



TCEPR

TRIBUNAL DE CONTAS
DO ESTADO DO PARANÁ



EGP

ESCOLA DE
GESTÃO PÚBLICA

CONTROLE EXTERNO

COLETÂNEA DE ARTIGOS NAS DIVERSAS
ÁREAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

◆ ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

◆ ATOS DE PESSOAL

◆ CONTABILIDADE

◆ LICITAÇÕES
E CONTRATOS

◆ OBRAS PÚBLICAS

◆ TRANSFERÊNCIAS
VOLUNTÁRIAS



CONTROLE EXTERNO

**COLETÂNEA DE ARTIGOS NAS DIVERSAS
ÁREAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL
ATOS DE PESSOAL
CONTABILIDADE
LICITAÇÕES E CONTRATOS
OBRAS PÚBLICAS
TRANSFERÊNCIAS VOLUNTÁRIAS**

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ
ESCOLA DE GESTÃO PÚBLICA

CONTROLE EXTERNO

**COLETÂNEA DE ARTIGOS NAS DIVERSAS
ÁREAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL
ATOS DE PESSOAL
CONTABILIDADE
LICITAÇÕES E CONTRATOS
OBRAS PÚBLICAS
TRANSFERÊNCIAS VOLUNTÁRIAS**

Curitiba
TC/PR
2016

Organização:

Caroline Gasparin Lichtensztein
Yarusya Rohrich da Fonseca

Revisão:

Elias Jorge Micoski Pires

Projeto gráfico e diagramação:

Núcleo de Imagem

Capa:

Núcleo de Imagem

**Catálogo na Fonte: Supervisão de Jurisprudência – Escola de
Gestão Pública – TCE/PR**

Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Escola de Gestão Pública.

Controle externo: coletânea de artigos nas diversas áreas da administração pública/ Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Escola de Gestão Pública. . – Curitiba: Tribunal de Contas do Estado do Paraná, 2016.

400 p.; 21 cm.

Disponível também no site: www1.tce.pr.gov.br

ISBN 978-85-85718-09-1

1. Controle externo. 2. Administração pública. 3. Contabilidade pública. 4. Licitações e contratos. I. Título.

CDD – 341.31

Yarusya Rohrich da Fonseca, CRB 9/917.

ISBN 978-85-85718-09-1

Opiniões e conceitos emitidos nos artigos, bem como a exatidão, adequação e procedência das citações bibliográficas, são de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, o posicionamento do Tribunal de Contas do Estado do Paraná.

APRESENTAÇÃO

Ao longo de 2016, quando completou o seu 69º aniversário de existência, o Tribunal de Contas do Estado do Paraná empenhou-se na organização e realização de uma miríade de eventos educacionais, de caráter fortemente pedagógico, envolvendo cursos (inclusive na modalidade EAD), seminários, palestras e fóruns com o objetivo de, cada vez mais, disseminar o conhecimento e propor reflexões acerca do tema “Controle Externo” e de sua importância, como elemento catalisador, para o aprimoramento da gestão pública no país.

Com alcance estendido a todas as regiões do Estado do Paraná, estes eventos, que procuraram evidenciar a complexidade da atuação fiscalizatória do Tribunal, foram ministrados por palestrantes desta própria Corte de Contas e, também, por outros nomes de relevância no cenário nacional. Basearam-se em uma abordagem multidisciplinar que pudesse proporcionar um ambiente ideal para que debates e reflexões pudessem se desenvolver e se operar com a propriedade e consistência necessárias.

Como resultado advindo destes valorosos encontros, nesta obra são compilados diversos artigos que apresentam o importante registro do posicionamento teórico de vários autores

convidados, permitindo o aprofundamento das discussões e a criação de massa crítica para o aperfeiçoamento da atuação dos Tribunais de Contas, no âmbito de sua missão institucional, e o seu impacto na atuação da administração pública.

A handwritten signature in black ink, reading "Ivan Lelis Bonilha". The signature is fluid and cursive, with a large initial "I" and "B".

IVAN LELIS BONILHA

Presidente do Tribunal de Contas do Paraná

SUMÁRIO

ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL

- Apontamentos sobre a viabilidade municipal: II congresso internacional de controle e políticas públicas do IRB.....3**
BONILHA, Ivan Lelis

ATOS DE PESSOAL

- A acumulação de cargos, empregos e funções públicas e a acumulação de proventos e pensões21**
BRIGUET, Magadar Rosália Costa
- O concurso público como forma de gestão da administração pública51**
PRESTES, Vivianéli Araujo
CUBAS, Paula Kochy

CONTABILIDADE

- Contabilidade e procedimentos técnicos da gestão do patrimônio público83**
SILVA NETO, Antonio Firmino da
- Elaborando o anexo de metas fiscais: uma visão prática da aplicação dos conceitos de resultados fiscais.....96**
FEIJÓ, Paulo Henrique
- A importância dos tribunais de contas para o processo de convergência da contabilidade aos padrões internacionais128**
SOUZA, Gustavo Felipe Ripper Chalhéo Tupinambá de
CARVALHO JÚNIOR, Jorge Pinto de
- Sistema de Informação de Custos no Setor Público.....154**
DANTAS, Gilvan

LICITAÇÕES E CONTRATOS

As causas do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo167

OLIVEIRA, Ivano Rangel de

Condicionantes à realização das licitações diferenciadas previstas no Estatuto das micro e pequenas empresas188

MORAES, Crislayne Maria Lima Amaral Nogueira Cavalcante de

Considerações sobre processo administrativo disciplinar235

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa

Considerações sobre o Termo de Referência em licitações públicas242

BROLLO, Elizandro

Gestão pública antifrágil: um novo paradigma para o avanço da administração pública262

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de

O instituto da adesão às atas de registro de preços – Uma abordagem à luz dos tribunais de contas; em especial do Tribunal de Contas do Estado do Paraná273

LIBERAL, Edilson Gonçalves

Licitações e contratações diferenciadas à luz da LC Nº 123/06 com as alterações da LC Nº 147/14.....314

GUIMARÃES, Edgar

Suprimentos governamentais e política pública de fomento aos pequenos negócios. Alerta para o controle dos resultados.....348

SANTANA, Jair

OBRAS PÚBLICAS

Alterações em contratos de obras públicas357

MOLINARI, Moacyr

JORGE, Luiz Henrique de Barbosa

Planejamento, projeto básico e qualidade da obra pública.....371

CARVALHO, Maria José Herkenhoff

JORGE, Luiz Henrique de Barbosa

Responsabilidade civil do engenheiro390

CARVALHO, Maria José Herkenhoff

JORGE, Luiz Henrique de Barbosa

TRANSFERÊNCIAS VOLUNTÁRIAS

O agente de controle interno e os desafios das transferências.....415

SANTOS, Sandra Analia dos

Parcerias entre a administração pública e o terceiro setor – Lei 13.019/2014 – Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC).....420

YOSHIKAWA, Sandra Keiko Ikoma

ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL



APONTAMENTOS SOBRE A VIABILIDADE MUNICIPAL II CONGRESSO INTERNACIONAL DE CONTROLE E POLÍTICAS PÚBLICAS DO IRB

BONILHA, Ivan Lelis¹

O município tem o dever constitucional de prestar serviços públicos de interesse local e deve fazê-lo considerando a necessidade de manutenção de uma estrutura administrativa mínima compatível com seu status de ente federado autônomo. Todavia, muitas vezes esta estrutura necessária torna-se inviável dada a população municipal e a escala econômica dos serviços públicos prestados, resultando em uma tendência de que os municípios menores não exerçam seu poder de tributação e busquem sobreviver à custa de transferências dos demais entes da federação.

É pública e notória a dificuldade de atração de profissionais de saúde para trabalharem no interior do país como também é público e notório o baixo desempenho da educação pública brasileira nos comparativos internacionais. Mas há outros exemplos de dificuldades que envolvem a escala populacional mínima necessária para atingir a viabilidade econômica, como é o caso dos serviços públicos de iluminação ou de controle de resíduos sólidos.

Em suma, a discussão pública sobre a viabilidade municipal é de extrema relevância, pois a questão das criações, incorporações, fusões e desmembramentos de Municípios

1 Conselheiro-Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Paraná.

envolve, necessariamente, o tamanho das unidades políticas em face da obrigação de prestar serviços de modo econômico, eficiente e eficaz.

1 O PANORAMA INTERNACIONAL E OS PRINCIPAIS ARGUMENTOS SOBRE A EMANCIPAÇÃO E A CONSOLIDAÇÃO

Há mais de meio século discute-se na Europa o tema da consolidação e da fragmentação das unidades de governo locais². Como ocorre com qualquer tema de amplo impacto político e social, as opiniões são diversas. Neste sentido, alguns países europeus decidiram pela fragmentação de suas unidades políticas e outros pelo fortalecimento de seus governos centrais.

Visando uma maior equalização dos serviços prestados pelo Estado de forma a atingir melhor desenvolvimento econômico, transformar estruturas e aumentar a capacidade de governo, países como Grã-Bretanha, Dinamarca, Áustria, Alemanha, Holanda, Bélgica, Finlândia e Suécia optaram por reduzir o número de suas unidades locais.

Em sentido contrário, uma nova tendência foi a opção pela criação de unidades locais em países como República Checa, Eslováquia, Hungria e Macedônia. Nestes casos, entendeu-se que haveria maior autonomia municipal e com isso os governos tornar-se-iam melhores prestadores de serviços públicos.

Assim, em regra, os países europeus com uma vivência

2 LAGO-PEÑAS, S.; MARTINEZ-VAZQUEZ, J. (Ed.). **The challenge of local government size: theoretical perspectives, international experience and policy reform.** Cheltenham (UK); Northampton (USA): Edward Elgar, 2013.

mais consolidada em suas democracias tenderam a ampliar o poder geral e reduzir os poderes locais. Já nos países do leste europeu, sob argumentação do fortalecimento da democracia, optou-se pela criação de novas unidades municipais.

Vê-se, portanto, que ainda não foi alcançado um consenso sobre as implicações de um tamanho menor, ou maior, para um bom governo. Não obstante, a própria diversidade de fatos históricos e de visões políticas contribuiu para o advento de uma teoria dominante na literatura especializada, indicando a existência de um trade-off entre escala econômica e potencial democrático. Isto é: por um lado, governos maiores tendem a fornecer bens e serviços públicos com maior qualidade e eficiência para sua população; por outro lado, a população de grandes municípios tende a apresentar características e preferências demasiadamente heterogêneas, dificultando a formação de políticas públicas.

De maneira geral, os principais argumentos pró-consolidação seriam relacionados a três fatores³. Em primeiro lugar, a eficiência econômica: economias de escala e escopo; redução administrativa e de cargos superficiais e diminuição dos custos de conformidade; maior base tributária e diversificação de serviços públicos de qualidade; maior capacidade técnica na estrutura física e de pessoal na provisão de serviços

3 LEITE, F. L. B. **Fusão de municípios**: impactos econômicos e políticos da diminuição do número de municípios em Minas Gerais. 110 p. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) – Escola de Economia e Gestão da Universidade do Minho. Braga (Portugal), 2014.

SWIANIEWICZ, P. Territorial fragmentation as a problem, consolidation as a solution? In: _____. (Ed.). **Territorial consolidation reforms in Europe**. Budapest: Open Society Institute, Local Government and Public Service Reform Initiative, 2010. Disponível em: <http://archiv.vlada.gov.sk/krajina/data/att/24359_subor.pdf>. Acesso em: 26 out. 2015.

públicos. Em segundo lugar, a consolidação do poder político: ampliação do escopo por oportunidade e conveniência políticas; governo mais sólido e com maior capacidade para ir contra a frieza do mercado na busca da liberdade e igualdade social. Por fim, há também argumentos de natureza empírica, sugerindo diagnósticos desfavoráveis aos governos menores, dada sua menor capacidade fiscal, elevado grau de endividamento, balanço negativo nas contas públicas e dificuldade na prestação de serviços.

Por outro lado, os argumentos contrários à consolidação política giram em torno de cinco grandes fatores: i) aumento do desemprego; ii) regiões periféricas sofrem por falta de acessibilidade à nova administração; iii) perda da identidade das comunidades locais; iv) menor representatividade política na tomada de decisões e planejamento público; e v) conflitos entre os hábitos e costumes no caso de distritos recém-consolidados.

2 CRIAÇÃO DE MUNICÍPIOS NO BRASIL E NO PARANÁ

Especificamente no caso brasileiro, dados do IBGE indicam forte predomínio histórico de fragmentação política em unidades populacionais de pequena escala. Em especial, os 1.889 municípios existentes em 1950 foram multiplicados por um fator que beira a magnitude de três unidades até 2010, quando foram computados 5.565 entes municipais autônomos no Brasil. Destes, 1.301 (23%) contavam com população de até 5.000 habitantes e 2.513 (45%) possuíam até 10.000 habitantes.

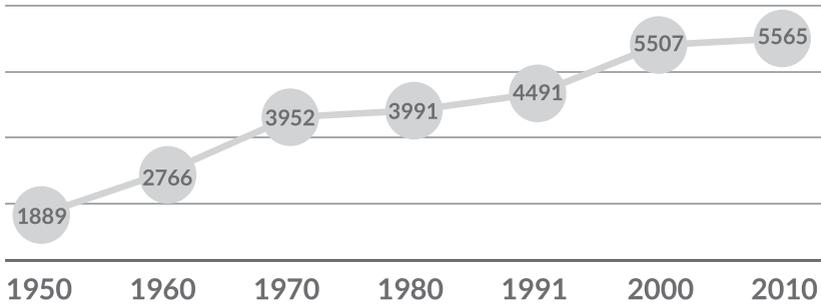


FIGURA 1 - EVOLUÇÃO DO NÚMERO DE MUNICÍPIOS NO BRASIL, 1950-2010

Fonte: adaptado a partir dos dados das séries históricas e estatísticas do IBGE (<http://serieestatisticas.ibge.gov.br/>).

No Paraná⁴, dados quantitativos demonstram ter havido um crescimento de 37,59% no número de municípios paranaenses entre 1980-2010 – valor muito próximo à média nacional para o mesmo período, de 39,44% –, embora o crescimento paranaense tenha alcançado taxa mais que duas vezes superior à nacional nas três décadas anteriores, evidenciando seu caráter de fronteira agrícola naquele período. Assim, meio século bastou para que o número de municípios

4 HENRICHES, J. A.; CAVALCANTE, J. P. de S.; NASCIMENTO, D. E. do. A criação de municípios no Estado do Paraná na década de 1990 sob o viés do IDH-M: uma análise exploratória. In: SEMINÁRIO NACIONAL DE PLANEJAMENTO E DESENVOLVIMENTO (SNPD), 2., 2014, Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: UDESC, 2014. Disponível em: <<http://www.eventos.ct.utfpr.edu.br/anais/snpd/pdf/snpd2014/607.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

ZORZANELLO, L. B. Reordenamento do território do Paraná pós Constituinte de 1988: análise da infraestrutura de Goioxim. In: REGIONAL STUDIES ASSOCIATION GLOBAL CONFERENCE, 2014, Fortaleza. **From vulnerable places to resilient territories: the path to sustainable development: [proceedings]**. Fortaleza: Regional Studies Association, 2014. Disponível em: <http://www.regionalstudies.org/uploads/ARTIGO_COMPLETO_REORDENAMENTO_DO_TERRITO%CC%81RIO_DO_PARANA%CC%81.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2015.

paranaenses fosse ampliado em, praticamente, 400%, ou seja, multiplicado por um fator de cinco unidades. Como resultado, a divisão política do Estado passou a contemplar 399 municípios no ano 2000, frente aos 80 existentes em 1950. Cumpre destacar que durante o período subiu de 1/8 para mais de 50% a representatividade dos municípios paranaenses com até 10.000 habitantes (alcançando 203 dos 399 municípios do Estado em 2010).

É possível atribuir o mais recente movimento emancipacionista em território brasileiro ao período pós-promulgação da Constituição de 1988, na qual o Município teve sua expressão política majorada, tendo sido elevado à condição de ente federado, em paridade formal com a União, os Estados e o Distrito Federal. Acompanhando seu recém-adquirido caráter político, os municípios também tiveram sua configuração econômica expandida, em especial pelo gradativo aumento nas porcentagens previstas para a transferência governamental constitucional da União ao Fundo de Participação dos Municípios (FPM)⁵.

5 BOUERI, R. et. al. Multiplicai-vos e crescei? FPM, emancipação e crescimento econômico municipal. In: BOUERI, R.; COSTA, M. A. (Ed.). **Brasil em desenvolvimento 2013**: Estado, planejamento e políticas públicas. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2013.

BRANDT, C. T. Impacto da criação de pequenos municípios após a Constituição de 1988 sobre a repartição de recursos do FPM. In: DANTAS, B., et. al. (Org.). **Constituição de 1988**: o Brasil de 20 anos depois – Estado e economia em vinte anos de mudanças. Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008. v. 4.

CACHATORI, T. L.; CIGOLINI, A. A. Emancipações municipais no Brasil: prognóstico sobre a continuidade da compartimentação do espaço em novos municípios. **Revista GEONORTE**, Manaus, v. 7, n. 1, p. 730-747, jun. 2013.

CIGOLINI, A. A.; CACHATORI, T. L. Análise do processo de criação de municípios no Brasil. In: COLOQUIO INTERNACIONAL DE GEOCRÍTICA: Independencias y Construcción de Estados Nacionales:

Poder, Territorialización y Socialización, Siglos XIX-XX, 12., 2012, Bogotá. **Anais...** Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Humanas, Departamento de Geografía, 2012. Disponível em: <<http://www.ub.edu/geocrit/coloquio2012/actas/11-A-Cigolini.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

ENDLICH, A. M. Escala e território: a perspectiva do município no Brasil. In: COLOQUIO INTERNACIONAL DE GEOCRÍTICA: Independencias y Construcción de Estados Nacionales: Poder, Territorialización y Socialización, Siglos XIX-XX, 12., 2012, Bogotá. **Anais...** Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Humanas, Departamento de Geografía, 2012. Disponível em: <<http://www.ub.edu/geocrit/coloquio2012/actas/11-A-Endlich.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

FAVERO, E. **Desmembramento territorial**: o processo de criação de municípios: avaliação a partir de indicadores econômicos e sociais. 278 p. Tese (Doutorado) – Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, Departamento de Engenharia de Construção Civil. São Paulo, 2004.

FONSECA, A. A criação de novos municípios no Brasil. In: SEMINÁRIO SOCIEDADE, POLÍTICA E DIREITO, 1., 2014. **Anais do...** Uberlândia: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (FADIR-UFU), 2014. Disponível em: <<https://seminariospd.files.wordpress.com/2014/07/1-fonseca-arinos-a-criac3a7c3a3o-de-novos-munic3adpios-no-brasil.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

GOMES, G. M.; MAC DOWELL, M. C. **Descentralização política, federalismo fiscal e criação de municípios**: o que é mau para o econômico nem sempre é bom para o social. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), fev. 2000. (Texto para discussão, n. 706).

HENRICHES, J. A.; CAVALCANTE, J. P. de S.; NASCIMENTO, D. E. do. A criação de municípios no Estado do Paraná na década de 1990 sob o viés do IDH-M: uma análise exploratória. In: SEMINÁRIO NACIONAL DE PLANEJAMENTO E DESENVOLVIMENTO (SNPD), 2., 2014, Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: UDESC, 2014. Disponível em: <<http://www.eventos.ct.utfpr.edu.br/anais/snpd/pdf/snpd2014/607.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

LEITE, F. L. B. **Fusão de municípios**: impactos econômicos e políticos da diminuição do número de municípios em Minas Gerais. 110 p. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) – Escola de Economia e Gestão da Universidade do Minho. Braga (Portugal), 2014.

LORENZZETTI, M. S. B. **Criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios**. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, Área de Meio Ambiente e Direito Ambiental, Organização Territorial, Desenvolvimento Urbano e Regional, Trânsito e Transportes, jul. 2003. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/arquivos-pdf/pdf/305317>>.

Assim, o melhor posicionamento político e as melhores circunstâncias econômicas garantidas aos municípios, em especial após 1988, são alguns dos fatores usualmente adotados na explicação do aprofundamento dos movimentos de emancipação municipal ocorridos em território nacional nas últimas décadas, majoritariamente pela criação de micro municípios ou municípios de pequeno porte.

3 O SISTEMA DE TRANSFERÊNCIAS E AS EMANCIPAÇÕES MUNICIPAIS - O FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS (FPM)

Apesar de, internacionalmente, a discussão sobre o tamanho do governo estar basicamente circunscrita ao debate

pdf>. Acesso em: 20 nov. 2015.

MENDES, M. Criar novos municípios é prejudicial ao país? In: BRASIL: economia e governo. Disponível em: <<http://www.brasil-economia-governo.org.br/wp-content/uploads/2013/11/criar-novos-municipios-e-prejudicial-ao-pais.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

PALONI, N. A. **O estudo de viabilidade municipal e seu impacto no desenvolvimento local**. 138 p. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito e do Estado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2008.

SACHSIDA, A.; MONASTERIO, L.; LIMA, I. M. **Criação de municípios depois do PLS 98/2002**: uma estimativa preliminar. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), dez. 2013. (Nota Técnica, n. 6).

TOMIO, F. R. de L. A criação de municípios após a Constituição de 1988. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 17, n. 48, p. 61-89, fev. 2002.

ZORZANELLO, L. B. Reordenamento do território do Paraná pós Constituinte de 1988: análise da infraestrutura de Goioxim. In: REGIONAL STUDIES ASSOCIATION GLOBAL CONFERENCE, 2014, Fortaleza. **From vulnerable places to resilient territories**: the path to sustainable development: [proceedings]. Fortaleza: Regional Studies Association, 2014. Disponível em: <http://www.regionalstudies.org/uploads/ARTIGO_COMPLETO_REORDENAMENTO_DO_TERRITO%CC%81RIO_DO_PARANA%CC%81.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2015.

entre eficiência econômica e tratamento de preferências sociais heterogêneas, há uma forte hipótese entre os estudiosos do tema de que a intensidade da onda emancipatória brasileira deriva em grande medida do sistema de transferências moldado pelo ordenamento jurídico nacional. Neste sentido, identifica-se nas regras do Fundo de Participação dos Municípios (FPM) um importante fator de incentivo à criação de pequenos municípios⁶.

O FPM foi regulamentado pela Lei nº 5.172/1966 (Código Tributário Nacional - CTN), legislação posteriormente recepcionada pela Constituição de 1967. No mesmo ano, o Ato Complementar nº 35 alterou a redação do artigo 91 do CTN, criando a segmentação dos recursos do Fundo entre FPM-Capitais e FPM-Interior. Posteriormente, em 1981, o Decreto-Lei nº 1.881 criou uma terceira segmentação do FPM, intitulada de Reserva, originalmente destinada aos municípios, que

-
- 6 BOUERI, R. et. al. Multiplicai-vos e crescei? FPM, emancipação e crescimento econômico municipal. In: BOUERI, R.; COSTA, M. A. (Ed.). **Brasil em desenvolvimento 2013**: Estado, planejamento e políticas públicas. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2013.
- BRANDT, C. T. Impacto da criação de pequenos municípios após a Constituição de 1988 sobre a repartição de recursos do FPM. In: DANTAS, B., et. al. (Org.). **Constituição de 1988: o Brasil de 20 anos depois – Estado e economia em vinte anos de mudanças**. Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008. v. 4.
- MENDES, M. Criar novos municípios é prejudicial ao país? In: BRASIL: economia e governo. Disponível em: <<http://www.brasil-economia-governo.org.br/wp-content/uploads/2013/11/criar-novos-municipios-e-prejudicial-ao-pais.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2015.
- SACHSIDA, A.; MONASTERIO, L.; LIMA, I. M. **Criação de municípios depois do PLS 98/2002**: uma estimativa preliminar. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), dez. 2013. (Nota Técnica, n. 6).
- TOMIO, F. R. de L. A criação de municípios após a Constituição de 1988. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 17, n. 48, p. 61-89, fev. 2002.

não Capitais, com população superior a 156.216 habitantes. A tripartição do FPM permanece vigente até os dias atuais, e a repartição de seus recursos ocorre na magnitude relativa de 10% para o FPM-Capital, 86,4% para o FPM-Interior e 3,6% para o FPM-Reserva.

Todavia, a regra de distribuição dos recursos do FPM-Interior parece produzir duas grandes distorções que beneficiam municípios de menor escala populacional. Em primeiro lugar, tem-se que as cotas de recebimento crescem menos que proporcionalmente ao crescimento populacional. Em segundo lugar, dado que os coeficientes são fixos por faixa populacional, mesmo dentro de cada faixa os municípios menos populosos serão favorecidos por maior recebimento *per capita*.

Por exemplo, caso um município com população original de 10 mil habitantes seja dividido em quatro municípios de igual população, o FPM-Interior recebido por cada um destes será igual ao anteriormente recebido, de modo isolado, pelo município-mãe.

Isto ocorre porque a primeira faixa populacional confere o mesmo coeficiente relativo para qualquer município com menos de 10.189 habitantes. Conseqüentemente, os menores municípios são beneficiados em termos de recebimento do FPM *per capita*, um fortíssimo incentivo para a proposição de novas emancipações municipais de micro e pequenos municípios – que, como vimos, representam a imensa (e historicamente crescente) maioria dos municípios brasileiros.

Assim, apesar de a Constituição de 1988 ter concedido maior autonomia política aos municípios e elevado a participação relativa destes no total da destinação dos recursos públicos nacionais, isto se deu de modo estritamente favorá-

vel aos municípios com menores contingentes populacionais, menor dinamismo econômico, menor capacidade de geração de receitas tributárias próprias e maior grau de dependência das transferências governamentais para a sustentabilidade intertemporal da estrutura de governo do município.

Em outras palavras, a manutenção da atual estrutura e dos atuais critérios vigentes de redistribuição de recursos, em especial do FPM, privilegia os menores municípios e, conseqüentemente, a permanência de um cenário geopolítico diluído entre inúmeras unidades municipais dotadas de autonomia política, porém sem real autonomia econômica para a manutenção e sustentabilidade da gestão pública local de longo prazo.

Como se não bastasse a gravidade do cenário acima delineado, acrescente-se o fato de que as estatísticas sugerem que micro e pequenos municípios são geralmente caracterizados por níveis mais baixos de desenvolvimento humano integrado, tanto em termos absolutos como relativos.

4 VIABILIDADE MUNICIPAL E CRIAÇÃO DE MUNICÍPIOS NO ESTADO DO PARANÁ

Em termos gerais, as evidências apontam que à medida que aumenta o tamanho do município, aumenta o valor agregado de produção territorialmente circunscrita. Corroborando o que já se encontrou em estudo feito em relação ao Estado de Minas Gerais⁷, na análise dos municípios paranaenses os municípios com menor densidade populacional (com

7 LEITE, F. L. B. **Fusão de municípios**: impactos econômicos e políticos da diminuição do número de municípios em Minas Gerais. 110 p. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) – Escola de Economia e Gestão da Universidade do Minho. Braga (Portugal), 2014.

população menor ou igual a 10 mil habitantes) apresentam um PIB *per capita* menor e, conseqüentemente, um menor grau de desenvolvimento econômico sob a ótica do valor agregado de produção. Por conseguinte, espera-se que a capacidade de geração de receitas próprias seja também inferior nos municípios de menor escala.

A receita tributária representa a soma da receita com os impostos (IPTU, ISS, ITBI), Taxas e Contribuições de Melhoria e, neste quesito, os municípios com menor população possuem uma capacidade de arrecadação consideravelmente inferior, se comparada à dos municípios mais densamente povoados.

Em suma, a análise da composição econômico-fiscal nos municípios paranaenses, sob o prisma da arrecadação tributária, permite-nos constatar que a receita tributária própria cresce com a população do município, o que significa que o potencial de geração de receita própria concentra-se nos grandes centros e nas regiões mais economicamente desenvolvidas.

Já o comportamento da despesa mostra-se bastante peculiar.

A despesa total *per capita* revela-se elevada nos municípios com população inferior a 10 mil habitantes, cai nos municípios de população média, e volta a subir nos municípios mais populosos. Aqui se apresenta a curva em “U” identificada na literatura, o que pode indicar economias de escala, em relação aos componentes da despesa pública, nos municípios com populações intermediárias.

Em outras palavras, haveria economias de escala nos municípios com população intermediária, e deseconomias de es-

cala nos municípios de contingente populacional baixo ou alto.

Ao se analisar a despesa pública por função, o dispêndio *per capita* efetivado com o custeio da administração pública (envolvendo pessoal, material de consumo, serviços de terceiros e encargos diversos) revela-se elevado nos municípios com população inferior a 10 mil habitantes, ultrapassando inclusive o custo administrativo de Curitiba.

Também a despesa *per capita* com o Legislativo se mostra desproporcionalmente maior nos municípios com menos de 10 mil habitantes e esta mesma figura se repete na assistência social e no transporte.

Nas áreas da saúde e da educação se apresentam novamente as curvas em “U” identificadas na literatura, o que pode denotar economias de escala nos municípios com populações intermediárias.

Especificamente no que diz respeito à educação, os Indicadores de Desempenho da Gestão Municipal, desenvolvidos pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná, mostram que apesar da eficácia das redes municipais de ensino⁸ ser crescente em relação ao porte demográfico, a despesa por aluno apresenta o comportamento de curva em “U” relatada pela literatura, com os municípios de médio porte alcançando a maior média no índice de eficiência.

5 CONCLUSÃO

Os movimentos emancipatórios, tanto no Brasil quanto no Paraná, não foram equitativamente distribuídos entre as diferentes escalas municipais e se concentraram na criação

8 A eficácia das redes municipais de ensino é aqui interpretada como o grau de atingimento das metas do Plano Nacional de Educação.

de municípios com baixo contingente populacional.

As transferências provenientes do governo central enquadram-se como as principais fontes de recursos para os governos locais e, dentre as principais transferências, destaca-se o Fundo de Participação dos Municípios (FPM). Todavia, ao privilegiar excessivamente os municípios de pequena população, o FPM pode ter induzido um comportamento estratégico que favoreceu um amplo movimento de divisão municipal para gerar municípios com menos de 10 mil habitantes, enquadráveis na cota mínima do FPM e, portanto, elegíveis para o recebimento de altas transferências *per capita*.

Considerando-se a literatura nacional e internacional sobre o tema e os indícios quantitativos trazidos no Relatório do Estudo de Viabilidade Municipal do TCE-PR, o que se pode afirmar com relativa segurança é que, apesar dos argumentos sobre economias de escala ou déficits democráticos não serem absolutos, municípios com população inferior a 5.000 habitantes podem não apresentar condições de receber significantes responsabilidades públicas.

Isto reforça a importância da discussão sobre emancipação de municípios, bem como sobre a própria necessidade de se considerar a possibilidade de consolidação (fusão) de municípios. Especialmente, a fusão de municípios pode se apresentar como alternativa viável uma vez que os dados estatísticos sugerem potenciais ganhos de escala com o aumento da população, além de possível redução de cargos políticos, aumento da poupança para os cofres públicos e maior independência financeira e dinamismo econômico municipal.

Por fim, há necessidade de iniciar um debate nacional que possibilite aclarar e objetivar os critérios legais de defini-

ção dos Estudos de Viabilidade Municipal⁹ e que promova a preparação das instituições, sob a forma de dados estatísticos e também de suporte técnico e financeiro, para uma eventual retomada do processo de emancipações e, quiçá, também, de consolidações, de forma que seja buscada, como meta fundamental, a melhor configuração de prestação de serviços públicos aos cidadãos.

9 PALONI, N. A. **O estudo de viabilidade municipal e seu impacto no desenvolvimento local**. 138 p. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito e do Estado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2008.

ATOS DE PESSOAL



A ACUMULAÇÃO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES PÚBLICAS E A ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS E PENSÕES

BRIGUET, Magadar Rosália Costa¹

Tema bastante analisado e debatido no âmbito dos entes federados e dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos é o relativo a acumulação de cargos, empregos e funções públicas e a acumulação de proventos e pensões.

Não obstante as Constituições da República anteriores tenham disposto sobre a matéria, nem sempre de forma uniforme, a Constituição Federal de 1988 e as emendas constitucionais produzidas posteriormente a disciplinaram de forma abrangente, colhendo várias situações funcionais, inclusive dos aposentados e dos pensionistas.

Dada a amplitude do tema, circunscreveremos neste artigo os aspectos relevantes com que se defrontam os entes federados, em especial, os gestores dos regimes próprios, onde afinal, por falta de controle das situações de acumulação de cargos, empregos e funções públicas, as situações de ilicitude são detectadas, por ocasião da concessão das aposentadorias ou das pensões.

Na Constituição Federal de 1988, a regra estabelecida no art. 37, incisos XVI e XVII, é a da inacumulabilidade de cargos, empregos e funções, com algumas exceções, dentre as quais se destacam:

1 Procuradora do Município de São Paulo aposentada, Ex-assessora do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, Consultora da APEPREM e da ABIPEM, professora e advogada.

- Dois cargos de professor;
- Um cargo de professor com outro técnico ou científico;
- Dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas².

A proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público.

As regras de exceção restringem a acumulação a duas situações, sendo vedada a acumulação tríplice, consoante jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal.

A esse respeito, é clara a ementa do seguinte acórdão:

EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CUMULAÇÃO TRÍPLICE. VENCIMENTOS E DOIS PROVENTOS. CARGOS DE MÉDICO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO.

O Supremo Tribunal Federal entende que somente se admite a acumulação de proventos e vencimentos quando se tratar de cargos, empregos ou funções acumuláveis na atividade.

Incabível, portanto, a acumulação de dois proventos de inatividade com vencimentos de cargo efetivo, uma vez que a vedação à cumulação de três cargos ou empregos de médico já existia quando o servidor se encontrava na ativa.

Agravo regimental improvido. (STF RE

2 A Constituição admite como exceções também: cargo de Magistrado e do Magistério (art. 95, parágrafo único, 5º, inciso I), Ministério Público (art.128, §5º., inciso II, alínea d), Vereador com cargo, emprego, função pública (art. 38, III).

613399, 2ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 27.08.2012)

Como pré-condição ao exame das situações de exceção, tem-se a compatibilidade de horário. Significa dizer que o servidor não pode exercer duas atividades, em regime de acumulação lícita, cujos horários sejam superpostos.

Nesse aspecto, surge a indagação de ser ou não possível estabelecer-se, em lei, período mínimo que deve existir entre o exercício de uma e outra função.

1 A LEI PODE ESTABELECEER INTERVALO MÍNIMO ENTRE AS JORNADAS DAS SITUAÇÕES ACUMULADAS?

As peculiaridades do exercício de cada cargo, emprego ou função pública, devem ser respeitadas pela Administração Pública, de maneira que é irrazoável supor que a lei possa alcançar todas as situações regulares de acumulação. Períodos mínimos fixados previamente podem constituir excesso para certas situações funcionais, onde a acumulação (dois cargos de professor, por ex.) é exercida no mesmo local de trabalho.

Nesse sentido, encontra-se a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra lei municipal que estabelecia o intervalo mínimo entre jornadas de trabalho em regime de acumulação de cargos:

Arguição de inconstitucionalidade, incidental em mandado de segurança. Artigo 19, da Lei Complementar nº 317/2010, do município de Dracena, que estabelece o intervalo mínimo de uma hora entre uma e outra jornada de trabalho, quando haja acumulação de cargos públicos. 1. Dispositivo que

afronta a norma constitucional insculpida no artigo 37, XVI, da CF, reproduzida no artigo 115, XVIII, da Constituição Estadual, onde a única exigência para a acumulação de cargos públicos é a “compatibilidade de horários”, permissivo que deve ser interpretado tendo em conta o princípio da razoabilidade. Precedentes desta Corte e do STF. 2. Não é dado ao legislador infraconstitucional interpretar ou, a pretexto de suprir lacunas não existentes, legislar em suposto complemento à norma constitucional de eficácia plena. 3. Acolheram a arguição, para o fim de declarar a inconstitucionalidade do artigo 19, da Lei Complementar nº 317/2010, do município de Dracena. (P. 0006936-56.2014.8.26;0000 – Arguição de Inconstitucionalidade, Órgão Especial, j. 06.08.2014)

2 E NO CASO DE LEI QUE FIXA O LIMITE MÁXIMO DE JORNADAS EM REGIME DE ACUMULAÇÃO?

Seria a questão matéria de relevante interesse para o ente federado, que, no uso de sua autonomia, para legislar sobre o regime jurídico de seus servidores, teria competência para dispor sobre esse aspecto?

Versando sobre a compatibilidade de horário, colocasse a dúvida quanto à constitucionalidade, ou não, das leis de alguns dos entes federados que fixam o limite de jornada de trabalho em acumulação lícita de cargos. Em outras palavras: a compatibilidade de horário abrange limite de jornada?

Embora em nível administrativo interno³, defenda-se o entendimento de que é possível estabelecer-se limite de

3 Parecer GQ 145/AGU/98 e Parecer AC 54/2006 e nota nº. 114/2010/DECOR/CGU/AGU.

jornada de sessenta horas semanais de trabalho, o Supremo Tribunal Federal, em decisões que negam a admissibilidade de recurso extraordinário, tem-se reportado ao entendimento segundo o qual não é possível tal limitação, ao argumento de que a Constituição Federal não contém tal restrição.

Confira-se a seguinte decisão:

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS RECONHECIDA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. REGULARIDADE CONSTITUCIONAL DE ACUMULAÇÃO. PODER REGULAMENTAR. CRIAÇÃO DE NOVA REGRA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF. Precedentes. II – Impossibilidade de se criar regra não prevista no texto da Constituição Federal, a pretexto de regulamentar dispositivo constitucional. III - Agravo regimental improvido (RE 565917-AgR/GO, Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, Dje. 10.11.2010)⁴

No Superior Tribunal de Justiça, as decisões estão proferidas num e noutro sentido.

Favoravelmente, encontra-se a decisão assim ementada⁵:

4 Nesse mesmo sentido: RE 633298 AgR/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, j. 13.12.2011; AI 835.129/AM, Rel. Min. Cármen Lúcia; AI 833.664/RJ, Rel. Min. Ayres Britto; RE 634.984/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes; AI 752.240/RJ, Min. Ricardo Lewandowski.

5 Em contraponto: AgRg no RMS 43396/AP, relatoria do mesmo Ministro, decisão publicada no DJe de 25.09.2014.

É vedada a acumulação de um cargo de professor com outro técnico ou científico o quando a jornada de trabalho semanal ultrapassar o limite máximo de sessenta horas semanais. A Primeira Seção do STJ reconheceu a impossibilidade de cumulação de cargos de profissionais da área de saúde quando a jornada de trabalho superar sessenta horas semanais. Isso porque, apesar de a CF permitir a acumulação de dois cargos públicos privativos de profissionais de saúde, deve haver, além da compatibilidade de horários, observância ao princípio constitucional da eficiência, o que significa que o servidor deve gozar de boas condições físicas e mentais para exercer suas atribuições (MS 19.300-DF, DJe 18/12/2014). Nessa ordem de ideias, não é possível a acumulação de dois cargos públicos quando a jornada de trabalho semanal ultrapassar o limite máximo de sessenta horas.(REsp 1.565.429-SE, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 24/11/2015, DJe 4/2/2016) (g.n.)

Outro ponto importante é com a restrição estipulada pela lei federal disciplinadora do exercício de determinadas profissões. É o caso dos limites estabelecidos para jornadas de trabalho em atividades nocivas à saúde, por ex. Técnico em Radiologia, sob o fundamento de proteção à saúde do trabalhador, consistente em não poder exercer atividade nociva à saúde além da jornada fixada pelo legislador federal.

O Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento de que a acumulação de dois cargos técnicos em radiologia fere o disposto no art. 14 da Lei 7.394/1985, porque a carga horária máxima da profissão está limitada em 24 horas semanais⁶.

6 AgRg no AREsp 341145/SC, 1ª T., Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe. 18.02.2014; AgRg no Resp 823913/RS, 6ª T., Min. Maria Thereza Assis

Questão não resolvida pelas instâncias superiores é quanto à possibilidade de **o equipamento de proteção individual (EPI) neutralizar ou eliminar a ação do agente nocivo (radiação) e, assim, impedir até mesmo o acesso dos referidos profissionais à aposentadoria especial.** Ainda nesses casos, estaria o profissional impedido de exercer os cargos acumuláveis?

Com efeito, consoante já decidiu o STF em recurso extraordinário⁷, com repercussão geral reconhecida, nos casos em que o EPI, comprovadamente, neutraliza ou mesmo elide a ação dos agentes nocivos à saúde ou integridade física do segurado previdenciário, não se justifica a aposentadoria especial.

Nesse passo, estando devidamente protegido poderia o servidor acumular os cargos da espécie.

3 AS ENTIDADES E FUNÇÕES PÚBLICAS ABRANGIDAS NA REGRA DE INACUMULABILIDADE

Outro aspecto sobre o qual há intenso debate é quanto às entidades ou entes envolvidos, ou se a acumulação é admitida em entes diversos. Há quem defenda que é possível a acumulação de cargos em nível municipal, sem prejuízo de outras funções ou empregos públicos exercidos em estatais ou outros entes federados. A nosso ver, são vozes isoladas.

A regra de acumulação de cargos públicos é obrigatória para todos os entes da federação (União, Estados, DF e Municípios), abrange a Administração Direta e Indireta (as autarquias, fundações públicas, empresas públicas e socie-

Moura, Dje 21.06.2010; AgRg no Aresp 138186/PE, 2ª T. Ministro Herman Benjamin, Dje. 19.12.2012.

7 ARE (AgR em RE) 664335/SC, Pleno, Min. Rel. Luiz Fux, j. 4.12.2014.

dades de economia mista, inclusive suas subsidiárias as entidades controladas direta e indiretamente pelo Poder Público).

Justifica-se a regra de vedação à acumulação, em razão do princípio constitucional de pleno acesso dos cidadãos brasileiros aos cargos, empregos e funções públicas (art.37, inciso I) e o fim pretendido que é de *impedir que um mesmo cidadão passe a ocupar vários lugares ou a exercer várias funções sem que as possa desempenhar proficientemente, embora percebendo integralmente os respectivos vencimentos*⁸.

À evidência, as exceções à regra geral são admitidas, à consideração de que objetivam alcançar as áreas-fins da Administração, em especial, saúde e educação, ou para melhor aproveitamento da capacidade técnica ou científica de determinados profissionais (professor com cargo técnico ou científico), onde a carência de profissionais é significativa. O que sobreleva, portanto, é o atingimento das necessidades públicas, daí o legislador constituinte ter expressamente previsto as exceções à regra geral.

Sobre as entidades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público, cite-se a decisão proferida pelo STF, cuja ementa é a seguinte:

Ementa: Sociedade controlada pelo Poder Público. Acumulação de cargos públicos: vedação: CF, art. 37, XVII . O art. 37, XVII , da Constituição Federal assimila às sociedades de economia mista - para o efeito da vedação de acumulações - as “controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público”, independentemente de terem sido “criadas por lei”. Precedente: RMS 24.249,

8 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 410.

1ª T., 14.9.2004, Eros Grau, DJ 3.6.2005.
(AgR no RE 228923/RS, 1ª Turma, Min.
Sepúlveda Pertence, p. 19.05.2006)

Importante ressaltar que as regras de exceção abrangem cargos efetivos (regime estatutário), empregos públicos permanentes ou temporários (sob regime da CLT) e funções públicas (regime administrativo para a contratação temporária, por ex., disciplinada pelo art. 37, IX, da CF). Portanto, não tem acolhida a assertiva de que pode o servidor titular de cargo efetivo (fora das exceções previstas) acumular com função de temporário, no mesmo ou ente diverso, sob a alegação de que são duas situações vinculadas a regimes de trabalho diversos.

4 A REGRA DE EXCEÇÃO: PROFESSOR COM CARGO TÉCNICO OU CIENTÍFICO

Para fins de acumulação, o Superior Tribunal de Justiça sedimentou seu entendimento no sentido de que cargo técnico “é o conjunto de atribuições cuja execução tem por finalidade investigação coordenada e sistematizada de fatos, predominantemente de especulação, visando a ampliar o conhecimento humano”⁹.

Pode-se concluir que **cargo técnico** é aquele que requer uma habilitação especial para o seu exercício, ou seja, exige conhecimentos profissionais especializados para seu desempenho, com a utilização de métodos organizados que dependem de conhecimento científico. Contrapõe-se à noção de função eminentemente burocrática e rotineira, não sendo necessária a formação em nível superior.

9 RMS 7.550/PB, 6.ª Turma, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ de 2/3/1998. Nesse sentido: AgInt no RMS 49835/AC, 2ª T, Min. Herman Benjamin, DJe. 27.05.2016.

Com relação ao **cargo científico**, a identificação é de mais fácil apuração, pois é aquele que requer a habilitação de pessoa em nível superior, ou seja, conhecimentos especializados que exigem profissional habilitado em determinado mister.

Nessa direção, encontra-se sedimentada orientação do Superior Tribunal de Justiça¹⁰.

O que se recomenda é que a Administração trace procedimentos administrativos para o exame da acumulação de cargo de professor, especialmente com cargo técnico, levando em consideração os seguintes elementos:

- análise da lei que criou os cargos, forma de provimento (habilitação requerida) e suas atribuições legais;
- exame da estrutura organizacional, onde se enquadre o cargo técnico e os métodos administrativos empregados na execução das respectivas funções;
- a palavra técnico na denominação não prevalece se as atribuições do cargo forem meramente burocráticas ou rotineiras.

5 A ACUMULAÇÃO DE DOIS CARGOS EFETIVOS COM CARGO EM COMISSÃO

Não há na Carta Constitucional preceptivo específico com relação ao exercício de cargo em comissão pelo servidor que acumula licitamente cargos públicos.

¹⁰ RMS 42392/AC, 2ª T, Min. Herman Benjamin, DJe 19.03.2015; RMS 39157/GO, 2ª T., Min. Herman Benjamin, DJe 07.03.2013; RMS 32.031/AC, 1ª Turma, Min. Teori Zavascki, Dje 24.11.2011; RMS 28644/AP, Min. Laurita Vaz, 5ª T. DJe. 19.12.2011; RMS/RS, 20033, 5ª T. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe. 12.03.2007.

É certo que a jurisprudência de nossos Tribunais resta assentada no sentido de que é inviável a tríplice acumulação no serviço público, ou seja, o servidor não pode receber três vezes do erário público, ainda que haja compatibilidade de horário¹¹.

Entretanto, é possível afirmar que em regime de acumulação lícita de cargos, empregos ou funções, se o servidor for nomeado para o exercício de cargo em comissão, poderá ele afastar-se de um, ou de ambos os cargos licitamente acumulados. Se exercer o cargo em comissão e o outro cargo, deverá restar demonstrada sempre a compatibilidade de horário entre ambos.

Não se trata de elidir a acumulação ilícita, mas de permitir que aquele que acumula licitamente, possa exercer cargo em comissão.

Assim é que a Lei federal 8.112/90, que instituiu o regime jurídico único para os servidores federais, contém norma específica prevendo essa situação.

Art. 120. O servidor vinculado ao regime desta Lei, que acumular licitamente dois cargos efetivos, quando investido em cargo de provimento em comissão, ficará afastado de ambos os cargos efetivos, salvo na hipótese em que houver compatibilidade de horário e local com o exercício de um deles, declarada pelas autoridades máximas dos órgãos ou entidades envolvidos. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

11 STF; RE 141376/RJ, 2ª T, Rel. Min. Néri da Silveira, j.02.10.2001.

Portanto, em nível federal, há determinação legal que afasta o servidor das funções dos cargos efetivos para exercer as funções do cargo comissionado, sendo destinada ao servidor detentor de dois cargos públicos efetivos, licitamente acumuláveis, quando nomeado para cargo comissionado.

De se dizer que o Decreto do Estado de São Paulo de nº 41.915, de 2 de julho de 1997, prevê, no art. 9º, a possibilidade de o servidor em regime de acumulação remunerada, quando nomeado para cargo em comissão, designado como substituto ou responsável por cargo vago ou, ainda, para exercício de função retribuída mediante “pro labore”, poderá demonstrar que, considerada a nova situação, pelo menos em relação a um dos cargos acumulados, preenche os requisitos de regularidade da acumulação pretendida, nos termos do decreto.

Hely Lopes Meirelles enfatiza que a proibição

de acumular, sendo uma restrição de direito, não pode ser interpretada ampliativamente. Assim, como veda a acumulação remunerada, inexistem óbices constitucionais à acumulação de cargos, funções ou empregos do serviço público **desde que o servidor seja remunerado apenas pelo exercício de uma das atividades acumuladas** (g.n.)¹².

O doutrinador cita, em nota de rodapé, que a designação de funcionário para acumular funções de outro cargo por falta ou impedimento de seu titular, com a faculdade de opção pela maior remuneração, é expediente corriqueiro na Administração.

No mesmo sentido Maria Sylvia Zanella di Pietro afirma que

¹² *Op. cit.* p. 411.

é importante assinalar que a vedação só existe quando ambos os cargos, empregos ou funções forem remunerados. As exceções somente admitem **dois** cargos, empregos ou funções, inexistindo qualquer hipótese de tríplice acumulação, **a não ser que uma das funções não seja remunerada.** (g.n.)¹³.

Bem se vê, portanto, que não há inconstitucionalidade na medida autorizada pela lei federal e decreto estadual, pelo que seus respectivos dispositivos estão regulares e podem ser aplicados, por analogia, consoante prevê a LICC (atualmente LINDB)¹⁴.

Não havendo inconstitucionalidade na situação versada neste tópico, os entes federativos poderão disciplinar a matéria expedindo regulamento específico, cabendo lembrar que, nesses casos, o servidor deverá manter as contribuições previdenciárias referentes aos dois cargos efetivos titularizados.

No que se refere à contagem de tempo de efetivo serviço público, tempo de carreira e tempo no cargo efetivo, o servidor deverá expressamente indicar para qual dos cargos essas contagens serão destinadas, porque elas não poderão ser computadas concomitantemente nos dois cargos, ainda que mediante fracionamento.

Por certo, consoante já definiu a jurisprudência, a contagem de tempo de serviço, para fins de averbação no serviço público, *deve observar o número de dias trabalhados e não as horas em que o trabalhador laborou naquele dia, sendo des-*

13 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 451.

14 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.

necessário observar, ainda, se o trabalho se deu em uma ou mais empresas¹⁵(ou situações).

6 A LICENÇA SEM VENCIMENTOS PARA TRATAR DE INTERESSES PARTICULARES E O ACÚMULO DE CARGOS (LIP)

Não menos importante, para o tema em debate, é a definição quanto aos efeitos da licença sem vencimentos (LIP) obtida pelo servidor para impedir a ocorrência de acumulação ilícita.

Muitos órgãos públicos, diante da situação de servidor efetivo que, após lograr êxito em concurso público, intenta investir-se no novo cargo efetivo, aceitam a licença sem vencimentos do cargo inacumulável com o novo.

O Tribunal de Contas da União sumulou a matéria no sentido de inadmitir o afastamento sem vencimentos para afastar o acúmulo ilícito de cargos.

Súmula 246:

O fato de o servidor licenciar-se, sem vencimentos, do cargo público ou emprego que exerça em órgão ou entidade da administração direta ou indireta não o habilita a tomar posse em outro cargo ou emprego público, sem incidir no exercício cumulativo vedado pelo artigo 37 da Constituição Federal, pois que o instituto da acumulação de cargos se dirige à titularidade de cargos, empregos e funções públicas, e não apenas à percepção de vantagens pecuniárias.

A jurisprudência, porém, dos Tribunais Federais divergem desse entendimento.

15 STJ: RMS 18911/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T, Dje 19.10.2009.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, localizam-se algumas decisões no sentido de que o afastamento sem vencimentos é irrelevante para fins de acumulação, pois a sua fruição não descaracteriza o vínculo jurídico com o servidor:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CUMULAÇÃO DE PROVENTOS COM VENCIMENTOS. ART. 11 DA EC Nº 20/98. INAPLICABILIDADE. 1. As recorrentes pretendem continuar recebendo, cumulativamente, os proventos de aposentadoria com os vencimentos do cargo da ativa. Alegam que foram beneficiadas pela exceção criada no art. 11 da EC 20/98. 2. A EC 20/98 vedou a percepção simultânea de proventos de aposentadoria com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição. Por outro lado, reconheceu o direito daqueles servidores aposentados que, até a data da promulgação dessa emenda, retornaram à atividade. 3. Não é o caso das recorrentes. Elas não ingressaram novamente no serviço público, mas ocuparam indevidamente dois cargos públicos em atividade. Embora não recebessem os vencimentos de um deles, pois gozaram de sucessivas licenças para tratar de interesse particular, tal circunstância não as torna beneficiárias da referida regra transitória. O gozo de licença não descaracteriza o vínculo jurídico do servidor com a Administração. 4. Recurso extraordinário conhecido e improvido. (RE 382389/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe. 17.03.2006)

Nessa mesma trilha, estão assentadas outras decisões

da Excelsa Corte¹⁶.

Entretanto, decisões monocráticas mais recentes do STF, embora afastem a admissibilidade e julgamento do recurso extraordinário, têm assinalado que *o fato de o servidor estar em gozo de licença sem vencimentos legalmente prevista e concedida para tratar de assuntos particulares não suspende, interrompe ou extingue o vínculo jurídico-funcional com a Administração, mas faz desaparecer o óbice constitucional, visto que fica afastada a percepção de remuneração e, portanto, excluído o fato que enseja a proibição*¹⁷.

Aspecto que merece observação é o fato de que, se o afastamento sem vencimentos, do exercício de um cargo público, não suspende, interrompe ou extingue o vínculo jurídico-funcional, também é certo dizer que os mesmos efeitos são produzidos em relação ao vínculo previdenciário, de sorte que, em caso de acometimento de doença grave que incapacite o servidor para o exercício da função pública ou de sua morte, seus benefícios previdenciários deverão ser garantidos pelo respectivo regime ao qual se encontra submetido.

Seria lícito, então, ao servidor (ou seus dependentes) receber benefício previdenciário das duas fontes (dois regimes próprios) aos quais está legalmente submetido? Nesse caso, deveria o interessado optar pela situação mais vantajosa, já que em atividade as duas funções públicas seriam ilícitas?

16 RE 496246/CE, Min. Carmen Lúcia, Dj. 26.09.2006; RE 399475/DF, Min. Eros Grau, Dj. 14.09.2005 (julgamento com fundamento no art. 557, § 1º, A, do antigo CPC); RMS 24347/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, Dj. 04.04.2003.

17 ARE 795388/SE, Min. Roberto Barroso, DJe. 02.06.2014.

7 ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS E PENSÕES

Dois dispositivos constitucionais introduzidos pela EC 20, de 1998, restringem a acumulação de proventos de aposentadoria: o primeiro com relação à aposentadorias na forma do art. 40, 42 e 142, com vencimentos de cargo eletivo, cargo em comissão, ou cargos acumuláveis constitucionalmente¹⁸.

O segundo praticamente reforça o primeiro no sentido de que somente se admite uma aposentadoria à conta do RPPS, ressalvadas as situações lícitas de acumulação.

Observe-se que na proibição do § 10 do art. 37 estão incluídos os militares, inclusive das forças armadas, de sorte que, a partir da edição da EC 20/98, o militar (incluídos os policiais militares e os bombeiros militares, dos Estados, DF e dos territórios¹⁹ e os membros das forças armadas) em inatividade não pode ingressar no serviço público para provimento de cargo efetivo.

Quanto aos cargos acumuláveis na atividade, há permissão para a acumulação de proventos e vencimentos.

Com relação à acumulação de proventos de duas aposentadorias com os vencimentos de cargo público, ainda que proveniente de aprovação em concurso público antes da EC 20/1998, não é permitida²⁰.

18 § 10, art. 37: É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. § 6º, art. 40: Ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma desta Constituição, é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime de previdência previsto neste artigo.

19 A CF 88 extinguiu todos os territórios existentes no Brasil.

20 STF: AI 479.810-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ de 3.2.2006; RE 595.713-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe de 10.3.2011.

O § 6º. do art. 40 limita a acumulação de proventos de aposentadoria, nos regimes próprios, exclusivamente às situações de acumulação constitucionalmente permitidas.

São as seguintes as hipóteses possíveis de acumulação de proventos:

- 1) dois proventos de professor;
- 2) dois proventos de médico ou de profissionais da saúde (atividades regulamentadas);
- 3) um de professor e um técnico ou científico (ex. contador);
- 4) proventos e subsídio de cargo eletivo (ex. servidor aposentado e Prefeito²¹);
- 5) proventos e remuneração de cargo em comissão;
- 6) proventos de juiz e professor;
- 7) proventos de promotor e professor;
- 8) proventos do regime antigo com cargo novo até 16.12.98 (art. 11 da EC 20);
- 9) proventos do regime novo com o do art. 201 (RGPS);
- 10) proventos do regime antigo com o do art. 201 (RGPS).

Nessas mesmas situações, podem ser acumulados os proventos de aposentadoria nos dois cargos, exceto em re-

21 Os agentes políticos foram incluídos no RGPS pela Lei 9.506/97. Entretanto, essa lei teve sua inconstitucionalidade declarada no RE 351717/PR, tendo sua execução suspensa pela resolução do senado nº. 26/2005. A partir da EC 20/98, o art. 195, II, da Constituição passou a abranger no regime geral, outros segurados da previdência social. A lei 10.887/2004, art. 11, alterou o art. 12 da Lei 8.212/91, acrescentando a alínea j, para incluir no RGPS o exercente de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social (ou seja, não seja servidor efetivo).

lação ao item 8, qual seja, servidor que estava aposentado e que ingressou em novo cargo efetivo até 16.12.98. É o quanto dispõe o art. 11 da EC 20, de 1998.

Na hipótese de aposentado enquadrado no art. 11, a segunda aposentadoria ficou-lhe vedada, pela parte final do dispositivo.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal confirmou o comando do dispositivo, especialmente no julgamento de recurso extraordinário, cuja ementa está vazada nos seguintes termos²²:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DUPLA ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS. EC 20/98. IMPOSSIBILIDADE. 1. Servidora aposentada que reingressou no serviço público, acumulando proventos com vencimentos até a sua aposentadoria, quando passou a receber dois proventos. 2. Conforme assentado pelo Plenário no julgamento do RE 163.204, mesmo antes da citada emenda constitucional, já era proibida a acumulação de cargos públicos. Pouco importava se o servidor estava na ativa ou aposentado nesses cargos, salvo as exceções previstas na própria Constituição. 3. Entendimento que se tornou expresso com a Emenda Constitucional 20/98, que preservou a situação daqueles servidores que retornaram ao serviço público antes da sua promulgação, nos termos do art. 11. 4. A pretensão ora deduzida, dupla acumulação de proventos, foi expressamente vedada no citado art. 11, além de não ter sido aceita pela jurisprudência desta Corte, sob a égide da CF/88. 5. Recurso extraordinário

²² No mesmo sentido: MS 28711AgR/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 21.09.2012; RE 249355/AgR/RS, 1ª Turma, DJ 05.12.2013.

conhecido e improvido (RE 463028/RS, 2ª T., Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 10.03.2006)

A vedação contida no referido art. 11, entretanto, não alcança os militares de que tratam os artigos 42²³ e os membros das Forças Armadas previstos no art. 142 da Constituição Federal, conforme assentado pelo Supremo Tribunal Federal²⁴.

Enfatize-se, também, que a percepção das duas pensões legadas pelo servidor nas situações do art. 11 da EC 20/98 foi negada, pelo STF, aos seus dependentes, ao argumento de que se não poderia o servidor obter proventos de aposentadoria na hipótese do referido dispositivo, por igual razão não haveria de o seu dependente receber as duas pensões decorrentes dessa acumulação, uma vez que o art. 40, § 7º, da Constituição subordina tal benefício ao valor dos proventos a que o servidor faria jus²⁵.

No tocante à acumulação de proventos de aposentadoria concedida pelo RGPS e cargo, emprego ou função pública, não há óbice constitucional²⁶.

23 Art. 42: policial militar e bombeiros militares, dos Estados, DF e dos Territórios. Art. 142: membros das forças armadas: Marinha, Exército e Aeronáutica.

24 MS 25192/DF, Pleno, Rel. Min. Eros Grau, p. 06.05.2005; MS 24997/DF e MS 25015/DF, ambos do Pleno, Rel. Min. Eros Grau, DJe. 01.04.2005.

25 RE 584388/SC, Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Dje 27.9.2011; MS 25731, Min. Ricardo Lewandowski, DJ 01.03.2011.

26 AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS DECORRENTES DE APOSENTADORIA NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL COM REMUNERAÇÃO DE CARGO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. “AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (STF: ARE 796044-AgR, 2ª Turma, Min. Carmen Lúcia, DJe 13.06.2014)

De igual modo, ao empregado público que se aposentar, junto ao RGPS, e continuar trabalhando, recebendo a respectiva remuneração do emprego, não há acumulação ilícita²⁷.

8 O LIMITE CONSTITUCIONAL E AS ACUMULAÇÕES

A partir da EC 19/98²⁸, o teto remuneratório constitucional passou a alcançar também as situações de acumulação de remuneração, proventos e pensões, bem como qualquer outra espécie remuneratória, recebida de forma isolada ou cumulativamente, incluindo todas as vantagens pessoais de qualquer natureza (art. 37, XI, CF)

Considerando a ausência de norma regulamentadora (lei do subsídio do Ministro do STF), a regra do teto remuneratório, aplicável às situações de acumulação de cargos, empregos ou funções públicas, acabou não sendo aplicada.

Novamente, a Carta Magna foi alterada pela EC 41/2003, que mantém o teto geral, cria os subtetos e modifica a regra para iniciativa de lei para fixação do teto do Ministro. O novo limite incidirá sobre as parcelas recebidas como vantagens pessoais ou qualquer outro título, bem como a sua aplicação sobre os valores recebidos de forma isolada ou cumulativamente previstos. Além do teto geral, os subtetos específicos

27 Rcl n. 9762-AgR, Plenário, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 31.5.2013.

28 XI. A remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal;

devem ser observados por ente político²⁹.

Por sua vez, a EC 47, de 2005, introduziu mais dois parágrafos ao art. 37 (§§11 e 12)³⁰.

Não obstante a definição do teto geral e dos subtetos que abrangem o sistema remuneratório em geral, em todas as modalidades de remuneração, proventos e pensões, percebidas cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, o fato é que a incidência do redutor remuneratório pende de regulamento, consoante determina o art. 3º da Lei nº 10.887, de 2004³¹, inclusive para

29 XI. A remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;

30 § 11 Não serão computadas, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do caput deste artigo, as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei. § 12. Para os fins do disposto no inciso XI do caput deste artigo, fica facultado aos Estados e ao Distrito Federal fixar, em seu âmbito, mediante emenda às respectivas Constituições e Lei Orgânica, como limite único, o subsídio mensal dos Desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, não se aplicando o disposto neste parágrafo aos subsídios dos Deputados Estaduais e Distritais e dos Vereadores.

31 Art. 3º Para os fins do disposto no inciso XI do art. 37 da Constituição Federal, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão sistema integrado de dados relativos às remunerações, proventos e pensões pagos aos respectivos servidores e militares, ativos e inativos, e pensionistas, na forma do regulamento.

fins de acumulação, considerando as várias hipóteses em ela se dá (no mesmo ente, em órgãos ou entes diversos, por ex.).

De se dizer que, a despeito de pender a regulamentação, os entes divergem de orientação quanto à aplicação do teto remuneratório, do que resulta a judicialização do tema, pendendo no Supremo Tribunal Federal os seguintes recursos extraordinários, reconhecida a repercussão geral dos temas:

TETO REMUNERATÓRIO – INCIDÊNCIA SOBRE O MONTANTE DECORRENTE DA ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA E PENSÃO – ARTIGO 37, INCISO XI, DA CARTA FEDERAL E ARTIGOS 8º E 9º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003.

Possui repercussão geral a controvérsia sobre a possibilidade de, ante o mesmo credor, existir a distinção do que recebido, para efeito do teto remuneratório, presentes as rubricas proventos e pensão, a teor do artigo 37, inciso XI, da Carta da República e dos artigos 8º e 9º da Emenda Constitucional nº 41/2003. (STF RE 602584 RG / DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 25.02.2011)

TETO CONSTITUCIONAL - PARCELAS PERCEBIDAS CUMULATIVAMENTE -- AFASTAMENTO NA ORIGEM - ALCANCE DO ARTIGO 37, INCISO XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL NA REDAÇÃO ANTERIOR E NA POSTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/03 - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da aplicabilidade do teto remuneratório estabelecido no artigo 37, inciso XI, da Carta Federal, com a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 41/03, sobre as

parcelas de aposentadorias percebidas cumulativamente.

Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. (RE 612975 RG / MT – Repercussão Geral no Recurso Extraordinário, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 26.04.2011).

TETO REMUNERATÓRIO – EMENDA Nº 41/2003 – SITUAÇÃO CONSTITUÍDA – INTANGIBILIDADE DECLARADA NA ORIGEM – TEMA CONSTITUCIONAL – REPETIÇÃO – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – SEQUÊNCIA – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da aplicabilidade do teto remuneratório previsto no inciso XI do artigo 37 da Carta da República, introduzido pela Emenda Constitucional nº 41/2003, à soma das remunerações provenientes da cumulação de dois cargos públicos privativos de médico. (STF, RE 602043 RG / MT, rel. Min. Marco Aurélio, DJe 17.05.2011)

9 A ACUMULAÇÃO ILÍCITA E A DEMISSÃO DO SERVIDOR

A acumulação ilícita representa conduta ilegal e a maioria dos entes federados estabelece, nos estatutos funcionais, constituir a conduta uma infração funcional grave, punível com a penalidade de demissão.

Na constatação de acumulação ilícita, os estatutos costumam estabelecer prazo para o servidor optar por uma das situações, sob pena de instauração de procedimento disciplinar para a sua demissão.

De se consignar que o estatuto federal estabelece que até a data fixada para a opção, há presunção da boa-fé do servidor, não ensejando aplicação de qualquer penalidade.

Porém, após, presume-se a má-fé do servidor, a fundamentar a sua demissão.

Confira-se o dispositivo da Lei nº 8.112, de 1990:

Art. 133. Detectada a qualquer tempo a acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas, a autoridade a que se refere o art. 143 notificará o servidor, por intermédio de sua chefia imediata, para apresentar opção no prazo improrrogável de dez dias, contados da data da ciência e, na hipótese de omissão, adotará procedimento sumário para a sua apuração e regularização imediata, cujo processo administrativo disciplinar se desenvolverá nas seguintes fases: (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

...

§ 5º. A opção pelo servidor até o último dia de prazo para defesa configurará sua boa-fé, hipótese em que se converterá automaticamente em pedido de exoneração do outro cargo.

§ 6º. Caracterizada a acumulação ilegal e provada a má-fé, aplicar-se-á a pena de demissão, destituição ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade em relação aos cargos, empregos ou funções públicas em regime de acumulação ilegal, hipótese em que os órgãos ou entidades de vinculação serão comunicados”.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao enfrentar a acumulação ilícita do servidor submetido ao estatuto federal (Lei nº. 8.112, de 1990), tem entendimento de que a configuração da má-fé se dá quando o servidor, embora notificado, não faz a opção que lhe compete, consubstanciando sua omissão disposição de persistir no ilícito.

Confira-se:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO PROFERIDO PELA TERCEIRA SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, QUE DENEGOU MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA ATO DO MINISTRO DE ESTADO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL. DEMISSÃO DO CARGO DE MÉDICO DO QUADRO DE PESSOAL DO INSS. ACUMULAÇÃO ILEGAL DE EMPREGO PÚBLICO EM TRÊS CARGOS. PRESUNÇÃO DE MÁ-FÉ, APÓS REGULAR NOTIFICAÇÃO. RECURSO IMPROVIDO I. O acórdão recorrido entendeu que o servidor público que exerce três cargos ou empregos públicos de médico - um no INSS, outro na Secretaria Estadual de Saúde e Meio Ambiente e outro junto a hospital controlado pela União, incorre em acumulação ilegal de cargos. II. O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a presunção de má-fé do servidor que, embora notificado, não faz a opção que lhe compete. III. Demissão do recorrente que se assentou em processo administrativo regular, verificada a ocorrência dos requisitos do art. 133, § 6º, da Lei 8.112/90. IV. Precedentes desta Corte em situações semelhantes: RMS 24.249/DF, Rel. Min. Eros Grau e MS 25.538/DF, Rel. Min. Cezar Peloso. V. Recurso improvido. (RMS23917/DF, 1ª Turma, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Dje. 18.09.2008).

A disposição contida no art. 133 nem sempre se encontra reproduzida em outros estatutos funcionais que dispõem de forma diversa, ou seja, preveem expressamente que apurada a má-fé do servidor, fica ele sujeito à perda do cargo acumulado ilicitamente e obrigado a restituir os valores até então percebidos.

Nesses casos, leva-se em conta a declaração do servidor no ato de posse, ou quando lhe é exigida nos recadastramentos ou atualização de seus dados cadastrais, no sentido de que não exerce outro cargo, emprego ou função pública ou se omite quanto a esse dado.

Para essas situações, a legislação dos entes não faz prevalecer a tese de presunção de inocência daquele que, deliberadamente, declara expressamente não incorrer em acumulação ilícita ou se omite quando instado a fazê-lo.

Registre-se que há, nas acumulações de longo prazo e a presunção de boa-fé dos servidores, a questão da segurança jurídica e a prerrogativa da Administração Pública de poder rever os atos ilegais³², que está vinculada ao prazo decadencial estabelecido por ente federado em lei própria, o qual pode ser oposto pelo servidor.

Entretanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal registra que o prazo decadencial para que a Administração Pública possa anular os atos ilegais³³, no caso do servidor

32 Súmula 473 do STF: A ADMINISTRAÇÃO PODE ANULAR SEUS PRÓPRIOS ATOS, QUANDO EIVADOS DE VÍCIOS QUE OS TORNAM ILEGAIS, PORQUE DELES NÃO SE ORIGINAM DIREITOS; OU REVOGÁ-LOS, POR MOTIVO DE CONVENIÊNCIA OU OPORTUNIDADE, RESPEITADOS OS DIREITOS ADQUIRIDOS, E RESSALVADA, EM TODOS OS CASOS, A APRECIACÃO JUDICIAL.

33 RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORA PÚBLICA FEDERAL. AGENTE ADMINISTRATIVO DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. ACUMULAÇÃO ILÍCITA DE CARGOS PÚBLICOS. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. INSUFICIÊNCIA DA COMPATIBILIDADE PARA AUTORIZAR A ACUMULAÇÃO DE CARGOS. DECADÊNCIA DO DIREITO DE A ADMINISTRAÇÃO ANULAR O ATO DE NOMEAÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. RMS 28.497/DF, 1ª T, rel. Min. Carmen Lúcia, j. 20.05.2014.

federal, é o previsto no art. 54 da Lei 9.784/99³⁴ que se inicia da data em que o gestor administrativo toma conhecimento da acumulação ilícita.

Ressalve-se a má-fé do servidor, que, para essa, não se opõe o prazo de decadência administrativa, podendo ser o ato anulado a qualquer tempo.

De qualquer modo, é importante que a Administração Pública mantenha atualizados os dados cadastrais dos servidores ativos, inativos e pensionistas, evitando-se a perenização das acumulações ilícitas, que fatalmente redundarão em discussões judiciais.

10 A ACUMULAÇÃO E A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

É cediço indagar se a acumulação proibida constitui, além de infração funcional, improbidade administrativa, nos termos da Lei 8.492/92 (LIA).

Em tese, poder-se-ia dizer que sim: o servidor deve cumprir os princípios a que se sujeita a Administração Pública, propiciando o art. 11 da referida lei o suporte para a subsunção do infrator a ele.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem, entretanto, entendimento de que a Lei de Improbidade Administrativa visa alcançar situações de corrupção, imoralidade qualificada e outros desvios graves de conduta, não abrangendo os servidores que cometem infrações administrativas.

34 O prazo de decadência administrativa pode ser estabelecido em lei própria do ente federado. No Estado de São Paulo esse prazo é de 10 (dez) anos e está previsto no art. 10 da Lei no.10.177/98. No caso de inexistência de lei local nesse sentido, é possível a utilização, por analogia, do prazo estabelecido na lei federal consoante jurisprudência do STJ: REsp 852493/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 25.08.2008; AgRg RMS 25979/GO, 5ª Turma, Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 16.04.2013.

O excerto da decisão proferida em recurso especial bem elucida o ponto:

Na hipótese de acumulação de cargos, se consignada a efetiva prestação de serviço público, o valor irrisório da contraprestação paga ao profissional e a boa-fé do contratado, há de se afastar a violação do art. 11 da Lei n. 8.429/1992, sobretudo quando as premissas fáticas do acórdão recorrido evidenciam a ocorrência de simples irregularidade e inexistência de desvio ético ou inabilitação moral para o exercício do múnus público.(AgRg no REsp 1245622, 2ª Turma, Min. Humberto Martins, j. 24.06.2011)³⁵.

11 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os acúmulos ilícitos de cargos, empregos e funções ocorrem, sem que a grande maioria dos entes federados disponha de mecanismos e instrumentos para averiguação, verificando-se que os servidores permanecem anos a fio em situações irregulares, sem nenhum controle ou fiscalização.

Não raras vezes, somente em razão de denúncia ou por ocasião da aposentadoria, **são constatadas as ocorrências que não guardam conformidade com os permissivos constitucionais.**

Enquanto não se implantam sistemas informatizados nacionais, onde os dados de todos os servidores fiquem registrados³⁶, a Administração Pública, pelo seu controle interno,

35 Nesse sentido: AgRg no REsp 886517/ES, 1ª Turma, Min. Benedito Gonçalves, DJe 03.08.2016; REsp 1171721/SP, 2ª Turma, Min. Herman Benjamin, DJe 23.05.2013; REsp 996.791/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27.4.2011; REsp 1.089.911/PE, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 25.11.2009.

36 O projeto de implantação do E-social para os regimes próprios será de grande valia para a identificação dos casos de acumulação.

deve implantar medidas objetivando a identificação de situações de acúmulo ilícito, tais como cadastramento, atualização anual de dados, obtenção de declarações e outras medidas.

Os Tribunais de Contas, no exercício de sua competência constitucional de apreciar a legalidade das aposentadorias e pensões, registrando-as, bem assim no desempenho das auditorias operacionais, certamente muito contribuem para a identificação das situações em desconformidade com a lei e sua regularização.

O CONCURSO PÚBLICO COMO FORMA DE GESTÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

PRESTES, Vivianéli Araujo¹
CUBAS, Paula Kochy²

1 INTRODUÇÃO

Os concursos públicos são tradicionalmente definidos como o meio disponibilizado à Administração Pública para prover os seus quadros de cargos ou empregos com servidores públicos, observando o princípio da igualdade entre os interessados.

Nesse sentido, por exemplo, é a explicação de Hely Lopes Meirelles, para quem o concurso público é:

o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam os requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, consoante determina o art. 37, II, da CF³.

O concurso público pode ser caracterizado, então, como um processo de seleção de pessoas para cargos ou

1 Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2012), Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (2014) e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (2016).

2 Estagiária de Direito.

3 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 380.

empregos públicos, conforme denota o art. 37, inciso II, da Constituição Federal: “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”.

Apenas por esses comentários iniciais, já se pode entrever que o concurso público não consiste tão somente em um ato, mas em um procedimento, ou seja, em uma união de atos administrativos executados conforme cronologia previamente estipulada, objetivando selecionar os candidatos que atendam ao interesse público mais adequadamente.

São três os fundamentos principais que legitimam a existência dos concursos públicos, quais sejam: principiológico-valorativo, constitucional-normativo e legal.

O *caput* do art. 37 da Constituição Federal estabelece que a Administração Pública, seja ela direta ou indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deverá obedecer aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A principiologia inserta no *caput* do referido artigo é aplicável a todos os atos e atividades da Administração Pública, podendo-se afirmar que a realização de concurso é a própria concretização da impessoalidade, da moralidade e da eficiência, como se verá.

O fundamento constitucional-normativo está elencado como regra no art. 37, II, da Lei Maior, como vimos, enquanto o fundamento legal deve estar replicado na legislação de cada ente da Federação brasileira.

Essas considerações de caráter genérico, bastante comuns em nossos bancos universitários, tratam o assunto de forma superficial, fazendo com que o processo de seleção de pessoal para a Administração Pública perca boa parte do seu potencial.

De fato, encarar o concurso público simplesmente como um procedimento de seleção de pessoal para cargos e empregos públicos realizado em observância ao princípio da impessoalidade e da eficiência faz com que ignoremos a necessidade de planejamento desse processo, assim como os complexos e duradouros efeitos desencadeados por ele.

Assim, sustentaremos neste breve artigo a exigência de que os concursos públicos sejam verdadeiramente tratados como formas de gestão pública.

2 O CONCURSO COMO FORMA DE GESTÃO PÚBLICA

A gestão pública pode ser entendida como o “exercício responsável do arbítrio administrativo”, na forma de “decisões, ações e resultados esperados”⁴.

Para fins deste artigo, relevaremos a discussão sobre a diferenciação entre gestão e administração⁵, tratando ambas indistintamente e caracterizando-as como o modo pelo qual o gestor público organiza a atividade administrativa de modo a garantir que as suas ações e decisões sejam eficazes e eficientes.

4 LYNN JR., Laurence E. Gestão pública. In: PETERS, B. Guy; PIERRE, Jon (Orgs.). **Administração pública**: coletânea. São Paulo: UNESP, 2010. p. 33-52, p. 37.

5 Para maiores informações sobre a diferenciação, ver LYNN JR., Laurence E. *Op. cit.*

Para conseguir avaliar se as suas ações e decisões serão capazes de alcançar os objetivos pretendidos com o menor uso de recursos, o gestor necessariamente precisa planejar as suas atividades.

Assim, de início, precisa saber avaliar por que a ação ou a decisão é necessária e quais são os resultados esperados. De acordo com isso, deve saber organizar os recursos que têm disponíveis, sejam eles financeiros, temporais ou pessoais, para dispô-los de forma a dar a eles o melhor uso possível, aproveitando-se das suas melhores potencialidades.

Essas noções aplicáveis a toda atividade administrativa, são bastante frutíferas quando aplicadas aos concursos públicos.

Hoje, a prática dos concursos públicos tem se resumido à aplicação de provas que pouco avaliam a capacidade de candidatos que muitas vezes sequer chegaram a analisar se o perfil do órgão ou ente do qual estão disputando a vaga é compatível com o seu próprio perfil.

Assim, temos uma multidão de candidatos especializados em fazer concursos públicos e que estão dispostos a abrir mão de muitas horas diárias para decorar dispositivos legais, para, num momento futuro, poder ingressar nos quadros da Administração Pública, conhecida por pagar salários atraentes e almejada por garantir aos seus servidores o instituto da estabilidade.

O desvirtuamento dos concursos públicos é óbvio. A prática atual, demasiadamente preocupada com a garantia da imparcialidade, ignora a finalidade para a qual o concurso público foi concebido: a escolha dos melhores candidatos.

A escolha dos melhores candidatos não é um capricho da Administração. A atividade do servidor público perdoe-nos a

redundância, é servir o público. Selecionar candidatos para a Administração Pública nunca foi e nunca será, portanto, uma atividade simples, pois precisa culminar na admissão de pessoas tecnicamente qualificadas e concomitantemente vocacionadas para o serviço público.

Nenhuma dessas duas características do servidor público tem sido alcançada pelos concursos públicos geralmente realizados.

A qualidade técnica, apesar de ser a característica mais facilmente avaliável, não pode ser apreciada em concursos públicos que avaliam o poder de memorização de dispositivos legais, por exemplo. Hoje o acesso aos livros e à legislação é amplo e não há razão para que se exija que o candidato, excetuados os casos em que essas informações sejam de uso efetivamente cotidiano no trabalho, cite dispositivos legais ou saiba se a lei estabelece percentual de 3,2% ou 3,3% para determinado índice, por exemplo. Questões como essa servem apenas para desclassificar candidatos e não para selecionar os melhores interessados em assumir uma vaga no serviço público.

A vocação para o serviço público, por outro lado, é bem mais difícil de ser aferida via concurso público. A avaliação dessa característica em geral exige procedimentos de caráter mais subjetivo, seja por meio de avaliações psicológicas, seja por meio de provas discursivas. A proximidade desse tipo de avaliação com o subjetivismo, contudo, não pode fazer com que seja desprezada, pois existem vários mecanismos de garantia da impessoalidade mesmo para esses casos.

Ainda que a avaliação da vocação para o serviço público possa ser aferida também via concurso, a própria Constituição Federal oferece outros instrumentos para a aferição

desta qualidade, como a avaliação de desempenho, caso o gestor não se sinta suficientemente amparado para utilizar a avaliação da vocação para o serviço público como critério de exclusão em concurso público.

Na prática, contudo, o concurso público é realizado apenas como um entrave burocrático para a admissão de pessoal, como cumprimento de mera formalidade necessária para o preenchimento dos quadros. O planejamento é deixado de lado para que se possam suprir imediatamente vagas ociosas, sem que sequer haja reavaliação da sua necessidade ou estudo sobre os procedimentos de trabalho até então adotados.

Nesse sentido, o concurso público deve ser entendido como o ápice de um processo de planejamento na área de pessoal, que identifique não só a necessidade imediata de admissão, mas também a estrutura de trabalho até então consolidada, o arcabouço legal existente, o perfil dos profissionais que deverão ser admitidos e a própria capacidade do ente ou da entidade em organizar o certame.

3 O PLANEJAMENTO PARA A REALIZAÇÃO DO CONCURSO PÚBLICO

No momento de planejamento da realização do concurso público, é necessário se ter em mente que o certame deve estar plenamente adaptado às necessidades do ente ou da entidade.

O concurso, então, deve estar totalmente orientado às necessidades públicas em todas as suas fases, desde a constituição da comissão organizadora até o fim do prazo de validade do certame.

Desse modo, analisaremos algumas atividades que devem ser desenvolvidas no desenrolar do processo de concurso público, para que se possa garantir o seu alinhamento às necessidades da Administração.

3.1 PLANEJAMENTO DAS VAGAS A SEREM OFERECIDAS

Em primeiro lugar, a realização de concurso público deve ser antecedida por um levantamento minucioso de quais vagas deverão ser oferecidas.

Assim, não basta averiguar que uma quantidade Z de servidores se aposentou no cargo A e que, portanto, devem ser abertas Z vagas para o cargo A .

Isso porque pode ser necessário que mais servidores sejam admitidos para desenvolver aquele determinado tipo de função ou que a atividade não demande mais tantos servidores.

Desse modo, deve-se analisar se o concurso será realizado para a reposição de pessoal, para a admissão de pessoal que desenvolverá atividades antes não desenvolvidas pelo ente ou entidade ou para a ampliação à população dos serviços já desenvolvidos.

Antes de lançar o Edital, portanto, a Administração deve avaliar todas essas situações e, ainda, se há possibilidade de que todas essas opções estejam combinadas, o que demandará a admissão de mais pessoal.

O ideal é que o concurso seja realizado prevendo todas essas situações, para que o número de candidatos aprovados seja suficiente e, assim, não seja necessário promover novo concurso público num curto espaço de tempo, dada a complexidade e o custo do processo de admissão de pessoal.

A avaliação da quantidade de cargos/empregos a ser oferecida no Edital deve estar bem mensurada desde o início, pois a própria constituição da comissão organizadora deverá levar em conta essa previsão. Assim, caso já se imagine que o concurso oferecerá vagas nas áreas da saúde, administração e educação, a comissão organizadora deverá ser composta preferencialmente por servidores dessas áreas, para que o acompanhamento do certame possa ser mais efetivo e de melhor qualidade.

A quantidade de vagas, por outro lado, também é determinante nos cálculos de estimativa de impacto orçamentário e financeiro, exigidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). Desse modo, desde o início do certame é necessário prever-se adequadamente a quantidade de vagas a serem preenchidas, pois eventual erro na previsão poderá levar o ente ou a entidade a problemas financeiros seríssimos que não puderam ser previstos por meio das estimativas exigidas pela LRF.

Nesse momento de definição do número de vagas, a Administração também deve discutir se os seus procedimentos de trabalho são racionais e eficientes, gerando bons resultados e utilizando a menor quantidade possível de recursos.

Essa discussão deve indicar os resultados esperados da gestão e avaliar se os recursos humanos alocados estão dispostos da melhor forma possível. Assim, provavelmente serão descobertos pontos e procedimentos que poderiam ser repensados, a fim de eliminar práticas burocráticas desnecessárias. Dessa forma, servidores que estão alocados para desenvolver determinadas tarefas poderão ser realocados, caso se verifique que o procedimento atual é ineficiente e que pode ser redesenhado, utilizando menos pessoal. Assim, a quanti-

dade prevista inicialmente para a abertura de vagas no concurso público muito provavelmente será reduzida.

Se, por um lado, a previsão inicial acanhada do número de servidores admitidos pode levar à Administração à ruína financeira, a previsão exagerada do número de servidores a serem admitidos pode criar a obrigação para o ente de contratar os candidatos aprovados, em virtude de entendimento já pacificado no Poder Judiciário.

Quanto à aprovação dentro do número de vagas, no que concerne à discussão quanto à existência ou à inexistência do direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado em concurso público dentro da quantidade de vagas previstas no edital, o posicionamento dos Tribunais Superiores se mostra pacífico, compreendendo que os candidatos aprovados dentro do número de vagas oferecidas pelo edital têm direito líquido e certo à nomeação.

Nesse sentido, veja-se a decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 945859, proferida pelo Ministro Relator Edson Facchin e publicada em 09/06/2016:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO DE CANDIDATA APROVADA E CLASSIFICADA EM PRIMEIRO LUGAR.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE-RG 598.099, Rel. Min. Gilmar Mendes (Tema 161), concluiu que a Administração, dentro do prazo de validade do concurso, poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital,

passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Dessa orientação não dissentiu o acórdão recorrido.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

Nesse sentido, caso a Administração preveja número excessivo de vagas em seu Edital de concurso, estará sujeita à decisão do Judiciário determinando a admissão dos candidatos aprovados dentro do número de vagas oferecido.

Dessa forma, conforme a pacificação nos Tribunais Superiores, a mera expectativa de direito, antes regra geral, tornou-se direito líquido e certo à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas oferecidas no edital de abertura do certame; não obstante, a nomeação dos aprovados deixa de ser ato discricionário, passando a ter, portanto, natureza vinculada.

Quanto aos candidatos aprovados fora do número de vagas oferecido no Edital, o Supremo Tribunal Federal entendeu, em decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 837311 e publicada em 18/04/2016, que não há direito à nomeação, a não ser que haja preterição de forma arbitrária quando a Administração demonstrar a necessidade inequívoca de nomeação, o que pode se dar, por exemplo, com a abertura de novo concurso público:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO.
REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.
TEMA 784 DO PLENÁRIO VIRTUAL.
CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO
SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE

CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO NO CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. IN CASU, A ABERTURA DE NOVO CONCURSO PÚBLICO FOI ACOMPANHADA DA DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA NECESSIDADE PREMENTE E INADIÁVEL DE PROVIMENTO DOS CARGOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. ARBITRÍO. PRETERIÇÃO. CONVOLAÇÃO EXCEPCIONAL DA MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, BOA-FÉ, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. FORÇA NORMATIVA DO CONCURSO PÚBLICO. INTERESSE DA SOCIEDADE. RESPEITO À ORDEM DE APROVAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A TESE ORA DELIMITADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade a diversos princípios constitucionais, corolários do merit system, dentre eles o de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CRFB/88, art. 5º, caput). 2. O edital do concurso com número específico de vagas, uma vez publicado, faz exsurgir um dever de nomeação para a própria Administração e um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número

de vagas. Precedente do Plenário: RE 598.099 - RG, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 03-10-2011. 3. O Estado Democrático de Direito republicano impõe à Administração Pública que exerça sua discricionariedade entrincheirada não, apenas, pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato, mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais e demais normas constitucionais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade. 4. O Poder Judiciário não deve atuar como “Administrador Positivo”, de modo a aniquilar o espaço decisório de titularidade do administrador para decidir sobre o que é melhor para a Administração: se a convocação dos últimos colocados de concurso público na validade ou a dos primeiros aprovados em um novo concurso. Essa escolha é legítima e, ressalvadas as hipóteses de abuso, não encontra obstáculo em qualquer preceito constitucional. **5. Consectariamente é cediço que a Administração Pública possui discricionariedade para, observadas as normas constitucionais, prover as vagas da maneira que melhor convier para o interesse da coletividade, como verbi gratia, ocorre quando, em função de razões orçamentárias, os cargos vagos só possam ser providos em um futuro distante, ou, até mesmo, que sejam extintos, na hipótese de restar caracterizado que não mais serão necessários.** 6. A publicação de novo edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade de outro anteriormente realizado não caracteriza, por si só, a necessidade de provimento imediato dos cargos. É que, a despeito da

vacância dos cargos e da publicação do novo edital durante a validade do concurso, podem surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a inoportunidade da nomeação no curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas. Nesse contexto, a Administração Pública detém a prerrogativa de realizar a escolha entre a prorrogação de um concurso público que esteja na validade ou a realização de novo certame. 7. A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (*Ermessensreduzierung auf Null*), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, *verbi gratia*, nas seguintes hipóteses excepcionais: i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) Quando houver preterição

na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima. 8. In casu, reconhece-se, excepcionalmente, o direito subjetivo à nomeação aos candidatos devidamente aprovados no concurso público, pois houve, dentro da validade do processo seletivo e, também, logo após expirado o referido prazo, manifestações inequívocas da Administração piauiense acerca da existência de vagas e, sobretudo, da necessidade de chamamento de novos Defensores Públicos para o Estado. 9. Recurso Extraordinário a que se nega provimento.

Ainda com relação ao planejamento do número de vagas, é substancial que o cargo ou emprego público tenha sido criado por lei, assim como é necessário que haja efetivamente vagas disponíveis a serem preenchidas. Perante a inexistência de vagas, a Administração deve propor lei a fim de criá-las, caso sejam realmente necessárias.

Constata-se, por fim, que a Carta Magna não proibiu a realização de novo concurso enquanto ainda vigente o anterior; contudo, ante a existência de candidatos aprovados em concurso anterior – dentro do período de validade – ainda não nomeados, haverá prioridade de nomeação destes sobre os novos concursados. A Constituição Federal em seu artigo 37, IV, assim disciplina:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

IV — durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira.

Assim, para a realização de novo concurso público deverá haver a reserva da quantidade de vagas correspondente aos candidatos não nomeados, sendo disponibilizadas ao novo concurso somente as vagas restantes.

No tocante ao disciplinado pelo inciso IV, do artigo 37 da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal interpretou o dispositivo no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.660, asseverando que:

nos termos constitucionalmente postos, não inibe a abertura de novo concurso, a existência de classificados em evento ocorrido antes. O que não se permite, no sistema vigente, é que, durante o prazo de validade do primeiro, os candidatos classificados para os cargos na seleção anterior sejam preteridos por aprovados em novo certame⁶.

Transcreveu, ainda, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.660. Relator: Min^a. Cármen Lúcia, julgamento em 03 de fevereiro de 2011, Plenário, DJe de 23 de setembro de 2011.

Como o texto (constitucional) correlacionou tal prioridade ao mero fato de estar em vigor o prazo de validade, segue-se que, a partir da Constituição, em qualquer concurso os candidatos estarão disputando tanto as vagas existentes quando de sua abertura, quanto as que venham a ocorrer ao longo do seu período de validade, pois, durante esta dilação, novos concursados não poderiam ocupá-los com postergação dos aprovados em concurso anterior⁷.

Verificada, portanto, a publicação de novo edital de concurso para cargos onde há concurso anterior vigente, os candidatos aprovados no certame anterior passam a ter, como vimos anteriormente, direito líquido e certo à nomeação, vez que o órgão realizador do concurso demonstra que há vagas a serem preenchidas no momento em que realiza a publicação de novo Edital.

Ou seja, no momento de fixação do número de vagas a ser oferecido no Edital, a Administração deve observar a boa-fé e a transparência, publicando o número de vagas efetivamente calculado como necessário para preenchimento das funções no prazo de validade do Edital, pois tanto a previsão acanhada, como a previsão excessiva de vagas trará problemas de difícil solução.

3.2 PLANEJAMENTO DA ABERTURA DO CONCURSO PÚBLICO

Também deve fazer parte do planejamento da abertura do concurso público a designação da comissão organizadora, a previsão das remunerações dos cargos ou empregos e a

⁷ Referência bibliográfica não indicada no julgado.

escolha pela condução direta ou indireta do certame.

A comissão organizadora deve ser composta por no mínimo três membros, que, de preferência, tenham vínculo efetivo com a Administração. Devem compor a comissão tanto servidores que possuam conhecimento sobre a área que estará admitindo servidores como servidores que possuam conhecimento sobre a condução dos certames de seleção de pessoal em geral.

Considerando que essa comissão será a responsável por tomar decisões estratégicas para o concurso, como a forma de execução, o perfil das provas a serem elaboradas e o conteúdo do Edital de Concurso Público, por exemplo, é vital que seja composta por servidores que entendam tanto da área que estará admitindo como da formação e organização de processos de seleção de pessoal.

Nesse sentido, a comissão organizadora é a verdadeira “cabeça” do concurso público, de modo que deve estar no controle de todas as informações e decisões estratégicas do concurso. Dependendo do tipo de irregularidade que possa vir a surgir durante a execução do certame, caso se verifique que foi a comissão organizadora que lhe deu causa, os membros deverão, inclusive, ser responsabilizados.

Uma das atribuições da comissão organizadora deve ser avaliar a quantidade de vagas e de cargos ou empregos que serão oferecidos, como vimos no item anterior, e se a remuneração oferecida é atrativa.

De fato, não é possível iniciar concurso público sem avaliar as possibilidades de que ele se realize com sucesso, ou seja, de que com ele será possível de fato selecionar os melhores candidatos.

Assim, se a remuneração está defasada, primeiramente deverá haver atualização dos valores oferecidos, para que, somente após isso, iniciem-se as tratativas do concurso. Cabe ressaltar, inclusive, que caso o ente ou entidade abra o concurso público e logo após aumente os vencimentos básicos, há probabilidade de que isso seja interpretado como frustração do concurso, vez que, com salários maiores, muitos outros potenciais interessados poderiam ter se inscrito no certame, o que aumentaria a chance de admissão de servidores melhores.

Também deve caber à comissão organizadora avaliar se o próprio ente ou entidade possui capacidade administrativa para conduzir diretamente o certame ou se será necessário contratar empresa ou instituição para organizar o concurso.

Nesse sentido, devem ser avaliados pelo menos os seguintes requisitos para que se possa aferir a capacidade de o próprio ente realizar o certame:

- a) Capacidade de produção e impressão de material de apoio, como as provas, cartões-resposta, etc.: deve-se aferir se o próprio ente terá condições de imprimir ou reproduzir a quantidade necessária de documentos a serem utilizados por todos os candidatos;
- b) Capacidade de elaboração da prova, de acordo com a qualificação dos servidores do quadro próprio do órgão: deve-se examinar se há servidores qualificados para elaborar as provas do concurso; por exemplo, se o concurso será responsável pela admissão de médicos, é necessário que haja pelo menos um médico no ente capaz de elaborar as questões que comporão a prova;

- c) Capacidade de correção da prova, também de acordo com a qualificação dos servidores do quadro próprio do órgão, mas também se levando em conta que o número de provas a serem corrigidas pode estar fora do alcance de trabalho do ente ou da entidade;
- d) Capacidade de aplicação da prova de acordo com o número de pessoas necessário para que haja pelo menos um fiscal por sala, no caso das provas escritas, ou que este número seja compatível com a aplicação de provas práticas, se for o caso, por exemplo;
- e) Capacidade de garantia do sigilo: deve-se avaliar se o ente ou a entidade ou se a empresa ou instituição contratada será capaz de garantir que não haverá vazamento das provas ou do gabarito antes do momento previsto no Edital; etc.

Além dessas indicações, deve-se frisar que a elaboração do Edital é de responsabilidade exclusiva da comissão organizadora. Eventualmente, a empresa ou instituição contratada poderá auxiliar a comissão organizadora nessa tarefa, mas a participação plena da Administração na definição dos parâmetros do Edital é fundamental para que o concurso seja realmente adequado às necessidades do ente ou da entidade.

Desse modo, apenas a comissão organizadora saberá indicar qual é o tipo de prova que mais se adéqua ao perfil de servidor que o órgão está buscando admitir, ou seja, se é necessária a realização de provas dissertativas ou práticas, por exemplo. É a comissão organizadora que deverá definir, ain-

da, quais são os critérios de eliminação dos candidatos, antes ou após a realização das provas; os critérios de desempate; a possibilidade de reserva de vagas para determinados candidatos, como pessoas com deficiência ou afrodescendentes, por exemplo, de acordo com a previsão legislativa local; etc.

Enfim, todas as disposições do Edital deverão ser construídas pela comissão organizadora, pois apenas a Administração pode definir como deverá ser o concurso público para que ele possa estar realmente alinhado com as necessidades de admissão de pessoal do ente ou da entidade.

Nesse sentido, a Constituição Federal, em seu artigo 37, II, dispõe que o concurso público deve ser adequado à natureza e à complexidade do cargo ou emprego, de forma que a avaliação dessa adequação é dever que incumbe à própria Administração.

3. 3 DA SELEÇÃO DOS CANDIDATOS MAIS APTOS

Para que se possa garantir que os candidatos selecionados mediante o concurso público sejam, de fato, os mais aptos, ou seja, que detenham a qualidade técnica necessária para o desempenho das suas funções e que sejam vocacionados para o serviço público, vimos que o certame precisa ser desenhado para isso, principalmente no que tange às cláusulas editalícias como quanto às provas a serem realizadas.

Assim, cumpre pontuar alguns tópicos que deverão ser observados para que essa missão possa ser cumprida a contento.

Primeiramente, a seleção dos candidatos mais aptos faz-se mediante o uso de critérios de seleção adequados. Desse modo, as provas que serão aplicadas deverão estar exatamente de acordo com aquilo que se espera do futuro

servidor, sem fazer exigências desnecessárias, o que poderia inclusive afastar a participação de candidatos, nem fazer exigências superficiais, o que pode implicar a admissão de servidor despreparado para o cargo ou emprego.

Os critérios de seleção, então, devem ser escolhidos de acordo com as funções que serão desempenhadas pelos novos admitidos. Assim, se a função é prevalentemente braçal, em que a destreza fará diferença no desenvolvimento das atividades, a prova prática é indispensável. Se, por outro lado, a função exige do servidor clareza e linearidade de raciocínio, não há como se selecionar os candidatos apenas por meio de provas objetivas sem que a sua capacidade escrita seja submetida à avaliação.

As provas objetivas, por mais que representem um instrumento fácil de avaliação dos candidatos, dada a rapidez da aplicação das provas e das correções, quando não são bem construídas levam à admissão de pessoas despreparadas e sem perfil adequado, vez que privilegiam a sorte do candidato e a sua capacidade de decorar conteúdos, não sendo possível medir, apenas com esse tipo de prova, a sua real apreensão dos conteúdos.

Desse modo, as questões objetivas devem ser sempre utilizadas de maneira inédita e construídas de modo a avaliar a capacidade do candidato em utilizar os conhecimentos necessários para o desenvolvimento das funções e não apenas a sua capacidade em memorizar tais conhecimentos.

Provas práticas, escritas, de títulos e entrevistas, apesar de terem caráter mais subjetivo, são fontes mais adequadas de avaliação da capacidade de análise e de resolução de problemas do candidato e do seu perfil.

Para que esses tipos de prova não sejam questionados, é necessário prever no próprio Edital, mecanismos que neutralizem o fator subjetivo da avaliação ou da correção, conforme o caso. Assim, devem ter os seus critérios de avaliação previamente divulgados, enquanto o resultado esperado de cada uma delas também deve ser publicizado para todos, antes ou depois da sua realização, a depender do contexto.

O acesso a essas provas também deve ser disponibilizado por meio de gravação de vídeos, impressão de cópias etc. Dessa maneira, eventuais questionamentos sobre a lisura das avaliações poderão ser rebatidos mediante a apresentação das próprias provas.

Outra forma de garantir o sucesso da seleção é a escolha do conteúdo programático das avaliações. Assim, além de escolher o tipo de prova adequado, é necessário saber escolher o que será avaliado.

O conteúdo da avaliação também deve ser compatível com o que o futuro servidor efetivamente necessitará saber para desenvolver as suas atividades com excelência. Cobrar conteúdos que não serão úteis no dia-a-dia do novo servidor redundará apenas na eliminação de candidatos e não na escolha dos candidatos mais aptos, o que vai frontalmente de encontro à natureza do concurso público.

Assim, se as funções dos novos admitidos não são de natureza complexa, o conteúdo programático aplicado não deve ser complexo. Mais uma vez, vale a regra básica: o concurso público precisa estar plenamente alinhado às necessidades do ente ou da entidade, não podendo ser nem mais nem menos criterioso do que o necessário.

Se, por um lado, a exigência de conteúdo mais fácil do que o necessário pode acabar implicando a contratação de servidores despreparados, já que, nesses casos, o fator sorte ganha mais peso, a exigência de conteúdo mais difícil do que o necessário pode levar à admissão de pessoas mais qualificadas do que o compatível e que provavelmente se sentirão subaproveitadas no futuro, deixando os seus cargos ou empregos e gerando nova necessidade de admissão pela Administração.

Aqui, é importante que a Administração não ignore o fato de que os candidatos admitidos poderão trabalhar por muitos e muitos anos em seus quadros, de modo que a seleção equivocada se tornará um problema que a própria Administração terá de carregar por muito tempo, caso outros mecanismos de avaliação dos servidores não estejam bem desenvolvidos.

Nesse sentido, o fator sorte deve ser neutralizado nos concursos públicos, pois os admitidos devem ser qualificados e vocacionados, independentemente da sorte que possuam.

Também os critérios de desempate são úteis na escolha dos candidatos mais aptos, vez que podem decidir se o candidato ingressará nos quadros da Administração Pública ou não, por exemplo. Desse modo, estabelecer sorteio como critério de desempate entre os candidatos não é adequado.

Os critérios, portanto, devem ser sopesados de modo a beneficiar aquelas avaliações que possam aferir a qualidade e a vocação dos candidatos de maneira mais realista.

Da mesma maneira, a nota mínima deve ser compatível com o padrão esperável para a aceitação dos candidatos. Assim, mais do que permitir formação de cadastro de reserva,

a nota mínima serve para que os candidatos que não possuem qualificação mínima sejam eliminados do certame, razão pela qual deve ser estudada e estipulada adequadamente.

3.4 GARANTIA DE IMPARCIALIDADE E IMPESSOALIDADE

O concurso público consiste em um procedimento com garantia de imparcialidade na seleção dos candidatos mais aptos e capacitados para o ingresso no serviço público, conforme já vimos. Justen Filho estabelece:

O concurso público é um procedimento conduzido por autoridade específica, especializada e imparcial, subordinado a um ato administrativo prévio, norteado pelos princípios da objetividade, da isonomia, da legalidade, da publicidade e do controle público, destinado a selecionar os indivíduos mais capacitados para serem providos em cargos públicos de provimento efetivo ou em emprego público⁸.

O princípio da impessoalidade obriga o administrador a buscar o interesse público em sua conduta. Qualquer outro interesse configura desvio de finalidade desta conduta. Neste diapasão, esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello:

Nele se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimen-tosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação

8 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 598.

administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie⁹.

Dessa forma, é necessário que a Administração Pública conduza o certame seletivo nos moldes do princípio da impessoalidade e imparcialidade, sem conceder benefícios a concorrentes e sem adotar medidas que visem a prejudicar candidatos sem obediência de comandos legais.

Os princípios da impessoalidade e da imparcialidade devem reger todo o processo que culmina na admissão, de modo que tanto a seleção dos novos servidores como a seleção da instituição ou empresa que organizará o concurso deve observá-los.

Assim, tanto no Edital de Licitação como no Edital de Concurso Público devem estar ausentes cláusulas que estabeleçam distinções ilegais ou inconstitucionais entre os concorrentes.

3.4.1 Imparcialidade e impessoalidade na contratação da empresa ou instituição responsável pela realização do concurso público

O Edital de Licitação que regulamenta o processo de seleção de empresa ou instituição responsável pela realização do concurso público deve ao mesmo tempo zelar pela imparcialidade e pela impessoalidade e garantir que o futuro contratado tenha condições técnicas de bem realizar o certame.

9 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 104.

Assim, o Tribunal de Contas do Paraná já decidiu, nos termos do Acórdão nº 2771/08, da Primeira Câmara, que:

(...) a contratação de empresa para a realização das provas deve se pautar no critério técnica ou técnica e preço, observando, ainda, o disposto no o art. 30, inciso II, da Lei Federal nº. 8.666/93, no que tange à qualificação técnica da empresa a ser contratada.

Ou seja, por se tratar de atividade eminentemente intelectual, a elaboração e correção das provas devem ser realizadas por empresa ou instituição selecionada por via de licitação de critério de técnica ou de técnica e preço.

Esse tipo de licitação deve, ainda, empregar critérios de aferição de qualidade técnica do licitante que estejam adequadamente voltados a esse tipo de avaliação, atribuindo maior pontuação às empresas ou instituições com melhores estruturas e criando mecanismos de proteção contra empresas e instituições de má reputação e cujo trabalho é questionado pelo Judiciário ou pelo Tribunal de Contas local.

Nesse sentido, deve ser avaliada a qualidade dos Editais já promovidos pelos licitantes, bem como a qualidade dos certames organizados. Não basta, portanto, comprovar que a licitante possui experiência naquele tipo de processo de seleção, mas também que a qualidade do seu trabalho é satisfatória.

Também é necessária atenção no uso de mecanismos que podem ser utilizados para a subversão da imparcialidade e da impessoalidade, como a subcontratação. Caso o Edital preveja a possibilidade de subcontratação, por exemplo, é dever do contratado exigir que o subcontratado tenha as mesmas qualidades que as dele próprio, para que não haja prejuízo para a qualidade da condução do certame.

Por outro lado, o próprio pagamento da contratada deve ser previsto de modo a não eliminar a possibilidade de concorrência entre os potenciais licitantes, indicando-se no Edital todas as variáveis que interferem no valor a ser cobrado pelo futuro contratado, como o número previsto de inscrições, a quantidade de cargos diferentes a serem providos, a previsão de pagamento etc.

3.4.2 Imparcialidade e impessoalidade no Edital de Concurso Público

No Edital de concurso público, é necessário que sejam previstas algumas situações que garantam amplo acesso às vagas públicas, com observância da imparcialidade e da impessoalidade no processo de seleção de pessoal.

Assim, por exemplo, é necessário que o período disponibilizado para a realização das inscrições seja razoável, dando-se tempo suficiente para que os interessados fiquem sabendo da publicação do Edital e providenciem as suas inscrições.

Também deve ser dada oportunidade para que o interessado realize sua inscrição mesmo à distância, seja via internet, seja via procuração.

Para que o concurso seja de conhecimento do maior número possível de interessados e, assim, aumentem as possibilidades de admissão apenas de pessoas tecnicamente qualificadas e vocacionadas para o serviço público, também se deve dar ampla divulgação ao Edital.

Para isso, o ente ou a entidade pode se valer da internet, do rádio, da televisão, dos carros de som, de publicações em jornais comerciais de ampla abrangência etc.

A fim de garantir a imparcialidade e impessoalidade, o Edital também deve prever os prazos, locais e condições para a interposição de recursos, para que não haja candidatos prejudicados indevidamente por falhas de correção e também para que a própria Administração consiga gerir melhor os pedidos recursais que lhe forem apresentados.

Devem ser previstas, ainda, outras cláusulas que garantam que bons candidatos não sejam eliminados por motivos discutíveis.

Assim, por exemplo, pode-se prever que os candidatos poderão apresentar pedidos de final de fila quando convocados e que a apresentação dos documentos comprobatórios da qualificação do candidato só será exigida no momento da posse. Esta última previsão encontra amparo inclusive em súmula do Superior Tribunal de Justiça¹⁰.

Por outro lado, devem estar ausentes cláusulas que restrinjam indevidamente a participação de candidatos ou que confirmem pontuação aos candidatos sem que a situação geradora realmente seja um fator de discrimen positivo. Nesse sentido, a atribuição de pontuação maior para ex-servidores públicos não deve ser prevista, por exemplo.

4 CONCLUSÃO

Os concursos públicos são ferramentas poderosas de seleção de pessoal, quando utilizados de maneira séria e suficientemente planejada.

¹⁰ Conforme súmula 266, do STJ: “O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público”.

Assim, se todas as suas potencialidades forem respeitadas, levarão à seleção dos melhores candidatos, ou seja, à seleção dos interessados com melhor qualidade técnica e que efetivamente possuam vocação para trabalhar no serviço público.

Para isso, contudo, é necessário que a Administração Pública estude o seu próprio contexto e identifique claramente as suas necessidades, para que possa cobrar dos candidatos exatamente as qualidades e aptidões de que necessita.

Desse modo, os concursos públicos passam de mero cumprimento de formalidade constitucional para se constituir em um verdadeiro processo de gestão. De fato, os concursos estão inseridos em processos muito mais complexos de administração pública, vez que exigem um encadeamento lógico que deve estar sempre atento à sua motivação última, que é selecionar, de modo imparcial, os melhores candidatos. Assim, desde os primeiros atos – como a instituição da comissão organizadora e a seleção da empresa ou da instituição que realizará o certame, caso a execução seja indireta –, a Administração Pública deverá ter claro que todo o processo deve respeitar esse fim último, para que toda a potencialidade desse instrumento não seja desperdiçada e para que as aposentadorias desses novos servidores representem mais um benefício para essas pessoas do que um alívio para a Administração.

A importância dessas conclusões é óbvia, mas muitas vezes ainda desprezada. Se a seleção de pessoal não levou à melhoria dos serviços prestados, muito provavelmente o concurso público não foi conduzido de forma adequada, vez que não redundou na admissão dos melhores candidatos. Assim, o concurso público, quando entendido como verdadeira forma de gestão pública, proporciona ganhos de eficiência incompa-

ráveis, pois seleciona o que há de melhor em termos de estruturas organizacionais mais relevantes: o elemento humano, o único capaz de modificar verdadeiramente a qualidade dos serviços prestados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 24.660**. Relator: Min^a. Carmen Lúcia, julgamento em 03 de fevereiro de 2011, Plenário DJE, de 23 de setembro de 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

LYNN JR., Laurence E. Gestão pública. In: PETERS, B. Guy; PIERRE, Jon (Orgs.). **Administração pública**: coletânea. São Paulo: UNESP, 2010. p. 33-52, p. 37.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CONTABILIDADE



CONTABILIDADE E PROCEDIMENTOS TÉCNICOS DA GESTÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

SILVA NETO, Antonio Firmino da¹

1 INTRODUÇÃO

A Contabilidade Aplicada ao Setor Público tem por objetivo fornecer aos usuários informações sobre os resultados alcançados e os aspectos orçamentários, econômicos e a composição do patrimônio da entidade do setor público, em apoio ao processo de tomada de decisão; à adequada prestação de contas; e o necessário suporte para a instrumentalização do controle social, que possibilita a *accountability* considerada a espinha dorsal da contabilidade.

Esse novo perfil de geração de informação impulsionou o setor público brasileiro a intensificar o processo de reforma da contabilidade pública, desde 2008. Esse processo engloba os ajustes iniciais, reconhecimento, mensuração e evidenciação do patrimônio público. Os principais elementos da reforma são o ativo imobilizado, intangível, receita por competência, provisões, dentre outros aspectos patrimoniais.

Dessa forma, o ponto de partida da reforma é a busca pela convergência das Normas Brasileiras de Contabilidade Técnica Aplicadas ao Setor Público – NBC T SP as *International Public Sector Accounting Standards* – IPSAS que subsidiariam o reconhecimento da composição do patrimônio público.

A operacionalização dessas normas é realizada pelo Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público – MCASP,

1 Professor e Contador Público.

publicado por meio das portarias da Secretaria do Tesouro Nacional – STN, órgão central de contabilidade do Poder Executivo Federal. O MCASP alterou os anexos da Lei Federal 4.320 de 1964, modificou o plano de contas e exigiu procedimentos patrimoniais que estão descritos nas Normas nacionais e internacionais que serão incorporados às demonstrações contábeis de forma escalonada.

Dessa forma, talvez existisse uma “certa insegurança jurídica” por parte de alguns entes da federação e entidades governamentais quanto à normatização da reforma contábil por meio de instrumentos normativos (portarias) e não por força de lei, exatamente por não existir um caráter obrigatório das Normas que aumentava a “fragilidade” do processo.

Pode-se afirmar que essa insegurança foi minimizada a partir da aprovação, em junho de 2016, pelo Senado Federal, do Substitutivo ao Projeto de Lei nº 229, de 2009, Lei de Qualidade Fiscal, que reforça a busca pela convergência aos padrões internacionais de contabilidade, além de determinar o órgão central de contabilidade pública do poder executivo federal como órgão normatizador da contabilidade do setor público brasileiro. Isso significa que todas as alterações realizadas pela STN e que estão no MCASP deverão ser seguidas.

Portanto, verifica-se que a Parte II, Procedimentos Contábeis Patrimoniais, do MCASP, que traz vários pontos que estão relacionados com o reconhecimento e a mensuração do patrimônio público, é um tanto complexa. Logo, a previsão otimista dos órgãos normatizadores é que o setor público brasileiro esteja convergido aos procedimentos ditados pelas normas internacionais de contabilidade – IPSAS até 2024.

2 PATRIMÔNIO PÚBLICO, REGISTRO SINTÉTICO E ANALÍTICO

O patrimônio público considerado o objeto de estudo da Contabilidade Aplicada ao Setor Público – CASP. Assim, sua composição é constituída dos direitos e bens, tangíveis ou intangíveis, onerados ou não, adquiridos, formados, produzidos, recebidos, mantidos ou utilizados, que representem para a entidade governamental fluxos de benefícios econômico ou potencial de serviços e suas obrigações.

Conforme a NBC T SP 16.1, o patrimônio público é estruturado em três grupos:

- (a) Ativos são recursos controlados pela entidade como resultado de eventos passados e do qual se espera que resultem para a entidade benefícios econômicos futuros ou potencial de serviços;
- (b) Passivos são obrigações presentes da entidade, derivadas de eventos passados, cujos pagamentos se esperam que resultem para a entidade saídas de recursos capazes de gerar benefícios econômicos ou potencial de serviços;
- (c) Patrimônio Líquido *é o valor residual dos ativos da entidade depois de deduzidos todos seus passivos.* (Redação dada pela Resolução CFC no 1.268/09).

A NBC T SP 16.1 reconhece a composição do patrimônio público em sentido lato sensu que engloba ativos, passivos e patrimônio líquido. Entretanto, quando se observa uma entidade governamental é necessário destacar que dois setores, o contábil e o de patrimônio, irão manter uma relação direta para realizarem, respectivamente, registros sintéticos e analíticos dos fenômenos que estão relacionados com o pa-

trimônio no qual o foco é o ativo imobilizado – bens móveis (material permanente) e imóveis.

A determinação para o registro sintético e analítico consta da Lei Federal no 4.320/1964:

Art. 94 - Haverá **registros analíticos** de todos os **bens** de caráter **permanente**, com indicação dos elementos necessários para a perfeita caracterização de cada um deles e dos agentes responsáveis pela guarda e administração.

Art. 95 - A contabilidade manterá **registros sintéticos** dos **bens móveis e imóveis**. (Grifei).

O registro analítico de todos os bens permanente será de responsabilidade do setor de patrimônio. O sistema de controle patrimonial deverá ser capaz de caracterizar minuciosamente, item a item, cada material permanente. Os bens deverão ser tombados e, quando de sua distribuição, emitido o termo de responsabilidade. Já o registro sintético do imobilizado deverá ser realizado pelo setor contábil.

Os dois setores deverão observar a correta classificação orçamentária do material permanente para que não existam divergências entre os lançamentos nos sistemas de controle patrimonial e contábil. A figura 1 sintetiza relação entre os setores contábil e patrimônio no que tange ao registro sintético, analítico e a classificação orçamentária.



FIGURA 1 - RELAÇÃO ENTRE OS SETORES CONTÁBIL E PATRIMÔNIO: REGISTRO SINTÉTICO, ANALÍTICO E A CLASSIFICAÇÃO ORÇAMENTÁRIA

FONTE: Elaboração própria.

É necessário entender que nem todos os bens classificados como permanentes deverão ser tombados, pois o registro e a incorporação desses materiais devem observar o Princípio da Economicidade, ou seja, a relação custo benefício do controle do bem. Logo, se for identificado que o controle do material é superior ao seu benefício deve-se realizar apenas um controle relação-carga com registro analítico simplificado, sem a necessidade de número patrimonial, porém, o registro contábil deverá ser realizado. A figura 2 mostra o fluxo do controle simplificado por meio da relação-carga.



FIGURA 2 – CONTROLE RELAÇÃO-CARGA DO MATERIAL PERMANENTE

FONTE: Elaboração própria.

Enquadra-se nessa rotina de registro o material de consumo de uso duradouro para o qual o controle deverá ser feito por meio de “Relação-carga”.

A seção seguinte discorre sobre os procedimentos que esses dois setores devem realizar para a adoção inicial, reconhecimento, mensuração e evidenciação dos ativos imobilizados.

3 SETOR CONTÁBIL E SETOR DE PATRIMÔNIO – PROCEDIMENTOS DE AJUSTE INICIAL, RECONHECIMENTO, MENSURAÇÃO E EVIDENCIAÇÃO DO ATIVO IMOBILIZADO

O processo de reconhecimento, mensuração e evidenciação dos bens móveis (material permanente) e imóveis, inclusive bens de infraestrutura e patrimônio cultural, envolve particularmente dois setores de uma entidade governamental, o setor contábil e o de patrimônio, conforme já frisado anteriormente. Esses setores precisam estar em perfeita sintonia em relação às rotinas de registros sintético e analíticos, bem como no que tange aos sistemas utilizados por eles, que devem ser, preferencialmente, sistemas integrados.

A entidade pública deverá realizar, por meio desses setores, os procedimentos de ajustes ou avaliação inicial antes da adoção da nova política contábil de reconheci-

to dos bens móveis e imóveis, bem como da depreciação, reavaliação e redução ao valor recuperável para que as demonstrações contábeis reflitam a realidade dos seus elementos patrimoniais.

O setor contábil, em atendimento a Lei Federal nº 4.320/1964, tem de registrar e evidenciar a composição do patrimônio e isso fortalece o atendimento do enfoque patrimonial da contabilidade. Nesse aspecto, conforme o MCASP (2014) devem ser atendidos os princípios e normas contábeis voltados para o reconhecimento, mensuração e evidenciação dos ativos e passivos e de suas variações patrimoniais, contribuindo para o processo de convergência às normas internacionais, respeitada a base legal nacional.

Conforme as NBC T SP e IPSAS, o reconhecimento da avaliação inicial dos ativos deve ser realizado como ajuste de exercícios anteriores no período em que é reconhecido pela primeira vez. Realizado o ajuste inicial, a entidade poderá efetuar os procedimentos de mensuração, como por exemplo, a depreciação. A figura 3 mostra o fluxo de avaliação inicial bem como os procedimentos que devem ser observados posteriormente ao ajuste.



FIGURA 3 – FLUXO DE AJUSTE INICIAL, RECONHECIMENTO, MENSURAÇÃO E EVIDENCIAÇÃO DO ATIVO IMOBILIZADO.

FONTE: Elaboração própria.

A figura 3 demonstra os procedimentos que devem ser seguidos para os bens móveis e imóveis que estão reconhecidos ou não no patrimônio da entidade e que não foram depreciados. A depreciação desses bens só poderá ocorrer após avaliação inicial. Observam-se também na figura os procedimentos de reconhecimento, mensuração e evidenciação para os novos bens que serão adquiridos posteriormente a adoção da nova política contábil.

O primeiro passo a ser realizado pela entidade é determinar ou traçar uma “data corte” para efetuar os ajustes ou avaliação inicial para aqueles bens que já estavam reconhecidos no patrimônio. A avaliação inicial é um procedimento de ajuste para os bens que não sofreram depreciação. A avaliação não deve ser confundida com reavaliação, pois esta só

deverá realizada após os ajustes iniciais do patrimônio.

Dessa forma, a entidade governamental na avaliação inicial ajustará o valor contábil dos bens que por ventura estejam subavaliados ou superavaliados e que por algum motivo não foram depreciados. A figura 4 período de transição demonstra, de forma sugestiva, a ordem dos bens para início da depreciação após ajuste inicial.

ORDEM DOS BENS PARA INÍCIO DA DEPRECIÇÃO



FIGURA 4 - PERÍODO DE TRANSIÇÃO

FONTE: STN (2010).

Determinada a data corte, todos os bens adquiridos após essa data deverão ser reconhecidos como ativo imobilizado caso sejam mantidos para uso na produção ou fornecimento de bens ou serviços, ou para fins administrativos, inclusive os decorrentes de operações que transfiram para a entidade os benefícios, riscos e controle desses bens.

Após o reconhecimento a entidade, por meio dos setores de patrimônio e contábil, deverá proceder com a men-

suração no reconhecimento optando pelo método do custo ou valor justo. O primeiro envolve todos os gastos necessários para que o bem se encontre nas condições de uso pela entidade. Já o valor justo, em linhas gerais, assemelha-se ao valor de mercado.

Dessa forma, por exemplo, os bens móveis e imóveis devem ser mensurados inicialmente pelo custo ou valor justo, adotando-se, posteriormente, procedimentos de mensuração após o reconhecimento inicial (como a depreciação para o caso do ativo imobilizado).

A mensuração após o reconhecimento inicial evolui quatro procedimentos: método do custo, reavaliação, depreciação e *impairment*. A depreciação é a regra, e deve ser realizada individualmente para todos os itens do ativo imobilizado. Um item do ativo imobilizado deve ser evidenciado pelo custo menos qualquer depreciação e redução ao valor recuperável acumuladas.

Já a redução ao valor recuperável só deve ser reconhecida caso ocorra redução de perda de utilidade do bem, que pode ser identificada a partir do teste de *impairment*. Por fim, cada ente da federação deverá optar pelo método do custo ou reavaliação como sua política contábil e deve aplicar tal política para uma classe inteira de ativos imobilizados. A reavaliação é a adoção do valor de mercado ou do valor de consenso entre as partes, quando esse for superior ao valor líquido contábil.

Conforme o MCASP (2014), o item do ativo imobilizado cujo valor justo possa ser mensurado confiavelmente deve ser apresentado pelo seu valor reavaliado, correspondente ao seu valor justo à data da reavaliação menos qualquer depreciação

e redução ao valor recuperável acumuladas subsequentes. A reavaliação deve ser realizada com suficiente regularidade para assegurar que o valor contábil do ativo não difira materialmente daquele que seria determinado usando-se seu valor justo na data das demonstrações contábeis.

A competência para reavaliar os bens é uma discussão que ainda não foi totalmente sanada. Observa-se que não existe na Lei 4.320/1964 proibição para que a própria entidade pública realize o procedimento de reavaliação. Assim, o art. 106 faculta a reavaliação a critério da administração, consignando que “poderão ser feitas reavaliações dos bens móveis e imóveis.”

A Lei nº 6.404 de 1976, estabelece que a avaliação do imobilizado deverá ser realizada por peritos ou empresa especializada:

Art. 8º A avaliação dos bens será feita por 3 (três) peritos ou por empresa especializada, [...]

Por fim, a Resolução 345/90-CONFEA – Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia determinam que:

Art. 2º - Compreende como a atribuição privativa dos engenheiros em suas diversas especialidades, as perícias e avaliações de bens móveis e imóveis, ...

Frisa-se, por fim, que a reavaliação é uma política contábil discricionária da entidade pública que poderá optar por realizá-la ou não. Portanto, não é um procedimento obrigatório caso não seja a política da entidade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os procedimentos técnicos da Gestão do Patrimônio Público envolvem, necessariamente, dois setores de uma entidade pública: Contábil e Patrimônio. O envolvimento e a interligação entre esses setores devem ser vistos como algo fundamental para o processo de gestão do patrimônio.

Infelizmente, hoje, a maioria das entidades públicas utiliza sistemas – contábeis e de controle patrimonial – que não se comunicam entre si para o registro dos fenômenos que estão relacionados aos bens móveis e imóveis. A falta de integração entre os sistemas aumenta a possibilidade de erros dos registros.

O recebimento de um bem, por exemplo, necessita que seja registrado pelo setor de patrimônio, quando de seu recebimento, e posteriormente esse setor envia a contabilidade o relatório de entrada de bens para que ela possa, também, registrar esse bem. Assim, caso houvesse a integração dos sistemas só haveria necessidade de um lançamento pelo setor de patrimônio que integrado ao contábil levaria a informação.

Portanto, se os sistemas não são integrados espera-se que esses dois setores tão essenciais de uma entidade pública busquem uma sintonia na comunicação para que a gestão patrimonial dos bens móveis e imóveis ocorra da forma mais adequada possível.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964.** Estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4320.htm>.

_____. **Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976.** Dispõe sobre as sociedades por ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm>.

_____. Secretaria do Tesouro Nacional. **Manual de contabilidade aplicada ao setor público:** aplicado à União, Estados e Municípios. 6. ed. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, Coordenação-Geral de Normas de Contabilidade Aplicadas à Federação, 2014.

_____. **Avanços Recentes e Perspectivas da Convergência aos Padrões Internacionais de Contabilidade do Setor Público.** 2016.

CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE. **Normas Internacionais de Contabilidade para o setor público.** 2010. Disponível em: <<http://www.cfc.org.br>>.

_____. **Resolução n. 1.128, de 21 de novembro de 2008.** Aprova a NBC T 16.1: conceituação, objeto e campo de aplicação. Disponível em: <<http://www.cfc.org.br>>.

_____. **Resolução n. 1.137, de 21 de novembro de 2008.** Aprova a NBC T 16.10: avaliação e mensuração de ativos e passivos em entidades do setor público. Disponível em: <<http://www.cfc.org.br>>.

ELABORANDO O ANEXO DE METAS FISCAIS: UMA VISÃO PRÁTICA DA APLICAÇÃO DOS CONCEITOS DE RESULTADOS FISCAIS¹

FEIJÓ, Paulo Henrique²

Inicialmente vamos combinar que quando falarmos de meta fiscal estaremos nos referindo a metas de resultado primário e resultado nominal. Mas qual a necessidade e importância de se fixar metas fiscais? As metas são direcionadoras da política fiscal de cada ente da Federação, isto é, quando o governo define que buscará atingir meta de superávit primário, está indicando que irá gastar menos do que arrecadará da sociedade, considerando tão somente as receitas e as despesas primárias. Por analogia com a contabilidade, pode-se associar que receitas e despesas primárias são as receitas e despesas operacionais, ou seja, aquelas típicas de operações

-
- 1 Este artigo está baseado no livro Entendendo Resultados Fiscais, publicado pela Editora Gestão Pública, tendo sido transformado em artigos para utilização exclusiva desta publicação do Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Para aquisição do livro com o conteúdo completo de toda a série acesse www.gestaopublica.com.br.
 - 2 Graduado em Ciências Contábeis e Atuariais pela Universidade de Brasília (UNB) e Pós-Graduado em Contabilidade e Finanças pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Coautor dos Livros: Gestão de Finanças Públicas: Fundamentos e Práticas de Planejamento, Orçamento e Administração Financeira com Responsabilidade Fiscal; Curso de Siafi: Teoria e Prática da Execução Financeira no Siafi – Volume 1 - Execução Orçamentária e Financeira; Volume 2: Suprimento de Fundos; Entendendo Resultados Fiscais; Entendendo a Contabilidade Orçamentária Aplicada ao Setor Público; Caderno de Slides, Resumos e Exercícios do Livro Entendendo a Contabilidade Orçamentária. Autor dos livros Entendendo as Mudanças na Contabilidade Aplicada ao Setor Público; Caderno de Slides, Resumos e Exercícios do Livro Entendendo as Mudanças nas CASP. Representante do CFC na Associação Interamericana de Contabilidade (AIC).

do governo. Isso significa dizer que não incluem as receitas de operações de crédito, de juros da dívida nem de alienação de bens, tampouco as despesas com juros e amortização da dívida nem aquelas decorrentes de concessões de empréstimos com retorno garantido.

Na linguagem popular e de forma simplista, o objetivo da metodologia é saber se o governo “sobrevive” ou custeia suas necessidades e seus “sonhos” com as receitas que retira da sociedade, considerados os tributos, as contribuições, as receitas decorrentes de serviços prestados e aquelas originárias da exploração do seu patrimônio, entre outras.

1 A OBRIGATORIEDADE DE ESTABELECEER E MONITORAR A META FISCAL

Já em seu primeiro artigo, a Lei de Responsabilidade Fiscal faz a correlação entre gestão fiscal responsável e a definição de metas de receitas e despesas:

Art. 1º. [...]

§ 1º A **responsabilidade na gestão fiscal** pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o **equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas** e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar. (Grifo nosso)

Ainda de acordo com a LRF, integrará o projeto de lei de diretrizes orçamentárias Anexo de Metas Fiscais, em que serão fixadas 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. O AMF conterá também a avaliação do cumprimento das metas relativas ao ano anterior e demonstrativo das metas anuais, instruído com memória e metodologia de cálculo que justifiquem os resultados pretendidos, comparando-as com as fixadas nos três exercícios anteriores, e evidenciando a consistência das mesmas com as premissas e os objetivos da política econômica nacional³.

O objetivo de se estabelecer metas para três exercícios financeiros consecutivos é sinalizar à sociedade qual será a tendência de trajetória da política fiscal (receitas menos despesas) do governo, visto que o comportamento da política fiscal é um importante parâmetro para as empresas elaborarem seu planejamento.

Uma vez definidas as metas fiscais, a LRF prevê o monitoramento do cumprimento das mesmas, o que é fundamental para que não se tornem uma peça de ficção. Neste sentido, determina que, se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal constantes do AMF, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos 30 dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias⁴.

3 LRF, art. 4º, §§ 1º e 2º.

4 LRF, art. 9º.

A LRF determina também o acompanhamento parlamentar ao exigir que, até o final dos meses de maio, setembro e fevereiro, o Poder Executivo deve demonstrar e avaliar o cumprimento das metas fiscais do quadrimestre anterior, em audiência pública na Comissão Mista de Orçamento ou equivalente nas Casas Legislativas estaduais e municipais⁵.

Com o objetivo de incentivar o controle social, acompanharão o Relatório Resumido da Execução Orçamentária (RREO) demonstrativos relativos à apuração dos resultados nominal e primário⁶.

Ao tratar da fiscalização da gestão fiscal, a LRF determina que o Poder Legislativo, diretamente ou com o auxílio dos Tribunais de Contas, e o sistema de controle interno de cada Poder e do Ministério Público fiscalizarão o cumprimento das normas previstas na própria lei complementar, com ênfase no que se refere ao atingimento das metas que integram a lei de diretrizes orçamentárias⁷.

E o que acontece se o gestor não propuser metas fiscais ou deixar de ordenar o contingenciamento de despesas para cumprimento das metas? De acordo com a legislação⁸, constitui infração administrativa contra as leis de finanças públicas, punida com multa de 30% dos vencimentos anuais do agente que lhe der causa, sendo o pagamento da multa de sua responsabilidade pessoal:

- a) propor lei de diretrizes orçamentárias anual que não contenha as metas fiscais na forma da lei;

5 LRF, art. 9º, § 4º.

6 LRF, art. 53, inc. III.

7 LRF, art. 59.

8 Lei nº 10.028/2000, art. 5º.

- b) deixar de expedir ato determinando limitação de empenho e movimentação financeira, nos casos e condições estabelecidos em lei.

A infração será processada e julgada pelo Tribunal de Contas a que competir a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da pessoa jurídica de direito público envolvida.

Diante do exposto, podemos observar que, depois da LRF, meta fiscal tornou-se coisa séria. Daí, precisamos entender melhor como definir de forma correta a meta fiscal para o exercício.

2 CONVERSANDO SOBRE META FISCAL

Qual a regra para se fixar as metas de resultados primário e nominal para o exercício? A princípio só será preciso determinado ente obter meta de superávit primário, se houver necessidade de redução do endividamento. Como regra geral, a função dos governos é arrecadar tributos da sociedade e devolver sob a forma de contraprestação de bens e serviços. Assim, se o governo arrecada e não gasta com o fornecimento de serviços ou execução de obras em benefício da sociedade, para simplesmente ter sobra de caixa, como se fosse lucro, na essência não está cumprindo sua função.

No entanto, partindo-se dessa premissa, a cada exercício o governo deverá gastar tudo o que arrecadar? Estará descumprindo sua missão ao definir meta de superávit, apesar de pequena? A meta fiscal será estabelecida em função da necessidade ou não de redução do endividamento de cada ente da Federação, mas mesmo quando o ente não possui dívida pode trabalhar com meta de superávit primário que funcione como uma “reserva técnica” para eventualidades não previstas, assim como, de forma prudente, se faz no orça-

mento doméstico. Qual o valor da meta neste caso? Não há uma regra absoluta e tampouco a legislação exige um valor, pois se trata de poder discricionário de quem faz a gestão das finanças, na busca da sustentabilidade fiscal, e deve-se discutir a cada ano, tendo-se como base a conjuntura econômica presente e futura.

Se por um lado somente faz sentido ter meta de superávit se existir a necessidade de controle da trajetória de endividamento, então pode determinado ente propor meta de déficit primário? Em outras palavras, pode um município anunciar que vai gastar em despesas primárias mais do que arrecada de receitas primárias? Tal conduta está condizente com os princípios de responsabilidade fiscal? Sim, o ente pode anunciar que terá como meta um déficit primário, pois o objetivo da Lei de Responsabilidade Fiscal não é proibir os entes de se endividarem, mas que haja um controle do nível de endividamento em patamares responsáveis ou dentro dos limites fixados. Mas que limites são estes? Há limite para o estoque da dívida (total) e outro para o fluxo de endividamento anual, definido para Estados, Distrito Federal e Municípios nas Resoluções do Senado Federal nºs 40 e 43, ambas de 2001. Tais resoluções estabelecem que o montante da dívida dos Estados e do Distrito Federal não poderá exceder a 200% da receita corrente líquida e o dos Municípios não poderá ser superior a 120% da RCL. E o que acontece se os entes extrapolarem esses limites? Além das punições previstas pela LRF, eles deverão obter superávit primário (sobra de receitas primárias) necessário à recondução da dívida ao limite, promovendo, entre outras medidas, limitação de empenho e movimentação financeira⁹.

9 LRF, art. 31, § 1º, inc. II.

Novamente observamos que as regras para os governos não são tão diferentes do que ocorre na economia doméstica, isto é, na nossa casa. Todos nós temos sonhos, que normalmente são maiores do que nosso salário. O que o cidadão faz quando não tem salário suficiente para financiar seus sonhos? Simples, parcela a realização dos sonhos. Logo, seja nas finanças domésticas ou nas finanças governamentais está se tratando de questões alocativas, ou seja, de como aplicar os recursos obtidos num determinado período na realização das necessidades básicas e dos sonhos. Assim, imagine que um cidadão deseje comprar um carro. Considerando que os seus recursos ao longo do tempo são limitados e que não haverá ganhos extras (doações, receitas de loterias, prêmios, etc.), existem basicamente apenas duas formas honestas para ele realizar este sonho: (i) poupar no presente para gastar no futuro, ou seja, durante vários meses gastar menos do que ganha e guardar o dinheiro para comprar o que deseja no futuro; (ii) consumir além do que ganha no presente, antecipando o sonho por meio de financiamento (geração de dívida), e, em consequência, ser obrigado a diminuir o consumo no futuro, pois durante alguns meses terá que gastar menos do que ganha para pagar o principal da dívida (amortizar) e ainda honrar com o pagamento dos juros, que será o preço a pagar pela antecipação do sonho.

Os governos também podem antecipar seus sonhos, desde que a antecipação seja sustentável ao longo do tempo. Enfim, desde que as parcelas a serem pagas estejam condizentes com a sua capacidade de pagamento. Por exemplo, imagine que determinado ente pretenda atrair empresas para a região e criar um polo industrial. No entanto, para que as

empresas se instalem será necessária a realização de obras de infraestrutura, como estradas e redes de esgoto e de águas pluviais. Contudo, ao se avaliar o nível de investimento requerido, verificou-se que estava em patamar superior à capacidade de geração de receitas no exercício. Por outro lado, também foi observado que o ente poderia comprometer parte das receitas arrecadadas a cada exercício com as obras de infraestrutura, mas a parcela a ser destinada não seria suficiente para que o conjunto das obras estivesse pronto em tempo razoável e isso atrasaria a instalação das empresas, inclusive com o risco de que estas migrassem para outro ente da Federação. Diante dessa perspectiva, o governo optou por buscar financiamento, junto ao Banco Nacional de Desenvolvimento Social, a ser pago em 20 anos com taxa de juros razoável. Logo, no exercício em que for executada a obra, tendo como fonte receitas de operações de crédito (financiamento), o município terá déficit primário, isto é, vai gerar despesas primárias sem as correspondentes fontes de receitas primárias, pois operações de crédito não são consideradas receitas primárias.

Assim, o mais importante é estabelecer a meta fiscal acompanhada das justificativas técnicas que nortearam a decisão do governante em determinado exercício de gastar mais ou menos do que vai arrecadar. Em resumo, depois da LRF todo governante deve dar satisfação à sociedade e, em consequência, aos mercados, sobre como vai conduzir a política fiscal do ente no horizonte de três anos, pois, de acordo com a referida lei, as metas devem ser fixadas para três exercícios, sendo que a do ano de referência da LDO deve ser perseguida e cumprida, enquanto que as metas dos dois exercícios subsequentes servirão como indicativo da política fiscal.

Mas em que instrumento devem-se evidenciar as metas fiscais? A LRF incorporou à LDO o Anexo de Metas Fiscais. Portanto, a cada ano o ente da Federação deve elaborar e encaminhar junto com o projeto de lei de diretrizes orçamentárias o AMF, no qual constarão as 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 seguintes¹⁰.

Diante de tudo o que foi explicitado até aqui deve-se compreender que:

- a) a LRF obriga a que se divulgue meta fiscal e não meta de superávit, podendo, inclusive, o ente propor como meta a geração de déficit;
- b) nem sempre é melhor definir metas de superávit primário elevadas, pois isso pode em determinadas situações significar que o governante está retirando da sociedade, sob forma de tributação, valores superiores à necessidade, não gerando retorno por meio de contraprestação em bens e serviços;
- c) de maneira geral não existe valor definido nem regra específica para se definir o montante da meta fiscal, porque depende de como o governante deseja conduzir a política fiscal, sempre em busca de que seja sustentável;
- d) somente há obrigatoriedade de se definir meta de superávit primário quando extrapolado o limite da dívida, situação em que a meta de resultado deve ser aquela necessária à recondução da dívida ao limite (art. 31 da LRF).
- e) caso o ente esteja acima do limite de endividamento estabelecido pelo Senado Federal, deverá obrigatoriamente gerar superávit nominal, para que seja utilizado para amortização da dívida.

¹⁰ LRF, art. 4º, § 1º.

3 COMO DEVEM SER APRESENTADAS AS METAS FISCAIS

O Manual dos Demonstrativos Fiscais define a estrutura padronizada para todos os entes da Federação dos demonstrativos exigidos pela LRF. O quadro a seguir exemplifica a estrutura em que cada ente deverá demonstrar as metas fiscais para os três exercícios, de acordo com o MDF.

<ENTE DA FEDERAÇÃO> LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS ANEXO DE METAS FISCAIS METAS ANUAIS <ANO DE REFERÊNCIA>									
AMF – Demonstrativo I (LRF, art. 4º, § 1º)						R\$ 1,00			
ESPECIFICAÇÃO	<Ano de Referência>			<Ano+1>			<Ano+2>		
	Valor Corrente (a)	Valor Constante	% PIB (a/PIB) x 100	Valor Corrente (b)	Valor Constante	% PIB (b/PIB) x 100	Valor Corrente (c)	Valor Constante	% PIB (c/PIB) x 100
Receita Total									
Receitas Primárias (I)									
Despesa Total									
Despesas Primárias (II)									
Resultado Primário (III) = (I - II)									
Resultado Nominal									
Dívida Pública Consolidada									
Dívida Consolidada Líquida									
Receitas Primárias Advindas de PPP(*) (IV)									
Despesas Primárias Geradas por PPP (V)									
Impacto do Saldo das PPP (VI) = (IV - V)									

(*) PPP=Parceria Público Privada

QUADRO 10.1 - METAS ANUAIS

FONTE: Manual de Demonstrativos Fiscais.

De forma a auxiliar a elaboração do demonstrativo de metas anuais, o MDF traz alguns parâmetros básicos para construção do cenário macroeconômico que podem ser utilizados para

se chegar aos valores apresentados, no demonstrativo, entre os quais se destacam:

- a) **Crescimento real do PIB (% anual)** – Para a União deve ser adotado como parâmetro o valor projetado do PIB nacional, divulgado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)¹¹. Na coluna % PIB, no caso dos Estados e do Distrito Federal, se estes não obtiverem, por conta própria, a projeção do PIB nacional, poderão utilizar a projeção do PIB nacional constante da LDO da União. No caso dos Municípios, se as projeções do PIB do respectivo Estado não forem disponibilizadas pelo IBGE nem pelo governo estadual, as colunas relativas ao % PIB não devem ser preenchidas até que o IBGE, a entidade representante do Estado ou a própria Secretaria de Planejamento elaborem as projeções.
- b) **Projeções realizadas pelos Estados, Distrito Federal, IBGE ou institutos equivalentes** – Nas projeções do PIB, como parâmetro para o cálculo dos valores correntes das metas fiscais anuais para Estados, Distrito Federal e Municípios, devem ser utilizadas as projeções feitas pelos próprios Estados e pelo Distrito Federal, pelo IBGE ou por institutos equivalentes. No caso dos Municípios, foi disponibilizado pelo IBGE o Relatório Metodológico de Cálculo dos PIB dos Municípios.
- c) **Projeção dos índices de inflação e das taxas de câmbio e de juros (Selic)** – Como parâmetros para

11 Endereço eletrônico: www.ibge.gov.br.

o cálculo dos valores correntes das metas fiscais anuais e para o cálculo do valor constante, podem ser utilizadas as projeções disponibilizadas pelo Banco Central em seus relatórios sobre inflação. Não havendo projeção para os três exercícios posteriores ao ano de elaboração da LDO, pode-se repetir a última projeção disponibilizada nos demais exercícios. Também é possível utilizar as expectativas de mercado para a taxa de inflação, de câmbio e de juros divulgados pelo Bacen e pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada¹².

- d) Índice de **inflação** - O ente governamental deverá adotar o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), divulgado pelo IBGE.
- e) **Variação no valor das transferências constitucionais recebidas** – Quando esse valor for relevante em relação ao total das receitas auferidas pelo ente.

Vale ressaltar que as metas devem ser apresentadas em relação ao valor projetado do Produto Interno Bruto nacional para a União, Estados e Distrito Federal. No caso dos Municípios, o percentual será calculado em relação ao valor projetado do PIB dos respectivos Estados, até um milésimo por cento (0,001%). Não obstante o MDF exigir que as metas tenham relação com o PIB, entendemos que este parâmetro é mais compatível quando se trata de metas de país ou o caso da União. Para Estados e Municípios, entendemos que o melhor parâmetro para comparação deve ser a receita corrente líquida, pois todos os indicadores de monitoramento do

12 Endereços eletrônicos: www.bcb.gov.br e www.ipeadata.gov.br.

endividamento dos Estados, DF e Municípios têm como denominador a RCL.

Assim, no caso prático que será apresentado a seguir serão trabalhados os controles tendo por base a RCL do exercício e as projetadas para os exercícios seguintes. É importante destacar que o fato de cada ente trabalhar o controle das metas fiscais baseando-se na RCL não impede que as metas sejam demonstradas com base no PIB.

4 CASO PRÁTICO PARA SEDIMENTAR OS CONCEITOS

Agora, caro leitor, imaginemos que o novo prefeito de uma cidade assumiu em seu primeiro mandato e encontrou o município com uma dívida consolidada líquida (DCL) de R\$ 275.000 e receita corrente líquida (RCL) de R\$ 250.000; portanto, uma DCL equivalente a 110% da RCL do ano anterior (ano 0). Considerando que o município recebeu alerta do Tribunal de Contas informando que já havia atingido mais de 90% do limite de endividamento estipulado pela Resolução nº 40/2001 do Senado, que é de 120%, o prefeito tomou a decisão estratégica de que, a partir do primeiro ano de mandato (ano 1), a DCL deverá seguir trajetória decrescente de 10% ao ano em relação à RCL, conforme tabela abaixo. Assim, o objetivo é que, ao final do terceiro ano de mandato, a dívida represente 80% da RCL do mesmo período:

Trajетória da Dívida	ANO 1	ANO 2	ANO 3
Meta de DCL em relação à RCL (%)	100% da RCL	90% da RCL	80% da RCL

É possível alcançar essa meta de duas formas, em separado ou simultaneamente: (i) “economizando” receitas primárias para utilizar para o pagamento dos juros e amortização da dívida; (ii) elevando a RCL em níveis superiores ao aumento da dívida. Logicamente que para o primeiro item se pode fazer um esforço de ambos os lados, ou seja, melhorar a arrecadação de receitas correntes e, ao mesmo tempo, gastar menos despesas primárias. Isso resultará numa “sobra” de recursos, que poderão ser destinados para o abatimento da dívida (amortização).

Estabelecida a trajetória desejável de redução do endividamento, precisa-se projetar o valor das receitas que serão arrecadadas no período. Neste caso não se trata de trabalho adicional, pois é medida obrigatória para a elaboração da lei orçamentária anual de qualquer ente.

4.1 PROJETANDO AS RECEITAS PARA O PERÍODO

Não obstante já existirem as previsões que constam para o orçamento do período, o prefeito recém-empossado ordenou ao seu secretário de Fazenda que fizesse uma nova estimativa da receita, porque a crise internacional poderia ter afetado as expectativas de receitas.

Para elaborar a previsão, é importante definir ou atualizar a grade de parâmetros macroeconômicos contendo as variáveis que influenciam as receitas orçamentárias. Depois de muitas discussões e análises, os técnicos do município chegaram à conclusão de que os principais parâmetros que influenciam as receitas municipais são: variação do PIB, taxa de juros e inflação. Eles então definiram a seguinte tabela de parâmetros macroeconômicos:

TABELA 1.1 – PARÂMETROS MACROECONÔMICOS

Parâmetro	ANO 1	ANO 2	ANO 3
PIB real (crescimento % anual)	3,0	3,0	3,0
Taxa real de juros implícitos sobre a DCL (média % anual)	3,0	3,0	2,0
Inflação média (% anual) projetada com base em índice oficial de inflação	4,0	4,0	4,0

FONTE: Elaboração dos autores.

Analizada a série histórica de arrecadação das principais receitas e aplicada sobre esta a influência dos parâmetros da tabela anterior, a equipe técnica chegou às seguintes previsões de receitas para o ano 1:

TABELA 1.2 - PROJEÇÃO DAS RECEITAS

Discriminação	IRF (*)	Valor (Ano 1)
I.1 RECEITA TOTAL (I.1 + I.2)		359.500
I.1 RECEITAS CORRENTES (I.1.1 + I.1.2 + I.1.3 + I.1.4 + I.1.5)		343.000
I.1.1 - Receitas Tributárias		120.500
I.1.1.1 - Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU)	P	5.500
I.1.1.2 - Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN)	P	71.000
I.1.1.3 - Imposto sobre Transmissão Inter Vivos de Bens Imóveis (ITBI)	P	2.500
I.1.1.4 - Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) sobre Rendimentos Pagos	P	28.500
I.1.1.5 - Outras Receitas Tributárias	P	5.500
I.1.1.6 - Taxas	P	7.500
I.1.2 - Receita de Contribuição		65.000
I.1.2.1 - Contribuição Previdenciária do Empregador	P	38.000
I.1.2.2 - Contribuição Previdenciária do Empregado	P	19.000
I.1.2.3 - Contribuição de Iluminação Pública	P	8.000

Discriminação	IRF (*)	Valor (Ano 1)
I.1.3 - Receita Patrimonial		16.500
I.1.3.1 - Imobiliárias	P	5.500
I.1.3.2 - Juros sobre Aplicações Financeiras	F	4.000
I.1.3.3 - Outras Receitas Patrimoniais	P	7.000
I.1.4 - Transferências Correntes		134.000
I.1.4.1 - Cota Fundo de Participação dos Municípios (FPM)	P	43.000
I.1.4.2 - Fundeb Retorno	P	32.000
I.1.4.3 - Lei Kandir (Lei Complementar nº 87/1996)	P	4.000
I.1.4.4 - Transferência Cide - Combustíveis	P	12.000
I.1.4.5 - Transferência IPI - Exportação	P	22.000
I.1.4.6 - Transferência do IPVA	P	10.000
I.1.4.7 - Transferência do ICMS	P	11.000
I.1.5 - Outras Receitas Correntes	P	7.000
I.2 - RECEITAS DE CAPITAL		16.500
I.2.1 - Operações de Crédito Internas	F	-
I.2.2 - Alienação de Bens	F	1.500
I.2.3 - Transferências de Capital	P	10.000
I.2.4 - Outras Receitas de Capital	P	5.000

FONTE: Elaboração dos autores.

(*) Indicador de Resultado Fiscal

Observe, caro leitor, que as receitas estão discriminadas sob a ótica econômica, isto é, separadas em receitas correntes e receitas de capital. Em cada categoria econômica, optou-se por discriminar os valores dentro das principais naturezas de receita. A separação das receitas entre correntes e de capital atende à visão econômica; no entanto, precisa-se ter uma visão do impacto fiscal de cada receita. A coluna “Resultado Fiscal” classifica as receitas em primárias (P) ou financeiras (F)¹³.

13 O Manual Técnico de Orçamento (MTO), elaborado pela Secretaria de Orçamento Federal (SOF) e publicado a cada exercício, traz o Indicador de Resultado Primário para todas as naturezas de receita.

4.2 CALCULANDO A RECEITA CORRENTE LÍQUIDA ESTIMADA

A partir da previsão das receitas, pode-se calcular o valor da RCL estimada para o exercício. Por definição da LRF, para fins de cálculo da RCL, as receitas correntes do exercício devem ser consideradas sem duplicidades, ou seja, devem-se excluir as receitas geradas entre operações que integram o próprio ente, também denominadas de receitas intraorçamentárias. Das rubricas discriminadas na tabela anterior a mais comum e unicamente identificável como intraorçamentária é a Contribuição Previdenciária do Empregador (prefeitura pagando sua parte ao fundo de previdência). Assim, do valor total das receitas correntes deve-se deduzir a referida contribuição (R\$ 342.700 - R\$ 38.000 = R\$ 304.700).

A LRF estabelece ainda deduções para fins de apuração da RCL em cada ente, entre as quais se destacam, para fins do exercício, a transferência constitucional ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb) e a Contribuição do Empregado. O Fundeb é originário do percentual (20%) de algumas receitas arrecadadas pela prefeitura (ITR), de determinadas transferências recebidas da União (FPM e IPI-Exp.) e de algumas transferências recebidas do Estado (ICMS), totalizando R\$ 18.000. De acordo com as previsões de receitas, a Contribuição Previdenciária do Empregado arrecadará R\$ 19.000. Logo, a RCL estimada para o período será de R\$ 268.000, conforme a seguir:

III - RECEITA CORRENTE LÍQUIDA (RCL)	268.000
III.1 - Receitas Correntes (Deduzidas Duplicidades)	305.000
III.2 - Transferências Constitucionais e Legais	(18.000)
III.3 - Contribuição Previdenciária do Empregado	(19.000)

4.3 ESTIMANDO A META DE RESULTADO NOMINAL

Estimada a receita corrente líquida do exercício, agora é possível atribuir valores às metas de redução do endividamento. Considerando que a trajetória de redução para o primeiro ano é diminuir a dívida consolidada líquida de 110% para 100% da RCL, têm-se os seguintes valores:

	ANO 0	ANO 1	META
Meta de Dívida Consolidada Líquida em relação à Receita Corrente Líquida (%)	110% da RCL	100% da RCL	-10% da RCL
Receita Corrente Líquida	250.000	268.000	18.000
Meta de Dívida Consolidada Líquida (R\$)	275.000	268.000	- 7.000

Na tabela acima, verifica-se que, considerada a estimativa de RCL calculada em função da projeção das receitas, deverá haver um esforço fiscal (meta de resultado nominal) de, no mínimo, R\$ 7.000 para que, ao final do exercício, haja uma redução da dívida do município de igual valor. Assim, tem-se a seguinte equação fundamental:

$$\text{Variação da DCL} = \text{Meta de Resultado Nominal} = \text{Valor da dívida a ser reduzido}$$

4.4 ESTIMANDO O ESFORÇO FISCAL (META DE RESULTADO PRIMÁRIO)

Por meio do extrato de movimentação da dívida, observa-se que, ao longo do exercício, o montante da mesma pode sofrer alterações. A ocorrência de novas operações de crédito, por exemplo, aumenta o estoque da dívida bruta, embora este não seja o caso do exercício em estudo. Porém, a dívida bruta também tem seu valor elevado pela apropriação dos juros do período. Para fins didáticos vamos considerar que toda receita com juros apropriada aos saldos de haveres financeiros será arrecadada e toda despesa com juros apropriada às obrigações será paga no exercício.

Portanto, a partir das estimativas da equipe técnica do município de que as despesas com juros serão da ordem de R\$ 7.000 em 20X1, ao final do ano, se não houvesse nenhum pagamento de dívida ao longo do exercício, a dívida do município será de R\$ 281.000 (dívida no ano 0 + juros - amortização = R\$ 275.000 + R\$ 6.000 - R\$ 0). No entanto, o ente pode ter despesa com juros sobre a dívida (**juros passivos**) e no mesmo período auferir receita com juros sobre aplicações financeiras (**juros ativos**). Ao montante dos juros ativos deduzidos dos juros passivos dá-se o nome de **juros líquidos** do período. Pode-se verificar pelo quadro de estimativa de receitas que há uma previsão de se auferir R\$ 4.000 de juros sobre aplicações financeiras (I.1.3.2), resultando nos juros líquidos negativos (despesa líquida de juros) do período de - R\$ 2.000 (juros ativos - juros passivos = R\$ 4.000 - R\$ 6.000 = - R\$ 2.000).

Cabe ressaltar que a meta de endividamento é uma

relação entre um conceito de **endividamento líquido** (a DCL) e a RCL. Desse modo, tal meta pode ser alcançada tanto pelo aumento de haveres financeiros (apenas acumulando disponibilidades, por exemplo) ou pela amortização de dívida bruta. Para fins didáticos, vamos supor que a RCL projetada será realizada. Dessa forma, o esforço fiscal (meta de resultado primário) terá que ser suficiente para pagar o juros da dívida e ainda sobrar recursos para que se faça a amortização do principal. Daí, tem-se outra equação básica:

$$\text{Esforço Fiscal} = \text{Meta de Primário} = \text{Valor da Dívida a ser reduzido} - \text{Juros Líquidos}$$

Observe que se o total de juros líquidos for negativo, terá que ser somado ao valor que será amortizado, caso em que o montante dos juros ativos é maior que os juros passivos. O quadro a seguir demonstra que será necessário atingir meta de resultado primário de R\$ 9.000 para pagar a despesa com juros líquidos do período de R\$ 2.000 e ainda sobrem R\$ 7.000 para serem utilizados na amortização da dívida.

(+) Resultado Primário Requerido (A)	9.000
(+) Juros sobre Aplicações Financeiras (B)	4.000
(-) Juros de Operações de Crédito (C)	(6.000)
(=) Resultado Nominal Requerido (D = A + B - C)	7.000

Considerando a meta de resultado nominal (R\$ 7.000) e o valor dos juros líquidos (- R\$ 2.000), pode-se calcular a meta de resultado primário pela seguinte equação:

$$\text{Resultado Nominal} = \text{Resultado Primário} + \text{Juros líquidos}$$

Neste caso, a meta de resultado primário deverá ser um valor que após ter deduzidos R\$ 2.000 para pagamento dos juros líquidos ainda resulte em R\$ 7.000 para serem utilizados na redução da dívida líquida. Portanto, este valor será de R\$ 9.000.

4.5 PROJETANDO AS RECEITAS PRIMÁRIAS

Uma vez calculadas as metas de resultado primário e nominal que viabilizarão a redução do endividamento aos patamares desejados, para fins de definição do espaço fiscal que o município terá para realizar de despesas primárias, será necessário separar as receitas em primárias e financeiras. Para isso, se o ente não classifica as naturezas de receitas por indicador de resultado fiscal, pode primeiro identificar as receitas financeiras, que são poucas e bem definidas, pois as demais receitas serão não financeiras ou primárias.

Será considerada receita não financeira (ou receita primária) toda operação que gerar redução da dívida líquida, exceto as relacionadas à apropriação de juros ativos (receitas financeiras). Em outras palavras, é o montante das receitas totais menos o montante das receitas financeiras. Por definição, são receitas financeiras: juros sobre aplicações financeiras, operações de crédito e alienação de bens.

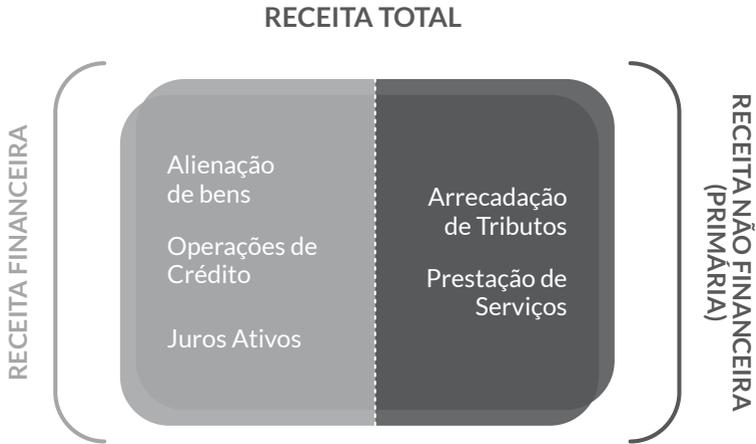


FIGURA 1.1 - SEGREGAÇÃO DE RECEITAS PRIMÁRIAS E FINANCEIRAS

FONTE: Elaborada pelos autores.

O cálculo para se identificar, com base na tabela de projeção de receitas, o montante das receitas primárias é assim representado:

(+) RECEITA TOTAL (A)	359.500
(-) Juros sobre Aplicações Financeiras (B)	(4.000)
(-) Operações de Crédito Internas (C)	-
(-) Alienação de Bens (D)	(1.500)
(=) Receitas Primárias (E = A - B - C - D)	354.000

É possível notar que, diante da decisão do prefeito de não fazer nenhuma operação de crédito nos próximos três anos, a prefeitura deverá auferir receitas financeiras oriundas apenas de vendas de ativos (alienação de bens) e de juros sobre os saldos de disponibilidades aplicadas. Logo, descontadas estas receitas, as receitas primárias (não financeiras) somarão R\$ 354.000.

4.6 DEFININDO O ESPAÇO FISCAL

Chama-se de espaço fiscal o valor máximo que se poderá gastar em despesas primárias de modo a garantir o cumprimento da meta de resultado primário. Será considerada despesa primária (ou despesa não financeira) toda operação que gerar aumento da dívida líquida, exceto as relacionadas à apropriação de juros passivos (despesas financeiras). Em outras palavras, é o montante das despesas totais menos o montante das despesas financeiras. São caracterizadas como despesas financeiras: juros sobre dívida, amortização de dívidas e concessão de empréstimos com retorno garantido.

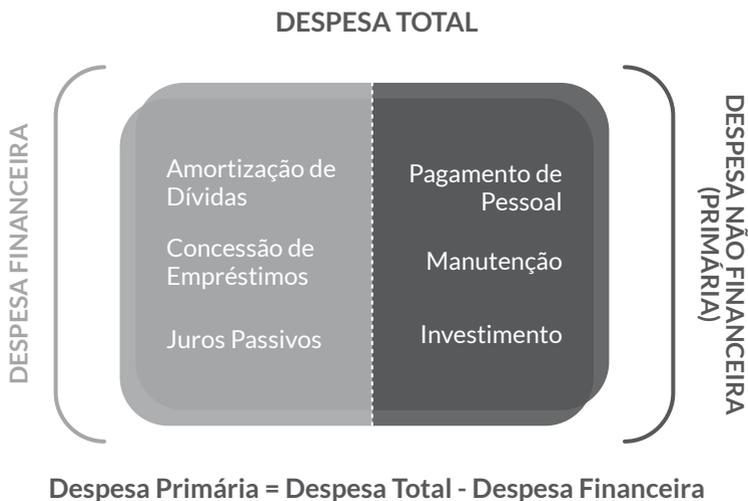


FIGURA 1.2 - SEGREGAÇÃO DE DESPESAS PRIMÁRIAS E FINANCEIRAS

FONTE: Elaborada pelos autores.

Para o cálculo do espaço fiscal, é suficiente ter o valor da meta de resultado primário requerida e o montante previsto de receitas primárias. Para isso, deve-se utilizar a seguinte equação:

Resultado Primário = Receitas Primárias - Despesas Primárias

Partindo do princípio de que em algumas situações os entes arrecadam receitas que devem ser obrigatoriamente transferidas para outro ente, pois normalmente decorrem de mandamento constitucional ou legal, para o cálculo do espaço fiscal devem-se considerar as receitas primárias líquidas das referidas transferências. Outra opção seria considerar estas transferências como despesas primárias. No exemplo, o município transfere apenas a contribuição ao Fundeb. Logo, tendo como base o valor da meta de resultado primário, o montante das receitas primárias e o valor das transferências, pode-se encontrar o valor máximo das despesas primárias para o período (espaço fiscal).

(+) Receitas Primárias (A)	354.000
(-) Transferências Constitucionais e Legais (B)	(18.000)
(=) Receitas Primárias Líquidas (C = A - B)	336.000
(-) Meta de Resultado Primário (D)	(9.000)
(=) Espaço Fiscal (E = C - D)	327.000

Dessa forma, o município poderá projetar no seu orçamento para o ano 1 despesas primárias até o montante de R\$ 327.000, pois arrecadará receitas primárias no valor de R\$ 354.000, mas transferirá de forma automática para o Fundeb R\$ 18.000, restando o montante de receita primária líquida de R\$ 336.000. No entanto, não poderá gastar toda essa receita, pois serão necessários R\$ 9.000 para o pagamento dos juros e amortização da dívida.

4.7 PROJETANDO O LIMITE PARA AS DESPESAS DISCRICIONÁRIAS

Há despesas no setor público para as quais “não tem choro nem vela”, isto é, acontecem de qualquer forma e são consideradas obrigatórias, caso das despesas com pessoal e dos encargos trabalhistas. Assim, a prioridade para utilização do espaço fiscal será acomodar, primeiramente, as despesas obrigatórias.

A equipe econômica do município projetou como despesas obrigatórias aquelas relacionadas na folha de pagamento (pessoal), a contribuição do empregador e outras despesas correntes obrigatórias (auxílio alimentação, vale transporte, benefícios sociais de caráter permanente, etc.), nos respectivos valores de R\$ 190.000, R\$ 38.000 e R\$ 25.000. Logo, o valor disponível para realização de despesas discricionárias (investimento, manutenção da administração, diárias, passagens, etc.) resultará do valor do espaço fiscal deduzidas as despesas obrigatórias.

$$\text{Despesas Discricionárias} = \text{Espaço Fiscal} - \text{Despesas Obrigatórias}$$

Aplicando-se a equação, o município poderá acomodar despesas discricionárias até o montante de R\$ 74.000 (R\$ 327.000 - R\$ 190.000 - R\$ 38.000 - R\$ 25.000). Então, restará ao município o montante de R\$ 74.000 para alocar em despesas com água, luz, telefone, diárias, passagens, limpeza, segurança dos prédios e investimentos, entre outras. Não existe tabela ou critério rígido para definir o que será considerado despesa obrigatória ou discricionária, implicando a prática em juízo de valor. Uma das principais características

da despesa discricionária é que possui margem de compressão e de possibilidade de ser contingenciada (não autorizada ou diminuída) podendo, no limite, não ser realizada. Exemplo clássico de despesa discricionária são os gastos com diárias e passagens, que, muitas vezes, não podem ser eliminados, mas reduzidos. A tabela a seguir demonstra como a equipe técnica do município estabeleceu o teto para as despesas discricionárias:

(+) Espaço Fiscal (A)	327.000
(-) Pessoal e Encargos Sociais (B)	(190.000)
(-) Contribuição Previdenciária do Empregador (C)	(38.000)
(-) Outras Despesas Correntes - Obrigatórias (D)	(25.000)
(=) Limite para Despesas Discricionárias (E = A - B - C - D)	74.000

4.8 PROJETANDO O LIMITE PARA INVESTIMENTOS

Das despesas primárias discricionárias a única que pode não ser realizada é o investimento, pois, por sua própria característica, representa algo novo. Como vimos existem despesas primárias discricionárias que podem ser diminuídas, mas jamais eliminadas, por exemplo, as despesas com telefone, diárias e passagens. A equipe técnica do município projetou essas despesas de manutenção em R\$ 55.000 e classificou-as como “Outras Despesas Correntes – Discricionárias”. Portanto, considerando que o espaço total para acomodar despesas discricionárias primárias é de R\$ 74.000, restarão para investimentos R\$ 19.000 (R\$ 74.000 - R\$ 55.000). A equação a seguir representa o cálculo do valor máximo de despesas com investimentos, que garantirá o cumprimento das metas fiscais:

Valor do Investimento = Despesas Discricionárias - Outras Despesas Correntes
Discricionárias

4.9 ESTIMATIVA DAS DESPESAS CORRENTES E DE CAPITAL PARA CUMPRIR A META FISCAL

Com a definição das despesas primárias obrigatórias e o espaço para as despesas primárias discricionárias, incluindo o valor que poderá ser investido no ano, pode-se agrupar as despesas segundo a ótica econômica. Além disso, para melhor identificação do que se caracteriza como despesa primária ou despesa financeira, é interessante classificar a despesa segundo o indicador de resultado fiscal. Dessa forma, melhora-se o controle das metas fiscais e, depois, o acompanhamento da execução orçamentária e financeira com vistas ao cumprimento da referida meta. Neste sentido, serão utilizados os seguintes indicadores de resultado fiscal:

Indicador de Resultado Fiscal

- 0 - Despesa Financeira
- 1 - Despesa Primária Obrigatória
- 2 - Despesa Primária Discricionária

A identificação do impacto fiscal da despesa com a utilização do indicador de resultado fiscal como classificador ajuda a cumprir alguns dispositivos da LRF:

- a) verificação se a proposta orçamentária está compatível com as metas fiscais estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, aprovado em conjunto com a LDO;
- b) elaboração da Programação Financeira Anual e do Cronograma Mensal de Desembolso, com vistas ao cumprimento da meta fiscal;

- c) adoção de limitação de empenho e programação financeira a cada bimestre, sempre que a reestimativa de receitas indicar o não cumprimento das metas de resultado primário. Neste caso, somente poderão ser limitadas as despesas com indicador fiscal 2 (primária discricionária).

Assim, incorporando ao quadro de análise das despesas municipais o indicador de resultado fiscal, as estimativas de despesas obrigatórias e os limites de despesas de investimento calculados até o momento estão apresentados na tabela a seguir:

TABELA 1.3 - PROJEÇÃO DAS DESPESAS

Discriminação	Indicador de Resultado Fiscal	Valor R\$ (Ano 1)
II.2 - DESPESAS CORRENTES		314.000
II.2.1 - Pessoal e Encargos Sociais (exceto Contribuição Previdenciária)	1 - Primária Obrigatória	190.000
II.2.2 - Contribuição Previdenciária do Empregador	1 - Primária Obrigatória	38.000
II.2.3 - Outras Despesas Correntes - Obrigatórias	1 - Primária Obrigatória	25.000
II.2.4 - Outras Despesas Correntes - Discricionárias	2 - Primária Discricionária	55.000
II.2.5 - Juros de Operações de Crédito Internas	0 - Financeira	6.000
II.3 - DESPESAS DE CAPITAL		26.000
II.3.1 - Amortização de Dívidas	0 - Financeira	7.000
II.3.2 - Investimento	2 - Primária Discricionária	19.000

A classificação da despesa de acordo com o indicador fiscal deve ser feita no conjunto dos classificadores que identificam o crédito orçamentário. Em geral, o classificador que melhor se adequa para identificação é a estrutura programática (programa, ação e localizador do gasto) juntamente

com a natureza da despesa (categoria econômica, grupo de natureza da despesa, modalidade de aplicação e elemento de despesa). Mesmo para os entes que seguem a normatização federal de aprovar o orçamento no nível de modalidade de aplicação, isto é, sem o elemento de despesa, é possível parametrizar nos sistemas o conjunto: estrutura programática + natureza da despesa.

O valor da amortização será igual ao valor do resultado nominal e é nesta rubrica (investimento) que se faz o ajuste para cumprimento da meta. Numa análise geral de todos os elementos apresentados, podemos resumir as projeções fiscais da seguinte forma:

TABELA 10.4 – ANÁLISE DAS PROJEÇÕES FISCAIS

Discriminação	Valor R\$ (Ano 1)
A. Receitas Primárias (Rec.Total - Rec. Juros - Rec. Op. Crédito. - Rec. Alienação)	354.000
B. Transferências Constitucionais e Legais (Contribuição ao Fundeb)	(18.000)
C. Receitas Primárias Líquidas (C = A - B)	336.000
D. Despesas Primárias Totais	(327.000)
D.1. Despesas Primárias Obrigatórias (Pessoal + Contrib. Previdenciária + Outras Despesas Correntes Obrigatórias)	(253.000)
D.2. Despesas Primárias Discricionárias (D.2 = D.2.1 + D.2.2)	(74.000)
D.2.1. Investimento	(19.000)
D.2.2. Demais Despesas Primárias Discricionárias	(55.000)
E. Resultado Primário (E = C - D)	9.000
F. Juros Líquidos (F = F.1 - F.2)	(2.000)
F.1. Receitas de Aplicação Financeira	4.000

Discriminação	Valor R\$ (Ano 1)
F.2. Despesa com Juros de Operações de Crédito	(6.000)
G. Resultado Nominal (G = E + F)	7.000

5 ANÁLISE DO EQUILÍBRIO ORÇAMENTÁRIO

No item anterior, fizemos uma análise da situação fiscal. Mas, ao finalizar a elaboração do orçamento do período, deve-se zelar pelo equilíbrio orçamentário sob a ótica econômica, onde o total das receitas previstas deve ser igual ao total das despesas fixadas. A Tabela 10.5 sintetiza as projeções sob a ótica econômica e os ajustes necessários para obtenção do equilíbrio orçamentário.

TABELA 1.5 – ANÁLISE DO EQUILÍBRIO ORÇAMENTÁRIO

Discriminação	Valor R\$ (Ano 1)
A. Receita Total (A = A.1 + A.2)	359.500
A.1. Receitas Correntes	343.000
A.2. Receitas de Capital	16.500
B. Transferências ao Fundeb	(18.000)
C. Despesa Total (C = C.1 + C.2)	(340.000)
C.1. Despesas Correntes	(314.000)
C.2. Despesa de Capital	(26.000)
D. Diferença (D = A - B - C)	1.500
E. Ajuste para Alcançar o Equilíbrio Orçamentário	(1.500)
E.1. Receitas Financeiras (exceto juros sobre aplicação financeira)	-

Discriminação	Valor R\$ (Ano 1)
E.2. Despesas Financeiras (exceto juros de operações de crédito)	(1.500)
F. Diferença para Fins de Equilíbrio Orçamentário	-

FONTE: Elaboração dos autores.

De acordo com a tabela, constata-se que, depois de efetuar as projeções de receitas e despesas primárias para garantir o cumprimento das metas fiscais, a equipe econômica verificou que do total das receitas (R\$ 359.500), deduzidas as transferências ao Fundeb (R\$ 18.000) e diminuídas as despesas totais (R\$ 340.000), ainda restavam R\$ 1.500 para se preservar o equilíbrio orçamentário. Esta sobra deverá prioritariamente ser alocada para despesas financeiras que não afetem o cálculo dos resultados primário e nominal, pois todas as projeções para cumprimento da meta fiscal estão fechadas.

Basicamente, das despesas financeiras que não afetam os resultados primário e nominal, nem a meta em si, resta a concessão de empréstimos com retorno garantido. Mas o que significa isso em termos de políticas públicas? Significa que a prefeitura poderia utilizar estes R\$ 1.500 para criar uma linha de financiamento visando a fomentar algum setor da economia municipal, como a agricultura ou a produção de artesanatos. Nesse caso, os interessados poderiam obter empréstimo subsidiado, isto é, a juros mais baixos que os de mercado, desde que oferecessem garantias de pagamento do empréstimo. Assim, a despesa seria considerada uma despesa financeira, pois a concessão do empréstimo geraria um crédito a receber para a prefeitura, denominado na linguagem

técnica de **haver financeiro**, e, em consequência, não afetaria a dívida líquida do município. Caso o município utilizasse a referida sobra para amortizar ainda mais a dívida, a meta de resultado nominal seria maior do que a requerida.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000**. Lei de responsabilidade fiscal. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 15 dez. 2014.

_____. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. **Manual de demonstrativos fiscais**. 6. ed. (Válido para 2015). Disponível em: <<https://www.tesouro.fazenda.gov.br/-/mdf>>. Acesso em: 24 jan. 2015.

D'ÁVILA JR., Antonio; FEIJÓ, Paulo Henrique. **Entendendo resultados fiscais**. Brasília: Gestão Pública, 2015.

A IMPORTÂNCIA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS PARA O PROCESSO DE CONVERGÊNCIA DA CONTABILIDADE AOS PADRÕES INTERNACIONAIS

SOUZA, Gustavo Felipe Ripper Chalhéo Tupinambá de¹
CARVALHO JÚNIOR, Jorge Pinto de²

1 INTRODUÇÃO

A gestão salutar de qualquer entidade, pública ou privada, perpassa pelo adequado processo de planejamento das ações a serem por ela empreendidas, buscando compatibilizar os resultados almejados aos recursos disponíveis. Para planejar é fundamental deter métodos e, principalmente, informações confiáveis que possibilitem mapear as condições presentes existentes, projetar cenários futuros e traçar estratégias para mitigação de eventuais riscos que possam comprometer o alcance dos objetivos pactuados, caso venham a se concretizar.

-
- 1 Graduado em Ciências Contábeis pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ; Agente de Fiscalização do TCM-SP; Experiência na área de auditoria externa independente em empresas nacionais e internacionais.
 - 2 Especialista em Gestão Pública Municipal, Contabilidade Governamental, Direito Público e Controle Municipal; Graduado em Ciências Contábeis pela Universidade do Estado da Bahia – UNEB; Agente de Fiscalização do TCM-SP; Ocupou cargos de Controlador Municipal e Secretário de Administração, Finanças e Planejamento em municípios baianos. Foi Superintendente de Normas Técnicas e Substituto Eventual do Contador Geral do Estado do Rio de Janeiro – SEFAZ/RJ. Autor de livros de Contabilidade Aplicada ao Setor Público e instrutor credenciado pela Secretaria do Tesouro Nacional – STN.

A geração de informações físicas e financeiras dotadas dos atributos da fidedignidade e da tempestividade é possível graças à contabilidade, ciência social que tem por objeto o patrimônio das entidades por ela alcançadas. Com uma boa contabilidade os acionistas, sócios, empregados, fornecedores, clientes, gestores públicos, sociedade e quaisquer outros interessados na entidade analisada terão meios para tomar decisões, de acordo com as suas necessidades e intenções em relação à mesma.

Ocorre que, como qualquer outra ciência, a contabilidade também possui desafios permanentes a serem enfrentados, dentre os quais se destaca a qualificação do que deve ser registrado (avaliação qualitativa) e a atribuição do seu valor (avaliação quantitativa). Essas avaliações constituem o processo denominado como mensuração.

Segundo o Pronunciamento Conceitual Básico (CPC 00 - R1), emitido pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis, a mensuração

[...] é o processo que consiste em determinar os montantes monetários por meio dos quais os elementos das demonstrações contábeis devem ser reconhecidos e apresentados no balanço patrimonial e na demonstração do resultado. Esse processo envolve a seleção da base específica de mensuração.

Como se percebe, a informação só será útil se o processo de mensuração for bem empregado, adotando-se técnicas precisas e conceitualmente amparadas. Tal desafio amplia-se ainda mais, ao considerar que, com a globalização, tornou-se indispensável estabelecer padrões mundialmente uniformes de

contabilização para todas as entidades, de forma que os dados disponibilizados sejam compreensíveis mesmo entre empresas e governos de países distintos.

O setor público brasileiro, a exemplo do que se verificou na iniciativa privada nos anos de 2007 e 2009, também passa por um momento de adaptação dos seus procedimentos contábeis a práticas internacionalmente aceitas. Para tanto, o órgão regulador da profissão contábil no país, o Conselho Federal de Contabilidade - CFC, vem editando uma série de normas com base nas IPSAS – *International Public Sector Accounting Standards* – de autoria da IFAC – *International Federation of Accounting*, orientações estas que constituem o padrão amplamente aceito em termos conceituais contábeis para governos, em escala global.

Silva (2015, p. 9) aduz, nesse sentido, que

[...] com a expansão dos mercados e a globalização da economia, surge a necessidade, nas entidades, da elaboração de demonstrações contábeis baseadas em critérios uniformes e homogêneos, de modo que os gestores, investidores e analistas de todo o mundo possam utilizar informações transparentes, confiáveis e comparáveis, nos processos de tomadas de decisões.

O principal órgão preocupado com essa necessidade na área pública e, portanto, com a convergência das normas contábeis internacionais é o IFAC – *International Federation of Accounting*, uma organização de abrangência global com foco na profissão contábil, que edita normas contábeis referentes ao padrão ético da profissão ao setor público, as IPSAS – *International Public Sector Accounting Standards*, que

são voltadas à qualidade, à auditoria, à formação educacional.

As primeiras dez normas de contabilidade aplicadas ao setor público foram publicadas pelo CFC no ano de 2008; a décima primeira norma foi lançada em 2011; e nesse ano de 2016, iniciou-se um novo ciclo de revisão e convergência de IPSAS que culminará na disponibilização de trinta e duas normas internacionais adaptadas à realidade brasileira até o ano de 2021.

Aliada ao CFC na implementação das IPSAS convergidas, a Secretaria do Tesouro Nacional – STN também vem editando diversos atos, a exemplo de portarias fixando prazos para adoção de boas práticas contábeis, manuais e instruções de procedimentos, com o fito de auxiliar os profissionais da área no “fazer contábil”. O Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público, um dos principais normativos elaborados pela STN, encontra-se atualmente na sexta edição, já tendo sido colocados em consulta pública alguns capítulos da sétima edição, que terá vigência a partir de 2017.

Se o processo de mensuração dos fatos contábeis por si só já é desafiador, em um ambiente de mudanças as dificuldades se tornam ainda maiores. É necessário modificar a cultura dos profissionais pari passu à sua capacitação profissional para adequação à nova realidade normativa. Esse processo não é usualmente rápido e demanda a participação ativa dos órgãos reguladores e, especialmente na área governamental, dos fiscalizadores.

É nesse contexto que se inserem os Tribunais de Contas, órgãos de controle externo que possuem dentre as suas funções, a de apreciar a qualidade das contas prestadas

pelos seus jurisdicionados. Para bem desempenhar o seu mister institucional, os Tribunais deverão fomentar a adoção das práticas contábeis internacionais pelos órgãos e entidades a eles sujeitos, orientando e exigindo o cumprimento das normas e prazos vigentes nesse sentido.

2 GERAÇÃO DE INFORMAÇÕES GOVERNAMENTAIS NO CONTEXTO ATUAL

A contabilidade aplicada ao setor público (CASP) tem como objeto o patrimônio das entidades do referido setor, mas não se limita a este, no que tange à captura de dados e geração de informações. De acordo com o art. 85 da Lei Federal nº 4.320/64, marco regulatório das finanças públicas nacionais

Os serviços de contabilidade serão organizados de forma a permitirem o acompanhamento da execução orçamentária, o conhecimento da composição patrimonial, a determinação dos custos dos serviços industriais, o levantamento dos balanços gerais, a análise e a interpretação dos resultados econômicos e financeiros.

Assim, além de evidenciar a situação patrimonial das entidades governamentais, deve a contabilidade aplicada ao setor público possibilitar o acompanhamento do planejamento e da execução do orçamento, bem como evidenciar a situação dos chamados “atos potenciais”, assim entendidos aqueles que, apesar de já materializados, ainda não tenham afetado o patrimônio público, mas que detêm certo grau de probabilidade de vir a impactá-lo.

A maior diferença entre as contabilidades societária e governamental reside na presença do orçamento, nesta últi-

ma, como elemento obrigatório no que concerne ao registro contábil e à sua respectiva evidenciação. O orçamento tem grande importância no setor público, já que representa o meio legal para a execução das despesas. Sem orçamento não se pode gastar e, principalmente por este motivo, a contabilização dos aspectos orçamentários sempre foi priorizada na iniciativa governamental, em detrimento do tratamento patrimonial, apesar da exigência constante da já referendada Lei nº 4.320/64.

A maior diferença entre as contabilidades societária e governamental reside na presença do orçamento, nesta última, como elemento obrigatório no que concerne ao registro contábil e à sua respectiva evidenciação. O orçamento tem grande importância no setor público, já que representa o meio legal para a execução das despesas. Sem orçamento não se pode gastar e, principalmente por este motivo, a contabilização dos aspectos orçamentários sempre foi priorizada na iniciativa governamental, em detrimento do tratamento patrimonial, apesar da exigência constante da já referendada Lei nº 4.320/64.

A forte cultura orçamentária decorrente da interpretação isolada, por grande parte dos contabilistas brasileiros, de alguns artigos da Lei Federal nº 4.320/64, em prejuízo daqueles que versam sobre a contabilidade com foco no patrimônio, terminou por acarretar uma grande distorção na aplicação da Ciência Contábil: no lugar do real objeto da contabilidade aplicada ao setor o público, o patrimônio público, figurou, durante longos anos, o orçamento das entidades governamentais.

Para Feijó (2013, p. 42)

[...] quando se tem somente o orçamento como instrumento de acompanhamen-

to da gestão, se enxerga apenas aquele exercício (um ano) e não os reflexos que sua execução vai trazer sobre exercícios seguintes. Na lógica orçamentária, é como se tudo se iniciasse em 1º de janeiro e terminasse em 31 de dezembro. E isso despreza outro princípio de contabilidade, que é o da continuidade. Logo, verifica-se a necessidade de se separar os “dois mundos”: orçamento e contabilidade. [...]

Este cenário permeado pela supervalorização do orçamento culminou no quase que completo abandono de alguns aspectos inerentes à Ciência Contábil no setor público, tais como a adequada mensuração dos elementos patrimoniais, notadamente os ativos, o registro dos fenômenos patrimoniais de acordo com o princípio da competência (despesas por competência tais como férias e décimo terceiro salário a pagar), a adoção de sistema de custos, a geração de informações úteis e tempestivas à tomada de decisão, através de demonstrações com estruturas que atendam às necessidades dos usuários, entre outros.

O resultado disso não poderia ter sido outro: as demonstrações contábeis perderam relevância e, há muito, deixaram de ser utilizadas pelos gestores para fins de tomada de decisão. Em verdade, os relatórios contábeis no setor público têm servido quase que exclusivamente para o cumprimento das exigências de prestação de contas, sujeitos às frequentes críticas dos órgãos de fiscalização, por não representarem com exatidão a realidade patrimonial das entidades.

São corriqueiras as ausências dos elementos patrimoniais a seguir dispostos, nas demonstrações contábeis elaboradas pelas entidades governamentais na atualidade:

- registro dos ativos correspondentes a direitos oriundos de tributos e demais receitas cujo fato gerador tenha ocorrido, mas que a arrecadação ainda se encontra pendente (receitas por competência);
- registro dos ajustes para perdas sobre os direitos registrados, com base em metodologia adequada, para que não sejam ofertadas informações superestimadas acerca da real capacidade de conversibilidade dos ativos;
- registro das obrigações e provisões por competência, independentemente do cumprimento dos aspectos legais e de forma dissociada à execução orçamentária, quando por qualquer razão esta não puder ser efetuada, mas estiverem presentes as condições para reconhecimento de um passivo;
- reconhecimento e evidenciação de todos os bens móveis, imóveis e intangíveis, bem como da sua respectiva depreciação e amortização, de sorte que todo o patrimônio imobiliário e intangível da entidade se encontre devidamente evidenciado pela contabilidade;
- registro dos ativos de infraestrutura, assim denominados os bens que compõem um sistema ou uma rede, especializados por natureza e que não possuam usos alternativos, tais como redes rodoviárias, sistemas de esgoto, sistemas de abastecimento de água e energia, rede de comunicação, pontes, calçadas, calçadas dentre outros.

Sem a evidenciação dos elementos supracitados pela contabilidade, não há como se ter a posição real de todos os ativos e passivos de uma entidade e, por conseguinte, resta

inviável a análise de qualquer dado gerencial para fins de tomada de decisão que tenha como supedâneo uma demonstração contábil elaborada nesses termos.

Como obter, por exemplo, o exato índice de solvência de um determinado órgão público, se este é calculado com base na divisão do ativo total em relação ao passivo total? Ora, no momento em que um elemento patrimonial sequer não esteja presente, ou que tenha sido mensurado incorretamente, o dado resultará incorreto, podendo levar a interpretações equivocadas. Nesse particular, é de bom alvitre citar que, mesmo que as instituições públicas não se submetam ao processo de falência das empresas privadas, seus indicadores econômicos são sempre avaliados por investidores, economistas e imprensa, dentre outros.

Não só as informações patrimoniais carecem de aperfeiçoamento, no tocante à evidenciação contábil na área governamental. Mesmo no viés orçamentário, que desde a edição da Lei nº 4.320/64 tem recebido maior atenção pelos profissionais do ramo, ainda se verificam significativas distorções entre o resultado alcançado frente ao planejamento original, quando do encerramento dos ciclos operacionais das entidades, motivadas, sobretudo, pelo emprego de métodos inconsistentes na estimativa das receitas, via de regra superestimando-as, elevando conseqüentemente o lastro para realização de despesas orçamentárias. Assim, a melhoria de performance contábil se denota necessária também nesse sentido.

A busca por uma contabilidade de excelência deve ser uma constante, principalmente no setor público, onde a principal fonte de financiamento advém dos tributos recolhidos pela sociedade. Portanto, é crucial que esta, como maior interessa-

da, saiba onde e como estão sendo aplicados os recursos que investe e, para tanto, deve possuir acesso a demonstrações contábeis oportunas e fidedignas. Segundo Feijó (2013, p. 75)

A implantação dos padrões internacionais na contabilidade pública brasileira contribuirá de forma significativa para melhorar o processo de elaboração das estatísticas fiscais do país, dos demonstrativos da LRF, das demonstrações contábeis e, conseqüentemente, dos controles internos, externos e sociais. [...]

3 A CONVERGÊNCIA DA CONTABILIDADE APLICADA AO SETOR PÚBLICO AOS PADRÕES INTERNACIONAIS

Cada vez mais se torna premente a necessidade de uniformização dos demonstrativos e relatórios financeiros em escala internacional, haja vista o permanente relacionamento econômico entre países, sendo indispensável, para a segurança dos negócios, a disponibilização de informações fidedignas, oportunas e compreensíveis acerca da realidade financeira dos entes governamentais.

Nesse contexto, a contabilidade governamental praticada no Brasil passou a vislumbrar a adoção de um novo modelo, que propicie a inserção do país nos padrões internacionais, a implantação de sistema de custos no setor público, a melhoria da qualidade da informação contábil e a evidenciação dos impactos da gestão na variação do patrimônio líquido. A Revista das Demonstrações Contábeis da União traz, na sua 2ª edição (2013, p. 13), importante passagem acerca de tal temática:

[...] a Secretaria do Tesouro Nacional, na qualidade de órgão central do Sistema de Contabilidade Federal, iniciou um conjun-

to de mudanças na contabilidade pública trazendo uma nova concepção, e exigindo nova postura e visão sobre os atos e fatos praticados pelo setor público. Tais mudanças provocam mais um efeito: a melhoria do nível de qualificação dos servidores envolvidos, **contribuindo assim para o cumprimento do Princípio da Eficiência na gestão do patrimônio público. (Grifamos)**

Com o propósito de elevar o Brasil ao status de referência global em contabilidade governamental, iniciou-se, em termos práticos, a partir de 2008, o processo de adoção dos padrões internacionais na referida área. Dessa forma, acompanhando as alterações anteriormente engendradas na contabilidade societária, que culminaram nas sanções das Leis Federais nº 11.638/07 e 11.941/09, o setor público brasileiro, sob a condução do Conselho Federal de Contabilidade e da Secretaria do Tesouro Nacional, deu um importante passo rumo à melhoria da qualidade da informação contábil. De acordo com Feijó (2013, p. 34):

[...] pode-se dizer que 2008 foi o ano em que o Brasil efetivamente caminhou para padrões internacionais de contabilidade, primeiramente no setor privado, com as alterações promovidas na Lei nº 6.404/76. Em agosto de 2008, durante o 19º Congresso Brasileiro de Contabilidade, em Gramado/RS, foi anunciado, por meio da publicação da Portaria MF nº 184, que o setor público brasileiro também seguiria rumo aos padrões internacionais.

A base conceitual escolhida como referência para o processo de adoção do novo modelo de contabilidade aplicá-

vel ao setor governamental reside nas IPSAS, normas internacionais editadas pela IFAC, considerada como a entidade que detém o status de reguladora internacional em termos de contabilidade pública. As IPSAS publicadas pela IFAC são as seguintes:

TABELA 1 – NORMAS INTERNACIONAIS DE CONTABILIDADE APLICADAS AO SETOR PÚBLICO (IPSAS – IFAC)

SIGLA	ASSUNTO
IPSAS 1	Apresentação das demonstrações contábeis
IPSAS 2	Demonstração de fluxos de caixa
IPSAS 3	Políticas contábeis, mudança de estimativa e retificação de erro
IPSAS 4	Efeitos das mudanças nas taxas de câmbio e conversão de demonstrações contábeis
IPSAS 5	Custos de empréstimos
IPSAS 6	Demonstrações consolidadas
IPSAS 7	Investimento em coligada (investimento em coligada e controlada)
IPSAS 8	Investimento em empreendimento controlado em conjunto (Joint Venture)
IPSAS 9	Receita de transações com contraprestação
IPSAS 10	Demonstrações contábeis em economias hiperinflacionárias
IPSAS 11	Contratos de construção
IPSAS 12	Estoques
IPSAS 13	Operações de arrendamento mercantil
IPSAS 14	Evento subsequente
IPSAS 16	Propriedade para investimento
IPSAS 17	Ativo imobilizado
IPSAS 18	Informações por segmento
IPSAS 19	Provisões, passivos contingentes e ativos contingentes
IPSAS 20	Divulgações sobre partes relacionadas
IPSAS 21	Redução ao valor recuperável de ativos não geradores de caixa
IPSAS 22	Divulgação de informação contábil sobre o setor do Governo Geral
IPSAS 23	Receita de transações sem contraprestação (tributos e transferências)
IPSAS 24	Apresentação de informações orçamentárias nas demonstrações contábeis
IPSAS 25	Benefícios a empregados
IPSAS 26	Redução ao valor recuperável de ativos geradores de caixa
IPSAS 27	Ativo biológico e produto agrícola
IPSAS 28	Instrumentos financeiros: apresentação

SIGLA	ASSUNTO
IPSAS 29	Instrumentos financeiros: reconhecimento e mensuração
IPSAS 30	Instrumentos financeiros: divulgação
IPSAS 31	Ativo intangível
IPSAS 32	Contratos de concessão de serviços: concedente
IPSAS 33	Adoção Inicial – Base Contábil

FONTE: os próprios autores

Com base nas IPSAS, o Conselho Federal de Contabilidade editou, em 2008 as dez primeiras Normas Brasileiras de Contabilidade Aplicadas ao Setor Público (NBCASP), às quais foi incorporada a NBC T 16.11 em 2011, através de Resolução específica. Segundo trecho extraído da Revista das Demonstrações Contábeis (2013, p. 13):

Para o aperfeiçoamento da contabilidade pública brasileira, foram editadas e publicadas pelo CFC, em 2008, as primeiras normas agrupadas na NBC T 16 – Normas Brasileiras de Contabilidade Aplicadas ao Setor Público, que implicam em significativas alterações de procedimentos e em importantes interações e impactos sobre as normas atuais. Tais normas visam contribuir para o fortalecimento e uniformização de procedimentos contábeis patrimoniais em âmbito nacional, de forma que sirvam não só ao cumprimento dos aspectos legais, mas reflitam com fidedignidade o impacto das transações governamentais no patrimônio público.

As NBCASP que se encontram em vigor são as seguintes:

TABELA 2 – NORMAS BRASILEIRAS DE CONTABILIDADE APLICADAS AO SETOR PÚBLICO

SIGLA	EMENTA
NBC T 16.1	Conceituação, objeto e campo de aplicação
NBC T 16.2	Patrimônio e sistemas contábeis
NBC T 16.3	Planejamento e seus instrumentos sob o enfoque contábil
NBC T 16.4	Transações no setor público
NBC T 16.5	Registro contábil
NBC T 16.6	Demonstrações contábeis
NBC T 16.7	Consolidação das demonstrações contábeis
NBC T 16.8	Controle interno
NBC T 16.9	Depreciação, amortização e exaustão
NBC T 16.10	Avaliação e mensuração de ativos e passivos em entidades do setor público
NBC T 16.11	Sistema de informação de custos do setor público

FONTE: os próprios autores

Atualmente o CFC vem promovendo uma revisão das normas já aprovadas frente ao texto das IPSAS, tendo estabelecido cronograma para convergência da quase totalidade dos normativos internacionais (a IPSAS 10 – Economias Hiperinflacionárias – não será convergida):

TABELA 3 – CRONOGRAMA DO CFC PARA CONVERGÊNCIA DAS IPSAS

ANO	IPSAS A SEREM CONVERGIDAS
2016	IPSAS 9 (receita de transações com contraprestação), IPSAS 12 (estoques), IPSAS 19 (provisões, passivos e ativos contingentes), IPSAS 23 (receitas de transações sem contraprestação) e IPSAS 32 (concessões e PPP) – total de 5 IPSAS
2018	IPSAS 5 (custos de empréstimos); IPSAS 11 (contratos de construção); IPSAS 13 (leasing); IPSAS 16 (propriedades de investimento); IPSAS 17 (imobilizado); IPSAS 21 (impairment de ativos não geradores de caixa);

ANO	IPSAS A SEREM CONVERGIDAS
2018	IPSAS 26 (impairment de ativos geradores de caixa); IPSAS 31 (ativos intangíveis); IPSAS 30 (instrumentos financeiros: evidenciação); IPSAS 35 (demonstrações consolidadas); IPSAS 36 (investimentos em entidades associadas e negócios conjuntos); IPSAS 37 (contratos conjuntos); IPSAS 38 (evidenciação de participações em outras entidades) e IPSAS 25 (benefícios a empregados) – total de 14 IPSAS
2021	IPSAS 1 (apresentação das demonstrações contábeis); IPSAS 2 (DFC); IPSAS 3 (políticas contábeis, mudanças em estimativas e erros); IPSAS 4 (efeito de mudanças cambiais); IPSAS 14 (eventos após a data de divulgação das demonstrações); IPSAS 18 (informação por segmento); IPSAS 20 (partes relacionadas); IPSAS 22 (informação sobre o governo geral); IPSAS 24 (informações orçamentárias); IPSAS 27 (agricultura); IPSAS 28 e 29 (instrumentos financeiros) e IPSAS 33 (adoção inicial) – total de 13 IPSAS

FONTE: os próprios autores

Além das IPSAS e das NBCASP's, constitui elemento normativo da mais alta relevância, o Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público – MCASP, editado pela Secretaria do Tesouro Nacional. Sobre o MCASP, discorre Feijó (2013, p. 73):

O MCASP se tornou, ao longo desses anos, a principal referência para aqueles que desejam se atualizar sobre os procedimentos da contabilidade aplicada ao setor público, pois serve de elo entre o conceitual e o operacional, considerando as premissas das Normas Brasileiras de Contabilidade Aplicadas ao Setor Público (NBCASP) e os procedimentos para registro contábil dos principais fatos relacionados com a Administração Pública, segundo as regras do PCASP.

A Secretaria do Tesouro Nacional, na condição de condutor do processo de convergência das práticas contábeis brasileiras às normas internacionais, por força da Portaria MF

nº 184/2008 e do Decreto Federal nº 6.976/2009, recebeu a incumbência de identificar as necessidades de adaptação da realidade brasileira aos padrões preconizados nas IPSAS, editar normativos, manuais, instruções de procedimentos contábeis e planos de contas nacionais, objetivando a elaboração e publicação de demonstrações contábeis consolidadas, já que a ela compete tal atribuição, conforme previsto na legislação vigente.

Para que seja possível a confecção das citadas demonstrações de forma consolidada e em obediência às normas editadas pela IFAC, é preciso que todos os entes federados observem as disposições constantes das orientações publicadas pelo Conselho Federal de Contabilidade, bem como as regras e procedimentos previstos nos atos normativos editados pela Secretaria do Tesouro Nacional.

Dessa forma, buscando retirar do campo da discricionariedade de cada gestor público a escolha do momento mais oportuno para a implantação das mudanças contábeis, o que fatalmente ocasionaria considerável atraso no alcance dos objetivos pré-fixados no âmbito da convergência, a STN estabeleceu prazo para que os entes federados adotassem os novos procedimentos contábeis. Após a edição de alguns atos regulamentares e sucessivas prorrogações, o prazo atualmente estabelecido para implantação dos novos aspectos contábeis, de acordo com a Portaria STN nº 634/2013, ficou assim definido:

TABELA 4 – PRAZOS LEGAIS PARA ADOÇÃO DOS NOVOS PROCEDIMENTOS CONTÁBEIS

Tipo de Procedimento	Prazo	Ato Legal Regulamentador
Procedimentos Contábeis Orçamentários	Desde 2012	Portaria STN nº 437/2012
Procedimentos Contábeis Específicos	Desde 2012	Portaria STN nº 437/2012
Procedimentos Contábeis Patrimoniais	Gradual	Portaria STN nº 548/2015
Plano de Contas Aplicado ao Setor Público	Até o final de 2014	Portaria STN nº 634/2013
Demonstrações Contábeis Aplicadas ao Setor Público	Até o final de 2014	Portaria STN nº 634/2013

FONTE: os próprios autores

O mais recente ato nesse ínterim foi a Portaria nº 548, de 24 de setembro de 2015, a qual dispôs sobre prazos-limite de adoção dos procedimentos contábeis patrimoniais aplicáveis aos entes da Federação. Seu maior objetivo é que gradualmente sejam implementadas boas práticas no tratamento do patrimônio, alçando-o à sua condição de objeto maior da contabilidade, ao término do prazo estabelecido.

Essa foi a estratégia adotada pelo CFC e pela STN para normatização e embasamento teórico necessários à convergência da contabilidade aplicada ao setor público brasileiro aos padrões internacionais. Já sob o aspecto operacional, buscou-se priorizar num primeiro momento a implementação de um plano de contas único (o PCASP – Plano de Contas Aplicado ao Setor Público) e a elaboração de demonstrações contábeis padronizadas para, em seguida, direcionar esforços em campos de atuação específicos, tais como o tratamento patrimonial e adequações orçamentárias necessárias por força de mudança de procedimentos. Feijó (2013, p. 77) afirma que:

Não obstante as normas brasileiras já estarem em vigor, os principais alavancadores das mudanças serão a adoção do Plano de Contas Aplicado ao Setor Público (PCASP) e as novas demonstrações contábeis, que têm prazo de implantação estabelecido pela STN para todos os entes da Federação.

No tocante à implantação de um plano de contas único, insta salientar que o resgate do patrimônio como real objeto da Ciência Contábil trouxe a necessidade do aperfeiçoamento da estrutura contábil até então utilizada para registro dos atos e dos fatos incorridos nas entidades públicas. Assim, a escrituração contábil que antes da adoção dos padrões internacionais de contabilidade era realizada nos “sistemas” patrimonial, financeiro, orçamentário e de compensações, passou a ser efetuada nos seguintes subsistemas, assim conceituados pela NBCT 16.2:

- Patrimonial: registra, processa e evidencia os fatos financeiros e não financeiros relacionados com as variações qualitativas e quantitativas do patrimônio público;
- Orçamentário: registra, processa e evidencia os atos e fatos relacionados ao planejamento e à execução orçamentária;
- Custos: registra, processa e evidencia os custos dos bens e serviços, produzidos e ofertados à sociedade pela entidade pública, consoante a NBC T 16.11;
- Compensação: registra, processa e evidencia os atos de gestão cujos efeitos possam produzir modificações no patrimônio da entidade do setor público, bem como aqueles com funções específicas de controle.

Os fatos que promovam alterações qualitativas ou quantitativas nos Ativos, Passivos e Patrimônio Líquido das entidades públicas, por possuírem natureza de informação patrimonial, serão registrados no subsistema patrimonial. Já os fenômenos correlacionados à aprovação e à execução do planejamento e do orçamento devem ser escriturados no subsistema orçamentário, que evidencia as informações que tenham tal natureza. Por fim, nos subsistemas de custos e de compensação, que possuem natureza de controle, serão contabilizados os atos potenciais, controles da administração financeira (disponibilidades de recursos e programação financeira), encaminhamento e inscrição da dívida ativa, riscos fiscais, controles inerentes a consórcios públicos, custos e demais controles.

Os lançamentos são estanques dentro de cada natureza de informação (registros balanceados, com total de débitos igual ao total de créditos na respectiva natureza de informação), mas uma única situação pode ensejar registros nas três naturezas simultaneamente. É o que ocorre quando se arrecada uma receita orçamentária, por exemplo, situação na qual se torna necessário evidenciar a afetação patrimonial (na natureza de informação patrimonial do PCASP), a execução orçamentária (na natureza de informação orçamentária) e a disponibilidade por destinação de recursos (na natureza de informação típica de controle).

Com essa estrutura de contabilização propiciada pelo PCASP, os profissionais da área passaram a ter condições efetivas de aplicar, na prática, os mandamentos teóricos consignados nas normas, manuais e demais atos regulamentares, destacando-se a dissociação dos “mundos” patrimonial e

orçamentário, que possibilita o reconhecimento de cada situação respeitando-se os regimes balizadores das respectivas visões oportunizadas pela contabilidade do setor público: a competência para os fenômenos patrimoniais e o regime de base modificada para o orçamento³.

Deve-se enfatizar que a adoção dos padrões internacionais de contabilidade no setor governamental tem objetivos específicos, quais sejam, o registro de todos os ativos e passivos, a efetiva consolidação das contas públicas, a melhoria da qualidade da transparência de informações, a implantação de um sistema de custos e a promoção do Brasil a um nível de referência global na área contábil, o que resultará na disponibilização de dados e indicadores que contribuirão decisivamente para a formulação de políticas públicas sustentadas em elementos concretos. Nesse sentido, assevera Feijó (2013, p. 209):

[...] A melhoria gradativa das informações contábeis e de estatísticas fiscais no setor público é pré-requisito para a formulação das políticas públicas e a promoção de estudos e pesquisas por diversos segmentos da sociedade. A meta é atingir um estágio de desenvolvimento da contabilidade equivalente aos países de maior maturidade, onde a Contabilidade é uma ciência que tem como objeto de estudo o patrimônio da entidade pública.

3 De acordo com o artigo 35 da Lei Federal nº 4.320/64, pertencem ao exercício financeiro, as receitas nele arrecadadas e as despesas nele legalmente empenhadas, caracterizando o regime de base modificada (misto) para o tratamento da execução do orçamento público, pela contabilidade.

4 O PAPEL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO PROCESSO DE CONVERGÊNCIA DA CASP ÀS NORMAS INTERNACIONAIS

No setor público, a informação contábil objetiva viabilizar o controle para garantir uma maior segurança na aplicação dos recursos públicos, além de poder embasar as tomadas de decisão dos gestores. No contexto brasileiro, o processo de convergência da CASP aos padrões internacionais contribuirá para uma atuação mais transparente e fidedigna da administração pública. Nesse processo, as entidades governamentais devem atentar às mudanças oriundas da convergência para a geração tempestiva de informações, escrituração dos atos e fatos de acordo com os novos padrões e elaboração dos demonstrativos contábeis.

A Portaria do Ministério da Fazenda nº 184/08 dispõe que:

A importância de que os entes públicos disponibilizem informações contábeis transparentes e comparáveis, que sejam compreendidas por analistas financeiros, investidores, **auditores**, contabilistas e demais usuários, independentemente de sua origem e localização; (grifo nosso)

Um dos principais desafios é a necessidade da mudança da cultura dos profissionais da área por meio de capacitação profissional para adequação aos novos padrões normativos. Esse processo demanda a participação ativa dos órgãos reguladores e fiscalizadores.

Nesse diapasão, verifica-se a fundamental participação dos Tribunais de Contas como órgãos responsáveis pela

fiscalização dos gastos públicos. A auditoria contábil a ser realizada pelos Tribunais de Contas visa verificar, dentre outros aspectos, o atendimento das exigências propostas pelas novas normas de contabilidade aplicada ao setor público quanto à veracidade e conformidade dos registros contábeis. A fiscalização pelos Tribunais de Contas no tocante à auditoria contábil permite: assegurar maior adequação dos demonstrativos contábeis; inibir a ocorrência de fraudes e erros; apontar falhas de sistema de controle interno; fornecer uma maior credibilidade dos dados contábeis; dentre outros.

Ressalta-se, nesse contexto, a atuação de alguns Tribunais de Contas do Brasil que, por meio de determinações consignadas nos pareceres emitidos sobre as prestações de contas dos seus jurisdicionados, já vêm atentando para a adoção das boas práticas contábeis, fomentando assim a efetiva implantação das novas normas de contabilidade. Podem ser destacadas, como exemplo, as seguintes decisões:

Tribunal de Contas do Município de São Paulo – Contas da Prefeitura Municipal de São Paulo (Exercício Financeiro de 2015):

16.13.6 - Efetuar a escrituração contábil da baixa do passivo decorrente da confirmação de pagamento pelo Poder Judiciário referente a Precatórios, de forma a não impactar quantitativamente a Demonstração das Variações Patrimoniais. (item 5.19) (SF)

16.13.10 - Reconhecer a baixa contábil referente ao custo do bem alienado e utilizar o grupo de contas Ganhos com Alienação ou Perdas com Alienação, quando o valor de venda for diferente do valor líquido contábil. (subitem 5.19.3) (SF)

Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro – Contas do Governo do Estado

do Rio de Janeiro (Exercício Financeiro de 2015):

DETERMINAÇÃO Nº 7: À SECRETARIA DE ESTADO DE FAZENDA.

[...] (b) manter atualizado o estoque da Dívida Ativa, objetivando aplicar, na apuração do ajuste para perdas dos Créditos Inscritos em Dívida Ativa, metodologia baseada no grau de recuperabilidade do crédito inscrito, de forma a espelhar sua real possibilidade de recuperação, considerando o perfil da dívida inscrita e o devedor titular, bem como manter fidedignos os registros contábeis da Dívida Ativa e de suas Provisões para Perda; CONTAS DO GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - EXERCÍCIO 2015 TCE-RJ Processo Nº: 102.203-6/16 Rubrica: Fls. 6991 JOSÉ GOMES GRACIOSA Conselheiro-Relator e) considerar, no reconhecimento, mensuração e evidenciação de Provisões e Passivos contingentes, os valores previstos no Anexo de Riscos Fiscais, apresentado na Lei de Diretrizes Orçamentárias, tendo em vista que tais valores são passíveis de interferir no equilíbrio das contas públicas. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – Contas do Governo do Estado de Minas Gerais (Exercício Financeiro de 2014):

6- Contabilizar e evidenciar os valores referentes às renúncias de receitas, na forma preconizada nos manuais de contabilidade aplicada ao setor público.

É fundamental que os Tribunais de Contas (TC's) acompanhem ativamente todo o processo de convergência das novas normas aplicadas ao setor público, inclusive os prazos legais para a adoção de procedimentos contábeis patrimoniais estabelecidos pela Portaria STN nº 548/15,

pois através da função fiscalizadora inerente aos mesmos, deve ser estimulado o cumprimento de todos os aspectos correlacionados à incorporação dos parâmetros contábeis internacionais, pelos seus jurisdicionados.

Paralelamente à fiscalização quanto à adoção das novas normas contábeis, é importante que os órgãos de controle externo engajem-se na capacitação dos profissionais militantes nos setores de contabilidade das entidades sob sua jurisdição, promovendo eventos permanentes que objetivem qualificá-los. Da mesma forma, devem os TC's alçar um olhar cada vez mais inclusivo para a sociedade civil, buscando incorporá-la como agente ativo no controle das finanças públicas, sendo indispensável para tanto, aproximá-la das terminologias e conceitos próprios da gestão governamental.

5 CONCLUSÃO

A contabilidade pública nacional voltou-se, durante longas décadas, para o registro dos atos e fatos relacionados ao planejamento e à execução orçamentária, sem a devida mensuração dos elementos patrimoniais das entidades integrantes do seu campo de aplicação, ensejando, como resultado, na precariedade de evidenciação fidedigna de todos os ativos e passivos. Com a significativa mudança estrutural do tratamento patrimonial, o processo de convergência das normas contábeis aplicadas ao setor público em andamento objetiva resgatar a essência da contabilidade nesse ramo, dando o devido foco ao seu objeto, o patrimônio público.

Portanto, o escopo da nova estrutura da CASP é a melhoria da qualidade da informação contábil, principalmente sob o aspecto patrimonial, e tal avanço é fundamental para

que a sociedade possa exercer plenamente o controle social.

O processo de convergência às normas internacionais apresenta uma série de desafios a serem enfrentados pelos usuários da contabilidade aplicada ao setor público, aos quais se integram os órgãos de controle externo. Estes, como diretamente interessados na permanente melhoria das gestões de governo, devem estimular a incorporação das novas práticas, tanto através da função fiscalizatória, quanto da orientadora.

A partir dos relatórios anuais de prestação de contas de alguns Tribunais, já é possível verificar o estímulo, por parte dos respectivos órgãos de controle externo, à adoção das boas práticas contábeis seguindo os novos padrões internacionais de contabilidade pública, restando claro o exercício da função fiscalizadora voltado a tal aspecto.

Os Tribunais de Contas, enquanto órgãos de controle dos gastos públicos devem participar ativamente desse processo de harmonização aos padrões internacionalmente aceitos por que passa a contabilidade no setor público, para que o objetivo da nova estrutura da CASP tenha o devido êxito. Com isto, a sociedade terá um grande benefício, já que os requisitos de fidedignidade e tempestividade passarão a ser uma constante nas demonstrações contábeis, possibilitando uma transparência efetiva e viabilizando, por conseguinte, o pleno exercício do controle social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964.** Estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4320.htm>. Acesso em: 5 jul. 2016.

_____. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. **Manual de contabilidade aplicada ao setor público**. 6. ed. (Válido para 2015). Disponível em: <<https://www.tesouro.fazenda.gov.br/en/manuais-contabilidade>>. Acesso em: 5 jul. 2016.

_____. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. **Revista das demonstrações contábeis da União - DCON em Revista**, Brasília, v. 1, n. 2, jul. 2013.

COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS. **Pronunciamento Técnico: CPC 00 (2011)**. Disponível em: <<https://www.cpc.org.br>>. Acesso em: 5 jul. 2016.

FEIJÓ, Paulo Henrique. **Entendendo as mudanças na contabilidade aplicada ao setor público**. Brasília: Gestão Pública, 2013.

_____; RIBEIRO, Carlos Eduardo. **Entendendo o plano de contas aplicado ao setor público: PCASP – exercícios e estudo de caso com lançamentos típicos**. Brasília: Gestão Pública, 2014. (Série Entendendo CASP).

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. **Relatório da prestação de contas do Governo do Estado de Minas Gerais (Exercício de 2014)**. Disponível em: <<http://www.tce.mg.gov.br/img/PrestacaoContasEstado/2014/ParecerPrevio.pdf>>. Acesso em: 6 jul. 2016.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Contas. **Relatório da prestação de contas do Governo do Estado do Rio de Janeiro (Exercício de 2015)**. Disponível em: <<http://www.tce.rj.gov.br/web/guest/contas-de-governo-do-estado-do-rio-de-janeiro>>. Acesso em: 6 jul. 2016.

SÃO PAULO (Município). Tribunal de Contas. **Relatório anual de fiscalização do município de São Paulo (Exercício de 2015)**. Disponível em: <<http://www.tcm.sp.gov.br/relatorios/AnualFiscalizacao/anualfiscalizacao.html>>. Acesso em: 6 jul. 2016.

SILVA, Valmir Leôncio da. **Contabilidade pública para os municípios**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SISTEMA DE INFORMAÇÃO DE CUSTOS NO SETOR PÚBLICO

DANTAS, Gilvan¹

Falar de Custos no Setor Público é algo ainda novo, entretanto, se olharmos para a nossa legislação, veremos que ela trata da vertente de custos na administração pública já algum tempo e em vários instrumentos, vejamos os principais:

1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal no seu Capítulo VII, no artigo 37, diz que a administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e EFICIÊNCIA. Veja que ela define que a gestão pública deve ser pautada na eficiência. Também no seu artigo 70, quando trata da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, diz que deve ser verificada a gestão pública quanto à legalidade, legitimidade, ECONOMICIDADE...observe que ela coloca em cena o princípio constitucional da economicidade na gestão da coisa pública. Então a Constituição Federal fala em eficiência e economicidade, termos que estão ligados diretamente à gestão de custos.

1 Professor. Especialista em Contabilidade Aplicada ao Setor Público e em Custos no Setor Público. Auditor de Finanças e Controle da Secretaria do Tesouro Nacional.

Quando a Constituição Federal trata das Finanças Públicas, em especial dos Orçamentos, no artigo 165, citando as peças que constituem os instrumentos de planejamento e do orçamento, quando trata do Plano Plurianual estabelece que este tenha de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e METAS; e quando trata das Diretrizes Orçamentárias ela estabelece metas e prioridades e finalmente quando trata dos Orçamentos Anuais, que os planos e programas nacionais, regionais e setoriais devem ser elaborados em sintonia com o plano plurianual, observando as suas metas.

No artigo 74, que trata do Controle Interno, a Carta Magna, estabelece que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, o Sistema de Controle Interno com a finalidade de avaliar o cumprimento das metas previstas no PPA, a execução dos programas e do orçamento, comprovar a legalidade e AVALIAR os RESULTADOS, quanto à EFICÁCIA e EFICIÊNCIA, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial.

Aqui a Constituição Federal estabelece que o Controle Interno deve verificar a conformidade legal – CONTROLE LEGALÍSTICO, mas também verificar e avaliar o cumprimento das metas e dos resultados à luz dos princípios de eficácia e eficiência - o CONTROLE SUBSTANTIVO.

2 LEI 4.320/64

A Lei 4.320/1964 que estatui Normas Gerais de Finanças Públicas para a elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, no seu artigo 75, quando trata do controle da execução orçamentária, diz no inciso III que o CUMPRIMENTO

DO PROGRAMA DE TRABALHO deve ser observado sob o prisma FINANCEIRO, mas também FÍSICO quando diz que deverá ser verificada a realização de obras e prestação de serviços. Importante ressaltar que a Lei 4.320 deixa claro que o controle do cumprimento do programa de trabalho deve ser verificado em duas dimensões a financeira (quanto que gastou) mas também na dimensão física (quanto produziu).

Aqui os legisladores da 4.320 foram visionários, determinaram que o controle sobre a execução orçamentária não deve ficar apenas na dimensão da legalidade do ato (conformidade legal), mas deve avançar para verificar se ocorreu cumprimento do programa e suas ações nas dimensões físico-financeira, ou seja o Controle Substantivo.

Já no art. 85 da 4.320 define que os serviços de contabilidade serão organizados de forma a permitirem o acompanhamento da execução orçamentária, o conhecimento da composição patrimonial, a DETERMINAÇÃO DOS CUSTOS dos serviços industriais, o levantamento dos balanços gerais, a ANÁLISE e a INTERPRETAÇÃO dos RESULTADOS econômicos e financeiros.

O grande mestre professor Heraldo da Costa Reis no seu livro A Lei 4.320 Comentada e a LRF, na página 140, discorre que para propiciar o Controle Substantivo (verificação do cumprimento das metas na dimensão físico-financeira) na administração pública é necessário a implantação da CONTABILIDADE GERENCIAL E FINANCEIRA.

Alinhado a esta reflexão do prof. Heraldo quero dizer que no Brasil estamos no momento propício para avançarmos em busca do Controle Substantivo na Administração Pública, pois estamos vivendo o processo de implantação da Contabili-

dade Aplicada ao Setor Público, que vem ao encontro de uma contabilidade moderna para produzir informações gerenciais e financeiras. Neste sentido tivemos a implantação do PCASP – Plano de Contas Aplicado ao Setor Público e das DCASP – Demonstrações Contábeis Aplicadas ao Setor Público e estamos em fase de implantação dos Procedimentos Patrimoniais segundo a Portaria da STN nº 548, de 24 de setembro de 2015, que trata do Plano de Implantação dos Procedimentos Contábeis Patrimoniais.

3 LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

A Lei Complementar nº 101 – Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF de 04 de maio de 2000, no seu artigo 4º define que na Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO, deverá conter normas relativas ao CONTROLE DE CUSTOS e a AVALIAÇÃO DE RESULTADOS DOS PROGRAMAS financiados com recursos dos orçamentos.

No artigo 50 determina que a Administração Pública manterá SISTEMA DE CUSTOS que permita a AVALIAÇÃO e o ACOMPANHAMENTO da GESTÃO ORÇAMENTÁRIA, FINANCEIRA E PATRIMONIAL.

Veja que a LRF que tem como seu objetivo principal o Equilíbrio das Contas Públicas, coloca o Sistema de Custos como um instrumento para se alcançar este objetivo. Na mesma direção da Constituição Federal existe uma preocupação com a relação custo/benefício na medida em que se coloca em questão a avaliação dos resultados dos programas quanto aos princípios de eficiência, eficácia e efetividade.

4 SISTEMA DE INFORMAÇÃO DE CUSTOS SETOR PÚBLICO

Como vimos existe no arcabouço legal brasileiro uma série de dispositivos que preveem e determinam a necessidade da utilização da informação de custos no setor público para apoiar e avaliar a gestão pública, entretanto, para que a informação de custos possa ser de fato útil requer um cuidado especial na definição dos critérios e metodologia a ser aplicada no órgão e entidade do setor público.

Neste sentido o Conselho Federal de Contabilidade publicou por meio da Resolução CFC 1366/2011 a Norma Brasileira de Contabilidade Aplicada ao Setor Público NBC T 16.11 – Sistema de Informação de Custos do Setor Público que estabelece a conceituação, o objeto, os objetivos e as regras básicas para mensuração e evidenciação dos custos no setor público.

De acordo com a NBC T 16.11 os Objetivos do Sistema de Informação de Custos do Setor Público são:

- Mensurar, registrar e evidenciar os custos dos PRODUTOS, SERVIÇOS, PROGRAMAS, PROJETOS, ATIVIDADES, ÓRGÃOS;
- Apoiar a AVALIAÇÃO DE RESULTADOS E DESEMPENHOS, permitindo a COMPARAÇÃO entre custos com outras entidades públicas;
- Estimular MELHORIA DO DESEMPENHO das entidades públicas;
- Apoiar a TOMADA DE DECISÃO;
- Apoiar o PLANEJAMENTO e o ORÇAMENTO, com projeções com base em custos incorridos e projetados;

- Apoiar programas de REDUÇÃO DE CUSTOS e de MELHORIA DA QUALIDADE DO GASTO.

A NBC T 16.11 traz como requisito fundamental para o Sistema de Informação de Custos do Setor Público a INTEGRACÃO com a Contabilidade Aplicada ao Setor Público, neste sentido importante destacar que a CASP fortalece no contexto do Setor Público os fundamentos da Contabilidade Patrimonial (já previstos na Lei 4.320/64) em especial os Princípios da Competência e da Oportunidade, como segue:

- Princípio da COMPETÊNCIA – os efeitos das transações e outros eventos sejam reconhecidos nos períodos a que se referem, independentemente do recebimento ou pagamento.
- Princípio da OPORTUNIDADE – o processo de mensuração e apresentação dos componentes patrimoniais para produzir informações íntegras e tempestivas.

Ainda tratando da integração do Sistema de Informação de Custos do Setor Público com a Contabilidade Aplicada ao Setor Público outro fundamento é com relação à integração com o Subsistema Orçamentário e o Subsistema Patrimonial. Não precisamos partir do zero na concepção de um sistema de custos, na verdade nos subsistemas orçamentário e patrimonial existe uma riqueza de informações que são de extrema importância para mensuração de custos, vejamos:

- **Subsistema Orçamentário:** a dimensão dos produtos e serviços prestados; função, programas, ações, atividades, projetos, centro de responsabilidades (órgão, unidade), podem utilizar as CLASSIFICAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS existentes;

- **Subsistema Patrimonial:** a dimensão dos produtos e serviços prestados, identificados e mensurados a partir das TRANSAÇÕES QUANTITATIVAS E QUALITATIVAS afetas ao patrimônio da entidade;

Dentre os principais conceitos da NBC T 16.11 podemos destacar os seguintes, que são muito importantes para a definição e estrutura do Sistema de Informação de Custos do Setor Público:

- **CUSTOS:** são gastos com bens e/ou serviços utilizados para produção de outros bens e/ou serviços;
- **CUSTOS DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS:** são aqueles INCORRIDOS no processo para obtenção de bens e serviços e outros objetos de custos e que correspondem ao somatório dos elementos de custo, ligados à prestação de serviços;
- **CUSTO DIRETO:** é todo custo que é identificado ou associado diretamente ao objeto de custo;
- **CUSTO INDIRETO:** é o custo que não pode ser identificado diretamente ao objeto de custo, devendo sua apropriação ocorrer por meio da utilização de bases de rateio ou direcionadores de custos.
- **CUSTO FIXO:** é o que não é influenciado pelas atividades desenvolvidas, mantendo seu valor constante em intervalo relevante das atividades desenvolvidas pela entidade;
- **CUSTO VARIÁVEL:** é o que tem seu valor determinado e diretamente relacionado com a oscilação de um fator de custos estabelecido na produção e execução dos serviços;
- **CUSTOS REAIS:** são os custos históricos apura-

dos a posteriori e que realmente foram INCORRIDOS;

- **CUSTO FIXO:** é o que não é influenciado pelas atividades desenvolvidas;
- **OBJETO DE CUSTOS:** é a unidade que se deseja mensurar e avaliar os custos (programa, projeto, atividade, produto, centro de responsabilidade);
- **APROPRIAÇÃO DO CUSTO:** é o reconhecimento do gasto de determinado objeto de custo previamente definido;
- **ELEMENTO DE CUSTOS:** são os insumos utilizados que compõem o custo (pessoal, material, serviços, etc.)

Outro fundamento que merece destaque a NBC T 16.11 traz para a concepção do Sistema de Informação de Custos do Setor Público é com relação ao SISTEMA DE ACUMULAÇÃO DE CUSTOS, que podem ser dois como segue abaixo:

- **Por Atividade:** Serviços típicos do setor público, aqueles de forma contínua como ensino, assistência médica, segurança, etc. Os custos desses serviços devem ser acumulados durante determinado período (mês, trimestre, anual);
- **Projeto:** O setor público também cria capacidade para prestar serviço quando constrói uma escola, um hospital, uma ponte, um conjunto habitacional, uma estrada. Caracteriza-se como encomenda específica, com data inicial e final de execução.

Do modelo conceitual a ser adotado é preciso ter cautela e discernimento na definição do Método de Custeio a ser

adotado. É preciso calibrar o método de custeio em especial com o custo/benefício para gerar a informação de custos, pois este critério está estritamente relacionado com o momento da entrada da informação no sistema.

A NBC T 16.11 nos apresenta os seguintes MÉTODOS DE CUSTEIO sugeridos para o Setor Público.

- **Custeio Direto:** apropriação dos custos diretos quer fixos ou variáveis, desde que possam ser perfeitamente identificáveis com o produto.
- **Custeio por Atividade:** considera que todas as atividades desenvolvidas pelas entidades são geradoras de custos e consomem recursos. Procura estabelecer relação entre atividades e os objetos de custo por intermédio de direcionadores de custos;
- **Custeio por Absorção:** consiste na apropriação de todos os custos de produção aos produtos e serviços;
- **Custeio Variável:** que apropria aos produtos ou serviços apenas os custos variáveis e considera os custos fixos como despesa do período.

Além do método, ou ponto chave na concepção do Sistema de Custos do Setor Público é definir os OBJETOS DE CUSTOS, a NBCT 16.11 sugere os seguintes:

- Programas
- Ação (Projeto/Atividade)
- Produtos/Serviços
- Centro de Responsabilidade (órgão, unidade)

Porém o órgão e entidade podem definir outros de acordo com a sua necessidade de informação, importante destacar que o objeto de custos está estritamente relacionado com

o sistema de acumulação de custos, ao se definir um objeto de custos precisa verificar se o sistema possui mecanismo para fazer a acumulação de custos neste objeto. Neste sentido pode-se utilizar do mecanismo do Centro de Responsabilidade ou Centro de Custos para poder acumular os custos do objeto desejado, porém importante destacar que esta acumulação deve ocorrer no processo normal da execução do gasto no subsistema orçamentário e patrimonial da Contabilidade Aplicada ao Setor Público para que não se recaia num erro fatal que é o retrabalho.

Finalmente quero chamar a atenção para algo que é fundamental para avaliação da gestão pública por meio de um Sistema de Informação de Custos que é a definição de INDICADORES para se medir os resultados alcançados versus os previstos, considerando as metas definidas. Entretanto tanto para a definição do modelo conceitual do Sistema de Informação de Custos como a Avaliação dos Resultados por meio de indicadores, é necessário ser feito um estudo da estrutura administrativa e das atividades do órgão ou entidade do setor público. Neste sentido a temática de custos se relaciona diretamente com a Gestão Estratégica, ou seja, carece do devido mapeamento dos processos e atividades bem como do conhecimento das estratégias de atuação, pois o Sistema de Informação de Custos por meio do acompanhamento dos indicadores apontam para a administração os sinais de alertas e necessidades de atuação da gestão estratégica visando o atingimento da missão da instituição pública.

LICITAÇÕES E CONTRATOS



AS CAUSAS DO DESEQUILÍBRIOECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

OLIVEIRA, Ivano Rangel de¹

1 A INTOCABILIDADE DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Lei, doutrina e jurisprudência são uníssonas quanto à intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo.

Da Constituição de 1988 (art. 37, XXI²), pinça-se que, nas contratações de obras, serviços, compras e alienações, serão “mantidas as condições efetivas das propostas”, manutenção essa que não significa outra coisa que não a preservação do equilíbrio econômico-financeiro durante a execução do contrato³. A Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações), que regulamenta em parte o referido dispositivo constitucional, define o equilíbrio como “a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e

1 Advogado e Assessor Jurídico da Corregedoria-Geral do Tribunal de Contas do Paraná.

2 “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”.

3 Embora seja nítida a preocupação da ordem constitucional atual com o equilíbrio econômico financeiro do contrato administrativo, ela não é inédita. A Constituição de 1967 já assegurava esse equilíbrio em contratos de concessão de serviços públicos (art. 160, II), previsão essa mantida pela Emenda n. 1, de 17 de outubro de 1969 (art. 167, II).

a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento” (art. 65, II, “d”); dito mais concisamente: é a relação de paridade entre o encargo do contratado e a contraprestação pecuniária assegurada pela Administração⁴. Interessante notar o tratamento constitucional e legal dado à matéria. A Lei n. 8.666/93 permite a alteração unilateral do contrato administrativo, desde que essa modificação incida nas denominadas cláusulas de serviço ou regulamentares, aquelas que disciplinam o modo de execução do ajuste, tenha ele por objeto serviço, obra ou fornecimento de bem. Doutro lado, mantem, intocadas ao *ius variandi*⁵ do Estado, as cláusulas econômico-financeiras do contrato, quando preconiza que tais “não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado” (art. 58, §1º, da Lei n. 8.666/93), e, mais adiante, quando condiciona o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato ao necessário acordo entre as partes (art. 65, II, “d”, da Lei n. 8.666/93).

Da doutrina, pululam conceitos e orientações. Hely Lopes Meirelles define o equilíbrio como a “relação inicialmente estabelecida pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste”⁶; Odete Medauar, como a “proporção entre os encargos do contratado e a sua remuneração”⁷; Celso Antônio Bandeira de Mello, como “a

4 Digo “assegurada”, pois concordo com Maria Silvia Zanella Di Pietro, que a prefere, ao invés de “devida”, pois nem sempre é a Administração a responsável pelo pagamento da contraprestação (**Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 263).

5 No sentido que lhe emprestam Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández (**Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 648).

6 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 225.

7 MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 220.

relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá⁸. José Santos Carvalho Filho, como a “relação de adequação entre o objeto e o preço, que deve estar presente no momento em que se firma o ajuste”⁹. Ademais, fácil se mostra a colheita de fragmentos que salvaguardam ao particular à proteção ao equilíbrio, qualificando-o como intangível¹⁰, direito expresso do contratado¹¹ e, mesmo, como princípio geral do direito¹².

Da jurisprudência, ressoa que

a estabilidade econômico-financeira do contrato administrativo” é expressão jurídica do princípio da segurança jurídica, pelo qual se busca conferir estabilidade àquele ajuste, inerente ao contrato de concessão, no qual se garante à concessionária viabilidade para a execução dos serviços, nos moldes licitados¹³.

Tais excertos explicitam que eventualmente a economia do contrato pode ser abalada e que, na sua efetiva ocorrência, deve ser restabelecido o equilíbrio original do contrato. Há que se pontuar quais são os fatores que determinam o desequilíbrio hábil a impor o seu imediato afastamento.

8 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 660.

9 CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlás, 2015. p. 206.

10 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 660.

11 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 536.

12 TÁCITO, Caio. O equilíbrio financeiro nos contratos administrativos, apud MUKAI, Toshio. **Direito administrativo sistematizado**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 341.

13 STF, RE 571969-DF, rel. Min. Carmén Lúcia, Julgamento 12/03/14.

2 CAUSAS DESESTABILIZADORAS DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA QUE DETERMINAM O REEQUILÍBRIO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Preliminarmente, convém advertir que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato não traduz uma correspondência exata entre as prestações contratuais, a ser continuamente aferida e conservada na execução contratual, e sim “a preservação da relação econômica aceita pelas partes no momento da sua vinculação”¹⁴. Ou seja, a tutela do equilíbrio não importa na necessária equivalência nominal obtida no momento em que foram acordadas as prestações das partes, a qual deva ser protraída no tempo - no decorrer da execução do ajuste - à guisa da preservação da sua intangibilidade. De forma alguma. É a relação entre custos e benefícios, considerada razoável pelas partes quando da sua vinculação contratual, e não como pretendem alguns que chegam a lastreá-la na manutenção da exata margem de lucro do particular contratado, conforme percentualmente fixada.

Nesse sentido, não pode a Administração Pública ser cotidianamente constrangida a reequilibrar o contrato para a preservação dessa igualdade nominal, nomeadamente, quando o desbalanceamento deriva de risco inerente à própria atividade empresarial em que se encontra inserido o particular que se propõe a exercê-la. Tal risco ou álea, como prefere a doutrina, é denominada ordinária ou empresarial, pois existente em todo e qualquer tipo de negócio, refletindo o risco que todo o empresário está sujeito, como reflexo da própria

14 GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. **O estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 99.

flutuação de mercado¹⁵. Por ele, não responde o Poder Público, pois ainda que desfavorável o evento, ele não extrapola a normalidade típica do negócio, que não se encontra imune a todo e qualquer risco. O exercício da atividade empresarial pelo particular importa necessariamente na assunção de riscos colocados pelo próprio mercado; não supô-los é acreditar ingenuamente no sucesso incondicional de qualquer negócio; de que a prosperidade empresarial alcança todos àqueles que se dedicarem à atividade, o que a realidade dos fatos logo impõe sua dureza, alçando uns ao sucesso, outros, à ruína. Daí porque compete ao particular sofrer e suportar as pressões naturais e normais decorrentes do exercício da atividade empresarial. A isso pode se denominar álea econômica ordinária¹⁶.

Se os riscos intrínsecos ao próprio negócio não tem o condão de desequilibrar economicamente o contrato a ponto de provocar uma reação administrativa, com vistas ao afastamento da instabilização, o mesmo não se diga quanto àqueles eventos que extrapolam a normalidade e atingem o contrato de forma extraordinária, resultando num desbalanceamento tal a por em risco a própria continuidade do ajuste. Esses acontecimentos extraordinários podem ser didaticamente discriminados em: alteração unilateral do contrato, fato do príncipe, fato da Administração, imprevisão, caso fortuito, força maior e sujeições imprevistas.

2. 1 DESEQUILÍBRIO DECORRENTE DA ALTERAÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO

Um plexo de privilégios ou prerrogativas conferidas em

15 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 263, p. 271-264.

16 CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo: teoria do contrato administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, p. 65.

favor da Administração para erigi-la a uma posição de supremacia em relação ao particular contratado, desnivelando verticalmente a relação contratual, com o objetivo de resguardar o interesse público, é o que a doutrina tradicional¹⁷, de há muito, define como cláusulas exorbitantes do contrato administrativo. São exorbitantes porque excedem o Direito Comum (as regras aplicáveis entre particulares), afastando a incidência de suas normas e conferindo vantagens à Administração “insusceptíveis de figurar num contrato entre particulares, por contrárias à ordem pública¹⁸”. Não se pode pensar de outra maneira; essas cláusulas exorbitantes são prerrogativas outorgadas ao Poder Público não em razão do contrato, e sim diante da sua posição jurídica, como Administração, como gestora do interesse público, do qual não pode dispor.

A Lei de Licitações, abarcando dispositivo já consagrado no estatuto revogado (art. 48 do Decreto-Lei n. 2.300/86), explicita que o regime jurídico afeto aos contratos administrativos por ela regulados, tem, por primeira característica, a concessão à Administração da possibilidade de “modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado” (art. 58, inc. I). A possibilidade de modificação unilateral do contrato

17 MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 189; CRETELLA JÚNIOR, José. **Das licitações públicas**: comentários à Lei Federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.341-345; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 256; FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 360-361; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 525; CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de direito administrativo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 154.

18 RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981. p. 136.

incide ou nas características técnicas do objeto contratual ou no seu dimensionamento. Aquela é a denominada qualitativa; essa, quantitativa. Nos termos da lei, a alteração qualitativa ocorre “quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos” (art. 65, I, da Lei n. 8.666/93), enquanto a quantitativa, “quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei” (art. 65, II, da Lei n. 8.666/93). Nada mais razoável que o contrato administrativo goze da flexibilidade necessária para o efetivo atendimento ao interesse público que deflagrou o procedimento de contratação. Claro que esse poder de alterar unilateralmente o contrato não é absoluto. A lei o confere e o limita, definindo os contornos do seu exercício. No que toca ao presente, a obrigatoriedade de aceitação pelo particular da modificação imposta pela Administração não pode importar em eventual prejuízo a ser por ele suportado. O equilíbrio econômico-financeiro, originalmente estatuído, deve ser restabelecido. A paridade originária entre encargos e contraprestação pecuniária deve ser necessariamente mantida, independente das modificações exigidas pelo interesse público. Perceba-se que, no caso, o respeito ao equilíbrio contingencia o *ius variandi* do Estado, limitando e impondo o respeito às cláusulas financeiras do contrato. Como dito anteriormente, esse poder de modificação unilateral do contrato não incide sobre as chamadas cláusulas econômico-financeiras (art. 58, §1º, da Lei n. 8.666/93), no entanto, os acréscimos ou supressões de encargos sob responsabilidade do contratado impactam na estabilidade da equação, cujos efeitos devem ser afastados, pois a mutabilidade unilateral do

contrato, como cláusula exorbitante, a teor do art. 58, inc. I, da Lei n. 8.666/93, deve respeitar “os direitos do contratado”, e o seu §2º prossegue reforçando a limitação quando assevera que “as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual”. Não bastasse, o art. 65, §6º, da Lei n. 8.666/93, preconiza que “em havendo alteração unilateral do contrato que aumentem os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial”. Disso ressoa claro que o aumento ou diminuição de encargos do contratado – uma das variáveis contidas na equação econômico-financeira – exige o reparo da contraprestação pecuniária sob responsabilidade do Estado.

2. 2 DESEQUILÍBRIO DECORRENTE DE FATO DO PRÍNCIPE

Fait du prince, factum principis ou, simplesmente, fato do príncipe designa evento que repercute no contrato administrativo praticado pelo ente público contratante, no exercício de competência diversa, não tendo a pretensão de atingir – mas atingindo – a relação contratual. É assim que o direito francês o encara, como álea administrativa, que ocorre quando o Poder Público contratante por si só agrava as condições do contrato, obrigando-se a indenizar¹⁹. Nesse sentido, não diverge Benoît para quem o fato do príncipe desvela “ato jurídicos e operações materiais, tendo repercussão sobre o contrato e que foram efetuados pela coletividade que celebrou o contrato, mas agindo em qualidade diversa da de contratante”²⁰. A doutrina brasileira caminha no mesmo sentido. Celso

19 RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981. p. 149.

20 **Le droit administratif francais**. Dalloz, 1968. p. 639.

Antônio Bandeira de Mello assevera ser o agravo econômico que deriva de conduta praticada no exercício de titulação jurídica diversa da contratual, a repercutir diretamente na economia do contrato²¹. São exemplos de fato do príncipe: a vedação à importação para o reequilíbrio da balança comercial e a proibição da fabricação, transporte e guarda de determinados produtos, pois perigosos à saúde pública, quando incidem em contratos em que é parte Administração autora de tais atos²².

Em verdade, como bem explica Marçal Justen Filho, o fato do príncipe reivindica indenização tendo por base um ato estatal regular:

a teoria do fato do príncipe consagra o direito de indenização a um particular em vista da prática de ato lícito e regular imputável ao Estado. O ponto nuclear da teoria do fato do príncipe reside em que a lesão patrimonial derivada de um ato estatal válido, lícito e perfeito é objeto de indenização. Essa solução decorre de uma valoração produzida pela ordem jurídica, no sentido de que seria injusto e desaconselhável impor ao particular que contrata com o Estado arcar com os efeitos onerosos de uma alteração superveniente da disciplina estatal sobre o exercício da atividade necessária à execução da prestação²³.

Para Jean Rivero, “a teoria [do *fait du prince*] nunca funciona quando a medida que torna mais pesados os encargos do contraente provem de outra pessoa pública e não da

21 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 662.

22 GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 808.

23 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1021.

pessoa pública contraente”²⁴. Se isso ocorre à álea administrativa é assimilada pela econômica, a reivindicar a aplicação da teoria da imprevisão, como adiante se verá. Entre nós, Diógenes Gasparini leciona que “nos países federados, como é o nosso, o fato do príncipe somente se configura se o ato ou fato provir da própria Administração Pública contratante”²⁵; o qual é acompanhado, com similaridade, por Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁶.

2.3 DESEQUILÍBRIO DECORRENTE DE FATO DA ADMINISTRAÇÃO

O equilíbrio do contrato pode também ser afetado por aquilo que se convencionou chamar de fato da Administração. Fato da Administração não se confunde com fato do príncipe. Enquanto este significa uma atuação com repercussão no contrato, mas praticada licitamente pelo Poder Público, no exercício de outra faculdade que não a de contratante, caracterizada como ato geral²⁷ ou ação genérica²⁸, aquele se refere a toda ação ou omissão irregular da Administração que, atuando como parte contratante, repercute na economia do contrato.

Dos conceitos abstrai-se que dois são os traços distintivos entre uma e outra figura: a qualidade ou condição sob a qual

24 RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981. p. 149.

25 GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 808.

26 “No direito brasileiro, de regime federativo, a teoria do fato do príncipe somente se aplica se a autoridade responsável pelo fato do príncipe for da mesma esfera de governo em que se celebrou o contrato (União, Estados e Municípios); se for de outra esfera, aplica-se a teoria da imprevisão” (**Direito administrativo**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 267).

27 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 251.

28 FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte, 2012. p. 212.

se comporta o Poder Público; e a licitude desse comportamento.

No fato do príncipe, a Administração age não na qualidade de parte do contrato, embora eventualmente possa sê-lo, mas no exercício de outra prerrogativa pública, que acaba impactando no ajuste. Disso não discrepa a doutrina, para quem o fato do príncipe “é praticado pela autoridade, não como ‘parte’ no contrato, mas como autoridade pública”²⁹ e “não representa o uso de competência extraída da qualidade jurídica de contratante”³⁰. De outra parte, fato da Administração é conduta praticada pelo Poder Público como parte do contrato, em violação aos deveres contratuais que detém. No caso, a hipótese se verifica quando a Administração, como parte de contrato, incide no descumprimento de sua obrigação contratual, praticando conduta, ou dela se omitindo, que impacte no ajuste, retardando-o ou impedindo sua execução, como, por exemplo, “a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais”, hipótese essa que funciona também como causa de rescisão do contrato administrativo (art. 78. XVI, da Lei n. 8.666/93). Celso Antônio Bandeira de Mello descreve com primazia esse aspecto quando identifica no fato da Administração um “comportamento irregular, violador do contrato”³¹. É a irregularidade da conduta contratual da Administração que conforma o fato. É essa mesma irregularidade que distingue o fato da Administração do fato do príncipe, pois esse, como outrora já referenciado, é ato lícito atribuível ao Estado.

29 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 256.

30 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 664.

31 *Ibid.*, p. 667.

Se disso decorre a instabilização da equação econômico-financeira, impõe-se à Administração, que a ela deu causa, o dever de reequilibrar a relação. O fato da Administração produz um efeito liberatório, isentando o particular de culpa na inexecução do ajuste, dada a supressão da imputabilidade entre o dano e sua conduta.

Daquilo que já se disse até o momento, pode-se concluir o seguinte: se o fato pode ser extraído de conduta da Administração como parte do contrato, por exemplo, deixando de desapropriar terreno necessário à execução do contrato, tem-se o fato da Administração; se o fato deriva de qualidade outra que não a de contratante, como por exemplo, no exercício do poder de tributar, criando tributo ou majorando alíquota ou base de cálculo de exação já existente, a impactar nos custos do contrato, tem-se fato de príncipe; e se, continuando com o mesmo exemplo, a criação de tributo ou aumento de alíquota ou base de cálculo advém de ente federativo diverso do que celebrou o ajuste, tem-se a imprevisão, de cujos contornos adiante se cuidarão.

2.4 DESEQUILÍBRIO DECORRENTE DA IMPREVISÃO

É possível ainda que o rompimento do equilíbrio do contrato administrativo derive de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, como expressamente prescreve a norma contida no art. 65, II, “d”, da Lei n. 8.666/93. A lei, no caso, alberga a teoria da imprevisão que dá rótulo novo a antigo instituto: a cláusula *rebus sic stantibus*.

A expressão *rebus sic stantibus* foi cunhada na Idade Média, pelo trabalho dos pós-glosadores; desconhecida, por-

tanto, pelo direito romano, mas não a ideia, já que a manutenção da palavra dada de forma absoluta poderia ser flexibilizada em ocasiões excepcionais em que houvesse uma alteração das circunstâncias a impactar decisivamente nas promessas feitas³². A ideia central da cláusula *rebus sic stantibus* reivindicava a possibilidade de alteração de um negócio em razão de desequilíbrio criado por fato posterior e imprevisível às partes quando da confecção do ajuste. A constante afirmação da santidade dos contratos, erigida pelo princípio do *pacta sunt servanda*, relegou a cláusula *rebus sic stantibus* a um estado de latência³³, do qual só se veio a recuperar no séc. XX, invocada de forma explícita pelo Conselho de Estado Francês, na conhecida decisão, de março de 1917, sobre a concessão do serviço de iluminação pública da cidade de Bordeaux. No caso, em razão de obstáculos criados pela Primeira Guerra Mundial, notadamente a elevação verificada nos preços do carvão (passou de 35 francos a tonelada, em janeiro de 1915, para 117 francos, em março de 1916)³⁴, a Companhia de Gás de Bordeaux pleiteou a necessidade de aumento do preço do gás fixado no contrato, o que foi reconhecido pelo tribunal administrativo francês, com supedâneo na cláusula *rebus sic stantibus*. A partir dessa decisão, a admissibilidade da referida cláusula parece se incorporar ao Direito, principalmente ao ramo do Direito Administrativo.

32 CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**: teoria do contrato administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, p. 60.

33 GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. **O estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 100.

34 SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contratos administrativos**: formação e controle interno da execução: com particularidades dos contratos de prestação de serviços terceirizados e contratos de obras e serviços de engenharia. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 214.

Para a teoria da imprevisão, o equilíbrio do contrato pode ser constrangido por eventos imprevisíveis ou, no caso do direito brasileiro³⁵, previsíveis e de consequências incalculáveis. Ou seja, a imprevisão, que dá nome à teoria, incide sobre a ocorrência do fato ou da sua consequência. Por imprevisíveis, há que se entender os fatos que, no momento da celebração do contrato, num cenário de normalidade, não se poderia supor sua ocorrência no futuro. Por “previsíveis, mas de consequências incalculáveis”, aqueles que, apesar poderem ser razoavelmente antecipados, não era possível estimar, quantificar, os seus efeitos, no qual se insere “a desvalorização monetária produzida pela inflação”³⁶. À imprevisibilidade quanto à ocorrência do fato ou quanto às suas consequências unem-se outros requisitos para a aplicação da teoria. Primeiro, os fatos devem ser estranhos, independentes das vontades das partes. Se atribuíveis à conduta do particular contratado, responde ele pelos agravos econômicos que, por dolo ou culpa, deu causa, não podendo pretender partilhá-los com a Administração. Doutra lado, se os fatos são de responsabilidade da Administração contratante, tem ela o dever de recompor a equação, por outro fundamento que não a imprevisão (no caso, em decorrência da alteração unilateral do contrato ou de fato do príncipe). Segundo, os fatos devem provocar um agravo econômico significativo, não bastando que o mesmo seja normal, tolerável e perfeitamente absorvível pelo particular. Em verdade, a doutrina, utilizando expressões diferentes, acentua a atipicidade

35 A regra constante do art. 65, II, “d”, da Lei n. 8.666/93, alarga os contornos originais da teoria da imprevisão incluindo os eventos previsíveis, mas de consequência incalculáveis, não presentes na formulação originária da referida teoria.

36 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1018.

do desequilíbrio provocado a autorizar a aplicação da teoria, exigindo que o evento imponha uma “grave modificação das condições do contrato”³⁷, ou um “desequilíbrio muito grande no contrato”³⁸, ou mesmo uma “perturbação da situação financeira do concessionário de tal modo que o coloquem num estado de déficit caracterizado”³⁹.

Ao que parece, José Santos Carvalho Filho identifica efeitos diferentes quando da aplicação da teoria da imprevisão e do fato do príncipe. Independente do instituto que se aplique, havendo apenas um desequilíbrio do contrato, sem comprometer a execução do contrato, o resultado é o mesmo: revisão dos preços para o restabelecimento da equação econômico-financeira. No entanto, se o desbalanceamento verificado é de tal forma excessivo a impossibilitar a execução do contrato, na teoria da imprevisão rescinde-se o contrato, sem atribuição de culpa; no fato do príncipe, de igual forma rescinde-se o ajuste, no entanto, aqui o contratado teria direito a indenização integral (correspondente ao prejuízo experimentado), pois “impossibilitado de fazê-lo por motivo a que não deu causa, não pode por isso ser prejudicado”⁴⁰. Daí porque preferir o referido autor nominá-los apenas como fatos imprevisíveis.

2.5 DESEQUILÍBRIO DECORRENTE DO CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR

Há, ainda, consoante o exposto texto da lei, a instabi-

37 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1018.

38 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 271.

39 CRETILLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo: teoria do contrato administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, p. 65.

40 CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de direito administrativo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 169.

lização do contrato oriunda do caso fortuito e da força maior. A Lei n. 8.666/93 (art. 65, II, “d”) erige a força maior e o caso fortuito como motivadores do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. Em verdade, ela os inclui, após a referência à imprevisão (“fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado”).

Grande parte da doutrina brasileira houve por bem diferenciar tais conceitos - caso fortuito e da força maior -, distinguindo-os em razão unicamente do seu titular. Enquanto a força maior seria evento imprevisível e inevitável decorrente de comportamento humano, o caso fortuito, evento também imprevisível e inevitável, mas derivado de ato da natureza. Entre os que assim defendem tais conceitos: Hely Lopes Meirelles⁴¹, Diógenes Gasparini⁴², Roberto Ribeiro Bazilli⁴³ e Edmir Netto de Araújo⁴⁴. No entanto, há aqueles que, apesar de diferenciar os dois institutos, o fazem por argumentos distintos, como José Cretella Júnior para quem o caso fortuito é acidente provocado por causa desconhecida e a força maior acidente determinado por causa conhecida, mas que se apresenta com caráter de irresistibilidade⁴⁵. Marcello Caetano, ao definir força maior como “facto imprevisível estranho à vontade dos contraentes que impossibilita absolutamente de cumprir as obrigações con-

41 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 249-250.

42 GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1115.

43 BAZILLI, Roberto Ribeiro. **Contratos administrativos**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 117.

44 ARAÚJO, Edmir Araújo. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 763.

45 CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo: teoria do contrato administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro, 2003. v. 3, p. 48.

tratuais”⁴⁶, acaba por englobar sob a referida expressão eventos humanos (greves, atos de guerra, rebelião) e da natureza (cataclismos naturais, como incêndios, tremores de terra, inundações e ciclones).

No entanto, a diferença, pelo menos entre nós⁴⁷, dos conceitos se ressentem de alguma aplicabilidade prática, a tolher de utilidade a necessidade de sua diferenciação, eis que, independentemente daquilo que está a se referir, ambos implicam na absoluta impossibilidade de dar cumprimento ao contrato. Ou seja, não importa se o que se vislumbra é força maior ou caso fortuito, evento humano ou da natureza, decorrente de causa conhecida ou desconhecida, se o resultado é o mesmo: a *impossibilidade intransponível*⁴⁸ para a execução do contrato. José Santos Carvalho Filho observa que

em tempos atuais, a distinção entre caso fortuito e força maior deve ser relegada ao plano da total irrelevância, e isso não somente porque os autores divergem profundamente sobre tais conceitos, mas também porque, em última análise, são idênticos os efeitos decorrentes de ambas as figuras⁴⁹.

46 CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1990. t. 1, p. 623.

47 Consoante Rivero, as consequências são diferentes no Direito Francês, quer se trata de caso fortuito ou de força maior: “a força maior, facto alheio ao autor aparente do dano, irresistível e imprevisível, produz em direito administrativo o mesmo efeito que em direito privado: suprime a imputabilidade. O direito administrativo distingue força maior e caso fortuito, cujo exemplo típico é o acidente mecânico; nesta hipótese a causa é desconhecida. O caso fortuito, ao contrário da força maior, não é exoneratório quando a responsabilidade se baseia no risco” (RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981. p. 318).

48 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 249.

49 CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de direito administrativo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 169.

Ao que parece, as duas hipóteses “redundam na impossibilidade de serem cumpridas as obrigações contratuais”⁵⁰. Aliás, a própria lei parece reconhecer essa consequência comum, ao permitir a rescisão do contrato na ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato (art. 78, XVII, da Lei n. 8.666/93)

2.6 DESEQUILÍBRIO DECORRENTE DE SUJEIÇÕES IMPREVISTAS.

É ainda possível extrair as sujeições imprevistas como fontes de instabilização do equilíbrio do contrato. Sujeições imprevistas são dificuldades de ordem material, preexistentes à celebração do contrato, mas desconhecidas das partes, que afloram na execução do ajuste, a impactar no seu equilíbrio econômico-financeiro. Na doutrina, são exemplos clássicos a falha geológica de terreno, a impedir a execução da obra, conforme originariamente prevista que impede a implantação da obra tal como prevista, e a descoberta de um lençol freático insuspeitado na escavação de um túnel. Na eventualidade de tais sujeições, a continuidade do contrato, muito provavelmente, dependerá dos acréscimos de obrigações sob responsabilidade do contratado, com vistas ao afastamento desses fatores de ordem material surgidos na execução da avença, a impor *pari passu* o aumento da sua remuneração, possibilitando assim o reequilíbrio contratual.

Sujeição imprevista não se confunde com a imprevisão. Elas se diferenciam quanto ao momento da imprevisibilidade e à natureza da dificuldade. Na sujeição imprevista tem-se a imprevisibilidade quanto à existência de dificuldade

50 CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de direito administrativo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 169.

atual, presente, existente, quando da formalização do acordo, mas desconhecida das partes. Ou seja, embora existente a dificuldade, não era conhecida dos contraentes no momento da celebração. Na imprevisão, existe imprevisibilidade quanto à ocorrência de dificuldade futura, posterior, superveniente à celebração do contrato. Ou seja, não era possível às partes, no momento da formalização do ajuste, antecipar a ocorrência de eventos que, no futuro, impactariam na equação econômico-financeira. Ainda, sujeição imprevista e imprevisão se diferenciam quanto à natureza da dificuldade, naquela o que se tem são fatores de ordem material, físicos, enquanto nesta são fatores de ordem econômica, extraordinários, que imporiam a necessidade do reequilíbrio do contrato.

3 CONCLUSÃO

Independentemente do nome que lhe serve de roupagem – alteração unilateral do contrato, fato do príncipe, fato da Administração, caso fortuito, força maior ou sujeição imprevista –, fato é que a economia de um contrato administrativo pode ser instabilizada, exigindo da Administração uma atitude juridicamente coerente como móbil que a levou a deflagrar um processo de contratação: a necessidade de satisfação de uma necessidade pública. E, para o cumprimento de tal intento, não pode ela se esquivar de suas obrigações, atribuindo tão somente ao particular contratado a necessidade de suportar eventuais agravos que não tenha dado causa. Assim, há que se respeitar o equilíbrio do contrato, conforme os requisitos elencados em lei, como forma última de garantir a plena satisfação dos interesses da coletividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Edmir Araújo. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BAZILLI, Roberto Ribeiro. **Contratos administrativos**. São Paulo: Malheiros, 1996.

CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1990. t. 1.

CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Manual de direito administrativo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Das licitações públicas**: comentários à Lei Federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Tratado de direito administrativo**: teoria do contrato administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Contratos administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1981.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 16. ed. São Paulo:

Saraiva, 2011.

GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. **O estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 225.

_____. **Licitação e contrato administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MUKAI, Toshio. **Direito administrativo sistematizado**. São Paulo: Saraiva, 1990.

RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contratos administrativos: formação e controle interno da execução: com particularidades dos contratos de prestação de serviços terceirizados e contratos de obras e serviços de engenharia**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

CONDICIONANTES À REALIZAÇÃO DAS LICITAÇÕES DIFERENCIADAS PREVISTAS NO ESTATUTO DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS

MORAES, Crislayne Maria Lima Amaral Nogueira Cavalcante de¹

1 INTRODUÇÃO

Um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é garantir o desenvolvimento nacional (art. 3º, II, CF).

Durante muito tempo, a busca pelo desenvolvimento nacional era feita através de políticas públicas, intervenções econômicas, etc.

Neste íterim, a licitação e o contrato administrativo tinham um enfoque instrumental, isto é, de ser o meio em que a Administração Pública adquiria bens e serviços necessários ao desempenho de suas funções, e, por isto, o enfoque das licitações e contratos era a vantajosidade, isto é, a escolha da proposta de menor valor para a aquisição de produtos de maior qualidade.

Com o passar o tempo, o enfoque acerca da licitação e do contrato administrativo passou por um crivo de constitucionalidade, donde se passou a falar em função social do contrato administrativo, no qual “a contratação administrativa é utilizada para incentivar o desenvolvimento econômico e so-

1 Analista de Controle Externo - área jurídica do TCEPR. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2005), pós-graduada em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (2009) e MBA em Administração Pública e Gerência das Cidades (2016), além de formação complementar em Direito Administrativo, Constitucional, Direito Eletrônico, Processo Eletrônico e Direito Tributário.

cial, eliminar desigualdades individuais e coletivas e promover a realização de fins constitucionalmente protegidos”.

Alguns exemplos da utilização do contrato administrativo com o fim de promover o desenvolvimento são a inserção de hipóteses de contratação direta, por dispensa de licitação, de intervenção no domínio econômico (art. 24, VI, Lei nº. 8.666/93), para prestação de serviços com as organizações sociais (art. 24, XXIV), etc.

Também com o fulcro nesta perspectiva desenvolvimentista é que se editou o Estatuto das Micro e Pequenas Empresas (MPE), através da Lei Complementar (LC) nº 123/06, que, dentre outros benefícios às MPE garantiu-lhes tratamento diferenciado no acesso ao mercado público, atribuindo-lhe os benefícios da regularidade fiscal tardia, prioridade de contratação em caso de empate ficto e possibilidade de os Entes Públicos realizarem licitações exclusivas ou com cotas exclusivas à participação de MPE.

Contudo, salvo os benefícios da regularização fiscal tardia e prioridade de contratação em caso de empate ficto, a reserva de mercado às MPEs através de licitações exclusivas ou com cotas exclusivas era uma faculdade dos Entes Públicos.

Na prática, os Municípios Paranaenses, muito embora tivessem legislação municipal regulamentando tais licitações diferenciadas às MPEs², não realizavam as licitações exclusivas ou com cotas exclusivas às MPEs.

Para afirmar o aspecto desenvolvimentista das licitações públicas, foi publicada a Lei nº 12.349/2010 que alterou o artigo 3º da Lei Geral de Licitações para incluir o princípio do

2 384 Municípios Paranaenses editaram leis municipais optando pela aplicação do tratamento diferenciado e favorecido às MPEs.

desenvolvimento nacional sustentável com um dos objetivos da licitação, além dos objetivos da seleção da proposta mais vantajosa e o da isonomia entre os licitantes.

E, na sequência, houve alteração do Estatuto das MPE (LC 123/06), através da LC 147/14, para obrigar os Entes Públicos a reservarem parcela do mercado público para as MPEs, isto é, a realização de licitações exclusivas ou com cotas exclusivas às MPEs passou a ser obrigatória.

Quando da divulgação desta nova legislação (LC 147/14), pelo SEBRAE/PR, nos Municípios paranaenses, aos micro e pequenos empresários locais e aos servidores públicos responsáveis pelas licitações, levantaram-se as seguintes preocupações acerca da aplicação desta nova lei³:

- a) pelos empresários: havia receio de participação nas licitações ante a ideia de que todas as licitações eram direcionadas e pela ausência de informação sobre as demandas da Administração (não se tem conhecimento prévio do que será licitado);
- b) pela Administração: havia o receio de aumento de custos haja vista que os preços praticados por MPE tendem a ser maiores.

Tais preocupações podem ser contingenciadas através de maior transparência da Administração na realização de seus procedimentos licitatórios, além da utilização de técnicas de governança pública, como o plano anual de compras, para divulgar com antecedência suas demandas; e, quanto à preocupação de aumento de custos, através de melhorias na metodologia de pesquisa de preço de mercado juntamente

³ Informação dada pelo SEBRAE no Debate sobre a LC 147/14 realizado no TCE/PR nos dias 30/09/2015 e 01/10/2015.

com a aplicação do artigo 49 da LC nº. 123/06 que trata justamente dos casos em que não se devem realizar as licitações diferenciadas às MPEs.

Assim, o presente estudo busca analisar as hipóteses em que não se aplica o tratamento diferenciado e favorecido às MPEs, tendo em vista justamente a prevalência do interesse público ao interesse das MPEs.

2 DO TRATAMENTO DIFERENCIADO E FAVORECIDO ÀS MPE NAS LICITAÇÕES

De acordo com o artigo 47 da LC 123/06, com a finalidade de promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, para ampliar a eficiência das políticas públicas e para incentivar a inovação tecnológica, é que se criou um tratamento diferenciado e simplificado às MPEs nas licitações públicas, através das chamadas licitações diferenciadas⁴.

Estas licitações diferenciadas foram elencadas no artigo 48 do mesmo diploma legal e referem-se às contratações exclusivas às MPE no caso de licitações por itens até R\$80.000,00 (oitenta mil reais), a possibilidade de subcontratação às MPE e a obrigação de se estabelecer cotas reservadas às MPE de até 25% do objeto das licitações para a aquisição de bens divisíveis.

Assim, desde o advento da LC nº 147/14 que obrigou os Entes a realizarem tais “licitações diferenciadas”, em cada procedimento licitatório, na fase interna do certame, deve-se

4 Termo utilizado por Marçal Justen Filho no seu livro **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**: comentários aos artigos da Lei complementar n. 123 atinentes a licitações públicas.

analisar a aplicação do tratamento diferenciado, para avaliar se será o caso de aplicação do artigo 49 (casos de não realização das licitações exclusivas ou com cotas), ou caso de aplicação do artigo 48, I (licitação exclusiva para itens de até R\$80.000,00) ou aplicação do artigo 48, II (subcontratação à MPE nas obras e serviços) ou aplicação do artigo 48, III (cotas de até 25% do objeto para compras de bens de natureza divisível).

Desta feita, após o início do procedimento licitatório, na fase interna da licitação, elabora-se o Termo de referência ou Projeto Básico, verifica-se a modalidade de licitação que será adotada; a separação do objeto por item ou lote e, por fim, analisa-se, item a item ou lote a lote⁵, a aplicação do artigo 49 e, na sequência, o artigo 48.

No Edital, já se deve fazer a regulamentação de eventual deserção nas cotas exclusivas, a regra de prevalecerá o menor preço oferecido pela MPE quando esta vencer a cota principal e cota exclusiva, a aplicação da prioridade de contratação para MPE locais ou regionais do artigo 48, §3º da LC nº 123/06, a forma de execução contratual quando se tiver dois fornecedores para um mesmo objeto (no caso de cotas), as regras para credenciamento nas licitações exclusivas e nas cotas exclusivas às MPEs, dentre outras questões que gerem divergência interpretativa.

Haja vista que o objetivo deste estudo é analisar as hipóteses de não aplicação do artigo 48 (licitações diferenciadas), não se adentrou nas questões hermenêuticas debatidas na doutrina e jurisprudência acerca dos artigos 47 e 48 da LC

5 Referências interpretativas: Súmula 247, TCU; Orientação Normativa nº. 47, AGU; orientação da SLTI; TCE/TO, Resolução nº 181/15-P; TCE/MT, Consulta nº 17/15; TCE/PR, Acórdão nº 877/16.

nº 123/06, mas se buscou demonstrar, num breve resumo, o passo a passo de análise de aplicação do tratamento diferenciado às MPE nas licitações públicas.

Assim, passa-se a analisar, com mais minúcias, o rol elencado no artigo 49 da LC nº 123/06 que trata das hipóteses em que não se devem realizar as licitações diferenciadas.

3 DAS CONDICIONANTES À REALIZAÇÃO DAS LICITAÇÕES DIFERENCIADAS

A LC 123/06, após trazer as hipóteses de tratamento diferenciado às MPE nas licitações públicas, traz algumas condicionantes à aplicação deste regime diferenciado.

Estas condicionantes foram elencadas no artigo 49, cujo teor é o seguinte:

Art. 49. Não se aplica o disposto nos artigos 47 e 48 desta Lei Complementar quando: I - (Revogado); II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório; III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado; IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48.

Assim, o Ente deve verificar se o procedimento licitatório que está abrindo se trata de alguma destas hipóteses, caso em que não aplicará o tratamento diferenciado, relativo às licitações exclusivas ou com cotas exclusivas as MPEs, e seguirá o procedimento normal garantindo-se a participação de quaisquer empresas, independentemente de seu porte.

Numa análise perfunctória deste dispositivo, já é possível se concluir que a intenção do legislador foi primar pelo interesse público.

Na sequência, serão analisadas cada uma destas condicionantes às licitações diferenciadas:

3.1 NÚMERO MÍNIMO DE FORNECEDORES

A LC 123/06 determina que não é o caso de realizar uma licitação diferenciada⁶ se não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como ME ou EPP sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório (art. 49, II, LC 123/06).

Portanto, se a Administração for aplicar este dispositivo, ela terá que fazer um levantamento das ME e EPPs locais ou regionais, conforme o caso, verificando ainda se elas possuem condições de fornecer o objeto do certame.

Mas, o primeiro questionamento que se faz é se devem existir 3 (três) fornecedores locais ou regionais, apenas, ou se devem efetivamente participar 3 (três) fornecedores da licitação.

Marçal Justen Filho interpreta este dispositivo

6 O texto legal possui o seguinte teor: “Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quanto: (...)”.

no sentido de que será necessária a existência de três fornecedores em condições de participar do certame. Esse será um requisito de adoção da licitação diferenciada, restrita à participação de pequenas empresas. No entanto, a validade da licitação dependerá da efetiva participação de pelo menos três licitantes em condições de efetiva competição⁷.

Em artigo publicado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, houve a conclusão de que se deve examinar a efetiva participação de três fornecedores, mas isto deve ocorrer ao longo da disputa e não apenas na fase interna da licitação, pois isto garantiria uma mínima participação no certame, uma mínima competitividade, garante que seja possível a avaliação das MPE locais sejam capazes de cumprir as exigências do instrumento convocatório e resolve o problema da forma de comprovação da inexistência dos fornecedores⁸.

O TCE/PR, em resposta à Consulta, entendeu que

não é necessária a efetiva participação de no mínimo 3 (três) empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente e que sejam capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório, mas simplesmente que existam os três fornecedores competitivos enquadrados nas exigências legais⁹.

7 JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*

8 BOTTESI, Claudine Corrêa Leite. **O fortalecimento do tratamento diferenciado dispensado às microempresas e às empresas de pequeno porte nas compras públicas.** Disponível em: <<https://www4.tce.sp.gov.br/artigo-lei-complementar-14714-por-claudine-correa-leite-bottesi>>. Acesso em: 29 set. 2015.

9 TCE/PR, Acórdão n°. 877/2016-Plenário, processo de consulta n°. 88672/15.

Isto porque o custo de realização de um procedimento licitatório, incluindo custo de horas dos servidores envolvidos, de materiais de expediente, publicação na imprensa, etc., é elevado.

E,

caso houvesse efetivamente a necessidade de comparecimento de três licitantes, aumentar-se-ia demasiadamente a burocracia estatal, pois nova licitação teria de ser realizada, reabrindo-se os prazos previstos na lei, com consideráveis prejuízos econômicos e temporais, em contraponto a princípios relevantes, dentre os quais a economicidade e a eficiência¹⁰.

Se for possível o Ente ter dados fidedignos, antes da realização do certame, de que não existem o número mínimo de 3 (três) fornecedores local ou regionalmente, é ineficiente e antieconômico realizar o certame, realizar as despesas com os custos do procedimento licitatório, para depois o revoga-lo por inexistência deste número mínimo de fornecedores.

Em Municípios pequenos isto fica patente nas licitações de combustíveis em que a grande maioria dos postos de combustíveis é médias empresas ou empresas de grande porte e, com isto, a realização de licitações exclusivas ou com cotas gera um risco muito grande de deserção.

Se há este risco, bem como o risco de custos operacionais adicionais com a realização de novas licitações em caso de licitação deserta, cumpre à Administração tomar ações prévias visando reduzir tais riscos, o que inclui, na fase interna da licitação, a análise do mercado fornecedor e aplicação ao artigo 49, II, da LC 123/06, se for o caso.

Assim, haja vista a força normativa do Acórdão nº

¹⁰ Trecho do Voto, AC 877/2016-P, TCE/PR.

877/16-P do TCE/PR, em que se adotou a corrente de que não deve haver a efetiva participação de 3 (três) MPE, então a comprovação da inexistência destes fornecedores deverá ser feita na fase interna da licitação.

Neste caso, faz-se outro questionamento: como o Ente fará a comprovação disto para fins de instruir o procedimento licitatório?

Em debate realizado com Jair Santana¹¹, foi citado o exemplo da cidade de Itabira/MG que realizou um planejamento anual de compras, e fez uma mobilização para cadastramento de fornecedores locais, utilizando-se da ferramenta do registro cadastral do artigo 34 da Lei nº 8.666/93.

No Boletim Informativo da NDJ de janeiro 15, entendeu-se que

Embora não haja um procedimento legal ou formalidades especiais previamente definidas a serem seguidas para a realização desse “levantamento”, recomenda-se que este seja realizado junto ao mercado correlato, por meio de servidor designado para tanto, nada obstando que tal tarefa seja desempenhada concomitantemente à cotação de preços (pesquisa mercadológica) a ser realizada pela Administração licitante¹².

No âmbito federal, através do Decreto nº 8.538/2015 adotou-se o sistema de verificação dos três fornecedores através de consulta ao cadastro próprio das microempresas, empresas de pequeno porte e cooperativas (art. 2º, I).

11 Debate sobre a LC 147/14, realizado no Tribunal de Contas do Paraná, nos dias 30/09/2015 e 01/10/2015.

12 NDJ. Boletim Informativo de Licitações e Contratos, p. 63, jan. 2015. Disponível em: <<http://www.ndj.com.br/demo/blc/files/assets/basic-html/page-63.html#>>. Acesso em: 19 maio 2015.

No âmbito estadual, o Decreto nº 2.474/2015 estipulou a verificação da inexistência de um mínimo três beneficiários do tratamento diferenciado sediados no local ou região, por meio de declaração prévia obrigatória dos licitantes; ou quando não participarem efetivamente da licitação um mínimo de três MPE na licitação; ou consulta às associações de comércio, indústria e serviços do local ou região em que será executado o objeto da licitação; ou estudos de mercado ou pareceres técnicos (art. 9º, §2º).

Da mesma forma, os Municípios devem adotar um procedimento apto a atingir a finalidade de verificação dos fornecedores, conforme os ditames do artigo 49, II, da LC123/09.

Alguns municípios têm adotado o uso de seu cadastro de fornecedores ou seus cadastros tributários, cadastros das concessões de alvarás de localização, cadastro de fornecedores que tiveram empenhos emitidos, etc.

Inclusive, cita-se como exemplo o Município de Ortigueira que adotou o preenchimento de um *check list* de verificação de cumprimento da Lei Complementar n. 123/06 como uma das etapas da fase interna da licitação, e na qual é feito o levantamento das MPE locais ou regionais no momento em que é feita a pesquisa de preços de mercado.

Há também a possibilidade de buscar a informação na Junta Comercial do Paraná que possui, inclusive, um canal de atendimento direto aos Entes Públicos¹³. Contudo, o cadastro da Junta Comercial não contempla as empresas constituídas na forma de MEI – Micro Empreendedor Individual¹⁴, nem as

13 Disponível em: <<http://www.juntacomercial.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=289>> (atendimento a ofícios de órgãos públicos).

14 Até que ocorra a atualização dos registros das MEI's na Receita Federal, a Junta Comercial do Paraná manterá suspensa a emissão de certidão

cooperativas e cadastros de produtores rurais pessoa física e agricultor familiar¹⁵.

Dados de Associações e Sindicatos também poderão ser úteis para fins de comprovação da inexistência.

De acordo com análise técnica da Diretoria de Contas Municipais no Processo de Consulta que tramitou no TCE/PR sobre o tema¹⁶:

Não é necessário que o Ente busque a informação de todas as formas possíveis, custos e benefícios das medidas a serem adotadas devem ser sopesados. Ademais, se algum dado encontrado for desatualizado, importante que se busque informação atualizada, por exemplo, no site da receita federal.

Por fim, é prudente que a Administração, quando não efetuar a licitação diferenciada, explicitar no edital o motivo pelo qual não a realizou. A título de exemplo, ao constar no edital que a licitação diferenciada não foi realizada em razão da inexistência de 3 (três) empresas situadas local ou regionalmente, aumenta-se a chance de que algum interessado apresente recurso comprovando que existem microempresas ou empresas de pequeno porte no local ou região delimitado. Nesse caso, a Administração deve analisar o recurso e averiguar se houve algum equívoco no momento em que realizou sua pesquisa.

simplificada do Micro Empreendedor Individual. Disponível em: <<http://www.juntacomercial.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=127>>. Acesso em: 29 set. 2015.

15 De acordo com o artigo 3º-A da LC 123/06, o produtor rural pessoa física e ao agricultor familiar aplicam-se os mesmos benefícios das MPE, assim como houve a extensão destes benefícios às cooperativas, por força da Lei nº 11.488/07, art. 34.

16 Filipe A. C. Flesch. Instrução nº 2346/15. Processo nº 88672/15.

No Acórdão 877/2016-P, o Tribunal acolheu o opinativo técnico acima, entendendo que “a pesquisa pode ser realizada com base em **critérios discricionários estabelecidos pelo Município**, sempre tendo em vista a análise dos custos e benefícios dos parâmetros a serem empregados”. Sugerindo, ainda:

Diante de tal contexto, deve o ente complementar a investigação, podendo utilizar, exempli gratia, informações constantes em alvarás de licença para localização e funcionamento, dados perante a junta comercial, sindicatos ou associações, assim como questionamentos a alguma microempresa ou empresas de pequeno porte local ou regional se existem outras potenciais participantes da licitação. Entretanto, custos e benefícios das medidas a serem adotadas na referida pesquisa devem ser sopesados, de modo a evitar danos ao Erário.

Em caso da obtenção de dados defasados, deve o ente buscar informações atualizadas, por exemplo, junto à Receita Federal do Brasil.

Se porventura o ente não lograr êxito na perquirição de três fornecedores na localidade e **optar pela confirmação de que não há fornecedores aptos a nível regional**, a investigação deve ser ainda mais profunda, inclusive por meio da análise de documentos de outros entes a que tenha acesso.

Outrossim, é prudente que a Administração, quando não efetuar a licitação diferenciada, explicitar no edital o motivo pelo qual não a realizou, majorando - se a probabilidade de que algum interessado apresente recurso em sentido oposto.

Portanto, inicialmente o ente deve buscar pesquisar a existência de três MPE sediadas localmente. Se não tiver e ele optar por ampliar a pesquisa a nível regional.

Um dos temas que tem gerado mais discussões é justamente o conceito de “regional”. Ainda mais, porque o mesmo conceito de região adotado para fins de verificação da existência de mercado fornecedor MPE para fins de não realização das licitações diferenciadas (exclusivas, subcontratação ou cotas exclusivas) deverá ser o mesmo conceito para fins de aplicação da prioridade de contratação as MPEs locais ou regionais do artigo 48, §3º da LC nº 123/06.

Clóvis Ultramari e Fábio Duarte, no livro Desenvolvimento local e regional, destacam um capítulo inteiro para o conceito de região, demonstrando a dificuldade em se unificar o conceito e concluindo que, conforme o objetivo do planejamento, é que se determinarão os limites de uma região. Cite-se: “os critérios adotados para definir os limites de uma região variam de acordo com os objetivos do planejamento adotado. Esses critérios podem ser de homogeneidade, isolamento, interdependência ou relativos a um *ad hoc*”.¹⁷

Ao que se tem percebido, os Tribunais de Contas têm aceitado critérios de definição do conceito de região baseados **nas características do objeto** que se está licitando. Citem-se os seguintes julgados neste sentido:

EMENTA: CONSULTA – ESTATUTO NACIONAL DE MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE – TRATAMENTO DIFERENCIADO E FAVORECIDO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – HI-

17 ULTRAMARI, Clóvis; DUARTE, Fábio. **Desenvolvimento local e regional**. Curitiba: Intersaberes, 2012. p. 44.

PÓTESES EM QUE A LEI PROÍBE O TRATAMENTO DIFERENCIADO – ART. 49 DA LC N. 123/2006 – ALCANCE DA EXPRESSÃO “REGIONALMENTE”, PARA FINS DO ART. 49, INCISO II, DA LEI COMPLEMENTAR N. 123/2006 – DELIMITAÇÃO E DEFINIÇÃO EM CONFORMIDADE COM AS PECULIARIDADES DO OBJETO LICITADO, NECESSARIAMENTE JUSTIFICADO – OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DO DISPOSTO NO ART. 47 DA LEI COMPLEMENTAR N. 123/2006.

a) O alcance da expressão “regionalmente”, para fins do art. 49, inciso II, da Lei Complementar n. 123/06, deve ser delimitado, definido e justificado pela própria Administração, no âmbito de cada procedimento licitatório.

b) Quando da delimitação e da definição, o Administrador deverá demonstrar, motivadamente, que foram levados em consideração as **particularidades do objeto licitado**, bem como o princípio da razoabilidade e os objetivos do tratamento diferenciado dispensado às MEs e EPPs, previstos no art. 47 da Lei Complementar n. 123/06.

(TCE/MG, Processo de Consulta nº. 887734, Relator Conselheiro Cláudio Couto Terrão).

PREFEITURA MUNICIPAL DE ITIQUIRA. CONSULTA. LICITAÇÃO. TRATAMENTO FAVORECIDO E SIMPLIFICADO A MICRO E PEQUENAS EMPRESAS.

1) Para efeito de aplicação do § 3º do art. 48 e do inciso II do artigo 49, da LC 123/2006, a expressão “sediadas no local” reporta-se ao município (ente federado) no qual se realiza a licitação para a contratação pública.

2) Para efeito de aplicação do § 3º do

art. 48 e do inciso II do artigo 49, da LC 123/2006, a abrangência do termo “**regionalmente**” deve ser delimitada e fixada na fase interna do certame, no Termo de Referência ou no Projeto Básico, conforme for o caso, e devidamente justificada pela própria Administração Pública, **considerando as especificidades de cada objeto a ser adquirido, o princípio da razoabilidade, o respectivo mercado fornecedor e o cumprimento dos objetivos insculpidos no caput do artigo 47 da Lei. (...)** (TCE/MT, Resolução de Consulta nº. 17/2015, Relatora Conselheira Interina Jaqueline Jacobsen)

O exemplo clássico seria licitação para aquisição de combustíveis. Considerando o interesse público e a razoabilidade, não faz sentido ampliar a competição entre postos de gasolina distantes do local onde se situam os veículos da frota municipal, uma vez que seria antieconômico deslocar a frota por mais de dezenas de quilômetros para abastecerem e terem que voltar mais dezenas de quilômetros até a sede do Município.

O gasto com a rodagem destes veículos para fins de não restringir a competição é desvantajoso e não atende ao interesse público. Logo, o conceito de região nem sequer deveria ser aplicado ao caso, já que pela peculiaridade do objeto, o interesse da Administração somente seria atendido por fornecedores locais ou muito próximos do local onde fica guardada a frota de veículos.

O mesmo raciocínio se aplica a bens perecíveis, que por sua peculiaridade, devem ser consumidos num lapso temporal rápido, de forma que haverá necessidade de rápido fornecimento.

Também se podem citar licitações para escolha de jornal local ou regional que será o veículo oficial do Município.

Quando questionado sobre o conceito de região, o Tribunal de Contas do Paraná teve a preocupação de que a escolha da região, pelos Entes Públicos, não tivesse motivações outras que não o interesse público. Por isto, interpretou o conceito de região da seguinte forma:

(...) (e) se os artigos 47, 48 e 49 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, fazem alusão a microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas regionalmente, assim como o que pode se entender por “região” para fins de aplicação dos referidos dispositivos:

É certo que, enquanto entende-se “local” os limites geográficos do Município, definidos de modo oficial, o termo “regional” é de conceituação menos rígida.

A Administração Municipal, neste sentido, poderá estabelecer **discricionariamente um critério de “região”**, desde que o mesmo seja **prévio, impessoal, objetivo e uniformemente aplicado aos certames** licitatórios daquele ente, restando vedada a modificação injustificada dos parâmetros empregados.

Deve a metodologia de definição pautar-se em fundamentos pré-estabelecidos, seja por instituição reconhecida de estudos no âmbito geográfico (e.g., IBGE, IPARDES), seja **por lei municipal** que obedeça aos princípios da impessoalidade e da objetividade. Adotado determinado critério para definição da região, é prudente que haja robusta justificativa para mudança e que o novo critério seja utilizado também em futuros certames.

Seja qual for o conceito definido, deve

sempre ser superior aos limites geográficos do próprio Município, mas não amplo o suficiente a ponto que determinada empresa esteja enquadrada na região, mas esteja faticamente impedida de prestar o objeto específico da licitação em razão de estar muito distante do ente contratante, vez que nesse caso não é um potencial participante da licitação. Verificado que a região usualmente estabelecida não serve ao objeto sob análise em razão da impossibilidade fática de empresa localizada na região prestar o serviço, sua extensão poderá ser reduzida, desde que a decisão seja robustamente fundamentada, mediante utilização de critério também prévio, impessoal, objetivo – situação excepcional, válida para objetos bastante específicos (...)
(TCE/PR, Acórdão nº. 877/2016, Relator Conselheiro Nestor Batista)

Assim, o Ente Público deverá avaliar a existência do mercado fornecedor local, entendido este como os limites do Município, e, se optar por ampliar suas buscar, poderá avaliar o mercado fornecedor a nível regional, desde que, por lei municipal, haja prévia definição do que o ente escolheu como limite para a região, pelo modo que melhor atender ao interesse público¹⁸.

18 (d) Uma interpretação gramático-literária do artigo 48, § 3º, evidencia que o uso da conjunção “ou” estabelece que o ente poderá estabelecer, alternativamente, a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente. Desta forma, os requisitos “local” e “regional” não são cumulativos, sendo de discricionariedade do gestor optar pelo modo que melhor atender ao interesse público, assim como aos princípios reitores da Administração Pública (...). (TCE/PR, Acórdão nº. 877/2016, Relator Conselheiro Nestor Batista) (grifo nosso)

Cumpra tecer comentários, ainda, da obrigatoriedade de o Ente Público verificar a existência deste mercado fornecedor local ou regional para atender ao princípio da economicidade.

No início de vigência da LC nº 147/14, vários Municípios passaram a realizar as licitações exclusivas apenas com o intuito de evitar problemas com o controle externo. E, somente após duas ou três vezes de ocorrer deserção da licitação é que justificavam a abertura da licitação para a ampla concorrência.

Em muitos destes objetos licitados, a própria Comissão de Licitação já tinha conhecimento da inexistência de MPE para fornecer, com base no histórico de licitações realizadas pelo Município, mas, ainda assim, com receio de irregularidade perante o Controle Externo, realizavam licitações exclusivas às MPE.

Tal decisão administrativa de optar por realizar licitação exclusiva mesmo sabendo que inexistem MPE locais ou regionais afronta à economicidade se avaliarmos o custo operacional de um processo licitatório.

O controle de custos operacional é uma das ferramentas de gestão que está atrelada ao princípio da eficiência, isto é, deve-se controlar o custo de um processo para buscar o mesmo resultado no menor custo possível.

Cada Ente possui estrutura própria, fluxos internos próprios e, por isto, terão custos operacionais diferentes. Contudo, se considerarmos um fluxo de processos de licitação padrão (pedido de compra, autorização, contabilidade, autorização, elaboração do termo de referência e edital, aprovação da Procuradoria e publicação¹⁹) com uma remuneração média

19 Sem considerar a fase externa.

de servidores, poderíamos estimar que uma licitação simples, sem complexidade técnica, custaria em torno de R\$2.000,00 a R\$5.000,00²⁰.

Isto considerando apenas o custo de hora trabalhada e da publicação em Diário Oficial do Estado e em jornal de grande circulação. Se fossem considerados todos os demais custos diretos envolvidos no processo, como por exemplo, energia, internet, equipamentos, etc., certamente os valores seriam maiores.

Agora, considerando tais custos operacionais, imagine o custo da decisão administrativa de realizar certames que se sabe que serão desertos? Pegando-se o exemplo do Município que repetiu duas vezes o processo para depois justificar a abertura da licitação para ampla concorrência, ele já teria gasto operacionalmente de R\$4.000,00 a R\$10.000,00, e foi obrigado a realizar novo procedimento licitatório de ampla concorrência.

Observando-se a situação operacional pelo enfoque de custos, bem como se pautando os atos administrativos nos princípios constitucionais, que incluem o da eficiência e da economicidade, torna-se obrigatório que o Administrador faça a análise prévia da existência do mercado fornecedor para decidir se aplica o artigo 49, II ou realiza a licitação exclusiva à MPE.

20 Custo estimado das licitações, considerando fluxo e objeto simples, bem como remuneração média de servidores: Remuneração R\$3000,00 – fluxo do processo hora/servidor – da abertura do procedimento: encaminhamento ao gestor – ao contador 1h – ao setor técnico para elaboração do Termo de Referência e preço mercado 50h – à equipe de elaboração do Edital 8h – à procuradoria 8h – à autorização do gestor – à publicação 1h – sessão julgamento 2h - análise das impugnações e recursos 5h – adjudicação e homologação 1h : 75h + valor da publicação = R\$1200 + R\$800,00 = R\$2000

Um exemplo clássico disto são as licitações para a aquisição de combustíveis em que são raros os postos de combustíveis que são MPEs. Assim, uma rápida consulta no site da ANP, na página postos de combustíveis credenciados já demonstraria a ocorrência de inexistência de três MPEs sediadas local ou regionalmente, o que autorizaria a realização de licitações sem tratamento diferenciado às MPEs, reduzindo-se o risco de licitações desertas e reduzindo-se os custos operacionais se tivesse que ser repetida a licitação.

Desta forma, é importante que o Ente demonstre que envidou esforços para comprovar a ausência das MPE locais ou regionais e declare no processo de licitação a inexistência deste número mínimo de fornecedores, além de fazer constar no Edital a aplicação do artigo 49, II da LC 123/06, nos termos da determinação do Acórdão nº 877/2016-P do TCE/PR.

3.2 DA AUSENCIA DE VANTAJOSIDADE DA ADMINISTRACAO

De acordo com o artigo 3º da Lei Geral de Licitações, um dos objetivos da licitação é garantir a seleção da proposta mais vantajosa para a administração²¹.

Ainda que se busque também a isonomia entre os licitantes, a promoção do desenvolvimento sustentável e o desenvolvimento local, através do tratamento diferenciado às MPEs, a Administração deve sempre almejar a proposta mais vantajosa.

21 “Art. 3º - A licitação destina-se 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 e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”.

A vantajosidade, portanto, deve estar aliada tanto à aferição da melhor proposta, observando-se o aspecto econômico (melhor preço) e aspecto qualitativo (melhor qualidade).

Antes da publicação do edital, na fase interna da licitação, o parâmetro para aferição da vantajosidade-aspecto qualitativo será a definição das especificações técnicas no termo de referência ou projeto básico em que a Administração irá averiguar a relação de custo-benefício do produto ou serviço que se está contratando.

Os critérios de qualidade dos produtos e serviços devem ser os suficientes para o atendimento da necessidade da Administração Pública.

Inclusive, o Professor Jair Santana sugere que o Município, ao planejar uma compra, pense em todo o fluxo da compra, mas começando a análise em sentido contrário, isto é, do destinatário final do produto, serviço ou obra até a solicitação de compra²², para fins de definir o que realmente atenderá a necessidade da Administração.

Através desta análise já é possível identificar a demanda da Administração, as características técnicas do objeto que serão necessárias para atender esta demanda, os fornecedores disponíveis no mercado, de forma a poder aferir a vantajosidade para a Administração.

Assim, definida a especificação técnica necessária a atender a demanda da Administração e se verificar que não existem MPEs sediadas local ou regionalmente capazes de fornecer tal solução à demanda, aplica-se o artigo 49, II, LC nº 123/06 e abre-se o certame para ampla concorrência, sem

22 Debate sobre a LC 147/14, realizado no Tribunal de Contas do Paraná, nos dias 30/09/2015 e 01/10/2015.

tratamento diferenciado e exclusivo às MPes.

Desta forma, a análise da vantajosidade quanto ao aspecto qualitativo enquadra-se muito mais na hipótese do artigo 49, II do que no artigo 49, III, a qual possui maior relação de aplicabilidade quando se analisa a vantajosidade pelo aspecto econômico (melhor preço).

Assim, a análise da vantajosidade quanto ao aspecto econômico será feita através da pesquisa de preço de mercado do objeto que está se adquirindo.

Destaque-se que a Lei de Licitações, no artigo 43, IV²³, fala da obrigatoriedade de constar no processo de licitação a verificação dos preços correntes **no mercado**.

Disto decorre que a pesquisa de preço deve levar em consideração o mercado, em sua ampla concorrência, abrangendo preços praticados tanto por grandes empresas quanto por MPE.

Conforme ensinamentos de Marçal Justen Filho,

deve-se entender que não se admitirá que a Administração Pública desembolse valores incompatíveis com os preços disponíveis no mercado. Se o resultado da licitação diferenciada conduzir a preços superiores aos usuais de mercado, caberá à Administração Pública promover a revogação da licitação. (...) ²⁴.

23 Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: (...) IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

24 JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2007. p. 30.

Uma das metodologias para a verificação de preços de mercado é a consulta aos preços praticados por outros órgãos, conforme previsão no artigo 15, V da Lei nº 8.666/93.

É de suma importância que ao realizar pesquisa de preços em outros órgãos, a Administração zele para verificar os preços praticados em datas recentes, “uma vez que um grande lapso temporal impossibilita o cotejo em razão da inflação, da dinâmica de mercado, do contexto social e da evolução tecnológica, fatores estes que modificam consideravelmente os valores dos serviços e bens de consumo²⁵”.

Mas, com exceção da pesquisa de preços praticadas por outros órgãos, a Lei Geral de Licitações não estabelece uma metodologia correta a ser adotada para se fazer uma boa pesquisa de preços de mercado.

Com isto, os Entes Públicos passaram a adotar a prática de solicitação de orçamentos diretamente aos fornecedores. Sobre isto, cite-se o ensinamento de Joel de Menezes Niebuhr²⁶:

A Administração, pois, deve realizar pesquisa de mercado para orçar o valor estimado da futura contratação. A legislação não prescreve como deve ser realizado esse orçamento. Praticamente a **Administração Pública nacional inteira costuma consultar três ou quatro pessoas que atuem no ramo do objeto a ser licitado,**

25 SILVA, Felipe Corbani da. **Cautelas que devem ser adotadas na realização de pesquisa de preços baseada em contratos de outros órgãos.** Disponível em: <<http://www.zenite.blog.br/cautelas-que-devem-ser-adotadas-na-realizacao-de-pesquisa-de-precos-baseada-em-contratos-de-outros-orgaos/#.VRqtEU25dZQ>>. Acesso em: 31 mar. 2015.

26 NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo.** 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 273-274.

pedindo a eles que encaminhem orçamento informal. Daí a Administração faz a média dos orçamentos recebidos para apurar o valor estimado da contratação. Insiste-se que o referido procedimento não está previsto em lei alguma. Trata-se de mero costume, que verdadeiramente é arraigado na Administração pública nacional. Entretanto, o fato é que o procedimento que a Administração Pública costuma levar cabo para estimar os preços de seus contratos não é eficaz. Ocorre com larga frequência, que as empresas previamente consultadas pela entidade administrativa apresentam a ela orçamento com preços excessivos, superiores aos preços praticados por elas, até mesmo porque pretendem participar da licitação e não se dispõem a externar antes do próprio certame o preço real e final.” (p. 273 e 274)

Inclusive, o TCE/PR ao responder a consulta sobre a aplicação da margem de preferência para MPE locais do artigo 48, §3º da LC 123/06, trouxe como requisito para a preferência o fato do “preço enquadrado dentro da margem de preferência seja **compatível com a realidade do mercado, a qual deve ser auferida com cautela, devendo ser evitada a prática comum de realizar estimativa de orçamento unicamente com base em pesquisa de preços efetuada com potenciais interessados na licitação**, pois determinadas empresas potencialmente interessadas no certame são excluídas em razão de seu porte” (AC 877/16-P).

Assim, ante a ausência de metodologia para a pesquisa de preço na lei, é possível se ter um parâmetro na jurisprudência do TCU e em normativos da União, como na Instrução Normativa 05/2014, da Secretaria de Logística e TI – SLTI, que no seu artigo 2º determina:

Art. 2º. A pesquisa de preços será realizada mediante a utilização de um dos seguintes parâmetros:

I – Portal de Compras Governamentais – www.comprasgovernamentais.gov.br;

II – pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenha a data e hora de acesso;

III – contratações similares de outros entes públicos, em execução ou concluídos nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data da pesquisa de preços;

IV – pesquisa com os fornecedores.

Sabe-se que hoje já há no mercado soluções em TI que oferecem pesquisa de preços. O TCE MG já se pronunciou, em resposta à consulta, sobre a utilização deste tipo de serviço:

EMENTA: CONSULTA — PROCESSO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA — ESTIMATIVA DO CUSTO DO OBJETO E INDICAÇÃO DO CRITÉRIO DE ACEITABILIDADE DOS PREÇOS — IMPRESCINDIBILIDADE DE PESQUISA DE PREÇOS — A PESQUISA DEVE BASEAR-SE EM INSTRUMENTO(S) DE RECONHECIDA IDONEIDADE — CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA EM BANCO DE PREÇOS — POSSIBILIDADE, DESDE QUE OBEDECIDAS TODAS AS NORMAS APLICÁVEIS SOBRE ORÇAMENTO, FINANÇAS E CONTRATAÇÃO PÚBLICA — NECESSIDADE DE DOCUMENTAÇÃO DA PESQUISA NOS AUTOS.

a) Na contratação pública, com ou sem certame licitatório, é imprescindível a pesquisa de preços;

b) A pesquisa de preços deve basear-se

em instrumento — ou instrumentos — de reconhecida idoneidade para evidenciar os preços que estão sendo efetivamente praticados no mercado;

c) **Banco de preços mantido por prestador de serviços especializados constitui, em princípio, instrumento idôneo para a pesquisa de preços na contratação pública;**

d) O agente público responsável pela contratação deve avaliar os instrumentos idôneos disponíveis para a pesquisa de mercado, a fim de selecionar qual deles — ou qual conjunto deles — é o mais adequado, no caso concreto;

e) A pesquisa de preços deve ser documentada nos autos do processo de contratação pública, até mesmo para viabilizar o exercício dos controles interno e externo;

f) Na contratação, pelo Poder Público, de prestador de serviços especializados de banco de preços, devem ser obedecidas todas as normas aplicáveis sobre orçamento, finanças e contratação pública, particularmente as da Lei n. 8.666, de 1993.

Nota-se pelas recentes decisões do TCU que se passou a exigir outras fontes de pesquisa de preço para além dos orçamentos com fornecedores. Cite-se julgado recente abaixo:

[...] realização de pesquisas de preços com utilização de orçamento manifestamente superior à prática de mercado (cerca de 40% superior ao segundo orçamento de maior valor), o que contraria o art. 2º, § 6º, da IN-SLTI/MPOG 5/2014 e o posicionamento do TCU representado no Acórdão 2.943/2013, do Plenário; [...] realização de pesquisa de preços com amplitude insuficiente, restrita ao possível envio de dois e-mails a oito empresas do ramo, tendo-

se obtido apenas três orçamentos, não obstante o mercado fornecedor do serviço ser vasto; e, ainda, que não se considerou a utilização de preços de contratações similares na Administração Pública e a informações de outras fontes, tais como o ComprasNet e outros sites especializados, afrontando o art. 26, parágrafo único, incisos II e III, e o art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993, conforme entendimento do TCU, a exemplo dos Acórdãos 2.170/2007 e 819/2009, ambos do Plenário. (TCU, processo TC nº. 013.754/2015-7. Acórdão nº. 2637/2015-P).

Desta feita, uma boa metodologia de pesquisa de preço de mercado evitará as grandes distorções entre preços orçados e preços ofertados, bem como se evitará que os valores de ofertas tanto das grandes empresas quanto as MPE estejam dentro de um parâmetro de aceitabilidade.

Destaque-se, neste íterim, que, pelo fato das MPE já receberem outros incentivos administrativos, fiscais, procedimentais, mas principalmente tributários com a finalidade de tentarem fazer frente às grandes empresas, é de se concluir que não deve haver muitas distorções de preço entre estas e aquelas.

Outro fator de análise será a característica do nicho de mercado, pois em certos nichos em que se tem uma cadeia de fornecimento bem estabelecida, do tipo: fabricante industrial, atacadistas distribuidores e varejistas, sabe-se que tanto os varejistas de porte médio e grande concorrerão com as micro e pequenas empresas, de modo que os benefícios tributários das MPEs a colocam em pé competitividade com aquelas.

Neste cenário, não haverá grandes distorções entre os preços e, ainda que haja diferença de preço final, haverá uma aceitabilidade desta variação.

Já em outros nichos de mercado em que o industrial participa no varejo, o atacadista participa no varejo, haverá muita disparidade entre os preços das MPE varejistas e seus concorrentes atacadistas e industriais.

Isto ocorre no mercado de medicamentos. Cite-se trecho de artigo técnico sobre o sistema de comercialização de medicamentos no Brasil²⁷:

O sistema de comercialização de medicamentos no Brasil também é marcado por um importante conjunto de peculiaridades. Há, por exemplo, controle de preços, um regime conduzido pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED). **Cabe à CMED definir os preços máximos dos produtos, estipular os reajustes anuais e assegurar o cumprimento dessas determinações pela indústria farmacêutica.**

Novos fármacos têm seus preços definidos com base em valores de referência globais. **O custo no Brasil não pode superar o menor preço cobrado entre nove diferentes mercados** (Estados Unidos, Nova Zelândia, Austrália, Grécia, Portugal, Itália, Espanha, França, Canadá, além, eventualmente, do país de origem do medicamento). Nesse caso, também **vale o sistema de controle e congelamento do preço pelo período de um ano, cabendo à indústria farmacêutica negociar os descontos de preços para o varejo.**

Um desafio relevante no Brasil está relacionado à indústria de genéricos. Com as margens mais apertadas, muitas indústrias passaram a rever suas estratégias agres-

27 Disponível em: <<https://www.pwc.com.br/pt/publicacoes/setores-atividade/assets/saude/pharma-13e.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2016.

sivas de descontos, que em muitos casos chegavam a 90%. A elevação dos custos de produção e a conseqüente queda das margens levaram algumas indústrias a reduzir os descontos concedidos nos medicamentos.

Por lei, os genéricos são 35% mais baratos que os medicamentos de referência. Mas a média de descontos sobre esses produtos supera os 50%,

Um aspecto relevante do mercado doméstico é a elevada **concentração da distribuição nas mãos de poucos grupos regionais e nacionais: de 65% a 75% da distribuição dos medicamentos é feita por distribuidores locais, enquanto apenas de 25% a 35% dos produtos são diretamente entregues ao varejo**. As redes varejistas também começam a despertar interesse de grupos locais e internacionais inclinados a promover a consolidação do setor. Em agosto de 2011, a Drogasil e a Droga Raia anunciaram a fusão de suas operações, seguida, no mesmo mês, por transação similar entre as cadeias Drogaria SP e Drogaria Pacheco. Em fevereiro de 2013, o grupo norte-americano CVS adquiriu as operações da rede de drogarias Onofre.

O SUS também é responsável pela compra e distribuição de medicamentos no Brasil, especialmente os de uso contínuo e os destinados à população de menor renda. Existem três programas nacionais de compra e repasse de medicamentos, mas essas drogas têm, necessariamente, de estar contempladas na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename). Para as aquisições do SUS, os remédios de uso contínuo devem, mandatoriamente, sofrer um desconto de 35% no preço, resultado da aplicação do 'coeficiente de

ajuste de preços'. Isso inclui, por exemplo, drogas usadas para diversos tratamentos de câncer, infecção por HIV e doenças crônicas, como esquizofrenia, reumatismo e artrites.

Outra frente governamental de distribuição de medicamentos é o Programa Farmácia Popular, voltado essencialmente para a oferta de medicamentos genéricos e biossimilares de baixo custo para a população de menor poder aquisitivo. Essa tentativa, entretanto, ainda não decolou por causa da dificuldade de acesso dos pacientes a esse sistema: menos de 10% do mercado é abastecido pelo programa.

Ao mesmo tempo, crescem os casos de ingresso na Justiça de pacientes do SUS e beneficiários de planos privados para terem acesso a medicamentos inovadores e de maior custo, que ainda não são oferecidos pelo sistema público e nem foram contemplados no rol de obrigações de fornecimento pelo sistema suplementar (privado). “O grande volume de ações judiciais para obtenção de remédios e tratamentos é conhecido no mercado como ‘Judicialização da Saúde’, um dos principais riscos existentes no sistema de saúde do país”.

Outro dado peculiar neste mercado é que os grupos de distribuição, que concentram até 75% do mercado, também participam de licitações públicas.

Daí tem-se que, se o governo tabela o preço máximo da indústria e esta negocia os descontos para os grupos de distribuição e varejistas, e, se estes grupos participam de licitações, eles terão maiores descontos a serem repassados quando contratarem com a Administração que uma MPE que está ao final da cadeia de distribuição, sendo desvantajoso

adquirir de varejistas MPE.

Em atendimento telefônico na Diretoria de Contas Municipais do Tribunal de Contas do Paraná, uma das empresas interessada em participar de uma licitação Municipal, explicou que a LC 147/14 havia inviabilizado sua participação nas licitações já que ela era empresa de médio porte e explicou que em determinados medicamentos, o grande distribuidor participava da licitação e não havia como nenhuma outra empresa competir com seus preços, pois se este distribuidor recebia até 40% de desconto do fabricante sobre o medicamento, os demais fornecedores recebiam apenas 5%.

Cite-se como exemplo desta forma de definição de preços através de descontos: no Pregão 621/2015 de São José dos Pinhais, cotou-se o medicamento Gilbenclamida, 5mg, comprimido por R\$0,040 cada, sendo adjudicado a cota das MPE por R\$0,040 e a cota principal por R\$0,022²⁸. Somente a diferença nas cotas representou 55%. E, na tabela CMED este princípio ativo foi tabelado de R\$1,36 à R\$6,30.

Veja-se que neste caso a MPE não conseguiu ofertar proposta melhor na cota principal e acabou por adjudicar apenas a cota reservada. Contudo, a discrepância entre os preços ofertados pela MPE e pela outra empresa é tão grande, 55% de diferença, que dá indícios da desvantajosidade de aplicação do tratamento diferenciado, ao menos, em relação a este medicamento.

O grande problema encontrado pela Administração é justamente a demonstração desta desvantajosidade no processo porque ou o preço de referência foi feito diretamente

28 Dados fornecidos pelo Controle Interno do Município de São José dos Pinhais e confirmados no Sistema de Informações Municipais do TCE/PR.

com empresas varejistas ou porque se usa o preço de controle da CMED o qual não usa como base o preço dos custos da indústria nacional, mas um comparativo entre os preços praticados em outros países.

Toda esta análise de estrutura do mercado fornecedor e pesquisa de preço utilizando-se várias fontes (orçamentos, sites especializados, contratações de outros órgãos públicos, etc.) deve constar do processo de compra seja em momento anterior à publicação do edital e deve ser conferido no momento dos controles internos da licitação (pareceres jurídicos e homologação).

Neste sentido foi o posicionamento do TCE/TO, em resposta à Consulta, na Resolução nº 131/15:

4) A não vantajosidade para a administração pública ou o prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado, previsto no art. 49, III, precisarão ser motivados?

R: A Administração Pública deverá motivar seus atos, ou seja, descrição dos fatos da realidade que levaram a Administração Pública, considerar o disposto no art. 49, III, da Lei nº 123/2006, bem como fundamentar as decisões exaradas tanto na fase interna quanto na fase externa do certame, de modo a que elas tenham sustentabilidade jurídica perante os órgãos de controle, para alcançar a sempre objetivada realização do interesse público.

A Administração Pública caminha para a profissionalização do setor de logística de suprimentos públicos que inclui a etapa da escolha do fornecedor através da licitação. Desta forma, a fase de análise de preços de mercado também vem

sendo afetada por estas melhorias técnicas.

Tanto é que além das obras, já é obrigatória a planilha detalhada de custos diretos e indiretos nos serviços que envolvem alocação de mão-de-obra.

E, ao que se observou até o momento, é possível vislumbrar que a pesquisa de preço de mercado para compras também caminhe no sentido de análise detalhada de várias fontes, comportamento da cadeia do mercado fornecedor, e, até mesmo, para a pesquisa de custos diretos e indiretos que constituem a formação do preço do produto.

Com isto, a preocupação inicial que se verificou de os servidores municipais recearem que a aplicação do tratamento diferenciado às MPEs ensejaria gastos maiores não se mantém se houver uma criteriosa pesquisa de preço de mercado, de modo que é possível afastar o tratamento diferenciado às MPE em caso de desvantajosidade (art. 49, III, LC nº 123/06).

3.3 DO PREJUÍZO AO CONJUNTO OU COMPLEXO DO OBJETO

Também não se aplicam as regras dos artigos 47 e 48 (licitações diferenciadas) quando o tratamento diferenciado e simplificado para as MPE representarem prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contrato.

A análise deste prejuízo dependerá da análise de cada caso concreto.

Quanto ao conjunto do objeto, observa-se um prejuízo quando puder ocorrer distorções de padrões técnicos, qualitativos ou mesmo padrões de design. Cite-se, por exemplo: numa compra de móveis, mesas para estações de trabalho, a cota reservada poderá gerar prejuízo pelo risco de diferenças

de design, de tipo de material a ser utilizado, a ergonomia dos móveis, etc.

Outro exemplo: na compra de uniformes escolares, dependendo da tonalidade de cor adotada, poderá haver riscos de diferenças nas cores dos tecidos de cada fornecedor.

Contudo, a análise do prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto também está associada à decisão de licitar por item ou por lote, o que certamente envolverá aspectos econômicos (de economia de escala), razões técnicas, logísticas ou de outra natureza que tornem necessária a concentração das aquisições em lotes.

A primeira relação que pode ser feita entre a análise da adjudicação por item e lote com a questão das MPE é de que se o objeto for dividido no maior número de itens possíveis, maior será a competitividade e maior será a chance de que cada item seja direcionado exclusivamente para MPE, ante o valor de cada item.

Muitas vezes as MPE não teriam a capacidade de executar a totalidade do objeto, mas conseguem cumprir perfeitamente as partes divisíveis do objeto²⁹.

Este fenômeno é facilmente observado nas licitações de compras de medicamentos em que cada item da licitação é um medicamento específico. Enquanto que o valor total da licitação chega às cifras de milhões, o valor de cada item, de cada tipo de medicamento, facilmente se enquadra na hipótese de licitação exclusiva às MPE, afastando-se as empresas

29 TCU, Plenário, Ac. nº 2400/2006, proc. nº 021.647/2006-0: (...) “embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade”.

com portes maiores.

Assim, em atenção ao artigo 23, §1^o³⁰ da Lei de Licitações e Súmula nº. 247³¹ do TCU, na fase interna da licitação, faz-se a análise de divisão do objeto em itens ou lote, tendo-se por base justamente o prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto, conforme razões **técnicas, logísticas, econômicas ou de outra natureza que tornasse necessária a divisão da contratação por lotes.**

De acordo com Alessandra Corrêa Santos³²:

Assegurar a viabilidade técnica para dividir o objeto tem como finalidade manter a solução íntegra o suficiente para atender à necessidade da Administração. Afinal, há objetos que à medida que são divididos podem se desnaturar e não atender plenamente à necessidade da Administração, risco esse que o dispositivo legal pretende afastar.

A viabilidade econômica de dividir o objeto tem como finalidade evitar que licitar a solu-

30 Art. 23 (...) § 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

31 É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.

32 SANTOS, Alessandra Corrêa. Alterações do art. 48, inc. i, da Lei Complementar n. 123/06: a licitação por itens e a aplicação do limite para realização de certame exclusivo para MES e EPPS. **Informativo de Licitações e Contratos - ILC**, Curitiba, n. 253, p. 240-248, mar. 2015.

ção em partes saia mais caro para a Administração do que adquiri-la em sua configuração integral. Inclusive, é em razão disso que o dispositivo prevê a necessidade de resguardar a economia de escala.

A regra é fazer a licitação por item, desde que haja divisibilidade do objeto e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, pois não basta resguardar a competitividade se não for conseguir ser atendida a necessidade da Administração³³.

Excepcionalmente, far-se-á a licitação por lote. Como o lote inclui vários itens, geralmente, o valor do lote será maior que o limite do artigo 48, II, abrindo-se a licitação deste lote para a ampla concorrência, com reserva de cota para as MPE.

Mas, mesmo assim, podem ocorrer casos em que esta reserva de cotas também gere prejuízos ao conjunto ou complexo do objeto, conforme exemplos das mesas e uniformes dado acima.

Apenas para fins elucidativos, o TCU considerou viável a adjudicação por lote no caso de reforma e ampliação de aeroportos (Plenário, Ac nº 1.692/2004); aquisição de obras de artes, ante a vantagem na economia de escala (Plenário, Ac nº 583/2003); desenvolvimento de sistemas de informática junto com treinamentos sobre estes sistemas (Plenário, Ac. nº 357/2005); licitação por menor preço por grupo de alimentos,

33 SANTOS, Alessandra Corrêa. Alterações do art. 48, inc. i, da Lei Complementar n. 123/06: a licitação por itens e a aplicação do limite para realização de certame exclusivo para MES e EPPS. **Informativo de Licitações e Contratos - ILC**, Curitiba, n. 253, p. 240-248, mar. 2015.:“(…) Em resumo, o incremento à competitividade, por meio da divisão do objeto, somente será válido se não houver risco de prejuízo (técnico ou econômico) para o atendimento da necessidade da Administração, conforme prevê o art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/93”.

tendo em vista a composição do cardápio (Plenário, Ac nº 9/1999); gêneros alimentícios tendo em vista a logística e armazenamento (TCU, Ac. nº 5.301/2013-2ºC); serviços de manutenção de máquinas com o fornecimento de peças (Plenário, Ac. nº 486/2006); instalação de um laboratório com a aquisição de todos os itens necessários ao funcionamento do conjunto (Plenário, Ac. nº 1.167/2012), mobiliário padronizado (TCU, Ac. nº 861/2013-P).

O Tribunal de Contas do Paraná também já se manifestou pela possibilidade de adjudicação em lote³⁴, nos seguintes casos: serviços de cálculos em processos trabalhistas (AC 6299/15-P³⁵); aquisição de pneus com serviços de conserto de pneus (AC 5266/14-P³⁶); aquisição tinta para impressora em lotes de: 1. Cabeça, cilindro, tanque, unidade de impressão, 2.

34 Decisões em contrário: aquisição de pneus com serviços de montagem, balanceamento e geometria (AC 564/16-P, AC 1045/16-P); lotes de pneumáticos de automóveis comuns e lotes de pneumáticos de máquinas pesadas (AC 720/16-P, AC 6301/15-P); Kits de gêneros alimentares sem similaridade entre eles (AC 872/15-P, AC 4479/14-P, AC 1237/14-P); aquisição de uniformes escolares com meias e tênis sem qualquer justificacão (AC 2757/15-P); Lote para serviços de mecânica, elétrica, auto vidro, lubrificacão, sistemas hidráulicos, ar condicionado, radiador, troca de óleo e filtros, borracharia e auto socorro (AC 3843/13-P);

35 “(...)Além disso, a divisão por itens não parece ser tecnicamente viável no caso dos autos. A prestacão de serviços idênticos (cálculos trabalhistas) por empresas diversas, variando apenas o estágio processual das açoes trabalhistas (conhecimento e execucao), parece ir de encontro ao princípio da eficiência, possibilitando a execucao ineficiente do objeto. Logo, considerando-se a observância do entendimento esposado pela jurisprudência¹⁰ abalizada e ainda a discricionariedade do gestor no caso em espécie, bastante plausível a adjudicacão por lote”.

36 “Representacão da Lei nº 8.666/1993 – Pregão Presencial – Contratacao de empresa para fornecimento de pneus e prestacão de serviços de conserto de pneu, alinhamento, balanceamento e cambagem para veículos da frota municipal – (i) Lote único contendo produtos e serviços – Violação à competitividade – (...) Procedência – Expedicão de recomendacões – Sem aplicacão de multa – Inexistência de má-fé ou prejuízo ao erário”.

Cartuchos originais, 3. Cartuchos compatíveis e 4. Toner original (AC 3987/14-P³⁷); Instalação de aparelho de ar condicionado com assistência técnica (AC 3319/14-P); aquisição de medicamentos similares (AC 6691/13-P³⁸); aquisição de materiais de informática (AC 421/14-P, AC 2949/12-P); aquisição de mobiliário (AC 3986/14-P³⁹) ; sistemas de equipamentos de circuitos fechados de televisão – CFTV (AC 50/10); sistemas de equipamentos de controle de acesso de pessoas (AC 50/10); Licença de uso de software com treinamento (AC 2515/11-P); aquisição de equipamentos de áudio e vídeo, com

37 “(...) é prudente analisar o custo da logística, o que também foi considerado no caso concreto. (...)Da justificativa apresentada à peça 38, fl. 05, extrai-se que a (s) empresa(s) vencedora(s) deveria(m) atender a necessidade de 62 (sessenta e dois) locais distintos do Município de Curitiba. Logo, é razoável o argumento de que, “com a licitação acontecendo por lote, a possibilidade de um mesmo fornecedor fazer a entrega de um número maior de itens a mais de um local em uma mesma região, é maior. Esse processo diminui o custo da logística e permite a um determinado local solicitar para a empresa vencedora a entrega de apenas uma unidade de determinado modelo de cartucho ou toner”, nos exatos termos da defesa. (...)Também, verifica-se que o agrupamento dos produtos baseou-se em experiência anterior e frustrada da Administração Municipal na utilização do critério de julgamento pelo menor preço por item, sendo plausível, portanto, a utilização de novo critério a fim de garantir a aquisição do objeto a diversas entidades municipais. ”.

38 Lotes de analgésicos, anestésicos, bloqueadores neuromusculares, fármacos anticolinérgicos, anestésico tópico, anticonvulsivantes, hipnóticos e sedativos, antipsicóticos, etc. (mas neste caso houve a recomendação para que o Município justificasse a necessidade dos lotes no processo de licitação)

39 Levou-se em conta a padronização do design e do acabamento. In verbis trecho do voto: “(...) torna-se justificável a adoção de julgamento por lotes no caso concreto, porquanto se considera que a licitação por itens de sofás, cadeiras, mesas, armários, balcões e gaveteiros poderia acarretar danos ao conjunto dos equipamentos, tendo em vista a necessária padronização dos móveis, tanto em relação ao tamanho/disposição quanto à harmonia/design, com o correto encaixe e compatibilização na instalação. Igualmente, é razoável concluir que a aquisição de grande quantidade de móveis do mesmo fornecedor gera economia, uma vez que o aumento de quantitativos, em regra, produz a redução dos preços”.

instalação e treinamento (AC 2354/12-P).

Veja-se que nestes exemplos é possível analisar inclusive a (in) viabilidade técnica, operacional e econômica da reserva de cotas às MPE, inclusive. E, conforme precedentes do TCU⁴⁰, toda a análise deve estar documentada/justificada nos autos do processo de licitação.

Assim, de acordo com Yuri Guimarães,

isso significa que, por ocasião da cogitação da adoção da licitação diferenciada, caberá à Administração Pública exercitar um juízo similar ao previsto no art. 23, parágrafo 1º, da Lei nº 8.666. Tratar-se-á de formular uma previsão sobre os efeitos de escala econômica, para apurar se a licitação diferenciada redundará em elevação de custos⁴¹.

Em relação à não cotização do objeto às MPEs, o Tribunal de Contas do Paraná já possui precedente reconhecendo a não aplicação do tratamento diferenciado às MPEs na aquisição de kits escolares:

TCE/PR – AC nº. 2319/2016-P
Representação da Lei nº. 8.666/1993 –
Pregão Presencial – Aquisição de “kits

40 Acórdão 496/1998- Plenário. O TCU recomendou: “(...) avalie a viabilidade técnica e econômica do parcelamento de compras administradas por aquele órgão, em articulação com o solicitante, com o objetivo de aproveitar as peculiaridades do mercado, visando a economicidade, e que os resultados da mencionada avaliação figurem nos autos do processo de compra, em consonância com os arts. 15, inc. IV; 23, §1º e 38, inc. XII da L. 8666/93 (...)” (processo TC nº 004.186/1997-4).

41 GUIMARÃES, Yuri. **O tratamento diferenciado das micro e pequenas empresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) no certame licitatório**. Disponível em: <<http://menezeseguimaraesadvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/116490691/o-tratamento-diferenciado-das-micro-e-pequenas-empresas-me-e-empresas-de-pequeno-porte-epp-no-certame-licitatorio>>. Acesso em: 24 mar. 2015.

escolares” – Supostas irregularidades: (i) Adjudicação em lote único (vedação de fracionamento de objeto divisível) – (ii) Vedação no somatório dos atestados de capacidade técnica – (iii) Inobservância da Lei Complementar n.º 123/2006 – Ausência de previsão de cota exclusiva para microempresas e empresas de pequeno porte (fracionamento de até 25% do objeto de natureza divisível - artigo 48, inciso III) – Pela improcedência – Revogação da medida cautelar suspensiva – Recomendações.

I. Para a demonstração de aptidão técnica em objetos como o dos autos, que demandam um ciclo complexo de fornecimento (solução profissional com montagem, identificação e entrega de “kits escolares” padronizados para 16.100 alunos), devem constar, tanto no bojo do processo licitatório, como no do instrumento convocatório, as justificativas ensejadoras da vedação do somatório dos atestados de capacidade técnica;

II. Os motivos e fundamentos legais que afastam a aplicabilidade das normas insertas na Lei Complementar n.º 123/2006, tal como previsto em seu artigo 49, devem constar formalmente no processo licitatório, incluindo-se previsão expressa no instrumento convocatório – Orientação da Consulta n.º 88672/15 (Acórdão n.º 877/16 – STP).

Neste caso, ficou evidenciado o aumento dos custos com logística dos materiais escolares que envolvia o recebimento dos itens separadamente, a locação de espaço apropriado para este recebimento e processamento dos itens; a contratação de servidores temporários para montarem os kits e distribuírem os kits nas várias escolas municipais.

Além destes fatores operacionais e de custo, o fator de padronização dos materiais teve peso relevante na decisão, já que seria anti-isonômico entregar materiais diferentes, haja vista diferentes fornecedores (MPE e empresas de médio e grande porte), para alunos de uma mesma série escolar.

Assim, desde que demonstrado e fundamentado no bojo do procedimento licitatório, na fase interna da licitação, é possível afastar o tratamento diferenciado se houver prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto, e desde que conste no Edital a aplicação do artigo 49, III da LC nº 123/06.

3.4 DAS DISPENSAS OU CASOS DE INEXIGIBILIDADE

De acordo com a regra do artigo 49, IV da LC 123/06,

Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando: IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48.

O texto da lei ficou confuso e deu margem a várias interpretações, mas analisando-se por partes têm-se:

- 1º) Não se aplicam as licitações diferenciadas nos casos de dispensas e inexigibilidades dos artigos 24 e 25 da Lei de Licitações;
- 2º) Salvo, nos casos de dispensa em razão do valor, constantes no artigo 24, incisos I e II da Lei de Licitações;

3º) Nas dispensas em razão do valor (art. 24, I e II, Lei nº. 8.666/93), aplica-se o disposto no art. 48, I, LC 123/06, isto é, faz-se uma licitação exclusiva às MPE.

Por fim, em face da nova disciplina do inc. IV do art. 49 da LC nº 123/2006, não serão aplicáveis as regras estabelecidas pelos seus arts. 47 e 48, no tocante aos critérios de tratamento diferenciado e simplificado para pequenas empresas, em caso de dispensa ou inexigibilidade de licitação (arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666/1993), exceto nas hipóteses de dispensa de licitação em face do pequeno valor, previstas nos incs. I e II do art. 24 da Lei de Licitações.

Nessas hipóteses excepcionais, a contratação deverá ser preferencialmente de uma pequena empresa, ou seja, a não contratação de uma microempresa ou empresa de pequeno porte exige que a Administração Pública justifique exaustivamente tal medida, tendo em vista a preferência neste tipo de contratação.

Entretanto, percebe-se que a parte final do inc. IV do art. 49 da LC nº 123/2006, numa redação extremamente confusa, determina a aplicação, nesse caso, do disposto no inc. I do art. 48 da LC nº 123/2006, o que poderia levar à conclusão de que deveria ser realizada licitação com participação exclusiva de pequenas empresas.

Por outro lado, também poder-se-ia interpretar tal dispositivo legal no sentido de que o intuito do legislador não seria obrigar a instauração de uma licitação formal entre pequenas empresas, nas hipóteses de dispensa de licitação em face do pequeno valor, bastando, isso sim, a realização de um procedimento simplificado de escolha da pequena empresa, a exem-

plo da adoção do sistema de cotação eletrônica de preços.

Com efeito, em face da pouca clareza de tal inc. IV, o ideal seria a Administração contratante, antes de optar por um ou outro caminho, realizar uma consulta perante a Corte de Contas competente, a fim de evitar futuras manifestações desfavoráveis em vista do procedimento adotado.⁴²

Na prática, parece que se alterou o teor das dispensas por questão do valor, ou seja, salvo os casos da aplicação do regime de despesas de pronto pagamento, seria sempre necessário realizar licitação exclusiva às MPE.

A não ser que a Administração consiga demonstrar que não há no local ou região, 3 (três) MPE capazes de cumprir os requisitos do Edital (art. 49, I, LC 123/06) é que poderia realizar contratação direta.

Há informações de que tramita na Câmara dos Deputados um projeto de lei para alteração da parte final deste dispositivo e encerrar esta discussão⁴³.

O Tribunal não foi provocado para responder consulta sobre o tema.

Contudo, se a intenção da dispensa de licitação em razão do valor é justamente a não realização do procedimento, haja vista seu custo em relação ao valor do que está sendo contratado, torna-se incoerente e ilógico realizar licitações em caso de dispensa de valor.

Torna-se prudente o Município justificar os custos para a realização da licitação, demonstrando a ausência de custo

42 OLIVEIRA FILHO, Gilberto Bernardino de. **Inovações licitatórias em face da nova lei complementar n. 147/2014**. Disponível em: <http://www.ndj.com.br/pesquisa_2011/geicLC_FRM_0000.aspx?idO=1001&id1012=33067>. Acesso em: 19 maio 2015.

43 Informação dada pelo SEBRAE no Debate sobre a LC 147/14 realizado no TCE/PR nos dias 30/09/2015 e 01/10/2015.

-benefício na realização da licitação nos casos de dispensa por valor.

Na sequência o Município deverá realizar todas as formalidades dos processos de dispensa, fundamentando-a, motivando a escolha do fornecedor e justificando o valor contratado.

4 CONCLUSÃO

Desde o advento da Constituição Federal as licitações vêm sendo utilizadas como instrumento para se buscar a concretização de vários valores constitucionais, inclusive a busca pelo desenvolvimento nacional.

Neste intuito foi editado o Estatuto da Micro e Pequena Empresa, através da Lei Complementar nº 123/06, que, além de trazer benefícios fiscais, administrativos, de acesso à justiça, trouxe benefícios de acesso ao mercado público, através da regularidade fiscal tardia, prioridade de contratação em caso de empate ficto e possibilidade de realização de licitações exclusivas ou com cotas exclusivas às MPEs.

Estas licitações, denominadas de licitações diferenciadas, eram facultativas aos Entes Públicos até meados de 2014, mas se tornaram obrigatórias por força da Lei Complementar nº 147/14 que alterou o Estatuto das Micro e Pequenas Empresas.

A realização das licitações diferenciadas trouxe uma preocupação tanto para a doutrina quanto para servidores de que os valores contratados pela Administração se elevariam haja vista a notoriedade de que os preços praticados pelas MPEs são maiores que das médias e grandes empresas.

Contudo, tal preocupação não tem condão de se manter se houver uma análise criteriosa e prévia da aplicação do artigo 49 da Lei Complementar nº 123/06, como condicionante

à realização das licitações diferenciadas.

Analisando o artigo 49 da LC nº 123/06 verifica-se que são hipóteses que buscam justamente preservar o interesse público ao interesse das MPEs, já que permitem a não realização das licitações diferenciadas se não houver mercado fornecedor MPE sediado local ou regionalmente, ou quando não for vantajoso à Administração, ou quando divisão do objeto trazer prejuízo ao conjunto ou complexo deste objeto, bem como quando for caso de dispensa ou inexigibilidade.

Assim, faz-se necessário, para fins de garantir a supremacia do interesse público, que na fase interna da licitação, haja a verificação prévia da ocorrência de uma das hipóteses do artigo 49 da LC 123/06, como condicionante à realização das licitações diferenciadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOTTESI, Claudine Corrêa Leite. **O fortalecimento do tratamento diferenciado dispensado às microempresas e às empresas de pequeno porte nas compras públicas.** Disponível em: <<https://www4.tce.sp.gov.br/artigo-lei-complementar-14714-por-claudine-correa-leite-bottesi>>. Acesso em: 29 set. 2015.

FLESCHE, Filipe A. C. **Instrução n. 2346/15.** Processo n. 88672/15.

GUIMARÃES, Yuri. **O tratamento diferenciado das micro e pequenas empresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) no certame licitatório.** Disponível em: <<http://menezeseguimaraesadvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/116490691/o-tratamento-diferenciado-das-micro-e-pequenas-empresas-me-e-empresas-de-pequeno-porte-epp-no-certame-licitatorio>>. Acesso em: 24 mar. 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2007. p. 30.

NDJ. **Boletim Informativo de Licitações e Contratos**, p. 63, jan. 2015. Disponível em: <<http://www.ndj.com.br/demo/blc/files/assets/basic-html/page-63.html#>>. Acesso em: 19 maio 2015.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 273-274; p. 1062.

OLIVEIRA FILHO, Gilberto Bernardino de. **Inovações licitatórias em face da nova lei complementar n. 147/2014**. Disponível em: <http://www.ndj.com.br/pesquisa_2011/geicIC_FRM_0000.aspx?idO=1001&id1012=33067>. Acesso em: 19 maio 2015.

SANTOS, Alessandra Corrêa. Alterações do art. 48, inc. i, da Lei Complementar n. 123/06: a licitação por itens e a aplicação do limite para realização de certame exclusivo para MES e EPPS. **Informativo de Licitações e Contratos - ILC**, Curitiba, n. 253, p. 240-248, mar. 2015.

SILVA, Felipe Corbani da. **Cautelas que devem ser adotadas na realização de pesquisa de preços baseada em contratos de outros órgãos**. Disponível em: <<http://www.zenite.blog.br/cauteladas-que-devem-ser-adotadas-na-realizacao-de-pesquisa-de-precos-baseada-em-contratos-de-outros-orgaos/#.VRqtEU25dZQ>>. Acesso em: 31 mar. 2015.

ULTRAMARI, Clóvis; DUARTE, Fábio. **Desenvolvimento local e regional**. Curitiba: Intersaberes, 2012. p. 44.

CONSIDERAÇÕES SOBRE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa¹

A competência disciplinar do Poder Público consiste no dever-poder de apurar ilícitos administrativos e aplicar penalidades às pessoas que se vinculam, de alguma forma, à Administração Pública. O exercício dessa atribuição também é encontrado numa relação profissional, mediante a instauração de um processo administrativo para examinar se infrações funcionais foram cometidas por agentes no âmbito do Poder Público. Observe-se que o poder do Estado de punir seus agentes deve ser exercido quando necessário, mas de-

1 Advogado da União (AGU); Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); Palestrante internacional; Professor com mais de 3 milhões de visualizações no Youtube – Canal Professor Marcus Bittencourt; Professor do Damásio Educacional. Professor da Escola da Magistratura Federal do Paraná (ESMAFE/PR); Professor do Curso Jurídico de Curitiba; Professor da Escola da Associação dos Magistrados do Trabalho da 9ª Região (EMATRA/PR); Professor e Coordenador da Pós-Graduação de Gestão Pública do INFOCO; Professor da Pós-Graduação em Direito Administrativo da Universidade Positivo; Professor da Pós-Graduação em Licitações e Contratos Administrativos da PUC/PR; Professor e Membro do Corpo Científico do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar; Mentor do Projeto “Seja um Professor Inesquecível” do Instituto Mentoring Curitiba; Criador dos aplicativos Aulas de Direito Premium e Aulas de Direito On-line; Membro do Instituto dos Advogados do Paraná; Membro do Instituto Paranaense de Direito Administrativo; Aprovado nos concursos públicos de Procurador da UFPR (1º lugar) e Procurador da Fazenda Nacional; Colaborador da Rádio Justiça do Supremo Tribunal Federal; Autor dos Livros “Manual de Direito Administrativo”, 6ª edição, (2015), “Controle das Concessões de Serviço Público” (2006), “Curso de Direito Constitucional” 2ª edição (2008), “Estudos de Direito Público” (2008), “Mandado de Segurança” (2010), todos pela Editora Fórum de Belo Horizonte.

verá sempre ser apurado por meio de um processo adequado.

Além dos princípios constitucionais do art. 37, *caput*, da Constituição,² presentes em toda atividade administrativa, é necessário respeitar os princípios da ampla defesa e do contraditório, expressamente previstos na Constituição da República, no art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Conforme ensina Romeu Felipe Bacellar Filho,

o princípio da ampla defesa, aplicado ao processo administrativo disciplinar, é compreendido de forma conjugada com o princípio do contraditório, desdobrando-se i) no estabelecimento da oportunidade da defesa, que deve ser prévia a toda decisão capaz de influir no convencimento do julgador; ii) na exigência de defesa técnica; iii) no direito à instrução probatória que, se de um lado impõe à Administração a obrigatoriedade de provar suas alegações, de outro, assegura ao servidor a possibilidade de produção probatória compatível; iv) na previsão de recursos administrativos, garantindo o duplo grau de exame no processo.³

Tais requisitos são obrigatórios para a concretização do princípio do devido processo legal previsto no art. 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

2 Princípio da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

3 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 347.

Não foi apenas mera coincidência a previsão da necessidade de um devido processo administrativo legal com ampla defesa e contraditório no Título II da Constituição Federal, que trata dos direitos e garantias fundamentais. Em primeiro lugar, o processo deve ser compreendido como uma garantia de todo aquele que está sendo acusado de uma determinada falta. Nesse sentido, o servidor, acusado de uma infração disciplinar, terá a oportunidade de apresentar a sua defesa e comprovar suas alegações no desenvolvimento de um processo administrativo. Este será o ambiente adequado e idôneo em que o acusado poderá defender-se.

Tendo em vista a necessidade de um regular processo administrativo, em que serão assegurados os princípios da ampla defesa e do contraditório, o instituto denominado *verdade sabida* é inconstitucional. A *verdade sabida*, meio de apuração de faltas e aplicação de penalidades, previsto em determinados estatutos dos servidores públicos, consiste na mera verificação direta e pessoal do cometimento de uma infração administrativa pela autoridade que detém competência para aplicar a sanção e a imediata imposição da respectiva pena. Não existindo ampla defesa e contraditório, qualquer penalidade estabelecida é considerada nula.

Após regular processo administrativo, portanto, deve ser sancionado o servidor que, comprovadamente, cometeu ilícitos administrativos. Sanção administrativa, segundo Daniel Ferreira, consiste na “direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo, a ser imposta no exercício da função administrativa, em virtude de um comportamento juridicamente proibido, comissivo ou omissivo”⁴.

4 FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 34.

Em virtude do princípio da legalidade e da tipicidade, compete à lei definir qual conduta configura ilícito administrativo e a sua correspondente sanção.

Quanto ao princípio da legalidade, apenas em decorrência do exercício da função legislativa pode-se inovar o ordenamento jurídico, estabelecendo tanto a descrição do ilícito administrativo como a própria penalidade respectiva. Conforme Marçal Justen Filho assevera, “submeter à competência punitiva ao princípio da legalidade equivale a afirmar que somente o povo, como titular da soberania última, é quem se encarregará de qualificar certos atos como ilícitos e de escolher as sanções correspondentes e adequadas”⁵.

Em relação à importância do princípio da tipicidade, assinala Geraldo Ataliba que “o Estado não surpreende seus cidadãos: não adota decisões inopinadas que os aflijam. A previsibilidade da ação estatal é magno desígnio que ressuma de todo o contexto de preceitos orgânicos e funcionais postos no âmago do sistema constitucional”⁶. Assim sendo, levando em consideração a semelhança dos sistemas, inúmeros princípios do Direito Penal são aplicados em relação a punições no Direito Administrativo. O princípio da tipicidade, portanto, consiste na necessidade de que os comportamentos reprováveis estejam descritos por uma norma legal, atuando como uma garantia aos cidadãos para ciência das condutas admitidas ou não pelo ordenamento.

Tomando por base a Lei nº 8.112/90, estatuto do servidor público no âmbito federal, o art. 127 prevê as penalidades

5 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 398.

6 ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 145-146.

disciplinares que podem ser aplicadas aos servidores estatutários: advertência; suspensão; demissão; cassação de aposentadoria ou disponibilidade; destituição de cargo em comissão e destituição de função comissionada. O art. 130, § 2º, desta lei, ainda prevê a possibilidade da pena de suspensão ser convertida em multa, na base de 50% por dia de vencimento ou remuneração, ficando o servidor obrigado a permanecer em serviço. Cabe à autoridade competente decidir por essa conversão, quando houver conveniência para o serviço.

As fases do processo administrativo disciplinar de procedimento ordinário são, no sistema federal: a) instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão; b) inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório; c) julgamento (art. 151 da Lei nº 8.112/90).

A *instauração* do processo administrativo disciplinar tem início com a publicação da portaria que constituiu a comissão processante, composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente (art. 149 da Lei nº 8.112/90).

Observa-se, portanto, que, em virtude do princípio da oficialidade, compete à Administração, o impulso de ofício do processo. A autoridade que tiver conhecimento de infração no serviço público está obrigada a realizar a sua apuração imediata.

Eventuais impedimentos e suspeições com relação aos membros da comissão devem ser levantados para evitar a nulidade do processo administrativo. A Lei nº 8.112/90 determina que “não poderá participar de comissão de sindicância ou de inquérito, cônjuge, companheiro ou parente do acusado, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau” (art. 149, §2º). Outras hipóteses de impedimento ou sus-

pensão estão previstas nos arts. 18 a 21 da Lei nº 9.784/99, que pode ser utilizada subsidiariamente no âmbito federal.

Um processo administrativo disciplinar eficiente depende diretamente da escolha dos membros que irão compor a comissão processante. Assim, deverão ser indicados servidores responsáveis e conscientes da importante função que irão desempenhar e da verdadeira finalidade desse instituto. Para alcançar o seu desiderato de forma imparcial, a comissão também deverá ser composta por servidores estáveis, buscando reduzir influências externas que possam afetar o resultado dos seus trabalhos.

Cabe destacar ainda a importância de instituir comissões permanentes de sindicância e processo disciplinar no interior da Administração, em respeito ao princípio do juiz natural, conforme expressamente previsto na Constituição da República, em seu art. 5º, incisos XXXVII – “não haverá juízo ou tribunal de exceção” - e LIII - “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

A determinação prévia dos servidores que poderão compor a comissão de inquérito administrativo garante a imparcialidade do processamento do feito, bem como a independência do juízo em relação às partes envolvidas, para se alcançar um julgamento objetivo e sem qualquer prejulgamento. Ao tratar do princípio do juiz natural, Romeu Bacellar Filho ensina que “a comissão deve ser permanente, para evitar que o administrador, ao seu talante, selecione os membros integrantes com o intuito preconcebido de absolver ou punir” ⁷.

No *inquérito administrativo*, ocorre, em primeiro lugar, a *instrução* do feito em que se asseguram os princípios do

7 BACELLAR FILHO, Romeu. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p.88.

contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF). Após a instrução, se tipificada a infração, o servidor será indiciado com especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas. Em seguida, o indivíduo será citado para apresentar defesa. O inquérito administrativo se encerra com o relatório conclusivo de competência da comissão.

O julgamento será proferido pela autoridade instauradora do processo, salvo se a penalidade a ser aplicada exceder a sua alçada. Nesse julgamento a autoridade competente acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário à prova dos autos (art. 168 da Lei nº 8.112/90).

Há incidência do princípio da proporcionalidade na aplicação das penalidades, uma vez que a autoridade julgadora deverá considerar a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais para a escolha da sanção.

Como já afirmado em outra oportunidade⁸, não se deve considerar eficiente um processo disciplinar apenas por ter sido aplicada uma penalidade. A punição não é o objetivo final e necessário do processo administrativo. A finalidade desse instrumento consiste em permitir a apresentação de resposta pelo acusado a qualquer denúncia efetuada dentro da Administração Pública, esclarecimentos de fatos e eventual aplicação de penalidade, uma vez verificada a responsabilidade administrativa de algum agente.

8 BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Manual de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 107.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O TERMO DE REFERÊNCIA EM LICITAÇÕES PÚBLICAS

BROLLO, Elizandro¹

1 INTRODUÇÃO

É cediço que a licitação é um procedimento administrativo de crucial importância para a Administração Pública, envolvendo a prática de uma série de atos de natureza administrativa. Contudo, para atingir seu propósito e para possibilitar a seleção da proposta mais vantajosa à Administração, é necessário definir critérios objetivos e especificações do objeto em toda sua completude.

O Termo de Referência, então, vem para colaborar de forma significativa na construção e no desenvolvimento dos certames, de modo que, neste estudo, serão abordados o seu significado, a sua importância e, em especial, os aspectos de definição do objeto que corroboram para a eficácia das contratações.

2 IMPORTÂNCIA E DEFINIÇÃO

Muito se tem tratado das licitações, seus princípios e regras norteadoras. Tal regramento jurídico pauta os mais diversos casos concretos envolvendo o processo licitatório.

1 Diretor administrativo do Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Presidente da Comissão Permanente de Licitações. Conta com mais de 15 anos de experiência no Serviço Público Federal e Estadual, atuando na área de licitações públicas como membro de comissões de licitações, equipes de apoio e fiscal de contratos administrativos. Palestrante na área de Licitações e Contratos.

A licitação pública é instrumento constitucional, consoante art. 37, inciso XXI da Carta Magna. Para Hely Lopes Meirelles² a Licitação é: “procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”. Tal processo possui basicamente duas fases: a interna e a externa³. A atenção dos operadores do direito e dos agentes públicos tem-se voltado para a fase externa, que se inicia com a publicação do edital e vai até a homologação e a adjudicação do objeto ao licitante vencedor.

No entanto, a experiência prática no enfrentamento do tema mostra que a fase interna é merecedora de atenção especial, senão maior que a fase externa. Isso porque na fase interna é o momento em que a Administração identificará as suas necessidades e definirá o objeto do certame, os critérios de qualidade e todos os demais parâmetros das compras, obras e serviços que deseja adquirir e contratar, com o fim de materializar programas e políticas públicas.

Pois bem. É na fase interna, em especial na definição do objeto que servirá de subsídio para o Edital, onde se cometem erros insanáveis capazes de afetar todo o processo licitatório. É o que se extrai da jurisprudência do Tribunal de Contas da União⁴: “A experiência da fiscalização de obras públicas demonstra que são recorrentes situações como a descrita, que envolvem a conjugação dos seguintes fatores: má qualidade do projeto básico; falta de definição de critérios de aceitabilidade de preços unitários”.

2 MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 100.

3 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

4 Decisão nº 1.054/2001 - Plenário - TCU, sessão realizada em 11/12/2001 e Acórdão 219/2004 Plenário.

A importância da fase interna encontra guarida na doutrina de Marçal Justen Filho⁵, para o qual “grande parte das dificuldades e a quase totalidade dos problemas enfrentados pela Administração ao longo da licitação e durante a execução do contrato podem ser evitados por meio de autuação cuidadosa e diligente nessa etapa interna”.

Com frequência ouvimos relatos do senso comum de que as compras da Administração são de baixa qualidade.

O mesmo juízo existe até entre agentes públicos e operadores do direito leigo no tocante a licitações e contratos, que, por vezes, apontam como causa a seleção das propostas se basearem, principalmente, pelo critério do menor preço. Essa constatação decorre da falta ou da pouca importância que uma gama expressiva de órgãos da Administração Pública destina à fase interna, principalmente no tocante à especificação do objeto. Consoante ensina Marçal Justen Filho⁶, a proposta mais vantajosa, de modo geral, buscada pela Administração “deriva da conjugação dos aspectos de qualidade e da onerosidade. Significa dizer que a Administração Pública busca a maior qualidade da prestação e o maior benefício econômico. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração Pública”.

Jair Eduardo Santana, Tatiana Camarão e Anna Carla Duarte Chrispim⁷, ao responderem a questionamentos como

5 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 133.

6 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. p. 337.

7 SANTANA, Jair Eduardo; CAMARÃO, Tatiana; CHRISPIM, Anna Carla Duarte. **Termo de referência: o impacto da especificação do objeto e do termo de referência na eficácia das licitações e contratos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 12.

“por que a licitação deu errada? Qual o motivo da má qualidade do bem ou serviço?”, salientam que as respostas não estão radicadas propriamente na fase externa, mas na que antecede, ou seja, na interna, onde se constrói o Termo de Referência ou o Projeto Básico, de forma que “o problema é endógeno, crônico e congênito”. Conforme manual de licitações e contratos do Tribunal de Contas da União⁸,

Durante a fase inicial da licitação, comumente chamada de interna, a Administração terá a oportunidade de corrigir falhas porventura verificadas no procedimento, sem precisar anular atos praticados. Exemplos: inobservância de dispositivos legais, estabelecimento de condições restritivas, ausência de informações necessárias, entre outras faltas.

Tal correção, muitas vezes, não é possível realizar na fase externa, de tal forma que não resta outra solução a não ser a anulação do certame diante de vícios de legalidade, gerando prejuízos à Administração.

A Lei n. 8.666/93 traz em seu bojo um destaque maior à fase externa, porém normatiza vários aspectos da fase preparatória do edital. No tocante a obras e serviços, já no seu art. 6º, inciso IX, trouxe a definição de projeto básico como sendo o “conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamen-

8 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Manual de licitações e contratos:** orientações e jurisprudência do TCU. 4. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência; Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

to do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução”, elencando em suas alíneas um rol de elementos necessários à caracterização do objeto. Tal instrumento é obrigatório para obras e serviços em geral, consoante disposições do art. 7º da Lei Geral de licitações.

Todavia, quanto à aquisição de bens a lei não fixa um instrumento próprio, aduz que “nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto” (art. 14) e que devem ser observados, ainda, outros aspectos como (i) especificação completa do bem; (ii) definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação; e (iii) condições de guarda e armazenamento que não permitam a deterioração do material. (art. 15, § 7º, I a III). Bastava, para compras, que o processo contivesse uma descrição detalhada e técnica do objeto para atender o disposto na Lei Geral.

Não tratou a Lei Geral sobre o Termo de Referência. Este surgiu com o advento do Decreto Federal n. 3.555/00 que regulamentou o pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, de modo que em seu artigo 8º, incisos I e II, assim dispõe:

Art. 8º A fase preparatória do pregão observará as seguintes regras:

I - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou a realização do fornecimento, devendo estar refletida no termo de referência;

II - **o termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela**

Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato; (g.n)

Já em 2002, a Lei n. 10.520 criou a modalidade de licitação denominada pregão (sexta modalidade), que trouxe mudanças significativas nos processos de contratação da Administração Pública, com destaque para a inversão de fases de julgamento, de modo a realizar a classificação das propostas antes da fase de habilitação. Cabe destacar que a lei do pregão não suplantou a aplicação da Lei n. 8.666/93, pelo contrário, esta continua aplicável, inclusive de forma subsidiária à própria Lei n. 10.520/02.

Em 2005, o Decreto Federal n. 5.450 regulamentou o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns. Posteriormente, o Decreto n. 5.504/05

estabelece a exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos.

Insta destacar que a Lei n. 10.520/02 não traz a definição de Termo de Referência, porém trazem aspectos de definição do objeto, consoante art. 3º, incisos I e II, *in verbis*:

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e **definirá o objeto do certame**, as exigências de ha-

bilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;(g.n)

A lei do pregão não cria um instrumento para subsidiar a formulação do edital, a exemplo do projeto básico. Tal tarefa ficou a cargo dos decretos regulamentadores do pregão presencial e do eletrônico.

Com efeito, o §2º do art. 9º do Decreto Federal n. 5.450/05 conceitua o Termo de Referência como sendo o

documento que deverá conter elementos capazes de propiciar avaliação do custo pela administração diante de orçamento detalhado, definição dos métodos, estratégia de suprimento, valor estimado em planilhas de acordo com o preço de mercado, cronograma físico financeiro, se for o caso, critério de aceitação do objeto, deveres do contratado e do contratante, procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato, prazo de execução e sanções, de forma clara, concisa e objetiva.

Do exposto, percebe-se que o Termo de Referência é o instrumento que servirá de subsídio para o certame da modalidade pregão, que abarca os bens e serviços comuns, caracterizados pelo parágrafo único do art. 1º da Lei n. 10.520/02 como “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”.

Ocorre que surgem dúvidas entre os operadores das

contratações sobre sua aplicação, visto que para obras e serviços de engenharia a Lei Geral estabelece o Projeto Básico como instrumento obrigatório. O Termo de Referência deve ser usado para os certames de obras e serviços de engenharia? Bem, é importante destacar que as obras não podem ser licitadas na modalidade pregão. No tocante aos serviços de engenharia, somente pode-se utilizar o pregão naqueles considerados “serviços comuns de engenharia”. É a jurisprudência do TCU, consoante súmula 257, que dispõe: “O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei n. 10.520/02.”.

Assim, a Lei Geral exige a elaboração do projeto básico para obras e serviços, porém somente terá aplicabilidade para as modalidades sob sua regência. Os serviços, ainda que de engenharia, se considerados comuns devem ser preferencialmente licitados utilizando-se o pregão, sendo o Termo de Referência o instrumento adequado para compor a fase interna. Ressalta-se que a Lei n. 8.666/93 possui aplicação subsidiária para o pregão, conforme art. 9º da Lei n. 10.520/02 e, ainda, consoante ensina Ferraz Jr⁹, pelo princípio da especialidade a Lei especial revoga a Lei Geral nas partes especificadas - *lex specialis derogat legi generali* –, de modo que o Termo de Referência é o instrumento adequado para serviços de engenharia considerados comuns e para demais compras e serviços considerados comuns nos termos da Lei n. 10.520/02.

Nessa esteira, Jair Eduardo Santana, Tatiana Camarão e Anna Carla Duarte Chrispim¹⁰ ensinam que “embora a lei o

9 FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 3. ed. São Paulo – SP: Atlas, 2014. p. 96.

10 SANTANA, Jair Eduardo; CAMARÃO, Tatiana; CHRISPIM, Anna Carla Duarte. **Termo de referência: o impacto da especificação do objeto e**

exija apenas para instruir a modalidade pregão, o Termo de Referência pode instruir qualquer outra modalidade, exceto quando o objeto da referida contratação se tratar de obra ou serviço de engenharia não comum, cujo detalhamento deverá ser efetivado mediante Projeto Básico (§2º do art. 7º da Lei n. 8.666/93)”.

No tocante a obrigatoriedade, o Termo de Referência deve instruir todo o processo na fase interna das licitações na modalidade pregão e nas demais modalidades, com as exceções já tratadas. Ademais, nas contratações por dispensa ou inexigibilidade certamente é instrumento de grande valia ao gestor público, bem como aos órgãos de controle, que poderão aferir os elementos essenciais de uma contratação. No âmbito do Estado do Paraná, a Lei Estadual n. 15.608/07 em seu artigo 55 aduz que o processo licitatório, em sua instrução, conterá entre outros documentos o Termo de Referência. Nessa esteira, Jair Eduardo Santana, Tatiana Camarão e Anna Carla Duarte Chrispim¹¹ argumentam que o Termo de Referência é documento obrigatório, tanto para o pregão, como para as demais modalidades, quando aplicável, bem como para as contratações diretas.

do termo de referência na eficácia das licitações e contratos. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 27.

11 SANTANA, Jair Eduardo; CAMARÃO, Tatiana; CHRISPIM, Anna Carla Duarte. **Termo de referência**: o impacto da especificação do objeto e do termo de referência na eficácia das licitações e contratos. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 27, p. 38.

3 CONTEÚDOS - DEFINIÇÃO DO OBJETO

De maneira simplificada, o Termo de Referência deve conter elementos essenciais como a definição do objeto, entre outros, sendo elaborado de maneira multidisciplinar, ou seja, pela área que pretende a aquisição, mas sob orientação da área de licitações (compras e contratações). Entre os principais aspectos estão: (i) elementos capazes de propiciar avaliação do custo pela administração diante de orçamento detalhado; (ii) definição dos métodos, estratégia de suprimento; (iii) valor estimado em planilhas de acordo com o preço de mercado; (iv) cronograma físico financeiro, se for o caso; (v) critério de aceitação do objeto; (vi) deveres do contratado e do contratante; (vii) procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato; (viii) prazo de execução e sanções, todos de forma de forma clara, concisa e objetiva.

Antes de qualquer passo na elaboração do Termo de Referência é fundamental justificar a necessidade da contratação. Há de se considerar que iniciar um procedimento de contratação é atividade que requererá da Administração um esforço conjugado de recursos humanos e materiais que, naturalmente, implicará despesas aos cofres públicos, que são financiados por todos nós. É de capital importância apresentar as razões que impõem a contratação, a fim de demonstrar o interesse público.

A legislação licitatória estabelece que qualquer compra ou contratação de obra ou de prestação de serviço deve ser precedida de uma correta definição do que pretende a Administração Pública. Tanto a Lei Geral como a Lei do Pregão preveem que “nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto”. Como lecionam Jair Eduardo

Santana, Tatiana Camarão e Anna Carla Duarte Chrispim¹², a definição do objeto é um dos conteúdos mais polêmicos do Termo de Referência, porém de qualquer forma ele deve cumprir a sua finalidade, de modo a dar o suporte necessário ao processo licitatório.

Pelo exposto, é possível dizer que quando se tratar de pregão a definição do objeto deverá ser mediante o Termo de Referência. Pode-se, aliás, aduzir que a partir de então, já que a modalidade licitatória pregão tornou-se a mais utilizada na Administração, passou-se a utilizar tal instrumento como documento hábil para caracterização de qualquer objeto pretendido (obra, serviço ou compra), com as exceções já explicitadas.

Cabe destacar que ocorrem incorreções na definição do objeto, as quais podem gerar muitas consequências danosas à Administração Pública e, sendo o caso, acarretar a responsabilização do administrador que lhe deu causa, uma vez que podem influenciar negativamente a fase externa com: (i) solicitações de esclarecimentos; (ii) impugnações; (iii) suspensões pelos órgãos de controle; (iv) apresentação de propostas divergentes; (v) insucessos (licitação deserta ou fracassada); (vi) pagamentos superestimados; (vii) sujeição do procedimento a questionamentos judiciais; (viii) questionamentos pelos órgãos de controle internos e externos.

Acerca da necessidade de que o objeto da licitação seja bem definido, inclusive quantitativamente, vide Decisões 69/96 - Plenário (Ata 7/96, DOU, 18 mar. 1996) e 13/96-Plenário (Ata 3/96, DOU, 22 fev. 1996) do Tribunal de Contas da União. Nes-

12 SANTANA, Jair Eduardo; CAMARÃO, Tatiana; CHRISPIM, Anna Carla Duarte. **Termo de referência**: o impacto da especificação do objeto e do Termo de Referência na eficácia das licitações e contratos. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 38.

ses processos foi determinada a anulação da licitação ante a imprecisão na definição do objeto da licitação.

Estamos, então, diante do ponto mais delicado para o sucesso de qualquer aquisição na Administração Pública, qual seja: o detalhamento do objeto que se pretende contratar. Sem dúvidas, este é um dos aspectos mais cruciais de todo o processo licitatório.

Inicialmente é necessário ter sempre em mente que a definição do objeto deve obrigatoriamente ser:

- a) precisa – “delimitando exatamente o que é necessário, não admitindo hesitação, mas possibilitando alternativa”;
- b) suficiente – “que não carece de explicações adicionais (explica-se por si só), esgotando as características de definição”;
- c) clara – “que por precisa e suficiente, não deixa dúvidas ou questionamentos”;
- d) sem especificações excessivas;
- e) sem detalhamentos irrelevantes;
- f) sem definições desnecessárias;
- g) sem limitar a competição.

Tais elementos são necessários para balizar a definição do objeto, desde que alinhados ao bom senso. Contudo, diante de inúmeros equívocos que são verificados na prática, importante uma melhor explicação sobre o tema. Cabe aqui dizer que são recorrentes os enganos quanto ao momento de definição do objeto, já que a prática administrativa revela que não é incomum que se diga (erroneamente) que o local para tal definição é no edital. Também é comum ouvir que a qualidade das aquisições feitas pela Administração é baixa, uma vez que o menor preço é obrigatório no certame. Porém, com certeza é factível comprar com qualidade no setor público, desde que

exista planejamento e efetiva dedicação dos agentes públicos.

Pois bem. Se a especificação for insuficiente, o licitante terá dificuldade de entender o edital e poderá trazer proposta incompatível com a necessidade da Administração. Se a especificação for demasiadamente detalhada, os órgãos de controle perquirirão a legalidade do procedimento, pois a competitividade poderá ter sido prejudicada.

Para bem especificar, é importante conhecer o objeto ou estabelecer contato com quem conhece. Devemos saber qual a serventia, onde será utilizado, quais as suas características intrínsecas, que defeitos costumam apresentar, se há variabilidade no material em que é produzido etc...

Neste momento do procedimento é de fundamental importância a participação dos interessados diretos no objeto da futura contratação, pois eles é que poderão, de fato, esclarecer se a especificação está de acordo com a expectativa.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União traz importantes lições sobre os aspectos da definição do objeto. É o que se extrai da súmula n. 177, *in verbis*:

A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão

Os manuais especializados no tema sugerem responder a três perguntas para aferir se a especificação está correta.

São elas: (i) há possibilidade de aquisição de objeto de baixa qualidade com a especificação dada? (ii) há possibilidade de competição entre fornecedores com a especificação dada ao objeto? (iii) há um nivelamento na pesquisa de preços, apontando uniformidade quanto ao produto pretendido e confiabilidade quanto ao valor praticado?

Pois bem. Para subsidiar a especificação precisa, suficiente e clara, que é uma tarefa árdua de difícil superação que se processa durante a fase interna, é possível utilizar-se de um paliativo legal para superar tal obstáculo. É por meio da indicação de marcas que deve ser medida tomada dentro de limites legais de modo a não incorrer em vício insanável.

A Lei n. 8.666/1993 tomou o cuidado de tratar da indicação de marca, e em até mais de uma oportunidade. Dispondo sobre as obras e serviços, a Lei de Licitações estabeleceu:

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:[...] § 5º É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.

No tocante às compras, por sua vez, estabeleceu o mesmo diploma legal que:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

(...) § 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda:

I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca.

O assunto tem sido amplamente estudado. E, como não poderia deixar de ser, já está consolidado o entendimento de que a indicação de marca nos editais é constitucional e legal, desde que observados certos requisitos. É à análise desses requisitos que ora se dedica, com base na doutrina e na jurisprudência, sobretudo dos Tribunais de Contas.

O Tribunal de Contas de União já decidiu reiteradas vezes pela possibilidade de indicação de marca no edital de licitação. Contudo, o TCU confere caráter de excepcionalidade à citada conduta. Assim, a orientação é no sentido de que há necessidade de apresentação, em uma decisão prévia e fundamentada do gestor público, de elementos técnicos e/ou econômicos que justifiquem a indicação da marca. Senão vejamos:

Esta Corte de Contas, em diversos julgados, tem se manifestado pela possibilidade excepcional de indicação de marca em licitações, desde que fundadas em razões de ordem técnica ou econômica, devidamente justificadas pelo gestor, hipóteses nas quais não há ofensa ao princípio da isonomia, nem tampouco restrições ao caráter competitivo do certame (Decisão n. 664/2001 - Plenário; Acórdão n. 1.010/2005 - Plenário e Acórdão n. 1.685/2004 - 2ª Câmara). (TCU, Acórdão 1.122/2010, Primeira Câmara, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, DOU 12/03/2010). (g.n)

Ademais, ressalta a Corte que a indicação de marca

deve, além das justificativas pertinentes, estar acompanhada das expressões “ou equivalente”, “ou similar” e “ou de melhor qualidade”. É o teor do Acórdão n. 2.300/2007¹³:

Quando necessária a indicação de marca como referência de qualidade ou facilitação da descrição do objeto, deve esta ser seguida das expressões “**ou equivalente**”, “**ou similar**” e “**ou de melhor qualidade**”, devendo, nesse caso, o produto ser aceito de fato e sem restrições pela Administração. Pode, ainda, a administração inserir em seus editais cláusula prevendo a necessidade de a empresa participante do certame demonstrar, por meio de laudo expedido por laboratório ou instituto idôneo, o desempenho, qualidade e produtividade compatível com o produto similar ou equivalente à marca referência mencionada no edital. (g.n.)

Essa também é a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, vide Acórdão n. 2954/13 do Tribunal Pleno:

a) é lícito ao Município de Maringá a adoção do procedimento de pré-qualificação do objeto, facultando-se a eventual indicação de marca do objeto, desde que isso atenda à economicidade, eficiência e racionalização da atividade administrativa;

b) não há no âmbito desta Corte regulamentação acerca do procedimento de pré-qualificação do objeto, a ser cumprido pelo Município de Maringá, ou qualquer outra municipalidade submetida à jurisdição desta Corte de Contas; (g.n.)

Cabe destacar que a indicação de marca é possível

13 TCU, Acórdão 2.300/2007, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, DOU 05/11/2007.

para melhor especificação do objeto que se pretende contratar, todavia é imprescindível que a Administração justifique tecnicamente, de modo a demonstrar claramente que a alternativa é mais vantajosa e singular, capaz de atender as necessidades da Administração. Ademais, a própria Lei Geral de licitações (art. 15, I) adota o princípio da padronização, de modo que deverá ser indicada marca quando, por ordem técnica, for recomendável a adoção de tal procedimento. Segundo jurisprudência do Tribunal de Contas da União, a indicação de marca é admitida para fins de padronização, devendo ser assegurado o caráter competitivo do certame.

Em suma, o Termo de Referência deverá trazer todas as informações pertinentes a respeito de uma determinada contratação, a fim de viabilizar a estimativa de custos e elaboração do edital. Para exemplificar, vamos a um caso hipotético de aquisição de papel para determinado órgão da Administração Pública.

O objeto a ser adquirido é papel, para isso devemos reunir as seguintes informações:

- Que papel é necessário? A4, couchê, pardo, etc.?
- Quais as dimensões e gramatura?
- Qual o quantitativo? Será destinado somente a um setor ou outros setores poderão ser incluídos na licitação?
- Esta aquisição será suficiente por quanto tempo?
- Qual é o preço de mercado que está sendo praticado para este produto?
- A entrega será única ou parcelada? Tenho espaço para armazenar todo o material?
- A entrega será em único local ou em locais variados? Quais são os endereços dos locais de entrega?
- Em caso de entrega parcelada, quais quantidades e

quais as datas da entrega (cronograma físico financeiro)?

- Quem ficará responsável pela verificação de conformidade do material entregue (especificações, prazos, qualidade)?

- Como o material será recebido? Haverá testes prévios para aceitação? - Quem é o responsável pelo recebimento?

- Quais são os deveres do contratante e do contratado?

Em caso de inadimplemento, quais são as consequências?

As respostas a tais perguntas devem estar claras e concisas no Termo de Referência, de modo que servirá de baliza para a Administração, bem como para potenciais licitantes formularem suas propostas de forma adequada.

4 CONCLUSÃO

As considerações sobre o Termo de Referência visam ao aprimoramento da fase interna do importante processo licitatório. Agentes públicos e operadores do direito estão dedicando, ainda que de forma incipiente, maior atenção quando da tratativa dos aspectos que permeiam a elaboração deste importantíssimo instrumento.

Com o advento da Lei do Pregão e de seus decretos regulamentadores, considerando que maior parte das licitações realizadas são de bens e serviços comuns, o Termo ganha destaque, tendo em vista os mais diversos aspectos do seu conteúdo para compor peça fundamental do processo de licitação.

A posição tanto da doutrina como da jurisprudência revela que a fase interna da licitação tem suma importância para o sucesso do procedimento licitatório. Outrossim, cabe destacar que o aprimoramento dessa fase fará com que a Administração consiga contratar bens e serviços de melhor qualidade, sempre alinhada aos aspectos da vantajosidade.

Desempenha, pois, o Termo de Referência o papel de abarcar aspectos de grande relevância para a contratação, como a definição do objeto de forma precisa, suficiente e clara, de modo a garantir o caráter competitivo do certame.

Os agentes públicos que atuam na fase interna têm o desafio de proporcionar a melhor caracterização do objeto, de forma a conferir melhor qualidade e eficiência às contratações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Manual de licitações e contratos**: orientações e jurisprudência do TCU. 4. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência; Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

_____. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

SANTANA, Jair Eduardo; CAMARÃO, Tatiana; CHRISPIM, Anna Carla Duarte. **Termo de referência**: o impacto da especificação do objeto e do termo de referência na eficácia das licitações e contratos. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

GESTÃO PÚBLICA ANTIFRÁGIL: UM NOVO PARADIGMA PARA O AVANÇO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de¹

1 A ANTIFRAGILIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Há tempos venho imaginando uma Administração Pública compatível com as necessidades econômicas, tecnológicas e sociais do nosso século, mas em alguma medida me frustrava com as reiteradas notícias de uma Administração que caminhava ao aprofundamento do estamento burocrático, a atuações vinculadas a condutas corruptivas e a estagnação da modernização da máquina desenvolvimentista do Estado.

Agregava às minhas percepções, sempre um questionamento: será possível que a grave crise institucional e de credibilidade dos governos instalada em nosso país, com o aprofundamento de investigações que desvendam uma face obscura e cruel do exercício do poder por parte de alguns gestores públicos e empresários, capazes de prejudicar materialmente direitos e vidas com ações que retiram dos cofres públicos bilhões de reais destinados à mordomia e ao desfrute de poucos, possa produzir no cenário interno da Administração Pública um processo inverso, de valorização da função pública? De maximização da expressão servidor público e de seu real sentido de servir ao público? Será possível sair des-

1 Pós Doutor em Direito pela Universidad Complutense de Madrid; Doutor em Direito Econômico – PUC-PR; Diretor Executivo do Instituto Paranaense de Direito Administrativo – IPDA; Professor de Direito Administrativo e Constitucional da Universidade Positivo.

sas crises mais fortes e com maiores perspectivas, imunes ao descontrole e ao descaso das autoridades?

É certo que para que isso aconteça de maneira efetiva, há a necessidade de se valorizar o servidor público de carreira e de se respeitar a Constituição Brasileira, mas apenas após ler o livro “*Antifrágil*”, de Nassim Nicholas Taleb, me dei conta de que é apenas este servidor valorizado que será capaz de produzir uma revolução na Gestão Pública de nosso país, ainda dominada pelo abuso de poder, pelo acordo de interesses escusos, pela justificativa em detrimento da iniciativa, enfim, pelo “jeitinho brasileiro” que hoje já não mais reflete – ou não deveria refletir - nossa cultura.

O autor da obra “*Antifrágil*” propõe que tentemos imaginar o antônimo de frágil, que para ele, longe de ser traduzido por uma noção de resistência, durabilidade, resiliência, induz a noção de um novo conceito, fundado em um novo substantivo, o *Antifrágil*, explico.

Em um primeiro momento, propõe o autor que pensemos em um objeto qualquer. Esse objeto, para ter a característica de frágil, teria que ser manipulado de forma muito cuidadosa, sob pena de romper-se à menor pressão ou descuido, v.g, uma taça de cristal enviada a um colega distante por “malote” aéreo.

Porém, evoluindo na análise, propõe o autor que se esse objeto, ao ser manipulado, permanecesse com as mesmas características que aquelas inicialmente verificadas, ou seja, sem qualquer alteração em sua forma ou qualidade, haveria a configuração de uma condição de resistência do objeto (ou seja, seria este objeto considerado forte, resiliente às influências externas produzidas sobre ele).

Mas essa, para ele ainda não seria a antítese de frágil, por um simples motivo: da mesma forma que a antítese de positivo, não é o neutro, mas sim o negativo, o contrário de frágil nunca poderia ser o resiliente, pois esta condição simplesmente manteria o objeto sem alterações em sua característica.

É nesse contexto que, ao revés, o *Antifrágil* induz a concepção de um objeto, que após manipulado de forma livre, despreocupada, sob qualquer pressão ou influência negativa externa, mesmo que de maneira equivocada ou não recomendável, ao invés de continuar com as mesmas características, melhora com a adversidade, com o caos e, em uma analogia possível, com a crise. Nesse caso, alerta o autor citado, estaríamos diante de algo *Antifrágil*.

Mas o que motiva uma aproximação do tema da antifragilidade com a Administração Pública, não é apenas o exemplo hipotético trazido pelo autor, mas outra análise por ele realizada, desta vez ancorada na análise comparativa entre as figuras mitológicas de Dâmocles, da Fênix e da Hidra.

Para ele, a figura mitológica de Dâmocles – cortesão romano que desfrutava de um belo banquete, tendo sobre sua cabeça uma espada amarrada ao teto por um único fio de cabelo de cavalo – representa o frágil. A Fênix – pássaro com cores esplendidas que sempre que atacado renasce das próprias cinzas exatamente como era quando atingido – representa o resistente, ou seja, o neutro; e a Hidra – criatura que se parece a uma serpente com várias cabeças, que habita o lago de Lerna, e que, quando lhe cortam uma cabeça, nascem duas no lugar daquela atingida – representa o *Antifrágil*.

Não podemos deixar de considerar que os conceitos

trazidos pelo autor são fundamentais em face das graves crises instaladas na Administração Pública brasileira, porque mais do que nunca, precisamos crescer diante de todas as adversidades, agir de forma não apenas a ultrapassar estas crises, mas para além disso, buscar na gênese destas situações complexas e prejudiciais, a consolidação de uma Administração ainda mais robusta, que evolua estrutural e tecnicamente no sentido de estar infensa à outras crises.

Será isso possível? Como produzirmos uma Administração *Antifrágil*, capaz de dar uma resposta concreta aos cidadãos e de produzir uma revolução interna consistente e permanente? Em meu sentir, a solução não é tão complexa e independe de grandes reformas (pacto federativo, política fiscal dentre outras); deve apenas se pautar em uma agenda simples, qual seja, a de profissionalização do serviço público e valorização do servidor, práticas de compliance e de concertação administrativa que inibam a corrupção e, por fim, uma aproximação do conceito de legalidade à lógica de justiça social e interesse público, sob pena de um esvaziamento cada vez maior de boas práticas administrativas e de uma Administração cada vez mais “frágil”.

2 PROFISSIONALIZAÇÃO DA FUNÇÃO PÚBLICA

Tratar do tema da profissionalização da função pública no Brasil remete a uma necessária análise constitucional, já que o servidor público exerce a função administrativa com o escopo precípua de atingimento do interesse público, é dizer, o exercício do *munus* público encontra fundamento de legitimação na realização do interesse dos cidadãos e, neste sentido, profissionalizar a função pública é, antes de

tudo, enaltecer os fundamentos constitucionais de cidadania e dignidade da pessoa humana.

A profissionalização da função pública, a serviço dos ideais de cidadania e dignidade da pessoa humana traz consigo a noção inerente de que o servidor não serve o governo e comanda os cidadãos, mas serve exclusivamente os cidadãos. Vê-se, portanto, que a noção de profissionalização da função pública traduz-se no exercício da função administrativa para atendimento direto dos cidadãos, manifestação de um dever-poder necessário à condução responsiva da Administração Pública.

Um dos relevantes aspectos da Reforma Administrativa (estabelecidos por meio da Emenda Constitucional 19/98) está calcado na introdução de conceitos e critérios objetivos de profissionalização da função pública, que vinculam o fortalecimento das condições técnicas do servidor no exercício de seu cargo, emprego ou função pública como condição necessária para se mensurar a eficiência do servidor público.

Note-se, porém, que para que se complete a lógica de profissionalização, capaz de conduzir a independência e eficiência da Administração, outros são os conceitos que devem ser introduzidos como condicionante deste novo paradigma como, por exemplo:

- a) o estabelecimento de uma Administração Pública autônoma e organizada em carreiras, para impedir que o exercício da função pública seja realizado por profissionais insuficientes tecnicamente e funcionalmente desmotivados pela falta de critérios objetivos de ascensão profissional;
- b) a utilização racional dos recursos e gestão coerente

do patrimônio público disponível, na tentativa de reduzir excessos e desperdícios vinculados a uma gestão despreocupada com o “bem comum”;

- c) o estabelecimento de indicadores de desempenho claros, fixados sobre metas objetivas e factíveis, desvinculando-se, assim, a ascensão funcional a critérios subjetivos de escolha que, como regra não guarda nenhuma relação com a noção de interesse público;
- d) o controle de resultados com base em uma metodologia definida e eficiente, pautada na análise do risco das atividades controladas e em metas razoavelmente estabelecidas.

Valorizar o servidor é dotá-lo de condições decisórias internas independentes, alheias a interesses políticos, onde a técnica prevaleça em detrimento de opções oportunistas. É desvincular sua promoção ou crescimento funcional do tempo dedicado ao serviço, permitindo que haja crescimento meritório, por produtividade, eficiência e resultado.

Os critérios que envolvem a profissionalização da função pública como condição necessária à independência e a eficiência da Administração devem, necessariamente, estar pautados na evolução do Estado e em sua nova concepção responsiva, bem como, nos critérios objetivos estabelecidos no texto constitucional, sem os quais, qualquer novo paradigma restaria frustrado pela inexistência de fundamento de validade.

Uma Administração Pública Antifrágil é uma Administração que respeita a Constituição, o devido processo legal, a inexistência da verdade sabida, o direito de ampla defesa, as garantias fundamentais de qualquer cidadão, sob pena de

– ao mesmo tempo em que produz justiça – deixar escapar sob as barras das nulidades, a clara possibilidade de mudar a realidade.

3 PRÁTICAS DE COMPLIANCE E DE CONCERTAÇÃO ADMINISTRATIVA QUE INIBAM A CORRUPÇÃO

A noção de um Estado Responsável, em que se pressupõem práticas de Governança que conduzam a uma boa administração e a eficiência administrativa deve, necessariamente, integrar instrumentos consensuais e concertados de gestão pública.

A concertação administrativa é, pois, metodologia capaz de propiciar aos interessados noções e ponderações sobre o que se pretende realizar, com objetivo de se encontrar uma linha mestra de conduta, comum a ambos os envolvidos. Um método flexível de governar ou administrar em que os representantes do Governo ou da Administração participam em debates conjuntos com representantes de outros corpos sociais autônomos, com vistas à formação de um consenso sobre medidas de política econômica e social a adotar.

É neste momento que o texto constitucional estabelece novos parâmetros à Administração Pública brasileira, que conduzem a uma lógica de concertação e responsividade como consequência lógica de um Estado profissionalizado.

Esses parâmetros se estendem às ferramentas para busca deste estágio de responsividade estatal e é neste aspecto que chegamos à noção de compliance na Administração Pública.

O compliance pode ser entendido como uma ferramenta preventiva de controle, e prevenção de possíveis práticas

indevidas no âmbito da Administração, ou ainda, como um importante instrumento de mitigação ou exclusão de responsabilidade, na medida em que permite que os aderentes ao termo de compliance (servidores, empresários ou a própria pessoa jurídica) possam comprovar sua adequação às normas de conduta previamente estabelecidas.

A lógica do compliance pode ser resumida, basicamente, como sendo a conduta em conformidade com as normas internas e externas preestabelecidas pela Organização, elaboradas com base em boas práticas Governança, para conformação de programas de integridade que fulminem ou minimizem práticas corruptivas.

O compliance, todavia, não está limitado ao gerenciamento de riscos e prevenção e fiscalização de operações ilegais realizadas pelos sistemas de controle interno, mas possuem verificação mais ampla, abrangendo também aspectos externos da organização, inclusive com previsões normativas específicas nas suas Leis de regência e em outras legislações, como é o caso da recente Lei Anticorrupção que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira (Lei 12.846/2013).

4 UMA APROXIMAÇÃO DO CONCEITO DE LEGALIDADE À LÓGICA DE JUSTIÇA SOCIAL E INTERESSE PÚBLICO

Outro tema que merece destaque nesta visão *Antifrágil* do Direito Administrativo, é o de que ele deve se preocupar em permitir a participação popular, direta ou indireta, na formulação, planejamento, execução e controle de políticas públicas.

Ainda nesse contexto, deve-se repensar o conteúdo do

princípio da legalidade. Ora, não se pode conceber como norteador de políticas públicas e do direcionamento concreto do direito administrativo o princípio da legalidade – unicamente – estrita.

A noção adequada de legalidade deve primar pelo postulado de justiça social e de atendimento do interesse público primário, em detrimento do formalismo irracional pautado em aplicação direta e impensada do texto normativo.

O princípio da legalidade induz a noção de submissão às normas jurídicas produzidas atos legislativos. Porém, ao se afirmar essa submissão, não se está a postular por uma submissão cega da Administração às normas legais, com análise isolada e sem levar em conta as normas constitucionais, principalmente os princípios que norteiam o regime de direito público.

Não é de hoje que se questiona a interpretação do Direito pela vertente da legalidade estrita, concebendo um complexo de normas que ao revés de permitir ao administrador uma aplicação “justa” e coerente da regra legal, são aplicadas com uma orientação legalista e despreocupada, apenas porque protegida pelo manto de que “ao administrador só é dado fazer aquilo que previamente expresso em Lei”, como se ao assumir o seu *munus* público o administrador fosse investido – por permissivo legal – de abstrair a realidade e a justiça social para aplicar a letra fria da Lei.

É neste sentido que o princípio da legalidade estrita há muito tem sido questionado e orientado por um novo vetor, traduzido no princípio da legalidade juridicidade (ou apenas princípio da juridicidade), o que significa dizer que os vetores aplicativos aos casos concretos socorrem-se não apenas interpretação e aplicação do Direito ao caso concreto e vali-

daram-se não apenas na norma estrita, mas em todo o plexo constitucional e princípio lógico que lhe deu fundamento.

É assim que no Estado Democrático se inova o princípio da responsividade, em razão da própria alteração da noção de legalidade (agregada do conceito de juridicidade), introduzindo um novo dever substantivo, pelo qual o administrador público também fica obrigado a prestar contas à sociedade pela legitimidade de seus atos.

A lógica para que se efetive um Estado Responsável (responsivo) deve ser trabalhada como ponto fundamental ao desenvolvimento da democracia, articulando o necessário e inevitável desenvolvimento das estruturas burocráticas e dos controles, com vistas ao atendimento das obrigações do Estado, circunscrevendo a discricionariedade administrativa e financeira dos entes políticos para um eficaz atendimento das políticas públicas e das demandas da sociedade.

Estabelecer parâmetros para uma boa administração, passa pela concepção deste Estado Responsável, pelo viés da noção de responsividade, onde a atuação do gestor passa a estar totalmente voltada à realização dos interesses envolvidos e os controles deixam de ser meramente formais e passam a dinamizar uma lógica preventiva e consensual transformadora, conduzindo a responsabilização (dentro da responsividade), a parâmetros de correção e conformação de futuras condutas.

A filtragem constitucional do Direito Administrativo dar-se-á, assim, pela superação do dogma da onipotência da lei formal e sua substituição por referências diretas a princípios expressa ou implicitamente consagrados no ordenamento constitucional.

A realização do sentido material e eficiente da norma

deve ser a maior preocupação do gestor. Deve ele se preocupar em realizar a justiça em sua decisão, sempre pautado na norma regra ou norma princípio, com vistas à realização do interesse do cidadão (legalidade-juridicidade).

A vinculação da Administração não se circunscreve, portanto, unicamente a lei formal, mas ao bloco de legalidade (o ordenamento jurídico como um todo sistêmico).

É dizer, o aspecto legitimador (de análise de legitimidade do agir administrativo) do princípio da legalidade, não está adstrito à aplicação direta do texto normativo, ao contrário, está sim vinculado à interpretação de seu conteúdo, do momento histórico em que foi cunhado e da aplicação de suas bases para realização da justiça, caso contrário, a Administração Pública brasileira será pautada por critérios cada vez mais objetivos e distantes dos interesses dos seus cidadãos.

Uma Administração Pública *Antifrágil* é, portanto e antes de tudo, preocupada com a realização máxima do interesse público, com corpo técnico capacitado e valorizado e com procedimentos claros e éticos de atuação para a efetivação de uma justiça social plena e para um sustentável desenvolvimento do Estado.

O INSTITUTO DA ADESÃO ÀS ATAS DE REGISTRO DE PREÇOS – UMA ABORDAGEM À LUZ DOS TRIBUNAIS DE CONTAS; EM ESPECIAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

LIBERAL, Edilson Gonçalves¹

1 INTRODUÇÃO

O Sistema de Registro de Preços – SRP, previsto na Lei de Licitações (8.666/93) sempre gerou acaloradas discussões tanto na doutrina como jurisprudência dos tribunais judiciais e de contas.

Pensado para racionalizar as compras e/ou serviços a serem fornecidos durante certo tempo e em número incerto a cada compra, este instrumento logo conquistou órgãos e entidades Brasil afora devido a sua relativa simplicidade e lógica neste tipo de contratação.

Não por outra razão, o instrumento lavrado para permitir essas aquisições: a ata de registro de preços começou a se tornar lugar comum nas administrações públicas por todo o Brasil.

Com isso, por meio do Decreto Federal 3.931, surgiu a figura da adesão às atas de registro de preços, popularmente conhecida como “carona”, que permitia a órgãos ou entidades estranhas à licitação perpetrar as compras em mesmo número que o órgão/entidade realizador da licitação.

1 Analista de Controle – Área Jurídica – do Tribunal de Contas do Estado do Paraná (TCE/PR). Graduado em Direito e com Pós-Graduação em Gestão de Negócios e Gestão Pública. Professor de Direito Administrativo e instrutor e palestrante na área de Licitações e Contratos.

A partir de então, a “carona” passou quase que a centralizar as discussões acerca do registro de preços. Ora aclamada como a verdadeira panaceia das contratações públicas, ora execrada como a maior aberração jurídica já cometida no arcabouço normativo das compras públicas, o fato é que definitivamente a adesão aos registros de preços estava no centro da discussão.

Com isso, os tribunais – mais especificamente os de Contas – foram sendo chamados a se pronunciarem acerca da “novidade jurídica”. Embora de certa forma claudicante, não há um posicionamento unísono sobre as “caronas” em registros de preços por parte das Cortes de Contas. Capitaneadas pelo Tribunal de Contas da União – TCU, que desde a existência do Decreto 3.931 já se manifestava sobre o assunto, os Tribunais de Contas têm posicionamento bem distintos quando se trata desse assunto em específico.

O único ponto em comum é a linha argumentativa das Cortes de Contas, ora realçando o vício em relação aos princípios, ora frisando a atenção à característica de outro princípio “massageado” pela adesão aos registros de preços. Invariavelmente, o vício de legalidade é o mais apontado nos Tribunais contrários à “carona”, até pela existência de adesões autorizadas por lei, como se verá adiante.

O Tribunal de Contas do Estado do Paraná – TCE/PR, também foi chamado a se pronunciar sobre o caso, perfilhando entendimento parecido com o do TCU mas tendo, ultimamente, abrandado algumas situações das “caronas”.

Com isso, tem-se o panorama posto. Não há a menor sombra de dúvida que se trata de um dos assuntos mais polêmicos das contratações públicas. Concordando-se ou não com as “caronas”, não se pode omitir o grande impacto que sua (não) utilização causa nas contratações públicas.

2 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE O REGISTRO DE PREÇOS

2.1 DO CONCEITO DE REGISTRO DE PREÇOS

O Sistema de Registro de Preços – SRP é modo de contratação da Administração Pública, disciplinado pelo artigo 15 da Lei 8.666/93, o Estatuto das Licitações.

Diz o referido artigo:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: [...]

II - ser processadas através de sistema de registro de preços; [...]

§ 1º *O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado.*

§ 2º *Os preços registrados serão publicados trimestralmente para orientação da Administração, na imprensa oficial.*

§ 3º *O sistema de registro de preços será **regulamentado por decreto**, atendidas as peculiaridades regionais, observadas as seguintes condições:*

I - seleção feita mediante **concorrência**;

II - estipulação prévia do sistema de controle e atualização dos preços registrados;

III - validade do registro **não superior a um ano**.

§ 4º *A existência de preços registrados **não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir**, ficando-lhe facultada a utilização de outros meios, respeitada a legislação relativa às licitações, sendo assegurado ao beneficiário do registro preferência em igualdade de condições. [...]. (G.N.)*

Veja-se que da própria legislação – nas partes grifadas

– praticamente já se retira as principais características do SRP.

O SRP ainda é previsto na Lei 10.520/02, a Lei do Pregão. Diz referido texto legal:

Art. 11. As compras e contratações de bens e serviços comuns, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando efetuadas pelo sistema de registro de preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, poderão adotar a modalidade de pregão, conforme regulamento específico.

Assim, pode-se conceituar o SRP como

[...] um contrato normativo, constituído como um cadastro de produtos e fornecedores, selecionados mediante licitação, para contratações sucessivas de bens e serviços, respeitados lotes mínimos e outras condições previstas no edital.[...]²

Nas contratações ditas ordinárias nos termos da Lei 8.666/93 (ou ainda do Pregão da Lei 10.520/02), o procedimento culmina com o dever de o contratado fornecer todo o objeto da licitação à Administração Pública, nos termos do edital e do contrato.

No SRP não acontece dessa forma, os preços dos produtos e/ou serviços – em itens – conseguidos na licitação são registrados numa ata, e com isso a Administração vai contratando conforme sua necessidade, previsibilidade, etc. Da mesma forma para o contratado, não há a realização do contrato ou do fornecimento imediatamente, ele vai fornecendo

2 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 191.

para a Administração conforme a necessidade desta.

Com isso, a sistemática do SRP trouxe grande novidade às contratações públicas, chegando a ser considerada pela doutrina como “uma das mais úteis e interessantes alternativas de gestão de contratações colocada à disposição da Administração Pública”³.

2.2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

Como já adiantado no item anterior, da própria legislação já se retira as principais características do SRP, conforme se pode depreender dos grifos feitos no excerto legal colacionado acima.

A primeira grande característica do SRP é que não se trata de uma modalidade de licitação, e sim modo de contratação. As modalidades de licitação são exaustivamente tratadas no artigo 22 da Lei 8.666/93 e artigo 1º da Lei 10.520/02⁴, de modo que não há falar em registro de preços como modalidade de licitação, e sim modo de contratação de compras públicas.

Ainda, conforme se pode depreender da leitura do excerto legal colacionado acima do artigo 15 da Lei de Licitações, tem-se que a referida lei tratou a questão de forma absolutamente geral, aliás, como deve ser no caso de normas gerais, que é o caso da Lei 8.666/93⁵, deixando as questões de pormenores à regulamentação. Esta aliás, é uma das maio-

3 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 191.

4 Modalidades da Lei 8.666/93: Concorrência, Tomada de Preços, Convite, Concurso e Leilão. Modalidade da Lei 10.520/02: Pregão.

5 KRELL, Andreas J. **Leis de normas gerais, regulamentação do poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma federativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 118.

res críticas ao instituto da adesão, que foi disciplinado única e exclusivamente no regulamento, tema que se abordará em capítulo específico à frente.

Assim, o registro de preços foi exaustivamente regido por Decretos regulamentares, em nível federal atualmente pelo Decreto 7.892/2013 e em nível estadual pelo Decreto 2.391/2008, conforme se verá adiante.

Outra característica marcante do SRP é que somente se viabilizará o procedimento para a elaboração das atas de registro de preços via duas modalidades de licitações: concorrência (da Lei 8.666/93) e o Pregão (da Lei 10.520/02). Em nenhuma outra hipótese poderá se realizar licitações para SRP com outras modalidades de licitação que não essas.

Ainda relacionado ao procedimento licitatório, o SRP utilizar-se-á em regra de licitações do tipo “menor preço”⁶, podendo-se realizar licitações do tipo “técnica e preço”, a critério da autoridade contratante e mediante despacho fundamentado da necessidade⁷.

Os preços registrados só terão validade durante um ano, por expressa previsão legal. Atingido o termo, dever-se-á realizar outro procedimento licitatório para uma nova ata de registro de preços.

Ainda, uma das características mais marcantes do SRP é aquela lançada no parágrafo 4º do artigo 15 da Lei de Licitações. Com efeito, estando registrado o preço, não há a obrigatoriedade de a Administração Pública comprar o produto/serviço registrado.

6 Os tipos de licitação estão disciplinados no artigo 45, § 1º da Lei 8.666/93. São os seguintes: “menor preço”, “técnica e preço”, “melhor técnica” e “menor lance ou oferta”.

7 Conforme determinação do artigo 7º do Decreto 7.892/2013.

A doutrina classifica essa característica como uma das maiores vantagens do SRP⁸, na medida em que as contratações feitas nessa sistemática: *i)* facilitam as compras de materiais de difícil previsibilidade, por exemplo, pneus, onde não se há uma previsão específica de quantos serão usados no decorrer do ano; *ii)* permitem um controle mais eficaz dos estoques, já que pode-se ir comprando conforme o uso e necessidade, como se dá – por exemplo – no caso emblemático dos medicamentos; e *iii)* prestigiam sobremaneira a obtenção da maior qualidade nas compras públicas, já que ao se comprar todo o objeto da licitação de uma vez a Administração recebe os produtos e paga, ao passo que no SRP ao se comprar “aos poucos” pode-se já perceber problemas de qualidade conforme as compras foram se sucedendo.

É claro que isso pode levar a algumas hipotéticas situações que poderiam vir a prejudicar os fornecedores, já que

[...] a Administração, conquanto possa e deva estabelecer no edital de licitação quantitativo superior a sua real estimativa deve fazê-lo com moderação, com bom senso, sob pena de frustrar as expectativas de seus fornecedores. Se a estimativa da Administração é de adquirir quinhentas unidades, ela não deve estabelecer no edital o quantitativo, por exemplo, de mil ou mais. [...] Isso porque [...] os fornecedores terão a expectativa de contratarem algo próximo a este número, mesmo sabendo que a administração não está obrigada a fazê-lo. [...] **Portanto, sugere-se que a Administração estabeleça quantitativo cerca de 30% ou, no máximo 40% superior a sua real es-**

8 GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. **Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2013. p. 28

timativa, justamente para não frustrar as expectativas de seus fornecedores.⁹
(destacamos)

Por fim, outra característica do SRP é poder ser aplicado tanto a compra de produtos como a contratação de serviços. Em que pese à doutrina tenha debatido por muito tempo a possibilidade de utilização do SRP em contratações de serviços, muito em virtude do argumento da falta de previsão legal na Lei 8.666/93 que só falava em compra de produtos; a Lei 10.520/02 que tratou do pregão foi expressa ao permitir a contratação de serviços via SRP.

Nos quase dez anos entre as duas leis, muito se debateu sob a possibilidade de aplicação do SRP à contratação de serviços, sendo que esta questão sendo levada aos tribunais – tanto os judiciais como os de contas – acabou por ter o reconhecimento desta possibilidade:

ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇO: ARTIGO 15, LEI 8.666/93 - LIMITAÇÕES.

1. O regime de licitações por registro de preços foi ampliado pelos Decretos Regulamentadores 3.931/2001 e 4.342/2002, sendo extensivo não só a compras mas a serviços e obras. [...] ¹⁰

Ou ainda:

[...] 4. Entendo, na mesma linha defendida pelo Ministério Público, que o Decreto nº 3.931/2001 não se mostra incompatí-

9 GUIMARÃES Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. *Op cit.*, p. 28-29.

10 STJ - RMS 15647 / SP RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2002/0153711-9. Relatora: Ministra Eliana Calmon. J. 25/03/2003, DJ de 14/04/2003.

vel com a Lei nº 8.666/93 no que tange à utilização do registro de preços tanto para serviços como para compras. Ademais, o art. 11 da Lei nº 10.520/2002 admite a utilização do sistema de registro de preços previsto no art. 15 da Lei de Licitações nas contratações de bens e serviços comuns. [...]”¹¹

Assim, tem-se, portanto, a possibilidade de aplicação do SRP tanto às compras de produtos como a contratação de serviços.

2.3 DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS

Como na contratação via SRP não se tem a entrega imediata do objeto licitado, como nas contratações ordinárias, mas sim uma expectativa do contratado de fornecer para Administração Pública. Não há, portanto, a figura da assinatura do contrato administrativo tão logo se sagra o vencedor do certame.

Ao vencer o procedimento licitatório do SRP, surge para o licitante vencedor a expectativa, e caso ocorra a compra, a obrigatoriedade de fornecer aquela quantidade registrada no período de um ano; e, para a Administração, a faculdade de fazer as contratações. Veja-se, portanto, que a posição do vencedor do certame licitatório no SRP é mais frágil e mais suscetível a imprevistos do que nas contratações que não pelo registro de preços.

O instrumento que obriga o licitante vencedor a fornecer – já que não se trata de contrato administrativo – é a ata de registro de preços. Nesta ata é que constará a discriminação do vencedor, do(s) objeto(s) e/ou serviço(s) a serem

11 ACÓRDÃO Nº 1487/2007 – TCU – PLENÁRIO. Processo nº TC - 008.840/2007-3. Relator: Ministro Valmir Campelo.

contratados, o prazo e, principalmente, os valores a serem praticados nas contratações durante a vigência da ata.

Como já dito acima, a ata não se trata de contrato, embora também obrigue, de modo que a doutrina a considera um contrato preliminar, ou um pré-contrato unilateral¹² já que obriga somente o licitante; ou ainda um “instrumento hábil” a permitir o vínculo entre a Administração e o vencedor do certame licitatório¹³.

Por ter essa característica de pré-contrato, aplicam-se à ata de registro de preços muitas das disposições aplicáveis aos contratos administrativos.

A primeira delas é a obrigatoriedade de intervenção da assessoria jurídica do ente realizador do SRP, determinada pelo artigo 38, parágrafo único da Lei 8.666/93¹⁴. Em que pese tal excerto legal não mencione a ata, a alusão a *ajustes* já traz a necessidade de avaliação jurídica da ata de registro de preços.

Ainda, a ata deverá ser assinada pelo licitante vencedor, o que perfectibilizará a avença em relação a ele e o obrigará, a exemplo dos pré-contratos ou contratos unilaterais do direito privado; e deverá ser publicada.

Em que pese a Lei 8.666/93 no que concerne ao SRP

12 GUIMARÃES Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. *Op cit.*, p. 83. No mesmo sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. **O sistema de registro de preços destinado ao regime diferenciado de contratações públicas**. Disponível em: <http://www.justen.com.br/pdfs/IE61/IE61_Marcal_RDC.pdf>. Acesso em: ago. 2016.

13 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 250.

14 Art. 38. [...] Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

não obrigue a publicação da ata, remetendo somente à publicação dos preços registrados, a regulamentação do Decreto Federal (7.892/2013) trouxe essa obrigação no artigo 14, ao estabelecer que a ata implique compromisso de fornecimento nas condições estabelecidas, após cumpridos os requisitos de publicidade.

Em relação à alteração das atas de registro de preços, o Decreto Federal 7.892/2013 agora proíbe as alterações quantitativas do objeto na ata, nos termos do parágrafo 1º do artigo 12, diferentemente do que ocorria no Decreto Federal 3.931/2002. No entanto, o novo regramento federal permite a alteração após contratado, o que parece de certa forma contraproducente e contraditório.

Por fim, como já adiantado acima, a ata de registro de preços terá validade de um ano após sua assinatura e publicação, nos estritos termos do disposto no inciso III do § 3º do artigo 15 da Lei 8.666/93. A regulamentação federal até permite a prorrogação (artigo 12), desde que o prazo máximo não seja maior que um ano; característica que a doutrina defende a realização de registro de preços de menor prazo para aproveitar melhor preços sazonais, sobre oferta de produtos e outras questões que podem influir no preço das contratações.

3 O INSTITUTO DA ADESÃO À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS

3.1 CONCEITO

A adesão à ata de registro de preços, que tem o apelido de “carona” é a maneira pela qual um órgão que não participou da licitação para elaboração do registro de preços, adere à ata de registro de preços de outro órgão, podendo comprar até cem por cento do objeto ali registrado e durante o prazo da respectiva ata.

Exemplificando, o Município A realiza um SRP para comprar mil unidades de X. Estando a ata de registro de preços devidamente assinada, publicada e em vigência, o Município B pode “pegar carona” na ata do Município A, comprando as mesmas mil unidades licitadas no prazo de vigência da ata.

Claro que tanto o Município A tem que permitir a “carona” como o fornecedor também tem que aquiescer com a contratação.

3.2 MARCO NORMATIVO

3.2.1 O Instituto da “Carona” via Decretos

É importante deixar claro que muito da sistemática do instituto da “carona” no registro de preços, encontra guarida em decretos regulamentares de nossa legislação, tanto em nível federal quanto estadual.

Atendendo-se ao poder regulamentar, plasmados em nossa Constituição no artigo 84, inciso IV¹⁵, tem-se a edição no nível

15 Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, **bem como expedir decretos**

federal de regulamento a respeito do tema, assim como também a nível estadual, por consequência do Princípio da Simetria.

Tanto o Decreto Estadual 2.391/2008, como o Decreto 7.892/13, em nível federal, que disciplinam a questão são muito claros em suas exposições, conforme pode-se observar do quadro abaixo:

Decreto Estadual 2.734/2015	Decreto 7.892/13
<p>Art. 26. Durante a vigência da ata de registro de preços e mediante autorização prévia do órgão gerenciador, o órgão ou entidade que não tenha participado do procedimento de registro de preços poderá aderir à ata de registro de preços, desde que seja justificada no processo a vantagem de utilização da ata, a possibilidade de adesão tenha sido prevista no edital e haja a concordância do fornecedor ou executor beneficiário da ata de registro de preços.</p> <p>§ 1º A adesão é restrita aos órgãos e entidades previstos nos arts. 1o e 2o deste Decreto.</p> <p>§ 2º As aquisições ou contratações adicionais a que se refere este artigo não poderão exceder, na totalidade, a 100% (cem por cento) dos quantitativos registrados na ata de registro de preços, independentemente do número de órgãos ou entidades que aderirem.</p>	<p>Art. 22. Desde que devidamente justificada a vantagem, a ata de registro de preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da administração pública federal que não tenha participado do certame licitatório, mediante anuência do órgão gerenciador.</p> <p>§ 1º Os órgãos e entidades que não participaram do registro de preços, quando desejarem fazer uso da ata de registro de preços, deverão consultar o órgão gerenciador da ata para manifestação sobre a possibilidade de adesão.</p> <p>§ 2º Caberá ao fornecedor beneficiário da ata de registro de preços, observadas as condições nela estabelecidas, optar pela aceitação ou não do fornecimento decorrente de adesão, desde que não prejudique as obrigações presentes e futuras decorrentes da ata, assumidas com o órgão gerenciador e órgãos participantes.</p> <p>§ 3º As aquisições ou contratações adicionais a que se refere este artigo não poderão exceder, por órgão ou entidade, a cem por cento dos quantitativos dos itens do instrumento convocatório e registrados na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes.</p>

e regulamentos para sua fiel execução; [...] (destacamos).

Decreto Estadual 2.734/2015	Decreto 7.892/13
<p>§ 3º Caberá ao fornecedor ou executor beneficiário da ata de registro de preços, observadas as condições nela estabelecidas, optar pela aceitação ou não do fornecimento decorrente de adesão, desde que não prejudique as obrigações presentes e futuras decorrentes da ata, assumidas com o órgão gerenciador e órgãos participantes.</p>	<p>§ 4º O instrumento convocatório deverá prever que o quantitativo decorrente das adesões à ata de registro de preços não poderá exceder, na totalidade, ao quádruplo do quantitativo de cada item registrado na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes, independente do número de órgãos não participantes que aderirem. [...]</p> <p>§ 6º Após a autorização do órgão gerenciador, o órgão não participante deverá efetivar a aquisição ou contratação solicitada em até noventa dias, observado o prazo de vigência da ata.</p> <p>§ 7º Compete ao órgão não participante os atos relativos à cobrança do cumprimento pelo fornecedor das obrigações contratualmente assumidas e a aplicação, observada a ampla defesa e o contraditório, de eventuais penalidades decorrentes do descumprimento de cláusulas contratuais, em relação às suas próprias contratações, informando as ocorrências ao órgão gerenciador.</p> <p>§ 8º É vedada aos órgãos e entidades da administração pública federal a adesão a ata de registro de preços gerenciada por órgão ou entidade municipal, distrital ou estadual.</p> <p>§ 9º É facultada aos órgãos ou entidades municipais, distritais ou estaduais a adesão a ata de registro de preços da Administração Pública Federal.</p>

Como disposto no quadro, os regulamentos são claros em permitir a prática do instituto da “carona” e utilizam, para a caracterização dos possíveis utilizadores da expressão órgãos, que por sua vez remetem a “Administração Pública”.

Com efeito, tomando-se a definição de “Administração Pública” em sentido amplo, como preconizado na lição

de Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁶, ou como “o conjunto de atividades diretamente destinadas à execução de tarefas tidas como de interesse público de uma coletividade”¹⁷, ou ainda da própria legislação de regência das licitações¹⁸; em todas elas temos a intercambialidade entre as esferas de poder, de modo que órgãos de algum poder, poderiam se utilizar da “carona” em SRP de outro poder.

Diferentemente do Decreto Federal 3.931/01 que não tinha tal vedação, o Decreto 7.892/13 agora proíbe que a órgãos federais utilizem-se de atas de registro de preços estaduais ou municipais, conforme se pode depreender do parágrafo 8º colacionado acima.

3.2.2 As Leis que Permitem a “Carona”

3.2.2.1 A Lei Federal 10.191/2001

Como disposto acima, a competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação é da União, e, a edição da Lei 8.666/93 não esgotou esta competência, haja vista a edição da Lei 10.520/2002 que também trata de normas gerais.

Da mesma forma, em 14/02/2001 veio a lume a Lei federal 10.191 com o intuito de regular a aquisição de produtos

16 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 53-54.

17 DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1, p. 111

18 Lei 8.666/93: Art. 6º. Para os fins desta Lei, considera-se: [...] XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas; XII - Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente; [...]

para a implementação de ações de saúde no âmbito do Ministério da Saúde.

Com efeito, o artigo 2º da referida lei estipula um caso específico em que o instituto da “carona” é objetivamente disciplinado e permitido. Veja-se:

Art. 2º O Ministério da Saúde e os respectivos órgãos vinculados poderão utilizar reciprocamente os **sistemas de registro de preços para compras de materiais hospitalares, inseticidas, drogas, vacinas, insumos farmacêuticos, medicamentos e outros insumos estratégicos**, desde que prevista tal possibilidade no edital de licitação do registro de preços.

§ 1º **Os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, bem como as respectivas autarquias, fundações e demais órgãos vinculados, também poderão utilizar-se dos registros de preços** de que trata o caput, desde que expressamente prevista esta possibilidade no edital de licitação.[...]
(Destacamos)

Como se vê, tal diploma confirma a tese de que a adesão às atas de SRP pode ser normatizada por lei. A própria doutrina que defende o uso da “carona” admite que o uso de lei específica trouxe sucesso aos registros de preços do Ministério da Saúde.

3.2.2.2 A Lei Federal 12.816/2013

Esta Lei, que tratou da conversão da Medida Provisória 593/2012, trouxe a possibilidade da adesão à ata de registro de preços para os sistemas de registro de preços utilizados pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE para aquisição de bens e contratações de serviços em

ações e projetos educacionais.

A possibilidade de utilização da “carona” é expressamente permitida pela respectiva lei em seu artigo 6º:

Art. 6º. **Os registros de preços** realizados pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação **poderão ser utilizados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios** para aquisição de bens e contratação dos serviços necessários à execução das ações e projetos educacionais, inclusive quando empregados recursos próprios. (G.N.)

Da mesma forma que em relação às atas de registro de preços do Ministério da Saúde, o campo de aplicação da “carona” permitido por esta lei é bem definido e reduzido, denotando certa cautela por parte do Executivo na regulamentação legal do instituto.

3.2.2.3 A Lei Federal 12.462/2011

A lei 12.462/11, que trata do Regime Diferenciado de Contratação – RDC, também permite em seu arcabouço legal a possibilidade de adesão à ata de registro de preços.

Tal permissivo encontra-se no artigo 32:

Art. 32. O Sistema de Registro de Preços, especificamente destinado às licitações de que trata esta Lei, reger-se-á pelo disposto em regulamento.

§ 1º **Poderá aderir ao sistema referido no caput deste artigo qualquer órgão ou entidade responsável pela execução das atividades contempladas no art. 1º desta Lei.** [...]. (G.N.)

Em que pese à previsão legal, não deixa de causar certo espanto sua normatização. Com efeito, o RDC veio a lume para permitir a construção das obras necessárias para os grandes eventos a serem realizados no Brasil: Copa das Confederações, Copa do Mundo e Olimpíadas.

Mesmo que a lei tenha sido alterada várias vezes para permitir a inclusão de outras contratações que não só às relativas às grades obras daqueles eventos, ainda assim quer nos parecer que o escopo da lei continua a ser grandes obras. Com efeito, as alterações perpetradas pelas Leis 12.688/12, 12.745/12 e pela Medida Provisória 678/2015 autorizou a utilização do RDC para ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS e obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo além de ações no âmbito da Segurança Pública.

Portanto, mesmo que parte da doutrina ainda defenda a utilização da “carona” nas contratações do RDC¹⁹, parece-nos de pouca aplicação prática tal instituto nestas contratações, haja vista a própria conceituação deste tipo de contratação para grandes obras de engenharia.

Do acima vertido a respeito das legislações que permitem a “carona” nos registros de preços, não há outra conclusão possível, somente à lei caberia determinar e regulamentar o uso de um instituto tão importante como o da adesão ao SRP.

19 MOTTA, Carlos Pinto Coelho; BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. **RDC**: contratações para as copas e jogos olímpicos. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 268.

3.3 DA CONTROVÉRSIA DOUTRINÁRIA SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE E/OU ILEGALIDADE DOS DECRETOS

3.3.1 Do Poder Regulamentar

Grande parte da celeuma deste tema cinge-se à questão de se considerar os decretos (tanto o federal como o estadual) constitucionais ou não, na medida em que houve (ou não) a extrapolação do poder regulamentar por parte dos decretos.

Assim, o ponto nodal é: os decretos usurparam as leis às quais regulamentam?

Deixando-se à parte a discussão da existência ou não de Regulamentos Autônomos²⁰ no direito brasileiro, e utilizando-se da definição clássica do Poder Regulamentar, que com supedâneo no escólio de Geraldo Ataliba²¹, tem-se que:

Consiste o chamado poder regulamentar na faculdade que ao Presidente da República – ou chefe do Poder Executivo, em geral, Governador e Prefeito – a Constituição confere para dispor sobre medidas necessárias ao fiel cumprimento da vontade legal, dando providências que estabeleçam condições para tanto. Sua função é

20 Regulamento autônomo, na lição de Maria Sylvania Zanella Di Pietro “inova na ordem jurídica, porque estabelece normas sobre matérias não disciplinadas em lei, ele não completa nem desenvolve nenhuma lei prévia” (*op. cit.*, p. 87). Manifestam-se pela existência dos Regulamentos Autônomos após a EC 31/2002 nos termos do artigo 84, I CF: a própria Maria Sylvania Zanella Di Pietro, Diógenes Gasparini, e Eros Roberto Grau. Pela existência mesmo anteriormente à EC 32/2001: Hely Lopes Meirelles. Contrariamente à existência dos Regulamentos Autônomos: Geraldo Ataliba.

21 ATALIBA, Geraldo. Decreto regulamentar no sistema brasileiro. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 2, p. 23, 1969.

facilitar a execução da lei, especificá-la de modo praticável e, sobretudo, acomodar o aparelho administrativo, para bem observá-la.

Assim, pode-se considerar a expressão máxima do Poder Regulamentar como sendo o próprio Regulamento, que no caso presente perfectibiliza-se como o Decreto, ao qual cabe trazer as “prescrições práticas que têm por fim preparar a execução das leis, completando-as em seus detalhes, sem lhes alterar, todavia, nem o texto, nem o espírito”²².

Desta feita, resta-nos, interpretando as normas às quais os Decretos regulamentam, perquirir se houve a malfadada extrapolação.

As leis de regência das licitações em seus respectivos níveis de atuação (federal e estadual), no que tange ao registro de preços formam o seguinte quadro:

Lei 8.666/93	Lei Estadual 15.608/07
<p>Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: [...]</p> <p>II - ser processadas através de sistema de registro de preços; [...]</p> <p>§ 1º O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado.</p> <p>§ 2º Os preços registrados serão publicados trimestralmente para orientação da Administração, na imprensa oficial.</p>	<p>Art. 23. O sistema de registro de preços, será utilizado pela Administração para aquisição de bens ou contratação de serviços de menor complexidade técnica.</p> <p>§ 1º Sistema de registro de preços é o procedimento utilizado para registro das propostas selecionadas para futuras e eventuais contratações ou fornecimentos.</p>

22 VELLOSO, Carlos Mario da Silva. **Temas de direito público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 421. apud MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 442.

Lei 8.666/93	Lei Estadual 15.608/07
<p><u>§ 3º O sistema de registro de preços será regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais, observadas as seguintes condições:</u></p> <p>I - seleção feita mediante concorrência;</p> <p>II - estipulação prévia do sistema de controle e atualização dos preços registrados;</p> <p>III - validade do registro não superior a um ano.</p> <p>§ 4º A existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir, ficando-lhe facultada a utilização de outros meios, respeitada a legislação relativa às licitações, sendo assegurado ao beneficiário do registro preferência em igualdade de condições. [...]</p>	<p>§ 2º O registro de preço deverá ser precedido de ampla e permanente pesquisa do mercado local.</p> <p>§ 3º Deve ser adotado, preferencialmente, quando:</p> <p>I – em razão das necessidades permanentes e renováveis da Administração, houver contratações freqüentes do mesmo bem ou serviço;</p> <p>II – for mais conveniente a aquisição de bens ou contratação de serviços de forma parcelada, em face da impossibilidade de estimar os quantitativos ou as condições específicas e concretas da execução contratual;</p> <p><u>III – for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade ou a programas de governo.</u></p>

3.3.2 Da Regulamentação Federal

Com relação à regulamentação quanto à esfera federal, realmente parece ter havido uma extrapolação por parte do Decreto 7.892/13 (assim como também já havia em relação ao Decreto 3.931/01), conquanto não haja previsão na lei da possibilidade da existência de se aderir às atas de SRP, em que pese o § 3º do artigo 15 da Lei 8.666/93 seja claro em delegar toda a regulamentação ao Decreto.

Mas, mesmo com o permissivo da regulamentação via decreto, este não pode extrapolar os estritos limites da lei, conforme exposto acima. A lei, em nenhum momento sequer trata de ata de preços, remetendo todo o “assunto” ao decreto.

Na doutrina, a balança pende para se considerar o Decreto (Federal, é bom que se frise), como inconstitucional. Doutrinadores da estirpe de Marçal Justen Filho²³, Toshio Mukai²⁴, Paulo Sérgio Monteiro Reis²⁵, Joel de Menezes Niebuhr²⁶ entre outros, consideram inconstitucional a figura do carona já que o decreto que regulamentou esse instituto é completamente inconstitucional, ferindo princípios como o da Legalidade, da Moralidade, da Competitividade, da Vinculação ao Instrumento Convocatório, da Isonomia, da Impessoalidade entre outros, além de usurpar completamente a competência regulamentar, normatizando muito mais do que a lei lhe autorizou.

De outro lado, tem-se a doutrina de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes²⁷, entusiasta do instituto da “carona” e do SRP, e que advoga a tese da vantajosidade da utilização do instituto, na medida em que considera o “carona em sistema de registro de preços: uma opção inteligente para redução de custos e controle”. O doutrinador elenca em sua obra as vantagens de ser “carona” e delinea os requisitos que o ente deverá atender para aderir a um SRP em vigência.

Da análise da obra de JACOBY, salta aos olhos o extremo apego do doutrinador ao Princípio da Eficiência, plasmado

23 JUSTEN FILHO, Marçal. **TCU restringe a utilização de “carona” no sistema de registro de preços**. Disponível em <<http://www.justen.com.br/informativo.php?&informativo=6&artigo=743&l=pt>>. Acesso em ago. 2016.

24 MUKAI, Toshio. **Registro de preços em nível federal**. Inconstitucionalidade do art. 8º (Figura do “Carona”) do Decreto nº 3.931/2001. Possibilidade de cometimento de crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/93. Disponível em <<http://www.governnet.com.br/noticia.php?cod=1484>>. Acesso em: set. 2015.

25 REIS, Paulo Sérgio Monteiro. O carona no sistema de registro de preços. **ILC – Informativo de Licitações e Contratos**, Curitiba, n. 167, jan. 2008.

26 NIEBUHR, Joel de Menezes. “Carona” em ata de registro de preços: atentado veemente aos princípios de direito administrativo. **ILC – Informativo de licitações e contratos**, Curitiba, n. 143, jan. 2006.

27 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Op cit.*, p. 668.

em nossa Constituição em seu artigo 37 *caput*. Segundo o autor:

Essa ferramenta de trabalho [a carona], mesmo após cinco anos de sua instituição, ainda encontra controvérsias em sua utilização. Por tratar-se de uma quebra de parâmetros, **permitindo vários órgãos aderirem ao resultado da licitação promovida por outra entidade, enfrentou o conservadorismo daqueles que se amoldaram ao misoneísmo das licitações convencionais, sempre demoradas e com frequentes desfechos a cargo do tribunal de Contas ou do Poder Judiciário.**²⁸ (G.N.)

Ele rebate acusações de outros setores da doutrina de que o “carona” seria uma não realização de licitação, já que o ente pretendente a ser o “caroneiro” tem por dever realizar um procedimento administrativo em que deve ficar claro:

- a. A permissão do gestor da ata e do fornecedor à adesão;
- b. A vantajosidade da adesão, com pesquisa de preços de fornecedores em que fique comprovado o preço menor da ata; e
- c. E a absoluta submissão da adesão ao estrito objeto da Ata, e em quantidade menor do que a licitada.

Não por outra razão, defensores do instituto da “carona” no SRP defendem a tese de que tal instituto seria uma verdadeira licitação, já que “pegar carona” não é simplesmente comprar do fornecedor, existe a necessidade da realização de um procedimento com pesquisa de preços, publicidade, auto-

28 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Op cit.*, p. 668.

rização do gestor do SRP e do fornecedor.

Em que pese à contundência do argumento, o fato de haver um procedimento administrativo não lança sobre a compra os auspícios da licitação, pelo contrário, pode-se aventar inclusive que o fato da “carona” transforma o procedimento numa verdadeira dispensa de licitação, já que há, no caso, a contratação direta.

Assim, mesmo sob esse prisma, ainda parece não haver base para o instituto, pois os casos de dispensa são enumerados taxativamente pela lei, conforme posição amplamente majoritária da doutrina²⁹.

Como se pode perceber, realmente o instituto do “carona” tratou-se de uma inovação sem precedentes no que tange às contratações, chegando mesmo a poder ser considerado como uma mudança total de paradigma no arcabouço legislativo licitatório.

Posto desta forma ressoa que o pano de fundo de toda essa problemática do instituto do “carona” se resolve na confrontação entre os princípios ditos “molestados” pela esmagadora maioria da doutrina: Legalidade, Moralidade, Vinculação ao Instrumento Convocatório e Competitividade; *versus* o Princípio da Eficiência, defendido como o mais prestigiado pelo instituto pela minoria da doutrina.

3.3.3 Da resolução de conflitos entre princípios constitucionais

Objetivamente, já que não se presta a presente exposição a ser um tratado sobre interpretação constitucional; e ignorando-se a divergência doutrinária a respeito da existên-

29 JUSTEN FILHO, Marçal. *Op cit.*, 2008. p. 287.

cia ou não de hierarquia entre os princípios constitucionais³⁰, quando há conflitos entre princípios, solução diferenciada deve ser dada para o caso concreto, já que diferentemente das normas, aos princípios não é dada a resolução de conflitos típica das normas na clássica lição de Norberto Bobbio.

Diferentemente das normas, onde uma cede espaço para que a outra tenha vigência plenamente, com os princípios, mormente os constitucionais, tal solução simplista não pode ser adotada, já que têm os princípios uma carga de abstraldade e normatividade *sui generis* que faz com que ao invés de um princípio “anular” o outro, haja somente uma “acomodação” entre eles, para que se prestigie o princípio de “maior peso”.

Forte nas escolas constitucionais alemãs e americanas, a doutrina nacional e em especial o STF vêm se utilizando do Princípio da Proporcionalidade, que é apregoado como o “Princípio dos Princípios” conforme base daquela doutrina, para que no sopesamento entre os princípios saia com preponderância aquele de “maior peso”.

Assim, resumidamente, na análise do instituto da “carona” e com base no princípio da proporcionalidade, em que pese haja (segundo a doutrina majoritária) violação de vários princípios constitucionais, quer nos parecer que somente a afronta ao Princípio da Legalidade, é mais que suficiente para fazer valer a não possibilidade da existência do instituto do “carona”; em que pese este prestigiar muito o Princípio da Eficiência.

30 Geraldo Ataliba defende a existência de princípios constitucionais hierarquicamente superiores a outros na medida em que isto assegura a plena coerência interna ao sistema. Parte da doutrina também defende a hierarquia já que determinados princípios são “intocáveis” por estarem cobertos pelo manto das cláusulas pétreas.

3.3.4 Da regulamentação estadual

Já com relação à legislação estadual, numa primeira interpretação mais açodada, parece existir permissivo à regulamentação como posta, na estrita medida em que o artigo 23, § 3º inciso III da lei estadual de licitações já antecipa o regulamento na possibilidade de mais de um órgão ou entidade se valer do registro de preços.

Frise-se que, mesmo uma interpretação superficial do dispositivo, ainda permite vislumbrar somente a possibilidade de vários entes compartilharem do registro de preços como participantes, e não como aderentes.

Não bastasse isto, ou seja, a fragilidade de se considerar somente uma possibilidade de interpretação do dispositivo para permitir o instituto do carona; ainda há a questão da (in) constitucionalidade da própria lei de licitações do estado do Paraná.

A Constituição Federal prega em seu artigo 21, inciso XXVII:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...]

XXVII – **normas gerais de licitação e contratação**, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; [...] (destacamos)

A própria Constituição no parágrafo único deste artigo reza que lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões atinentes aos incisos do artigo em comento.

Com efeito, como a competência privativa para legislar sobre licitações é da União, isso não quer dizer que cabe a ela normatizar tudo a respeito de licitações. Também aos Estados e mesmo aos Municípios cabe legislar sobre o assunto, no entanto, em suas respectivas esferas de atuação, e respeitando, sempre, o parâmetro federal, em estrita observância ao Princípio da Simetria.

A doutrina é categórica nesse ponto:

A competência para legislar sobre licitação assiste às quatro ordens de pessoas jurídicas de capacidade política, isto é: União, Estados, Municípios e Distrito Federal. Entretanto, compete à União editar “normas gerais” sobre o assunto, conforme prescreve o art. 22, XXVII, da Constituição. Com efeito, o tema é estritamente de Direito Administrativo, dizendo, pois, com um campo de competência próprio das várias pessoas referidas, pele quê cada qual legislará para si própria em sua esfera específica. Sem embargo, todas devem acatamento às “normas gerais” legislativamente produzidas com alcance nacional. conforme “supra” anotado.³¹ (destacamos)

Desta feita, como a norma geral federal em licitação não deitou maiores luzes sobre o registro de preços, também a norma estadual não poderia esmiuçar melhor o instituto como foi feito no § 3º do artigo 23 da Lei Estadual 15.608/2006, sob pena de severa invasão de competência legiferante, conforme, aliás, entende a jurisprudência³²:

31 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 508.

32 Ação Declaratória de Inconstitucionalidade - ADIn 3.059-MC, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 15/4/2004, Plenário, Diário da Justiça de

Impugnação da Lei 11.871/2002, do Estado do Rio Grande do Sul, que instituiu, no âmbito da administração pública sul-rio-grandense, a preferencial utilização de softwares livres ou sem restrições proprietárias. Plausibilidade jurídica da tese do autor que aponta **invasão da competência legiferante reservada à União para produzir normas gerais em tema de licitação, bem como usurpação competencial violadora do pétreo princípio constitucional da separação dos poderes**.(destacamos)

Assim, mesmo esta interpretação de se considerar o SRP entre vários órgãos, mesmo que previamente, é igualmente temerária pois pode haver séria atecnia na legislação estadual por invasão de competência.

Portanto, da mesma forma não há escudo jurídico na legislação estadual que suporte a figura do “carona” no registro de preços, por haver séria carência de competência legislativa para tal.

3.4 POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

3.4.1 O Tribunal de Contas da União – TCU

Na primeira vez em que foi instado a se manifestar sobre a questão, o TCU optou por determinar ao Ministério do Planejamento esforços no sentido de se rever a questão, propondo mudanças ao Decreto Federal ao argumento de existirem adesões ilimitadas a atas de registro de preços. É o que se depreende do Acórdão 1.487/2007 – Plenário³³, em que se tem:

9.2. determinar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que:

9.2.2. **adote providências com vistas à**

20/8/2004.

33 ACÓRDÃO Nº 1487/2007 – TCU – PLENÁRIO. Processo n.º TC - 008.840/2007-3. Relator: Ministro Valmir Campelo.

reavaliação das regras atualmente estabelecidas para o Registro de Preços no Decreto 3.931/01, de forma a estabelecer limites para a adesão a registros de preços realizados por outros órgãos e entidades, visando preservar os princípios da competição, da igualdade de condições entre os licitantes e da busca da maior vantagem, para a Administração Pública, tendo em vista que as regras atuais permitem a indesejável situação de adesão ilimitada a atas em vigor, desvirtuando as finalidades buscadas por essa sistemática, tal como a hipótese mencionada no Relatório e Voto que fundamentam este Acórdão;
9.2.3. dê ciência a este Tribunal, no prazo de 60 (sessenta) dias, das medidas adotadas para cumprimento das determinações de que tratam os itens anteriores;
9.3. determinar à 4ª Secex que monitore o cumprimento deste Acórdão;[...] (destacamos)

Como o julgado é do ano 2007, o Decreto Federal 3.931/01 que regulava a “carona” à época continuou em pleno vigor até ser revogado pelo Decreto 7.892/13 – que também continuou permitindo a carona mas com grandes diferenças – de modo que não foi acatada a orientação daquela Corte de Contas conforme o Acórdão supra transcrito.

Esse julgado, em verdade, veio da constatação pelo TCU da verdadeira desvirtuação que ocorreu com o instituto da “carona” nos registros de preços. Onde, a partir de uma ata assinada em determinado órgão, passava-se a ter “corretores” de atas de registro de preços oferecendo a adesão a vários outros órgãos. O próprio julgado conta a história:

[...] 6. Diferente é a situação da ade-

são ilimitada a atas por parte de outros órgãos. Quanto a essa possibilidade não regulamentada pelo Decreto nº 3.931/2001, comungo o entendimento da unidade técnica e do Ministério Público que essa fragilidade do sistema afronta os princípios da competição e da igualdade de condições entre os licitantes.

7. Refiro-me à regra inserta no art. 8º, § 3º, do Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001, que permite a cada órgão que aderir à Ata, individualmente, contratar até 100% dos quantitativos ali registrados. No caso em concreto sob exame, a 4ª Secex faz um exercício de raciocínio em que demonstra **a possibilidade real de a empresa vencedora do citado Pregão 16/2005 ter firmado contratos com os 62 órgãos que aderiram à ata, na ordem de aproximadamente 2 bilhões de reais, sendo que, inicialmente, sagrou-se vencedora de um único certame licitatório para prestação de serviços no valor de R\$ 32,0 milhões**. Está claro que essa situação é incompatível com a orientação constitucional que preconiza a competitividade e a observância da isonomia na realização das licitações públicas.[...]. (G.N.)

Assim, até a prolatação do Decreto 9.782/13 o TCU continuou de certa forma “cercando” a adesão às atas de registro de preços. É o que se depreende, por exemplo, do Acórdão 1.793/11³⁴, que proibiu a órgãos e entidades da Administração Pública Federal a “carona” a atas de registro de preços de Estados e Municípios; determinou que se fizesse ampla divulgação do certame para que mais órgãos partici-

34 Acórdão 1793/2011 – TCU – Plenário. Processo TC-011.643/2010-2. Relator: Ministro Valmir Campelo.

passem como licitantes, evitando a “carona”; e que a adesão só se desse após ampla pesquisa de mercado para se avaliar a vantagem da “carona”.

Ainda, do Acórdão 889/10³⁵ que determinou que nas atas do Ministério da Agricultura somente órgãos ligados ao agronegócio pudessem aderir; e no Acórdão 2.557/10³⁶ que proibiu a “carona” quando o objeto da ata apresentasse diferenças essenciais em relação às necessidades de quem pretendesse aderir.

Por fim, pouco antes da edição do Decreto Federal 7.892/13, veio a lume o Acórdão 1.233/12³⁷, que pretendeu resolver de uma vez por todas a questão da “carona” às atas de registro de preços.

Neste *decisum*, a Corte de Contas Federal continua tolerando as caronas mas às submete ao montante consignado no registro de preços, em fiel atendimento do Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório. Ou seja, se anteriormente um órgão da Administração Pública Federal tivesse uma ata registrada possibilitando a compra de cem unidades de determinado item, outro órgão poderia vir e “pegar carona” nesta ata comprando mais cem unidades. Assim, o fornecedor venderia duzentas unidades, cem para o órgão da ata, e cem para o “carona”.

Agora, com o Acórdão 1.233/12, o TCU sinalizou que o fornecedor só pode vender o total consignado na ata, ou seja,

35 Acórdão 889/2010 – TCU – Plenário. Processo TC-029.515/2009-2. Relator: Ministro Raimundo Carreiro.

36 Acórdão 2.557/2010 – TCU – 2ª Câmara. Processo: TC-017.739/2008-4. Relator Ministro José Jorge.

37 Acórdão 1.233/2012 – TCU – Plenário. Processo: TC-011.772/2010-7. Relator Aroldo Cedraz.

as cem unidades. A “carona” até é permitida, mas somente no total consignado na ata. O “caroneiro” só poderá aderir à ata se o órgão da ata não esgotar o total da quantidade da ata.

Em que pese seja um novo marco na adesão a ata de registro de preços em nível federal, e que prestigia sobremaneira o Princípio da Vinculação ao Edital, ainda assim o instituto da “carona” padece de constitucionalidade, na medida em que viola outros princípios das licitações e do Direito Administrativo.

3.4.2 Da Manifestação de Outros Tribunais de Contas Estaduais

A outras Cortes de Contas também já foi dada a árdua missão de se pronunciar a respeito da possibilidade de existir o instituto do “carona” nos SRP. Os tribunais se dividem quanto a esta questão.

Como exemplo de decisões que admitem esta possibilidade, temos as Cortes do Distrito Federal e do Mato Grosso que nas Decisões 1.806/2006 e 01/2007, respectivamente, trazem este posicionamento, com uma ou outra ressalva. O TCE/MT inclusive, permitindo a adesão em valor maior que o registrado na ata em até 25% (vinte e cinco por cento).

De outro lado, temos o posicionamento do Tribunal de Santa Catarina, ao qual foi submetida consulta exatamente sobre a possibilidade da adesão a ata de registro de preços e que teve o seguinte desfecho em 06/08/2007, alterada em agosto de 2010 pelo prejulgado 1.895, o qual se transcreve:

[...] Reformado

1. O Sistema de Registro de Preços, previsto no art. 15 da Lei (federal) n. 8.666/93, é uma ferramenta gerencial

que permite ao Administrador Público adquirir de acordo com as necessidades do órgão ou da entidade licitante, mas os decretos e as resoluções regulamentadoras não podem dispor além da Lei das Licitações ou contrariar os princípios constitucionais.

2. Por se considerar que o sistema de “carona”, instituído no art. 8º do Decreto (federal) n. 3.931/2001, fere o princípio da legalidade, não devem os jurisdicionados deste Tribunal utilizar as atas de registro de preços de órgãos ou entidades da esfera municipal, estadual ou federal para contratar com particulares, ou permitir a utilização de suas atas por outros órgãos ou entidades de qualquer esfera [...]³⁸ (Destacamos)

Da mesma forma temos o posicionamento do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – TCE/SP, que desde fevereiro de 2010 por meio do TCA-8073/026/03³⁹ não admite a “carona” nas atas de registro de preços entre órgãos da mesma esfera de governo.

Em que pese não haja manifestação relativa ao controle externo, pode-se considerar que na mesma linha estão as Cortes do Rio de Janeiro e de Minas Gerais, que nas suas normativas que disciplinam o SRP entenderam por bem não permitir o uso do instituto entre seus administrados, conforme se depreende do Ato Normativo 92/2007 do TCE/RJ, e da Resolução 01/2006 do TCE/MG.

38 Decisão nº 2.392/07. Relator Wilson Rogério Wan-Dall.

39 No procedimento TCA-8073/026/03 foi emitida a nota técnica 39, que assim orientava o procedimento da fiscalização: “Enquanto o Tribunal de Contas não decidir sobre a matéria, a fiscalização deverá considerar possível a utilização de ata de registro de preços entre órgãos da mesma esfera do governo”.

Assim, em que pese à divergência mesmo entre as cortes de contas, quer nos parecer que a maior “veemência” está naquelas decisões que negam a possibilidade da utilização do instituto da “carona”, haja vista se levarmos em consideração a motivação de tais decisões, sempre recorrendo a violação de princípios constitucionais.

3.4.3 Da Manifestação do Tribunal de Contas do Estado do Paraná – TCE/PR

Também ao Tribunal de Contas do Estado do Paraná – TCE/PR foi dada a prerrogativa de se pronunciar sobre a possibilidade da adesão às atas de registro de preço em relação aos órgãos e entidades que estivessem sob sua jurisdição.

No caso do TCE/PR, embora em alguns procedimentos de prestação de contas e de denúncias ou representações da Lei 8.666/93 o assunto tivesse vindo à baila, foi através de três procedimentos de Consultas que a posição do sobredito Tribunal se consolidou.

É importante frisar que, nos termos da Lei Complementar Estadual 113/2005 – a Lei Orgânica do TCE/PR – em seu artigo 41⁴⁰, as consultas decididas pelo Tribunal Pleno com o quórum do artigo 115⁴¹ da mesma Lei constituirão prejulgamento de tese e vincularão a análise dos feitos a respeito daquele tema a partir da sua publicação.

No caso das consultas relativas ao instituto da “carona”

40 Art. 41. A decisão do Tribunal Pleno, em processo de consulta, tomada pelo quorum qualificado a que se refere o art. 115 desta lei, tem força normativa, constitui prejulgamento de tese e vincula o exame de feitos sobre o mesmo tema, a partir de sua publicação.

41 Art. 115. Quando exigido o *quorum* qualificado para a deliberação, será necessária, para a instalação da sessão, a presença de, pelo menos 4 (quatro) Conselheiros efetivos, além do Presidente e para a aprovação da matéria, o voto favorável de, no mínimo, 3 (três) Conselheiros efetivos.

às atas de registro de preços, todos os procedimentos foram analisados nos termos dos artigos supracitados, de modo que as decisões lá suscitadas têm força normativa para todos os jurisdicionados do TCE/PR.

O primeiro procedimento a tratar do tema foi o de número 449127/07, que desagou no Acórdão 984/11⁴². Esta consulta tratou da possibilidade de Câmaras Municipais, ou seja, do Poder Legislativo, aderir a atas de preços da Prefeitura Municipal do mesmo Município, ou seja, do Poder Executivo.

Nesta consulta em específico, a resposta foi categórica em não permitir o instituto da “carona”, exatamente em virtude da ausência de previsão legal para tanto em relação às normas gerais de licitação e contratação públicas. Ou seja, o Acórdão se fiou quase que única e exclusivamente na ofensa ao Princípio de Legalidade para negar a possibilidade de adesão a atas de registros de preços dos Poderes Executivos por parte dos Poderes Legislativos, ambos em nível municipal.

O outro procedimento (412865/09) questionava a possibilidade de adesão à ata de registro de preços de outros órgãos quando o órgão que pretendesse aderir já tivesse sua própria ata daquele item; e também a possibilidade de “carona” quando a ata do órgão gerenciador já houvesse sido atingida, restando a hipótese do acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) do artigo 65, § 1º da Lei 8.666/93.

Este procedimento foi julgado pelo Acórdão 1.344/11⁴³ que negou veementemente a possibilidade de adesão à ata de registros de preços quando o órgão também tivesse ata registrada, e também a impossibilidade de “carona” quando a

42 Disponível em <<http://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/acordao-9842011/10816/area/242>>. Acesso em: ago. 2016.

43 Disponível em <<http://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/acordao-13442011/9566/area/242>>. Acesso em: ago. 2016.

ata já estivesse esgotada. Também neste Acórdão, o fio condutor da argumentação passou pelo desrespeito ao Princípio da Legalidade na criação do instituto da “carona”.

A terceira consulta formulada ao TCE/PR se deu nos autos 211458/12 e sinalizou um abrandamento da posição dessa Corte de Contas em relação ao instituto da “carona” à ata de registro de preços.

A consulta questionou a possibilidade de adesão à ata de registro de preços entre órgãos e entidades estaduais quando houvesse previsão expressa no edital da licitação; e também a possibilidade de “carona” a atas de registro de preços estaduais por Municípios em relação à aquisição de bem objeto de convênio para implementação de Programas e Projetos Governamentais entre o Município e o Estado.

Neste procedimento em específico, que foi tratado pelo Acórdão 1.105/14⁴⁴, a resposta à consulta foi positiva, de modo que marcou certa flexibilização do TCE/PR em relação ao instituto da “carona” às atas de registro de preços.

Nesta decisão, o voto condutor do Acórdão rebateu todas as críticas aos princípios molestados pela adesão à ata de registro de preços, com forte vinculação ao Princípio da Eficiência e a uma tentativa de “desburocratização” da Administração Pública.

Ainda, por se tratar de um questionamento exatamente em relação à “carona” entre órgãos da administração estadual, o Acórdão estabeleceu que esses procedimentos, já que dentro da mesma esfera governamental, não maculariam o ordenamento uma vez que seria o próprio Estado do Paraná,

44 Disponível em <<http://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/acordao-11052014-do-tribunal-pleno/256424/area/10>>. Acesso em: ago. 2016.

em última análise o licitador.

Essas três consultas formam o panorama básico da questão da “carona” às atas de registro de preços segundo o TCE/PR. No entanto, é importante frisar que o Acórdão 986/11, oriundo do processo 13310/10 – também de consulta – entendeu pela impossibilidade da realização de “carona” por parte de Municípios a atas de registros de preços de quaisquer entes de administrativos da esfera Federal, Estadual ou Municipal.

Mesmo com a contundência da decisão, na assentada de sua discussão o quórum pela sua aprovação não teve a presença de quatro Conselheiros, de modo que se trata de uma consulta sem força normativa.

Entretanto, mesmo assim trata-se de um posicionamento que orienta as demais decisões do TCE/PR, haja vista o Acórdão 5.243/15⁴⁵, no processo 627392/14 de Representação da Lei 8.666/93, em que o precitado *decisum* recomenda que as *“futuras licitações sejam realizadas de acordo com os entendimentos exarados nos Acórdãos n.º 984/11, 986/11, 1344/11, e 1105/14, todos do Plenário deste Tribunal de Contas”*; ou seja, vedando a “carona” por parte de Municípios a qualquer ata de registro de preços, que não aquelas autorizadas pelo Acórdão 1.105/14. Da mesma forma o Acórdão 1.567/16 - Primeira Câmara⁴⁶ que fez remissão a todas as consultas.

Desta feita, em que pese este certo esmaecimento das proibições ao instituto do “carona”, de certa forma os outros Acórdãos ainda continuam deixando escassas as possibilidade de adesão às atas de registro de preços, mas não deixa de

45 Disponível em <<http://www1.tce.pr.gov.br/multimedia/2015/11/pdf/00285242.pdf>>. Acesso em: ago. 2016.

46 Disponível em <<http://www1.tce.pr.gov.br/multimedia/2016/4/pdf/00291621.pdf>>. Acesso em: ago. 2016.

ser um importante sinalizador do que pode ser a posição do TCE/PR no futuro acerca da adesão às atas de registro de preços.

4 CONCLUSÃO

É inegável que o instituto da “carona” nos registros de preços tornou-se um grande instrumento de prestígio da eficiência nas contratações públicas.

Paralelamente a isso, começou-se a ter – principalmente nos Tribunais de Contas – certa preocupação com os “rumos” dessas grandes adesões às atas de registro de preços já entabuladas entre alguns órgãos/entidades das administrações públicas.

Com isso, o grande questionamento às “caronas” passou a ser a sua completa aversão à legalidade, haja vista seu completo regramento via Decretos. Não por outra razão, surgiram leis autorizando as “caronas” para compras específicas, para casos explicitamente declinados nestes diplomas legislativos.

Assim, ficou ainda mais patente que o grande vício que acometeria as “caronas” a atas de registro de preços é a sua completa ausência de regramento legal.

Os Tribunais de Contas contrários às adesões a atas de registro de preços são categóricos em afirmar que o grande vício desse instrumento – entre tantos outros – é a sua regulamentação completamente ao arrepio da lei.

Em que pese alguns representantes da doutrina e alguns Tribunais de Contas sejam favoráveis à “carona”, sob o também contundente argumento da homenagem ao Princípio da Eficiência, o fato é que não se pode prestigiar qualquer instrumento criado, por mais eficiente que seja que não encontre

sua base em lei, conforme prega nossa Constituição.

Desta feita, mesmo que alguns Tribunais de Contas e doutrinadores defendam a possibilidade de adesão à ata de registro de preços, o confronto dos Princípios violados e prestigiados pela “carona” leva à inexorável conclusão de que somente mediante previsão legal, poder-se-ia cogitar da aplicação de tal instituto aos registros de preços.

Exatamente por isso, a grande maioria dos Tribunais de Contas e doutrinadores que se debruçaram sobre esta questão chegou a essa mesmíssima conclusão; de que a ausência de regramento legal abriria azo a possibilidade de mau uso do instrumento, desvirtuando-o completamente de sua essência: prestigiar a eficiência e a simplificação das contratações públicas nos registros de preços.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATALIBA, Geraldo. Decreto regulamentar no sistema brasileiro. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 2, p. 21-34, 1969.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. 864 p.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1, 965 p.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. 1.208 p.

GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. **Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos**. 2. ed. Belo Horizonte:

Fórum, 2013. 196 p.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. 991 p.

_____. **O sistema de registro de preços destinado ao regime diferenciado de contratações públicas**. Disponível em <http://www.justen.com.br/pdfs/IE61/IE61_Marcal_RDC.pdf>. Acesso em: set. 2015.

_____. **TCU restringe a utilização de “carona” no sistema de registro de preços**. Disponível em <<http://www.justen.com.br/informativo.php?&informativo=6&artigo=743&l=pt#>>>. Acesso em: set. 2015.

KRELL, Andreas J. **Leis de normas gerais, regulamentação do poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma federativa**. Belo Horizonte: Fórum. 2008. 154 p.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 11. ed. São Paulo: Método, 2007. 816 p.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. 1.057 p.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004. 863 p.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho; BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. **RDC: contratações para as copas e jogos olímpicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 385 p.

MUKAI, Toshio. **Registro de Preços em nível federal**. Inconstitucionalidade do art. 8º (Figura do “Carona”) do Decreto nº 3.931/2001. Possibilitação de cometimento de crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/93. Disponível em

<<http://www.governet.com.br/noticia.php?cod=1484>>. Acesso em: set. 2015.

NIEBUHR, Joel de Menezes. “Carona” em ata de registro de preços: atentado veemente aos princípios de direito administrativo. **ILC – Informativo de Licitações e Contratos**, Curitiba, n. 143, jan. 2006.

REIS, Paulo Sérgio Monteiro. O carona no sistema de registro de preços. **ILC – Informativo de Licitações e Contratos**, Curitiba, n. 167, jan. 2008.

LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES DIFERENCIADAS À LUZ DA LC Nº 123/06 COM AS ALTERAÇÕES DA LC Nº 147/14

GUIMARÃES, Edgar¹

1 INTRODUÇÃO

Após sanção do Chefe do Poder Executivo Federal, em 15 de dezembro de 2006 foi publicada a Lei Complementar nº 123/06 que institui o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

Objetivando materializar comandos constitucionais, notadamente aqueles contidos nos artigos 170, inciso IX e 179²,

1 Advogado; Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP; Professor nos cursos de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar, da Universidade Positivo, da UNIBRASIL e da PUC/PR; Consultor Jurídico (aposentado) do Tribunal de Contas do Estado do Paraná; Presidente do Instituto Paranaense de Direito Administrativo; Membro dos Institutos Brasileiro de Direito Administrativo, do Instituto dos Advogados do Paraná e do Conselho Científico do Instituto Romeu Felipe Bacellar. Árbitro da Câmara de Arbitragem e Mediação da FIEP/PR. Autor dos livros *Controle das Licitações Públicas, Contratação Direta: comentários às hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação; Responsabilidade da Administração Pública pelo desfazimento da licitação*. Coautor dos livros *Cenários do Direito Administrativo; Concurso Público e Constituição; Pregão Presencial e Eletrônico; Licitações e o estatuto da pequena e microempresa: reflexos práticos da LC nº 123/06; Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos; Comentários ao Sistema Legal Brasileiro de Licitações e Contratos Administrativos*.

2 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão

o legislador, dentre outras coisas, estabeleceu um regime tributário diferenciado, criou o Simples Nacional, sistema que implica no recolhimento mensal mediante documento único de arrecadação de alguns impostos, e ainda promoveu alterações nas licitações, prescrevendo benefícios a serem dispensados às micro e pequenas empresas.

Quanto ao âmbito de incidência da LC nº 123/06 e das entidades que estão submetidas ao regime jurídico que impacta as licitações (artigos 42 a 45 e 47 a 49), é preciso observar o contido em seu art. 1º, assim disposto:

Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece **normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios**, especialmente no que se refere:

(...)

III - ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à **preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão**. (destacamos)

É possível concluir que todas as pessoas políticas da federação estão sujeitas à observância da LC nº 123/06, vale dizer, a União, Estados-Membros, Municípios, Distrito Federal, os Poderes constitucionalmente instituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário), os Tribunais de Contas, Ministério

às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Público e os órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta.

O legislador complementar fixou prazo de um ano para que as empresas públicas, sociedades de economia mista e paraestatais, entidades que fazem parte da Administração Indireta, promovam ações visando a adaptação dos seus respectivos atos normativos ao disposto na LC nº 123/06 (art. 77, § 2º).

De outro giro, a LC nº 147/14 (DOU, 08/08/2014) trouxe significativas alterações na LC nº 123/06, uma delas dispendo acerca da ampliação do rol de beneficiários do tratamento diferenciado e favorecido³ para além da microempresa, empresa de pequeno porte, sociedade empresária, sociedade simples e empresa individual de responsabilidade limitada, incluindo como detentores dos mesmos direitos, o produtor rural pessoa física e o agricultor familiar.⁴

Cabe, desde logo, observação no sentido de que tanto as pessoas físicas quanto as jurídicas podem, uma vez preenchidos os necessários requisitos legais, receber o *status jurídico* de microempresa ou empresa de pequeno porte, gozando dos benefícios a elas inerentes.

Importa anotar ainda que, em 15 de junho de 2007, foi editada a Lei nº 11.488 estendendo o tratamento diferen-

3 Art. 3º- A. Aplica-se ao produtor rural pessoa física e ao agricultor familiar conceituado na Lei no 11.326, de 24 de julho de 2006, com situação regular na Previdência Social e no Município que tenham auferido receita bruta anual até o limite de que trata o inciso II do **caput** do art. 3º o disposto nos arts. 6º e 7º, nos Capítulos V a X, na Seção IV do Capítulo XI e no Capítulo XII desta Lei Complementar, ressalvadas as disposições da Lei nº 11.718, de 20 de junho de 2008. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

4 Para fins meramente didáticos, utilizaremos apenas a expressão “pequena empresa”, para se referir a todas as pessoas que gozam do tratamento jurídico diferenciado nas licitações conferido pela Lei Complementar nº 123/06.

ciado e favorecido às sociedades cooperativas que tenham auferido, no ano-calendário anterior, receita bruta até o limite definido no inciso II do *caput* do artigo 3º da LC nº 123/06 (R\$ 3.600.000,00), nela incluídos os atos cooperados e não cooperados.

Assim, ditas sociedades que atendam ao limite de receita bruta anual nos termos acima referidos têm direito aos mesmos benefícios outorgados às microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações, o que será mais um fator de extrema complexidade e merecedor de muita atenção por parte das entidades licitadoras.

Especificamente no tocante à disciplina jurídica das licitações, a tratativa desta matéria encontra-se consignada nos artigos 42 a 49 da mencionada LC. De uma análise sistemática de tais dispositivos, é possível constatar que ditas alterações resumem-se em três grandes categorias, quais sejam: **(i)** alteração na fase de habilitação (arts. 42 e 43), **(ii)** alteração no julgamento das propostas (arts. 44 e 45) e **(iii)** criação de licitações e contratações diferenciadas (arts. 47 a 49).

Outra disposição, distinta das acima mencionadas, pois indiretamente ligada às licitações e muito mais próxima da execução contratual, diz respeito à possibilidade da pequena empresa, titular de direitos creditórios decorrentes de empenhos liquidados por órgãos e entidades da União, Estados, Distrito Federal e Municípios e não pagos em até 30 (trinta) dias contados da data de liquidação, poder emitir cédula de crédito microempresarial, conforme disposição contida no art. 46 da Lei Complementar.

Nos termos do art. 88, a Lei Complementar nº 123 entrou em vigor na data de sua publicação (15/12/2006), res-

salvado o regime de tributação das pequenas empresas que passou a vigorar a partir de 1º de julho de 2007.

Acerca da vigência e aplicação deste Diploma Legal, as normas consignadas nos artigos 42 a 45 são de eficácia plena e imediata, ou seja, encontram-se produzindo efeitos no mundo jurídico desde a publicação da LC nº 123/06 (DOU, de 15/12/2006). Sendo assim, por ocasião da instauração, processamento e julgamento de licitações promovidas a partir da sua publicidade, todas as entidades da Administração Pública, de qualquer esfera governamental, estão obrigadas a prestar total obediência a tais dispositivos.

A implementação das prerrogativas conferidas às pequenas empresas estabelecidas nos artigos 42 a 45 há de ser respeitada e disciplinada pela Administração Pública que deverá prever, em seus instrumentos convocatórios, os benefícios outorgados pela lei a esta categoria jurídica de licitantes.

Situação diversa aponta para as disposições dos artigos 46, 47, 48 e 49 da LC nº 123/06 que tratam, na verdade, de normas de eficácia contida, dependente de regulamentação advinda do Poder Executivo. No que toca às licitações diferenciadas (arts. 47 a 49), no ambiente federal a questão foi resolvida, pois, em 05/09/2007, a União editou o Decreto nº 6.204 regulamentando a matéria.

Ainda no plano da eficácia, é preciso assentar que, em 2014, a LC nº 123/06 sofreu significativas alterações promovidas pela LC nº 147/14, e uma delas dispendo que, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à pequena empresa, aplica-se a legislação federal.⁵

5 Art. 47. (...) Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de

Em 2015, mais precisamente em 06 de outubro, nasce um novo panorama jurídico com advento do Decreto Federal nº 8.538 que, ao revogar o Decreto 6.204, introduziu inovações no tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte.

Desta forma, ainda que determinadas pessoas físicas integrantes da federação não tenham regulamentado as licitações diferenciadas (arts. 47 a 49 da LC nº 123/06), esta omissão não impede a aplicação das respectivas regras visando favorecer as pequenas empresas nas contratações públicas realizadas nestas órbitas federativas.

2 LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES DIFERENCIADAS

As licitações e contratações diferenciadas encontram a respectiva disciplina jurídica nos artigos 47, 48 e 49 da LC nº 123/06 que adiante serão objeto de nossa análise e breves comentários.

Primeiramente, cumpre destacar, uma vez mais, a presença das normas constitucionais antes invocadas (art. 170, IX, e art. 179), despontando com vigor ao criar outro bloco de privilégios legais às pequenas empresas. É o que se subtrai, desde logo, da prescrição do artigo 47 da LC nº 123/06, assim disposto:

Art. 47. **Nas contratações públicas** da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, **deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado** para as microempresas e empresas de pequeno

pequeno porte, aplica-se a legislação federal. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014) (destacamos)

A leitura do dispositivo em questão não suscita qualquer dúvida, pois claramente estabelece à Administração Pública um dever legal de dispensar um *tratamento diferenciado e simplificado às pequenas empresas*, afastando assim qualquer faculdade ou juízo subjetivo de valor.

Desta forma, a materialização dos comandos constitucionais que pretendeu regulamentar (art. 170, IX e art. 179) se dará com a efetiva conduta comissiva da Administração Pública. Se a Administração, ao contrário, omitir-se, não colocando em prática o mencionado regime diferenciado, obstaculiza-se a própria estrutura constitucional.

Não há dúvida de que há dever legal na aplicação do tratamento diferenciado e simplificado às pequenas empresas (arts. 47, 48, e 49 da LC nº 123/06). Todavia, consoante nossa afirmação anterior, tais disposições não são autoaplicáveis, sendo necessária a edição de lei tratando das especificidades que norteiam a matéria em cada uma das órbitas federativas.

Neste particular aspecto, comungamos da opinião de Marçal Justen Filho⁶ que encampa a teoria segundo a qual a norma é dependente de regulação formal — pelo fato de haver no artigo 48 temas reservados a tratamento legislativo

6 JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**: comentários aos artigos da Lei Complementar n. 123 atinentes a licitações públicas. São Paulo: Dialética, 2007. p. 77.

(lei). É o caso, por exemplo, do § 2º do artigo 48⁷ que cuida de uma só vez de matéria que resvala no domínio tributário, financeiro e fiscal.

Outros dois argumentos que robustecem a tese da necessidade da edição de um regulamento residem no fato de que o § 1º, do artigo 77 (LC nº 123/06) estabelece prazo para que sejam editadas leis e demais atos propiciadores do tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido e, ainda, o parágrafo único do artigo 47 (LC nº 123/06) dispõe que enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à pequena empresa, aplica-se a legislação federal.

A União, conforme já noticiamos anteriormente, entendeu por bem editar o Decreto nº 6.204/2007, que foi revogado pelo Decreto nº 8.538/2015. Verifica-se assim que este ente da federação optou por fazer uso do *decreto* para regulamentar a matéria.

Do *caput* do art. 47 da LC nº 123/06, depreende-se que, nas contratações da administração pública, a concessão do tratamento diferenciado e simplificado para as pequenas empresas tem por finalidade: **(i)** a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional⁸;

7 Art. 48. (...) § 2º Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.

8 Nos termos do Decreto 8.538/15, considera-se âmbito local os limites geográficos do Município onde será executado o objeto da contratação; âmbito regional os limites geográficos do Estado ou da região metropolitana, que podem envolver mesorregiões ou microrregiões, conforme definido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Admite-se a adoção de outro critério de definição de âmbito local e regional, justificadamente, em edital, desde que previsto em regulamento específico do órgão ou entidade contratante e que promova o desenvolvimento eco-

(ii) a ampliação da eficiência das políticas públicas e (iii) o incentivo à inovação tecnológica.

Visando a concretização de tais diretrizes, o art. 48 da LC nº 123/06 prescreve:

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte; (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

Das prescrições legais acima, é possível concluir pela existência das seguintes espécies de licitações e contratações diferenciadas, a saber: (i) licitações exclusivas às pequenas empresas; (ii) licitações com subcontratação compulsória de pequena empresa e; (iii) licitações com reserva de cota para pequena empresa.

nômico e social no âmbito municipal e regional, amplie a eficiência das políticas públicas e incentive à inovação tecnológica.

3 LICITAÇÕES EXCLUSIVAS ÀS PEQUENAS EMPRESAS

O inciso I do art. 48 da LC nº 123/06 prevê que, para cumprimento das diretrizes do art. 47, a Administração Pública **deverá** instaurar processo licitatório destinado à participação exclusiva de pequenas empresas nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

É possível destacar que, preenchido o requisito legal que diz respeito ao valor de referência e inexistindo qualquer circunstância ou fato impeditivo consoante as exceções previstas no art. 49 da LC nº 123/06 adiante analisadas, a instauração de licitação exclusiva é obrigatória, não incidindo, portanto, qualquer discricionariedade atribuída ao administrador público.

Quanto ao valor de referência (R\$ 80.000,00), a norma não deixa dúvidas de que devem ser considerados os itens ou lotes que eventualmente compõem a licitação. Em outras palavras, se em determinado certame licitatório um ou mais lotes totalizarem individualmente R\$ 80.000,00, em cada um deles só poderá haver a participação de pequenas empresas, desprezando-se, neste caso, a somatória total dos lotes. Assim, em termos práticos, é possível que em uma mesma licitação tenhamos lotes com a participação exclusiva de pequenas empresas e outros abertos a qualquer licitante, independentemente do seu *status jurídico* (pequeno ou grande).

A fim de que a norma encartada no dispositivo sob análise não se torne letra morta, inviabilizando a sua aplicação, sempre que possível, mediante prévia análise do ponto de vista técnico e econômico e desde que não haja prejuízo ao interesse público, a entidade licitadora deve dividir o objeto em lotes ou itens menores, de modo que o valor de cada um deles se

enquadre no limite de R\$ 80.000,00 propiciando, desta forma, uma adequada aplicação da lei.

Ainda no tocante ao valor de referência, nas licitações que contemplem por objeto a contratação de serviços de natureza contínua, a Administração Pública deve levar em conta o prazo total de vigência destes contratos, computando-se as eventuais prorrogações até o limite legal (60 meses). Desta forma, se por exemplo, o valor estimado para a contratação de um serviço de limpeza para 12 (doze) meses importar em R\$ 70.000,00 e houver a previsão editalícia para sucessivas prorrogações até 60 meses, não se cogita, neste caso, da instauração de licitação exclusiva às pequenas empresas.

4 LICITAÇÕES COM SUBCONTRATAÇÃO COMPULSÓRIA DE PEQUENA EMPRESA

A outra espécie de licitação diferenciada diz respeito à subcontratação de pequena empresa como exigência a ser imposta à vencedora da licitação que não ostente esta qualificação jurídica, ou seja, que se trate de uma grande empresa.

Nos termos da exata dicção legal, temos a seguinte disposição:

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

(...)

II - **poderá**, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de **obras e serviços, exigir** dos licitantes a **subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte**; (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014) (destacamos)

De seu turno, o Decreto Federal 8.538/15 assim estabelece:

Art. 7º Nas licitações para contratação de **serviços e obras**, os órgãos e as entidades contratantes **poderão** estabelecer, nos instrumentos convocatórios, a exigência de **subcontratação de microempresas ou empresas de pequeno porte, sob pena de rescisão contratual, sem prejuízo das sanções legais, determinando:**
I - o **percentual mínimo** a ser subcontratado e o **percentual máximo admitido**, a serem estabelecidos no edital, sendo **vedada a sub-rogação completa ou da parcela principal** da contratação; (destacamos)

Diferentemente da hipótese analisada no tópico anterior (licitações exclusivas às pequenas empresas), nesta o legislador complementar outorga ao administrador público um *poder discricionário*. Assim, em se tratando de uma licitação cujo objeto seja obra ou serviço de engenharia, o edital **poderá** (ou não) prever cláusula determinando que a grande empresa, se vencedora da competição, subcontrate uma pequena empresa. Afasta-se esta possibilidade para certames voltados ao *fornecimento de bens*, exceto quando estiver vinculado à prestação de serviços acessórios, nos termos do disposto no § 2º, do art. 7º do Decreto Federal 8.538/15.

O tema da *subcontratação* em licitações e contratos administrativos não é novo. Sua disciplina muito pobre, diga-se de passagem, pois tratada em um único dispositivo, está prevista no artigo 72 da Lei nº 8.666/93 nos seguintes termos:

Art. 72. O **contratado**, na execução do

contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, **poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido**, em cada caso, pela Administração. (destacamos)

Tanto a lei de licitações quanto a LC nº 123/06⁹ não fixam um limite para a subcontratação, o que não significa a possibilidade de utilização desta figura de forma desmedida. Na hipótese de haver a opção administrativa pela subcontratação de pequena empresa, o regulamento federal apenas dispõe que o edital deverá fixar um *limite mínimo* e um *máximo*, vedando a sub-rogação completa ou da parcela principal.

A subcontratação não poderá ser *total*, muito menos recair sobre a *parcela principal* do contrato. Entendemos como parcela principal aquilo que denominamos de “*núcleo duro*” do objeto do contrato.

Ocorre que, na fase preparatória de uma licitação, a entidade licitadora deve eleger as parcelas de maior relevância técnica e valor significativo do objeto a ser posto em competição (art. 30, § 1º, inc. I da Lei nº 8.666/93) e, em face destas parcelas, fixar as exigências de qualificação técnica. Não faria sentido, portanto, um licitante passar pelo crivo da habilitação técnica e, posteriormente, este mesmo licitante transferir exatamente as parcelas de maior relevância técnica para um terceiro (subcontratado) executá-las¹⁰. Assim, entendemos que este “*núcleo duro*”, ou *parcela principal da contratação*, não

9 Na redação anterior da LC nº 123/06, que foi alterada pela LC nº 147/14, o limite máximo para subcontratação era de 30% do total licitado.

10 Esta é uma das vedações expressas do Decreto Federal nº 8.538/15, que assim dispõe: Art. 7º (...).§ 6º **São vedadas**: I - a **subcontratação das parcelas de maior relevância técnica**, assim definidas no instrumento convocatório; (destacamos)

pode ser subcontratado.

Também é vedada a subcontratação de pequenas empresas que estejam participando da licitação, bem como daquelas que tenham um ou mais sócios em comum com a empresa contratante. Ainda nos termos do decreto regulamentador,¹¹ não será aplicável esta figura quando o licitante for uma pequena empresa, consórcio composto em sua totalidade por microempresas e empresas de pequeno porte, respeitado o disposto no art. 33 da Lei nº 8.666/93, ou consórcio composto parcialmente por microempresas ou empresas de pequeno porte com participação igual ou superior ao percentual exigido de subcontratação.

Se o caso concreto não se subsumir a nenhuma das vedações e, em face da opção administrativa, houver a implementação da subcontratação, a grande empresa deverá indicar e qualificar a pequena empresa a ser subcontratada, especificando os bens, serviços e respectivos valores que serão por ela executados.

Quanto à escolha da pessoa a ser subcontratada, há que se esclarecer que isso competirá exclusivamente ao contratado. É dizer, apesar de a Administração Pública exigir a subcontratação de uma pequena empresa, essa escolha não é de sua responsabilidade, eis que, caso contrário, a própria entidade licitadora o faria. Assim, a promotora da licitação pode exigir a subcontratação de pequena empresa no instrumento convocatório, mas por ela não se compromete, muito menos se responsabiliza.

A propósito dos documentos da subcontratada, em que pese o Decreto Federal nº 8.538/15 determinar que a peque-

11 Decreto Federal nº 8.538/15, art. 7º, § 1º e incisos.

na empresa, na fase de habilitação e ao longo do contrato, deverá apresentar apenas a regularidade fiscal¹², aplicando-se a ela, inclusive, o benefício da *habilitação fiscal tardia* (LC nº 123/06, art. 43, § 1º), nos termos da posição externada pelo Tribunal de Contas da União¹³, caberá exigir também a regularidade jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal, proporcionais, por óbvio, à parcela do objeto a ser assumida.

Na figura clássica da subcontratação prevista no art. 72 da Lei nº 8.666/93, a responsabilidade pela perfeita execução contratual é única e exclusivamente da contratada, assim como todos os pagamentos são a ela efetuados. Não há, portanto, nenhuma espécie de liame jurídico entre a entidade contratante e a pessoa subcontratada.

Todavia, o cenário acima mencionado foi ligeiramente alterado em razão de que o Decreto Federal nº 8.538/15 (art. 7º, § 5º)¹⁴ impõe que os empenhos e pagamentos sejam destinados diretamente à pequena empresa subcontratada. Salientamos que a LC nº 123/06 prevê uma possibilidade que se traduz em faculdade (art. 48, inc. II, § 2º)¹⁵, pois o legis-

12 Art. 7º, inc. 3º.

13 BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos**: orientações e jurisprudência do TCU. 4. ed. Brasília, 2010. p. 791.

14 Art. 7º Nas licitações para contratação de serviços e obras, os órgãos e as entidades contratantes poderão estabelecer, nos instrumentos convocatórios, a exigência de subcontratação de microempresas ou empresas de pequeno porte, sob pena de rescisão contratual, sem prejuízo das sanções legais, determinando: (...) § 5º Os empenhos e pagamentos referentes às parcelas subcontratadas **serão** destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas. (destacamos)

15 Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: (...) II - poderá, em relação aos processos

lador complementar utiliza o vocábulo “poderão”, o mesmo não ocorrendo no plano regulamentar, tendo em vista que a Presidente da República, no Decreto Federal nº 8.538/15, ao empregar o verbo “*ser*” na sua forma imperativa “*serão*”, determinou que os empenhos e pagamentos sejam destinados diretamente à pequena empresa subcontratada.

Assim, em face da disposição regulamentar no âmbito federal, ocorrendo a subcontratação nos termos aqui delineados, todos os empenhos e pagamentos deverão ser realizados diretamente à subcontratada, o que pode ensejar a seguinte dificuldade no plano prático: como empenhar e efetuar um pagamento a uma subcontratada sem qualquer espécie de vínculo contratual? Parece-nos que a solução mais adequada é incluir a pequena empresa subcontratada no instrumento de contrato a ser celebrado com a licitante vencedora da competição (a grande empresa), especificando, detalhadamente, as parcelas do objeto sob a responsabilidade de cada uma.

5 LICITAÇÃO COM RESERVA DE COTA PARA PEQUENAS EMPRESAS

A terceira e última espécie de licitação diferenciada encontra previsão legal no inc. III, do art. 48 da LC nº 123/06. Vejamos:

Art. 48. **Para o cumprimento do disposto no art. 47** desta Lei Complementar, **a**

licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte; (...) § 2º Na hipótese do inciso II do **caput** deste artigo, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública **poderão** ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas. (destacamos)

administração pública: (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014) (...)

III - **deverá estabelecer**, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, **cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte**. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014) (destacamos)

No plano regulamentar, o Decreto Federal nº 8.538/15 tratou da matéria de forma semelhante à lei, assim prescrevendo:

Art. 8º **Nas licitações** para a aquisição de bens de natureza divisível, e **desde que não haja prejuízo para o conjunto ou o complexo do objeto**, os órgãos e as entidades contratantes **deverão reservar cota de até vinte e cinco por cento do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte**. (destacamos)

De uma interpretação sistemática dos dispositivos transcritos é possível subtrair, desde logo, as primeiras conclusões acerca da aplicabilidade da norma. Resta claro que a instauração de uma licitação com uma *cota reservada* à participação de pequenas empresas é uma imposição, em outras palavras, um *dever* imposto à entidade licitadora sempre que o objeto colocado em competição seja um bem¹⁶ de natureza divisível e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou do seu complexo.

Com a fragmentação do objeto separando-se uma par-

16 A licitação com reserva de cota é voltada apenas para aquisição de *bens*, não se aplicando na hipótese de contratação de *serviços*.

te de até 25%, a norma visa criar um ambiente propício e favorável às pequenas empresas, ampliando assim o acesso às contratações públicas para esta categoria de licitantes nem sempre presente em face das exigências de habilitação - especialmente as de ordem técnica e econômica - em certames que contemplam objetos vultosos.

Cabe salientar que, nesta espécie de licitação diferenciada, todo e qualquer licitante que atenda às exigências do edital poderá participar, seja *grande* ou *pequeno*. Não se trata de uma licitação com participação exclusiva de pequenas empresas. A exclusividade, neste caso, encontra lugar apenas na cota *reservada* de até 25%. Assim, somente os licitantes qualificados como pequenos é que poderão competir nesta fração do objeto, não havendo impedimento que disputem em igualdade de condições com os grandes, a cota *principal*, ou seja, os outros 75%.¹⁷

Da premissa fixada é forçoso concluir que, se um bem a ser licitado é de natureza divisível com valor total estimado de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)¹⁸, caberá a instauração de uma licitação com participação exclusiva de pequena empresa (art. 48, inc. I da LC nº 123/06). Por outro lado, se o mesmo bem consignar valor estimado superior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), deverá ocorrer o seu fracionamento em duas cotas, uma de até 25% reservada às pequenas empresas e

17 Nos termos do que dispõe o § 1º, do art. 8º, do Decreto Federal nº 8.538/15 na licitação com reserva de cota não há vedação para a contratação das microempresas ou das empresas de pequeno porte na totalidade do objeto.

18 Não se aplica o benefício da licitação com reserva de cota, quando os itens ou lotes de uma licitação possuírem valor estimado de até R\$ 80.000,00, sendo cabível, nesta hipótese, a instauração de uma licitação exclusiva às pequenas empresas, na forma do inc. I, do art. 48, da LC nº 123/06.

outra principal de 75% do total a ser posto em competição.

Todavia, a aplicação destes dispositivos legais sob análise deve ser pautada por uma interpretação sistêmica da ordem jurídica que regula a matéria. Explicando melhor. Suponha-se um bem divisível com valor estimado de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). O aplicador mais afoito poderia optar pela instauração de uma licitação reservando uma cota de R\$ 250.000,00 (25%) para as pequenas empresas e outra cota principal de R\$ 750.000,00 para qualquer categoria de licitante. Entendemos que a aplicação da regra nestes termos é equivocada, pois se faz necessário conjugar o inc. III, do art. 48 da LC nº 123/06 (*licitação com reserva de cota*) com o inc. I do mesmo artigo (*licitação exclusiva*). Deste temperamento, concluímos que a cota reservada à pequena empresa não pode ultrapassar R\$ 80.000,00, ainda que o total a ser licitado importe em R\$ 1.000.000,00. Assim, teríamos cota *reserva* às pequenas empresas no valor R\$ 80.000,00 e cota *principal* de R\$ 920.000,00 aberta a qualquer licitante.

Neste sentido é o pensamento de Joel de Menezes Niebuhr¹⁹, assim encontrado:

O que se defende é que o limite de 25% do objeto da licitação, que forma a cota reservada prevista no inc. III do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06, deve ser limitado e definido de modo proporcional a R\$ 80.000,00, que é o limite da licitação exclusiva para microempresas e empresas de pequeno porte.

19 NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação com cota reservada para microempresas e empresas de pequeno porte. **ILC – Informativo de licitações e contratos**, Curitiba, n. 264. p. 148, fev. 2016.

Outro ponto merecedor de destaque diz respeito à licitação cujo objeto é dividido em *itens* ou *lotes*. Neste caso, considerando que os *itens* ou *lotes* constituem parcelas *autônomas* e *independentes* de um mesmo processo licitatório, a *cota reservada* de até 25% deve ser calculada sobre o valor de cada *item/lote* que superar os R\$ 80.000,00. De outro giro, se o valor de um *item* ou *lote* for igual ou inferior a R\$ 80.000,00, nesta parte do objeto haverá a participação exclusiva de pequenas empresas.²⁰

Havendo a instauração desta espécie de licitação diferenciada, os licitantes qualificados como pequenos poderão, se assim desejarem, apresentar dois preços, um para a *cota reserva* e outro para a *cota principal*, inexistindo a necessidade de serem absolutamente iguais.

Considerando que num certame licitatório com esta configuração, objeto dividido em duas *cotas* (*reservada* e *principal*), ocorra a participação de grandes e pequenas empresas, as grandes disputando apenas a fração principal e as pequenas as duas, *reservada* e *principal*, existe a possibilidade de haver dois vencedores na mesma licitação (um na *cota principal* e outro na *reservada*), inclusive com preços distintos para o mesmo objeto licitado, sem que tal situação possa caracterizar qualquer ilegalidade.

O regulamento federal ainda prescreve que, se não houver vencedor na *cota reservada*, a entidade licitadora poderá adjudicá-la ao ganhador da *cota principal* ou, diante da

20 Esta, a propósito, é a dicção do inc. I, do art. 9º, do Decreto Federal nº 8.538/15. Art. 9º Para aplicação dos benefícios previstos nos arts. 6º a 8º: I - será considerado, para efeitos dos limites de valor estabelecidos, cada item separadamente ou, nas licitações por preço global, o valor estimado para o grupo ou o lote da licitação que deve ser considerado como um único item; (destacamos)

sua recusa, aos licitantes remanescentes na ordem de classificação, desde que pratiquem o mesmo preço do primeiro colocado da *cota principal*.²¹ Na esteira da classificação e contratação nos termos do decreto, se a mesma licitante vencer a *cota reservada* e a *principal* com preços distintos, a contratação deverá ocorrer pelo menor preço.

Ainda, se a competição tiver por finalidade instituir Sistema de Registro de Preços ou objetivar entregas parceladas, o instrumento convocatório deverá prever cláusula estabelecendo prioridade de contratação da pequena empresa vencedora da *cota reservada*, ressalvados os casos justificados em que esta cota se torne inadequada para atender as quantidades ou as condições do pedido.

Nota-se que o regulamento, em seu § 4º, art. 8º, utilizou o vocábulo “*deverá*”, ou seja, a fim de que a norma seja efetivamente cumprida e, especialmente, que sua finalidade seja atingida, entendemos que há uma obrigação imposta ao administrador público de proceder na forma ali prescrita.

Não havendo um motivo que justifique a inadequação, a entidade contratante estará obrigada a dar preferência à aquisição dos bens constantes da *cota reservada*, ainda que o preço seja superior ao *da principal*, atingindo, desta forma, a finalidade da lei que é, em última análise, respeitar e fazer valer os mandamentos constitucionais que estabelecem o tratamento favorecido às pequenas empresas.

6 INAPLICABILIDADE DAS DISPOSIÇÕES DOS ARTS. 47 E 48 DA LC Nº 123/06

Desenhado o quadro dentro do qual despontam com

21 Decreto Federal nº 8.538/15, art. 8º, § 2º.

vigor o bloco de licitações diferenciadas que materializam as normas constitucionais insculpidas no art. 170, IX, e art. 179, cabe prosseguir na análise de alguns dispositivos que afastam a incidência dos benefícios e do tratamento favorecido às pequenas empresas.

É o que se passa no art. 49 da LC nº 123/06, cuja transcrição é de rigor:

Art. 49. **Não se aplica** o disposto nos arts. **47 e 48** desta Lei Complementar **quando**:

I - (Revogado);

II - **não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente** e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III - **o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo** ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

IV - **a licitação for dispensável ou inexigível**, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, **excepcionalmente as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei**, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014) (destacamos)

De seu turno, o regulamento federal foi além, acrescentando uma hipótese de inaplicabilidade dos arts. 47 e 48

da LC nº 123/06 ao prescrever que:

Art. 10. **Não se aplica** o disposto nos art. 6º ao art. 8º **quando**:

(...)

IV - **o tratamento diferenciado e simplificado não for capaz de alcançar**, justificadamente, **pelo menos um dos objetivos** previstos no art. 1º. (destacamos)

Afastando assim as diretrizes dos artigos 47 e 48, estabeleceu-se a inaplicabilidade respectiva quando — **primeira hipótese** — não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório.

Ao se interpretar o inc. II do art. 49, poderá o aplicador ser conduzido a uma dúvida inicial. No tocante a necessidade de existir *três fornecedores competitivos* qualificados como pequenas empresas, muitas questões operacionais poderão surgir, como é o caso de eventual número mínimo de participantes efetivos no certame (três), o que não nos parece ser a melhor dicção da norma. Não há, a nosso ver, a imposição da lei no sentido de que a licitação conte, obrigatoriamente, com a participação ativa de, no mínimo, 3 (três) competidores.

Para que a força normativa dos arts. 47 e 48 da LC nº 123/06 possa ser afastada validamente, necessário se faz apenas a demonstração de que inexistem 03 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório sediados local ou regionalmente. É preciso chamar a atenção para o fato de que não basta

existir no mercado local ou regional 03 (três) pequenas empresas. A lei exige mais do que isso, que estas 3 (três) atendam às condições impostas pela entidade licitadora.

Outras questões causadoras de inquietações e debates são: *(i) como comprovar se há ou não 3 (três) pequenas empresas capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório? e; (ii) qual o conceito de “mercado local” e “regional”?*

O Estatuto das micro e pequenas empresas não cuidou de estabelecer uma fórmula para se comprovar a existência de 3 (três) fornecedores com capacidade para atender determinada necessidade pública. A solução que nos parece razoável, e talvez a única, seria a entidade promotora da licitação se valer de dados cadastrais, por meio dos quais seja possível identificar a existência de potenciais particulares qualificados como pequenas empresas e com capacidade para atender ao chamamento público.

Outrossim, inobstante o fato de a LC nº 123/06 ter silenciado quanto ao conceito de “mercado local” e “regional”, o regulamento federal não passou ao largo desta questão, ao dispor que:

Art. 1º (...)

§ 2º Para efeitos deste Decreto, considera-se:

I - **âmbito local** - limites geográficos do Município onde será executado o objeto da contratação;

II - **âmbito regional** - limites geográficos do Estado ou da região metropolitana, que podem envolver mesorregiões ou microrregiões, conforme definido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE; e (...)

§ 3º Admite-se a adoção de outro critério de definição de âmbito local e regional, justificadamente, em edital, desde que previsto em regulamento específico do órgão ou entidade contratante e que atenda aos objetivos previstos no art. 1º. (destacamos)

Para definir “*âmbito local*” e “*âmbito regional*”, o decreto levou em conta os limites geográficos dos Municípios, dos Estados e das regiões metropolitanas, não se constituindo, todavia, em conceitos fechados, pois, consoante disposição do § 3º acima transcrito, o regulamento de outra pessoa política da federação poderá, por exemplo, estabelecer como “*âmbito regional*” a região sul (Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul), desde que, com isso, não deixe de promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito local e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

A *segunda hipótese* de inaplicabilidade de qualquer das espécies de licitação diferenciada é a do inc. III, do art. 49. Quando o tratamento diferenciado e simplificado outorgado às pequenas empresas, justificadamente, *não for vantajoso* ou *representar prejuízo* ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado, as regras dos arts. 47 e 48 são afastadas.

Consoante disposição regulamentar²² considera-se “*não vantajosa*” uma licitação diferenciada quando “*resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência; ou a natureza do bem, serviço ou obra for incompatível com a aplicação dos benefícios.*” Justificar que a natureza do bem, serviço ou obra é incompatível com a licitação diferenciada não é tarefa das mais

²² Decreto Federal nº 8.538/15, art. 10, parágrafo único.

difíceis, dependente, no nosso sentir, de um parecer técnico ou jurídico, conforme o caso, contendo robustos motivos.

Todavia, o tratamento dado pelo decreto federal à “*não vantajosidade*” é esdrúxulo pois, para “*resultar em preço superior ao valor estabelecido*” o que caracterizaria a “*desvantagem*”, seria preciso instaurar uma licitação diferenciada, julgá-la e, se ao final o menor preço ofertado nesta competição for superior ao de referência, a única solução seria a anulação da licitação iniciando-se outra competição comum, sem o tratamento favorecido às pequenas empresas, o que, convenhamos, seria um verdadeiro despautério.

Como terceira hipótese de afastamento da licitação diferenciada, temos os casos de dispensa ou *inexigibilidade*, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666/93, excetuando-se as dispensas em razão do baixo valor (art. 24, incs. I e II). As contratações dispensáveis na forma dos incs. I e II do art. 24 da Lei nº 8.666/93, devem ser realizadas *preferencialmente* com pequenas empresas, aplicando-se a regra da *licitação exclusiva* (art. 48, inc. I da LC nº 123/06). Não se trata de instaurar uma *licitação exclusiva* às pequenas empresas para objetos de baixo valor (R\$ 15.000,00 art. 24, inc. I e R\$ 8.000,00 art. 24, inc. II), pois a lei geral autoriza o afastamento da licitação justamente pelo fato de que os custos que envolvem um certame superam o valor do objeto que se pretende contratar.

Considerando que a Lei nº 8.666/93 disciplina as hipóteses de licitação dispensável e, especificamente, no tocante ao disposto nos incs. I e II, do art. 24, que possibilitam a contratação direta tendo como fundamento uma relação de *custo x benefício*, não há sentido lógico-jurídico para se instaurar uma *licitação exclusiva* às pequenas empresas objeti-

vando alcançar um contrato de baixo valor (R\$ 15.000,00 ou R\$ 8.000,00). Defender esta ideia seria afrontar os princípios jurídicos mais mezinhos das licitações, tais como, o da *eficiência* e da *economicidade*.

Sustentamos que, havendo uma dispensa de licitação com fundamento nos incs. I e II do art. 24 da Lei nº 8.666/93, independente de eventuais orçamentos informais que possam ser obtidos no mercado para justificar o preço, o benefício *impõe* que a contratação ocorra com pequenas empresas. É o que deve se passar, por exemplo, com a instauração de uma cotação eletrônica de preços na forma prevista pela Portaria nº 306/2001 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Para sustentar nosso posicionamento é preciso, mais uma vez, chamar a atenção para a importância da interpretação sistemática da ordem jurídica regedora da matéria. Nesta linha de pensar, cabe transcrever dispositivo do Decreto Federal nº 8.538/15 que, no nosso entender, aponta para o caminho a ser trilhado. Vejamos:

Art. 10. Não se aplica o disposto nos art. 6º ao art. 8º quando:

I - não houver o mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

II - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e as empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou ao complexo do objeto a ser contratado, justificadamente;

III - **a licitação for dispensável ou ine-**

xigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 1993, **excetuadas as dispensas tratadas pelos incisos I e II do caput do referido art. 24**, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente por microempresas e empresas de pequeno porte, **observados, no que couber, os incisos I, II e IV do caput deste artigo**; ou IV - o tratamento diferenciado e simplificado não for capaz de alcançar, justificadamente, pelo menos um dos objetivos previstos no art. 1º. (destacamos)

Subtraímos da parte final do inc. III acima a nítida possibilidade de não favorecer a pequena empresa quando o caso concreto se subsumir a uma das hipóteses previstas nos incisos I, II e IV do *caput* do art. 10 do regulamento federal.

Entendemos que este *dever* de contratar diretamente uma pequena empresa, se caracterizada uma das hipóteses de dispensa em razão do baixo valor, apenas restará afastado quando, justificadamente, estiver presente alguma das exceções à regra do tratamento diferenciado e favorecido dispostas em lei (LC nº 123/06) ou no regulamento federal (Decreto 8.538/15).

7 MARGEM DE PREFERÊNCIA DE 10% PARA AS PEQUENAS EMPRESAS SEDIADAS LOCAL E REGIONALMENTE

Com o advento da LC nº 147/14, foi incluído no ordenamento jurídico um novo benefício material às pequenas empresas. Isso se deu em razão do surgimento de um § 3º acrescido ao art. 48, da LC nº 123/06, nestes termos prescritos:

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

(...)

§ 3º **Os benefícios referidos no caput deste artigo poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido.** (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014) (destacamos)

Num primeiro momento, a nova regra pode soar um tanto quanto estranha, mas se adotarmos uma visão macro da legislação, direcionada especialmente para as políticas públicas que devem ser implementadas visando o desenvolvimento local e regional, será possível visualizar o procedimento a ser adotado para que a finalidade legal possa ser atingida.

Assim, a fim de promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, ampliar a eficiência das políticas públicas e incentivar a inovação tecnológica, este novo benefício somente pode ser outorgado às pequenas empresas nas *licitações exclusivas* e *com reserva de cota*. Não há possibilidade jurídica de ser implementado nas *licitações com subcontratação compulsória de pequena empresa* (art. 48, inc. II da LC nº 123/06), em razão de que em certames desta natureza o preço é apresentado pela grande empresa, incluído aí, os valores que serão destinados à subcontratada.

A entidade licitadora, desde que previsto no edital do certame, *poderá*, estabelecer uma preferência à licitante qualificada como *pequena e sediada local ou regionalmente*, des-

de que o preço por ela ofertado não seja superior a 10% (dez por cento) do melhor preço válido.

Ainda no tocante a esta nova regra, cabe chamar a atenção para a disposição do Decreto Federal nº 8.538/15, nestes termos encontrados:

Art. 9º **Para aplicação dos benefícios previstos nos arts. 6º a 8º:**

I - será considerado, para efeitos dos limites de valor estabelecidos, cada item separadamente ou, nas licitações por preço global, o valor estimado para o grupo ou o lote da licitação que deve ser considerado como um único item; e;

II - **poderá ser concedida, justificadamente, prioridade de contratação de microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de dez por cento do melhor preço válido, nos seguintes termos:**

a) aplica-se o disposto neste inciso nas situações em que as ofertas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente sejam iguais ou até dez por cento superiores ao menor preço;

b) **a microempresa ou a empresa de pequeno porte sediada local ou regionalmente melhor classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora da licitação, situação em que será adjudicado o objeto em seu favor;**

c) na hipótese da não contratação da microempresa ou da empresa de pequeno porte sediada local ou regionalmente com base na alínea “b”, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na situação da alínea “a”, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo

direito;

d) no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta;

e) nas licitações a que se refere o art. 8º, a prioridade será aplicada apenas na cota reservada para contratação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte;

f) nas licitações com exigência de subcontratação, a prioridade de contratação prevista neste inciso somente será aplicada se o licitante for microempresa ou empresa de pequeno porte sediada local ou regionalmente ou for um consórcio ou uma sociedade de propósito específico formada exclusivamente por microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente;

g) quando houver propostas beneficiadas com as margens de preferência para produto nacional em relação ao produto estrangeiro previsto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, a prioridade de contratação prevista neste artigo será aplicada exclusivamente entre as propostas que fizerem jus às margens de preferência, de acordo com os Decretos de aplicação das margens de preferência, observado o limite de vinte e cinco por cento estabelecido pela Lei nº 8.666, de 1993; e

h) a aplicação do benefício previsto neste inciso e do percentual da prioridade adotado, limitado a dez por cento, deverá ser motivada, nos termos dos arts. 47 e 48, § 3º, da Lei Complementar nº 123, de 2006. (destacamos)

É facilmente perceptível que o decreto, ao regulamentar a matéria, foi além das disposições constantes da LC nº 123/06, criando um *empate ficto entre pequenas empresas e um critério de desempate*. Desta forma, se uma *pequena empresa*, sediada em região diversa da *local* ou *regional*, apresentar, por exemplo, uma proposta de R\$ 70.000,00 e for classificada em 1º lugar e outra, também pequena, mas sediada *local* ou *regionalmente*, ofertar R\$ 77.000,00 classificando-se em 2º lugar, aplicada a margem de preferência do § 3º, do art. 48 da LC nº 123/06, combinado com as alíneas do inc. II, do art. 9º do Decreto Federal nº 8.538/15, caracteriza-se o *empate ficto entre pequenas empresas*, devendo o desempate ocorrer na forma do regulamento, qual seja, a *pequena empresa* classificada provisoriamente em 2º lugar, poderá apresentar nova proposta de preço inferior àquela considerada vencedora.

Trata-se da mesma sistemática do *empate ficto* estabelecida pela LC nº 123/06, tanto para a caracterização, quanto para o desempate, diferindo apenas com relação aos atores envolvidos, pois neste caso, a sua aplicação deve se dar apenas entre *pequenas empresas*, diferentemente do que ocorre em face da Lei Complementar onde este fenômeno se dá entre grandes e pequenos licitantes.

Assim, concluímos pela existência de *dois tipos de empate ficto* que se distinguem, substancialmente, em razão da categoria de licitantes envolvida, sendo um deles (i) *empate ficto entre grandes e pequenas empresas sediadas em qualquer local/região* (arts. 44 e 45 da LC nº 123/06) e (ii) *empate ficto entre pequenas empresas sediadas local/regionalmente e pequenas empresas sediadas em outras localidades/regiões* (§ 3º, do art. 48 da LC nº 123/06).

Da assertiva acima, situações distintas merecem ser analisadas. A primeira delas, talvez de fácil e imediata compreensão, diz respeito à aplicação deste novo benefício – *empate ficto entre pequenas empresas* – em licitações exclusivas a licitantes com esta qualificação jurídica. Parece-nos que, neste caso, é de se concluir que, se prevista no edital a margem preferencial de 10% para as *pequenas empresas sediadas local ou regionalmente*, sua aplicação não requer qualquer dificuldade de ordem prática.

Em licitações com *subcontratação compulsória de pequena empresa* o regulamento federal, ao tratar do *empate ficto entre pequenas empresas*²³, prevê que este benefício apenas pode ser aplicado se o licitante for microempresa ou empresa de pequeno porte sediada local ou regionalmente ou for um consórcio ou uma sociedade de propósito específico formada exclusivamente por microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente.

Em hipótese diversa das aventadas, dúvidas podem surgir em face de uma *licitação com cota reservada para pequenas empresas*. Em certames com esta configuração, o benefício do *empate ficto entre pequenas empresas* pode ser aplicado apenas na cota a elas reservada.²⁴ Na cota principal, onde a disputa pode ocorrer entre qualquer tipo de licitante, haverá a incidência do *empate ficto entre grandes e pequenas empresas* (arts. 44 e 45 da LC nº 123/06).

É de se salientar também que, se a disputa ocorrer entre duas ou mais *pequenas empresas*, todas sediadas local ou *regionalmente*, por óbvio, não há que se cogitar da aplica-

23 Artigo 9º, inciso II, alínea “f”.

24 É neste sentido a disposição alínea “e” do inc. II, do art. 9º do Decreto Federal nº 8.538/15.

ção da margem preferencial de 10%, devendo, neste caso, a classificação se dar única e exclusivamente de acordo com o tipo da licitação e os critérios de julgamento estabelecidos no instrumento convocatório.

Estas são breves reflexões que reputamos deixar registradas, salientando que não tivemos a intenção de esgotar a matéria, até mesmo porque são inovações no ordenamento jurídico que com o passar do tempo, o amadurecimento das ideias, os debates no plano da doutrina, bem como em face da sedimentação da jurisprudência dos nossos Tribunais Judiciais e de Contas, poderão sofrer mutações.

SUPRIMENTOS GOVERNAMENTAIS E POLÍTICA PÚBLICA DE FOMENTO AOS PEQUENOS NEGÓCIOS. ALERTA PARA O CONTROLE DOS RESULTADOS

SANTANA, Jair¹

1 SUPRIMENTOS GOVERNAMENTAIS: DELIMITAÇÃO DO ASSUNTO

Os suprimentos governamentais abrangem, grosso modo, tudo aquilo que a Administração Pública demanda para o cumprimento das suas finalidades.

A premissa é tão genérica quanto à vastidão das mencionadas demandas, as quais podem ir de obras até bens, passando por serviços e materiais.

De regra, o Poder Público não produz suprimentos para si próprio, atividade que é típica do mercado e a este delegada por imperativos legais e, porque não dizer, óbvios.

De toda sorte, o setor dos suprimentos públicos é superlativo tanto em volume quanto na sua expressão financeira, fenômeno que se repete na maioria dos recantos do Planeta.

Com o passar dos tempos vai se generalizando (no Brasil) o entendimento de que os suprimentos governamentais não encerram um fim em si mesmos. É dizer, por outras palavras, aos poucos a compreensão acerca do assunto desborda para uma indispensável visão sistêmica que considera todo o ciclo de gestão dos suprimentos (*supply chain management*, como

1 Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP; Advogado. Consultor. Especialista em Governança Pública.

se diz no idioma inglês).

Desse modo, o Brasil – que desde sempre esteve mais preocupado com o formalismo e com os procedimentos burocráticos e operacionais – segue a trilha abrindo olhos para outras importantes visões que o assunto encerra.

Enfim, vamos entendendo por aqui que os procedimentos de licitação não são apenas processos formais compostos por uma sucessão concatenada de inúmeros atos administrativos embalados apenas pela legalidade estrita.

Percebe-se (embora o marco regulatório já aponte para esse rumo há décadas) que o fenômeno é também serviente a outras possibilidades.

É o caso da utilização do poder de compra governamental para fomentar a economia local ou regional, gerando – a partir dele – a melhor distribuição da renda e a criação de empregos formais para não falar do incentivo ao empreendedorismo, da melhoria de competências de setores importantes da economia, a exemplo do produtivo, do comércio e dos serviços.

Todavia, quem sempre nutriu a visão cartesiana e linear sobre o tema possuirá por certo grande dificuldade em enxergar a necessidade da formulação de uma política pública estruturada para que o poder de compra do governo possa produzir os resultados expressos no marco legal.

2 POLÍTICA PÚBLICA DE FOMENTO AOS PEQUENOS NEGÓCIOS: REVISITA A UMA QUESTÃO IMPRESCINDÍVEL

Usar o bilionário poder de compra governamental para induzir o desenvolvimento econômico, social e ambiental sugere a tomada de uma extensa série de medidas integrantes de uma

política governamental inscrita no marco regulatório vigente.

Enquanto política pública, o conjunto de ações a que nos referimos não se realiza na prática especialmente pela ausência de método e de planificação.



Tais dificuldades poderão ser amenizadas em grande parte pelo simples entendimento dos diversos fenômenos que integram uma realidade que se mostra carente de governança pública². Essa é a grande questão que merece visita.

O quadro-síntese adiante nos mostra que a ausência de coordenação e de entendimento entre a pluralidade de atores (compradores públicos, agentes internos, mercado, fornecedores, sociedade, entidades de controle, etc.) denota a ausência da necessária governança pública no setor.

2 A propósito da governança pública, dissemos: “Conjunto de ações sistêmicas, compartilhadas, sincronizadas (entre governo, sociedade e mercado), executadas de maneira eficaz e transparente, visando soluções inovadoras para as demandas comunitárias dentro de ambiente do qual resulte possibilidades para o desenvolvimento humano sustentável” (Pensamentos linearcartesiano, sistêmico e complexo aplicados à governança pública: as aquisições governamentais. Trabalho apresentado no XVII Congresso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Cartagena, Colômbia, 30 oct. - 2 Nov. 2012).

Se a política pública aqui descrita de fato possui esse status, indispensável seria a sua inscrição nos planos orçamentários e nos planos governamentais, a exemplo do plano plurianual, para que ostentasse a condição de programa público.

Tal inscrição sempre foi em nosso entendimento a única forma de se estruturar verdadeiramente a política pública de que falamos. Fora desse ambiente poderemos encontrar, quando muito, iniciativas dispersas, tópicas e desprovidas de forças normativa e política suficientes para produzir os resultados que dela legitimamente se espera.

Podemos afirmar, por outro ângulo, que a falta de visão sistêmica sobre o fenômeno se faz acompanhar de uma série de outros agravantes (não inscrição nos planos orçamentários, por exemplo) que levam à apresentação de um cenário de dispersão indesejada.

3 RESULTADOS DAS AÇÕES GOVERNAMENTAIS E O CONTROLE

De qualquer modo, seja ou não uma política pública, esteja ou não estruturada como desde sempre propugnamos, faça ou não parte da agenda governamental ou social, é fato que o marco regulatório vigente tem contornos bem definidos para delimitar os objetivos das ações que devem ser promovidas pelas entidades públicas compradoras.

O artigo 47 da Lei Complementar n. 123/06, revigorado pela redação que lhe deu a Lei Complementar n. 147/14, é imperativo quanto à concessão de tratamento especial para os pequenos negócios³ vetorizando os resultados que devem

3 Não custa lembrar que a norma citada nada mais faz do que conferir

ser materializados pelas vias instrumentais do art. 48 dessa mesma norma.

Ou seja, diz o artigo 47 (os grifos não constam do original):

Art. 47. **Nas contratações públicas** da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, **deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social** no âmbito municipal e regional, a **ampliação da eficiência das políticas públicas** e o **incentivo à inovação tecnológica**.

Não se pode compreender que a norma não queira os resultados que ela própria explicitou, a exemplo do desenvolvimento econômico e social.

Gerar empregos formais, melhor distribuir a riqueza, incentivar o empreendedorismo, propiciar, enfim, a criação de ambiente que venha a fomentar o desenvolvimento econômico e social, são alguns dos alvos primários encampados pela política pública de que fala a norma antes mencionada.

Natural que diante desse cenário de resultados esperados se exija planificação séria e a adoção de estratégias e diretrizes que permitam concluir que a política pública que

densidade ao mandamento constitucional (Constituição Federal de 1988): “Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei”. No mesmo sentido, o inciso IX, do art. 170, da citada Constituição Federal.

se utiliza de recursos públicos não está a serviço de uma determinada categoria de fornecedores por determinação simplista, desprovida das razões que fundamentam a sua própria existência.

A primeira pergunta que permitiria melhor compreender o que falamos é: “qual o motivo de conceder o tratamento especial para os pequenos fornecedores nas compras públicas?”

A segunda pergunta, independentemente da resposta dada à primeira questão, deverá ser: “promoveu-se o desenvolvimento econômico e social ao se conceder tratamento especial para os pequenos fornecedores nas compras citadas”?

E seria natural arrematar com outro questionamento: “de que modo, especificamente, se promoveu os resultados anunciados na pergunta anterior”?

Verifica-se por aí que a efetivação da política pública de compras governamentais induzindo e fomentando o desenvolvimento econômico e social, local e regional, deve ser materializada de modo a permitir que os resultados a que ela se propõem sejam alcançados ou perseguidos.

Aí um vasto campo para que se aprimore o setor dos suprimentos governamentais do Brasil sob um olhar de controle de resultados mínimos.

Sabemos que outros tantos produtos podem advir desse olhar, a começar pela melhoria dos procedimentos existentes em toda a cadeia de suprimentos governamentais e, ainda, pelo aumento de competências (individuais e coletivas) daqueles que se atrelam funcionalmente ao assunto.

Compras exclusivas, cotizadas, com pagamento a maior, subcontratações compulsórias, aquisições de pequeno valor, e outros meios instrumentais de viabilizar a política de

compras públicas voltada para os pequenos negócios são todos ferramentais postos à disposição dos compradores governamentais para modular tanto a aquisição em si quanto a estratégia que visa dar corpo a essa política desenvolvimentista.

Olhar e exigir a produção de resultados decorrentes dessas aquisições é inafastável sob pena de esvaziamento dos propósitos que legitimam as ações respectivas.

OBRAS PÚBLICAS



ALTERAÇÕES EM CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS

MOLINARI, Moacyr¹
JORGE, Luiz Henrique de Barbosa²

1 CONTRATO DA OBRA PÚBLICA

O contrato é o instrumento hábil e necessário para elencar direitos, atribuir responsabilidades e firmar demais cláusulas necessárias ao bom andamento da obra, tais como: valor, garantias, seguros, prazo de execução, prazo de vigência do contrato, critérios de reajustamento e de recebimento, etc.

O gerenciamento, isto é, o acompanhamento da execução do contrato administrativo, desde a contratação até o término de sua vigência, é realizado pelo **gestor do contrato**, que é um funcionário da Administração para tal formalmente designado pelo ordenador de despesa ou por quem este designar.

O acompanhamento técnico in loco da execução da obra ou da reforma é realizado pelo **fiscal da obra**, que é um profissional legalmente habilitado para atuar na área específica em que se enquadram os serviços contratados, necessariamente registrado no CREA ou no CAU, formalmente designado pelo ordenador de despesa ou por quem este designar.

1 Engenheiro Civil (UFPR); Mestre em Engenharia de Estruturas (UFRS); Analista de Controle Externo do TCE-PR (COFOP - Coordenadoria de Fiscalização de Obras Públicas); Professor efetivo da UTFPR e ex-professor efetivo da UFPR.

2 Engenheiro Civil formado pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR; Analista de Controle do TCE-PR desde 1994, exercendo a função de diretor e coordenador de fiscalização de obras públicas desde 2009; Membro do conselho deliberativo do Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas – IBRAOP.

GALERIA DE FOTOS
OBRAS PÚBLICAS



Edificação



Obra Viária



Saneamento



Edificação



Obra Viária



Saneamento

O desejável é que o contrato não sofra alterações desde o início da obra até sua conclusão, mas algumas situações podem resultar em necessidade de modificações, previstas em lei e discutidas a seguir.

2 ALTERAÇÕES CONTRATUAIS

As alterações contratuais são possibilidades admitidas para situações eventuais (imprevistas ou imprevisíveis). De modo geral, o uso de um projeto básico completo e compatibilizado normalmente reduzirá ou evitará a necessidade de alterações contratuais.

Quando absolutamente necessárias, as alterações contratuais deverão ser formalizadas por meio de termos aditivos, documentos que devem ser previamente fundamentados e justificados (por intermédio de pareceres técnico e jurídico) e autorizados pela autoridade competente.

De acordo com a Lei nº 8.666/1993, os contratos podem ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

- unilateralmente pela Administração (art.65, inciso I)
- ou
- por acordo entre as partes (art. 65, inciso II).

2.1 ALTERAÇÃO POR INICIATIVA DA ADMINISTRAÇÃO

A alteração por iniciativa da Administração pode ocorrer, de acordo com a Lei n.º 8.666/1993:

- a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;
- b) quando necessária a modificação do

valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei.

No entendimento preponderante, a situação da alínea “(b)” acima se refere à alteração quantitativa, em que se relaciona a alteração nas quantidades do objeto do contrato com a “modificação do valor contratual”.

De acordo com o mesmo entendimento, a alínea “a)” acima se refere à alteração qualitativa, ou seja, aquela que decorre de necessidade de alteração do projeto ou de especificações do objeto original para melhor adequação ao objetivo pretendido e desde que sejam atendidos o interesse público, a razoabilidade e a finalidade. Como na alínea “(b)” é citada “modificação do valor contratual” e o mesmo não ocorre na alínea “(a)”, alguns entendem que o legislador não associou a alteração qualitativa com variações no valor da obra, isto é, teria concebido a alteração qualitativa como aquela que ocorre sem alteração no valor da obra. Seja esse último entendimento adotado ou não, **tanto as alterações quantitativas quanto as alterações qualitativas possuem suas variações de valores sujeitas aos mesmos limites percentuais** que serão descritos adiante, como fixado na decisão nº 215/1999 do plenário do TCU, Tribunal de Contas da União (sem grifo no original):

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1. com fundamento no art. 1º, inciso XVII, § 2º da Lei nº 8.443/92, e no art. 216, inciso II, do Regimento Interno deste Tribunal, responder à Consulta formulada pelo ex-Ministro de Estado de Estado do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da

Amazônia Legal, Gustavo Krause Gonçalves Sobrinho, nos seguintes termos:

a) **tanto as alterações contratuais quantitativas** - que modificam a dimensão do objeto - **quanto as unilaterais qualitativas** - que mantêm intangível o objeto, em natureza e em dimensão, **estão sujeitas aos limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93**, em face do respeito aos direitos do contratado, prescrito no art. 58, I, da mesma Lei, do princípio da proporcionalidade e da necessidade de esses limites serem obrigatoriamente fixados em lei.

A mesma posição consta dos acórdãos do TCU nº 1.080/2008 (Plenário), nº 2.134/2006 (Plenário) e nº 1816/2006 (Plenário).

2.2 ALTERAÇÃO POR ACORDO ENTRE AS PARTES

A alteração por acordo entre as partes pode ocorrer, de acordo com a mesma lei:

- a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;
- b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;
- c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;
- d) para restabelecer a relação que as par-

tes 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 sobrevirem 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.

3 LIMITES DAS ALTERAÇÕES

Quando absolutamente necessário realizar alterações nos contratos, essas são limitadas pela Lei nº 8.666/1993, em percentuais específicos para os casos de obras e de reformas, tanto para acréscimos quanto para supressões, na forma fixada em dois parágrafos do Art. 65:

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo:

I - ...

II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.

A leitura de tais parágrafos leva à conclusão de que as alterações contratuais possuem os seguintes limites (aludidos em tabelas no item 4):

- a) acréscimos ou supressões nas obras e serviços: até 25% do valor inicial atualizado do contrato;
- b) acréscimos para o caso particular de reforma de edifício ou de equipamento: até 50% do valor inicial atualizado do contrato (como a lei é omissa quanto a supressões em contratos de reformas, tais supressões não são limitadas); e
- c) supressões em obras e serviços resultantes de acordo entre os contratantes não são limitadas.

A seguir, serão discutidos tais limites em separado, primeiramente para obras, depois, para reformas.

3.1 ALTERAÇÕES EM CONTRATOS DE OBRAS

No caso de **obras** (não reformas), destacam-se os seguintes trechos dos parágrafos do Art. 65 da Lei nº 8.666/1993 (sem grifo no original):

*§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas **obras**, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato...*

§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo:

I - ...

II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.

Portanto, são as seguintes as limitações, em porcentagem do valor inicial atualizado do contrato de **obra**:

- **acréscimos: até 25%;**
- **supressões: até 25%; e**
- **supressões com acordo entre os contratantes: não há limite.**

Resumindo:

Limitações em alterações de contratos de OBRAS	
Acréscimos	25%
Supressões	25%
Supressões com acordo	Sem limite

3.2 ALTERAÇÕES EM CONTRATOS DE REFORMAS

De modo geral, reforma é uma obra de construção civil executada em uma edificação existente sem que haja acréscimo na sua área total construída. São exemplos de reformas:

- demolição parcial (redução da área da edificação);
- eliminação, acréscimo ou troca de posição de paredes internas;
- eliminação, acréscimo ou troca de portas ou janelas; e
- troca da cobertura.

Ampliação é a obra realizada em uma edificação existente nela produzindo aumento vertical ou horizontal, acarretando acréscimo em sua área total construída: no caso de ampliação, valem os limites citados no item 3.1 (para obras).

Se, na mesma edificação, houver serviços sem acréscimo de área (reforma) e, no mesmo contrato, houver também serviços com acréscimo de área (ampliação), será considerada essa situação mista como ampliação: nesse caso, valem os limites citados no item 3.1 (para obras).

Se, na mesma edificação, houver serviços com redução de área (demolição parcial) e, no mesmo contrato, houver serviços com acréscimo de área, mesmo que localizada, será considerada a situação como ampliação: nesse caso, valem os limites citados no item anterior (para obras).

No caso de **reformas**, destacam-se os seguintes trechos dos parágrafos do Art. 65 da Lei nº 8.666/1993 (sem grifo no original):

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, ... no caso particular de **reforma** de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos. (percentual do valor inicial atualizado do contrato, segundo trecho citado imediatamente antes)

§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo:

I - ...

II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.

Portanto, são as seguintes as limitações, em porcentagem do valor inicial atualizado do contrato de **reforma**:

- **acréscimos: até 50%; e**

- **supressões: sem limites (com ou sem acordo entre contratantes).**

Resumindo:

Limitações em alterações de contratos de REFORMA	
Acréscimos	50%
Supressões	Sem limite

3.3 ACRÉSCIMOS E SUPRESSÕES EM UM MESMO CONTRATO

Os limites percentuais citados são referentes ao valor original atualizado do contrato e devem ser verificados separadamente para os totais de valores de itens suprimidos e para os totais de valores de itens acrescidos: **os acréscimos**

não compensam as supressões e vice-versa.

Essa última afirmação é claramente confirmada no acórdão do TCU nº 749/2010 - Plenário (sem grifo no original):

9.2. ... para efeito de observância dos limites de alterações contratuais previstos no art. 65 da Lei nº 8.666/1993, passe a **considerar as reduções ou supressões de quantitativos de forma isolada**, ou seja, o conjunto de reduções e o conjunto de acréscimos devem ser sempre calculados sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um desses conjuntos, individualmente e **sem nenhum tipo de compensação entre eles**, os limites de alteração estabelecidos no dispositivo legal;

Uma irregularidade recorrente encontrada em auditorias é a aprovação de aditivos com alterações contratuais que desrespeitam os limites legais, principalmente em situações mais complexas, que envolvem supressões e acréscimos em um mesmo contrato. Reafirma-se que **os limites percentuais citados devem ser aplicados separadamente aos totais de valores de itens suprimidos e aos totais de valores de itens acrescidos.**

Em algumas das situações auditadas, foi tentada a compensação de percentuais de acréscimos (então considerados positivos) com percentuais de supressões (então considerados negativos) como se os limites legais fossem referentes à soma algébrica (considerados os sinais) de tais percentuais, o que não é admissível.

4 EXEMPLOS

Para se obter uma visão prática da aplicação dos limites percentuais das alterações contratuais, analisem-se alguns exemplos numéricos:

4.1 EXEMPLOS EM OBRAS

Considere-se o contrato de uma obra com valor original atualizado de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), submetido às seguintes alterações isoladas:		
ALTERAÇÃO CONTRATUAL	RESPOSTA	JUSTIFICATIVA
a) Pode ser admitido um total de acréscimos resultando R\$ 250 mil ?	Sim, porque não extrapola o limite de 25%.	"a) acréscimos ou supressões nas obras e serviços: até 25% do valor inicial atualizado do contrato"
b) Pode ser admitido um total de supressões resultando R\$ 300 mil ?	Não, porque excede o limite de 25%.	
c) Pode ser admitido um total de acréscimos de R\$ 250 mil e um total de supressões de R\$ 250 mil, no mesmo contrato?	Sim, porque tanto acréscimos quanto supressões, isoladamente, não extrapolam o limite de 25%.	
d) Pode ser admitido um total de acréscimos de R\$ 300 mil e um total de supressões de R\$ 250 mil, no mesmo contrato?	Não, porque o percentual de acréscimo, de 30%, isoladamente, extrapola o limite de 25%.	
e) Pode ser admitido um total de acréscimos de R\$ 250 mil e um total de supressões de R\$ 300 mil, no mesmo contrato?	Não, porque o percentual de supressão, de 30%, isoladamente, extrapola o limite de 25%.	
<p>Comentário: No último caso (total de acréscimos de R\$ 250 mil e total de supressões de R\$ 300 mil) seria errado admitir as alterações com o argumento de que a alteração líquida seria de + 25% (acréscimo) - 30% (supressão) = - 5%, percentual este menor que o limite de 25% (mesmo em módulo). Se tal raciocínio fosse correto, seria possível admitir, por exemplo, as seguintes alterações no mesmo contrato de obra: acréscimo de R\$ 990 mil (+ 99%) e supressão de R\$ 980 mil (- 98%). A "justificativa" (inválida!) seria de uma alteração líquida de apenas 1% (+ 99% - 98%). Esse argumento não pode ser admitido, pois as alterações nesse exemplo praticamente implicariam a substituição do objeto do contrato. Se tais alterações realmente fossem necessárias, seria o caso de rescindir o contrato e licitar o novo objeto.</p>		

ALTERAÇÃO CONTRATUAL	RESPOSTA	JUSTIFICATIVA
f) Pode ser admitido um total de supressões acordadas (isto é, resultantes de acordo entre contratante e contratado) de R\$ 990 mil ?	Sim, porque supressões acordadas não são limitadas.	“c) supressões em obras e serviços resultantes de acordo entre os contratantes não são limitadas”
g) Pode ser admitido um total de supressões acordadas de R\$ 990 mil e um total de acréscimos de R\$ 250 mil, no mesmo contrato?	Sim, porque o total de acréscimos não extrapola o limite de 25% e porque supressões acordadas não são limitadas.	“c) supressões em obras e serviços resultantes de acordo entre os contratantes não são limitadas”
h) Pode ser admitido um total de supressões acordadas de R\$ 990 mil e um total de acréscimos de R\$ 300 mil, no mesmo contrato?	Não, porque, apesar de o total de supressões acordadas não serem limitadas, o total de acréscimos extrapola o limite de 25%.	“a) acréscimos ou supressões nas obras e serviços: até 25% do valor inicial atualizado do contrato”
<p>Comentário:</p> <p>Considerados os conceitos de reforma e de ampliação citados no item 3.2, as respostas quanto às alterações contratuais citadas na presente tabela seriam as mesmas se o valor de R\$ 1.000.000,00 fosse referente a:</p> <ul style="list-style-type: none"> - um único contrato tendo por objeto a ampliação de uma ou mais edificações existentes; - um único contrato tendo por objetos a reforma de uma parte de uma edificação existente e a ampliação da mesma edificação; - um único contrato tendo por objetos a reforma de uma parte de uma edificação existente e a ampliação de outra edificação existente; e - um único contrato tendo por objetos as reformas de várias edificações existentes e as ampliações de algumas dessas edificações (ou ampliações de todas essas mesmas edificações existentes ou ampliações de outras edificações existentes). 		

4.2 EXEMPLOS EM REFORMAS

Considere-se agora um contrato de reforma de edifício (portanto, sem alteração de área construída) com valor original atualizado de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), submetido às seguintes alterações isoladas (não é obra nova e não inclui ampliação):

ALTERAÇÃO CONTRATUAL	RESPOSTA	JUSTIFICATIVA
a) Pode ser admitido um total de acréscimos resultando R\$ 450 mil ?	Sim, porque não extrapola o limite de 50%.	"b) acréscimos para o caso particular de reforma de edifício ou de equipamento: até 50% do valor inicial atualizado do contrato (supressões em contratos de reformas não são limitadas)"
b) Pode ser admitido um total de acréscimos resultando R\$ 550 mil ?	Não, porque extrapola o limite de 50%.	
c) Pode ser admitido um total de supressões resultando R\$ 450 mil ?	Sim, porque supressões em reformas não são limitadas.	
d) Pode ser admitido um total de supressões resultando R\$ 550 mil ?	Sim, porque supressões em reformas não são limitadas.	
e) Pode ser admitido um total de supressões resultando R\$ 990 mil ?	Sim, porque supressões em reformas não são limitadas.	
f) Pode ser admitido um total de acréscimos resultando R\$ 450 mil e um total de supressões resultando R\$ 990 mil, no mesmo contrato?	Sim, porque os acréscimos não ultrapassam 50% e as supressões em reformas não são limitadas.	
g) Pode ser admitido um total de acréscimos resultando R\$ 550 mil e um total de supressões resultando R\$ 990 mil, no mesmo contrato?	Não, porque, apesar de as supressões em reformas não serem limitadas, os acréscimos ultrapassam 50%.	

5 IRREGULARIDADES MAIS COMUNS

Nas situações envolvendo auditorias de obras ou reformas com alterações contratuais, as irregularidades mais encontradas são:

- a) ausência de aditivos contratuais para contemplar eventuais alterações de projeto ou do cronograma físico-financeiro;
- b) ausência de parecer jurídico sobre eventuais termos aditivos (exame e aprovação preliminar por assessoria jurídica da Administração);
- c) ausência de parecer técnico (emitido por engenheiro ou arquiteto a serviço da Administração) justificando os eventuais termos aditivos de contrato;
- d) ausência de novo cronograma físico-financeiro em correspondência a aditivo de prazo; e
- e) extrapolação dos limites para acréscimos ou para supressões de serviços.

PLANEJAMENTO, PROJETO BÁSICO E QUALIDADE DA OBRA PÚBLICA

CARVALHO, Maria José Herkenhoff¹
JORGE, Luiz Henrique de Barbosa²

1 INTRODUÇÃO

A importância do tema planejamento de obras públicas decorre da constatação de que muitos empreendimentos executados no país não passam por uma devida análise prévia, ao qual possibilitaria mitigar diversos riscos no processo de sua execução.

Ressalte-se que os legisladores se preocuparam com o bom planejamento de obra pública quando da definição de projeto básico³ na Lei nº 8.666/1993, e desprezaram a necessidade da identificação com adequada precisão dos serviços a serem executados, viabilidade técnica e econômica, impactos ambientais, estratégia de execução e definição de prazos e custos.

A deficiência do planejamento constitui, seguramente, uma das principais causas da ocorrência de obras com custos bem superiores aos estimados, prazos de execução inadequados e padrão de qualidade abaixo do esperado. Em decorrência disso têm-se, ainda, muitas obras inacabadas, com sérios problemas para serem concluídos, decorrentes de so-

1 Analista de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Paraná – Coordenadoria de Fiscalização de Obras Públicas - COFOP / TCE-PR. Mestre em Engenharia Urbana pela Universidade Estadual de Maringá/UEM - E-mail: maria.carvalho@tce.pr.gov.br

2 Engenheiro Civil formado pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR; Analista de Controle do TCE-PR desde 1994, exercendo a função de diretor e coordenador de fiscalização de obras públicas desde 2009; Membro do conselho deliberativo do Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas – IBRAOP.

3 Art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666/1993.

luções técnicas equivocadas e consequente necessidade de refazimento e complementação de trabalhos, gerando acréscimos acentuados de custos e prazos.

2 PLANEJAMENTO

A conclusão de obra pública é um evento que depende de uma série de etapas que se iniciam muito antes da licitação propriamente dita e que são passos fundamentais para o sucesso do empreendimento. O cumprimento ordenado dessas etapas leva à obtenção de um conjunto de informações precisas que refletirão em menor risco de prejuízos à Administração.

Antes de se pensar em iniciar uma obra é necessário Planejar. Esse planejamento inclui a identificação das necessidades do município para atribuir prioridade à execução de obras e contratação de serviços de engenharia de maior importância para a população, observando o interesse público. Necessário se faz, também, verificar se as obras e serviços considerados prioritários estão contemplados no Plano Plurianual – PPA, na Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO e na Lei Orçamentária Anual - LOA.

A Administração deve implantar uma unidade ou setor de obra, que será responsável pelo planejamento, elaboração de projetos, orçamentos, especificações de serviços e materiais, bem como o acompanhamento e fiscalização da obra ou serviço, observando que essas atividades devem ser desenvolvidas, exclusivamente, por profissionais habilitados, de acordo com art. 7º da Lei Federal nº 5.194/1966, a Resolução 218/1975, do Conselho Federal de Engenharia e Agronomia - CONFEA e o Decreto 90.922/1985 que regulamenta a Lei Federal 5.524/1968.

2.1 PROGRAMA DE NECESSIDADES

Antes de iniciar qualquer empreendimento, o órgão público deve elaborar um programa de necessidades, que indicará suas principais carências, definindo o universo de ações e empreendimentos que deverão ser relacionados para estudos de viabilidade, estabelecendo ordem de prioridade de acordo com o interesse público.

Em seguida, a Administração deve estabelecer as características básicas de cada empreendimento, como: fim a que se destina, futuros usuários, dimensões, padrão de acabamento desejado, equipamentos e mobiliários a serem utilizados, entre outros aspectos.

Deve-se considerar, também, a área de influência de cada empreendimento, levando em conta a população e a região a serem beneficiadas. Importante, ainda, observar as restrições legais e sociais relacionadas com o empreendimento em questão, cumprindo o código de obras municipal.

Promove-se, então, uma avaliação de custo com a elaboração de um orçamento estimativo. Desta forma, obtém-se a ordem de grandeza do orçamento da obra, a fim de viabilizar a dotação orçamentária necessária. Ressalta-se aqui que essa estimativa é apenas para a dotação orçamentária. Para realizar a licitação é necessário o orçamento detalhado do objeto e a Anotação de Responsabilidade Técnica – ART do profissional responsável.

2.2 ESCOLHA DO TERRENO

A escolha do local da obra deve seguir o programa de necessidades, considerando as dimensões necessárias para o empreendimento. A definição do terreno deve preceder o

estudo de viabilidade e os projetos, e não devem ser esquecidas as áreas de estacionamento, recuos, vegetação e outras exigências fixadas pela legislação municipal.

Devem ser levados em conta aspectos diversos, como: infraestrutura disponível para realização da obra (vias de acesso, água, energia); disponibilidade de mão-de-obra e de materiais na região; condições topográficas; tipo de solo; existência de água (nível do lençol freático); situação legal do terreno; e outros aspectos conforme o caso específico. Esta análise certamente conduzirá a uma escolha eficiente, evitando terrenos cujas características onerem desnecessariamente a obra.

Dependendo do tipo de empreendimento a ser implantado será necessário obter Licença Prévia do órgão ambiental.

2.3 ESTUDO DE VIABILIDADE

O estudo de viabilidade objetiva eleger o empreendimento que melhor atenda ao programa de necessidades sob os aspectos técnico, ambiental, social e econômico.

No aspecto técnico, devem ser avaliadas as alternativas para a implantação do projeto. A questão ambiental consiste no exame preliminar do impacto ambiental da obra, de forma a promover a sua perfeita adequação com o meio ambiente. A análise social, por sua vez, envolve o exame dos benefícios e eventuais malefícios advindos da implantação do empreendimento para as comunidades envolvidas.

Finalmente, o aspecto econômico corresponde à avaliação da relação custo x benefício envolvido na implantação da obra, em face de outras obras públicas que poderiam ser executadas, dos recursos disponíveis e das necessidades da população do município.

Concluídos os estudos e selecionada a alternativa, de-

ve-se elaborar um relatório com a descrição e avaliação da opção selecionada, suas características principais, os critérios, índices e parâmetros empregados na sua definição, demandas que serão atendidas com a execução, e pré-dimensionamento dos elementos, isto é, estimativa do tamanho de seus componentes.

2.4 ANTEPROJETO OU ESTUDO PRELIMINAR

Conforme o porte do empreendimento é necessário elaborar anteprojeto, que não se confunde com o projeto básico da licitação. O anteprojeto é cabível em obras de maior porte e consiste na representação técnica da opção aprovada no estudo de viabilidade.

Deve ser apresentado em desenhos sumários, em número e escala adequados para uma suficiente compreensão da obra planejada, contemplando especificações técnicas, memorial descritivo e orçamento preliminar⁴.

O memorial descritivo não é apenas uma lista genérica de serviços básicos a serem executados, tampouco pode se restringir a comentários ou descrições resumidas. O memorial deve ser específico e primar por sua particularidade, mesmo porque é necessário que a área de estudo e o dimensionamento tenham sido detalhados, com incursões *in loco*. O memorial deve, portanto, se ater e focar o objeto específico e nele pormenorizar-se. Todos os elementos característicos do projeto devem estar indicados, introduzidos, se possível, com ilustrações ou fotografias recentes das áreas dos serviços ou intervenções locais. O memorial descritivo deve ser, também, justificativo, ou seja, além da descrição da obra, deve conter

4 Orientação Técnica IBRAOP – OT IBR 004/2012.

justificativa técnica e econômica.

O anteprojeto não é suficiente para licitar (exceto no caso de regime de contratação integrada previsto no Regime Diferenciado de Contratação - Lei 12.462/2011 e nas Parcerias Público Privadas - Lei 11.079/2004), em virtude de não possuir elementos para a perfeita caracterização da obra, devido à ausência de alguns estudos inerentes às fases posteriores. Ele possibilita uma melhor definição e conhecimento do empreendimento, bem como o estabelecimento das diretrizes a serem seguidas quando da elaboração do projeto básico. A documentação gerada nesta etapa deve fazer parte do processo licitatório.

Nos casos de reformas prediais e de manutenção em obras de infraestrutura, deve ser elaborado, previamente, laudo contendo o registro fotográfico e a descrição da situação do bem a sofrer intervenção. Esses documentos devem integrar o processo administrativo.

2.5 LICENCIAMENTO AMBIENTAL

É indispensável verificar, antes da elaboração do projeto básico, se é necessário licenciamento ambiental para a obra em análise, conforme dispõem as Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) n.ºs: 001/1986, 237/1997 e 412/2009 e a Lei n.º 6.938/1981.

Quando necessário, deve ser elaborado o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), como partes integrantes do projeto básico.

Quando a licença ambiental for exigida, devem ser obtidas três licenças diferentes:

- LP - licença prévia, que antecede a licitação e a ela-

boração do projeto básico;

- LI - licença de instalação, que precede o início da execução da obra;
- LO - licença de operação, que autoriza o funcionamento do empreendimento.

A licença prévia tem grande importância para evitar situações em que, caso o projeto básico seja concluído sem a devida licença, o órgão ambiental competente, quando finalmente consultado, manifeste-se pela inviabilidade ambiental da obra.

É indispensável que os projetos básico e executivo contemplem todas as medidas mitigadoras exigidas pelo órgão ambiental quando do fornecimento das licenças prévias e de instalação, pois a implantação dessas medidas influencia diretamente no custo da obra.

Quando o licenciamento ambiental for exigido, considera-se que são irregularidades graves:

- A contratação de obras com base em projeto básico elaborado sem a existência da licença prévia;
- O início de obras sem a devida licença de instalação;
- O início das operações do empreendimento sem a licença de operação.

3 PROJETO BÁSICO

O projeto básico é o elemento mais importante na execução de uma obra pública. Pode ser elaborado pelo próprio órgão: situação em que deverá ser designado um responsável técnico a ele vinculado, com inscrição no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia- CREA, ou no Conselho de Arqui-

tetura e Urbanismo – CAU, que efetuará o registro das Anotações de Responsabilidade Técnica (ARTs ou RRTs) relativas aos projetos.

Se o órgão não dispuser de corpo técnico especializado, deverá proceder a uma licitação específica para contratar empresa ou profissional para elaborar o projeto básico (ou uma licitação para cada projeto componente: arquitetônico, estrutural, elétrico, entre outros).

Quando o projeto básico for constituído de vários projetos complementares (estrutural, elétrico, hidráulico, entre outros), é responsabilidade da Administração Pública garantir a sua compatibilização, mesmo quando contratados junto a terceiros.

O edital para contratação desse projeto deverá conter, entre outros requisitos, o orçamento estimado dos custos do projeto e seu cronograma de elaboração.

O Projeto Básico deve abranger toda a obra e possuir os requisitos estabelecidos pela Lei nº 8.666/1993⁵ e pela Resolução 004/2006 TCE-PR⁶:

- possuir os elementos necessários e suficientes para definir e caracterizar o objeto a ser contratado;
- ter nível de precisão adequado;
- ser elaborado com base nos estudos técnicos preliminares que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento;
- possibilitar a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos executivos e do prazo de execução.

5 Art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666/1993.

6 Art. 5º, inciso II da Resolução nº 04/2006 do TCE-PR.

- A Lei de Licitações determina, ainda, que o projeto básico contenha, entre outros aspectos:
- identificação clara de todos os elementos constitutivos do empreendimento;
- soluções técnicas globais e localizadas;
- identificação e especificações de todos os serviços, materiais e equipamentos a incorporar à obra;
- subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;
- orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados.

Falhas no projeto básico, como inconsistências ou inexistência de elementos importantes, podem conduzir a sérias dificuldades para obtenção do resultado esperado pela Administração, ocasionando problemas futuros de significativa magnitude, tais como:

- falta de efetividade ou alta relação custo/benefício do empreendimento, devido à inexistência de estudo de viabilidade adequado;
- obras paralisadas, devido à inviabilidade de ordem ambiental;
- alterações de especificações técnicas, em razão da falta de estudos geotécnicos ou ambientais adequados;
- utilização de materiais inadequados, por deficiências das especificações;

- alterações contratuais em função da insuficiência ou inadequação das plantas e especificações técnicas, envolvendo negociação de preços, em geral, com aumento significativo do valor do empreendimento.

Essas falhas podem frustrar o procedimento licitatório, dadas as diferenças entre o objeto licitado e o que será efetivamente executado, e levar à responsabilização daqueles que deram causa às irregularidades constatadas⁷.

Todos esses estudos e projetos devem ser desenvolvidos de forma que guardem sintonia entre si, tenham consistência material e atendam às diretrizes gerais do programa de necessidades e dos estudos de viabilidade.

A responsabilidade pela elaboração dos projetos será de profissionais⁸ ou empresas legalmente habilitadas pelo CREA ou pelo CAU. Os autores deverão assinar todas as peças que compõem os projetos específicos, indicando o número da inscrição de registro e o número das Anotações de Responsabilidade Técnica, nos termos da Lei n° 6.496/1977.

Os projetos devem ser elaborados de acordo com as leis, decretos, regulamentos, portarias e normas federais, estaduais e municipais direta ou indiretamente aplicáveis a obras públicas, e em conformidade com as normas técnicas devidas. Ressalta-se aqui a Norma Brasileira ABNT NBR 9050:2015, da Associação Brasileira de Normas Técnicas-ABNT, que tra-

7 Segundo o Acórdão n.º 353/2007 do TCU. Relator: Ministro Augusto Nardes: 5[...] Além disso, é bom lembrar que, nos exatos termos do art. 7º, § 6º, da Lei 8.666/1993, são nulos de pleno direito os atos e contratos derivados de licitações baseadas em projeto incompleto, defeituoso ou obsoleto, devendo tal fato ensejar não a alteração do contrato visando à correção das imperfeições, mas sua anulação para realização de nova licitação, bem como a responsabilização do gestor faltoso.

8 Art. 13º da Lei n° 5.194/1966.

ta da Acessibilidade a edificações, mobiliário, espaços e equipamentos urbanos.

Após a sua conclusão, os projetos devem ser encaminhados ao órgão licitante para exame e aprovação formal da autoridade competente⁹.

Uma vez elaborados os projetos, devem ser providenciados o alvará de construção e sua aprovação pelos órgãos competentes, como: Prefeitura Municipal, Corpo de Bombeiros, concessionárias de serviços públicos (energia, telefonia, saneamento, entre outras) e entidades de proteção sanitária e ambiental. Ainda que o encaminhamento para aprovação nas instituições de fiscalização e controle não seja feito diretamente pelo autor do projeto, serão de sua responsabilidade as eventuais modificações necessárias à sua aprovação.

A aprovação do projeto não exime seus autores das responsabilidades estabelecidas pelas normas, regulamentos e legislação pertinentes às atividades profissionais.

Considerando a necessidade de regulamentar o conteúdo das informações sobre as obras e serviços de engenharia contratados e em processo de licitação pelos órgãos e entidades jurisdicionadas, o Tribunal de Contas do Estado do Paraná TCE-PR publicou a Resolução 4/2006¹⁰, que regulamenta o conteúdo das informações sobre obras e serviços de engenharia e elenca os documentos necessários ao efetivo controle de uma obra. Tal documento serve também como fundamental fonte de consulta aos entes jurisdicionados e está disponível em: <http://www.tce.pr.gov.br>.

9 Art. 7º, § 2º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993.

10 Art. 5º, inciso II da Resolução n.º 04/2006 do TCE-PR.

3.1 ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS

O caderno de especificações técnicas, um dos componentes do Projeto Básico, é o documento que caracteriza todos os materiais, equipamentos e serviços a serem utilizados no desenvolvimento da obra, objetivando um desempenho técnico determinado.

A caracterização deve ser feita de modo individual: materiais, equipamentos e sistemas construtivos envolvidos e os métodos de execução. Devem ser indicados todos os critérios e parâmetros a serem adotados nas medições para cada tipo de serviço, a partir dos itens constantes na planilha orçamentária, ou seja, para cada serviço deve corresponder, inequivocamente, uma especificação técnica e uma forma de medição e pagamento.

As especificações técnicas não podem reproduzir catálogos de determinado fornecedor ou fabricante, uma vez que devem permitir alternativas de fornecimento. Seu conteúdo deve definir, ainda, as condições de aceitação de produtos similares, evitando que uma única marca seja aceitável.

Em situações excepcionais, quando a referência de marca ou modelo for indispensável para a perfeita caracterização do material ou equipamento, a especificação deverá conter obrigatoriamente expressões como: “ou similar”, “ou equivalente”, “ou de melhor qualidade”.

3.2 PLANILHA ORÇAMENTÁRIA

A planilha orçamentária da licitação precisa ser detalhada e tem como principal objetivo servir de parâmetro para a Administração definir os critérios de aceitabilidade de preços unitários e global no edital, sendo a principal referência para a

análise das propostas das empresas licitantes.

O preço final estimado do empreendimento é dado pela soma dos custos diretos com a taxa de benefícios e despesas indiretas (BDI), que engloba os custos indiretos (garantia de risco e seguros, despesas financeiras, administração central e tributos) e o lucro da empresa. O valor desta taxa deve ser avaliado para cada caso, uma vez que seus componentes variam em função do local, tipo de obra e da sua própria composição. A composição do BDI deve ser apresentada, preferencialmente citando a fonte oficial ou o Acórdão do TCU utilizado como referência.

Qualquer falha ou ausência em alguma destas parcelas pode conduzir a um desequilíbrio financeiro do contrato, seja pelo desperdício de recursos públicos, seja pela queda da remuneração esperada pela empresa contratada.

As principais etapas de elaboração de orçamentos de obras públicas são: apropriação dos serviços necessários e suas quantidades com base no projeto básico; apuração do custo unitário de cada um dos serviços; apuração do BDI e cálculo do preço final da obra.

Em relação aos custos unitários dos insumos e serviços, o Decreto Federal nº 7.983/2013 estabelece regras e critérios para a elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia contratados e executados com recursos dos orçamentos da União. Dispõe o normativo que o custo de referência de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços de obras de infraestrutura de transporte, será obtido a partir de composições de custos unitários menores ou iguais à mediana de seus correspondentes nos custos unitários de referência do Sistema Nacional de Pesquisa de

Custos e Índices da Construção Civil (SINAPI), gerido pela Caixa Econômica Federal (CAIXA) e pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Da mesma forma, as Resoluções Conjuntas da Secretaria de Infraestrutura e Logística/Paraná Edificações (SEIL/PRED) estabelecem Tabelas de Referência de Custos para obras e serviços de edificações a serem contratadas e executadas pelos órgãos da administração estadual.

No caso de obras de infraestrutura de transportes, o custo de referência será obtido a partir das composições dos custos unitários da tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (SICRO), sistema cuja manutenção e divulgação estão a cargo do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT).

Quando não forem encontrados no SINAPI e no SICRO, poderão ser adotados custos unitários de outras tabelas de referência formalmente aprovadas por órgão ou entidade da administração pública e, a título de complementação, podem ainda ser utilizadas revistas técnicas especializadas e pesquisas no mercado local. É fundamental que as fontes de consulta sejam indicadas na memória de cálculo do orçamento, fazendo parte da documentação do processo licitatório.

No caso de insumo ou serviço cujo preço não seja contemplado pelos sistemas referenciais de custos disponíveis para consulta, pode-se realizar pesquisa de mercado, procedimento previsto no Decreto Federal nº 7.983/2013.

O orçamento deve ser elaborado por profissional qualificado, com recolhimento de ART ou RRT do orçamento que originou o Preço Máximo adotado na licitação.

É importante observar que: quando o orçamento que

definiu o Preço Máximo for alterado, antes da licitação, deverá ser efetuado o recolhimento de ART ou RRT complementar de orçamento, quando elaborado pelo mesmo profissional, ou o recolhimento de uma nova ART ou RRT, caso se trate de outro profissional. Destaca-se, ainda, que deve ser anotada a data-base que definiu o preço máximo.

As composições de custos unitários devem estar disponíveis detalhadamente no orçamento base da licitação. As quantidades de materiais e serviços devem ser expressas em unidades objetivas compatíveis (m, m², m³, h, entre outras). Ressalta-se que não devem ser utilizadas unidades genéricas como: verba, conjunto, global.

3.3 CRONOGRAMA FÍSICO-FINANCEIRO

O projeto básico deve conter, também, um cronograma físico-financeiro, com as despesas mensais previstas ao longo do período de execução da obra ou serviço. Esse cronograma auxiliará na estimativa dos recursos necessários ao longo de cada etapa ou de cada exercício financeiro.

O cronograma servirá, ainda, como um balizador na fase de análise das propostas das empresas licitantes e, após o início das obras, sempre que o prazo e suas etapas de execução forem alterados, o cronograma físico-financeiro deverá ser readequado, de modo que continue a refletir as condições reais do empreendimento.

4 PROJETO EXECUTIVO

Concluído o projeto básico, a Administração deve providenciar o projeto executivo. Este projeto deve conter todos os elementos necessários à realização do empreendimento

com nível máximo de detalhamento de suas etapas. Para a execução desse projeto, deve-se conhecer profundamente o local de execução da obra e todos os fatores específicos necessários à sua construção.

Conforme a Lei nº 8.666/1993, o projeto executivo deve ser elaborado após o projeto básico e antes do início da obra. Porém, em situações excepcionais e mediante autorização expressa da Administração, este projeto pode ser desenvolvido concomitantemente à realização do empreendimento.

É importante salientar que, caso a Administração decida licitar apenas com o projeto básico, esse deve representar exatamente o determinado no Art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666/1993: deve ser completo, adequado e suficiente para permitir a elaboração das propostas do certame licitatório e a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração.

5 CONCLUSÃO

O tema Planejamento de Obras Públicas precisa ser aprofundado pela administração pública para mitigar riscos no processo de execução e obter obras com melhor qualidade, prazos e custos adequados.

É evidente na administração pública a má qualidade apresentada em uma boa parte dos projetos, em virtude, muitas vezes, do não cumprimento dos requisitos mínimos previstos em Lei para o Projeto Básico. O resultado dessa falta de planejamento aparece quase como regra geral: obras com qualidade diferente do esperado, custos muito maiores e prazos de execução dilatados.

O apoio de órgãos de controle, tanto interno quanto externo, é fundamental para a montagem de dispositivos em

todas as etapas do ciclo de vida de um projeto e após sua conclusão, de forma a assegurar um adequado planejamento e consequente resultado final, com aplicação correta de recursos públicos.

Exemplos de boa iniciativa para o detalhamento dos componentes de um projeto básico foram a Orientação Técnica OT - IBR 001/2006, elaborada pelo IBRAOP – Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas, que embasou a Resolução 4/2006 do TCE-PR, e a publicação, pelo TCE-PR, do Manual de Orientação para Contratação e Fiscalização de Obras e Serviços de Engenharia.

Os órgãos gestores deveriam, dentro do possível, com apoio dos órgãos de controle, montar, por meio de atos normativos, manuais de instrução, demonstrando os requisitos mínimos para: apresentação de projetos, montagem de orçamentos, estabelecimento de cronogramas e levantamento de riscos potenciais de execução.

É importante a reflexão dos tipos de trabalhos que podem trazer maior ganho de eficiência para os órgãos de controle. Observa-se que os trabalhos de orientação e de auditorias, que antecedem ou que são concomitantes à realização das obras, são muito mais efetivos que os realizados a posteriori quando os desvios já ocorreram, devido muitas vezes a falta de planejamento, e, de maneira geral, com dificuldade em se recuperar o dano ao erário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAHIA. Tribunal de Contas. **Manual de orientação para execução de obras e serviços de engenharia por órgãos**

e entidades municipais. Disponível em: <<http://www.tcm.ba.gov.br/tcm/manual3.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2015.

BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 29 ago. 2016.

_____. Tribunal de Contas da União. **Obras públicas:** recomendações básicas para a contratação e fiscalização de obras de edificações públicas. 4. ed. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2684759.pfd>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS - IBRAOP. **Orientação Técnica OT-IBR 001/2006:** projeto básico. Disponível em: <http://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2013/06/orientacao_tecnica.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2016.

PARANÁ. Tribunal de Contas. **Manual de orientação para contratação e fiscalização de obras e serviços de engenharia.** Disponível em: <<http://www1.tce.pr.gov.br/multimedia/2015/9/flipbook/282565/Manual%20de%20Obras%20Públicas.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

_____. Tribunal de Contas. **Resolução n. 25, de 16 de dezembro de 2011.** Dispõe sobre os conceitos de obra e de serviço de engenharia e dá outras providências. Disponível em: <<http://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/resolucao-nº-252011/1379/area/242>>. Acesso em: 27 fev. 2015.

_____. Tribunal de Contas. **Resolução n. 4, de 23 de novembro de 2006.** Dispõe sobre a guarda e o acesso aos documentos necessários ao efetivo exercício do controle externo das obras públicas pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Disponível em: <<http://www1.tce.pr.gov>>

br/multimedia/2012/3/pdf/00001061.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2016.

PERNAMBUCO. Tribunal de Contas. **Manual de orientações técnicas para contratação e execução de obras e serviços de engenharia públicos**. Disponível em: <<http://www1.tce.pe.gov.br/internet/index.php/component/jdownloads/finish/5/13?Itemid=0>>. Acesso em: 6 mar. 2015.

PIAUÍ. Controladoria Geral do Estado. **Manual de orientações para execução e fiscalização de obras públicas**. Disponível em: <<http://www.cge.pi.gov.br/index.php/publicacoes/category/5-manuais?download=257%3Amanual-obras-p%C3%BAblicas-2014>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

SAYÃO. A. B. M. Planejamento de obras públicas: orientações. In: ENCONTRO TÉCNICO NACIONAL DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS- ENAOP, Palmas -TO, 2012. 8 p. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:fZi3WIUmAt8J:www.ibraop.org.br/enaop2012/docs/arquivos_tecnicos/Planejamento_obras_publicas_orientacoes_Alberto_Sayao.pdf+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 29 ago. 2016.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ENGENHEIRO

CARVALHO, Maria José Herkenhoff¹
JORGE, Luiz Henrique de Barbosa²

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil seguida da conseqüente obrigação de reparação do dano sempre foi, e provavelmente, sempre será, tema muito discutido, merecedor de especial atenção e profundo estudo por parte dos operadores do direito. Com o advento do novo Código Civil, introduzindo importantes inovações ao instituto da responsabilidade civil, mais do que nunca, faz-se necessária uma reflexão acerca do tema.

O Código Civil elenca uma série de direitos e obrigações que disciplinam a vida em sociedade, constitui o cerne do ordenamento jurídico da sociedade civil, fixando as diretrizes básicas que irão reger a forma de vida do povo brasileiro. Por conseguinte, é de se notar que o desrespeito às normas e obrigações nele contidas pode culminar na aplicação de sanções, que, em se tratando de responsabilidade civil, serão, na maioria dos casos, de ordem financeira. É nesse contexto que se inicia o estudo da responsabilidade civil à luz das inovações trazidas pelo novo Código Civil. Nesse trabalho aborda-se, especificamente a responsabilidade civil do engenheiro.

No artigo tentou-se mostrar as noções gerais acerca da responsabilidade civil e, a seguir, tratou-se da responsabilidade ci-

1 Analista de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Paraná – Coordenadoria de Fiscalização de Obras Públicas - COFOP / TCE-PR. Mestre em Engenharia Urbana pela Universidade Estadual de Maringá/ UEM- E-mail: maria.carvalho@tce.pr.gov.br

2 Engenheiro Civil formado pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR; Analista de Controle do TCE-PR desde 1994, exercendo a função de diretor e coordenador de fiscalização de obras públicas desde 2009; Membro do conselho deliberativo do Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas – IBRAOP.

vil na engenharia, buscando demarcar a culpa do engenheiro em suas modalidades, a obrigação de resultados, a responsabilidade contratual e extracontratual, e demais temas relevantes para delimitar a responsabilidade do engenheiro na reparação de danos causados aos clientes.

Para elaboração do presente trabalho utilizou-se de pesquisa bibliográfica em livros, artigos científicos, monografias, bem como a legislação específica acerca da responsabilidade civil em geral e a respeito da responsabilidade dos engenheiros.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL - NOÇÕES GERAIS

2.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil fundamenta-se em uma regra moral que se torna jurídica, tendo em vista que todo dano merece ser reparado, sendo que o responsável pelo dano tem o dever de conduzir a vítima ao estado em que se encontrava antes do advento do evento danoso.

Segundo (DIAS, 1983), a origem do termo provém da raiz latina *spondeo*, fórmula conhecida pela qual se ligava solenemente o devedor, nos contratos verbais do direito romano.

A responsabilidade orienta-se na defesa dos direitos violados, com a constatação do nexu causal entre o dano e a conduta lesiva. Na esfera cível procura proporcionar ao lesado instrumento de reação, inclusive o Poder Judiciário, alcançando danos patrimoniais e extrapatrimoniais.

A responsabilidade civil decorre para o causador de dano a vítima, materializando-se na obrigação que este tem de

conduzir as coisas ao estado anterior; nos casos em que a recondução ao *status quo ante* se mostrar impossível, o causador do dano ou o responsável por ele, deve indenizar a vítima como mecanismo de compensação pela execução do ato ilícito.

2.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil, antes de ser imputada a alguém, requer a existência de alguns pressupostos, que indicarão a obrigação ou não de indenizar. Tais pressupostos são: conduta do agente, caracterizada por uma ação ou omissão deste; nexó causal entre a conduta lesiva e o dano; o dano; e que a conduta seja dolosa ou culposa.

2.3 TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRACONTRATUAL

A doutrina costuma dividir os casos de responsabilidade civil em duas grandes modalidades, quais sejam, a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual ou aquiliana, sendo esta distinção feita conforme decorra a obrigação da vontade das partes ou da obrigação legal.

Regra geral, todas as pessoas, ao pactuarem suas avenças tem liberdade para aceitar ou não as cláusulas ali contidas, bem como ajustá-las da maneira que melhor lhes aprouver, exceção feita aos casos especiais dos contratos de adesão e normas de ordem públicas que são imperativas.

Adotando a legislação o princípio da culpa como fundamento genérico da responsabilidade civil, grande parte da doutrina entende não ser necessária a distinção entre a responsabilidade contratual e extracontratual, uma vez que para delimitar a responsabilidade tal distinção não tem importância, já que pre-

sententes o dano, o liame de causalidade e a culpa, a obrigação de indenizar surgirá não importando qual seja o vínculo que une as partes, decorrente de contrato ou obrigação legal.

A responsabilidade decorrente de vínculo contratual surge quando qualquer das partes contratantes não cumpre o pacto pelo qual se obrigou com a outra. Referente aos contratos vige o princípio do *pacta sunt servanda*, tendo a avença força de lei para as partes. Assim, a inadimplência contratual gera para a parte credora a frustração de uma expectativa, daí advindo o dano que poderá surgir no seu patrimônio ou ser exclusivamente moral.

Nestes casos, presente a conduta lesiva preestabelecida, o dano e o nexos causal, surge para o inadimplente a obrigação de indenizar que decorre da responsabilidade contratual.

Por sua vez, se o inadimplemento resulta de evento estranho à vontade do devedor, como nos casos de caso fortuito ou força maior, não se cogita da responsabilidade daquele pela indenização.

Já a responsabilidade extracontratual deriva da existência de um fato lesivo ao direito de outrem, não existindo qualquer pacto anterior entre ofensor e ofendido. A obrigação de indenizar na responsabilidade extracontratual decorre da prática de ato ilícito.

Importante, porém, é ressaltar, conforme acima mencionado, que independente seja a obrigação contratual ou extracontratual, a indenização será devida se estiverem presentes o dano, o nexos causal e a culpa.

2.4 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA

A responsabilidade subjetiva é a dependente do com-

portamento do sujeito, tendo como fundamento a ação ou omissão culposa do agente, ou seja, não basta para que surja a obrigação de indenizar, o dano e o nexo causal, sendo indispensável que tenha o ofensor agido com dolo ou culpa.

A responsabilidade objetiva, por sua vez, prescinde da comprovação de culpa, cabendo à vítima apenas provar o dano e o nexo causal entre a conduta lesiva e a ofensa. Os estudos sobre a responsabilidade objetiva tomaram força a partir da segunda metade do século XIX, quando passou a se constatar a insuficiência das teorias da responsabilidade subjetiva para abarcar determinadas atividades de risco, em que os ofendidos não recebiam a devida reparação.

A legislação pátria filiou-se, regra geral, à teoria da responsabilidade subjetiva, dependente de culpa ou dolo do agente, que leva a realização do ato ilícito.

A responsabilidade objetiva foi, todavia, agasalhada em diversas leis esparsas nacionais, tais como o Código Brasileiro de Aeronáutica, o Código de Defesa do Consumidor, a lei de Estradas de Ferro, entre outras, tendo a própria Constituição Federal de 1988 previsto em seu art. 37 a responsabilidade objetiva para os entes da administração pública direta e indireta.

A responsabilidade objetiva ressalte-se, não é espécie diversa da responsabilidade civil, é, em verdade, uma de suas modalidades, decorrência da teoria do risco, onde aquele que aufere lucros através de determinada atividade deve suportar os riscos inerentes a esta mesma atividade, donde não se indagará da existência ou não de culpa.

Importante ressaltar, também, que a teoria objetiva não carrega traços da presunção legal de culpa, embora esta seja

predecessora daquela. O que se dá, no entanto, é que os casos de presunção de culpa excluem os de responsabilidade objetiva. Enfim ocorre, em verdade, uma inversão no ônus da prova para o agente, já que pela teoria da responsabilidade subjetiva esta incumbiria à vítima, e nos casos de presunção esta incumbe ao ofensor. Já na teoria da responsabilidade objetiva não se quer indagar a respeito da existência ou não de culpa.

2.5 EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Para surgimento da obrigação de indenizar necessário se faz a coexistência de certos pressupostos, ação ou omissão culposa do agente, o dano e o nexo causal, sendo que os dois últimos são comuns à teoria da responsabilidade civil como um todo, independente de, no caso concreto, se tratar de responsabilidade objetiva ou subjetiva.

No entanto, como existem os pressupostos ensejadores da obrigação de indenizar, também existem mecanismos que presentes no caso concreto afastam a responsabilidade do agente excluindo a obrigação pela indenização.

As causas de exclusão da responsabilidade civil encontram a seguinte classificação doutrinária: caso fortuito ou força maior; culpa exclusiva da vítima; estado de necessidade; legítima defesa; exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal; fato de terceiro.

3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL NA ENGENHARIA

3.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ENGENHEIRO

De forma bastante genérica pode-se considerar que a atividade do Engenheiro objetiva o bem estar do homem. Dentre os milhares de profissionais habilitados para exercer a engenharia, uma parcela atua no serviço público, carregando a responsabilidade de promover o bem-estar à população, principalmente garantindo a continuidade de vários serviços públicos essenciais.

As atividades do profissional que atua neste setor atendem o interesse público. Por isso, um dos princípios éticos definido no Código de Ética Profissional: a honradez da profissão, ganha destaque para o profissional que atua no serviço público, sendo exigida conduta honesta, digna e cidadã.

Aos princípios éticos gerais, que são válidos para todos os profissionais devem ser somados também os princípios que regem o serviço público: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A responsabilidade civil em engenharia trata de temas e questões muito importantes, e não só no campo da Engenharia Civil, na qual os exemplos são mais comuns, mas também em outras modalidades. É fundamental entender os pilares da Responsabilidade Civil na Engenharia, especialmente em tempos de Código de Proteção e Defesa do Consumidor, no sentido de se adotar sempre, à luz da ética e da moral, comportamentos preventivos e compatíveis com a dignidade da profissão.

A responsabilidade civil do engenheiro está atualmente

disciplinada, basicamente, em três dispositivos legais, a saber: Lei Federal n.º 5.194/66, que regula a profissão do engenheiro, Lei Federal n.º 6.496/77, que institui a anotação de responsabilidade técnica-ART e Lei Federal n.º 10.406/2002, Código Civil, sendo este último, objeto de nosso estudo mais aprofundado em razão das importantes inovações por ele trazidas.

A responsabilidade civil decorre da obrigação de reparar e/ou indenizar por eventuais danos causados. O profissional que, no exercício de sua atividade, lesa alguém tem a obrigação legal de cobrir os prejuízos. Faz parte também das responsabilidades do engenheiro:

- Responsabilidade pela solidez e segurança da construção: pelo Código Civil Brasileiro, o profissional responde pela solidez e segurança da obra durante cinco anos; é importante, portanto, que a data do término da obra seja documentada de forma oficial. Se, entretanto, a obra apresentar problemas de solidez e segurança e, através de perícias, ficar constatado erro do profissional, este será responsabilizado, independente do prazo transcorrido, conforme jurisprudência existente.
- Responsabilidade pelos materiais: a escolha dos materiais a serem empregados na obra ou serviço é da competência exclusiva do profissional. Logo, por medida de precaução, tornou-se habitual fazer a especificação desses materiais através do “Memorial Descritivo”, determinando tipo, marca e peculiaridades outras, dentro dos critérios exigíveis de segurança. Quando o material não estiver de acordo com a especificação, ou dentro dos critérios de segurança,

o profissional deve rejeitá-lo, sob pena de responder por qualquer dano futuro.

- Responsabilidade por danos a terceiros: é muito comum na construção civil a constatação de danos a vizinhos, em virtude da vibração de estaqueamentos, fundações, quedas de materiais e outros. Os danos resultantes desses incidentes devem ser reparados, cabendo ao profissional tomar todas as providências necessárias para que sejam preservados a segurança, a saúde e o sossego de terceiros. Cumpre destacar que os prejuízos causados são de responsabilidade do profissional e do proprietário, solidariamente, podendo o lesado acionar tanto um como o outro. A responsabilidade estende-se, também, solidariamente, ao subempreiteiro, naquilo em que for autor ou coautor da lesão.
- Responsabilidade técnica: os profissionais que executam atividades específicas dentro das várias modalidades das categorias da área tecnológica devem assumir a responsabilidade técnica por todo trabalho que realizam. O engenheiro responsável, responde por atos praticados pelos profissionais que estão sob a sua subordinação. A própria Lei 5.194/66, que regula o exercício da profissão de engenheiro, fala em fiscalização, direção e execução dentre as atribuições desses profissionais. É cristalino que o engenheiro é responsável pelos atos praticados pelos outros profissionais subordinados a ele ou, mesmo que não subordinados, desempenham tarefas ligadas ao processo de trabalho cuja entrega final seja

de exclusividade do engenheiro.

- Responsabilidade contratual: pelo contrato firmado entre as partes para a execução de um determinado trabalho, sendo fixados os direitos e obrigações de cada uma. A contratação de profissionais liberais pode ser concretizada verbalmente ou através de documentos. O vínculo com pessoa jurídica, entretanto, pode ser empregatício, de acordo com a legislação trabalhista em vigor ou por contrato particular de prestação de serviços, registrado em cartório.
- Responsabilidade penal ou criminal: decorre de fatos considerados crimes. Neste campo merecem destaque: desabamento - queda de construção em virtude de fator humano; desmoronamento - resulta da natureza; incêndio - quando provocado por sobrecarga elétrica; intoxicação ou morte por agrotóxico - pelo uso indiscriminado de herbicidas e inseticidas na lavoura sem a devida orientação e equipamento; intoxicação ou morte por produtos industrializados - quando mal manipulados na produção ou quando não conste indicação da periculosidade; contaminação - quando provocada por vazamentos de elementos radioativos e outros. Todas essas ocorrências são incrimináveis, havendo ou não lesão corporal ou dano material, desde que se caracterize perigo à vida ou à propriedade. Por isso, cabe ao profissional, no exercício de sua atividade, prever todas as situações que possam ocorrer a curto, médio e longo prazos, para que fique isento de qualquer ação penal.
- Responsabilidade administrativa: resulta das restri-

ções impostas pelos órgãos públicos, através do Código de Obras, Código de Água e Esgoto, Normas Técnicas, Regulamento Profissional, Plano Diretor e outros. Essas normas legais impõem condições e criam responsabilidades ao profissional, cabendo a ele, portanto, o cumprimento das leis específicas à sua atividade, sob pena inclusive, de suspensão do exercício profissional.

- Responsabilidade trabalhista: a matéria é regulada pelas Leis Trabalhistas em vigor. Resulta das relações com os empregados e trabalhadores que compreendem: direito ao trabalho, remuneração, férias, descanso semanal e indenizações, inclusive, aquelas resultantes de acidentes que prejudicam a integridade física do trabalhador. O profissional só assume esse tipo de responsabilidade quando contratar empregados, pessoalmente ou através de seu representante ou representante de sua empresa. Nas obras de serviços contratados por administração o profissional estará isento desta responsabilidade, desde que o proprietário assumira o encargo da contratação dos operários.
- Responsabilidade ética: resulta de faltas éticas que contrariam a conduta moral na execução da atividade profissional. Em nível de CONFEA/CREAs, essas faltas estão previstas na legislação e no Código de Ética Profissional, estabelecido na Resolução nº 1002/2002 de 21/11/2002, do CONFEA. Uma infração à ética coloca o profissional sob julgamento, sujeitando-o a penalidades. Recomenda-se a todo profissional da área tecnológica a observância rigorosa

às determinações do Código de Ética.

É fundamental que o profissional esteja atento à obrigatoriedade de observância às Normas Técnicas e à execução de orçamento prévio de projeto completo, com especificação correta de qualidade, garantia contratual (contrato escrito) e legal (Anotação de Responsabilidade Técnica). Uma infração ao Código de Defesa e Proteção ao Consumidor pode colocar o profissional (pessoa física e jurídica) em julgamento, com possibilidade de rito sumaríssimo, inversão do ônus da prova e com assistência jurídica gratuita ao consumidor, provocando, assim, a obrigação de sua obediência.

A legislação brasileira atribui responsabilidade técnica ao profissional em eventos decorrentes do exercício da sua atividade. A Lei penaliza não só as empresas que não cumprem estes estatutos, mas também os profissionais que os desrespeitam. Os profissionais estão sujeitos às seguintes sanções:

- Profissionais: advertência, multa ou suspensão do exercício profissional.
- Civis: reparação dos prejuízos, responsabilização por imperícia/omissão.
- Trabalhistas: indenização ou demissão.
- Penais: em caso de culpa, sanção ou punição.
- Administrativas: processo disciplinar, no caso de servidores públicos estatutários.

3.2 COMO SE CARACTERIZA A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ENGENHEIRO

A responsabilidade civil caracteriza-se pela denominada responsabilidade subjetiva, isto é, mediante a compro-

vação de culpa (postura negligente, imprudente ou imperita). Vale dizer que não basta a existência de um dano e sua relação de causalidade com o ato, sendo fundamental que seja provado, cabalmente, que aquele dano alegado tenha sido causado em razão de ato negligente, imprudente ou imperito do profissional.

A culpa, à luz da responsabilidade civil é o atuar originário de um procedimento imperito, negligente ou imprudente. Difere do chamado dolo, posto que este se traduz num ato intencional, ou seja, age com dolo toda a pessoa que lesa alguém com o objetivo prévio de fazê-lo.

Um engenheiro será considerado um imperito se, não obstante estiver devidamente habilitado para a Engenharia, ao realizar determinado trabalho não aplicar as técnicas exigidas e recomendáveis para ele, demonstrando assim ausência de conhecimento e domínio técnico.

Um engenheiro será considerado negligente ou imprudente se for provado, e, aliás, é exatamente isso que deve ser provado num processo de responsabilidade civil, ou seja, se o engenheiro agiu com negligência, imprudência ou imperícia. Portanto, sempre que ficar provado que o engenheiro agiu com ausência do seu dever de cautela, através de uma omissão ou ação, será considerado negligente ou imprudente.

Não existe, atualmente, a possibilidade de um engenheiro responder processualmente da mesma forma que as empresas, ou seja, independentemente da existência de culpa. Um profissional liberal, quando processado judicialmente, responderá subjetivamente, isto é, mediante a comprovação de atuar com culpa, podendo acorrer a chamada inversão do ônus da prova no processo, ou seja, cabendo ao profissional

produzir as provas necessárias para elidir a sua culpa, em razão da obrigação de resultado. Todavia, é importante dizer que há uma corrente no Direito que defende que o profissional de engenharia deve responder objetivamente, independentemente de culpa, em razão do chamado risco criado.

A obrigação do engenheiro não é de meio, como a da maioria dos profissionais liberais. Pode-se dizer que a obrigação do engenheiro, em todas as suas especialidades, constitui-se de resultado. Quer dizer que o profissional de engenharia, quando pactua um contrato de trabalho, está assumindo o risco de realizar um determinado fim, como, por exemplo, construir uma edificação ou projetar uma escola. Não basta que utilize todos os seus conhecimentos e todos os meios técnicos disponíveis, é imprescindível que o objetivo final – de funcionalidade – seja alcançado.

3.3 A RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS DE ENGENHARIA

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8078/91, a responsabilidade dos fornecedores de produtos e serviços passou a ser a denominada objetiva, ao contrário da responsabilidade dos profissionais liberais.

A responsabilidade objetiva, estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor - Artigos 12º e 14º. Resultante das relações de consumo, envolvendo o fornecedor de produtos e de serviços (pessoa física e jurídica) e o consumidor, assegura direitos consagrados pela Lei 8.078, que dispõe sobre a Proteção ao Consumidor. O Código responde a uma antiga aspiração da sociedade, visando à garantia de proteção físico-psíquica ao consumidor, incluindo proteção à vida, ao meio ambiente e a proteção no aspecto econômico, detalhan-

do quais são esses direitos e a forma como pretende viabilizar essa proteção. A responsabilidade profissional está, mais do que nunca, estabelecida através do Código de Defesa e Proteção ao Consumidor, pois coloca em questão a efetiva participação preventiva e consciente dos profissionais.

A diferença entre responsabilidade subjetiva e objetiva, em linguagem simples e sucinta, é que na subjetiva é preciso que seja provada a culpa no atuar. Na responsabilidade objetiva não há este requisito. Basta que exista um dano e o nexo de causalidade entre o dano e a prestação do serviço que surgirá o dever de reparar o dano, independentemente da existência de culpa. O engenheiro, embora seja um prestador de serviços, enquadra-se como responsabilidade subjetiva.

O Código do Consumidor, no parágrafo quarto do artigo 14, que diz “*A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa*”, abriu uma exceção para os profissionais liberais, onde estão incluídos, evidentemente, os profissionais engenheiros.

Na prática, a implicação dessas diferenças de responsabilidade é que o engenheiro, ao ser processado sob alegação de erro, somente terá a obrigação de indenizar a suposta vítima se restar comprovada a sua culpa, isto é, que agiu com negligência, imprudência ou imperícia. As empresas terão o ônus de indenizar bastando que haja o dano e o nexo de causalidade. Via de regra, a empresa, quando processada, chama o profissional envolvido no ato que originou o processo para fazer parte da demanda, através de um procedimento jurídico chamado denúncia à lide, ou ingressa com a denominada ação regressiva contra o profissional que entende ter sido o responsável pelo atuar que ensejou o processo.

Embora as empresas sejam responsabilizadas, independentemente de culpa, jamais serão sem o nexo de causalidade entre o evento danoso alegado e a sua prestação de serviço. É mister que haja essa relação causal, sem a qual não há de se falar em responsabilidade civil. É preciso que o serviço prestado seja defeituoso.

Existindo o dano e o nexo de causalidade, as chances de defesa da empresa no processo judicial, como não se discutirá culpa, somente se provando que o nexo causal não existe (é apenas aparente) é que se poderá isentar a empresa do dever de indenizar. Vale dizer, é preciso que se quebre a relação de causalidade, ou seja, se prove que o serviço prestado não foi defeituoso.

A culpa *in eligendo*, trata-se de um termo em latim que significa, no jargão jurídico, a responsabilidade de alguém em escolher outrem para atuar em certo evento. No caso da matéria ora em exame, é a responsabilidade que tem a empresa de escolher os profissionais que irão atuar nos serviços prestados por ela.

A culpa *in vigilando*, igualmente um termo em latim que se traduz na responsabilidade de vigilância por parte da empresa aos profissionais que estão trabalhando sob sua responsabilidade. Nesse item também pode ser incluída a responsabilidade de vigilância por parte dos servidores públicos em relação aos profissionais que estão sob sua responsabilidade.

Portanto, baseado nesses princípios, está correto afirmar que qualquer atitude realizada pelo profissional, seja ele preposto ou não da empresa, poderá ensejar uma ação judicial por parte do lesado direcionada à entidade. O direito de ingressar com uma ação, além de ser amparado legalmente – o que não poderia ser diferente – é também subjetivo, sen-

do correto dizer que qualquer cidadão que em seu psiquê se sinta lesado de alguma forma pode direcionar a demanda judicial para a empresa, que terá que responder objetivamente, ou seja, independentemente de culpa, havendo como defesa para isentar-se a prova de uma das modalidades de exclusão do nexo de causalidade.

A empresa de engenharia e/ou construtora deve, sem dúvida alguma, estar atenta a tudo que acontece em suas dependências e nos locais onde presta os seus serviços, procurar esclarecer a todos os profissionais que nela trabalham periodicamente ou não, no sentido de promover uma atividade pró-ativa permanentemente, orientando e instruindo a todos sobre os principais conceitos jurídicos e éticos que norteiam a profissão. Afinal, prevenir é sempre melhor e mais barato.

É válido, juridicamente, obter do cliente sua assinatura em documento elaborado pelo profissional, constando as orientações e informações peculiares a determinado serviço. Mais do que válido, é fundamental, podendo servir de prova, num eventual processo, de que o cliente fora informado e orientado sobre todos os aspectos que envolveram o trabalho, demonstrando, portanto, a boa-fé e lisura do profissional. Este documento, embora não substitua a realização da perícia num processo judicial, pode ajudar a provar, em juízo, que o profissional cumpriu com o seu dever de informação e orientação, e dependendo do caso concreto, será uma prova tão robusta quanto o laudo pericial.

Em verdade, todos os documentos concernentes ao serviço são importantes. As fotos do local, mostrando o antes e o depois de realizados os serviços, por conseguinte, fazem parte desse bojo. Por isso, são muito importantes e de grande valia em matéria de prova num processo, seja administrativo, seja judicial.

3.4 FORMAS DE SE PROVAR A QUEBRA DO NEXO DE CAUSALIDADE

Isso pode ocorrer pelo menos em três hipóteses, provando-se a ocorrência de caso fortuito ou de força maior ou de um fato exclusivo da vítima ou fato de terceiros.

- fato exclusivo da vítima: como o nome já diz, é aquele originado pela “vítima” e que efetivamente contribui para o evento danoso, isentando de responsabilidade, portanto, o aparente causador do dano. O suposto causador direto do dano (à luz desse estudo, as empresas) é um simples instrumento do acidente. Por exemplo: Uma pessoa ingressa com ação contra uma empresa de engenharia alegando ter sofrido lesão em razão da parede de sua garagem ter desmoronado em seu carro. Porém, averiguado o caso, chega-se à conclusão de que o motorista colidiu com a parede, causando, assim, o desmoronamento.
- caso fortuito ou força maior: embora a legislação encare, praticamente, os dois termos como sinônimos há uma diferença fixada. Segundo a melhor doutrina, caso fortuito é todo aquele imprevisível e, por isso, inevitável, sendo o caso de força maior aquele que pode até ser previsível, porém é inevitável; por exemplo, os fenômenos da natureza, tais como tempestades, furacões, etc.
- fato de terceiro: terceiro, como o nome já sugere, é aquele agente que não tem qualquer vínculo com o aparente causador direto do dano e com a vítima. Não são raros casos em que o atuar de um terceiro é a causa efetiva e adequada do dano causado

a alguém que, num primeiro momento – de inopino – tendência a promover uma ação judicial contra quem está mais perto e que é, aparentemente, o culpado pelo evento danoso. Podemos citar, por exemplo, um caso de equipamento projetado e colocado em funcionamento para realizar determinado procedimento médico e que, em razão de ter sido mal operado, provoca uma lesão no paciente. Não há que se falar em falha no equipamento, na sua projeção, mas sim de um terceiro que o operou sem condições.

Uma empresa de engenharia não pode isentar-se da responsabilidade, fazendo com que a ação judicial recaia sobre o profissional que realizou o ato que deu ensejo à reclamação. Quando a ação judicial é direcionada para a empresa, não há que se falar em prova de culpa; portanto, a alegação de que o dano causado está ligado ao atuar de um determinado profissional é irrelevante, uma vez que o serviço fora prestado. É importante acrescentar, todavia, que existe a possibilidade processual de a empresa chamar para fazer parte do processo o profissional que entende ter sido o responsável pelo evento reclamado. Porém, o efeito prático deste procedimento é, via de regra, criar uma possibilidade antecipada de promover, em face daquele, um procedimento judicial, em razão de condenação sofrida na ação judicial.

3.5 CRITÉRIOS UTILIZADOS PARA AS CONDENAÇÕES EM DANOS MATERIAIS E MORAIS

Os danos materiais precisam ser provados e cingem-se, basicamente, ao pagamento, além de outras despesas

acessórias. Sobre os danos morais, sim, pairam dúvidas e controvérsias até no meio jurídico. O fato é que não existe um dispositivo legal regulando a matéria do arbitramento de tal verba. O entendimento majoritário é que, após a promulgação da Constituição Federal, ficou a critério do julgador a quantificação da verba a título de dano moral, devendo ser este prudente no seu raciocínio, levando em conta a repercussão do dano, a necessidade da vítima e a capacidade/possibilidade econômica do ofensor.

3.6 PRAZOS ESTIPULADOS EM LEI PARA QUE SE POSSA INGRESSAR COM AÇÃO JUDICIAL CONTRA OS PROFISSIONAIS E CONTRA EMPRESAS DE ENGENHARIA

O artigo 618 do Código Civil prevê um prazo de garantia de cinco anos da solidez e segurança da construção para os contratos de empreitada. O Código de defesa do Consumidor também prevê a prescrição de cinco anos. Nesse prazo a culpa do construtor é presumida. A ele cabe provar que não atuou com culpa.

O Código Civil prevê, ainda, no artigo 205, o prazo de 10 anos para o ingresso de ação judicial, porém, vencido o prazo de garantia, a culpa não é presumida.

3.6.1 Responsabilidade do proprietário

Há que se falar, primeiramente, que o dono da obra, isto é, o proprietário, o contratante portanto, dos serviços de construção, está, com este ato, exercitando um direito seu, inalienável, de propriedade. Não se pode olvidar, todavia, que o direito de construir não pode ferir os regulamentos adminis-

trativos e posturas existentes, que variam de lugar para lugar, região para região, levando-se em conta o tipo de obra, bem como os direitos de vizinhança, sob pena de estar extrapolando nesse direito, por óbvio. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de considerar solidária a responsabilidade do dono da obra e do construtor. Vale acrescentar que existe a figura da culpa *in eligendo*, que significa, em vernáculo, a culpa pela escolha, pela eleição. Ora, se o dono da obra escolheu mal, contratou uma empresa de engenharia e/ou construção inidônea, tem responsabilidade solidária por algum evento danoso porventura ocorrido. O lesado poderá acionar o construtor e o dono da obra ou qualquer um deles.

4 CONCLUSÃO

De acordo com a legislação em vigor, pode-se dizer que a obrigação do engenheiro, em todas as suas especialidades, constitui-se de resultados. Isso quer dizer que o profissional de engenharia, quando pactua um contrato de trabalho, está assumindo o risco de realizar um determinado fim.

Com as variáveis existentes e com a legislação em vigor, entende-se que deveria ser repensada essa responsabilidade do engenheiro, para que a atividade fosse considerada de meio, como a de outros profissionais liberais, em virtude de o profissional de engenharia, no exercício de suas atribuições, necessitar de se utilizar de diversas suposições ao se analisar resultados de ensaios e ao realizar cálculos empregados em execução de projetos e obras. Essa discussão torna-se necessária principalmente, para atividades de engenharia, que por seu caráter eminentemente perigoso, mereçam tratamento jurídico distinto das demais em matéria de responsabilidade.

Apesar de a responsabilidade do engenheiro como pessoa física continuar sendo a responsabilidade subjetiva, o fato de a sua obrigação ser de resultados e não de meio, cria certa confusão.

Certo é que, não se pode, nesse momento, identificar, com precisão, o exato sentido para a expressão atividade de risco, porque nem sempre é possível dimensionar o risco que se corre ao se executar determinada atividade de engenharia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENJAMIN, A. H.V. et al. **Comentários ao código de proteção ao consumidor**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1991.

CARVALHO JUNIOR, L. H. **Responsabilidade civil do psiquiatra**. 2003. 157 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Estadual de Maringá, Maringá, 2003.

CARVALHO. M. J. H. et al. **Responsabilidade civil do engenheiro**. In: SEMINÁRIO DE ENGENHARIA URBANA DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MARINGÁ-SEUEM, 1., 2007, Maringá. 12 p.

CONSELHO FEDERAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA – CONFEA. **Resolução n. 1.002, de 26 de novembro de 2002**. Adota o Código de Ética Profissional da Engenharia, da Arquitetura, da Agronomia, da Geologia, da Geografia e da Meteorologia e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.crea-pr.org.br>>. Acesso em: 17 ago. 2016.

COUTO FILHO, ANTÔNIO F.; SOUZA, P. A. **A responsabilidade civil na engenharia**. Disponível em: <<http://www.fne.org.br/rc/pergant.htm>>. Acesso em: 8 dez. 2006.

DIAS, J. A. **Da responsabilidade civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983. v.1.

GONÇALVES, C. R. **Responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Ed.

Saraiva, 1995.

MACHADO, Meyer. A responsabilidade do engenheiro e o novo código civil. **Revista Brasileira de Tecnologia de Petróleo**, Rio de Janeiro, 8 out 2003.

RAMOS FILHO, I. **Responsabilidade civil do engenheiro**: breves considerações. Palestra Sindicato dos Engenheiros –SENGE/SC.

TORRES, M. A., G., PINTO, N. G. F. A responsabilidade civil do construtor: noções básicas. In: SEMINÁRIO MINEIRO DE ENGENHARIA DE AVALIAÇÕES E PERÍCIAS, 6., 2000.

TRANSFERÊNCIAS VOLUNTÁRIAS



O AGENTE DE CONTROLE INTERNO E OS DESAFIOS DAS TRANSFERÊNCIAS

SANTOS, Sandra Analia dos¹

No final do ano de 2013 e, principalmente a partir do ano de 2014, o início de uma nova gestão com visões administrativas conduziu uma série de ações para a efetivação e regulamentação do Controle Interno de Convênios da Secretaria de Estado da Educação do Paraná. Tal fato demonstrou preocupação no atendimento às novas legislações do ano de 2011 do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, sendo elas: Resolução nº 28/2011 alterada pela Resolução nº 46/2014 e Instrução Normativa nº 61/2011, as quais regulamentam a utilização do Sistema Integrado de Transferência – SIT, sistema de informatização para prestação de contas de transferências voluntárias. É importante destacar que este sistema tornou-se obrigatório para os órgãos públicos repassadores e/ou entidades privadas que recebem recursos públicos com celebrações de Termos de colaboração, fomento, convênios, acordos, parcerias e outros instrumentos similares onde são pactuados entre as partes repasses financeiros com dinheiro público, a partir do ano de 2012.

Essa nova estrutura instituída na Secretaria de Estado da Educação do Paraná contou com a reestruturação de uma equipe de analistas e uma coordenação que iniciaram os trabalhos por meio dos levantamentos diagnósticos efetuados pelas situações ocorridas em todas as prestações de contas referen-

¹ Agente de Controle; Secretaria de Estado da Educação do Paraná.

tes aos Termos de Convênios celebrados no ano de 2012 e, suas prestações de contas finalizadas em janeiro de 2013, as quais obtiveram instruções de Contraditórios enviados pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná no início de 2014, tanto por parte dos Convenientes, como pelo Proponente.

Após esse diagnóstico, expedientes foram organizados para que fosse possível elencar dentro do organograma instituído do órgão, as atribuições dos diversos departamentos da Secretaria de Estado da Educação que estão envolvidos com as transferências voluntárias concedidas, desde sua celebração, perpassando pela execução e, indo até a prestação de contas final. É importante ressaltar que estas divisões de funções estavam segregadas e, por meio dessa reestruturação, perfis diferentes foram liberados e regulamentos por Instrução Normativa conforme organização do Sistema Integrado de Transferência – S.I.T do Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Com isso, foi necessário o início de *team work* com os servidores do próprio Controle Interno de Convênios. Saliemta-se o desafio encontrado em manter um grupo coeso pelas diversidades culturais de cada pessoa envolvida nos procedimentos e a ausência de conhecimento técnico e legal dos atos administrativos envolvidos em todo o processo.

Uma das ferramentas importante de trabalho encontrada pela nova coordenação – se não a mais importante de todas - foi o estreitamento das relações, buscando junto ao Tribunal de Contas do Estado do Paraná capacitações para esse grupo que tem presença assídua até os dias de hoje. Essa é uma preocupação constante, pois dessa forma, torna-se possível consolidar o trabalho em equipe com ações planejadas, bem como prepará-la para as adversidades diárias. Após a

estabilização da equipe, este trabalho de formação continuada, estendeu-se aos outros setores da Secretaria criando-se, dessa forma, uma rede de trabalho com vistas à organização das ações e atribuições de funções distintas e bem delimitadas, instituídas por meio de Instruções Normativas, Manuais, rotinas de trabalho, planejamento de ações e reuniões. É importante lembrar sempre o objetivo do atendimento a cada objeto específico dos Termos de Cooperação Técnica e Financeira celebrados, cuidando de cada um como único, por sua especificidade.

Todo esse procedimento foi pensado de forma a satisfazer as necessidades da sociedade que será beneficiada, evidenciando que, se existe uma parceria, todos estão envolvidos e focados pelo objetivo comum. No caso da Secretaria de Estado da Educação, o aluno. Insta salientar que a ausência do objetivo a ser alcançado ou a morosidade ao atendimento ao mesmo, causa danos que são difíceis de serem mensurados, vemos por este viés que o poder público deve dar cumprimento às legislações atendendo também aos prazos legalmente exigidos.

Outro desafio encontrado nesse momento foi o entendimento do Convenente/Tomador em mudar uma cultura posta de que, após o repasse do dinheiro público em conta específica do Termo celebrado “entendia-se erroneamente que tudo poderia fazer ou adquirir sem prestar contas devidamente”. Este paradigma teve que ser rompido com muito diálogo e atendimento individualizado entre a Secretaria e os seus Convenentes. Dessa forma, também em 2014 iniciaram-se junto aos Tomadores/Convenentes capacitações mais efetivas por parte da Secretaria, atendimentos individualizados

quando solicitado pelo Conveniente e o acompanhamento do fiscal dos Termos, mais próximos e participativos. É importante deixar claro e nítido a todas as partes envolvidas da existência de um documento celebrado e assinado entre as partes o qual resulta de interesses mútuos ao atendimento a um único propósito, o da educação de qualidade e para todos, jamais esquecendo a necessidade da transparência na utilização do dinheiro público.

Dando continuidade ao enfrentamento dos desafios, em setembro de 2015, o Ordenador de Despesas da Secretaria de Educação criou e normatizou o Núcleo de Controle Interno, que é formado pela integração das atividades do Controle Interno Administrativo, Controle Interno Avaliativo e do Controle Interno de Convênios, com as atribuições de avaliação da gestão, por intermédio do monitoramento e acompanhamento contábil, orçamentário, financeiro, operacional e patrimonial, e ao apoio do controle externo no exercício de sua missão institucional, sugerindo assim, quando necessário, medidas administrativas cabíveis, quando verificado alguma irregularidade ou ausência de planejamento de ações que possam interferir na legalidade, economicidade, eficiência e eficácia, e economicidade das atividades precípuas da Secretaria.

É um contrassenso pensar que na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu Art. 74, já verifica e sugere a necessidade da existência de Controle Interno nos setores públicos para o auxílio ao Controle Externo e, somente no século XXI no Brasil percebeu-se a importância de Controles Internos em repartições públicas. Isso, fruto da morosidade do cumprimento de suas próprias legislações.

Em suma, é *sine qua non* para que o Agente de Con-

trole possa superar os desafios diários no poder público, uma equipe em sinergia e o comprometimento dos gestores que estejam engajados em sintonia no que tange as atribuições do Agente de Controle Interno de sua jurisdição, fortalecendo-o e garantindo assim, sua plena atuação para que possa evitar ambientes vulneráveis a erros e desvios de condutas processuais para que dessa forma, possa atingir o objetivo de uma gestão pública de excelência.

PARCERIAS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O TERCEIRO SETOR – LEI 13.019/2014 – MARCO REGULATÓRIO DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL (MROSC)

YOSHIKAWA, Sandra Keiko Ikoma¹

1 INTRODUÇÃO

A parceria entre a Administração Pública e as entidades do Terceiro Setor é utilizada, muitas vezes, como instrumento para a execução de projetos previstos nos programas de políticas públicas.

Diante dessa realidade, vivenciada na rotina das atividades administrativas do Controle Interno, no município de São José dos Pinhais, verifiquei a necessidade de uma pesquisa específica visando conhecer e diferenciar as entidades tomadoras de recursos públicos e identificar os instrumentos de parcerias disponíveis no ordenamento jurídico pátrio.

Num primeiro momento abordarei o conceito do chamado Terceiro Setor, cuja definição baseada num caráter residual e genérico é muito criticada pela doutrina.

Os acrônimos associados às entidades sem fins lucrativos serão apresentados dentro do contexto cultural e jurídico. ONG e OSCIP são acrônimos utilizados como sinônimos do Terceiro Setor, porém, resta necessária a compreensão do significado de cada uma das siglas e sua contextualização histórica e legal, já que, como veremos, a utilização popular pode

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade da Indústria – IEL; Chefe da Divisão de Coordenação e Controle/ CSCI, da Prefeitura de São José dos Pinhais.

levar a interpretações equivocadas.

Veremos que existem várias parcerias, que podem ser celebradas entre a Administração Pública e as entidades sem fins lucrativos, porém a cada tipo de parceria o legislador reservou especificidades a depender de titulações e objetos as serem pactuados.

Muito embora, até o ano de 2015, o instrumento de transferência voluntária mais utilizado pela Administração Pública tenha sido o convênio, o repertório jurídico tem à disposição parcerias específicas para Organizações Sociais (OS) e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), as quais serão apresentadas sem a profundidade que o tema pode alcançar, diante da complexidade do assunto.

Na sequência, passarei a explorar a Lei 13.019/2014, de 31 de julho de 2014, o Marco Regulatório da Organização da Sociedade Civil (MROSC), que estabeleceu um novo regime jurídico para as parcerias entre a Administração Pública e o Terceiro Setor.

O nome dado à nova lei motivou a pesquisa do seu nascedouro e a análise dos entendimentos doutrinários acerca da relevância de se criar uma lei específica para parcerias, que, além de dar origem a novos instrumentos, limitou a utilização do convênio administrativo exclusivamente para entes da própria Administração Pública, salvo aqueles previstos na Constituição Federal na área da saúde.

Os instrumentos originados pela Lei 13.019/2014: o Termo de Colaboração, o Termo de Fomento e o Acordo de Cooperação, passam a ocupar posição de destaque, seja pela distinção entre planos de trabalhos de iniciativa das OSC e da Administração Pública, ou pelos dispositivos de transparência e controle exigidos para sua celebração.

A presente pesquisa não tem a pretensão de esgotar o assunto referente a MROSC, tampouco trazer uma doutrina pacificada, já que o pouco tempo de existência e o período de *vacatio legis* dos Municípios não permitem uma avaliação empírica da aplicação da nova lei.

2 TERCEIRO SETOR

2.1 CONCEITO

O termo Terceiro Setor tem origem americana e foi adotado no Brasil a partir dos anos 70, período em que ocorreu um crescimento dos movimentos sociais, cujo objetivo era fornecer, por meio de instituições não estatais, serviços de interesse público, particularmente, de assistência aos mais necessitados.

O conceito simplista do Terceiro Setor caracterizando-o por agrega as organizações sem fins lucrativos revela algo superficial que consigna a negação da finalidade das organizações empresariais capitalistas como principal característica deste setor.

Já de forma crítica à expressão “Terceiro Setor”, Tarso Cabral Violin² entende que ela é vaga, simplista e inadequada, visto que não existe “setorialização” entre Estado e sociedade civil e, caso houvesse, esta deveria ser identificada como Primeiro e não Terceiro Setor, justamente por se tratar da própria sociedade civil.

2 VIOLIN, T.C. Uma análise crítica do ideário do terceiro setor no contexto neoliberal e as parcerias com a administração pública. **RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 13, mar./maio 2008. p.5-6. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 12 out. 2015.

Para Violin definir como Terceiro Setor todas as entidades sem fins lucrativos e, ainda, que não façam parte do Primeiro ou Segundo Setor, ou seja, governo ou mercado, respectivamente, acaba por agrupar entidades heterogêneas e muitas vezes antagônicas, como as entidades que atuam em benefício público e as que atuam em benefício mútuo (privado).

Fernando Borges Mânica³ entende que o Terceiro Setor não deve ser conceituado de maneira ampla e residual, mas sim determinado como uma esfera de ação localizada entre o Estado e o mercado, não podendo ocupar uma posição acima ou abaixo, anterior ou posterior aos demais setores.

Já para Maria Sylvia Zanella di Pietro⁴, o Terceiro Setor reúne “entidades da sociedade civil de fins públicos e não lucrativos.” – trazendo para o conceito o fim público, que afastaria do Terceiro Setor as entidades que desenvolvem atividades de interesse corporativo, as quais, mesmo não tendo a lucratividade como principal fim, buscam o interesse próprio, o interesse privado – e reforçando a negação da finalidade lucrativa

Entendemos que o conceito proposto pelo professor Fernando Borges Mânica, traduz com maior precisão e abrangência deste Setor:

Terceiro Setor como o conjunto de pessoas jurídicas de direito privado, de caráter voluntário e sem fins lucrativos, que (i) desenvolvam atividades de defesa e promoção dos

3 MÂNICA, F.B. Panorama histórico-legislativo do terceiro setor no Brasil. In: CASTRO, Rodrigo Aguirre de; GUIDI, Sílvia Felipe (Org.). **Direito do terceiro setor**: atualidades e perspectivas. Curitiba: OAB/PR, 2006. p. 20. (Coleção Comissões; 4).

4 DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 413.

direito fundamentais ou (ii) prestem serviços de interesse público.⁵

No que tange ao conjunto de pessoas jurídicas de direito privado, no atual ordenamento jurídico, encontramos positivadas duas formas de constituição dessas entidades: as associações e as fundações.

As associações adquirem a condição de direito fundamental na Constituição Federal de 1988, previsto no art. 5º, XVIII, o qual, de forma ampla, dá plena liberdade para sua criação. Porém, diferentes das reuniões, é necessária a continuidade da sua organização, representando “a chave mestra para compreensão da distinção entre a liberdade de associação e a liberdade de reunião”, nas palavras de Rodrigo Xavier Leonardo⁶, o qual destaca que o Código Civil de 2002, em seu art. 53, relaciona três características definidoras da associação, quais sejam: (a) reunião de pessoas organizadas; (b) com ausência de fins econômicos; (c) inexistência, entre os associados, de direitos e obrigações recíprocos sob um regime de igualdade de posições entre os associados.

Por seu turno, as entidades fundacionais nascem da vontade de uma única pessoa - o fundador, oriundas de ato inter vivos ou causa mortis, e nascem com seu patrimônio constituído.

5 MÂNICA, F.B. Panorama histórico-legislativo do terceiro setor no Brasil. In: CASTRO, Rodrigo Aguirre de; GUIDI, Sílvio Felipe (Org.). **Direito do terceiro setor: atualidades e perspectivas**. Curitiba: OAB/PR, 2006. p. 20. (Coleção Comissões; 4).

6 LEONARDO, R.X. A reforma do direito das associações sem fins econômicos pela Lei n. 11.127 de 2005 e o terceiro setor. In: CASTRO, Rodrigo Aguirre de; GUIDI, Sílvio Felipe (Org.). **Direito do terceiro setor: atualidades e perspectivas**. Curitiba: OAB/PR, 2006. p. 163. (Coleção Comissões; 4).

2.2 TERCEIRO SETOR E SEUS DIVERSOS ACRÔNIMOS

Muitos são os acrônimos utilizados para identificar de forma genérica o Terceiro Setor, porém é necessária a sua compreensão e distinção, já que, em alguns dos casos, poderia representar uma espécie do gênero Terceiro Setor.

2.2.1 ONG – Organização Não Governamental

O termo ONG foi utilizado, inicialmente, pela ONU (Organização das Nações Unidas), na Carta das Nações Unidas, elaborada na cidade de São Francisco/EUA, em 1945, conforme os estudos do professor Tarso Cabral Violin⁷, para definir qualquer organização da sociedade civil que não estivesse vinculada a um governo.

A expressão “organização não governamental” nasceu no pós-guerra e foi pouco empregada em contextos políticos ou sociológicos, o termo passou a ser mais utilizado, especialmente pela imprensa, nos anos 90, com os fóruns realizados pela UNCED (United Nations Conference on Ecology and Development) no Brasil, que tiveram cobertura, sobretudo jornalística, robusta, tornando a expressão mais popular.

Chamada de “nome fantasia” pelo professor Tarso Cabral Violin⁸, a expressão “ONG” é associada às entidades sem fins lucrativos, mais politizadas e mais atuantes na defesa e

7 VIOLIN, T.C. **Terceiro setor e as parcerias com a administração pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p.124.

8 Art. 1º O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.

luta pelo reconhecimento de novos direitos, excluindo do conceito as entidades sem fins lucrativos de benefício mútuo.

2.2.2 OS – Organização Social

As Organizações Sociais vinham sendo anunciadas pelo Governo Federal desde o lançamento do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado de 1995.

Organização Social é uma qualificação criada pela Lei Federal nº 9.637/1998, atribuída a uma pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, é um título atribuído a uma associação ou fundação que atenda requisitos previstos na norma supracitada, dentre os quais se destaca, já no seu art. 1º⁹, o objeto social da requerente.

Para Marçal Justen Filho¹⁰, a atuação das entidades do Terceiro Setor no “desenvolvimento de atividades não egoísticas”, movidas pela impossibilidade de atuação plena do Estado no provento das necessidades essenciais, justifica a criação de figuras jurídicas específicas, sendo a Organização Social – OS - uma delas, cujos requisitos não se limitam ao objeto social, mas estendem-se à estrutura administrativa.

A necessidade da inclusão de membros da administração pública no conselho das OS, somada a discricionariedade do Poder Executivo na titulação, pode ter afastado o interesse das entidades de se qualificarem como tal, conforme ressalta

9 Art. 1º O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.

10 JUSTEN FILHO, M. **Comentários** à lei de licitações e contratos administrativos. 14.ed. São Paulo: Dialética, 2010. p.37.

Celso Antonio Bandeira de Mello¹¹, a Administração Pública não está obrigada a conceder o título à requerente, mesmo que esta seja qualificada.

Cabe destacar que poucas Organizações Sociais foram instituídas, o que, para Tarso Cabral Violin¹², resultou na necessidade de criação de um novo instituto com legislação mais simplificada.

2.2.3 OSCIP – Organização da Sociedade Civil de Interesse Público

Tal como a OS, a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – conhecida como OSCIP – é uma qualificação atribuída a entidades do Terceiro Setor que atendam a determinados requisitos legais.

A qualificação OSCIP está prevista na Lei 9.790/1999 que, muito embora estabeleça um sistema muito similar a Lei das OS, apresenta pequenas diferenças, porém, muito significativas, com dispositivos de controle mais complexos do que os previstos para as OS.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹³ entende que a criação de qualificações tão próximas como as OS e OSCIP demonstra “a falta de uniformidade de pensamentos e orientação entre os próprios membros do Governo”; tal proximidade ocorre não só no sentido de serem muito semelhantes em seus requisitos e objetivo, qual seja, a reforma administrativa, mas

11 MELLO, C.A.B. de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 223

12 VIOLIN, T.C. **Terceiro setor e as parcerias com a administração pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 209.

13 DI PIETRO, M.S.Z. **Parcerias na administração pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 264.

principalmente pela proximidade temporal

Tarso Cabral Volin¹⁴, no entanto, aponta o que entende como diferenças básicas entre as OS e as OSCIP, dentre as quais destaco:

- (a) tipo de parceria celebrado com a OS é o contrato de gestão e com a OSCIP é o termo de parceria;
- (b) a ausência do agente público, seja como prestador de serviço ou como dirigente nas OSCIP, ao passo que, nas OS, a diretoria deve ter agentes públicos na sua composição como condição para a qualificação e a cessão de servidores é possível no caso de celebração do contrato de gestão;
- (c) a discricionariedade na decisão de qualificar as OS diferentemente da vinculação dada à qualificação das OSCIP, diante do cumprimento dos requisitos legais, ou seja, fica a critério da Administração pública qualificar como OS uma entidade que atenda os requisitos legais, ao passo que, uma vez atendidos todos os requisitos legais, basta a solicitação da entidade interessada para que lhe seja concedida a qualificação de OSCIP;
- (d) a amplitude das atividades das OSCIP em relação às das OS; além de outras que reforçam o distanciamento das OSCIP em relação à administração pública, desde sua criação até sua administração.

2.2.4 OSC – Organização da Sociedade Civil

A expressão Organização da Sociedade Civil foi ado-

14 VIOLIN, T.C. *Terceiro setor e as parcerias com a administração pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 212.

tada pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), no início da década de 90 e tem o mesmo significado da ONG – termo que se tornou mais conhecido devido ao fato de ser utilizado pela ONU e pelo Banco Mundial.

Porém, diferentemente da ONG, a Organização da Sociedade Civil – OSC – teve sua definição estabelecida na Lei 13.019/2014, art. 2º, I¹⁵, o qual sofreu significativa alteração legal passando a abranger não apenas as associações e as fundações, mas também entidades díspares às inicialmente identificadas, como é o caso das cooperativas sociais, criadas no Brasil por meio da Lei 9.867/1999.

Destoa do conceito de OSC a inclusão das cooperativas sociais justamente pela possibilidade de distribuição de lucro entre os cooperados, muito embora a inclusão social destes seja o principal objetivo das cooperativas sociais.

Luciana Tasse e Maíra Fajardo Linhares Pereira¹⁶ diferenciam as cooperativas sociais, chamadas de populares, das cooperativas comuns, essencialmente, pelo objetivo de inclusão social dos marginalizados, trazendo em sua gênese a condição do cooperado como provedor e como beneficiário.

Outra categoria de entidade incluída no conceito de OSC, por meio da Lei 10.204/2015, é a das organizações re-

15 Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - organização da sociedade civil: pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva;

16 TASSE, L. PEREIRA, M.F.L. **Cooperativas populares**: uma análise crítica da legislação cooperativista com base no direito como integridade. Disponível em: <www.publicadireito.com.br>. Acesso em: 25 mar. 2016.

ligiosas dedicadas ao interesse público e social, excluídas as destinadas a fins exclusivamente religiosos.

Portanto, as OSC são, por definição legal, as entidades sem fins lucrativos, cujos lucros ou excedentes devem ser empregados diretamente em seu objeto social de interesse público, as cooperativas sociais e as instituições religiosas com atuação direta nos projetos sociais de interesse público.

3 PARCERIA DO TERCEIRO SETOR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O termo parceria não é jurídico e compreende a união de esforços entre o poder público e privado para a consecução de interesses comuns, que exige uma relação de confiança e lealdade recíprocas entre o Estado e o Terceiro Setor, objetivando a mútua concordância em torno de propósitos comuns.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁷, parceria: *“é uma expressão extremamente genérica, [...] insuficiente para permitir identificar o instituto jurídico que estaria em causa.”*

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁸ usou o vocábulo parceria para designar todas as formas de sociedade entre setor público e privado, sem a formação de uma nova pessoa jurídica, cujo fim seja o interesse público, em destaque, o social. Entre os objetivos da parceria, elencados pela autora, verifica-se a redução do aparelhamento do Estado.

Foi a Reforma Gerencial de 1995 a catalisadora de mudanças significativas na Administração Pública, cujo principal objetivo era melhora da eficiência no serviço público, por meio

17 MELLO, C.A.B. de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 223

18 DI PIETRO, M.S.Z. **Parcerias na administração pública**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 40

da adoção de um modelo de administração gerencial, em detrimento da administração burocrática então existente no país.

Conforme Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁹, essa reforma faz surgir, entre outras figuras jurídicas, os “contratos de gestão”, o qual é espécie do gênero parcerias, assim como o convênio, o termo de parceria, e agora também, o Termo de Colaboração, Termo de Fomento e Acordo de Cooperação.

3.1 CONVÊNIOS

O convênio administrativo é um ajuste celebrado entre entidades públicas de qualquer espécie, visando à consecução de objetivos de interesse comum, o ajuste não pode ser confundido com o contrato administrativo, visto que este tem como característica os objetivos opostos do contratante e do contratado, ao passo que o convênio administrativo trata de ajustes de interesses coincidentes.

Para Marçal Justen Filho²⁰ o fundamento jurídico dos convênios advém do art. 241 da Constituição Federal de 1988²¹, que incentiva os convênios na Administração Pública.

Conforme explica Francisco Assis Alves²², a Lei 8.666/1993 estabelece regras que devem ser seguidas por ocasião da celebração do convênio: (a) a prévia aprovação do plano de trabalho, proposto pela entidade interessada, no

19 MELLO, C.A.B. de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 221

20 JUSTEN FILHO, M. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 952.

21 Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

22 ALVES, F.A. **Fundações organizações sociais agências executivas**. São Paulo: LTR, 2000. p.142.

qual deverá constar, no mínimo, a identificação do objeto a ser executado, o plano de aplicação dos recursos financeiros, o cronograma de desembolso, os prazos de execução, as fases e etapas do programa; (b) a identificação do Termo de Convênio, após a sua assinatura, ao respectivo Poder Legislativo do concedente do recurso financeiro; (c) a possibilidade de suspensão dos repasses no caso de desvio de finalidade na aplicação dos recursos, irregularidade na aplicação das parcelas ou não atendimento das medidas saneadoras propostas pelo concedente de recursos ou pelos órgãos fiscalizadores; (d) a obrigatoriedade de aplicação financeira dos recursos enquanto não utilizados; (e) a devolução em trinta dias, a contar da data da extinção da parceria, de todo o saldo financeiro do convênio.

Note-se que, diferentemente do contrato administrativo, nos convênios os recursos financeiros são repassados antes da execução do objeto pactuado, devendo o tomador de recursos fazer a prestação de contas.

No ensinamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro²³, “as verbas repassadas **não** têm a natureza de preço ou remuneração que uma das partes paga à outra em troca de benefício recebido.” (meu grifo). Em outras palavras, o recurso repassado não perde sua característica de dinheiro público, e o seu tomador está obrigado a prestar contas não só ao repassador da verba, como também ao Tribunal de Contas, com base no art.70, parágrafo único, da Constituição Federal.

3.2 CONTRATO DE GESTÃO

Na visão de Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁴, o contrato

23 DI PIETRO, M.S.Z. **Parcerias na administração pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 251.

24 *Ibid.*, p. 268.

de gestão surge da necessidade de modernizar a Administração Pública, porém se tornou uma espécie de parceria de difícil abordagem, destacando-se, inicialmente, a diversidade e especificidade das regulamentações, fruto do surgimento de um contrato específico a cada situação pontual, seja do ponto de vista da administração ou das entidades conveniadas.

Os contratos de gestão são instrumentos utilizados para estabelecer um vínculo jurídico entre o poder público e as entidades tituladas como OS, cabendo àquela a cessão de bens públicos, recursos orçamentários e até servidores públicos às OS, aos quais caberá a execução das atividades de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura ou saúde, atendendo às metas e aos prazos previamente pactuados no plano de trabalho proposto pelas OS.

A necessidade ou não de seleção, por meio de licitação, das OS com as quais serão celebrados contratos de gestão suscita divergência na doutrina, que de acordo Marçal Justen Filho²⁵ entende haver intenção do legislador “de não submeter à prévia licitação os contratos de gestão.”, intenção corroborada pela própria Lei 9.637/1998 ao introduzir, no elenco do art. 24 da Lei 8.666/1993 (inciso XXIV), a possibilidade de dispensa de licitação para os contratos de gestão celebrados com as OS.

O que, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁶, dá inteiro arbítrio ao poder público para a escolha da entidade a ser qualificada, ferindo o princípio da isonomia entre os possíveis

25 JUSTEN FILHO, M. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 39-40.

26 DI PIETRO, M.S.Z. **Parcerias na administração pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 251.

interessados.

Celso Antonio Bandeira de Mello²⁷ assevera a inconstitucionalidade dos contratos de gestão, tendo em vista a possibilidade da transferência de bens públicos, recursos financeiros e humanos a bem de entidades particulares, escolhidas a juízo do administrador, e entende que o descumprimento da Constituição Federal, especialmente do seu art. 37, possibilita a invalidação das qualificações das OS por meio de ações populares.

3.3 TERMO DE PARCERIA

O termo de parceria foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio por meio da Lei 9.790/1999, definindo-o como um instrumento firmado entre a Administração Pública e as OSCIP.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁸, a estrutura das parcerias celebradas entre o poder público e as OSCIP apresenta-se “de forma mais adequada e está sujeita a requisitos mais rígidos.”, visto que a Lei 9.790/1999 define, para seus fins, as entidades em condições de receber a qualificação de OSCIP (são excluídas as destinadas a benefícios mútuos, como sindicatos e organizações partidárias, as com fins lucrativos, bem como as OS, cooperativas e fundações públicas, e são delimitadas, no seu art. 3º, as áreas de atuação permitidas às qualificadas).

A autora ressalta, também, que os termos de parceria são celebrados com entidades (OSCIP), cuja capacidade técnica, financeira e fiscal deve ser comprovada na sua qualificação, evitando “que entidades fantasmas, sem qualquer pa-

27 MELLO, C.A.B. de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 241.

28 DI PIETRO, M.S.Z. **Parcerias na administração pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 272-273.

trimônio e sem existência real, venham a pleitear o benefício.”

Ainda, sob o comparativo legal entre os dois instrumentos, contrato de gestão e termo de parceria, destaca-se a relevância, neste último, da necessidade da seleção das OSCIP por meio de concurso de projetos, com critérios objetivos de avaliação, e da consulta aos conselhos de políticas públicas.

3.4 TERMO DE FOMENTO, TERMO DE COLABORAÇÃO E ACORDO DE COOPERAÇÃO

O art. 2º, inciso III, da Lei 13.019/2014 define parceria, abrangendo um conjunto de direitos, responsabilidades e obrigações decorrentes de relação jurídica formal entre Administração Pública e OSC, em regime de cooperação mútua e interesse público recíproco, cujo instrumento pode ser o termo de fomento, o termo de colaboração ou o acordo de cooperação.

De acordo com Gustavo Justino Oliveira e Carolina Filipini Ferreira²⁹ os instrumentos termo de colaboração e termo de fomento acabam por substituir os convênios nas parcerias entre o Estado e as OSC, muito embora, completam os autores, ambos diferenciem-se apenas em relação à autoria do plano de trabalho.

Sob a mesma ótica, Maria Sylvia Zanella di Pietro³⁰ elenca os principais aspectos que igualam os dois instrumentos: (a) o fato de serem instrumentos de parceria entre a Administração Pública e as OSC; (b) a exigência de chamamen-

29 OLIVEIRA, G.J.; FERREIRA, C.F. **Parcerias do estado com o terceiro setor**: impacto da lei 13.019/2014 sob o enfoque da insegurança jurídica e instabilidade das relações. Disponível em: <www.migalhas.com.br>. Acesso em: 29 mar. 2016.

30 DI PIETRO, M.S.Z. **Parcerias na administração pública**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 299.

to público para a consecução de ambos; (c) a finalidade de interesse público; (d) o respeito aos conceitos de contrato de gestão e termo de parceria firmados com as OS e as OSCIP, respectivamente.

O ponto que difere estes dois instrumentos é a iniciativa e elaboração dos planos de trabalho, já que no termo de colaboração cabe a Administração Pública e no termo de fomento as OSC.

O outro instrumento criado pela Lei 13.019/2014 é o acordo de cooperação, previsto no inciso VIII-A, do art. 2º como instrumento de celebração de parcerias que não envolvam a transferência de recursos financeiros.

4 LEI 13.019/2014 – O MARCO REGULATÓRIO DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL (MROSC)

O Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil – MROSC – é, de acordo com a Secretaria da Presidência da República³¹, uma agenda política com o objetivo de aperfeiçoar o ambiente jurídico das parcerias entre o Estado e as OSC.

A reforma gerencial de 1995 revelou novas relações jurídicas entre o Estado e a sociedade civil envolvendo, especialmente, as OS e as OSCIP, conforme apresentado no item precedente.

Contudo, a possibilidade da transferência de recursos públicos, por meio de convênios, contratos de gestão ou termos de parceria, despertou a voracidade da corrupção, refle-

31 BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Governo. **Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil**: Cartilha da MROSC. Brasília, 2014. Disponível em: <www.secretariageral.gov.br>. Acesso em: 23 fev. 2016.

tida nos escândalos investigados pelo Senado Federal com a instalação da “CPI das ONGs”, em 2007, baseada no Requerimento 201/2007, de autoria do senador Heráclito Fortes e outros³², cuja conclusão pelo arquivamento somente ocorreu em outubro de 2010.

Segundo Gustavo Justino de Oliveira e Carolina Filipini Ferreira³³, do relatório final desta CPI “surge a propulsora justificativa da lei 13.019/14.”

O Projeto de Lei do Senado 649/2011³⁴, apresentado em outubro de 2011, revela na sua justificação que:

O objetivo geral desta proposição é tornar transparentes, eficientes e eficazes no tocante às parcerias para desenvolvimento de ações de interesse comum, visando ao melhor atendimento das demandas sociais.

Com efeito, entre 2010 e 2012, o Grupo de Trabalho (GT) “Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil”³⁵, instaurado pelo Poder Executivo, desenvolveu um anteprojeto de lei estabelecendo regras sobre transferência voluntária de recursos públicos às OSC, instituindo o Termo de Fomento e o Termo de Colaboração como os instrumentos que substituiriam o convênio.

32 BRASIL. Senado Federal. Atividade Legislativa. **Requerimento n. 201, 2007. Relatório Final**. Brasília, 2007. Disponível em: <www.senado.leg.br>. Acesso em: 13 abr. 2016.

33 OLIVEIRA, G.J.; FERREIRA, C.F. **Parcerias do estado com o terceiro setor**: impacto da lei 13.019/2014 sob o enfoque da insegurança jurídica e instabilidade das relações. Disponível em: <www.migalhas.com.br>. Acesso em: 29 mar. 2016.

34 BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei 649 de 2011**. Disponível em: <www.senado.leg.br>. Acesso em: 18 abr. 2016, p.44.

35 VIEIRA, O.V.; LOPES, J.R.L. **Síntese**: marco regulatório das organizações da sociedade civil cenário atual e estratégias de avanço. Jun/2013. Disponível em: <www.secretariageral.gov.br>. Acesso em: 5 out. 2015.

4.1 MEDIDAS MORALIZADORAS

Já mencionamos, anteriormente, no presente trabalho, as palavras de Maria Sylvia Zanella di Pietro³⁶, para quem as parcerias entre o Estado e as OSC “têm sido campo fértil para os desvios dos objetivos que justificam a celebração de parcerias [...]; e, principalmente, têm provocado o desvio de vultosos recursos públicos”.

Segundo a autora, o MROSC adota medidas que, no seu entender, podem contribuir para a moralização dessa relação jurídica público-privado.

Entre as medidas destacadas, encontra-se a imposição de procedimentos que garantam a transparência das parcerias, desde a sua previsão nas leis orçamentárias, estabelecidas no art. 9º, até a divulgação, por meio eletrônico, tanto pela Administração Pública quanto pelas OSC, das parcerias celebradas, normatizada nos arts. 10 e 11, reforçando, assim, o estabelecido na Lei 12.527/2011, conhecida com Lei de Acesso à Informação.

O chamamento público é, também, considerado relevante pela professora: conceituado no art. 2º, inciso XII, está investido dos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

O MROSC regulamenta o chamamento nos seus artigos 23 a 32, elencando:

- (a) os requisitos mínimos do edital de convocação;
- (b) seu caráter competitivo com garantia da ampla par-

36 DI PIETRO, M.S.Z. **Parcerias na administração pública**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.310.

ticipação;

(c) o prazo mínimo de antecedência na divulgação do edital;

(d) os casos de dispensa e de ineligibilidade.

De se ressaltar, por fim, a previsão do monitoramento e da avaliação, os quais, nos termos da lei, serão exercidos pela Administração Pública por meio do gestor, agente público responsável pelo controle e fiscalização de determinada parceria, e de uma comissão permanente criada com a finalidade de monitorar e avaliar as parcerias.

Os conselhos de políticas públicas e o controle social foram legitimados pelo MROSC com o intuito de acompanhar e fiscalizar as parcerias, independentemente da fiscalização exercida pela Administração Pública e seus órgãos de controle, conforme art. 60 da lei.

Porém Maria Sylvia Zanella di Pietro alerta que tais medidas moralizadoras somente cumprirão seu papel de combate à corrupção “se devidamente monitoradas pelos órgãos de controle, [...]”³⁷.

5 CONCLUSÃO

Vemos o aumento na quantidade de entidades do Terceiro Setor, em especial das OSC, cuja principal motivação pode ser atribuída em razão da ausência do Estado nas regiões periféricas, onde a demanda por serviços de interesse sociais é maior.

Esse crescimento não se limita à quantidade, mas também à qualidade das entidades, as quais passaram a demonstrar mais organização e expertise nos seus serviços, deixando

37 DI PIETRO, M.S.Z. **Parcerias na administração pública**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 310.

de atuar de forma complementar e acessória e assumindo o papel principal no atendimento dos serviços públicos, em especial os de assistência social, saúde e educação.

Desde a reforma administrativa de 1995, foram criados instrumentos legais voltados a um modelo de administração gerencial mais eficiente e menos burocrático, permitindo o repasse de recursos públicos ao Terceiro Setor.

Porém, esses instrumentos não foram eficazes na proteção do bom uso do recurso público, tampouco garantiram a segurança jurídica às entidades.

O contrato de gestão, o qual permite ao gestor público a discricionariedade na intitulação das OS, dispensa o critério objetivo na escolha do tomador de recursos públicos, possibilitando, assim, o repasse destes às entidades “escolhidas” por conveniência.

Já o termo de parceria, celebrado com as OSCIP, exige um processo de escolha (concurso de projetos); porém, a forma de prestação de contas dos recursos públicos repassados possibilitou o desvio de vultosa quantia do Erário.

Outro instrumento muito utilizado pelo Poder Público era o convênio, o qual engessava as entidades conveniadas, pois eram aplicadas as mesmas regras dos convênios entre os entes da Administração Pública, burocratizando as parcerias.

Diante desse quadro, o MROSC busca regulamentar as parcerias entre a Administração Pública e as OSC deixando claro seu regime de mútua colaboração e, principalmente, a finalidade de interesse público.

Os principais motivadores para a criação do MROSC foram: a necessidade de segurança jurídica para as OSC, que passam a ter uma norma específica para as parcerias cele-

bradas com a Administração Pública; e a necessidade de uma norma moralizadora, que garante transparência e probidade no emprego dos recursos públicos repassados.

Portanto, é possível concluir que as OSC representam a possibilidade de acesso aos direitos sociais para muitos que se encontram em situação de abandono pelo Estado, o qual se mostra ineficiente para oferecer os serviços de assistência social, educação, cultura e saúde às comunidades mais distantes dos centros administrativos.

Sendo assim, as parcerias administrativas acabam sendo a forma mais ágil e eficaz de garantir o direito constitucional da dignidade da pessoa humana, com o resgate da autoestima dos menos favorecidos e marginalizados.

Cabe, portanto aos órgãos de fiscalização o acompanhamento e fiscalização no que tange ao limite do uso destas parcerias, para que não sejam utilizadas como uma forma principal de disponibilidade de serviços públicos, o que caracterizaria a terceirização, permitindo que as parcerias sejam utilizadas de maneira a complementar os serviços públicos.

Não obstante a fiscalização institucional e social resta necessária a conscientização das OSC no sentido de promover total transparência na utilização dos recursos públicos repassados, o que trará o seu fortalecimento para buscar não somente os recursos públicos, mas também o interesse e investimento do particular.

REFERÊNCIAS

ALVES, F.A. **Fundações organizações sociais agências executivas**. São Paulo: LTR, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição:** República Federativa do Brasil. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25 mar. 2016.

_____. **Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998.** Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 fev. 2016.

_____. **Lei n. 9.867, de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre a criação e o funcionamento de Cooperativas Sociais, visando à integração social dos cidadãos, conforme especifica. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 19 abr. 2016.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. **Lei n. 13.019, de 31 de julho de 2014.** Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis nos 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25 mar. 2016.

_____. Presidência da República. Secretaria de Governo. **Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil:** cartilha da MROSC. Brasília, 2014. Disponível em: <www>.

secretariageral.gov.br>. Acesso em: 23 fev. 2016.

_____. Senado Federal. Atividade Legislativa. **Requerimento n. 201, 2007. Relatório Final**. Brasília, 2007. Disponível em: <www.senado.leg.br>. Acesso em: 13 abr. 2016.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 649, de 2011**. Disponível em: <www.senado.leg.br>. Acesso em: 18 abr. 2016, p.44.

CAVARARO, R.(org). As fundações privadas e associações sem fins lucrativos no Brasil: 2010. **Estudos & Pesquisas**, Rio de Janeiro, v. 20, 2012. Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em: 20 out. 2015.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Parcerias na administração pública**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Parcerias na administração pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

JUSTEN FILHO, M. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14.ed. São Paulo: Dialética, 2010.

LANDIM, L. **A Invenção das ONGS: do serviço invisível à profissão impossível**. Rio de Janeiro. 239 f. Tese (Doutorado em Antropologia Social). Museu Nacional, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <www.scielo.br>. Acesso em: 22 fev. 2016.

LEONARDO, R.X. A reforma do direito das associações sem fins econômicos pela Lei n. 11.127 de 2005 e o terceiro setor. In: CASTRO, Rodrigo Aguirre de; GUIDI, Sílvio Felipe (Org.). **Direito do terceiro setor: atualidades e perspectivas**. Curitiba: OAB/PR, 2006. 221 p. (Coleção Comissões; 4).

MÂNICA, F.B. Panorama histórico-legislativo do terceiro setor no Brasil. In: CASTRO, Rodrigo Aguirre de; GUIDI, Sílvia Felipe (Org.). **Direito do terceiro setor**: atualidades e perspectivas. Curitiba: OAB/PR, 2006. 221 p (Coleção Comissões; 4).

_____. **Terceiro setor e imunidade tributária**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MELLO, C.A.B. de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

OLIVEIRA, G.J.; FERREIRA, C.F. **Parcerias do estado com o terceiro setor**: impacto da lei 13.019/2014 sob o enfoque da insegurança jurídica e instabilidade das relações. Disponível em: <www.migalhas.com.br>. Acesso em: 29 mar. 2016.

TASSE, L.PEREIRA, M.F.L. **Cooperativas populares**: uma análise crítica da legislação cooperativista com base no direito como integridade. Disponível em: <www.publicadireito.com.br>. Acesso em: 25 mar. 2016.

VIEIRA, O.V.; LOPES, J.R.L. **Síntese**: marco regulatório das organizações da sociedade civil cenário atual e estratégias de avanço. Jun/2013. Disponível em: <www.secretariageral.gov.br>. Acesso em: 5 out. 2015.

VIOLIN, T.C. **Terceiro setor e as parcerias com a administração pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p.124.

_____. Uma análise crítica do ideário do terceiro setor no contexto neoliberal e as parcerias com a administração pública. **RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 13, mar./maio 2008. p.5-6. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 12 out. 2015.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

BID	BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO
CPI	COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUERITO
GT	GRUPO DE TRABALHO
IBGE	INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA
MROSC	MARCO REGULATÓRIO DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL
ONG	ORGANIZAÇÃO NÃO GOVERNAMENTAL
ONU	ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS
OS	ORGANIZAÇÃO SOCIAL
OSC	ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL
OSCIP	ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO
UNCED	UNITED NATIONS CONFERENCE



69 ANOS



ISBN 978-85-85718-09-1

9 788585 718091