, defende-se que a identidade entre a maioridade previdenciária e a maioridade civil decorre da própria legislação previdenciária, que inclui os filhos como beneficiários do regime de previdência na condição de dependentes dos segurados, **desde que não sejam emancipados**.

A emancipação é um instituto do Direito Ci-

vil¹⁸, e consiste em fazer cessar a incapacidade civil do menor de 18 anos e maior de 16 anos, habilitando-o à prática de todos os atos da vida civil. Uma vez emancipado, o filho não mais será beneficiário do regime de previdência, havendo aí uma relação direta entre a condição de dependente para fins previdenciários e a capacidade civil.

Assim, a capacidade do filho de se manter economicamente após a morte do segurado não pode ser vista de forma absoluta somente quanto ao referencial da idade. Ou seja, o filho de segurado, mesmo que menor de 18 anos, estando na condição de emancipado, situação em que adquire o direito de administrar os seus próprios bens, sem a tutela dos pais, não poderá permanecer na condição de pensionista.

Outra questão oportuna a ser invocada é a verificação da possibilidade de redução da maioridade previdenciária para uma idade menor que a maioridade civil.

Tendo como base o que já foi dito antes, pode-se afirmar que a adoção da maioridade previdenciária com base em idade menor que a de 18 anos adentraria em uma hipótese insustentável. Isso porque tal opção importaria na presunção de que o filho abaixo da maioridade civil seria perfeitamente capaz, no que diz respeito ao seu próprio sustento econômico e financeiro, mesmo estando em idade estudantil e não sendo emancipado, o que não condiz com a legislação civil vigente.

Ressalte-se que a possibilidade da perda da qualidade de pensionista por parte de filhos menores de 18 anos, por ocasião de sua emancipação, é justamente trazer uma situação excepcional, porque, em regra, até a maioridade civil o filho mantém-se na dependência econômica do segurado.

Quanto a julgado de Tribunais de Contas acerca da possibilidade de instituição de maioridade previdenciária pelo RPPS municipal, oportuno referenciar o Processo CON10/00235847 do TCE-SC, em que se julgou consulta com intuito de responder ao fiscalizado acerca da possibilidade de instituição de idade limite para se conceder benefícios previdenciários ao filho não emancipado, beneficiário de RPPS na condição de dependente.

¹⁵ Lei Complementar nº 04/1990:

Art. 245. São beneficiários das pensões:

[...]

II – temporária:

a) os filhos até que atinjam a maioridade civil ou, se inválidos, enquanto durar a invalidez;

¹⁶ DERZI, Heloisa Hernandez. **Os beneficiários da pensão por morte**; Regime Geral de Previdência Social. São Paulo: Lex, 2004. p. 257-258.

¹⁷ CC/1916

Art. 9. Aos vinte e um anos completos acaba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil.

¹⁸ **Art. 5º** A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I – pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

O relator do processo invocou, em seu voto, o regramento da ON SPS nº 02/2009 (art. 51, § 2º), além de ressaltar a competência constitucional dos municípios em legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I), defendendo a tese de que “É cabível a instituição do limite etário de 18 anos para os filhos não emancipados, dependentes dos Regimes Próprios Municipais, uma vez que tal adequação se insere na competência privativa do município para legislar sobre assunto de interesse local, hipótese do art. 30, inciso I, da Constituição Federal”.

Em seus argumentos, o relator afirma que norma geral editada pela União deve ser respeitada pelos demais entes políticos, sob pena de violação ao pacto federativo. Mas, segundo ele, o estabelecimento de condições necessárias para o enquadramento e qualificação dos dependentes é, sem dúvida, competência “privativa” do município, tendo em vista que se trata de interesse local.

No entanto, após pedido de vista, com base em voto divergente, que se alinhou ao parecer técnico da consultoria geral e foi vencedor por maioria, o Pleno daquele Tribunal julgou e respondeu à consulta nos seguintes termos:

Prejulgado 2103

1. O município, no uso da competência suplementar prevista no art. 30, II, da Constituição Federal, não pode limitar o alcance das normas gerais editadas pela União na utilização da competência concorrente prevista no art. 24 da Constituição Federal.

2. A Portaria nº 402/2008, que regulamentou a Lei (federal) nº 9.717/98 estabeleceu em seu art. 23, §1º, que o Regime Próprio de Previdência Social – RPPS, na concessão de benefícios, deverá observar o mesmo rol de dependentes previsto pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS, inclusive no tocante à idade dos beneficiários.

3. Na concessão de pensão por morte a filhos de beneficiários vinculados ao instituto próprio de previdência, deverá ser considerado o limite de 21 anos conforme a Lei (federal) nº 8.213/91.

4. O benefício de pensão por morte será concedido ao filho maior de 21 anos quando comprovada sua invalidez ao tempo da data do óbito do instituidor. (grifo nosso).

Importante ressaltar que o município, ao adotar a maioridade civil como a maioridade previdenciária, exercendo a competência constitucional suplementar legislativa (art. 30, II), não está limitando o alcance de norma geral da União, a uma porque não estará lesando normas da CF/1988 ou da Lei Geral dos RPPS (Lei nº 9.717/98), a duas

porque a Lei nº 8.213/91 estabeleceu idade máxima dos dependentes dos segurados do RGPS, não alcançando os RPPS, portanto, é norma especial e não geral.

Gonet, ao tratar da competência legislativa suplementar dos municípios, informa que “Aos municípios é dado legislar para suplementar a legislação estadual e federal, desde que isso seja necessário ao interesse local”. Segundo o autor, a competência suplementar se exerce para regulamentar as normas legislativas federais e estaduais, inclusive as enumeradas no art. 24 da CF/1988 (onde se incluem as normas de previdência social), a fim de atender, com melhor precisão, aos interesses surgidos das peculiaridades locais.¹⁹

A partir de uma interpretação literal do dispositivo normativo posto na ON SPS nº 02/2009 (art. 51, § 2º), pelo qual os RPPS estão limitados a concederem benefícios aos dependentes constantes do rol definido para o RGPS, mas, podendo estabelecer, em norma local, as condições necessárias para enquadramento e qualificação dos dependentes, percebe-se, implicitamente, a referência à competência legislativa suplementar combinada com os interesses locais.

Assim, entende-se que o estabelecimento de condições necessárias para o enquadramento e qualificação dos dependentes, como: **a definição da idade limite para os filhos não emancipados**; o modo como será requerido o benefício; a comprovação da dependência, etc., é competência privativa do município, tendo em vista que se trata de condições afetas ao interesse local.

Sendo assim, há que se refletir acerca da imposição de regras rígidas pela União, no uso da competência concorrente, que inviabilizam a devida adequação da norma às peculiaridades dos demais entes federativos. Tal situação não se compatibiliza com o instituto da “competência concorrente”, uma vez que surge a inconstitucionalidade por usurpação de competência, tendo em vista que só o próprio ente federativo é capaz de dimensionar as particularidades impostas na gestão administrativa e financeira de seu regime próprio de previdência.

Quanto à abordagem referente à gestão administrativa e financeira no âmbito dos RPPS municipais, importante apreciar o possível confronto dos institutos do *direito fundamental* dos depen-

¹⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Capítulo 8: organização do Estado. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 755.

dependentes de segurados e da sustentabilidade do ente previdenciário.

Poder-se-ia alegar que a equiparação da maioria previdenciária com a maioria civil implica a restrição de um direito fundamental, tendo em vista que as normas previdenciárias que tratam do rol de dependentes com direito à *pensão por morte* têm caráter de proteção ou de amparo.

Por outra via, é atual e reiterada a discussão que permeia a necessidade de adequação dos sistemas previdenciários, em especial da pensão por morte, aos princípios previdenciários, adotando-se medidas para permitir a sustentabilidade financeira e atuarial dos RPPS.

Martins, pontuando que a previdência do servidor é matéria de fundamental importância no serviço público, exigindo dos cofres públicos a utilização de recursos que poderiam ser investidos em áreas como saúde, educação e segurança, ressalta que, apesar de os beneficiários previdenciários não serem culpados pelo atual desequilíbrio do sistema previdenciário, não cabendo a eles punição por isso, entende que é preciso se tomarem medidas com intuito de acabar com esses desvios, de forma a permitir que a sustentabilidade dos regimes não exija do erário o emprego de verbas que poderiam ser destinadas a outras áreas que também são de grande valia para os aposentados e pensionistas.²⁰

Assim, por mais que um benefício destinado aos dependentes, como no caso da *pensão por morte*, tenha por objetivo garantir o sustento da família do *de cujus* que deixou de contribuir com a manutenção familiar, é preciso lembrar que o sistema previdenciário não funciona apenas e simplesmente como um alicerce financeiro das pessoas.

Então, é urgente a necessidade da adoção de medidas, respeitadas as regras e princípios gerais e constitucionais, para a amenização do déficit previdenciário existente, garantindo às futuras gerações um sistema previdenciário equilibrado que não prejudique a família do segurado.

Por fim, questão basilar e não menos importante, é a observância à segurança jurídica por parte do município que implementar a redução legal da maioria previdenciária de 21 para 18 anos de idade. Não se pode, à luz da nova norma legislativa, adotar-se uma aplicação absoluta, em desrespeito a direito obtido por dependentes ou pensionistas sob a égide da norma anterior.

A Súmula nº 340 do STJ confirma tal preceito:

“A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado”.

Dessa forma, a título de exemplo, o filho não emancipado, dependente de segurado que tenha falecido quando norma legal ainda estipulava o limite de 21 anos de idade, mesmo que venha a pleitear a concessão de pensão depois de vigente norma legal que estabeleça nova maioria previdenciária em 18 anos, terá direito, em regra, a usufruir da pensão por morte até completar a maioria previdenciária anterior (21 anos).

3. CONCLUSÃO

Pelo exposto e considerando que:

- a) o ordenamento jurídico atual evidencia a obrigatoriedade de a previdência municipal garantir, no mínimo, aposentadoria aos servidores segurados e pensão por morte aos dependentes, de forma que todo município que instituir RPPS terá que enfrentar a questão da previsão legal do rol de dependentes;
- b) o município deve garantir aos dependentes dos segurados, no âmbito do seu RPPS, no mínimo, a *pensão por morte* e, no máximo, *pensão por morte* e *auxílio-reclusão*, tendo, em qualquer uma das hipóteses, o ente municipal que ter referencial legal que defina o rol de dependentes do segurado;
- c) a Constituição Federal não estabelece um rol específico de dependentes para os RPPS e a fixação desse rol deve-se dar por lei que disponha sobre a concessão do benefício (art. 40, § 7º);
- d) a Lei Geral dos RPPS (Lei nº 9.717/98) não estabelece um rol de dependentes de segurado previdenciário no âmbito dos RPPS;
- e) a CF/1988 prevê no § 12 do art. 40 que o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo deve observar, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social;
- f) os RPPS devem observar a limitação de concessão de benefícios aos dependentes constantes do rol definido para o RGPS (art. 23, § 1º, Portaria MPS nº 402/2008; art. 51, § 2º, Orientação Normativa SPS nº 02/2009), sob pena de perda do Certificado de Regularidade Previdenciária (art. 1º, Decreto nº 3.788/2001; art. 5º, XI, alíneas “b” e “c”);
- g) o MPS, por meio da Nota Técnica nº 11/2015/CGNAL/DRPSP/SSPS, emitiu

²⁰ MARTINS, Bruno Sá Freire. *Direito constitucional previdenciário do servidor público*. Op. cit., p. 137-138.

- orientação no sentido de que, os RPPS, tendo observado a limitação ao rol de benefícios (aposentadoria, pensão, salário-maternidade, auxílio-doença, salário-família e auxílio-reclusão) e de dependentes (cônjuge, companheiro, filhos, pais e irmãos) definidos para o RGPS, podem modificar a idade para manutenção da qualidade de beneficiário dos filhos pensionistas, por estar tal matéria adstrita à competência de cada ente federativo;
- h) ocorreu uma mudança de paradigma com a vigência do CC/2002, tendo em vista que houve a antecipação da maioridade civil, considerando-se atualmente capaz, sob o critério etário, o maior de 18 anos, que se encontra apto para reger sua própria pessoa e patrimônio, podendo, inclusive, exercer livremente atividade laboral que lhe propicie sustento próprio;
- i) a defesa da vinculação entre a maioridade previdenciária e a maioridade civil decorre da própria legislação previdenciária, que, ao dispor sobre a relação de dependência do filho do segurado na seara previdenciária, condiciona-a à inexistência da emancipação, instituto do Direito Civil que faz cessar a incapacidade do menor de 18 anos e maior de 16 anos, habilitando-o à prática de todos os atos da vida civil;
- j) a capacidade de o filho se manter economicamente após a morte do segurado não pode ser vista de forma absoluta somente quanto ao referencial da idade, ou seja, o filho de segurado, mesmo que menor de 18 anos, estando na condição de emancipado, situação em que adquire o direito de administrar os seus próprios bens, sem a tutela dos pais, não poderá permanecer na condição de beneficiário do RPPS;
- k) a adoção da maioridade previdenciária com base em idade menor que a de 18 anos adentraria em uma hipótese insustentável, ou seja, a de que o filho abaixo da maioridade civil seria perfeitamente capaz, no que diz respeito ao seu próprio sustento econômico e financeiro, mesmo estando em idade estudantil e não sendo emancipado;
- l) o município, ao adotar a maioridade civil como a maioridade previdenciária, exercendo a competência constitucional suplementar legislativa (art. 30, II), não está limitando o alcance de norma geral da União, primeiro porque não estará lesando normas da CF/1988 ou da Lei Geral dos RPPS (Lei nº 9.717/98), e segundo porque a Lei nº 8.213/91 estabeleceu idade máxima dos dependentes dos segurados dos RGPS, não alcançando os RPPS, tendo natureza de norma especial e não geral;
- m) o estabelecimento de condições necessárias para o enquadramento e qualificação dos dependentes dos segurados dos RPPS, nos termos do art. 51, § 2º, da ON SPS nº 02/2009, como **a definição da idade limite para os filhos não emancipados**, é competência legislativa privativa do município, tendo em vista que se trata de condição afeta ao interesse local (art. 30, I, CF/1988);
- n) é atual e reiterada a discussão que permeia a necessidade de adequação dos sistemas previdenciários, em especial da pensão por morte, aos princípios previdenciários, adotando-se medidas para permitir a sustentabilidade financeira e atuarial dos RPPS;
- o) é questão basilar a observância à segurança jurídica por parte do município que implementar a redução legal da maioridade previdenciária de 21 para 18 anos no âmbito do seu RPPS, devendo-se atentar ao direito obtido por dependentes pensionistas sob a égide da norma legal anterior; e,
- Considerando-se os argumentos anteriormente apresentados e que não existe prejudicado neste Tribunal que responda integralmente os quesitos versados nesta consulta, ao julgar o presente processo e concordando o egrégio Tribunal Pleno com o entendimento delineado neste parecer, sugere-se a aprovação da seguinte ementa, nos termos do § 1º do art. 234 da Resolução 14/2007:
- Resolução de Consulta nº __/2015. Previdência. Benefício. Pensão por morte. Dependente. Filho não emancipado de segurado do RPPS. Previsão legal de maioridade previdenciária de 18 anos.**
- 1) O RPPS municipal deve assegurar, por lei, a pensão por morte de segurado (art. 40, CF/1988), com o estabelecimento do rol de dependentes beneficiários, limitando-se aos dependentes constantes do rol definido para o RGPS, tendo em vista que o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo deve observar, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o RGPS (art. 40, § 12, CF/1988).
- 2) É possível a instituição, por lei municipal, da maioridade civil (18 anos) como limite para a permanência de filhos não emancipados na condição

de dependentes de segurado do RPPS local, tendo em vista que tal previsão não caracteriza criação de um novo benefício ou de um tipo de dependente não previsto para o RGPS e se insere na competência privativa do município para legislar sobre assunto de interesse local (art. 30, I, CF/1988).

3) Nos municípios em que ocorrer a redução legal da maioria previdenciária de 21 para 18 anos de idade, deve-se observar a segurança jurídica quanto ao direito obtido por filhos não emancipados sob a égide da norma legal anterior.

Cuiabá-MT, 14 de setembro de 2015.

Natel Laudo da Silva

Consultor de Estudos Técnicos

Bruno Anselmo Bandeira

Secretário-Chefe da Consultoria Técnica

Parecer do Ministério Público de Contas nº 6196/2015

[...]

3. CONCLUSÃO

Dessa forma, o **Ministério Público de Contas**, no uso de suas atribuições institucionais, em consonância com o artigo 43, inciso II da Lei Complementar nº 269/2007 *c/c* § 1º do artigo 197 da Resolução Interna nº 14/2007, **manifesta-se:**

- a) pelo **conhecimento da consulta** ante o preenchimento dos pressupostos de admissibilidade, com fulcro nos artigos 48 da Lei Orgânica do TCE-MT (LC nº 269/07) e art. 232, II do Regimento Interno do TCE-MT (Resolução nº 14/07);
- b) pela **aprovação da proposta de resolução**

de consulta apresentada pela consultoria técnica, conforme regra o art. 81, IV, do Regimento Interno do TCE-MT (Resolução nº 14/07).

É o parecer.

Ministério Público de Contas, Cuiabá-MT, 18 de setembro de 2015.

Alisson Carvalho de Alencar

Procurador de Contas

Razões do Voto

Egrégio Plenário,

Em atenção ao disposto no artigo 236 do Regimento Interno, passo a fazer o juízo de admissibilidade.

Extraí-se dos autos que a consulta ora analisada foi formulada por pessoa legítima, qual seja, a diretora executiva do Instituto de Previdência Social dos Servidores Municipais de Sinop-MT (Previsinop); há apresentação objetiva da dúvida, a qual foi formulada em tese; e trata-se de matéria de competência desta Corte.

Portanto, os pressupostos de admissibilidade estabelecidos pelo artigo 232 e seguintes da Resolução nº 14/07 (Regimento Interno TCE-MT), bem como os artigos 48 a 50 da Lei nº 269/2007

(Lei Orgânica do TCE-MT) foram devidamente preenchidos.

Quanto ao mérito, tem-se que a indagação feita pela consulente diz respeito à dúvida acerca de divergência entre dispositivos da Lei Municipal nº 937/2006 e norma afeta à Lei Federal nº 8.213/1991, no que diz respeito ao limite de idade ou maioria para permanência de dependente na condição de pensionista.

O Regime Próprio de Previdência Social é um sistema de previdência, estabelecido no âmbito de cada ente federativo, que assegura, por lei, a todos os servidores titulares de cargo efetivo, pelo menos os benefícios de aposentadoria e pensão por morte, previstos no artigo 40 da Constituição Federal.

O Regime Próprio de Previdência Social carac-

teriza-se por um regime de previdência de caráter contributivo e solidário, sendo um direito subjetivo do servidor público estatutário.

O doutrinador Marcelo Barroso Lima Brito de Campos¹ define Regime Próprio de Previdência Social da seguinte forma:

Regimes próprios de previdência social (RPPS) são aqueles responsáveis pela disciplina previdenciária dos servidores públicos titulares de cargos efetivos vinculados a cada um dos entes federativos (CF, art. 40, *caput*), isto é, da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

Portanto, cada ente federativo pode ter o seu regime próprio, sendo assim, de um lado temos o Regime Geral de Previdência Social, que é gerido pelo INSS, que vincula obrigatoriamente todos os trabalhadores do setor privado e também os servidores públicos não vinculados a regimes próprios de previdência social e, de outro lado, temos vários regimes próprios de previdência social dos municípios, dos estados, cujas gestões são efetuadas, distintamente, pelos próprios entes públicos instituidores.

Ressalta-se que o município é um ente federativo dotado de poder estatal e possui autonomia política e administrativa. Esta autonomia é prevista pela Constituição Federal em seu artigo 18, *in verbis*:

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, **todos autônomos**, nos termos desta Constituição.

E, em seu artigo 30 prevê a competência dos municípios para legislar:

Art. 30. Compete aos Municípios:
I – legislar sobre assuntos de interesse local;

É certo que em nosso ordenamento jurídico existe a hierarquia das normas jurídicas, cuja Constituição Federal exerce supremacia sobre as demais leis. Ou seja, todas as normas jurídicas devem obedecer à Constituição Federal, podendo a lei que contrariar a Carta Magna ser declarada inconstitucional.

No entanto, o cerne da presente consulta re-

fere-se à contrariedade de uma norma municipal tendo em vista uma norma federal. Esclarece-se que as duas normas, por se tratar de leis ordinárias, encontram-se no mesmo patamar em nosso ordenamento jurídico e nenhuma delas deve contrariar a Constituição Federal.

Neste diapasão, a consultoria técnica ponderou muito bem, sobre o tema:

Importante ressaltar que o município, ao adotar a maioria civil como a maioria previdenciária, exercendo a competência constitucional suplementar legislativa (art. 30, II), não está limitando o alcance de norma geral da União, a uma porque não estará lesando normas da CF/1988 ou da Lei Geral dos RPPS

(Lei nº 9.717/98), a duas porque a Lei nº 8.213/91 estabeleceu idade máxima dos dependentes dos segurados do RGPS, não alcançando os RPPS, portanto, é norma especial e não geral.

[...]

Assim, entende-se que o estabelecimento de condições necessárias para o enquadramento e qualificação dos dependentes, como: **a definição da idade limite para os filhos não emancipados**; o modo como será requerido o benefício; a comprovação da dependência, etc., é competência privativa do município, tendo em vista que se trata de condições afetas ao interesse local.

E o ilustre doutrinador Marcelo B. L. B. de Campos (*op. cit.*, p. 76) bem pontuou sobre o tema ao esclarecer que:

[...] conforme demonstrado, não compete a outro ente da federação que não àquele ao qual se vincula o servidor a tarefa de disciplinar seu vínculo previdenciário.

Portanto, fica claro que os municípios têm competência e autonomia para legislar sobre assuntos de seu interesse, obedecendo sempre à Constituição Federal.

Observa-se que as normas básicas dos regimes próprios estão previstas na Constituição Federal em seu artigo 40, na Lei nº 9.717/98 e nas Portarias do Ministério da Previdência Social nº 402/2008 e 403.

O parágrafo 7º do artigo 40 da Constituição Federal dispõe que:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é

¹ CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito. **Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 71.

assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

[...]

§ 7º Lei disporá sobre a concessão do benefício de pensão por morte, que será igual: [...]

Desta forma, é nítido que lei específica estipulará a pensão por morte e, claro, a forma de sua concessão.

É importante observar que a Lei nº 8.213, de 1991, refere-se ao Regime de Previdência Geral e a Lei Municipal nº 937/2006 refere-se ao Regime Próprio de Previdência Social, sendo certo que a lei municipal é a vigente para reger as regras de concessão dos benefícios concedidos pelo Regime Próprio de Previdência do Município.

Como já dito, as leis que estipulam os regimes próprios de previdência social devem atender às disposições da Lei Federal nº 9.717/98, que dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos e às orientações normativas do Ministério da Previdência Social, não podendo ir em desacordo a estas normas.

A Lei Federal nº 9.717/98 estabelece em seu art. 5º:

Art. 5º Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal.

A Orientação Normativa nº 02, de 31 de março de 2009, prevê no inciso II do art. 2º:

Art. 2º Para efeitos desta Orientação Normativa, considera-se:

[...]

II – Regime Próprio de Previdência Social – RPPS: o regime de previdência, estabelecido no âmbito de cada ente federativo, que assegure, por lei, a todos os servidores titulares de cargo efetivo, pelo menos os benefícios de aposentadoria e pensão por morte previstos no art. 40 da Constituição Federal.

Portanto, as duas normas que disciplinam os

regimes próprios de previdência social obrigaram apenas que seja concedido pelo menos os benefícios de aposentadoria e de pensão por morte e que não houvesse concessão de benefícios diversos dos previstos pelo regime geral, no entanto, as regras para a concessão destes benefícios serão inseridas pelas leis que criarem os regimes próprios.

O Ministério Público de Contas, em seu parecer, esclareceu muito bem o assunto ao citar a Nota Técnica Nº 11/2015/CGNAL/DRPSP/SPPS da Secretaria de Políticas de Previdência Social, que dada a importância aqui transcrevo:

EMENTA

Da aplicação, aos segurados dos Regimes Próprios de Previdência Social, das regras de pensão por morte inseridas na Lei nº 8.213/1991 pela Lei nº 13.135, de 17/06/2015. Propósitos das mudanças ocorridas no Regime Geral de Previdência Social. Análise das novas regras, fundamentos e condições para sua extensão aos segurados dos Regimes Próprios de Previdência Social.

[...]

16. O art. 40, § 12 da Constituição Federal prevê a aplicação aos RPPS das normas do RGPS no que for cabível aos servidores. *O art. 5º da Lei nº 9.717, de 27/11/1998, que estabelece as regras gerais para a organização e o funcionamento dos RPPS, estabelece que não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no RGPS, de que trata a Lei nº 8.213/1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal.* Ademais, a Orientação Normativa SPPS/MPS nº 02, de 31/03/2009, editada no exercício da competência atribuída a este Ministério pelo art. 9º da Lei nº 9.717/1998, prevê, no § 2º do art. 51, que os RPPS deverão observar também a limitação de concessão de benefício apenas aos dependentes constantes do rol definido para o RGPS, que compreende o cônjuge, o companheiro, a companheira, os filhos, os pais e os irmãos, devendo estabelecer, em norma local, as condições necessárias para enquadramento e qualificação dos dependentes.

[...]

19. *Se as normas do RGPS representam parâmetros para os RPPS, estando estabelecido que o rol de benefícios e de dependentes do RGPS é limite máximo para esses regimes* – que detêm a competência para estabelecer as condições para o enquadramento e qualificação dos dependentes – apenas no caso de omissão na legislação local quanto a essas condições deve ser aplicada diretamente a legislação do RGPS para possibilitar a implementação do direito ao benefício. Havendo omissão, as mudanças ocorridas no RGPS quanto a essas condições também se aplicam ime-

diatamente ao RPPS. Mesmo assim, *é conveniente que o Poder Executivo de cada ente federativo edite ato regulamentar para informar à Administração e aos administrados sobre a aplicação das regras do RGPS, em complemento à legislação local vigente, com vistas a sua fiel e completa execução.*

[...]

41. Outro aspecto a respeito desse assunto deve ser tratado. Alguns entes têm questionado a esta Secretaria a respeito da possibilidade de reduzir a idade limite de pagamento da cota da pensão aos filhos ou até majorar até os 24 (vinte e quatro) anos enquanto estudantes.

42. Essa medida não encontra óbice na legislação geral pois a modificação da idade não significa criar mais um dependente. De acordo com o que foi esclarecido no item 16 desta Nota, os RPPS estão limitados ao rol de benefícios (aposentadoria, pensão, salário-maternidade, auxílio-doença, salário-família e auxílio-reclusão) e de dependentes (cônjuge, companheiro, filhos, pais e irmãos) definidos para o RGPS. Observados tais limites, o ente deve estabelecer nas suas normas as condições necessárias para o enquadramento e qualificação dos dependentes. Por isso, *a modificação da idade para manutenção da qualidade de beneficiário dos filhos é tema de competência de cada ente federativo.*

Portanto, temos que, conforme preceitua a Constituição Federal e as leis pertinentes já citadas, o município possui competência para legislar sobre assuntos de seu interesse, podendo, portanto, estipular as regras para a concessão dos benefícios de aposentadoria e pensão por morte.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já se posicionou neste sentido:

Além disso, e como bem pontuado pelo Ministério Público (fl.86verso), “a Lei nº 9032/95, sinalada pelo apelante em seu recurso, não tem aplicação no caso concreto, pois diz com o Regime Geral de Previdência Social, sendo que o genitor do ora apelante era funcionário do Município de Canoas, regido, portanto, por regime de previdência próprio”.

Assim, completada a maioridade previdenciária – 18 anos – (conforme a legislação municipal vigente), e não padecendo o autor de qualquer invalidez, não tem direito à manutenção do recebimento da pensão, sendo legal o proceder da autarquia ao suspender a partir de então o seu pagamento. Diante do exposto, nego provimento à apelação.

Como exemplo temos a Lei nº 4.592, de 9 de junho de 2004, do município de Cuiabá, que tam-

bém estabelece no artigo 7º a maioridade civil ao definir os dependentes do segurado, *in verbis*:

Art. 7º São considerados dependentes do segurado, para os efeitos desta lei:

I – O cônjuge, a companheira, o companheiro os filhos não emancipados de qualquer condição, desde que não tenham atingido a maioridade civil ou inválidos.

Outrossim, o doutrinador Marcelo B. L. B. de Campos², já citado, especialista no assunto, demonstra em sua obra que há em nosso ordenamento jurídico diversas leis que disciplinam os regimes próprios de previdência, e que cada uma estabelece uma idade para definir a dependência, conforme transcrito:

Com relação ao critério de idade do filho ou filha, algumas leis consideram, como requisito para a dependência, a menoridade civil, outras leis consideram a idade fixa de 18 anos de idade e, outras, a idade fixa de 21 anos de idade...

E neste trecho o autor cita no rodapé exemplos que, como forma de elucidação, transcrevo:

A menoridade civil que atualmente cessa aos 18 anos de idade (CC, art. 5º). Novamente é o caso do Estado da Bahia, por exemplo, faz referência expressa ao requisito civilmente menores (Lei baiana 7.249/98, art. 9º, II). Exemplos de Estados cuja a lei fixa em até 18 anos de idade a condição do filho como dependente é Alagoas (Lei nº 6.288/02, art. 9º). São exemplos de Estados cujas leis fixam em até 21 anos de idade a condição do filho como dependente: Amapá (Lei nº 448/99), Goiás (Lei Complementar nº 29/00, art. 14, I), Maranhão (Lei nº 7.357/98, art. 9º) e Minas Gerais (Lei Complementar nº 64/02, art. 4º, I).

Sendo assim, é nítido que cada ente federativo pode exercer sua autonomia para legislar em assunto de seu interesse, no caso em análise, em matéria previdenciária.

No entanto, observa-se que o ápice da presente consulta se refere à diminuição da maioridade civil trazida pelo novo Código Civil em 2002 que reduziu a maioridade de 21 para 18 anos. Apesar de a lei ter aplicação imediata, é certo que não pode implicar vulneração dos direitos adquiridos pela norma anterior, pois aquele menor não emancipado que

² Op. cit., p. 118.

passou a receber o benefício de pensão por morte antes desta alteração adquiriu, segundo a legislação vigente na época, o direito a recebê-lo até que completasse 21 anos.

Este entendimento foi pacificado através da Súmula nº 359 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se **pela lei vigente ao tempo** em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários.

Portanto, aqui se preserva o instituto do direito adquirido, previsto no artigo 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil, *in verbis*:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Em vista disso, conclui-se que os dependentes qualificados como menores sob guarda, enteados ou tutelados, que tiveram as pensões concedidas anteriormente à vigência do novo Código Civil, têm direito adquirido a receber o benefício até completarem 21 anos de idade, maioridade civil vigente na época.

Diante do exposto, entendo que cabe a cada ente federativo, na criação de seus regimes próprios de previdência, estipular as regras para concessão do benefício de pensão por morte, desde que obedeça ao rol previsto pelo Regime Geral de Previdência Social e, em consonância com o Ministério Público de Contas, acato o verbete sugerido pela consultoria técnica.

III. DO DISPOSITIVO

Ante o exposto, acolho o Parecer Ministerial de nº 6.196/2015, da lavra do procurador Dr. Alisson Carvalho de Alencar, e **VOTO** pelo conhecimento da presente consulta formulada pelo Instituto de Previdência Social dos Servidores Municipais de Sinop-MT (PreviSinop) e, no mérito, que seja respondida nos exatos termos do parecer da Consultoria Técnica nº 58/2015 e, ainda, pela emissão na Consolidação de Entendimentos do verbete sugerido pela consultoria, nos seguintes termos:

Resolução de Consulta nº ___/2015. Previdência. Benefício. Pensão por morte. Dependente. Filho não emancipado de segurado do RPPS. Previsão

legal de maioridade previdenciária de 18 anos.

1) O RPPS municipal deve assegurar, por lei, a pensão por morte de segurado (art. 40, CF/1988), com o estabelecimento do rol de dependentes beneficiários, limitando-se aos dependentes constantes do rol definido para o RGPS, tendo em vista que o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo deve observar, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o RGPS (art. 40, § 12, CF/1988).

2) É possível a instituição, por lei municipal, da maioridade civil (18 anos) como limite para a permanência de filhos não emancipados na condição de dependentes de segurado do RPPS local, tendo em vista que tal previsão não caracteriza criação de um novo benefício ou de um tipo de dependente não previsto para o RGPS e se insere na competência privativa do município para legislar sobre assunto de interesse local (art. 30, I, CF/1988).

3) Nos municípios em que ocorrer a redução legal da maioridade previdenciária de 21 para 18 anos de idade, deve-se observar a segurança jurídica quanto ao direito obtido por filhos não emancipados sob a égide da norma legal anterior.

Determino o envio da presente resolução de consulta à autoridade consulente, após deliberação plenária do egrégio Tribunal Pleno.

É a proposta do voto.

Cuiabá, 5 de outubro de 2015.

Moisés Maciel

Conselheiro substituto



*Artigos
Científicos*

Erro na celebração do negócio jurídico: teorias da cognoscibilidade e escusabilidade e suas implicações na indenização por interesse negativo das partes contratante e contratada



Bruno Ribeiro Marques

Auditor Público Externo da Secretaria de Obras e Serviços de Engenharia do TCE-MT
brmarques@tce.mt.gov.br

Especialista em Controladoria e Finanças pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Especialista em Engenharia de Produção pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Mestre em Estratégia Empresarial e Estudo das Organizações pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Graduação em Engenharia Civil pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp). Aluno do 3º semestre de Direito do Instituto Cuiabano de Ensino e Cultura (ICEC).

Errors in concluding the legal business: theories of knowledgeability and excusability and its implications in compensation for negative interests by the parts: contractor and contracted

Resumo

Este trabalho trata das teorias da escusabilidade e cognoscibilidade e suas relações com uma eventual anulação, por erro substancial, em negócios jurídicos celebrados. Trata, ainda, da possibilidade, ou não, de eventual postulação de ação indenizatória advinda de erros insanáveis contidos na avença, indenização esta analisada tanto no que se refere a favorecer o declarante quanto em benefício do declaratário. Este estudo tem importância, principalmente, nas hipóteses de anulação de contratos administrativos, isto é, nos contratos em que a administração pública é parte. No caso dos contratos administrativos, um eventual erro substancial – insanável – pode implicar extirpação, do mundo jurídico, de toda uma relação jurídica consumada, cujos prejuízos, direta, ou indiretamente, acabam se imputando a toda a população. Os resultados encontrados mostram que após a 1ª Jornada de Direito Civil, a teoria da cognoscibilidade tem se mostrado dominante, afastando, assim, qualquer pretensão indenizatória em favor do declarante ou do declaratário, mesmo que, em qualquer dos polos, se encontre a administração pública. No que tange à indenização em favor do declarante, as dissertações mostram a possibilidade de se indenizar este, apenas no que tange aos custos de celebração (cópias e autenticações), mas a jurisprudência tem se mostrado relutante a qualquer tipo de ressarcimento, seja em favor do declarante, seja do declaratário.

Palavras-chave

Vício insanável. Ação indenizatória. Teoria da escusabilidade. Teoria da cognoscibilidade. I Jornada de Direito Civil.

Abstract

This work deals with excusable theories and knowledge ability and its relationship to any cancellation by material error in legal transactions. It also analyzes the possibility or not of any indemnity action postulation due to irremediable errors in the contract that can either harm or benefit either the declarant as the hired. This study is important, especially in cases of cancellation of administrative contracts, ie, contracts in which the Public Administration is a party. In the case of Administrative Contracts, any substantial error – incurable – will remove the contract from the legal world, not consummating legal relationship whose losses, directly or indirectly, end up falling over the entire population. The results show that after the 1st Congress of Civil Law, the theory of knowledgeability proved to be dominant, thus eliminating any indemnity claim in favor of the declarant or declaratory, even if, in any of the poles, still remains, the public administration, as a part. By this theory, when the contractor enters into contracts and omits substantial errors, it loses the ability to claim any compensation that may have wasted. With regard to damage, the academic papers show the possibility of compensating for this, only in relation to the award of costs (copies and endorsements) and in benefit only of for the declarant, but the courts have been reluctant to any compensation, either in favor of the declarant either in favor of the hired.

Key-Words:

Incurable addiction; Indemnity action; Theory excusability; Theory Knowability; First congress of Civil Law.

1. Introdução

Este artigo trata das teorias da cognoscibilidade e da escusabilidade aplicáveis aos erros substanciais nos negócios jurídicos e suas implicações no que se refere à possibilidade de indenização ante o interesse negativo da parte contratante e/ou contratada.

A importância do tema se dá, primeiro, porque as duas teorias são antagônicas, sendo a da escusabilidade adotada, pacificamente, tanto pela jurisprudência dos Tribunais de Justiça de Santa Catarina, Mato Grosso do Sul e Minas Gerais, quanto pela doutrina do professor Luís Guilherme Loureiro, já a teoria da cognoscibilidade é adotada pelos principais doutrinadores: Carlos Roberto Gonçalves, Cesar Fiuza e Sílvio Venosa, cujos posicionamentos, dos dois lados, serão mostrados na sequência.

Enfim, trata-se de um conflito jurisprudencial/doutrinário, cujo objetivo deste trabalho é evidenciar qual posicionamento tem se mostrado dominante.

Sob este prisma, a anulação de um negócio jurídico tem implicações relevantes sobre a possibilidade, ou não, do cabimento de eventuais ações de indenização, tornando este estudo ainda mais relevante, quando, e onde, a administração pública se apresenta como parte – declarante – uma vez que uma eventual anulação por erro, sem quaisquer possibilidades indenizatórias, pode prejudicar toda uma população de um determinado ente federado, que acaba arcando, ainda que indiretamente, com os gastos da avença.

Ocorre que a aplicabilidade da tese de que a outra parte contratante, que agiu de boa-fé na celebração do negócio jurídico, fará jus à indenização pelo erro contratual, ou seja, o cabimento de indenização por interesse negativo do declaratório dependerá, fundamentalmente, da adoção, pelo juiz, da teoria da escusabilidade.

Isto ocorre porque, na aplicação da teoria da cognoscibilidade, a outra parte contratante – declaratório – já teria, ou deveria ter, conhecimento, de antemão – quando da apresentação da proposta contratual por parte do declarante – do erro substancial contido no negócio, não

podendo, assim, solicitar qualquer indenização, pelo simples fato de:

- a. não poder se valer de sua própria torpeza;
- b. não poder se enriquecer ilícitamente, quando e, sabendo, já existir erro na celebração contratual; e
- c. tendo em vista que, ao se omitir de alertar o declarante do erro contido na avença proposta, o declaratório perde a pretensão de poder reaver quaisquer valores inerentes ao contrato – culpa presumida *latu sensu*.

Assim, o objetivo deste trabalho é apresentar os principais conceitos sobre o tema – indenização por interesse negativo em erro substancial em negócio jurídico – e evidenciar como a doutrina e jurisprudência têm se mostrado ante o embate, além de apresentar as principais teses, artigos e dissertações que já abordaram o tema.

Em suma, o foco é tentar responder ao seguinte problema de pesquisa: Cabe indenização por parte de quem contratou com boa-fé em virtude de eventual erro substancial no negócio jurídico?

2. Conceitos

2.1 Erro no negócio jurídico, necessidade de escusabilidade para anulação: doutrina e jurisprudência nacionais

O pesquisador e ex-juiz de direito Luís Guilherme Loureiro, na obra *Curso Completo de Direito Civil*, esclarece que:

Segundo o artigo 138 do Código Civil de 2002 (CC/2002), são anuláveis os negócios jurídicos quando as declarações da vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebida por pessoa de diligência normal [...] erro é a ideia falsa da realidade, capaz de confundir o declarante a manifestar sua vontade de maneira diversa da que manifestaria se porventura melhor a conhecesse.

[...] O erro pode ser substancial (essencial) ou acidental. Erro substancial é aquele de tal importância que, se conhe-

cida a verdade, a parte não realizaria o negócio [...].

De qualquer forma o erro **deve sempre ser escusável**, sob pena de não poder ser invalidado o negócio. Se o erro é resultado de negligência, imperícia ou imprudência, não há possibilidade de anulação do ato. Para aferição da escusabilidade do erro, não pode o juiz adotar como parâmetro a figura do chamado “bom pai de família”, e sim as condições pessoais do declarante [...] (LOUREIRO, 2010, p. 220 e 221).

Fica claro que para o doutrinador, para que se pleiteie eventual anulação do negócio jurídico, o erro deveria ser escusável, ou seja, um erro no qual qualquer homem médio também incorreria.

O entendimento do doutrinador está arrimado pela melhor jurisprudência, dentre as quais, destacamos: as do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) e Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (TJMS), explicitadas no livro do professor Imhof (2014):

Necessidade de erro escusável. TJMS: O artigo 138 do CC/202, ao assim proclamar, explicitou a necessidade de que o erro fosse escusável, adotando-se o padrão abstrato do homem médio, para a aferição da escusabilidade. (Ap. Cív. nº 2007.003167-3/000-00, rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, j. 7.5.2007) *apud* Imhof (2014, p. 187).

Quem errou por sua própria negligência, imprudência ou imperícia não pode beneficiar da anulação TJMG: É importante se ressaltar, ainda que não seja qualquer espécie de erro que a lei admite como causa de anulabilidade. É mister que o erro seja substancial e que seja escusável, pois se quem errou o fez por sua própria negligência, imprudência ou imperícia, não se pode beneficiar com a anulação, deve, então, suportar as consequências do negócio malsinado. (Ap. Cív. n. 1.0687.03.022898/001, rel. Des. Bitencourt Marcondes, j. 17.5.2007) *apud* Imhof (2014, p. 187).

Anulação do negócio jurídico por erro. Vício não demonstrado. Requisito da escusabilidade, ademais, inexistentes. TJSC: Conforme ensina a doutrina majoritária – em posicionamento adotado pelo Novo Código Civil (art. 138) – somente vicia o negócio jurídico o erro escusável, no sentido de que há de ter por fundamento uma razão plausível, ou ser de tal monta que qualquer pessoa inteligente e de atenção ordinária seja capaz de cometê-lo (MONTEIRO, 1984, p. 188) [...].

Com a aplicação desta teoria assinala De Page que a jurisprudência tem equiparado o erro inescusável à culpa, de que o autor corre os riscos, e em consequência, não leva a ineficácia do ato (Instituições de direito Civil, V. I. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 522). É dizer, incidindo o contratante em negligência, imprudência ou imperícia ou desleixo a ele imputáveis, prevalece o interesse social à segurança dos negócios em detrimento ao interesse meramente individual do contratante desatento em anular a desastrosa avença (Ap. Cív. nº 2003.005.005350-6, rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, J. 31.05.2006) *apud* Imhof (2014, p. 189).

Fica claro que se o erro no negócio jurídico adveio de negligência, imprudência ou imperícia (TJMG) ou até mesmo de desleixo (TJSC) pelo contratante, não haveria por que se anular o negócio jurídico, pois o proponente do negócio assumiu os riscos de sua própria torpeza, ou, como afirma De Page (2005), assimilou a culpa desastrosa da avença.

É importante ressaltar que todos os Tribunais têm mantido o entendimento, já positivado no CC/2002, de que, **apenas**, os erros **substanciais** são cabíveis de anulação, ou seja, aqueles que se referem à qualidade das partes, ao objeto, ou ao motivo determinante da celebração, como bem se posicionou o **TJRJ**:

Erro essencial é o que recai sobre as circunstâncias e aspectos relevantes do negócio, é aquele que constitui a causa determinante do ato (Ap. Civ. nº

0002422-56.2008.8.19.0003, rel. Des. Carlos Eduardo da Fonseca Passos, j. 4.7.2011) *apud* Imhof (2014, p. 188).

Fica claro que, pelos entendimentos jurisprudenciais, o erro para ensejar a anulação do negócio há de ser:

- a. essencial, ou seja, a causa determinante de celebração da avença, e, cumulativamente;
- b. escusável, ou seja, não se ter originado da falta de cuidado de quem o propôs, ou, em outras palavras, qualquer homem médio também incorreria no mesmo equívoco (LOUREIRO, 2010).

Esse entendimento jurisprudencial chegou até o **STJ**, **em recurso especial**, que assim se posicionou:

Erro substancial. Considerações. STJ: É essencial o erro que, dada a sua magnitude, teria o condão de impedir à celebração da avença, se dele tivesse conhecimento um dos contratantes, desde que relacionado à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração das vontades, a qualidade essenciais do objeto ou a pessoa ou o motivo único do negócio (art. 138 do CC/02).

[...] Caio Mário: a doutrina acrescenta ainda que somente é de se considerar o erro escusável, não afetando o negócio quando o agente procede sem as devidas cautelas [...] (Res. nº 744.311-MT, rel. Min, Luís Felipe Salomão, j. 19.8.2019) *apud* Imhof (2014, p. 188).

Quanto à necessidade de o erro ser substancial, não há conflito na doutrina nem na jurisprudência, até mesmo por estar positivado no artigo 139 do CC/2002.

Existe ainda um posicionamento adotado pelo TJMS que, em Apelação Civil, considerou a necessidade de que o erro deve ser, ainda, real, para ensejar a fulminação da relação contratual, isto é, deve ser: “efetivo, causador de real prejuízo para o interessado” (Ap. Civ. nº 2003.008474-6/0000-00, rel. Des. Tânia Garcia de Freitas Borges, j. 7.3.2006)

TEORIA DA COGNOSCIBILIDADE

AÇÃO INDENIZATÓRIA

I JORNADA DO DIREITO CIVIL

TEORIA DA ESCUSABILIDADE

apud Imhof (2014, p. 188), mas não é um entendimento unânime na jurisprudência.

Não poderia ser diferente, se o erro não pode causar efetivo dano, entende-se que se encaixaria na categoria de erro accidental, inidôneo, portanto, a qualquer extirpação da relação contratual por força da vedação do artigo 138 combinado com o artigo 139 do CC/02.

Ocorre que, em que pese a teoria da escusabilidade ter sido adotada pela unanimidade dos tribunais, e em especial até mesmo pelo STJ, essa teoria tem sido, aos poucos, superada pela doutrina, principalmente após a edição do enunciado n.12 da I Jornada de Direito Civil do CJF (Conselho de Justiça Federal), nos seguintes termos: “Na sistemática do art. 138, é irrelevante ser ou não escusável o erro, porque o dispositivo adota o princípio da confiança”.

Enfim, temos aqui uma superação do entendimento anterior pacificado.

Em primeira percepção, não se vislumbrariam quaisquer problemas com a adoção desta nova teoria.

A problemática ocorre pela via reflexa pela eventual postulação de ação indenizatória da parte que contratou de boa-fé, pois, pelo entendimento da teoria antiga – escusabilidade –, se o erro era escusável, caberia, por analogia, e, em face aos princípios do direito (e, repita-se, somente em função destes, pois a lei não estabelece esta previsão), (GONÇALVES, 2014, p. 328), a indenização por quem, de boa-fé, celebrou o negócio.

A indenização neste caso seria devida porque o erro era imprevisível, inimaginável ao homem médio, razão pela qual quaisquer das partes poderiam cometê-lo, ou seja, trata-se de equívoco imperceptível a qualquer pessoa de diligência normal, tornando, por consequência, possível se pleitear, ao menos em tese, eventual indenização pelo desfazimento da relação contratual (IMHOF, 2014; LOUREIRO, 2010).

Exemplifica-se, Loureiro (2010) afirma que é causa de erro anulável (essencial) quando o declarante pensa estar doando determinado bem quando, na verdade, o está vendendo. Digamos que

certa pessoa que acreditasse estar recebendo imóvel em doação o tenha alugado a terceiro por quatro meses. Como o erro é sobre a natureza do contrato, não resta alternativa senão anulá-lo, contudo, permanece a questão de quem, imaginando tê-lo adquirido por doação, o alugou a terceiro, seria devida a indenização a este pelo pagamento de multa do contrato de aluguel, porventura, rescindido com terceiro? O doutor em direito, desembargador e pesquisador professor Gonçalves (2014) entendia que sim, por analogia e com base nos princípios do direito. Mas esta tese só seria aplicável, conforme se verá, tomando-se como referência a teoria da escusabilidade, tese esta que está superada após a I Jornada de Direito Civil.

2.2 Teoria da cognoscibilidade, a superação da teoria da escusabilidade: principais doutrinas e teses sobre o tema

Depois do 12º enunciado da I Jornada de Direito Civil, que afirma que na sistemática do artigo 138 seria irrelevante ser escusável ou não o erro, a doutrina tem mudado o posicionamento até então unânime, passando a defender a teoria da cognoscibilidade e não mais a teoria da escusabilidade na anulação dos negócios jurídicos por erro substancial.

A doutrina do Dr. Fiuza, membro da Academia Brasileira de Normas Jurídicas, ajuda a esclarecer o exposto:

O erro deve ser escusável, ou seja, deve ser daqueles que qualquer pessoa medianamente dotada cometeria. Mas, para que se possa anular o negócio viciado de erro, deve, (acima de tudo), ainda, ser ele cognoscível, isto é, deve ser possível ao beneficiário do erro perceber que a outra parte se enganou [...].

Há quem entenda que a cognoscibilidade não seria exigível, dada a má redação do art. 138 do Código Civil, que não ensinaria qualquer conclusão, nem positiva, nem negativa a respeito do tema. Embora o art. 138 não utilize expressamente a palavra cognoscível, deixa bastante claro que o “erro” deva ser perceptível por pessoa de

diligência normal. Ora, a quem o art. 138 estaria se referindo ao exigir que o erro deva ser percebido por pessoa de diligência normal? É óbvio que é ao destinatário da declaração equivocada [...].

Ademais, mesmo que o artigo não fosse tão óbvio, deveríamos quando nada, com base no princípio da boa-fé objetiva, adotar a teoria da cognoscibilidade, como assevera Daniel Vilas Boas.

Entretanto se tivéssemos de apontar apenas uma interpretação válida a ser adotada para o art. 138 do CC 2002, preferiríamos a tese da Cognoscibilidade, tendo em vista que tal solução nos parece mais harmonizada com o animus do Código Civil que abandonou o individualismo [...]. (FIUZA, 2014, p. 283-284).

Para defender seu ponto de vista, o autor elucida com um exemplo.

Vejamos outro exemplo: Maria dirige-se a uma joalheira, pretendendo comprar um anel de rubi. Olhando a vitrine, encanta-se com um belo anel de pedra vermelha, aparentemente rubi. Sem entender nada de pedras, Maria compra o anel, na certeza de tratar-se de rubi, quando se tratava de rubelita, pedra semipreciosa. Entretanto não informou ao joalheiro que desejava um anel de rubi. Neste caso o contrato não poderia ser anulável visto não se achar presente o requisito da cognoscibilidade, mas apenas o da escusabilidade (FIUZA, 2014, p. 283).

Para Fiuza (2014), em comentários ao exemplo acima, levanta-se uma questão importante: se a compradora da pedra não informou que desejava uma pedra de rubi ao vendedor, não seria descabido ela, depois, solicitar o desfazimento da relação contratual? Evidentemente que sim. Essa situação é totalmente diversa daquela em que a compradora afirma estar querendo um anel de rubi, menciona ao vendedor sua intenção e, ao se deparar com uma pedra de rubelita, acreditando ser de rubi, a adquire, mantendo-se o vendedor, contudo, em silêncio sobre a mineralogia do

anel. Neste último caso está presente a teoria da cognoscibilidade.

Fica claro que a doutrina de Fiuza, no exemplo acima, mostra superar a teoria da escusabilidade, até então unânime na jurisprudência, conforme mostrado.

Ocorre que não se trata de um caso isolado.

O desembargador e professor Carlos Roberto Gonçalves, na obra *Direito Civil Esquematizado* (2014), assim se posiciona:

O Código Civil italiano adotou o princípio da cognoscibilidade (*ricognoscibilità*) sujeitando a eficácia invalidante do erro não só à sua relevância, mas também ao fato de ser reconhecível da outra parte. Segue a mesma linha o Código Civil Português.

Segundo José Afonso Simão, que resume a opinião de diversos autores, o Código Civil de 2002 “exigiu apenas a cognoscibilidade e não a escusabilidade como requisito do erro, já que tendo adotado a teoria da confiança, calcada na boa-fé objetiva e na eticidade, o negócio deve ser mantido, se gerou justa expectativa do declaratório, sendo que tal expectativa merece proteção jurídica”.

[...] o negócio só é anulável se o vício era reconhecido ou poderia ser reconhecido pelo contratante beneficiado.

A tendência é no sentido dessa orientação, em razão do grande número de adeptos a esta tese (GONÇALVES, 2014, p. 325).

Aponta o autor que esse entendimento da aceitação da teoria da cognoscibilidade, em superação à teoria da escusabilidade anterior, tem sido aceito por:

- a. Humberto Teodoro Júnior, na obra *Comentários ao novo Código*, v. III, p. 42; por
- b. Paulo Nader, na obra *Curso de Direito civil*, p. 476; por
- c. Maria Helena Diniz, na obra *Curso de Direito civil Brasileiro*, v. I, p. 383; e por
- d. Silvio Rodrigues, na obra: *Direito Civil*, v. I, p. 191 (GONÇALVES, 2014, p. 325).

Enfim, fica claro que a doutrina tem se inclinado a pacificar este novo posicionamento de que é imprescindível a toda e qualquer anulação do negócio jurídico que o erro seja, ou pudesse ser, percebido da parte beneficiária, visto que, se esta (comprador/declaratório) não percebeu o erro contido na avença, dever-se-á, com base no princípio da confiança, ser considerado válido o negócio pelo princípio da confiança.

O professor Gonçalves (2014) traz ainda o exemplo de Flávio Tartuce (2009)¹ em que um jovem ignorante do interior, ao ver uma placa de vende-se sobre um vendedor ambulante de pilhas, embaixo de um viaduto, paga a este a quantia de R\$ 5.000,00 achando estar comprando o viaduto.

Aponta o professor que o erro seria inescusável, grosseiro demais, pois qualquer um – homem médio – entenderia que um viaduto não poderia ser vendido, **tornando o negócio, pela sistemática da escusabilidade, insuscetível de anulação**. Contudo, como a teoria dominante adotada, atualmente, é a da cognoscibilidade, como o erro era detectável (cognoscível) pela parte contratada (vendedor de pilhas), por óbvio, que se poderia anular o negócio.

Ademais seria descabida qualquer interpretação que impossibilitasse alguém de ter reavido R\$ 5.000,00 quando, ingenuamente, acredita estar comprando um bem insuscetível de alienação. Por óbvio que o vendedor de pilhas sabia, ou deveria saber, não se tratar das pilhas que vendia, e, ainda sabia, ou ao menos devia saber, não poder vender um viaduto que, sequer, era de sua propriedade, devendo, pois, ser restituída a quantia paga pelo jovem comprador.

Ocorre que a aceitação desta teoria tem implicações na possibilidade de indenização perante erro, pelo simples fato de que, se o erro era ou deveria ser conhecido da outra parte que se beneficiara do negócio – declaratório –, ou seja, de quem aceitou os termos do contrato, conclui-se

que não caberia qualquer indenização em favor deste por lucros cessantes, pois já sabia ou deveria saber do vício já existente no negócio proposto.

Para que possa ser corroborada a tese doutrinária da inviabilidade indenizatória, em favor de quaisquer das partes, em vista de erro no negócio jurídico, serão apontados os principais estudos sobre os temas: a) anulação mediante erro, e b) indenização por interesse negativo, tanto na jurisprudência quanto academicamente (teses e dissertações).

2.3 Estudos sobre indenização: teses e dissertações

Na dissertação de mestrado, Klieemann (2006) aponta que:

Nas hipóteses de erro, a indenização devida pelo declarante pelo desfazimento do negócio restringe-se aos interesses negativos (despesas com a contratação). Há ainda, a possibilidade de não ser devida nenhuma indenização, como será analisado mais adiante (item 3.2.2.2) [...]. (KLIEMANN, 2006, p. 59).

Com efeito, enquanto antes havia o dever do declarante de indenizar pelo interesse negativo, ainda que sem culpa, e pelas expectativas legítimas do declaratório, se presente ação culposa, hoje a indenização é afastada em razão da existência de culpa ou negligência do destinatário da declaração [...].

É que para configuração do erro, deve haver culpa desse último, não há o que se indenizar por estarem ausentes quaisquer expectativas legítimas (seja porque não há confiança a ser protegida, seja porque quaisquer expectativas não podem, nesse contexto, serem classificadas como legítimas). (KLIEMANN, 2006, p. 107).

Hoje, na vigência do Código de 2002, o instrumento da confiança é a exigência de recognoscibilidade do erro pelo destinatário da declaração. E, por conta dessa mudança, não há mais o dever de indenizar pelos interesses negativos nos moldes do Código anterior [...].

¹ Tartuce, F. *Direito Civil*. v. I. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

No Código atual, a avaliação da conduta do declaratório é condição necessária para a anulação do contrato. Ela não ocorre, contudo, após o desfazimento do ato, mas antes, por ser a reconhecibilidade do erro condição sine qua non para a anulação do contrato. Neste cenário, verifica-se que o desfazimento do negócio pressupõe um determinado comportamento do declaratório, que, por envolver negligência ou culpa, afasta a incidência de qualquer pleito indenizatório (KLIEMANN, 2006, p. 123).

Em sua tese, Hamid Charaf Bdine Júnior (2007) segue a mesma linha de Kliemann (2006), nos seguintes termos:

Carlos Roberto Gonçalves invoca Pontes de Miranda e Sílvia de Venosa para concluir pela necessidade de se indenizar o contratante que não concorreu para o erro (BNEIDE JÚNIOR, 2007, p. 83).

No caso do destinatário da declaração, a culpa preponderante no erro sempre lhe será imputável, pois tendo percebido ou tendo podido perceber o erro do declarante, permaneceu inerte, registrando-se que não há lugar para a anulação se ele não percebeu o engano. E sendo sua culpa a razão determinante do engano, não haverá como admitir a condenação do declarante a indenizá-lo.

Diversamente, será o destinatário o culpado pelo erro do declarante, a quem caberá se postular a indenização dos danos suportados, pois a culpa preponderante pelo desfazimento do negócio será imputável a ele, em razão de sua omissão.

Solução diversa só será possível no caso de o erro do declarante revelar-se grave e imperdoável, quando será possível reconhecer-se, em tese, culpa concorrente (BDINE JÚNIOR, 2007, p. 84).

Observa-se que tanto a dissertação de Kliemann (2006) quanto a tese de Bdine Júnior (2007) são unânimes em afirmar a impossibilidade de se pleitear, na vigência da teoria da cognoscibilidade, adotada pela doutrina após o 12º enunciado da I

Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, qualquer possibilidade de indenização por parte do declarante em favor do declaratório (beneficiário) do negócio jurídico, visto que este teria se comportado com torpeza, omitindo-se em evidenciar, ao declarante, o erro que estaria incorrendo. Ou seja, a indenização seria cabível, no caso dos estudos apresentados, somente ao declarante que, inconsciente, celebrou o contrato.

Pacificado o entendimento de que não cabe indenização por parte do declarante em favor do declaratório, resta saber se caberia indenização em favor do declarante que, ingenuamente, celebrou o negócio.

A jurisprudência ainda não se posicionou firme sobre o tema, tendo se limitado a declarar a anulação do negócio Jurídico conforme se observa no TJMG, em análise aos casos de ação de anulação de quitação de dívida (Ap. Civ. nº 1.0024.04.324811-1/001, rel. Des. Osmando Almeida, j. 14.3.2006) ou mesmo, nos Tribunais de Santa Catarina, nos casos de anulação de venda de automóvel com vícios na documentação (Ap. Civ. nº 2006.027002-1, Re. Des. Saul Steli, j. 25.6.2010) *apud* Imhof (2014, p. 190, 191).

No que se refere à indenização do declarante, a pouca jurisprudência sobre o tema tem sido unânime em afirmar **sua impossibilidade**, conforme se observa do julgado em apelação Civil no Rio Grande do Sul.

AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULDADE E/OU RESCISÃO DE CONTRATO C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES E PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TÍTULO DE CAPITALIZAÇÃO. ERRO SUBSTANCIAL. Anulável o negócio jurídico havido entre as partes, pois demonstrado que, se soubesse os verdadeiros termos do mesmo, a autora não o teria celebrado.

DANOS MORAIS. O incômodo decorrente dos fatos havidos não tem o alcance pretendido, uma vez não caracterizado ato ilícito da parte ré, mas de terceiro.

VERBA HONORÁRIA. Não verificada a inadequação alegada, resta mantida a fixação dos honorários. NEGARAM PROVIMENTO AOS APELOS. UNÂNIME. (Apelação Cível nº 70017685967, AC nº 70041944083, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Otávio Augusto de Freitas Barcellos, Julgado em 22.11.2012).

Parece que, em que pese Kliemann (2006) afirmar que cabe indenização em favor do declarante unicamente frente aos custos suportados na celebração do negócio (2006) – ou seja, com os gastos com cópia e autenticação, despesas cartorárias, emolumentos, etc. – e o posicionamento de Bdine Júnior (2007) adotando a tese de Sílvia Venosa de que caberia indenização unicamente em favor do declarante em face da má-fé do declaratório, o fato é que há pouca jurisprudência sobre o tema e, a existente, tem fulminado qualquer pleito nesse sentido.

A jurisprudência tem se posicionado nesse sentido pelo fato de que, se o declarante errou, o fez sozinho por sua “conta e risco”, e o simples desfazimento da relação contratual, com a restituição dos valores já contidos no contrato, é suficiente a este ser indenizado pelo que já pagou, ainda que sem juros incorridos, ou seja, tendo sido o declarante restituído da quantia que ofereceu pelo objeto, já seria suficiente a este ser indenizado na avença. É este o posicionamento do TJRS.

Mas não só por isso, a relutância dos tribunais em adjudicar qualquer pretensão indenizatória ao declarante advém do fato de que havia, efetivamente, previsão neste sentido, no projeto inicial do Código Civil de 2002, mas que acabou sendo rejeitado na Câmara Federal, então casa revisora.

No projeto original, o Código Civil de 2002 deveria prever a possibilidade de ação indenizatória em favor do declarante, em total simetria com o Código Civil alemão em vigência, mas o legislador ordinário optou por não incluir tal cláusula na redação dos artigos 138 e 139 do CC/2002.

Com isso, a concessão de quaisquer indenizações ao declarante só pode vir por meio da observância aos princípios

gerais do direito.

Contudo, os contratos se mostram, em regra, como acordos de vontades bilaterais *inuitu personae*, tornando a analogia empregada, neste caso, uma analogia *in malam partem* em desfavor do declaratório, prática esta que vem sendo totalmente rechaçada pela grande maioria (para não se mencionar unanimidade) da doutrina. Enfim, nas palavras do doutor Gonçalves (2014):

[...] A solução só poderá ser de ordem jurisprudencial, pois a emenda de nº 176 apresentada ao Projeto de Código Civil na Câmara [...] que proponha que o erro substancial desse margem à indenização [...] foi acatada pela Comissão Revisora e Rejeitada (GONÇALVES, 2014, p. 328).

Ou seja, não há previsão legal ou jurisprudencial, ainda, para se conceder indenização ao declarante.

3. Conclusão

De todo o exposto fica evidente que, até o momento, o posicionamento dominante é no sentido de não ser possível a indenização em face de erro em negócio jurídico, com a única ressalva de algumas dissertações que afirmam haver a possibilidade de se indenizar o declarante (e somente este), e, ainda, em virtude, somente, de gastos com a celebração da avença (cópias e autenticações), mas que, ainda, não tem sido acompanhada pela jurisprudência dos tribunais.

Nos demais casos, indenização em favor do declaratório, tanto a doutrina como a jurisprudência atual são unânimes em refutar tal possibilidade, com o advento do 12º enunciado da I Jornada de Direito Civil.

Resta ainda aguardar novos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema, mas, em síntese, o entendimento pacificado e dominante até agora é no sentido de não ser cabível indenização em face de erro no negócio jurídico, seja em favor do declarante, seja em favor do declaratório, ainda que a administração pública figure como parte. ★

Referências

Livros

DE PAGE, A. **Instituições de Direito Civil**. v. I. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FIUZA, C. **Curso Completo de Direito Civil**. 17. ed. Belo Horizonte: Revista dos Tribunais, 2014.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Esquemático**. v. I. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

IMHOF, C. **Código Civil Interpretado**: anotação artigo por artigo. São Paulo: Atlas, 2014.

LOUREIRO, L. G. **Curso Completo de Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Método, 2010.

MÁRIO, C. **Instituições de Direito Civil**. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MONTEIRO, W. B. **Curso de Direito Civil**. v. I. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

TARTUCE, F. **Direito Civil**. v. I. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Teses e Dissertações

BDINE JÚNIOR, H. C. **Efeitos do Negócio Jurídico nulo**. 2007. 246 f. Tese (Doutorado em Direito Civil)- Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

KLIEMANN, A. C. **Erro Invalidante na Dogmática do Negócio Jurídico**. 2006. 153 f. Dissertação (Mestrado em Direito)- Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

Jurisprudência

BRASIL (UNIÃO). Superior Tribunal de Justiça. Direito civil e processual civil. Anulação de negócio jurídico. Dação em pagamento. Imóvel. Localização. Instituição financeira de sólida posição no mercado. Erro inescusável. Recurso Especial nº 744.311-MT. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Ervides Fidêncio Klauk e outro. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, Brasília, DJ de 09.09.2010.

MATO GROSSO DO SUL (ESTADO). Tribunal de Justiça. Embargos de declaração: – omissão – inexistência – pretensão de reexame da prova dos autos. Embargos de Declaração em Apelação Cível: ED 3167 MS 2007.003167-3/0001.00. Embargante: Onofre Alves de Almeida e outros. Embargado: Izaura Honorata Ferreira e outro. Relator: Oswaldo Rodrigues de Melo. Campo Grande, MS, DJ de 17.07.2007.

MATO GROSSO DO SUL (ESTADO). Tribunal de Justiça. Apelação cível – ação de anulação de cláusula contratual cumulada com inexigibilidade e anulação de título – erro substancial na assinatura de nota promissória – Nulidade de cláusula contratual de honorários advocatícios – Recurso Improvido. Apelação Civil Nº 2003.008474-6/0000-00. Apelante: Nilda Ortega de Aquino. Apelado: Ritva Cecília de Queiroz Garcia Vieira. Relator: Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. Campo Grande, MS, DJ de 31.03.2006.

MINAS GERAIS (ESTADO). Tribunal de Justiça. Anulatória de ato jurídico – Código de Defesa do Consumidor – Incidência – Objeto ilícito – Não configuração – Litigância de má-fé – Configuração – Recurso conhecido e não provido. Apelação cível nº 1.0687.03.022898-9/001 – Comarca de Timóteo. Apelantes(S): Alcy Ferreira da Silva e sua mulher. Apelado(A)(S): Banco Bradesco S/A. Relator: Bittencourt Marcondes, Belo Horizonte, MG, DJ de 30.05.2014.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). Ação declaratória de nulidade e/ou rescisão de contrato c/c restituição de valores e pedido de indenização por danos morais. Título de capitalização. Erro substancial. Apelação cível: AC 70041944083. Apelante: Cooperativa de Crédito de Livre Admissão de Associados. Apelado: Jandir Dall Agnol e outros. Relator: Luiz Renato Alves da Silva. Porto Alegre, RS, DJ de 28.11.2012. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22783246/apelacao-civel-ac-70041944083-rs-tjrs/inteiro-teor-110987028>>. Acesso em: 14 mar. 2015.

SANTA CATARINA (ESTADO). Tribunal de Justiça. Apelação cível. Anulação de ato jurídico por erro. Vício não demonstrado. Requisito da escusabilidade, ademais, inexistente. Recurso desprovido. Apelação civil nº 2003.005350-6. Apelante: Ciro Coelho do Espírito Santo e outro. Apelado: Ciro Manoel Pacheco. Relator: Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Florianópolis, SC, DJ de 18.07.2006.

Litigância de má-fé no âmbito dos Tribunais de Contas: comparativo entre o antigo e o novo CPC e análise de precedentes

Bad faith's litigation under the Court of Auditors: comparison between the old and the new CPC and previous analysis

Resumo

O presente artigo tem como objetivo demonstrar que no âmbito dos Tribunais de Contas é plenamente possível se coibir, com aplicação de multa, a conduta caracterizadora de litigância de má-fé, bem como evidenciar que referida sanção se fundamenta utilizando subsidiariamente o Código de Processo Civil (CPC). Reforçando o núcleo do trabalho, apresentar-se-á estudo comparativo do CPC, inclusive do novo, que entrou em vigor em 2016. Também serão colacionados precedentes oriundos dessas Cortes de Contas, por meio dos quais se apenaram responsáveis, interessados ou procuradores por litigância de má-fé.

Palavras-chave

Tribunais de Contas. Litigância de má-fé. Novo CPC. Precedentes.

Summary

This present article demonstrates that is possible to show how under the Courts of Auditors restrain with a fine of application characterizing conduct in bad faith's litigation, as well as evidence that the sanction is based using alternative the code of civil procedure (CPC). Strengthening the core of the work to introduce this comparative study of the CPC including the new which came into effect in 2016. It will also be collated previous arising from these Accounts of Courts by which are deemed responsible, interested or attorneys for litigation of bad faith.

Key words

Court of Auditors. Bad faith's litigation. New CPC. Precedent.

1. Introdução

Notadamente o instituto litigância de má-fé tornou-se lugar-comum no âmbito do Poder Judiciário, principalmente à vista do volume de ocorrências de sua prática. Assim, exigiu-se de estudiosos, operadores do direito e daqueles favoráveis à plenitude da lealdade processual, que se reprimisse essa prática desrespeitosa com maior intensidade.

Como resultado, atualmente, existem importantes obras abordando a temática, diversas correntes de pesquisa são contempladas e sedimentou-se legislação nesse sentido. Essas condições permitem aos juízos e membros de órgãos que prolatam decisões de caráter administrativo (como exemplo os Tribunais de Contas, cerne deste estudo) que reprimam aqueles que se utilizam de ardis e elementos reprováveis, fazendo com que o processo se apresente amalgamado por características que têm o objetivo único de desestabilizar a adequada e leal

marcha processual.

É sabido que as normas são estatuídas com alargada margem de correção, mas não estanques, daí por que constantemente sofrem mudanças. Conceitos que foram fundamentos – princípios – para que o legislador extraísse o espírito e assim estabelecesse regras, com o decorrer do tempo, necessitam de nova avaliação, reclamando, dessa forma, que as normas sejam atualizadas e aperfeiçoadas.

Nesse sentido, tendo em vista que o processo se apresenta como mecanismo de pacificação social, é inconcebível se tolerar qualquer abuso de direito ou outro meio tendente a configurar litigância de má-fé.

Conforme mencionado inicialmente, a repressão à litigância de má-fé é frequente no Poder Judiciário, à proporção que no âmbito dos Tribunais de Contas referido desrespeito processual ainda é coibido de forma incipiente.



Luciano Pereira da Silva

Chefe de Gabinete de
Conselheiro no TCE-TO
lspnto@hotmail.com

Graduado em Direito,
pós-graduado em Gestão
Pública, pelo Instituto de
Pós-Graduação Iepe, com
especialização em Gestão
Pública com Ênfase no
Controle Externo, pelo
Instituto Brasileiro de Pós-
Graduação e Extensão
(Ibpx).

Assim, o presente trabalho tem por objetivo apresentar estudo sobre a litigância de má-fé, com enfoque na sua aplicabilidade e coibição no âmbito dos Tribunais de Contas, cujos órgãos, talvez por emitirem decisões de caráter administrativo, encontram-se em fase inaugural quanto à penalização, com sanção, diante de comprovado exercício de ato nocivo à lealdade processual.

Visa ainda apresentar aspectos históricos desse instituto, a partir de sua origem no Brasil, sua tipificação prevista no Código de Processo Civil (CPC) revogado, em contraponto às alterações trazidas pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que sancionou o Código de Processo Civil, cujos efeitos entraram em vigor no início de 2016.

Buscar-se-á, outrossim, verificar se os Tribunais de Contas preveem em suas leis orgânicas, regimentos internos e legislações congêneres, dispositivos responsáveis por aplicar sanção ante as incursões processuais reveladoras de litigância de má-fé.

Nessa perspectiva, tenciona-se demonstrar se essas Cortes de Contas, conforme atua o Poder Judiciário, procuram estacar lides temerárias, ainda que não prevejam em seus ordenamentos a previsão de reprimenda à litigância de má-fé, diante da possibilidade de as leis orgânicas e regimentos internos permitirem a possibilidade de os Tribunais de Contas, ante omissões legislativas, socorrerem-se, subsidiariamente, do CPC.

Ressalta-se que, para o desenvolvimento do presente estudo, foram utilizadas técnicas científicas gerais de pesquisa, norteadas pela análise de documentação bibliográfica, com lastros em pensadores e doutrinadores nacionais e estrangeiros, inclusive com a consulta direta a textos legais.

De igual forma, efetivou-se também consultas diretamente aos Tribunais de Contas, por meio da emissão de comunicação identificada. Essas consultas foram encaminhadas às ouvidorias com o escopo de identificar se essas Cortes de Contas disciplinaram em seus respectivos ordenamentos a previsão de sanção em caso de litigância de má-fé e se já

apenaram responsáveis, interessados ou mesmo procuradores diante dessa prática deliberada.

Ainda que não se pretenda exaurir o assunto, os aspectos trazidos a lume visam enriquecer o debate sobre a possibilidade de também se reprimir a litigância de má-fé perante as Cortes de Contas. Isso porque, a despeito de quase não existirem bibliografias a esse respeito no âmbito dos Tribunais de Contas, colacionar-se-ão julgados oriundos dessas Cortes, em que se aplicou multa àqueles que lançam mão de instrumentos processuais que têm como fim único obstruir a natural marcha processual, contrária à postura ética, leal, caracteriza pela boa-fé, que se determina em um estado de direito.

2. Dos deveres das partes e dos procuradores e boa-fé processual: o antigo e o novo CPC

Impende ressaltar que anteriormente ao aprofundamento no estudo especificamente perante os Tribunais de Contas, necessário se faz, primeiro, ainda que rapidamente, tecer algumas considerações sobre os deveres das partes e de seus procuradores, com foco no novo CPC. Assim, caso se vislumbre evidência da litigância de má-fé, restará desrespeitado o princípio do dever de lealdade processual.

Para Márcio Louzada Carpena (2005), a lealdade processual compreende postura ética, honesta e franca, de boa-fé, prova que se exige em um estado de direito; ser leal é ser digno, proceder de forma correta, lisa, sem se valer de artimanhas, embustes ou artifícios.

Sob a ótica de Nery e Nery (2007, p. 196), a lealdade processual trata-se, na realidade, de um dever a ser observado pelo jurisdicionado. Está intimamente ligado ao princípio da probidade processual, segundo o qual cabe às partes sustentarem suas razões dentro da ética e da moral, não se utilizando de chicana e fraude processual. Divide-se probidade no dever de agir de acordo com a verdade; dever de agir com lealdade e boa-fé; e dever de praticar somente atos necessários à sua defesa.

Nesse sentido, em uma análise gramatical, constata-se que o legislador que elaborou o novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015)¹, quanto aos deveres das partes e dos seus procuradores, promoveu importantes alterações, posto que o CPC² anterior tinha a seguinte redação:

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I – expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II – proceder com lealdade e boa-fé;

III – não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV – não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Já o CPC que entrou em vigor estabelece o seguinte:

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

I – expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II – não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento;

III – não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;

IV – cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;

V – declinar, no primeiro momento que

¹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 12 set. 2015.

² BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm#art1218>. Acesso em: 12 set. 2015.

lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva;

VI – não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

Em rápida análise, constata-se que, em comparação ao inciso I, ambos os códigos possuem idêntica redação. Enquanto o inciso II do novo CPC suprimiu a redação antiga (**II – proceder com lealdade e boa-fé**), mantendo-se, em seu lugar, praticamente a redação do inciso III do antigo código (III – não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento), apenas sofrendo sutis alterações gramaticais, com fim de melhor adequar o referido inciso. Essas mudanças também se aplicaram ao inciso IV do CPC que entrou em vigor em 2016, vez que praticamente manteve a íntegra do inciso V, do antigo código. De modo que os incisos V e VI, do CPC recém-sancionado, trouxeram inovações.

Conforme destacado, o legislador houve por não mais manter no CPC há pouco em vigor, o inciso sobre *lealdade e boa-fé*. A respeito da referida exclusão, sucessivas críticas emergiram, dentre as quais há de se destacar as feitas por Viana e Stolze, segundo os quais é a esta boa-fé, a boa-fé objetiva, que o legislador deve expressar, claramente, no novo CPC, a sua reverência. E tal reverência exige que o enunciado esteja inserido em um dos dispositivos topologicamente integrantes do conjunto dos enunciados que proclamam as bases em que o intérprete deve se ancorar quando se debruçar sobre uma norma processual.

Por oportuno, é salutar distinguir a boa-fé objetiva da subjetiva. Fredie Didier Júnior (2009, p. 39) assenta que não se pode confundir o princípio (norma) da boa-fé com a exigência de boa-fé (elemento subjetivo) para a configuração de alguns atos ilícitos processuais, como o manifesto propósito protelatório, apto a permitir a antecipação dos efeitos da tutela, conforme previsto no inciso II do artigo 273 do CPC revogado.

Sobre boa-fé objetiva e subjetiva, José Marcelo Barreto Pimenta assim consigna:

A primeira diz respeito à norma, isto é, é a norma que impõe um comportamento leal, ético, de acordo com a boa-fé. Já a segunda diz respeito a fato, a um estado de consciência, opondo-se a má-fé. É no primeiro contexto que se insere o princípio da boa-fé processual, que, como visto, vem delineado pelo inciso II do art. 14 do CPC (*revogado*).

Tal dispositivo legal em nada se relaciona com a boa-fé subjetiva (a intenção do sujeito do processo). Ao revés, é norma impositiva de condutas em conformidade com a boa-fé objetivamente considerada, sem se perquirir acerca das más ou boas intenções. Alcança não só as partes, mas todos aqueles que de qualquer forma participam do processo, inclusive o próprio magistrado.

Dessa forma, nos dizeres de Viana e Stolze, importante que o legislador repressasse a maneira de verter para o novo CPC a proclamação do princípio da boa-fé objetiva no processo civil. Isso porque, se bem pensada a situação, a boa-fé objetiva não é somente uma norma de conduta a ser seguida pelos diferentes sujeitos das distintas relações jurídicas, seja de direito material ou de direito processual, mas por todos os atores que, de alguma forma, se relacionam, juridicamente ou não, com outras pessoas. Assim, para que se possa dimensionar o alcance da exigência de que todos, no processo, atuem em consonância com a boa-fé objetiva, é de todo necessário distingui-la da boa-fé subjetiva. Nessa linha, vale, de logo, o alerta de que a valorização da boa-fé objetiva não significa, nem de longe, que a boa-fé subjetiva tenha sido proscria. Muito pelo contrário. A boa-fé subjetiva continua exigível, e mais exigível do que antes, já que a cada dia é reduzida a tolerância, no campo das relações civilizadas, quaisquer que sejam elas, a comportamentos baseados na má intenção.

Por consectário lógico, na relação de dever processual, o princípio da boa-fé, cuja aplicação não mais comporta recuos,

ao lado do princípio do devido processo legal e do princípio do contraditório adequadamente redimensionado, compõe o esqueleto de sustentação do processo cooperativo, modelo processual que já estava em vigor e cujas características tendem a ser significativamente realçadas no novo CPC, de acordo com Viana e Stolze.

Portanto, tem-se que a manutenção da lealdade processual, como imperativo necessário, ultrapassa os postulados éticos constitucionalmente estabelecidos, de modo que emerge como consequência lógica do devido processo legal, caminhos suficientemente adequados ao cumprimento do acesso à justiça.

Humberto Theodoro Júnior (2008) reforça o acima consignado, sustentando que, no sistema democrático de processo, o resultado da prestação jurisdicional é gerado pelo esforço conjunto de todos os sujeitos processuais, inclusive, pois, do autor e do réu. Não basta que o juiz se comporte eticamente. O mesmo padrão de conduta há de ser observado pelas partes e seus advogados.

3. Litigância de má-fé e sua origem

Antes de aprofundar o estudo do direito material sobre a litigância de má-fé, importante se fazer uma incursão, ainda que breve, acerca da origem e evolução histórica mundial desse instituto, com enfoque no seu nascimento no Brasil.

Kaethe Grosmann (1945, p. 278) constata que vem do início da formação dos mandamentos clássicos, como o direito grego, o direito romano e o direito canônico. Já na Grécia encontram-se referências sobre o dever de veracidade aplicável ao processo, por meio de um juramento prévio à ação, no sentido de as partes sustentarem a retenção e a defesa, convictas do respectivo direito, e manterem correção em todos os atos do processo. Não cumprindo o juramento, era imposta uma pena ao litigante faltoso.

Levando em consideração que o cerne deste estudo é comprovar que os Tribunais de Contas, embora de maneira tímida, vêm responsabilizando pela prática

da litigância de má-fé, reserva-se a não apresentar, com toda a sua profundidade, quanto aos aspectos históricos desse instituto, pois se sabe que é de grandeza solar a sua extensão, motivo por que se resguarda a consignar apenas o seu marco inicial, conforme já assentado.

No Brasil, conforme descreve Leonel Maschietto, a litigância de má-fé principiou por ocasião da institucionalização das Ordenações Manuelinas e Filipinas, pois a exigência da verdade encontra-se disciplinada (Livro 3º, proêmio e parágrafo 1º) por intermédio de um juramento, semelhante ao de calúnia, pelo qual as partes comprometiam-se a litigar de boa-fé e abster-se de toda fraude. O juramento podia ser geral ou especial para cada ato processual.

Ressalta o autor que, mesmo o Brasil se desvinculando politicamente de Portugal em 1822, as Ordenações Filipinas foram integradas à lei brasileira, por meio do Decreto de 20.10.1823, passando a reger o processo civil no Brasil. Tal situação perdurou até 20.11.1850, quando foi instituído o Código de Processo Comercial, denominado Regulamento 737.

Pois bem. Com o advento do primeiro Código de Processo Civil pátrio (Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939), que vigorou a partir de 1940, definitivamente a coibição à litigância de má-fé fora instituída no País, uma vez que teve previsão nos artigos 3º e 63º do mencionado código:

Art. 3º Responderá por perdas e danos a

3 BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 12 set. 2015.

Art. 3º Responderá por perdas e danos a parte que intentar demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro.

[...]

Art. 63. Sem prejuízo do disposto no art. 3º, a parte vencida, que tiver alterado, intencionalmente, a verdade, ou se houver conduzido de modo temerário no curso da lide, provocando incidentes manifestamente infundados, será condenada a reembolsar à vencedora as custas do processo e os honorários do advogado.

parte que intentar demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro.

Parágrafo único. O abuso de direito verificar-se-á, por igual, no exercício dos meios de defesa, quando o réu opuser, maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo.

[...]

Art. 63. Sem prejuízo do disposto no art. 3º, a parte vencida, que tiver alterado, intencionalmente, a verdade, ou se houver conduzido de modo temerário no curso da lide, provocando incidentes manifestamente infundados, será condenada a reembolsar à vencedora as custas do processo e os honorários do advogado.

§ 1º Quando, não obstante vencedora, a parte se tiver conduzido de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo, o juiz deverá condená-la a pagar à parte contrária as despesas a que houver dado causa.

§ 2º Quando a parte, vencedora ou vencida, tiver procedido com dolo, fraude, violência ou simulação, será condenada a pagar o décuplo das custas.

§ 3º Se a temeridade ou malícia for imputável ao procurador o juiz levará o caso ao conhecimento do Conselho local da Ordem dos Advogados do Brasil, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior.

Embora se apresentasse caracterizado por certa generalidade, o legislador do século pretérito demonstrou considerável amadurecimento ao disciplinar a vedação a tais condutas, que integram o conjunto de atividades contrárias às respeitáveis e regulares composições processuais, denominada litigância de má-fé, pois seguramente foi responsável por mais uma mudança de paradigma.

De uma leitura, principalmente do artigo 63, do mencionado Diploma, constata-se, em seus parágrafos, que o legislador disciplinou a previsão de condenação da parte vencedora que tivesse se conduzido de maneira temerária, em qualquer incidente do processo, de modo que teria de pagar as despesas causadas à parte contrária. Se se tratasse de temeridade ou ardil praticado por procurador, seria oficializado pelo juiz ao Conselho da

Ordem dos Advogados do Brasil.

Na sequência, quanto à previsão da disciplina visando punir a prática de litigância de má-fé, os códigos estatuídos posteriormente no Brasil procuraram tipificar as condutas ensejadoras desse instituto, de tal sorte que a comportamento passou a ser punido com maior efetividade.

4. Litigância de má-fé: conceitos doutrinários e aspectos do novo CPC

Inicia-se a conceituação de litigância de má-fé tomando por base os pilares doutrinários de Norberto Bobbio (2003, p. 72-73), o qual entende que norma é eleita do ponto de vista a formar como proposição, e esta, por sua vez, é um conjunto de palavras que possui um significado em sua unidade.

Bobbio (2003, p. 72) acrescenta ainda que ao jurista é atribuída a tarefa de construir o sistema de conceitos jurídicos tal como se deduzem das leis positivas, tarefa puramente declarativa ou recognitiva, e não criativa – lê-se aqui não legislativa – e de extrair dedutivamente do sistema assim construído a solução de todos os possíveis casos controversos.

Nas linhas de Gelson Amaro de Sousa, a litigância de má-fé deve ser considerada como aquela atitude tomada por alguma das partes ou por terceiro interveniente (assistente, *amicus curiae*, etc.), que se posiciona contrariamente ao que seria a boa-fé.

Anota Dotti Doria (2005, p. 648-655) que a litigância de má-fé se caracteriza pelo agir em desconformidade com o dever jurídico de lealdade processual.

Já o professor Theodoro Junior (2004) ressalta que a definição de litigância de má-fé encontra-se assentada em nosso sistema normativo, sobre conceitos e noções genéricas e vagas, como sói acontecer com preceitos éticos em geral. Noções como 'lealdade e boa-fé', 'resistência injustificada', 'procedimento temerário', etc. não correspondem a normas precisas, mas a regras principiológicas, que mais se apresentam como parâmetros do que como comandos normativos.

Conforme sustenta Maicon de Souza e Souza, o julgador, nesse novo panorama processual, não pode se comportar como mero locutor da lei, posto que o direito processual civil necessita ser interpretado conforme a Constituição, evitando-se a frieza da legalidade estrita, uma vez que se prima pela legalidade substancial. Assim, o juiz, pautado nos princípios de cooperação e lealdade processual, que devem reger a atuação das partes litigantes e a sua, precisa compreender e interpretar os regramentos normativos contidos na sintaxe da causa que lhe é apresentada, mediante a subsunção do problema à força normativa da Constituição. Logo, o julgador passa a ser verdadeiro condutor moral do processo.

Assim como a parte ou interveniente que, no processo, age de forma contrária, que se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou que, sabendo do processo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo, procrastinando o feito, conforme Nery Júnior (2007. p. 213).

Há de se utilizar tinta relevo para ressaltar a inteligência do artigo 80 do novo CPC, cujo dispositivo classifica os casos em que se individualiza a litigância de má-fé, de igual sorte o artigo 81 do mesmo Diploma, o qual disciplina a aplicação de multa e suas gradações, proveniente de má-fé. Veja-se:

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

- I** – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
- II** – alterar a verdade dos fatos;
- III** – usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
- IV** – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
- V** – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- VI** – provocar incidente manifestamente infundado;
- VII** – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor

corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

§ 1º Quando forem 2 (dois) ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.

§ 3º O valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.

Logo, o descumprimento à obrigação de lealdade processual representa, como derradeira compreensão, ato contrário à dignidade da justiça; por consequência, faz por merecer pronta desaprovação pelo Poder Judiciário e, em vista do escopo deste trabalho, também por parte dos juízes das Cortes de Contas (ministros, ministros-substitutos e conselheiros e conselheiros-substitutos).

5. Fundamentos para aplicabilidade subsidiária do CPC nas Cortes de Contas

Necessário se faz compreender, inicialmente, o fluxo processual no TCU, conforme orientação do ministro Benjamin Zymler (1997. p. 166), segundo o qual vale lembrar que a relação processual triangular no Tribunal de Contas é *sui generis*, posto que “a unidade técnica do TCU incumbida da instrução do processo e o próprio responsável posicionam-se em dois vértices (partes), enquanto o terceiro, destinado ao ‘Estado-juiz’, é ocupado pelo relator ou Colegiado competente (Câmaras ou Plenário)”.

Pois bem. O ponto inicial que confere base legal às Cortes de Contas punirem àqueles que atentem contra a lealdade processual, praticado, por exemplo, com o fim único de obstaculizar e/ou protelar a boa e correta marcha processual, com a

sanção de multa por litigância de má-fé, fundamenta-se no emprego do Código de Processo Civil em suas decisões, de modo subsidiário, visando enfrentar possíveis omissões normativas existentes, ainda não supridas nas respectivas leis orgânicas e regimentos internos.

Esse permissivo de os Tribunais de Contas utilizarem subsidiariamente o CPC teve marco inicial no Tribunal de Contas da União, por meio da Súmula nº 103, de 25 de novembro de 1976⁴, a qual determina:

Na falta de normas legais regimentais específicas, aplicam-se, analógica e subsidiariamente, no que couber, a juízo do Tribunal de Contas da União, as disposições do Código de Processo Civil (grifo nosso).

Posteriormente, o regimento interno do próprio Tribunal, aprovado pela Resolução TCU nº 155, de 4 de dezembro de 2002, alterada pela Resolução TCU nº 246, de 30 de novembro de 2011⁵, autoriza a utilização subsidiária do CPC e outras normas processuais.

Seguindo orientação do modelo constitucional de institucionalização do TCU, boa parte dos demais Tribunais de Contas também inseriu em seus regimentos internos o permissivo de se utilizar, ante a casos omissos ou dúvidas, a aplicação subsidiária do CPC.

Citam-se, exemplificativamente, Tribunais de Contas que, na trilha do TCU, incluíram em seus respectivos regimentos internos tal comando:

- Tribunal de Contas do Estado do

⁴ BRASIL. Súmula nº 103, de 25 de novembro de 1976. **DOU**, Seção I, 16/12/1976. Na falta de normas legais regimentais específicas, aplicam-se, analógica e subsidiariamente, no que couber, a juízo do Tribunal de Contas da União, as disposições do Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www2.trt3.jus.br/cgi-bin/om_isapi.dll?clientID=168004&infobase=sumulas.nfo&jump=5%famula%20039%2fTCU&softpage=Document42>. Acesso em: 12 set. 2015.

5 REGIMENTO TCU

Art. 298. Aplicam-se subsidiariamente no Tribunal as disposições das normas processuais em vigor, no que couber e desde que compatíveis com a Lei Orgânica.

- Tocantins (Resolução Normativa nº 002/2002, artigo 401, IV);
- Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (Resolução nº 1028/2015, artigo 147);
- Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (Deliberação nº 167/1992, artigo 180);
- Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás (Resolução Administrativa nº 073/2009, artigo 271);
- Tribunal de Contas do Estado do Piauí (Resolução TCE-PI nº 13/2011, artigo 479);
- Tribunal de Contas do Estado do Paraná (Resolução nº 1/2006, artigo 537).

Diante da possibilidade de o Tribunal de Contas da União empregar subsidiariamente o Código de Processo Civil, aporrou no Supremo Tribunal Federal (STF) o Mandado de Segurança nº 24.961-7, em que o STF entendeu pela possibilidade de utilização subsidiária do CPC a processo administrativo do Tribunal de Contas. A seguir, transcrevem-se excertos do destacado *writ*:

De acordo com a jurisprudência desta Corte, **não há necessidade de intimação pessoal para a sessão de julgamento se intimados os interessados pela publicação no órgão oficial**. Nesse sentido, menciono o MS 24.961/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, cujo acórdão recebeu a seguinte ementa:

[...]

II. – Desnecessidade de intimação pessoal para a sessão de julgamento, intimados os interessados pela publicação no órgão oficial. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO DISPOSTO NO ART. 236, CPC. Ademais, a publicidade dos atos administrativos dá-se mediante a sua veiculação no órgão oficial.

III. – Mandado de Segurança indeferido (grifo nosso).

Ademais, há de se destacar que a colmatação de possíveis lacunas, que permite a utilização do CPC, toma por base também o artigo 4º da Lei de Introdução às



Normas do Direito Brasileiro⁶ (Decreto-Lei nº 4.657/1942⁷ e decorrentes alterações), conjuntamente com o artigo 126⁸ do Código de Processo Civil, cujos dispositivos preveem o emprego da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito.

Analisando, nesse particular, em confronto com o novo CPC, que entrou em vigor recentemente, constata-se que o legislador houve por promover supressão na redação do citado artigo, que passa a ser o art. 140, a qual tem a seguinte disposição:

Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

⁶ **Art. 4º.** Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 12 set. 2015.

⁸ **Art. 126.** O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. (*Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973*)

Em comparação, no *caput* do referido artigo, praticamente não houve alteração, apenas foi suprimida a expressão “sentenciar ou despachar alegando”, por “decidir sobre”. De maneira que foi incluído o parágrafo único ao artigo.

Com vistas à utilização de normas processuais no âmbito dos Tribunais de Contas, tem-se que o método possível de agregar é o emprego da analogia, conforme lição de José Manoel de Arruda Alvim Netto (2010):

Na *analogia*, parte-se de duas situações: uma, regulada por determinada norma; outra, que não foi sequer cogitada pelo legislador. Devido, precisamente, à analogia entre as duas situações, aplica-se, então, a norma às duas, ou seja, à situação expressamente prevista e à situação que, embora não prevista, é *similar* àquela que o é. Na analogia, pois, há duas situações: a prevista e a que lhe é análoga, ou seja, o fato ou a situação análoga.

Já Maria Helena Diniz (2002, p. 160) constata que, para a aplicação da analogia, necessita do cumprimento a certos imperativos. O primeiro pressuposto é que o caso concreto em análise não esteja previsto em norma jurídica, vez que, caso existisse regramento disciplinando matéria, estar-se-ia diante de interpretação extensiva. A segunda exigência trata-se dos

pressupostos de identidade entre o caso não contemplado.

Posto isso, constata-se que, apesar de o legislador não haver estatuído instrumentos com o fim de coibir toda a prática de litigância de má-fé, possibilitou que os Tribunais de Contas dispusessem de mecanismos para suplantar posturas processuais tendentes a retardar a marcha natural dos processos no âmbito das Cortes de Contas, impregnada pelo atuar contrariamente ao dever jurídico de lealdade processual.

Exemplo disso infere-se do artigo 158 da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992⁹ (Lei Orgânica do TCU), dispositivo praticamente de repetição também no artigo 268 do regimento interno do citado Tribunal¹⁰, os quais preveem a possibilidade de aplicação de multa, ante as condutas tipificadas nos dispositivos.

Por consequência, as Cortes de Contas dos estados, dos municípios e do Distrito Federal, ao estatuírem suas leis orgânicas e regimentos internos, reproduziram, guardadas as adequações, a redação oriunda do Tribunal de Contas da União, de modo que praticamente todos esses tribunais preveem a sanção de multa nas condições já elencadas.

A título exemplificativo, mencionam-se a seguir normativos de Tribunais de Contas que disciplinam a matéria em cotejo:

- Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (Lei Orgânica, artigo 109); Tribunal de Contas do Estado do Ceará (Lei Orgânica, artigo 61, VI e VII);
- Tribunal de Contas do Estado do Tocantins (Lei Orgânica, artigo 39,

V e VI);

- Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul (Lei Orgânica, artigo 42, III, IV).

Com vistas a concluir essa espécie de fluxo normativo por meio do qual os Tribunais de Contas detêm respaldo jurídico para colmatar, no caso concreto, todas as finalidades por que circunda o instituto litigância de má-fé, impende consignar que a Lei Orgânica do TCU, no artigo 5º¹¹ (e dos demais tribunais), destaca aqueles res-

11 Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange:

I – qualquer pessoa física, órgão ou entidade a que se refere o inciso I do art. 1º desta Lei, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária;

II – aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário;

III – os dirigentes ou liquidantes das empresas encampadas ou sob intervenção ou que de qualquer modo venham a integrar, provisória ou permanentemente, o patrimônio da União ou de outra entidade pública federal;

IV – os responsáveis pelas contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

V – os responsáveis por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que recebam contribuições parafiscais e prestem serviço de interesse público ou social;

VI – todos aqueles que lhe devam prestar contas ou cujos atos estejam sujeitos à sua fiscalização por expressa disposição de Lei;

VII – os responsáveis pela aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VIII – os sucessores dos administradores e responsáveis a que se refere este artigo, até o limite do valor do patrimônio transferido, nos termos do inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal;

IX – os representantes da União ou do Poder Público na Assembleia Geral das empresas estatais e sociedades anônimas de cujo capital a União ou o Poder Público participem, solidariamente, com os membros dos Conselhos Fiscal e de Administração, pela prática de atos de gestão ruinosa ou liberalidade à custa das respectivas sociedades.

ponsáveis por praticarem atos sujeitos ao controle dessa Corte de Contas, em respeito ao modelo constitucional previsto no artigo 70, parágrafo único, e artigo 71, da Constituição Federal.

6. Litigância de má-fé: precedentes do TCU e de Tribunais de Contas

Conforme já consignado, a linha de pesquisa adotada também contemplou a coleta de dados por meio das ouvidorias dos Tribunais de Contas, de modo que os precedentes que integram este trabalho foram obtidos por meio da referida pesquisa.

Inicia-se o estudo sobre esses julgados, destacando decisão oriunda do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. Referido Tribunal aplicou a determinado licitante, que, diante de não haver logrado êxito em procedimento licitatório, verteu toda sua irresignação ao propor Exceção de Suspeição do Relator, o qual, na oportunidade, presidia a análise de representação, também proposta pelo licitante.

Diante de tal incúria praticada pelo excipiente, ao apresentar suas contrarrazões (Doc. Junta 955715/2014. Processo nº 154/2014¹²), o conselheiro/relator pugnou, entre outros aspectos, para que fosse aplicada multa ao excipiente, por se utilizar de ardil, ao provocar incidente manifestamente infundado, ferindo, assim, o princípio da lealdade processual, fato que configuraria litigância de má-fé.

Veja-se o excerto da propositura do excepto, por ocasião da apresentação das contrarrazões:

2. Seja **aplicada multa ao excipiente**, nos termos dos arts. 159 e 401, VI do RITCE-TO e arts. 17, VI, 18 e 739-B do CPC, em face da patente inobservância de fundamentos comprobatórios mínimos a pretensão do excipiente, vez que se coaduna em **litigância de má-fé**, conforme exaustivamente exposto.

9 Art. 58. [omissis] [...]

V – obstrução ao livre exercício das inspeções e auditorias determinadas;

VI – sonegação de processo, documento ou informação, em inspeções ou auditorias realizadas pelo Tribunal;

10 Art. 268. [omissis] [...]

V – obstrução ao livre exercício das auditorias e inspeções determinadas, no valor compreendido entre cinco e oitenta por cento do montante a que se refere o *caput*;

VI – sonegação de processo, documento ou informação, em auditoria ou inspeção, no valor compreendido entre cinco e oitenta por cento do montante a que se refere o *caput*;

¹² Disponível em: <<http://www.tce.to.gov.br/e-contas/>>.

Acesso em: 15 set. 2015.

Diante da orientação apresentada nas contrarrazões, ao analisar o mérito, o Plenário do TCE-TO, por meio da Resolução nº 362/2014 – TCE-TO – Pleno, de 18/6/2014, decidiu por não acatar a exceção de suspeição, arquivando-a, por consequência. Entretanto aplicou-se multa ao excipiente, conforme trechos da resolução abaixo em destaque:

RESOLUÇÃO Nº 362/2014 – TCE-TO – PLENO – 18/06/2014

PROCESSO Nº 154/2014

RESOLVEM os membros do Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, reunidos em Sessão Plenária, com supedâneo no artigo 132, II, da LOTCE-TO: [...]

8.1 não acatar o presente Incidente de Exceção de Suspeição oposto pelo senhor Claudinei Alves Menezes (CPF nº 031.055.601-57), por meio da sua causídica legalmente constituída (§ 2º do art. 220 do RITCE-TO), a Dra. Kátia Botelho Azevedo – OAB/TO nº 3950, em desfavor do Conselheiro Severiano José Costandrade de Aguiar na condição de Relator dos Autos de nº 09850/2013_ Representação em face da Concorrência de nº 005/2013 e, em consequência, determinar o arquivamento destes Autos de nº 0154/2014;

8.2 aplicar multa no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais) ao Excipiente, o senhor Claudinei Alves Menezes (CPF nº 031.055.601-57) pela conduta deliberada em procrastinar o andamento dos Autos de nº 09850/2013 em evidente inobservância ao princípio da lealdade e da boa-fé processual, em cotejo com os arts. 14, II, 17, VI e 18, primeira parte do *caput*, todos do CPC, de aplicação subsidiária a este Sodalício nos termos do inc. IV, do art. 401 do RITCE-TO; (grifo nosso).

O Tribunal de Contas da União também levou a efeito julgado paradigma, materializado no Acórdão nº 261/2012 – TCU – Plenário, da relatoria do ministro Walton Alencar Rodrigues, em apreciação de recurso de reconsideração, ante a tomada de contas especial que julgou irregulares as contas de convênio, com imputação de débito e aplicação de

multa ao responsável.

A seguir, transcrevem-se excertos do citado julgado, em que o TCU negou provimento ao recurso em tela, promovendo o seu arquivamento. Todavia, aplicou-se multa ao recorrente por litigância de má-fé:

ACÓRDÃO Nº 261/2012 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 003.851/2009-0.

[...]

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de recurso de reconsideração contra o Acórdão nº 6.764/2009, 1ª Câmara, em que se identificou a apresentação de documentos fraudados, pelo responsável.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, com fundamento nos artigos 14, inciso I, 17, inciso II, e 18 do Código de Processo Civil, e 298 do Regimento Interno, em:

[...]

9.1. aplicar a Arlindo Adelino Troian, a multa prevista no art. 18 do Código de Processo Civil, no valor de R\$ 725,00 (setecentos e vinte e cinco reais), fixando-lhe o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para comprovar, perante o Tribunal, o recolhimento da respectiva quantia ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente entre a data do presente acórdão e a do efetivo recolhimento, se paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor; (grifo nosso)

Outro julgado que merece destaque advém do Tribunal de Contas do Estado do Pará. Ao analisar processo de denúncia, em que particular tentava receber alugueres em atraso, entendeu o citado Tribunal, dada as condicionantes e elementos dos autos (Processo nº 2010/50221-6), que o denunciante se utilizou da *lide* como sucedâneo de ação judicial de cobrança.

Nesse passo, cita-se trecho do Acórdão nº 48.985/2011, em que o conselheiro relator Ivan Barbosa da Cunha assim consignou:

A este respeito, parece-me clara ocorrên-

cia de litigância de má-fé por parte da denunciante, assim prevista no Código de Processo Civil:

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

[...]

III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal.

Destarte, o plenário do TCE-PA reputou ser improcedente a denúncia, via consequência opinou pelo seu arquivamento. Embora restasse configurada a litigância de má-fé, tal multa não foi aplicada, em virtude de o responsável já haver falecido, posto que tal sanção é personalíssima.

Por fim, registre-se ainda, conforme respostas obtidas por meio das ouvidorias dos TCs, que o Tribunal de Contas dos Municípios de Goiás prevê, no artigo 47-A¹³, de sua Lei Orgânica (Lei nº 15.958/2007) a aplicação de multa àqueles que oporem embargos de declaração meramente protelatórios.

De igual forma, há que se destacar respeitável iniciativa do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, ao disciplinar, através do artigo 137¹⁴,

13 Art. 47-A. Sempre que nos processos em tramitação no Tribunal for constatada conduta sujeita a multa, tipificada nesta Lei, no ato que os julgar ou apreciar, será determinada a instauração do processo de imputação de multa, em que conste a qualificação do agente, o dispositivo legal violado, o resumo da conduta e o *quantum* da multa, no valor máximo de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), observando-se os percentuais seguintes, aos responsáveis por:

[...]

VII – interpor Embargos junto ao Tribunal julgados manifestadamente protelatórios, de dois a quinze por cento;

14 Art. 137. O órgão julgador poderá aplicar, inclusive de ofício, a multa a que se refere o artigo 135 àquele que proceder de má-fé no âmbito dos processos que tramitam no Tribunal de Contas.

§ 1º **Procede de má-fé** aquele que:

I – alterar a verdade dos fatos;

II – opuser resistência injustificada ao andamento do processo; e

III – proceder de modo temerário em qualquer ato do processo (grifo nosso).

do Regimento Interno (Resolução nº 1028/2015¹⁵), as situações em que se coíbe com aplicação de multa diante de condutas personificadas de má-fé. Acrescente-se que o regimento interno do mencionado Tribunal entrou em vigor recentemente, em 1º de junho de 2015.

Este tribunal pune também, com aplicação de multa, quando se opõem embargos manifestamente protelatórios. Inclusive eleva-se o valor da multa aplicada, caso seja reiterada a oposição de embargos protelatórios, condicionando a interposição de qualquer outra espécie recursal ao adimplemento do valor respectivo, conforme estabelecem o artigo 126, §§ 4º e 5º¹⁶ do Regimento Interno do TCE-RS.

7. Conclusão

Constata-se que o instituto litigância de má-fé se encontra plenamente aprimorado no âmbito do Poder Judiciário, pois conduta caracterizadora de tal deslealdade processual é exemplarmente combatida, principalmente devido ao volume de ocorrências perante aquele Poder.

A efetividade na contenção de tal prática processual se deve a respeitáveis estudos sobre o tema e, principalmente, a rígidas leis, objetivando impedir que processos se apresentem com o objetivo inusitado de desestabilizar a adequada e leal marcha processual.

Nesta perspectiva, tem-se que no âmbito dos Tribunais de Contas também



existem instrumentos legais suficientes para coibir tal conduta.

Pela observação dos aspectos analisados, buscou-se comprovar que perante essas Cortes é possível punir responsáveis, interessados, procuradores, que se utilizam do processo administrativo impingido de deslealdade, faltando deliberadamente com a verdade e empregando artifícios fraudulentos, condutas caracterizadoras por matizes que conduzem à litigância de má-fé. Tal possibilidade se enraíza principalmente nos normativos internos destas Cortes de Contas, empregados de forma subsidiária a partir do Código de Processo Civil, ou, mesmo, disciplinados nos seus próprios regimentos internos, conforme a respeitável iniciativa do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, já demonstrada em linhas anteriores.

Exemplo de que a litigância de má-fé pode ser igualmente combatida no âmbito dos TCs são os julgados paradigmas apresentados neste estudo, oriundos do Tribunal de Contas da União, Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, Tribunal de Contas do Estado do Pará,

Tribunal de Contas dos Municípios de Goiás e Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, cujas cortes inauguraram respeitável marco jurídico-administrativo ao aplicarem multa, por litigância de má-fé ou disciplinarem tal sanção, aos atores que se utilizarem de expedientes duvidosos, com o fim de lograr êxito naquilo que, sabidamente, trata-se de processo difícil ou impossível de vencer, de modo a estender, positivamente, o andamento do processo.

Nesse sentido, sabe-se que as normas são estatuídas com alargada margem de correção, mas não são estanques, daí por que constantemente sofrem mudanças. Conceitos que foram fundamentos para que o legislador extraísse o espírito e assim instituísem regras, com o decorrer do tempo, necessitam de nova avaliação, reclamando, dessa forma, que as normas sejam atualizadas e aperfeiçoadas.

E é com esse espírito que as demais Cortes de Contas, sobretudo os Tribunais de Contas dos estados e dos municípios, devem reestruturar seus respectivos arcabouços normativos, a exemplo das iniciativas oriundas dos Tribunais de Contas mencionados neste trabalho.

Alterações legislativas contribuiriam, sobremaneira, para a diminuição dos conhecidos estoques de processos. Isso porque a repressão à litigância de má-fé, ao se tornar mais aparente, dotada de instrumentos legais, por meio de sanção personalíssima de multa, aplicada pelos julgadores dos Tribunais de Contas, seguramente se evitaria, por exemplo, que recursos objetivando combater decisão lavrada em prestação de contas sejam interpostos sem suporte probatório suficientemente para serem providos. Ou mesmo que sejam interpostos tendo como tese de defesa as mesmas justificativas e suportes probatórios que foram apresentados por ocasião da análise da prestação de contas.

Ainda sobre recursos, há que se fazer um hiato e mencionar a iniciativa do Tribunal de Contas da União, que instituiu a Secretaria de Recursos (Serur), cuja competência precípua é examinar a admissibilidade e instruir os recursos. De modo que após a proposta de admissi-

15 REGIMENTO TCE-RS.

16 Art. 129. Cabem embargos de declaração quando houver, na decisão, obscuridade, contradição ou omissão que devam ser sanadas.

[...]

§ 4º Quando manifestamente protelatórios os embargos, o órgão julgador poderá aplicar multa ao embargante, conforme artigos 135 e 137, inciso II, deste Regimento.

§ 5º Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até 10% (dez por cento), ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do valor respectivo.

Brasil. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm#art1218>. Acesso em: 12 set. 2015.

BRASIL. Processo nº 154/2014. Processo administrativo / 9. outros – exceção de suspeição em face do conselheiro desta corte de contas, Severiano Jose Costandrade de Aguiar que examina os autos de representação nº 9850/2013. Disponível em: <<http://www.tce.to.gov.br/e-contas/>>. Acesso em: 15 set. 2015.

BRASIL. Resolução TCU nº 246, de 30 de novembro de 2011. Altera o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, aprovado pela Resolução TCU nº 155, de 4 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?inline=1&fileId=8A8182A14EFAF949014F0003D2BC055C>>. Acesso em: 12 set. 2015.

BRASIL. Súmula nº 103, de 25 de novembro de 1976. DOU, seção I, 16/12/1976. Na falta de normas legais regimentais específicas, aplicam-se, analógica e subsidiariamente, no que couber, a juízo do Tribunal de Contas da União, as disposições do Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www2.trt3.jus.br/cgi-bin/om_isapi.dll?clientID=168004&infobase=sumulas.nfo&jump=5%famula%20039%2ftcu&softpage=Document42>. Acesso em: 12 set. 2015.

GOIÁS. Governo do Estado de Goiás. Lei nº 15.958 de 18 de janeiro de 2007. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás e dá outras providências. Disponível em: <http://www.gabinetcivil.go.gov.br/leis_ordinarias/2007/lei_15958.htm>. Acesso em: 12 set. 2015.

Jurisprudência:

STF. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.961-7. Tribunal Pleno, Brasília, DF, 24 de novembro de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/>>. Acesso em: 12 set. 2015.

TCE-CE. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO CEARÁ. Lei nº 12.509, de 6 de dezembro de 1995. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Ceará e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.tce.ce.gov.br/institucional/2012-09-06-14-01-12>>. Acesso em: 12 set. 2015.

TCE-MS. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. Lei Complementar nº 160, de 2 de janeiro de 2012. Dispõe sobre o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.tce.ms.gov.br/corregedoria/uploads/legislationfile/4/lei-organica-do-tribunal-de-contas-ms.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2015.

TCE-PA. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARÁ. Acórdão nº 48.985/2011. Processo nº. 2010/50221-6. Disponível em: <http://www.tce.pa.gov.br/ivancunha/images/pdf/48_985.pdf>. Acesso em: 12 set. 2015.

TCE-PI. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PIAUÍ. Resolução TCE-PI nº 13/2011 (Regimento Interno). Disponível em: <http://www.tce.pi.gov.br/legislacao/cat_view/90-97-211-2011>. Acesso em: 12 set. 2015.

TCE-PR. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. Resolução nº 1/2006 (Regimento Interno). Disponível em: <<http://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/resolucao-n-1-de-24-de-janeiro-de-2006-regimento-interno/1403/area/10>>. Acesso em: 12 set. 2015.

TCE-RJ. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Deliberação nº 167/1992 (Regimento Interno). Disponível em: <<http://www.tce.rj.gov.br/arquivos/Votos/JGG/100420/22084905.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2015.

TCE-RS. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Resolução nº 1028/2015 (Regimento Interno). Disponível em: <http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/legislacoes/atos_normativos_tcers/regimento_interno/2NovoRIR1028Ret.pdf>. Acesso em: 12 set. 2015.

TCE-SC. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Lei Complementar nº 202, de 15 de dezembro de 2000. Institui a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina e adota outras providências. Disponível em: <http://www.tce.sc.gov.br/files/file/biblioteca/LEI_ORGANICA_CONSOLIDADA.pdf>. Acesso em: 12 set. 2015.

TCE-TO. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS. Lei nº 1.284, de 17 de dezembro de 2001. Lei Orgânica. Disponível em: <http://www.tce.to.gov.br/sitetce/images/stories/pdf/Lei_Organica_TCE.pdf>. Acesso em: 12 set. 2015.

TCE-TO. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS. Resolução nº 362/2014 – TCE-TO – Pleno, de 18/06/2014. Disponível em: <<http://www.tce.to.gov.br/Boletim/Arquivos/f84e-647386088f031343b26b155c37df.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2015.

TCE-TO. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS. Resolução Normativa nº 002/2002. (Regimento Interno). Disponível em: <http://www.tce.to.gov.br/sitephp/aplic/legislacao/docs/regimentoInterno/Regimento_Interno_TCE_TO_de_04_12_2002_Em%20Vigor_Atualizado_em_28_08_2012_Consolidado.pdf>. Acesso em: 12 set. 2015.

TCM-GO. TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DE GOIÁS. Resolução Administrativa nº 073/2009 (Regimento Interno). Disponível em: <http://www.tcm.go.gov.br/portal/arquivos-tcm/arquivos_concurso_2014/regimento_interno.pdf>. Acesso em: 12 set. 2015.

TCU. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 261/2012 – TCU – Plenário. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao:plenario:acordao:2012-02-08:261>>. Acesso em: 12 set. 2015.

Outros:

ZYMLER, Benjaminº Processo administrativo no Tribunal de Contas da União. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Prêmio Serzedello Corrêa 1996**: monografias vencedoras. Brasília: TCU, 1997.



Lys Marisa Gonçalves
Assistente Jurídica do
MPC-MT
lys@tce.mt.gov.br

Graduada em Ciências Econômicas pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT) em 04/2008. Graduada em Direito pela Universidade de Cuiabá (Unic) em 03/2009. Pós-graduada em Gestão Fiscal pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) em 06/2010.

A necessidade de atualização da Lei de Licitações e a possibilidade jurídica de os entes federativos estabelecerem novos valores para definição das modalidades licitatórias: uma análise da atuação do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso

The necessity of updating the Bidding Law and the legal possibility of the members of federation to institute new values to establish the correct bidding procedure: an analysis of the role of the Court of Auditors of Mato Grosso State

Resumo

No Brasil vigia a Lei nº 8.666/93, que disciplina as licitações públicas, e estabelece limites sobre o valor estimado da contratação para determinação da modalidade licitatória a ser utilizada. Em 2014, o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso (TCE-MT) aprovou a Resolução de Consulta nº 17/2014, a qual autoriza os entes políticos sob sua jurisdição a legislar de forma suplementar alterando os limites para enquadramento nas modalidades licitatórias estabelecidos na lei, considerando que a regra contida no artigo 23 é norma específica. Tal alteração traz reflexões acerca da possibilidade jurídica dessa atividade legiferante e, ainda, sobre a necessidade de atualização da Lei de Licitações como um todo, visando aos anseios da Administração Pública, que encontra barreiras nas contratações em razão da defasagem da lei e do excesso de burocracia nos procedimentos. Acerca da possibilidade jurídica, constata-se que o cerne da questão está em definir quais são as normas gerais e as específicas presentes na Lei de Licitações. Quanto a este ponto não há interpretação definitiva e, ainda, há interpretações contraditórias, a exemplo do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, que decidiu que a norma do artigo 23 é norma geral e não pode ser suplementada pelos demais entes que não a União. Muito embora, decisões no sentido de conferir maior flexibilização da lei vão ao encontro dos anseios dos gestores públicos, há que se atentar à necessidade de que todos os entes federativos tenham o mesmo tratamento legislativo, sob pena de abalo do pacto federativo.

Palavras-chave

Licitações. Necessidade de atualização da Lei nº 8.666/93. Limites das modalidades licitatórias. Resolução de Consulta nº 17/2014 TCE-MT.

Abstract

In Brazil, the Law nº 8.666/93 rules the public biddings and establishes limits over the estimated values to define the correct procedure to be used. In 2014, The Court Of Auditors Of Mato Grosso State approved the consulting resolution nº 17/2014, which authorizes the political entities under its jurisdiction to legislate supplementary, changing the legal limits over the bidding procedures, considering that the norm in the art.23 is a specific norm. This alteration brings reflexion over the judicial possibility of this legislative activity and, more, over the necessity of updating the Bidding Law as a whole, aiming the wishes of the public administration, that finds barriers in its contracts caused by the discrepancy of the law and its excessive bureaucracy. About the judicial possibility, its notable that the center of the question lies in defining which are the general rules and which are the specific rules fixed in the Bidding Law, being that, about this last matter, there is no final interpretation, and still there are contradictories interpretations, for instance the one from the The Court Of Auditors Of Tocantins State, that decided that the norm from the article 23 is a general norm and cannot be changed by others, only by the federal congress. However decisions otherwise, in the way of giving bigger flexibilization of the law, are according to the wishes of the public gestors, it is importante to notice the need that every member of the federation get the same legal treatment, under risk of threatening the federal pact.

Keywords

Bid. Update necessity of Law nº 8.666/93. Limits of the modalities Licitatórias. Query Resolution nº 17/2014 TCE-MT.

1. Introdução

A Lei de Licitações e Contratos Públicos, vigente no Brasil desde 1993, estabelece as modalidades licitatórias em seu artigo 22, as quais devem ser utilizadas pelo administrador público levando em consideração os limites sobre o valor estimado da contratação, conforme preceitua o artigo 23.

Art. 22. São modalidades de licitação:

I – concorrência;

II – tomada de preços;

III – convite;

IV – concurso;

V – leilão.

§ 1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

§ 2º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

§ 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

§ 4º Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

§ 5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de

bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

[...]

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I – para obras e serviços de engenharia:

a) convite – até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);

b) tomada de preços – até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

II – para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

a) convite – até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

b) tomada de preços – até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);

c) concorrência – acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

[...]

Em setembro de 2014, o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso aprovou a Resolução de Consulta nº 17/2014, a qual, por possuir força normativa, deve ser observada por todos os jurisdicionados daquela Corte, e inovou na seara do Direito Administrativo ao pronunciar-se pela possibilidade jurídica de os entes da federação, com exceção da União, estabelecerem novos valores para a definição das modalidades licitatórias previstas na Lei nº 8.666/93, nos termos:

RESOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 17/2014.

PREFEITURA DE CAMPOS DE JÚLIO. CONSULTA. Licitações. Normas gerais. Competência privativa da União. Normas específicas. Competência complementar dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Fixação do Valor Limite das Modalidades Licitatórias. Artigo 23 da Lei nº 8.666/1993. Norma específica da União federal. Possibilidade Constitucional dos demais entes da federação de fixar valores distintos para fixação das modalidades licitatórias, mediante lei. Neces-

sidade de respeito à regra constitucional de submissão das aquisições, concessões e alienações mediante licitação. Possibilidade dos demais entes federados de atualizar referidos valores com base no indexador e periodicidade nacionalmente fixados pelo artigo 120 da Lei nº 8.666/1993.

a) A competência constitucional para legislar sobre normas gerais de licitações e contratações públicas é privativa da União, cabendo aos demais entes da federação a possibilidade de legislar acerca da matéria apenas de forma suplementar, por meio de normas específicas.

b) A competência legislativa suplementar dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios consiste na possibilidade de regulamentar as normas gerais expedidas pela União por meio da Lei nº 8.666/1993, a fim de adequá-las às peculiaridades regionais e locais, e somente naquilo que não foi definido ou delimitado pelas normas gerais insculpidas na Lei de Licitações.

c) O artigo 22 da Lei de Licitações que estabelece as modalidades licitatórias é norma geral, editada pela União, sendo legalmente vedada a criação de novas modalidades pelos demais entes federados.

d) O artigo 23 da Lei de Licitações é norma específica, editada pela União com vistas a fixar os valores a que tão somente seus órgãos e entidades se sujeitam para escolha das modalidades licitatórias, sendo juridicamente possível a outros entes da federação, a exemplo dos Municípios, estabelecerem novos valores para a definição das modalidades licitatórias previstas na Lei nº 8.666/1993.

e) A Lei nº 8.666/1993 revogou integralmente o Decreto-Lei nº 2.300/1986, em especial seu artigo 85, caput, e parágrafo único, extinguindo a vedação a que os demais entes da federação alterassem os limites máximos de valor fixados para as modalidades licitatórias, vedação esta não reproduzida pela Lei nº 8.666/1993.

f) A eventual disciplina estadual concorrente supletiva, e a suplementar municipal, em matéria de fixação do valor das modalidades licitatórias nacionais deverá ser feita por lei em sentido formal.

g) O valor a ser fixado pelos demais entes, a título de limite máximo para fixação das modalidades licitatórias do artigo

22 da Lei nº 8.666/1993, à luz da regra constitucional da licitação e do princípio da razoabilidade, jamais poderá servir de burla à regra constitucional de submissão das aquisições e alienações ao próprio processo licitatório.

h) O artigo 120 da Lei nº 8.666/1993 é norma geral, editada pela União, tão somente na parte em que prescreve o indexador de reajuste dos valores fixados na referida lei, e a periodicidade do reajuste.

i) Os Chefes do Poder Executivo poderão atualizar monetariamente os valores fixados pela Lei nº 8.666/1993, tão somente com base no indexador e na periodicidade nacionalmente fixados pelo artigo 120 da Lei nº 8.666/1993. (MATO GROSSO. Tribunal de Contas do Estado. Resolução de Consulta nº17/2014. Diário Oficial de Contas do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, edição nº 467, de 18/09/2014.)

Essa decisão provoca reflexões, as quais são o objeto do presente estudo, não só acerca da possibilidade jurídica baseada em permissões e possíveis óbices que podem ser encontrados na legislação brasileira – sobretudo na Constituição Federal – mas também quanto à necessidade de atualização da Lei de Licitações e Contratos, que conta hoje com mais de 22 anos de existência.

2. Da necessidade de alterações na Lei de Licitações para a atual realidade da administração pública

Os administradores públicos, bem como os aplicadores das normas administrativas e as Cortes julgadoras, enfrentam hoje um cenário de submissão às leis, em homenagem ao Princípio da Legalidade, ao passo que também há um movimento no sentido de flexibilizá-las na seara administrativa, em prol de facilitar a atuação dos gestores públicos.

É consolidada entre muitos aplicadores do direito a ideia de que a evolução deste deve acompanhar as modificações sociais, estabelecendo-se uma relação entre o direito e o cotidiano.

Nas palavras de Hans Kelsen:

[...] o binômio direito/realidade é indissociável. Qualquer alteração positiva no ordenamento jurídico deve, necessariamente, casar-se com o que acontece no mundo dos fatos, sob pena de padecer por ineficácia (KELSEN, 1955).

A partir do momento em que a legislação (o direito) não mais se adequa à realidade, pode deixar de atingir as suas finalidades precípua, e torna-se “desinteressante” para os Poderes aplicá-la.

Neste contexto, nota-se que, no decorrer dos anos, a Lei de Licitações foi perdendo a aplicabilidade, por não mais corresponder aos anseios dos administradores públicos, que, por vezes, justificam a não observância dos ditames da lei em razão da sua não adequação à realidade atual.

Os próprios legisladores, e originariamente o Poder Executivo, ao instituírem o pregão, por meio de medida provisória, posteriormente convertida em lei, admitem, de alguma forma, a necessidade de criação de novos mecanismos de compras públicas, desvinculadas das regras rígidas da Lei de Licitações Públicas.

A Lei nº 8.666/93 veio ao ordenamento jurídico pátrio em meio a um momento de descontentamento, insatisfação e incerteza da população brasileira com a corrupção e o patrimonialismo enraizado presentes na administração pública, marcado pelo impeachment do presidente da República na época, Fernando Collor de Melo.

Para muitos, a exemplo do autor Luciano Ferraz, a Lei de Licitações traz em seu conjunto o reflexo do ambiente político-social em que foi produzida, consolidando-se como um instrumento do Estado Burocrático – termo que faz alusão ao estilo weberiano de organização formal (FERRAZ, 1999).

Segundo essa linha, algumas das características presentes na lei que demonstram tal fato é ter sido criado um modelo padrão aplicável, indistintamente, às licitações e contratos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de ter sido estabelecido um rigorismo formal excessivo, com ênfase ao

controle dos meios, ao mesmo tempo em que foi dispensado tratamento igualitário à administração direta e indireta.

Além disso, com o decorrer da década de 90 e a entrada no século XXI, o crescimento do capitalismo, a globalização e a velocidade dos avanços tecnológicos tomaram conta também do cenário brasileiro. Nesse contexto, o Estado também não pôde se eivar de tais mudanças, surgindo o denominado “Plano Diretor da Reforma do Estado”, de forma que também não pode fazê-lo quanto à Lei de Licitações e Contratos, devendo esta ser redesenhada para acompanhar o modelo da administração eficiente.

O autor Marçal Justen Filho, em diversas palestras e fóruns, levanta a discussão sobre a ineficiência da legislação aplicada às licitações e contratos, e em sua obra cita:

Tem-se atribuído à disciplina da Lei nº 8.666 a responsabilidade por dificuldades na gestão da atividade administrativa. Sustenta-se que a uniformidade e a exaustividade da regulação legal provocam prejuízos à Administração, impedindo a eficiência na gestão da coisa pública. Deve ter-se cautela com essas acusações, em grande parte improcedentes (JUSTEN FILHO, 2012, p. 18).

O autor Luciano Ferraz, defensor da ideia de que a Lei nº 8.666/93 está ultrapassada, enfatiza:

Paradoxalmente, a Lei geral dos contratos administrativos e das licitações vem perdendo prestígio. Sua hipótese de incidência (que pertence ao mundo do ser) está cada vez mais reduzida. [...] É como se a praxe administrativa brasileira recomendasse o extermínio do instituto da licitação. Afinal, no Brasil, é o direito que acompanha os fatos ou será o inverso? (FERRAZ, 1999).

Visando à melhora do processo licitatório e sua adequação aos anseios da administração pública, tramita hoje no Legislativo federal o Projeto de Lei nº 559, com o objetivo, como exatamente consta na redação do sítio eletrônico do Senado federal, de modernizar a lei:

Ementa: Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

Explicação da Ementa: Estabelece normas gerais de licitações e contratos administrativos no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Revoga a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei das Licitações), a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002 (que instituiu a modalidade de pregão nas licitações) e os arts. 1 a 47 da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011 (Regime Diferenciado de Contratações – RDC). (Projeto da nova lei de licitações, da Comissão Temporária de modernização da Lei de Licitações e Contratos). (SENADO FEDERAL).

Entretanto, embora se tenha constatado o fato de a lei não ser mais eficaz para a realidade atual, ou não atender na totalidade as suas finalidades principais, não é possível dizer que deve ser retirada do mundo jurídico ou deixar-se de aplicá-la, antes que haja a edição de outra lei para os mesmos fins. Afinal, é indubitável a necessidade de que exista uma lei regulando as licitações e contratações realizadas pela administração pública, haja vista que a própria Constituição Federal, em seu artigo 37, XXI, fez essa previsão.

O autor Luciano Ferraz tece a seguinte contribuição quanto à atuação dos Tribunais de Contas no contexto atual em que se insere a aplicação da Lei nº 8.666/93:

O papel dos Tribunais de Contas na interpretação e modelação dos rigores das disposições do Estatuto das Licitações, pautados pelos princípios da boa fé, moralidade e economicidade, é reconhecida de grande valia, constituindo-se fardo manancial de pesquisa e orientação (FERRAZ, 1999).

Como reflexo do acima exposto, a atuação do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, no julgamento do Processo nº 12.174-6/2014, que culminou na aprovação da Resolução de Consulta nº 17/2014, traduz o anseio de grande parte da administração pública brasileira pelas alterações e modificações na Lei de

Licitações, interpretando e ajustando os ditames da lei, na medida do que lhe for cabível, sempre velando pelos princípios da administração pública, sobretudo os da moralidade e eficiência.

3. Do estabelecimento de novos valores para definição das modalidades licitatórias

Outro ponto a ser analisado diz respeito à possibilidade de os entes federados, com exceção da União, alterarem os limites das modalidades licitatórias, constantes no artigo 23 da Lei nº 8.666/93, com o fundamento de que esta norma possui caráter específico e pode ser objeto de deliberação legislativa pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.

De antemão, encontra-se o confronto entre o legalismo¹ e o realismo jurídico², passando pelo caminho da hermenêutica jurídica.

Para os adeptos do legalismo, deve-se observar a lei de forma estrita ou literal, de maneira que, por essa linha, não poderiam os demais entes da federação, que não a União, alterar os limites para utilização das modalidades licitatórias, pois já estão eles fixados na Lei nº 8.666/93, não havendo autorização expressa ou implícita

para essa possibilidade.

Para os seguidores do realismo jurídico, a norma deve ser adequar-se à realidade social. Assim, no caso em análise, para a Lei nº 8.666/93 ter efetiva aplicabilidade deve adaptar-se ao atual contexto da administração pública, o que pressupõe flexibilizar os procedimentos licitatórios, evitando o desinteresse das empresas em contratar com o poder público, dentre outras dificuldades nas contratações.

A Lei de Licitações e Contratos Públicos dispõe, em seus artigos 22 e 23, sobre as modalidades licitatórias. O primeiro dispositivo conceitua e traz as características essenciais de cada modalidade, enquanto o segundo preceitua que a utilização das modalidades de licitação será determinada em função dos limites ali expressos, considerando o valor estimado da contratação.

Pretendeu o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso normatizar que os demais entes da federação, com exceção da União, podem alterar os limites expressos no artigo 23 da Lei de Licitações para fins de determinação da modalidade licitatória.

Para fundamentar a decisão, ateu-se a Corte de Contas ao fato de que à União cabe disciplinar as normas gerais do processo licitatório, conforme a competência privativa prevista no artigo 22, XXVII, da Constituição Federal, e que, ao contrário, o artigo 23 da Lei de Licitações trataria de norma específica, portanto, passível de suplementação legislativa pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.³

¹ De acordo com o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, o termo legalismo significa: **1.** império da lei; amor e fidelidade à legalidade; **2.** atitude que consiste em considerar apenas as exigências do direito positivo, sem levar em conta o direito natural; **3.** adesão ou conformidade estrita ou literal a uma lei ou código de leis; **4.** valorização ou defesa das instituições ou dos códigos legais como fundamento necessário de uma organização ou atividade (HOUISS, 2001, p. 1736).

² Concepção segundo a qual o Direito não pode ser entendido como pura forma e que para o seu exato conhecimento é necessário considerar, além das normas individuais, o fato ou relação social regulados pela lei. Ademais, a dogmática deve perseguir finalidades práticas, limitando seu estudo a questões úteis para a aplicação do Direito, adotando um método de trabalho e forma de exposição que façam a teoria facilmente acessível a seus destinatários. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/26391083/realismo-juridico/definicoes>>. Acesso em: 2 out. 2015.

³ As normas gerais de licitações e contratos administrativos estão previstas na Lei nº 8.666/93, bem como na Constituição Federal. De acordo com o art. 22, inc. XXVII, da CF, compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitações e contratos. Por outro lado, a Carta Magna também reservou competência legislativa para cada esfera política legislar sobre normas específicas acerca da matéria, ou seja, de forma suplementar, respeitadas as normas gerais previstas na Lei nº 8.666/93. Portanto, o inciso XXVII do art. 22 trata da competência privativa da União para dispor apenas sobre as normas gerais que serão de observância obrigatória para as demais esferas do governo.

Difícil é ter uma linha coesa e clara entre quais são as normas gerais e quais as normas específicas presentes na Lei de Licitações e Contratos.

Em um primeiro momento, poder-se-ia dizer que toda a Lei nº 8.666/93 é norma geral, pelo seu próprio art. 1º que diz:

[...] esta lei estabelece normas **gerais** sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da **União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios**. (grifo nosso)

Entretanto, tal reflexão já ensejou críticas, dentre elas a do renomado doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello:

A Lei nº 8.666, conforme estabelecem seu art. 1º e parágrafo único, pretende ser impositiva não só para quaisquer Poderes da União, mas também para os Estados, Distrito Federal e Municípios, como se tudo que dela constasse tivesse o caráter de “normas gerais”. Esta pretensão, aparentemente alucinada aos olhos de quem tenha algum conhecimento jurídico, certamente vingará (MELLO, 2012, p. 539).

Seguir essa orientação é entender que a União não deixou espaço para os demais entes editarem normas específicas, pois, em vez de trazer na Lei nº 8.666/93 somente princípios ou orientações gerais, trouxe normas que disciplinam concretamente as rotinas dos procedimentos licitatórios e contratos, trata-se, por assim dizer, de deturpação da competência pela União ao editar a lei federal.

Nesse sentido, a doutrinadora Odete Medauar também alerta:

A competência da União para fixar normas gerais de licitação e contrato possibilita que Estados, Municípios e Distrito Federal legislem sobre normas específicas, para seus respectivos âmbitos de atuação. O problema está na separação precisa entre normas gerais e normas específicas. De regra, Estados e Municípios ou editam leis sem dispositivos que contrariem a lei da União, ou não editam lei específica e

pautam suas licitações por aquela (ME-DAUAR, 2004, p. 214).

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a discussão sobre as normas gerais e específicas inseridas na Lei nº 8.666/93 já foi levantada, contudo, está longe de haver um entendimento consolidado ou definitivo.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 927 – com destaque para o fato de que o julgamento se deu em 1993, já no ano da promulgação da lei – o STF reconheceu que as normas de caráter específico presentes na Lei de Licitações e Contratos são aplicáveis apenas à União, não sujeitando os estados e os municípios que poderão dispor de forma diversa em suas legislações.

Conforme análise de Marçal Justen Filho, ao mencionar em sua obra sobre o julgado acima referido:

O Supremo Tribunal Federal reputou constitucionais os artigos 1º e 118 da Lei nº 8.666/93 e a grande maioria dos dispositivos objeto de questionamento foi reconhecida no conceito de normas gerais. No entanto, entendeu-se que algumas disposições legais não podiam ser assim qualificadas, sendo tais dispositivos reputados como normas exclusivamente federais. Ou seja, apresentavam natureza vinculante apenas no âmbito da União e de sua Administração direta e indireta (JUSTEN FILHO, 2012).

No julgamento da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade houve a tentativa de fixar o conceito de “norma geral” e “norma específica”, ocasião na qual o ministro Carlos Velloso, relator da ação, assentou em seu voto as lições doutrinárias de Alice Gonzalez Borges:

Não são normas gerais as que se ocupem de detalhamentos, pormenores, minúcias, de modo que nada deixam à criação própria do legislador a quem se destinam, exaurindo o assunto de que tratam [...] São normas gerais as que se contenham no mínimo indispensável ao cumprimento dos preceitos fundamentais, abrindo espaço para que o

legislador possa abordar aspectos diferentes, diversificados, sem desrespeito a seus comandos genéricos, básicos (BORGES, Alice Gonzalez, apud BRASIL. ADI 927 (MC)/RS. Tribunal Pleno. Rel. Min. Carlos Velloso. J. em 03/11/1993, p. em DJ 11/11/1994, p. 47/48.).

Em oportunidade mais recente, no julgamento da ADI nº 3.059, já em 2015, pelo STF, o ministro Luiz Fux apresentou os seguintes ensinamentos em seu voto-vista:

Sedimentada esta premissa quanto ao caráter concorrente da competência legislativa em questão, resta definir os limites que demarcam os espaços próprios de cada ente federativo. Para tanto a Constituição erigiu o critério das “normas gerais”, reservando-as à União, pelo que, ao mesmo tempo, assegurou aos demais entes campo suficiente para o exercício de sua autonomia mediante atuação suplementar.

O conceito de “norma geral” é essencialmente fluido, de fronteiras incertas, o que, embora não o desautorize como parâmetro legítimo para aferir a constitucionalidade de leis estaduais, distritais e municipais, certamente requer maiores cautelas no seu manejo. Isso porque a amplitude com que a Suprema Corte define com conteúdo do que sejam “normas gerais” influi decisivamente sobre a experiência federalista brasileira. Qualquer leitura maximalista do aludido conceito constitucional milita contra a diversidade e a autonomia das entidades integrantes do pacto federativo, em flagrante contrariedade ao pluralismo que marca a sociedade brasileira. Contribui ainda para asfixiar o experimentalismo local tão caro à ideia de federação. Nesse cenário, é preciso extrema cautela na árdua tarefa de densificar o sentido e o alcance da expressão “normas gerais”, limitando a censura judicial às manifestações nitidamente abusivas de autonomia (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3059 (MC)/RS. Tribunal Pleno. Rel. Min. Ayres Britto. Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux. J. em 09/04/2015, p. em DJ 08/05/2015.).

Em outras palavras, quis dizer o ministro que a Constituição Federal deixou um largo campo de atuação para os demais entes da federação exercerem sua autonomia suplementando a legislação vigente, baseado no pacto federativo e no pluralismo no qual se funda a República brasileira.

Depois do exercício dessa competência, cabe ao Poder Judiciário e, em determinados casos, aos Tribunais de Contas, tolher as manifestações abusivas dessa atividade.

Contudo, embora o Supremo Tribunal Federal tenha apreciado a impugnação de alguns dispositivos de legislações estaduais – a exemplo das ADIs 927, 3059 e 3158 – em afronta à norma constitucional de competência para legislar sobre normas gerais, não é possível extrair dos julgados um conceito concreto que pudesse distinguir as normas gerais das normas específicas e, por consequência, saber quais normas poderiam ou não ser objeto de matéria legislativa dos estados e municípios.

Como menciona o próprio ministro Luiz Fux, no voto-vista acima transcrito, o conceito de normas gerais é de fronteiras incertas.

Dos julgados já proferidos pelo STF, somente é possível depreender que é pacífico naquela Corte o abrigo das normas instituidoras de princípios, diretrizes fundamentais e orientações gerais no conceito de normas gerais que são de competência legislativa da União.

Deveras, os entes federativos, com exceção da União, poderão inovar naqueles aspectos específicos dos procedimentos licitatórios, desde que não haja infração direta ou indireta a preceitos básicos e orientadores contidos na Lei nº 8.666/93, especialmente no tocante aos princípios nela estabelecidos.

Nesse sentido, menciona o doutrinador Marçal Justen Filho que nos últimos anos existe uma forte propensão de produção de leis locais inserindo inovações relevantes em matéria de licitações públicas:

Nos últimos anos, no entanto, verificou-se a tendência à produção de leis locais pertinentes a licitações, introduzindo inovações relevantes. A questão mais conhecida en-

volveu a alteração da ordem procedimental prevista na Lei nº 8.666. A primeira iniciativa nesse campo coube à Lei do Estado da Bahia, cuja inovação mais marcante residiu na previsão de que o julgamento da habilitação seria posterior à escolha da proposta vencedora (art. 78 da Lei nº 9.433/2005). Tal inovação também foi seguida na Lei do Estado do Paraná (Lei nº 15.608/2007) e na legislação de outros entes federativos. Essa solução foi reputada como válida pela maioria dos estudiosos e não foi declarada inválida pelo Poder Judiciário (JUSTEN FILHO, 2012, p. 18).

Até o pronunciamento do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso não era possível constatar registro na doutrina e na jurisprudência acerca do enquadramento do art. 23 da Lei nº 8.666/93 como norma geral ou específica e, consequentemente, a possibilidade de os entes legislarem sobre o tema de forma suplementar.

De maneira pioneira, a Corte de Contas mato-grossense entendeu que os limites para as modalidades licitatórias são normas de caráter específico que podem ser alteradas pelos demais entes da federação, com exceção da União, que deve obedecer às normas específicas contidas na Lei nº 8.666/93.

Logo após a decisão no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, em 3 de dezembro de 2014, outra Corte de Contas, o Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, consolidou entendimento de forma contrária na Resolução TCE-TO nº 803/2014- Pleno:

EMENTA: CONSULTA. PREFEITURA DE PALMAS. IMPOSSIBILIDADE DE ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS, LEGISLAREM, DE FORMA SUPLEMENTAR, OBJETIVANDO FIXAREM NOVOS VALORES ÀS MODALIDADES DE LICITAÇÃO. ART. 23 DA LEI N. 8.666/93. NORMAS GERAIS. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA. OBJETIVANDO ATUALIZÁ-LAS APENAS ÀS CARACTERÍSTICAS LOCAIS. CONHECIMENTO. RESPOSTA EM



TESE. PUBLICAÇÃO (TOCANTINS. Tribunal de Contas do Estado. Resolução TCE-TO nº 803/2014- Pleno. Boletim Oficial do TCE-TO Ano VII, nº 1303 – Palmas, 8 de dezembro de 2014).

Na ocasião, o conselheiro relator acompanhou o entendimento do corpo técnico e ministerial e discorreu:

Nesta perspectiva, por se tratar de norma geral, as modalidades de licitações estabelecidas no art. 23 da Lei nº 8.666/93, não vislumbro, definitivamente, ancoradouro para que os demais Entes da Federação disciplinem, sob o pálio de normas específicas, novos critérios visando promover a atualização dos valores das modalidades de licitação, tampouco através de correção monetária.

Logo, reputo que aos Estados, Distrito Federal e Municípios não lhe são facultados estabelecerem novos valores para as modalidades de licitação constates da Lei nº 8.666/93, posto tratar-se de competência privativa da União, não sendo, desta forma, conferidos aos citados Entes da Federação, o exercício legiferante suplementar para disciplinar a matéria, conforme tencionia o consulente (TOCANTINS. Tribunal de Contas do Estado. Resolução TCE-TO nº 803/2014- Pleno. Boletim Oficial do TCE-TO Ano VII, nº 1303 – Palmas, 8 de dezembro de 2014).

Diante do que foi exposto, é clara a atuação contemporânea do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, a qual também vai ao encontro dos anseios de grande parte da administração pública, que é a integração da Lei de Licitações e Contratos com a atual realidade administrativa.

Entretanto, é necessário que, em um momento próximo, haja uma aplicação homogênea dos dispositivos da Lei nº 8.666/93, sob pena de existir, no mesmo território federal, a aplicação da lei de formas distintas.

Não é difícil imaginar tal situação. Um município do Estado do Tocantins, por exemplo, não pode legislar sobre os limites do art. 23 da Lei nº 8.666/93, ao passo que um município do Estado de Mato Grosso pode fazê-lo. Trata-se, sem dúvidas, de uma situação delicada, principalmente quando se considera que os municípios brasileiros dispõem das mesmas atribuições legislativas que estão elencadas na Constituição Federal.

4. Conclusão

À luz do que foi apresentado, é latente a constatação de que a Lei nº 8.666/93 está ultrapassada para os padrões atuais das contratações públicas, sendo este fato alvo de crítica de muitos administrativistas e gestores públicos.

Entretanto, também é sabido que a contratação por meio de licitações é exigência constitucional, e o constituinte, ao expressar essa regra, da mesma forma que o legislador ordinário ao editar a Lei nº 8.666/93, visando solucionar problemas e impor condutas, consideraram diversas razões para a sua existência.

Dentre os motivos para a edição das normas de licitações e contratos públicos está a necessidade de padronização das normas gerais, para garantir a ampla concorrência e evitar o surgimento de obstáculos para tais realizações, ainda, pode-se perceber que o controle a ser realizado, sobretudo pelos Tribunais de Contas, necessita que tal padronização seja estabelecida para nortear a sua atuação.

Neste contexto, é possível dizer que,

sem dúvidas, o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso decidiu de forma inovadora, buscando a melhoria das condições das contratações realizadas pela administração pública. Entretanto, não se pode negar a importância de consolidar o mesmo entendimento em outras Cortes, não somente de Contas, como Judiciárias, para que se tenha o mesmo tratamento a todo poder público, sob pena de se ter grave afetação ao pacto federativo, diante da discrepância de posicionamentos quanto ao tema.

Faz-se necessário evitar que, dentro

do mesmo território federal, sob a égide do mesmo ordenamento jurídico, haja tratamentos jurídicos diferenciados, que implicam tratamentos não isonômicos aos entes federativos.

Por outro lado, como já aludido acima, também não se pode negar que a decisão do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso vai ao encontro do pensamento de muitos administrativistas, e, também, administradores públicos, acerca da necessidade de atualização ou edição de novas normas sobre licitações e contratos públicos. ★

Referências

Livros

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Batista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

Artigos

FERRAZ, Luciano. O Estado Gerencial e a Lei de Licitações Públicas. **Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais**, ano XVII, n.1, 1999. Disponível em: <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/1999/01/-sumario>. Acesso em: 1 out. 2015.

Legislação

BRASIL. Lei nº 8.666/1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 1 out. 2015.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 559. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115926>>. Acesso em: 2 out. 2015.

Jurisprudência

BRASIL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 927 (MC)/RS. Tribunal Pleno. Rel. Min. Carlos Velloso. J. em 03/11/1993, p. em DJ 11/11/1994.

BRASIL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3059 (MC)/RS. Tribunal Pleno. Rel. Min. Ayres Britto. Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux. J. em 09/04/2015, p. em DJ 08/05/2015.

MATO GROSSO. Tribunal de Contas do Estado. Consulta nº 12.174-6/2014 formulada pela Prefeitura Municipal de Campos de Júlio. Resolução de Consulta nº 17/2014. Relator Conselheiro Antônio Joaquim. Voto-Vista Conselheiro Luiz Carlos Pereira. Diário Oficial de Contas do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, edição nº 467, de 18/09/2014.

TOCANTINS. Tribunal de Contas do Estado. Processo nº 7508/2014 – Consulta formulada pelo Prefeito Municipal de Palmas/TO. Resolução TCE-TO nº 803/2014- Pleno. Relator Auditor em Substituição ao Conselheiro Leondiniz Gomes. Boletim Oficial do TCE-TO Ano VII, nº 1303 – Palmas, 8 de dezembro de 2014.

Sites/Blog

JUSBRASIL. Em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/26391083/realismo-juridico/defnicoes>>.

A possibilidade de apreciação judicial de questões de concursos públicos

The possibility of judicial review of public procurement issues

Resumo

O principal empregador hoje, no Brasil, chama-se Estado. A administração pública brasileira concretiza suas ações por meio dos servidores públicos (em sentido amplo), de maneira que eles se tornam indispensáveis ao cotidiano do país. Dentro desse contexto, surge a problemática de como prover os cargos públicos – já resolvida, em tese, pelo instituto do concurso público, exigência constitucional desde 1988. Para dar implementação ao mandamento constitucional, são necessários diversos cuidados na realização de concursos públicos, sendo dos mais importantes o zelo na elaboração de questões das provas dos certames. A problematização ocorre nesse ponto: muitos enunciados confusos, respostas duvidosas, gabaritos mal formulados – tudo isso gerando enormes prejuízos para todos os candidatos e seus familiares. A partir da pesquisa jurisprudencial e doutrinária, são explicitados diversos conceitos inerentes aos atos administrativos que decorrem dos concursos públicos, alternando a metodologia dedutiva e indutiva para demonstrar, ao final, que é possível a apreciação judicial de questões de concursos públicos, para anular questões e modificar gabaritos, principalmente pela análise do mérito do ato administrativo.

Palavras-chave

Anulação. Questões. Concurso público. Apreciação judicial. Mérito.

Abstract

Nowadays the main employer in Brazil is the government. Brazilian Public Sector implements its actions through government employees what makes them indispensable to the daily life's country. In this context, the problem is how to select people – something that seem to be already resolved in theory by Constitutional Law since 1988, that demands contest to hire people. In order to implement the constitutional commandment, the contest takes several precautions, among them one of the most important is the zeal in preparing issues and questions. The point is: many confused statements, dubious answers, poorly formulated templates – things the generate huge annoyance for all candidates and their families. Using the jurisprudential and doctrinal research, many concepts inherent administrative acts about contest, alternating deductive and inductive methods in order to prove that it is possible to the court void questions or modify their answers, mainly using the merit of the administrative act.

Keywords

Void. Questions. Contest. Court. Merit.

1. Introdução

O concurso público é a principal forma de provimento de cargos na administração pública brasileira. Consagrado pela Constituição Federal de 1988, o instituto é uma forma de diminuição do nepotismo e da dependência de prover os cargos públicos mediante a indicação de familiares e amigos, com a famigerada venda de cargos – costume de indicar uma pessoa a um cargo comissionado mediante a troca de parte do salário que ela receberá. Com a fiscalização do mandamento constitucio-

nal que institui a regra do concurso público, o Ministério Público, os Tribunais de Contas e a própria sociedade – esta por meio dos diversos candidatos interessados em cargos públicos – têm exigido da administração pública a realização de concursos, implicando um crescente número de certames.

Essa enorme demanda pela realização de provas causa um problema bastante comum: as bancas examinadoras incorrem em erros e não os corrigem, cometendo grandes abusos de poder. Além disso, existem casos em que as bancas não têm o preparo adequado, fato evidenciado com a elaboração de pro-



Thiago Braga Rösler

Auditor Público
Externo e instrutor da
Escola Superior de
Contas do TCE-MT
thiagobraga@tce.mt.gov.br

Bacharel em Ciências
Militares pela Academia
Militar das Agulhas
Negras (AMAN),
bacharelando em
Direito (UFRGS e Unic),
especialista em Direito
Tributário (Anhanguera),
em Contabilidade Pública
(Unisul) e em Direito e
Controle Externo (FGV).

vas com legislação desatualizada, erros de impressão (provas impressas com as respostas já assinaladas) e gabaritos inadequados. Tudo isso gera uma enorme insatisfação da chamada comunidade concurseira, universo com candidatos que estão se preparando para os diversos cargos públicos oferecidos. Sem dúvida, já está mais que na hora de o Poder Judiciário atentar para esse fato tão relevante que a sociedade vem enfrentando.

Um método de seleção deve ser examinado detalhadamente pelo Poder Judiciário quando se tratar do aspecto da legalidade e, por que não, deve-se analisar o mérito de questões de fato e de direito, a exemplo do que ocorre no direito alemão e que está começando a ocorrer, ainda que de maneira tímida, no âmbito do Judiciário brasileiro.

São abordados neste trabalho a teoria dos motivos determinantes, que vincula a administração pública ao fato que ela própria alegou para praticar um ato administrativo, o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, insculpido no inciso XXXV da CF 88, a discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados.

Depois disso, dá-se início à análise de casos concretos sob o ponto de vista dos conceitos propostos, com a exemplificação de erros grosseiros cometidos pelas bancas examinadoras de concursos, alguns com reconhecimento judicial (inclusive com trânsito em julgado no sentido de tutelar o direito do candidato de ganhar os pontos referentes às questões vicadas).

Por fim, consolida-se a crítica deste trabalho na conclusão. O atual panorama que permeia a análise judicial dos concursos públicos é, sem dúvida alguma, tema polêmico e de reiterada ocorrência, motivos pelos quais o trabalho poderá servir de verdadeiro guia inicial para aqueles candidatos que querem entender mais sobre o assunto e para os que forem lesados e precisarem se orientar sobre que caminho seguir.

2. Conceitos propedêuticos

Diante da complexidade e polêmica que envolvem o assunto de intervenção

judicial em concursos públicos por meio de anulação de questões ou de mudanças de gabaritos, é necessário que se apresente uma série de conceitos basilares do direito administrativo, coadunando-os com temas mais complexos como a definição de princípios jurídicos envolvidos e teorias jurídicas dominantes, tudo isso relacionado a casos concretos de ações judiciais.

Dessa forma, inicia-se o capítulo conceitual com a explicação da necessidade de concurso público como exigência constitucional (regra geral) para admissão em cargos públicos. Ainda nesse item, trata-se da relação jurídico-administrativa formada entre o poder público e a banca examinadora do concurso, quando contratada para realização de uma seleção pública. Examina-se a natureza jurídica dos atos a ele relacionados – a formação do ato administrativo, seus elementos e a teoria dos motivos determinantes.

Já adentrando no tema delimitado no título do trabalho, será exposto o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, mormente no que se refere aos conceitos jurídicos indeterminados e à discricionariedade, esta última quando eivada de vícios que atingem o princípio da proporcionalidade. Somente após a conceituação teórica adequada é que alguns casos concretos são examinados sob a ótica dos conceitos apresentados.

3. O instituto do concurso público

O concurso público é a forma por meio da qual ingressam na administração pública os servidores efetivos – de carreira. Conforme a doutrina administrativista:

É o procedimento posto à disposição da Administração Pública para a seleção do futuro melhor funcionário, necessário à realização do serviço que está a seu cargo. Por ele se afastam os inábeis e os afilhados, prestigiando-se os mais aptos e capazes. É, obrigatoriamente, de provas ou de provas e títulos, salvo as nomeações para cargo em comissão. Uma vez realizado, vale, no máximo, por dois anos, prorrogáveis por

igual período (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, art. 37, II).¹

Trata-se de mecanismo que visa atender a princípios constitucionais estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal, como a isonomia e a impessoalidade, por exemplo. O instituto do concurso público é formado por uma série de atos administrativos: pedido de abertura do concurso pelo setor demandante, licitação pra contratação da banca examinadora, edital de abertura (com o qual o concurso se inicia efetivamente), inscrição, realização das provas, divulgação de gabaritos preliminares, publicação de gabaritos definitivos e de suas justificativas (com possível anulação de questões e de mudança de respostas), definição da classificação final e homologação do concurso.

Atuando em nome da administração pública, entende-se que as bancas são meras executoras do concurso e que o ente público é que deve figurar nas relações jurisdicionais eventualmente surgidas:

2. Sendo a banca examinadora mera executora do certame, agindo como contratada do Distrito Federal, em nome de quem atua, o legítimo titular do ato administrativo é o próprio ente Distrital, que deve, portanto, ocupar isoladamente o polo passivo da lide principal. Precedentes. Preliminar de legitimidade passiva ad causam do Instituto Americano de Desenvolvimento (Iapes) e da caracterização de caso de litisconsórcio necessário rejeitadas.
3. É cabível o controle, pelo Poder Judiciário, da legalidade e razoabilidade de ato administrativo que exclui de forma ilegal candidato de concurso público.²

Em que pese os atos do concurso serem, em sua maioria, praticados pela banca examinadora, é comum uma espécie de

¹ GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. São Paulo: Editora Saraiva, 1989. p. 117.

² DISTRITO FEDERAL. Mandado de Segurança nº 2015002000683. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=BANCA+EXAMINADORA+%3B+CARTERIZA%C3%87%C3%83Q>>. Acesso em: 15 set. 2015.

homologação dos gabaritos, respostas a recursos, listas de classificações, entre outros, pelo que se depreende que os atos das bancas examinadoras são verdadeiros atos administrativos, haja vista que são manifestações unilaterais da administração pública, declarando informações relevantes do concurso público e dando publicidade a elas. Com isso, há uma relação entre o ocorrido com o conceito de ato administrativo, conforme se verifica a seguir.

4. Os atos administrativos

O ato administrativo, em breve síntese, é o modo pelo qual a administração pública dá cumprimento a alguma atividade de sua competência – seja a nomeação de um servidor, a realização de algum serviço público, a cobrança administrativa de tributo, entre outros. Conforme Hely Lopes Meirelles:

Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.³

O ato administrativo possui uma série de requisitos, conforme se depreende da lição a seguir transcrita: competência, finalidade, forma, motivação e objeto.

O exame do ato administrativo revela nitidamente a existência de cinco *requisitos* necessários à sua formação, a saber: *competência, finalidade, forma, motivo e objeto*. Tais componentes, pode-se dizer, constituem a infraestrutura do ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário, simples ou complexo, de império ou de gestão.[...] Além destes componentes, merecem apreciação, pelas implicações com a eficácia de certos atos, o *mérito administrativo* e o *procedimento*

3 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2010. p. 153.



administrativo, elementos que, embora não integrem sua contextura, concorrem para sua formação e validade.⁴

Desses requisitos, é importante ressaltar que os três primeiros (competência, finalidade e forma) são vinculados (logo, não há espaço para escolha do administrador, que deve agir estritamente de acordo com a lei), enquanto que motivo e objeto podem ser discricionários, havendo margem de interpretação do gestor público, definida pela lei, um espaço de liberdade de escolha. O motivo e o objeto formam o mérito administrativo, referido ao final da citação.

O mérito e a legalidade do ato administrativo são os aspectos que podem ser debatidos quando da análise de questões de concursos públicos. A legalidade sendo entendimento pacífico de ser examinável, ao passo que o mérito tradicionalmente não examinado – mas com uma tendência de modificação. Esses dois conceitos serão inseridos quando do exame do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário e da teoria dos motivos determinantes.

4.1 A teoria dos motivos determinantes

Pela teoria dos motivos determinantes, caso haja a justificativa (motivação) de um ato administrativo, ainda que ela não seja necessária, haverá vinculação do ato materializado ao motivo apresentado para sua realização, conforme ensina Di Pietro:

Ainda relacionada com o **motivo**, há a **teoria dos motivos determinantes**, em consonância com a qual a validade do ato se vincula aos motivos indicados como seu fundamento, de tal modo que, se inexistentes ou falsos, implicam a sua nulidade. Por outras palavras, quando a Administração motiva o ato, mesmo que a lei não exija a motivação, ele só será válido se os motivos foram verdadeiros.⁵

4 MEIRELLES. *Op. cit.*, p. 155.

5 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2013. p. 219.

Com base nessa teoria, pode-se pleitear a anulação de questões que apresentem respostas com justificativas esdrúxulas ou que não justifiquem as respostas assinadas como gabaritos definitivos. Esses ensinamentos ainda devem ser analisados em conjunto com o princípio da proporcionalidade quando do exame das justificativas das respostas de questões. Luís Roberto Barroso afirma que o princípio da razoabilidade é “um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo o ordenamento jurídico: a justiça”.⁶

4.2 A inafastabilidade do Poder Judiciário

O princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário é uma diretriz absolutamente necessária no estado democrático de direito. O reexame de quaisquer matérias pelo Poder Judiciário é uma garantia constitucional contida no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal e trata-se de matéria amplamente debatida pela doutrina, dada sua importância.

Alguns aspectos importantes são ressaltados por Pedro Lenza, como a desnecessidade de esgotar as vias administrativas para a defesa de um direito e as modalidades repressiva e preventiva de defesa⁷. É justamente com fulcro nesse princípio que os candidatos têm legitimidade para pleitear o exame de questões de concursos públicos na via judiciária.

Considera-se que as respostas para elas são atos administrativos e devem ser devidamente motivadas – daí a importância de se tecerem comentários acerca da teoria dos motivos determinantes.

Não é razoável admitir uma justificativa descabida, errada, seja doutrinaria-

mente ou do ponto de vista legal, para respostas a questões de concurso público. Mais grave é quando não se consignam respostas às questões, ficando os atos administrativos (gabaritos) imotivados. Deve-se atacar, portanto, essa inconstitucionalidade, conforme se demonstra a seguir.

4.3 O princípio da proporcionalidade

Deve-se buscar a resposta mais correta e justa à questão, que não pode conter mais de um apontamento certo, sob pena de confundir o candidato que melhor se prepara; a dúvida a ser causada é saudável, desde que a alternativa duvidosa não se preste a responder o comando do enunciado da questão. Com base no princípio da proporcionalidade, existe o entendimento pacífico na doutrina e jurisprudência de que são necessárias três etapas para a verificação da proporcionalidade de uma ação: o exame da adequação, da necessidade e do custo-benefício (proporcionalidade em sentido estrito).

Transcrevem-se os ensinamentos de Paulo Bonavides para esmiuçar a síntese do tripé também conhecido como elementos parciais ou subprincípios do princípio da proporcionalidade:

Constatou a doutrina a existência de três elementos, conteúdos parciais ou subprincípios que governam a composição do princípio da proporcionalidade. Desses elementos o primeiro é a pertinência ou aptidão (*Geeignetheit*), que, segundo Zimmerli, nos deve dizer se determinada medida representa ‘o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público’, conforme a linguagem constitucional dos tribunais. Examina-se aí a adequação, a conformidade ou a validade do fim. Logo se percebe que esse princípio confina ou até mesmo se confunde com o da vedação ao arbítrio [...]. O segundo elemento ou subprincípio da proporcionalidade é a necessidade (*Erforderlichkeit*), ao qual também alguns autores costumam dar tratamento autônomo e não raro identifica-lo com a proporcionalidade propriamente dita. Pelo princípio ou subprincípio de necessidade não há de exceder os limites indispensáveis

à conservação do fim legítimo que se almeja, ou uma medida para ser admissível deve ser necessária. [...] Finalmente, depara-se-nos o terceiro critério ou elemento de concretização do princípio da proporcionalidade, que consiste na proporcionalidade mesma, tomada *stricto sensu*.⁸

Haverá proporcionalidade quando os três elementos supracitados forem cumpridos – ou seja, é necessário que a resposta de uma questão seja proporcional, razoável, dentro dos padrões aceitos pela legislação, jurisprudência e ciência. Conforme o referido autor, ainda em lição sobre o princípio da proporcionalidade, “a inconstitucionalidade ocorre enfim quando a medida é ‘excessiva’, ‘injustificável’, ou seja, não cabe na moldura da proporcionalidade”.⁹

As respostas de questões de concursos públicos fazem parte do mérito da administração pública, que normalmente terceiriza o concurso para uma empresa. O atual panorama dos concursos públicos no Brasil enfrenta o grave problema de falta de capacitação das bancas examinadoras, que cometem muitos erros na elaboração de questões, na definição de seus gabaritos e na manutenção de respostas erradas.

Diante desse quadro, os candidatos têm procurado o Poder Judiciário para fazer valer seus direitos, acionando-o com o fito de anular questões ou modificar seus gabaritos, com base na infração à legalidade ou no mérito – este último quando eivado de vício, desproporcional. Conforme se observa na citação de Odete Medauar:

No estudo do ato administrativo devem ser mencionados os aspectos de legalidade e mérito. A *legalidade* do ato administrativo diz respeito, em síntese, a sua conformação às normas do ordenamento. A margem livre sobre a qual incide a escolha inerente à discricionariedade corresponde ao aspecto *demérito* do ato administrativo;

6 BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 2003. In: WERNECK, Diego Arguelhes; RIBEIRO, Fernando Angelo Leal. **Fundamentos de Direito Constitucional**. Pós-Graduação em Direito e Controle Externo na Administração Pública da FGV, 2013, p. 34.

7 LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 699.

8 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 396-398.

9 *Idem*, p. 398.

tal aspecto expressa o juízo de conveniência e oportunidade da escolha, no atendimento do interesse público, juízo esse efetuado pela autoridade à qual se conferiu o poder discricionário. [...] O contraponto entre os aspectos de legalidade e mérito do ato administrativo aparece sobretudo no tema do controle jurisdicional da Administração, ao se discutir o alcance desse controle. [...] Em obras contemporâneas sobre poder discricionário, aponta-se a tendência a considerar que o contraponto legalidade-mérito encontra-se atenuado no momento presente, pela amplitude dos parâmetros do exercício do poder discricionário e pela consideração de bases mais amplas da legalidade.¹⁰

5. A evolução do entendimento do Poder Judiciário

Inicialmente (em posicionamento que se pode considerar como recente, ainda em processo de mudança), o Poder Judiciário fugia ao exame de questões controversas de concursos públicos. O caso a seguir, julgado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, mostra a resistência tradicional da Justiça federal em examinar questões de concursos públicos (Remessa *ex officio* nº 92.01.17411-0). Nessa época, a anulação de questões era um tema que praticamente não era recebido pelos juízes e tribunais:

Inexistindo ilegalidade nas questões, é vedado ao Poder Judiciário, mesmo em processo de cognição ordinária, examinar, subjetivamente, o acerto na formulação das perguntas e das respostas dadas como certas pela banca examinadora, o que importaria substituição desta, em detrimento dos demais concorrentes que se submetem aos mesmos exames e encontraram as mesmas dificuldades dos autores.¹¹

Carvalho Filho tece comentários sobre a evolução que o Judiciário vem apresentando, na mesma linha de raciocínio defendida ao longo deste trabalho, alegando que, em questões discursivas, “deve a banca fixar previamente os aspectos básicos de uma solução em ordem a atenuar a densidade de subjetivismo e oferecer ao candidato mais possibilidade de controle da correção”¹². Já no exemplo a seguir, assim decidiu a Justiça federal ao examinar questões da disciplina Administração Financeira e Orçamentária no concurso para o cargo de auditor fiscal da Receita Federal, realizado no ano de 2009:

Do que se depreende da petição inicial, vislumbra o autor a anulação de duas questões da prova objetiva do concurso para nomeação do cargo de Analista Tributário da Receita Federal do Ministério da Fazenda. Diante do debate acerca da judicialização do mérito administrativo, tendo a filiar-me a tese que defende **a impossibilidade do Poder Judiciário imiscuir-se à matéria administrativa**, sob pena de malferirmos a independência dos Poderes insculpidos no art. 2º da Constituição Federal de 1988. Seguindo tal entendimento, a despeito do princípio da inafastabilidade da apreciação do Judiciário (art. 5º, inc. XXXV, CF) e o disposto na Súmula 473 do STF, descabe aqui a averiguação material das questões da prova objetiva do referido concurso público, mas somente a perlustração legal do Edital e de seu procedimento. **O que, invariavelmente, não pode ocorrer é a substituição do Judiciário pela Banca Examinadora** (RE-AgR 560551, EROS GRAU, STF).¹³ (grifo nosso)

Esse posicionamento é bastante questionável, porquanto nenhuma matéria deve ser excluída da apreciação do

Poder Judiciário, conforme determina o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”¹⁴. Quando o Poder Judiciário se abstém de julgar uma ação desse tipo, de anulação de questão de concurso público, com uma resposta ao demandante de que a motivação é o fato de o Poder Judiciário não intervir no mérito do administrador público, ocorre uma lesão ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.

De nada serve o Judiciário se ele não pode socorrer o candidato ante a ilegalidades ou erros desproporcionais em questões de concursos públicos, em uma clara aceitação de intervenção no outro Poder, mediante o sistema de freios e contrapesos que rege o ordenamento jurídico brasileiro. Sobre o referido princípio, da inafastabilidade do Poder Judiciário, deve-se observar ainda que é dele que deriva o direito de ação, que não pode ser negado pelo julgador.

Além dessa fuga inconstitucional que o julgador comete ao evitar o enfrentamento do tema, deve-se abordar o aspecto técnico da motivação jurídica das sentenças improcedentes que se utilizam da impossibilidade de apreciação judicial do mérito das questões. Os atos de publicação de gabaritos são atos administrativos e o mérito de um ato administrativo é formado pelos elementos motivação e objeto, que são em essência discricionários, reservados à escolha do gestor público. No mesmo sentido da doutrina mais moderna, o Poder Judiciário vem adotando mudanças que podem ser observadas em diversos julgados, conforme os próximos itens demonstram.

6. A apreciação judicial de questões de concursos públicos

Diante do fato de a relação estabelecida entre a administração pública e eventuais entidades privadas (mediante con-

¹⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 176-177.

¹¹ BRASIL, República Federativa do. 1994. In: FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 609.

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 610.

¹³ BRASIL, República Federativa do. Ação Ordinária nº 5000887-38.2010.404.7100. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Disponível em: <<http://www.jfrs.jus.br>>. Acesso em: 15 set. 2015.

¹⁴ BRASIL, República Federativa do. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 set. 2015.

trato) ou públicas (mediante convênio) não descaracterizar os atos inerentes a um concurso público como atos administrativos, surge a possibilidade de controle judicial para correção dos erros ocorridos no certame. Isso, conforme já se demonstrou, garantido pelos princípios da inafastabilidade do Poder Judiciário e da proporcionalidade.

Há outros princípios elencados na doutrina administrativista, mormente nos estudiosos do ato administrativo e assuntos que lhe são intrínsecos, como o princípio do controle judicial do ato administrativo. Para Ney José de Freitas:¹⁵

A observância do ordenamento jurídico somente pode ser conferida diante da possibilidade de confronto entre o ato administrativo e a lei, tudo no exercício efetivo da atividade controladora. Significa dizer que o ato administrativo não possui definitividade perante o direito, podendo, sempre, ser impugnado, seja perante a própria administração ou, em última análise, diante do Poder Judiciário.

Depois de delinear um panorama de evolução do entendimento do Poder Judiciário, que inicialmente foi no sentido de não anular questões de concursos públicos por não se imiscuir em matéria reservada ao mérito administrativo, são analisados neste trabalho o controle judicial de:

- a. mérito (legalidade e proporcionalidade) de questões objetivas;
- b. o controle de questões discursivas;
- c. questões que abordam matérias não previstas no edital.

6.1 O controle de questões sem justificativas para respostas

A doutrina moderna admite o exame de questões de concurso público pela ótica da legalidade e também sob o prisma do princípio da razoabilidade. Se o administrador precisa se pautar pelo princípio da legalidade, o Judiciário precisa exami-

nar tal conduta, principalmente quando o mérito do ato administrativo contiver vícios de legalidade.

Nesse sentido, Vladimir da Rocha França explica que se não houver para o ato um de seus elementos (ou, como parte da doutrina define, um dos requisitos ou pressupostos), o motivo, ou se ele estiver errado (hipótese em que se usará da teoria dos motivos determinantes para anular o ato administrativo), deve haver controle judicial:¹⁶

De qualquer modo, a inexistência do motivo legal – o que abrange, naturalmente, sua constitucionalidade – é sujeita a amplo controle jurisdicional: ‘em se tratando do motivo legal, há plena viabilidade do controle jurisdicional, uma vez que a interpretação do regime jurídico-administrativo exige a aplicação do juízo de juridicidade do administrador, cuja consolidação dependerá da atuação do Poder Judiciário, se este tiver sido provocado em razão da suposta quebra da ordem jurídica. Se a interpretação do administrador for declarada incompatível com o ordenamento jurídico, pelo Poder Judiciário, ela não deve subsistir, devendo a Administração refazer sua conduta, se for o caso. O juízo de juridicidade do Poder Judiciário deve sempre prevalecer.

Os motivos, conforme explica Rafael Maffini, “são as situações de fato e de direito que, sendo anteriores à sua prática, lhe dão causa”. O referido autor diferencia motivo de motivação: “Já a motivação, que, aliás, é subelemento da forma, consiste na justificação da prática do ato administrativo através da exposição dos motivos que o determinaram”. Dessa forma, as justificativas das bancas para os gabaritos das questões são, na verdade, a motivação do ato, haja vista serem formas de exteriorização.¹⁷

Em não havendo, deve-se anular o ato administrativo, por força do art. 50 da Lei nº 9.784/99, que regula o processo

administrativo federal, ou por analogia a ela (para os demais entes da federação, eis que não se trata de uma lei nacional).

6.2 O controle de mérito de questões objetivas

Conforme já assinalado, o controle de mérito pode se dar, entre outros aspectos, quanto à legalidade e à proporcionalidade, analisando-se, assim, questões com respostas erradas, duvidosas, enunciados mal elaborados, mais de uma resposta que atende ao comando da questão, entre outros problemas. Entende-se como resposta correta aquela que atenda ao enunciado da questão (mesmo que as alternativas sejam classificadas como corretas, devendo-se escolher uma delas, a incorreta, como resposta).

Cita-se uma questão, por exemplo, que verse sobre uma hipótese de isenção do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza de determinado município e seja baseada na legislação complementar do referido ente político, tendo em seu enunciado a ordem para o candidato selecionar uma hipótese de isenção. A questão é a seguinte (prova de Agente Fiscal da Prefeitura do Município de Porto Alegre, 2011, segunda aplicação):¹⁸

60 – Em relação ao ISS, é incorreto afirmar, conforme regra constante da LC nº 116/2003, que este imposto não incide sobre (A) as exportações de serviços para o exterior do País. (B) a prestação de serviços em relação de emprego, dos trabalhadores avulsos, dos diretores e membros de conselho consultivo ou de conselho fiscal de sociedades e fundações, bem como dos sócios-gerentes e dos gerentes-delegados. (C) o valor intermediado no mercado de títulos e valores mobiliários, o valor dos depósitos bancários, o principal, juros e acréscimos moratórios relativos a operações de crédito realizadas por instituições financeiras. (D) a prestação de serviços de construção civil quando efetuados por empresas sujeitas ao regime da Lei

¹⁵ FREITAS, Ney José. *Ato Administrativo*. Presunção de Validade e a Questão do Ônus da Prova. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 70.

¹⁶ FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Estrutura e Motivação do Ato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 178.

¹⁷ MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*. 4. ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2013. p. 101.

¹⁸ Disponível em: <<http://www.concursosfmp.com.br/concursos-em-andamento/73/prefeitura-municipal-de-porto-alegre/edital/439/>>. Acesso em: 9 out. 2015.

Complementar Federal nº 123/06. (E) as exportações de serviços para o exterior do país, cujos serviços desenvolvidos no Brasil tenham seu resultado aqui verificado, ainda que o pagamento seja feito por residente no exterior.

Caso haja duas alternativas que atendam à questão (as duas sendo alíneas do mesmo artigo da lei) e a banca não anule quando provocada na via administrativa, não resta ao candidato alternativa que não a via judicial. Há, portanto, um claro vício de legalidade na questão (alternativas (D) e (E) incorretas, de maneira incontroversa, ambas servindo como resposta ao enunciado da questão, que somente poderia ter um gabarito), que deve ter seu mérito apreciado.

Essa posição é defendida por alguns autores, como Luis Manoel Fonseca Pires, ao citar Almiro do Couto e Silva:

Em leitura de vanguarda acerca do tema, Almiro do Couto e Silva de há muito defende que as chamadas 'provas objetivas', que se caracterizam pelo método de múltipla escolha, pelo qual o candidato deve assinalar determinada resposta, portanto, em que o certo ou o errado é apurado '... pelo confronto da resposta com o estado atual das ciências, da técnica ou das artes', permite, em tese, o controle pelo Judiciário, com exceção da complexidade de uma matéria em que apesar das manifestações e esclarecimentos dados pelos peritos continua a persistir a impossibilidade de dizer qual a solução correta. [...]. Já no que se refere à análise do mérito de um gabarito no sentido técnico, de discussão doutrinária do tema objeto de questão de concurso público, existe uma discussão ainda mais polêmica e complexa.¹⁹

Para que se discuta um conceito técnico, é preciso adentrar no exame do mérito do objeto com maior profundidade, abordando o que se chama de discricionariedade administrativa, definida da se-

guinte forma por Baldassare Pastore:

A discricionariedade configura-se como um espaço decisório, estabelecido pela ordem jurídica, dentro do qual a Administração Pública tem a obrigação de escolher a solução ou opção que melhor atenderá ao interesse público que as especificidades do caso concreto exigem. Trata-se de uma liberdade de escolha que, *usada adequada e razoavelmente*, não se submete ao veto do Poder Judiciário.²⁰

Em breve síntese, o Poder Judiciário deve intervir na administração pública em algumas hipóteses. Delimitando essa invasão à esfera de concursos públicos, observa-se a possibilidade de correção do administrador na via judicial quando se verificar vício de legalidade, desproporcionalidade no mérito da questão (gabarito, em termos técnicos, flagrantemente incorreto) e em casos de respostas de perguntas duvidosas de provas sobre temas polêmicos, com diversos entendimentos, sem correntes majoritárias firmadas ou jurisprudência dominante.

Todos os assuntos referidos nos parágrafos anteriores são base para a análise de casos concretos de ações judiciais que anularam questões de concursos públicos ou causaram alteração de gabarito, obtendo maior pontuação aos autores candidatos. A questão 60 já citada, por exemplo, foi anulada em sede de Mandado de Segurança, com trânsito em julgado.²¹

Nota-se, portanto, uma quebra de paradigma na análise de questões de concursos públicos, mormente quando há duas ou mais respostas que atendem ao enunciado da questão – ao passo que os editais trazem regra de haver apenas um gabarito que possa atender à questão. Já no caso de não haver resposta, há precedentes do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em

sede de Apelação Cível (AC 29786 MG 2009.38.00.029786-5), cuja decisão foi publicada em 2012.²²

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL. PROVA OBJETIVA. RECONHECIMENTO DE ERRO MATERIAL NA ELABORAÇÃO DE QUESTÕES. MATÉRIA ESTRANHA AO EDITAL. AUSÊNCIA DE RESPOSTA CORRETA. ERRO FLAGRANTE. ADMISSIBILIDADE DA INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO.

1. Consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a rigor, “não compete ao Poder Judiciário, no controle da legalidade, substituir a banca examinadora para avaliar as respostas dadas pelos candidatos e as notas a elas atribuídas” (MS 30.173 AgR/DF, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 01/08/2011).

2. A sentença reconheceu erro grosseiro relativo às questões de nº 22 e 76 da prova objetiva do concurso para o cargo de Policial Rodoviário Federal (Edital n. 1 /2009). No primeiro caso, o conteúdo programático referente à prova de Direito Civil não foi observado. No segundo, comprovou-se a ausência de alternativa correta em questão de matemática, devidamente demonstrada conforme perícia judicial. Em ambos os casos, demonstrado o equívoco evidente em que incorreu a banca organizadora na elaboração das indigitadas questões.

3. É admissível, excepcionalmente, a revisão dos critérios adotados pela banca examinadora nas situações em que configurado erro crasso na elaboração de questão (STJ, RMS 33.725/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 12/04/2011, DJe de 26/04/2011; REsp 731.257/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 05/11/2008), hipótese nas quais se enquadram as questões de prova minuciosamente examinadas. 4. Apelação e remessa

¹⁹ PIRES, Luis Manuel Fonseca. Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda., 2009. p. 236.

²⁰ FILGUEIRAS JUNIOR, Marcus Vinícius. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 163.

²¹ RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). Mandado de Segurança nº 0253971-34.2012.8.21.0001. Relator: Juiz de Direito Martin Schulze. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 18 set. 2015.

²² BRASIL, República Federativa do. Apelação Cível nº 29786 MG. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Disponível em: <<http://www.jfrs.jus.br/>>. Acesso em: 15 set. 2014.

oficial, tida por interposta, improvidas.

Nesse caso, utilizou-se prova pericial para demonstrar que não havia resposta correta – ou seja, houve exame de mérito, minimamente para, pelo menos, demonstrar não existir um critério de correção da banca. É o mesmo caso do julgado abaixo:²³

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PROVA OBJETIVA. ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA DE RESPOSTA CORRETA. CONSTATAÇÃO POR PERÍCIA OFICIAL. ANULAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, na hipótese de erro material, considerado aquele perceptível primo *ictu oculi*, de plano, sem maiores indagações, pode o Poder Judiciário, excepcionalmente, declarar nula questão de prova objetiva de concurso público. Precedentes.

2. Hipótese em que, por perícia judicial, não questionada pela parte ex adversa, foi constatada a ausência de resposta correta em questão de prova objetiva, em flagrante desacordo com o gabarito oficial e com o edital do certame, ferindo o princípio da legalidade.

3. Recurso especial conhecido e improvido (STJ, REsp 471360 / DF, Quinta Turma, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 16/10/2006).

6.3 Controle de questões discursivas

Quando se fala em concurso público, o primeiro pensamento é em provas objetivas, com imparcialidade e necessidade de isonomia na correção das provas, ou seja, uma padronização. Muitos concursos não ficam, no entanto, restritos a mé-



todos de seleção objetiva, possuindo diversas fases – prova dissertativa, de títulos, oral, entre outras.

Nas provas objetivas, a única comparação de respostas que se tem é com o gabarito. Por outro lado, Almiro do Couto e Silva explica que “Nas provas chamadas dissertativas, o problema muda de feição. Dilata-se substancialmente, nessa hipótese, a margem de subjetivismo da avaliação”²⁴. O referido autor faz interessante exercício de raciocínio:

Terá a banca ou comissão examinadora, por exemplo, o poder de afirmar, sem possibilidade de reexame pelo Judiciário, que a teoria da relatividade foi concebida por Galileu e não por Einstein, que o anteprojeto que se transformou no Código Civil brasileiro de 1916 foi o de Teixeira de Freitas e não o de Clóvis Beviláquia, que Chopin compôs a 9ª Sinfonia, que José de Alencar foi o autor de ‘Quincas Borba’, ou ainda, que 2+2 são 5, que as regras sobre prescrição das pretensões do direito privado são de direito processual e não de direito material ou que a constatação da existência do bacilo de Koch serve ao diagnóstico da Sífilis?

São comparações descabidas que se faz para afirmar que é possível o controle jurisdicional de respostas de candidatos. O mesmo autor prossegue em seu entendimento citando que o direito alemão já tem precedentes de apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados – contrariando a teoria da margem (que impõe ao administrador uma área do ato administrativo em que não pode haver valoração pelo Judiciário). Para Couto e Silva:

Der Kandidat ist daher auch mit der Behauptung zu hören, seine Antwort auf die Prüfungsfrage sei zutreffend oder zumindest vertretbar gewesen. Zu Recht stellt das BVerfG fest das

²³ OLIVEIRA, Luciano Henrique da Silva. O contraditório e a ampla defesa nos concursos públicos. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1973, 25 nov. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12006>>. Acesso em: 8 out. 2015.

²⁴ SILVA, A. C. Correção de Prova de Concurso Público e Controle Jurisdicional. In: COSTA, Luis Guilherme Wagner. *Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Livraria DelRey, 2004. p. 23.

*eine vertretbare gewetet wwerden darf.*²⁵

Uma vez que fique evidenciado que a resposta do candidato é adequada (*zutreffend*) ou pelo menos ‘sustentável’ (*vertretbar*) e fundamentada com ponderáveis argumentos, não pode ela ser considerada errada, como acertadamente decidiu o Tribunal Constitucional Federal. Porém, ainda é uma posição de exceção.

A decisão, em alemão e traduzida, vai no sentido de que se houver plausibilidade na resposta de uma questão subjetiva, se ela for correta, deve ser considerada. Isso vai contra o famoso espelho de correção, que desconsidera quaisquer outras respostas, sendo verdadeiro caça-palavra para as bancas que querem economizar recursos com corretores.

Já no direito brasileiro, adota-se posicionamento tradicional de manter a banca (ou a administração pública) com reserva de dar solução ou manter seus próprios critérios. Trata-se de conduta que se critica ferrenhamente neste trabalho, pois, é cediço, diversos abusos e ilegalidades são cometidos a cada concurso público realizado no país.

Conforme já citado, é lamentável o Poder Judiciário permitir certos abusos, permitindo em raros casos um exame mais aprofundado dos critérios de correção. Um exemplo dessa minoria das decisões é transcrito a seguir, em um caso concreto no qual o candidato não teve sua resposta avaliada em conformidade com o espelho de correção das provas discursivas:²⁶

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. NÃO CONSIDERAÇÃO DA TOTALIDADE DE QUESTÃO

²⁵ SILVA, A. C. *apud* MAURER. Correção de Prova de Concurso Público e Controle Jurisdicional. In: COSTA, Luis Guilherme Wagner. **Direito público**: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Livraria DelRey, 2004. p. 24.

²⁶ SANTOS, Roberto Mizuki. Correção de questões subjetivas em concursos públicos: critérios e discricionariedade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3887, 21 fev. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26754>>. Acesso em: 9 out. 2015.

RESPONDIDA PELO CANDIDATO. ATENDIMENTO PARCIAL AO ESPELHO DE PROVA. HIPÓTESE EXCEPCIONAL DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. ATRIBUIÇÃO DE NOTA. PONTUAÇÃO QUE CABE À INSTITUIÇÃO RESPONSÁVEL PELA ORGANIZAÇÃO DO CONCURSO PÚBLICO. APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS.

[...]

5. Cabe à instituição responsável pela organização do concurso público em análise reexaminar a questão, para nesse ponto específico atribuir ao candidato a pontuação a que este fizer jus, referente ao item indicado pelo concorrente, lógico que dentro dos parâmetros apresentados no espelho de prova.

6. Foi ilegal a não atribuição de qualquer pontuação ao ora apelado, pois, como dito, em parte atendeu ao solicitado na questão, mas quantificar o item cabe a própria comissão do concurso.

7. Apelações e remessa oficial a que se dão parcial provimento.

6.4 Controle de questões que extrapolam edital

Por fim, assinala-se que é pacífica a possibilidade do controle judicial de questões objetivas e subjetivas cujo objeto não está previsto no edital. Há diversos entendimentos judiciais nesse sentido (no site *jusbrasil*, por exemplo, há 37.001 ocorrências para as palavras-chaves “anulação de questão não prevista no edital do concurso”).

Uma questão objetiva, por exemplo, que não estava no edital, foi dessa forma anulada, quando se negou provimento a Agravo Regimental visando que fosse admitido um Recurso Extraordinário (RE 440335 RS). Esse RE tentava reformar o Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que anulou uma questão do concurso de juiz substituto do TJ-RS, mas não foi provido, mantendo-se, dessa forma, a anulação judicial da questão que extrapolou matéria editalícia:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO DE QUESTÃO.

1. Anulação de questão não prevista no edital do concurso.

2. O Supremo Tribunal Federal entende admissível o controle jurisdicional em concurso público quando “não se cuida de aferir da correção dos critérios da banca examinadora, na formulação das questões ou na avaliação das respostas, mas apenas de verificar que as questões formuladas não se continham no programa do certame, dado que o edital – nele incluído o programa – é a lei do concurso”. Precedente. Agravo regimental a que se nega provimento.

7. Conclusão

O concurso público é uma das formas mais isonômicas de preenchimento de cargos públicos, por meio do qual se observa a meritocracia de quem se dedica aos certames de seleção. O maior problema reside nas formas de seleção – mormente nas bancas examinadoras. Fora os casos frequentes de corrupção, que não foram tema deste trabalho, existem os problemas de falta de profissionalismo e zelo das bancas examinadoras e da própria administração pública quando da realização dos concursos.

Quando ocorrem erros nas questões, os candidatos normalmente realizam a interposição de recursos contra os gabaritos para modificação da resposta da banca ou para anulação da questão, com a consequente atribuição dos pontos mesmo para quem errou. As bancas têm a péssima conduta de não anular questões notadamente problemáticas e a administração pública age de maneira ainda pior, pois deveria fiscalizar o terceirizado contratado para realização das provas, mas acaba convalidando, na maioria dos casos, seus atos, sem qualquer crivo de qualidade.

Diante desse contexto que surge o acesso ao Poder Judiciário como forma de tutelar o direito dos candidatos. Ocorre, entretanto, que as ações ajuizadas (ou mandados de segurança impetrados) têm encontrado uma resistência histórica, sempre sob a alegação de que o Poder Judiciário não pode se imiscuir no mérito da administração pública.

Criticou-se, portanto, e com amplo embasamento teórico-doutrinário e di-

versos exercícios de raciocínio, a posição cômoda de alguns magistrados de não examinar o mérito das questões – seja por erro processual ou com base no entendimento de que não se deve reexaminar o mérito administrativo. Alguns julgadores, no entanto, já vêm admitindo essa intervenção, tutelando verdadeiramente a justiça, realizando a prestação jurisdicional com qualidade e isonomia.

Concretiza-se, assim, a inafastabilidade do Poder Judiciário de maneira material, e não simplesmente considerando esse princípio como um mero instrumento de ajuizamento de ações – que serão extintas sem mérito ou improcedentes, isso quando admitidas. Busca-se o exercício efetivo da jurisdição, não um mero exame e desmerecimento das ações tão importantes como essa.

Entende-se, pois, que a semente de mudança já foi plantada nos tribunais pátrios, de maneira que cada vez mais ações buscarão guarida no Poder Judiciário para anular questões ou trocar seus gabaritos. Isso tudo forçará, em outra instância, a administração pública a fiscalizar melhor as contratadas (prestadoras de serviço público, em sentido amplo), as bancas organizadoras de concursos públicos. Em último nível, as próprias comissões de seleção irão se forçar a ter uma melhor qualidade, exigindo também dos professores que elaboram as questões mais zelo e meticulosidade na preparação das provas.

O presente trabalho serve, portanto, para elucidar o atual tratamento dado à apreciação judicial de questões de concursos públicos no ordenamento jurídico brasileiro, com a apresentação da evolução dos entendimentos sob diversos aspectos legais, doutrinários e principiológicos.

Este artigo é, ainda, parte de um projeto maior, com possível expansão das diversas análises aqui realizadas para um trabalho de pós-graduação e, até mesmo, para que se comece um diálogo no sentido de inserir no Tribunal de Contas de Mato Grosso formas de controle externo de concursos públicos no estado mato-grossense e em seus municípios, podendo ainda ser um indicador da necessidade de regulamentação dos concursos em nível estadual. ★

Referências

Livros

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 2003. In: WERNECK, Diego Arguelhes; RIBEIRO, Fernando Angelo Leal. **Fundamentos de Direito Constitucional**. Pós-Graduação em Direito e Controle Externo na Administração Pública da FGV. 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. In: FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2006.

_____. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2013.

FILGUEIRAS JUNIOR, Marcus Vinícius. **Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e Motivação do Ato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

FREITAS, Ney José. **Ato Administrativo. Presunção de Validade e a Questão do Ônus da Prova**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 4. ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2013.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2010.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda., 2009.

SANTOS, Roberto Mizuki. **Correção de questões subjetivas em concursos públicos: critérios e discricionariedade**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3887, 21 fev. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26754>>.

SILVA, A. C. Correção de Prova de Concurso Público e Controle Jurisdicional. In: COSTA, Luis Guilherme Wagner. **Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Livraria DelRey, 2004.

Legislação

BRASIL. República Federativa do. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm>. Acesso em: 14 set. 2015.

BRASIL. República Federativa do. Lei nº 9.784, de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm>. Acesso em: 14 set. 2015.

Jurisprudência

BRASIL. República Federativa do. Apelação Cível nº 29786 MG. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Disponível em: <<http://www.jfrs.jus.br>>. Acesso em: 15 set. 2014.

_____. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Ação Ordinária nº 5000887-38.2010.404.7100. Disponível em: <<http://www.jfrs.jus.br>>. Acesso em: 15 set. 2015.

DISTRITO FEDERAL. Mandado de Segurança nº 2015002000683. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=BANCA+EXAMINADORA+%3B+CARACTERIZACAO+C3%87%<C3%83O>>. Acesso em: 15 set. 2015.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). Mandado de Segurança nº 0253971-34.2012.8.21.0001. Relator: Juiz de Direito Martin Schulze. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 18 set. 2015.

Fiscal de contrato: a personificação do princípio da eficiência nos contratos administrativos e seu desvirtuamento por agentes políticos

Fiscal Agreement: the embodiment of the principle of efficiency in government contracts and its distortion by politicians.

Resumo

A Constituição da República elenca em seu artigo 37 os princípios que devem nortear a atividade administrativa e entre eles figura expressamente o princípio da eficiência. A persecução pela perfeita execução dos trabalhos prestados por aqueles que contratam com o poder público deve tornar-se o principal objetivo do administrador público, quando da formalização dos contratos administrativos, visando ao atendimento do postulado da eficiência e do interesse público.

Palavras-chave

Fiscal de contrato. Interesse público. Eficiência.

Abstract

The Constitution enumerates in Article 37 the principles that should guide the administrative activity and among them specifically include the principle of efficiency. The pursuit for the perfect execution of the work performed by those who contract with the government should become the main objective of the Public Administrator, when the formalization of administrative agreements in order to meet the principle of efficiency and the public interest.

Key-words

Tax Agreement. Public interest. Efficiency.

1. Introdução

O presente artigo visa tratar de importante tema no âmbito dos contratos administrativos, notadamente a figura do fiscal de contrato. A execução a contento do objeto de qualquer avença firmada pela administração pública deve necessária obediência ao disposto no artigo 37 de nossa Carta Política, bem como aos demais instrumentos normativos aplicáveis à espécie.

A execução sem vícios e defeitos do objeto contratual deve ser o propósito a ser alcançado em todo contrato administrativo, visando ao atendimento do fim público justificador da formalização da avença. Nesse desígnio, o fiscal de contrato torna-se o agente capaz de concretizar esse objetivo, ao atuar de forma imparcial e eficaz no acompanhamento da execução dos trabalhos daqueles que contratam com o poder público.

A busca pela perfeição do objeto contratual traduz inequívoca simetria com o princípio da eficiência, norte de toda a atividade administrativa e fonte normativa de nosso ordenamento jurídico pátrio. A importância na escolha do fiscal de con-

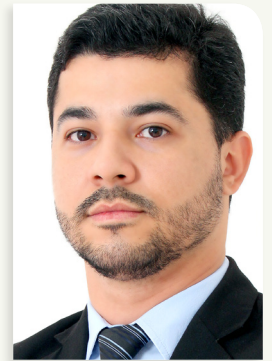
trato, o efetivo exercício da fiscalização contratual e sua responsabilização pela inexecução do objeto contratado traduzem o cerne do presente trabalho, que abordará as nuances que envolvem tão importante tema, fazendo a correlação com o princípio da eficiência na atividade administrativa.

2. Dos contratos administrativos

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, prevê que as obras, serviços, compras e alienações devem ser contratados mediante processo de licitação, que assegure igualdade de condições aos participantes com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta.

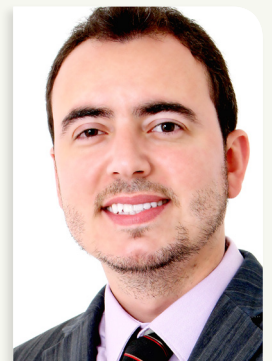
Em referência ao postulado constitucional, a Lei nº 8.666/93, em seu artigo 3º, dispõe que a licitação se destina a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Depois de concluído todo o *iter procedimental*



Allison Akerley da Silva
Procurador do Município
de Cuiabá-MT.
allisson.silva@cuiaba.
mt.gov.br

Graduado pela
Universidade de Cuiabá
(Unic). Pós-graduado em
Direito Municipal.



Filipe Xavier Ribeiro
Procurador do Município
de Cuiabá-MT e
professor substituto da
Universidade Federal de
Mato Grosso.
felipe.xavier@cuiaba.
mt.gov.br

Graduado pela
Universidade Estadual de
Montes Claros-MG.

licitatório e formalizada a contratação com o particular, inicia-se a fase da execução do objeto contratado, momento este em que o fiscal de contrato assume relevante papel na representação dos interesses do ente público contratante, visando à perfeita execução da avença e a respectiva entrega de seu objeto.

Diante da obrigação legal, imposta ao contratado de cumprir fielmente suas obrigações contratuais, bem como reparar e corrigir o objeto do contrato em que se verificarem vícios ou defeitos, a atuação do fiscal de contrato o coloca como protagonista, na consecução do fim público almejado pela contratação realizada.

O fiscal de contrato passa nesse momento a ser o guardião da *res pública*, o indivíduo que tem o poder-dever de exigir que o objeto contratado seja entregue ao ente público contratante na exata medida da expectativa pública nutrida, ou seja, garante a concretização material dos objetivos da licitação.

3. Da fiscalização contratual. Princípio da eficiência

O artigo 67 da Lei nº 8.666/93 assim dispõe:

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

Diante da redação do dispositivo legal supracitado, podemos verificar que a função de acompanhamento e fiscalização da execução dos contratos administrativos não se insere na discricionariedade do administrador, ao contrário, desponta como um nítido poder-dever e que deve ser materializado de forma eficiente, correta e transparente.

A escolha do servidor público que exercerá a atribuição de fiscal de contrato deve ser realizada de maneira cautelosa pelo gestor público, já que o sucesso da contratação realizada pelo ente público dependerá muito da atuação deste. Re-

comenda-se não realizar a indicação de forma aleatória e sem critérios de escolha, tratando tal ato apenas como mais uma formalidade legal a ser cumprida.

A falta de estrutura do poder público para permitir a realização de uma eficiente fiscalização nos contratos administrativos é uma carência que torna a execução dos contratos uma das situações mais suscetíveis de fraudes e irregularidades no serviço público.

O ato administrativo de nomeação de fiscal de contrato se reveste de uma importância ímpar, por ser um ato realizado anteriormente ao início da execução contratual e que certamente, quando de sua conclusão, evitará desperdício de dinheiro público, caso a função seja realizada em prol da qualidade na execução contratual.

Antes de mera atribuição funcional, a atuação desse servidor se reveste de um verdadeiro *mínus público*, com obrigações e deveres que devem ser exercidos em benefício da coletividade e do interesse público, fim colimado pelas fontes normativas atinentes à espécie.

O exercício do encargo consubstancia uma modalidade de atuação preventiva do poder público, capaz de gerar resultados eficazes e economia aos cofres públicos. A fiscalização tempestiva da execução contratual, além de permitir a correção de erros e irregularidades, impede eventuais prejuízos e desembolso indevido de recurso público.

Uma atuação diligente personifica o princípio da eficiência, positivado no artigo 37 de nossa Constituição Federal, já que em seu mister buscará a adoção de medidas necessárias para a otimização na utilização dos recursos públicos, evitando prejuízos e se tornando responsável direto pela melhoria dos serviços públicos ofertados à população.

Kildare Gonçalves (p. 303) assim define o princípio da eficiência no âmbito da administração pública:

O princípio da eficiência foi introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/98. Relaciona-se com as normas da boa administração no sentido de que a Administração Pública, em todos os seus setores, deve concretizar suas atividades com vistas a

extrair o maior número possível de efeitos positivos ao administrado, sopesando a relação custo benefício, buscando a excelência de recursos, enfim, dotando de maior eficácia possível as ações do Estado.

Qualidade, economicidade e, principalmente, redução do desperdício, são alguns dos valores preconizados pelo princípio da eficiência, o que impõe à execução de todos os serviços públicos a presteza, a perfeição e a utilização responsável do dinheiro público.

A materialização do princípio da eficiência, obviamente, está relacionada diretamente ao desempenho do fiscal de contrato, que deve manter uma conduta proativa, realizando inspeções *in loco* nos locais onde o serviço é prestado e conferência presencial dos itens fornecidos.

Tecidas as premissas, resta apontar importante vício praticado na gerência dos contratos administrativos. O trabalho cotidiano no bojo da advocacia pública mostra que não tem sido incomum uma praxe ilegal praticada por agentes políticos e que invariavelmente desagua no Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso.

Não raro, eles emitem declarações atestando que determinada empresa prestou certo serviço ou forneceu determinado produto na época de suas gestões. Com lastro nesses documentos, sociedades empresárias postulam judicialmente a obrigação de fornecer quantia certa por parte da Fazenda Pública, dizendo de outro modo, a contraprestação pecuniária.

A dívida pública possui três fases distintas, delineadas pela Lei nº 4.320/64. O empenho, liquidação e pagamento. Nos dizeres desse diploma (art. 58) empenhar se trata do ato que cria para o Estado a obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição.

Harrison Leite (p. 215), ao comentar o assunto, tece a importante observação de que a rigor a Fazenda Pública é obrigada a cancelá-lo caso não ocorra o implemento da condição suspensiva (prestação de serviços ou fornecimento de produtos) utilizando-se do seu dever/poder de autotutela. Veja trecho da obra do autor:

Ocorre que, embora empenhado, se o

credor não cumprir com o compromisso acertado, não haverá para o Estado a obrigação de pagamento, podendo, em algumas hipóteses, dito empenho ser cancelado. Assim, seja porque foi emitido incorretamente ou porque o objeto do contrato não foi cumprido, não há qualquer erro em se cancelar o empenho. Antes, é dever do ente público efetuar o seu cancelamento em casos que tais.

Em perfeita sintonia com as disposições doutrinárias acima expostas, em arremate, os arts. 62 e 63 da Lei nº 4.320/64 expressam que após o empenho haverá a liquidação, oportunidade em que se verificará o direito adquirido pelo credor tendo em base os títulos e documentos comprobatórios dos respectivos créditos.

Inferese, por conseguinte, que o empenho só gera direito de crédito oponível ao fisco caso devidamente comprovada a entrega do material ou a prestação efetiva do serviço, sob pena de permitir o enriquecimento gratuito em prejuízo do orçamento público.

Deveras, se há rigorosidade para o ingresso de recursos públicos (legalidade estrita do direito tributário), maior rigorosidade ocorre na saída de dinheiro do orçamento.

Nessa senda, cabe ao fiscal do contrato verificar se houve o implemento da condição e em que quantidade e qualidade para balizar objetivamente a liquidação da nota de empenho previamente ao pagamento do contratado.

No vício apontado, o agente político se coloca nesse papel (de fiscal) e declara o implemento de condição suspensiva – na maior parte das vezes – passados vários anos. Comumente esses contratos vigoram por muito tempo e, com fincas no empirismo, sabe-se que a memória humana é falha, por conseguinte essa prática não se coaduna com as normas de controle interno e externo dos gastos públicos.

4. Da responsabilização do fiscal de contrato

Conforme disposição positivada no artigo 67, § 1º, da Lei nº 8.666/93, cabe

ao fiscal de contrato acompanhar e fiscalizar a execução contratual, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

Diante de tão importante mister, podemos concluir que uma atuação faltosa e insuficiente do fiscal de contrato tem o condão de causar dano ao erário, o que invariavelmente o coloca como sujeito passível de responsabilização pela prática de seus atos.

O servidor público nomeado na função de fiscal de contrato deve primar por uma eficaz atuação na fiscalização da execução contratual, cumprindo a lei e o contrato sob pena de eventual responsabilização civil, penal e administrativa pelo exercício irregular das atribuições que lhe foram conferidas.

A própria lei de licitações prevê em seus artigos 82 e 83 a possibilidade de responsabilização daqueles que praticarem atos em desacordo com a referida norma, senão vejamos:

Art. 82. Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.

Art. 83. Os crimes definidos nesta Lei, ainda que simplesmente tentados, sujeitam os seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo.

Como se não bastasse, o servidor público poderá ainda responder pela prática de ato de improbidade administrativa, além de estar sujeito às sanções dos respectivos Tribunais de Contas do Estado e/ou da União, no exercício das suas funções fiscalizatórias.

A responsabilização do fiscal de contrato é baseada na indisponibilidade do bem público. Cabe a ele, na qualidade de principal ator desse ato de gestão contratual, zelar pela salvaguarda dos recursos públicos, visando satisfazer o que foi pactuado pelo ente público. Desta feita, ao fiscal de contrato, assim como a todo

servidor público, é vedado dispor do bem público, seja através de concessão de favores e atitudes complacentes, ou ainda através de atos dolosos e ilegais.

Defeitos na fiscalização contratual podem acarretar a responsabilização do Estado e este, em ação regressiva, deve pleitear o devido ressarcimento junto ao fiscal responsável, se este atuou com dolo e culpa no exercício de suas atribuições fiscalizatórias.

No âmbito do Tribunal de Contas da União a responsabilização dos fiscais de contrato no exercício irregular de suas funções é pacífica, senão vejamos:

A negligência de fiscal da Administração na fiscalização de obra atrai para si a responsabilidade por eventuais danos que poderiam ser evitados (TCU – Acórdão nº 3641/2008 – Segunda Câmara).

A liquidação irregular da despesa conduz à responsabilização solidária da empresa beneficiária e do agente público encarregado do recebimento dos serviços contratados e indevidamente prestados (TCU – Acórdão nº 2539/2009 – Primeira Câmara).

O fiscal de contrato não exerce as suas atribuições por delegação de competência dada pelo gestor, elas são exercidas por força do próprio cargo que ocupa ou em razão de contrato firmado para essa finalidade. Na hipótese de haver fiscal devidamente capacitado, a responsabilização do gestor municipal ou do secretário de obras somente é possível quando ficar demonstrado que tomaram ciência de irregularidades e não adotaram providências com o objetivo de corrigi-las ou por culpa *'in vigilando'* ou *'in eligendo'* devidamente comprovada (TCU – Acórdão nº 2373/2008 – Segunda Câmara).

Em diversas oportunidades o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso também penalizou fiscais de contrato pelo exercício deficiente de sua função (Processo nº 8464-6/2012).

Além da possibilidade de penalização do fiscal de contrato, ainda resta probabilidade de penalização do agente que o nomeou, por culpa *'in eligendo'*, caso restar

configurada, por exemplo, a ausência de cautela e prudência na escolha de servidor que não possui conhecimento técnico suficiente para o exercício do encargo.

No entanto, devemos ter em mente que, para haver ação de responsabilização contra o servidor, fiscal, é necessária a existência de dolo ou culpa. Entendemos que algumas situações podem elidir a responsabilidade pessoal do fiscal de contrato, tais como condições precárias de fiscalização, falta de instrução pela administração, entre outras.

Nesse sentido, julgou o Tribunal de Contas da União:

RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. IRREGULARIDADES. CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL DE UM RECURSO. NÃO PROVIMENTO DOS DEMAIS. CIÊNCIA AOS INTERESSADOS.

1. Demonstrado nos autos que a responsável pela fiscalização do contrato tinha condições precárias para realizar seu trabalho, elide-se sua responsabilidade.

2. Comprovado que os responsáveis pela execução técnica do contrato objeto dos autos negligenciaram quanto à adoção de providências para sanar irregularidades apresentadas no curso da execução desse contrato, mantém-se, na íntegra, suas responsabilidades.

3. O terceiro que recebe a contraprestação devida para a execução do objeto do contrato para o qual foi contratado, mas não comprova integralmente a prestação esmerada dos serviços, deve restituir o equivalente ao que não comprovou, sob pena de enriquecimento ilícito (TCU – Acórdão nº 839/2001 – Plenário).

Desta feita, deve o administrador público munir os fiscais de contratos de todas as condições necessárias para um bom desempenho de suas atribuições, caso contrário, a aplicação de qualquer penalidade a estes servidores se mostrará desproporcional.

Diante disso, resta clara a necessidade de conscientização, tanto do gestor público, quanto do servidor designado para o exercício da função de fiscalização da

execução contratual, da importância de tal mister, devendo seu exercício se dar de forma responsável e eficiente, evitando assim um dispêndio desnecessário de verba pública ou ainda a entrega do objeto contratado de forma deficiente ou imprestável aos fins públicos à que se pretendia.

5. Conclusão

Evidente a importância da figura do fiscal de contrato na concretização da chamada boa atividade administrativa. Tais servidores, no exercício de seu mister, podem tanto contribuir de maneira significativa para a proteção do interesse público como ser o responsável por consequências negativas e desastrosas para os entes públicos, tudo a depender da forma como forem exercidas as atribuições de fiscalização contratual.

A sua atividade deve transpassar a mera análise documental da execução contratual, devendo se revestir de uma conduta proativa, interessada e transparente, visando ao seu único fim, qual seja, a proteção da coisa pública.

Sem dúvida nenhuma, essa é uma das formas de personificação do princípio da eficiência, positivado no artigo 37 de nossa Carta Maior, isso porque uma adequada fiscalização contratual interfere diretamente na qualidade dos serviços públicos disponibilizados à população, objetivo a ser alcançado por qualquer ato e/ou fato administrativo.

A atuação eficiente do fiscal na execução dos contratos administrativos tem o condão de proporcionar uma utilização racional do dinheiro público, evitando prejuízo ao erário ou ainda desvio de finalidade na execução de políticas públicas.

Como protagonista dessa atuação estatal, cabe a ele exigir que os contratos administrativos sejam fielmente executados, conforme o termo de referência e as cláusulas contratuais estabelecidas, buscando preservar o interesse público e uma boa aplicação do dinheiro público.

Em contraponto, deve ainda o gestor público fornecer todas as condições necessárias para que a atuação do fiscal de contrato se dê de forma plena e eficaz, sob

pena de também ser responsabilizado por eventual prejuízo causado ao erário.

Contudo, não se compatibiliza com as normas de controle interno e externo a conduta de alguns agentes políticos de emitirem declarações posteriores ao fim de suas gestões informando que determinado serviço foi prestado ou produto entregue, pois não possuem competência formal ou mesmo material para tanto. Cabe ao fiscal do contrato fazê-lo.

A disponibilização à população de serviços públicos eficientes sempre foi um dever do Estado, e a figura do fiscal de contrato surge nesta esteira como uma poderosa ferramenta em favor da sociedade na materialização do princípio da eficiência, buscando a salvaguarda do interesse público e uma constante otimização na prestação dos serviços públicos em face das demandas sociais. ★

Referências

Livros

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Dialética, 2014.

GONÇALVES, Kildare. **Direito Constitucional Didático**. Editora del Rey, 2008.

LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. 5. ed. Juspodivm, 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 19. ed. Saraiva, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41. ed. Malheiros, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Editora Método, 2014.

_____. **Licitações e Contratos Administrativos – Teoria e Prática**. 5. ed. Editora Método, 2015.

Jurisprudência

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1983. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 28 mar. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 28 mar. 2016.



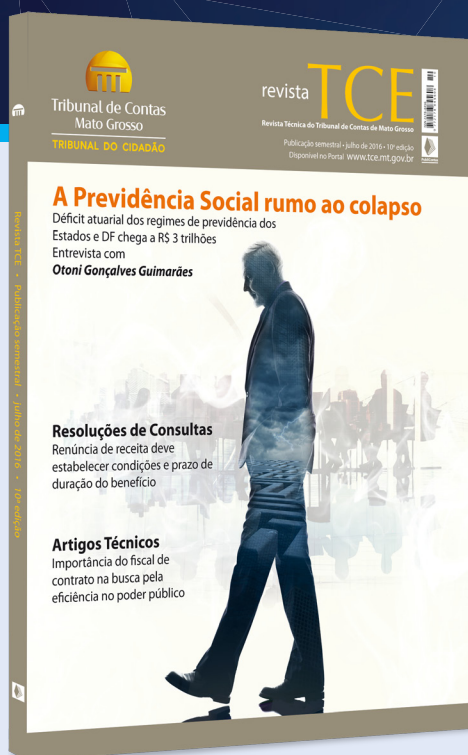
PubliContas

Editora do Tribunal de Contas
do Estado de Mato Grosso



Publicações Técnicas para orientar a Gestão Pública.
Mais de 100 títulos disponíveis para *download* gratuito.
Acesse o Portal do TCE-MT e saiba mais.

www.tce.mt.gov.br



ARTIGOS

Quer publicar seu artigo na Revista Técnica do TCE-MT? Já foi aprovada a portaria que estabelece as normas de envio do material para a publicação na revista.

Os interessados devem enviar os trabalhos para revistatecnica@tce.mt.gov.br.

O Conselho Editorial da Revista do TCE-MT irá avaliar e selecionar os artigos para publicação.

Acesse o Portal do TCE-MT no *link* Legislação e confira a íntegra da [Portaria nº 54/2014](#) e suas alterações na [Portaria nº 48/2015](#).

AQUI O MICRO E PEQUENO EMPRESÁRIO SE SENTE EM CASA



Mato Grosso ocupa o 1º Lugar na classificação dos estados brasileiros que, em 2015, apresentaram boas condições no ambiente de negócios para micro e pequenas empresas. E o TCE-MT contribui com o título, oferecendo oportunidades para que estas empresas integrem a sua lista de fornecedores. Isso movimenta a economia, incentiva o micro e pequeno empreendedor e gera benefícios para todos.

