

CONTROLE **EM FOCO** **REVISTA DO MPC-MG**

Belo Horizonte | v. 4 | n. 8 | jul./dez. 2024



MPC-MG

Ministério Público de Contas
do Estado de Minas Gerais

CONTROLE
EM FOCO
REVISTA DO MPC-MG

CONSELHO EDITORIAL

Antonio Augusto Junho Anastasia

Daniela Mello Coelho Haikal

Denilson Feitoza Pacheco

Edilson Vitorelli Diniz Lima

Élida Graziane Pinto

Elke Andrade Soares de Moura

Jamile Bergamaschine Mata Diz

José Maurício Conti

Juarez Freitas

Luís Carlos Balbino Gambogi

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen

Marcílio Barenco Corrêa de Mello

Maria Coeli Simões Pires

Maria Tereza Fonseca Dias

Marilda de Paula Silveira

Sebastião Helvecio Ramos de Castro

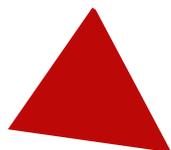
FICHA CATALOGRÁFICA

Controle em Foco: Revista do MPC-MG.

Ano 4, n. 8 (jul./dez. 2024). Belo Horizonte: Ministério Público de Contas de Minas Gerais, 2024.

Periodicidade semestral (2024).

ISSN Online: 2966-0173



EDITORIAL

Apresentamos aos profissionais do controle externo e à comunidade acadêmica a 8ª edição da revista **Controle em Foco**, o periódico semestral do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais.

Como de costume, esta edição é composta por **artigos de opinião**, escritos pelos procuradores do MPC-MG, por **artigos de jurisprudência comentada**, da lavra de profissionais de excelência convidados pela Comissão Editorial, e por **artigos científicos**, com temáticas variadas que dão continuidade ao nosso desafio de trazer temas relevantes e atuais que envolvem o controle externo da administração pública.

Aproveitamos este espaço para comunicar a continuidade do processo de profissionalização da revista, com início da utilização da plataforma *Open Journal System (OJS)*, *software* de código aberto que promove acesso livre para gerenciamento e publicação de periódicos científicos.

Desde o mês de fevereiro deste ano, está disponível a plataforma digital do periódico, pelo seguinte endereço: <https://revista.mpc.mg.gov.br/controleemfoco/>. Por meio desse canal, passa a ser possível ao público externo submeter um artigo para publicação e ter acesso à edição atual e edições anteriores, às normas para publicação e aos editais de chamamento, entre outras informações relevantes.

Ainda, em setembro deste ano, nossa Comissão Editorial participou do minicurso “Gestão de Periódicos, Boas Práticas Editoriais e Uso da Plataforma OJS 3”, promovido pela Escola de Contas do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais e ministrado pela professora Millena Souza Farias, da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). O objetivo do curso foi capacitar os participantes para o uso da plataforma OJS 3.0, além de aperfeiçoar as práticas editoriais e a gestão da revista científica.

Registramos nosso compromisso de contínuo aperfeiçoamento com o objetivo de dotar a revista **Controle em Foco** de relevância e impacto institucional.

Desejamos a todos uma ótima leitura!

Marcílio Barenco Corrêa de Mello
Procurador-Geral do MPC-MG

Cristina Andrade Melo
Procuradora do MPC-MG
Editora da revista *Controle em Foco*: Revista do MPC-MG

CORPO EDITORIAL

EDITORA

Cristina Andrade Melo

COMISSÃO EDITORIAL

Ana Carolina de Souza e Silva

Maria Tereza Fonseca Dias

Izabella Cunha Velloso

REVISÃO

Lílian de Oliveira

COLABORADORES

André Augusto Costa Zocrato

Bruna Gontijo Pellegrino

Vívian de Paula

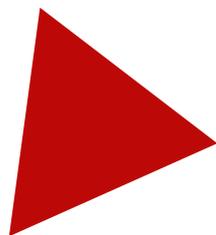
DIAGRAMAÇÃO

André Luiz de Oliveira Junior

Lívia Maria Barbosa Salgado

SUORTE TI

Juan Karlos Freitas Diniz



SUMÁRIO

ARTIGOS DE OPINIÃO

Cristina Andrade Melo

Piso salarial dos profissionais da educação: controvérsias e controle pelos tribunais de contas | **PÁGINA 8**

Daniel de Carvalho Guimarães

Breves notas sobre o novo ICMS Educação em Minas Gerais | **PÁGINA 15**

Elke Andrade Soares de Moura

Ministério Público de Contas no Brasil e no direito comparado como instrumento de legitimidade da jurisdição de contas públicas | **PÁGINA 23**

Marcílio Barenco Corrêa de Mello

A gestão pública e o controle: uma visão realista na era do consensualismo | **PÁGINA 29**

Maria Cecília Borges

Lagoa da Pampulha: no coração de Belo Horizonte (MG), um patrimônio que reclama restauração e participação | **PÁGINA 35**

Sara Meinberg Schmidt de Andrade | Diego Felipe Mendes Abreu de Melo

O papel do Ministério Público de Contas no controle social democrático perante os tribunais de contas | **PÁGINA 40**

ARTIGOS DE JURISPRUDÊNCIA

Cibelly Farias | Tema 542: o alcance da licença-maternidade às agentes políticas à luz da jurisprudência do STF | **PÁGINA 46**

Ruy Marcelo | ADPF 708 e a repercussão do dever estatal de enfrentamento climático nos tribunais de contas | **PÁGINA 51**

ARTIGOS CIENTÍFICOS

Fábio Lins de Lessa Carvalho | Nyanne Lays de Oliveira Lima | Reflexões sobre o papel do concurso público no direito brasileiro | **PÁGINA 58**

Gabriela Verona Pércio | Contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual: licitação ou contratação direta? | **PÁGINA 73**

Glaucus Leonardo Veiga Simas | Izabella Lima Diniz | Das responsabilidades na contratação integrada e semi-integrada: análise do artigo 22, § 4º, da Lei nº 14.133/2021 | **PÁGINA 85**

Licurgo Mourão | Ariane Shermam | Prescrição e violação da coisa julgada: a preservação da competência corretiva dos tribunais de contas e de cláusula pétrea constitucional | **PÁGINA 99**

Rosana Beatriz Gonçalves | Nova lei de licitações e contratos administrativos e o controle externo: análise da constitucionalidade dos deveres e/ou limitações impostos aos tribunais de contas | **PÁGINA 113**

Silaine Karine Vendramin | Laércio Dias Franco Neto | Atuação do Ministério Público de Contas do Pará na avaliação de políticas públicas: o caso da política estadual educacional de proteção dos direitos da pessoa com transtorno do espectro autista | **PÁGINA 142**

Artigos de opinião

PISO SALARIAL DOS PROFISSIONAIS DA EDUCAÇÃO: CONTROVÉRSIAS E CONTROLE PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS



Cristina Andrade Melo

Procuradora do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais (MPC-MG). Graduada em Direito e Mestre em Direito Administrativo, ambos pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Editora-chefe da Revista Controle em Foco, do MPC-MG. Diretora-tesoureira da Associação Nacional do Ministério Público de Contas (Ampcon).

É consenso entre os especialistas que a tão almejada educação pública de qualidade, que efetivamente garanta a aprendizagem dos alunos, passa pelo financiamento adequado, que dê conta, sobretudo, da implementação da valorização dos profissionais da educação em sua tríade: carreira, formação e remuneração.

No plano normativo, é de se notar que a Constituição da República de 1988 (CR/88), em sua redação original, enunciava, no art. 206, inciso V, como princípio a valorização dos profissionais de ensino, garantido, na forma da lei, plano de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, assegurado regime jurídico único para todas as instituições mantidas pela União.

Embora a vinculação de receitas resultante de impostos no percentual de, no mínimo, 25% para aplicação na manutenção e desenvolvimento do ensino por parte dos estados, municípios e Distrito Federal (art. 212) seja considerada um instrumento garantidor de estabilidade e previsibilidade ao financiamento de política pública de tamanha envergadura, a mera vinculação de recursos não foi suficiente para garantir a oferta adequada da educação básica em razão, sobretudo, das diferenças socioeconômicas entre as regiões brasileiras. Por essa razão, oito anos após a promulgação da atual Constituição, foi criado o primeiro fundo contábil com a finalidade de universalizar o ensino fundamental e valorizar o magistério, por meio da Emenda Constitucional nº 14, de 12 de setembro de 1996, de caráter transitório, por 10 anos (art. 60 e parágrafos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT).

Fulvia Helena de Gioia lembra que o pleito nacional por medidas efetivas de valorização do magistério, tal como garantidas na Constituição e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação, “resultou na assinatura do Pacto de Valorização do Magistério e Qualidade da Educação, em 1994, uma das decorrências do compromisso internacional assumido pelo Brasil na Conferência de Jomtiem (Tailândia)”¹, o que acabou por culminar na criação do primeiro fundo educacional na era da CR/88.

1 GIOIA, Fulvia Helena de. **Tributação & custeio da educação pública**. São Paulo: Juruá, 2018. p. 109.

Assim, como uma espécie de subvinculação, *parte dos recursos* que os estados, o Distrito Federal e os municípios devem destinar na forma do art. 212 foi reservada para formação de um fundo de natureza contábil para ser aplicado na educação de maneira redistributiva, com objetivo de dotar o financiamento da política pública educacional de equidade ao garantir que, dentro de um mesmo estado, todos os municípios recebessem a mesma quantidade de recursos por alunos efetivamente matriculados, de acordo com o censo escolar mais atualizado.

Inicialmente chamado Fundef (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do *Ensino Fundamental* e de Valorização do Magistério), o fundo vigorou entre 1998 e 2006, período em que a nova sistemática de redistribuição dos recursos destinados ao ensino fundamental passou a valer. A lei regulamentadora do Fundef (Lei nº 9.424/1996) dispôs que 60% dos recursos do fundo, incluída a complementação da União, quando for o caso, deveriam ser utilizados para a remuneração dos profissionais do magistério, em efetivo exercício de suas atividades no ensino fundamental público.

Como o contexto de formação do primeiro fundo está intimamente ligado aos anseios e pleitos de valorização do magistério e qualidade da educação, temas permanentes quando o assunto é educação pública no Brasil, o Fundef, findando o seu breve período de vigência, foi substituído e ampliado pelo Fundeb (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da *Educação Básica* e de Valorização dos Profissionais da Educação), nos termos da Emenda Constitucional nº 53, de 19 de dezembro de 2006, previsto também de modo temporário no art. 60 do ADCT da CR/88 para vigorar até 31 de dezembro de 2020. Da mesma forma que a antecessora, a lei que regulamentou o Fundeb (Lei nº 11.494/2007) estabeleceu a subvinculação de 60% dos recursos anuais totais dos fundos ao pagamento da remuneração dos profissionais do magistério da educação básica em efetivo exercício na rede pública.

A mesma EC nº 53/2006 desmembrou o art. 206, inciso V, para destacar, em inciso próprio (VIII), como “princípio” do ensino, o “piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal”.

Passados 20 anos do Fundeb dito “temporário”, a Emenda Constitucional nº 108, de 26 de agosto de 2020, finalmente conferiu ao Fundeb o caráter permanente ao inserir, no corpo da Constituição (e não no ADCT), o art. 212-A, com a mesma lógica que orientou sua criação em 1996, qual seja, a formação de um fundo contábil, mas agora mais equitativo e redistributivo, pois parte da complementação da União, que passou de 10% para 23%, se destinará às redes de ensino mais pobres, independentemente do estado de origem (transferência “ente a ente”), além das redes que atingirem determinados resultados educacionais. Ainda, houve novidades na lei regulamentadora (Lei federal nº 14.113/2020): a subvinculação para pagamento da remuneração dos profissionais da educação básica em efetivo exercício passou de “no mínimo 60%” para “não inferior a 70%”.

Em reforço, o inciso XII do art. 212-A, também acrescentado pela EC nº 108/2020, passou a prever que “lei específica disporá sobre o piso salarial nacional para os profissionais do magistério da educação básica pública”.

Não se pode deixar de citar que, no meio do caminho da evolução dos fundos educacionais, foi editado o Plano Nacional de Educação (Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014, cuja vigência foi prorrogada para 31 de dezembro de 2025 pela Lei nº 14.934/2024), que estabeleceu diretrizes, metas e estratégias para o desenvolvimento da educação no país. A respeito da valorização dos profissionais da educação, foram reservadas as metas 15 a 18, que tratam da política nacional de formação desses profissionais, incluindo formação em nível de pós-graduação e formação continuada em sua área de atuação; da equiparação do rendimento médio aos demais profissionais com escolaridade equi-

valente e dos planos de carreira com referência ao piso salarial nacional profissional, definido em lei federal, nos termos do art. 206, inciso VIII, da CR/88.

O dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei federal nº 11.738, de 16 de julho de 2008, que instituiu o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica. Essa lei é considerada “uma grande conquista para a Educação brasileira, fruto de amplas mobilizações dos professores, sendo uma ferramenta essencial para a promoção da valorização docente”, conforme consta de documento exarado pela organização Todos pela Educação².

Entre importantes diretrizes e comandos normativos trazidos pela lei do piso, ela previu sua atualização anual, com base no seguinte critério:

Art. 5º O piso salarial profissional nacional do magistério público da educação básica será atualizado, anualmente, no mês de janeiro, a partir do ano de 2009.

Parágrafo único. A atualização de que trata o caput deste artigo será calculada utilizando-se o mesmo percentual de crescimento do **valor anual mínimo por aluno** referente aos anos iniciais do ensino fundamental urbano, definido nacionalmente, nos termos da Lei no 11.494, de 20 de junho de 2007. (Grifo meu)

Observe-se que não foi utilizado um índice inflacionário para atualizar anualmente o valor do piso, mas sim o percentual de crescimento do valor anual mínimo por aluno (VAA), que é, basicamente, o total dos recursos de cada fundo dividido pelo número total de matrículas na educação básica. O critério foi alvo de controvérsias nos grandes debates ocorridos no Congresso Nacional por ocasião da tramitação do projeto de lei. Segundo registrado pela conselheira do Tribunal de Contas do Acre, Naluh Gouveia, “Não houve consenso nem mesmo na base de apoio do Governo à época; a fórmula de cálculo desagradou inclusive o Chefe do Executivo, que mandou imediatamente uma proposta alternativa ao texto aprovado, que está até hoje tramitando no Congresso”³.

Da maneira como está posto na lei, se houver aumento do VAA decorrente do aumento da arrecadação, o percentual de aumento do VAA será o percentual de atualização do valor do piso. Contudo, se ocorrer diminuição contínua do número de matrículas, devido à redução da natalidade, por exemplo, o VAA aumentará, mesmo sem aumento na arrecadação. Some-se a isso o fato de que o VAA é um valor médio nacional, o que pode não representar a realidade da maioria dos entes públicos. Como lembrado pela conselheira Naluh Gouveia, “o crescimento do ICMS em São Paulo, por exemplo, pode impactar o conjunto do valor total da soma dos 27 Fundos, fazendo crer que todos os entes federativos tiveram aumento de arrecadação, o que não ocorre necessariamente”⁴.

Como o percentual de atualização não guarda relação com a inflação, ele pode variar para mais ou para menos. Nos últimos dois anos, o piso apresentou valores de reajustes superiores à inflação: em 2022, o reajuste foi de 33,24% (IPCA de 2021 foi 10,06%) e, em 2023, 14,95% (IPCA do ano anterior foi de 5,79%). Por outro lado, o percentual ficou abaixo da inflação no reajuste anunciado pelo Ministério da Educação (MEC) para o ano de 2024, de 3,62% (Portaria nº 61/2024)⁵, ao passo que a inflação em 2023 ficou em 4,62% (IPCA).

2 Nota de posicionamento: reajuste do valor do piso do magistério. Disponível em: <https://todospelaeducacao.org.br/noticias/nota-de-posicionamento-reajuste-no-valor-do-piso-do-magisterio/>. Acesso em: 20 set. 2024.

3 Orientação Recomendatória CTE-IRB n. 01/2022, a respeito do piso salarial nacional profissional da educação básica, especialmente do reajuste do ano de 2022, cuja conselheira citada foi a relatora.

4 *Ibidem*.

5 O que representa um valor do piso salarial de R\$4.580,57 para o ano de 2024.

Apesar de todas essas variáveis apresentadas, tanto o piso como seu critério de atualização foram considerados constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em duas oportunidades.

A lei do piso foi questionada na Corte Suprema por meio da ADI 4.167 pelos governadores dos estados do Mato Grosso do Sul, Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Ceará. O pleito foi julgado improcedente, com base nos seguintes argumentos: (i) é constitucional a norma geral federal que fixou o piso salarial dos professores do ensino médio com base no vencimento, e não na remuneração global; (ii) é competência da União dispor sobre normas gerais relativas ao piso de vencimento dos professores da educação básica, de modo a utilizá-lo como mecanismo de fomento ao sistema educacional e de valorização profissional, e não apenas como instrumento de proteção mínima ao trabalhador; (iii) é constitucional a norma geral federal que reserva o percentual mínimo de um terço da carga horária dos docentes da educação básica para dedicação às atividades extraclasse⁶.

Posteriormente, o critério de atualização do piso também foi objeto de questionamento pelos governadores dos estados do Mato Grosso do Sul, Goiás, Piauí, Rio Grande do Sul, Roraima e Santa Catarina por meio da ADI 4.848. Mais uma vez, o Supremo Tribunal Federal julgou a ação improcedente, tendo sido considerada constitucional a norma federal que prevê a forma de atualização do piso nacional do magistério da educação básica. Da ementa do acórdão, destaca-se o seguinte trecho:

[...] 3. A previsão de mecanismos de atualização é uma consequência direta da existência do próprio piso. A edição de atos normativos pelo Ministério da Educação, nacionalmente aplicáveis, objetiva uniformizar a atualização do piso nacional do magistério em todos os níveis federativos e cumprir os objetivos previstos no art. 3º, III, da Constituição Federal. Ausência de violação aos princípios da separação do Poderes e da legalidade⁷.

Embora o STF não tenha se debruçado sobre o critério em si de atualização do piso, considerou que a previsão de mecanismos de atualização é uma consequência direta da existência do próprio piso. Com base nesse entendimento, conclui-se que não basta a instituição do pagamento do piso salarial por parte de estados, municípios e Distrito Federal, é preciso o compromisso e esforço fiscal de atualização uma vez ao ano, pois essa, no entendimento do STF, é consectário lógico da própria existência do piso nacional.

Mesmo após esses posicionamentos do STF pela constitucionalidade da instituição do piso e de seu critério de atualização, o pagamento do piso continua enfrentado fortes resistências por parte dos entes federativos. Recentemente, instaurou-se forte controvérsia jurídica a respeito do critério utilizado para atualização do piso salarial dos profissionais do magistério com a revogação da Lei nº 11.494/2007 pela Lei nº 14.113/2020, que regulamentou o novo Fundeb, instituído pela Emenda Constitucional nº 108/2020. Como o art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 11.738/2008 faz menção a uma lei que fora revogada, passou-se a argumentar que, atualmente, inexistente parâmetro legal de atualização do piso.

Com base nesse argumento, ações judiciais foram ajuizadas na Justiça Federal para questionar as Portarias nº 67/2022 e 17/2023 do Ministério da Educação, que reajustaram o piso salarial do magistério em 33,24% e 14,95%, respectivamente. A Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) realizou um mapeamento dessas ações em estudo intitulado “Judicialização do piso nacional dos profissionais do magistério” e chegou à conclusão, até o momento da pesquisa (junho de 2024), de “que os indícios são de que, majoritariamente, os Tribunais Federais, ao menos em algumas regiões, tendem a declarar a suspensão dos efeitos das Portarias nº 17/2023 e nº 67/2022, ambas do MEC, por considerarem que

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4167, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2011, publicado em 24/08/2011.

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4848, Relator: Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/2021, publicado em 05/05/2021.

estas não podem suprir a exigência constitucional de regulamentação do Piso do Magistério por meio de nova lei específica⁸.

Por sua vez, a Confederação Nacional de Municípios (CNM) chegou a orientar os municípios no sentido de que o reajuste promovido pelo MEC não teria validade legal, bem como que este deveria ser feito de acordo com as condições fiscais do ente^{9,10,11}.

Contudo, não se pode perder de vista que o valor anual mínimo por aluno referente aos anos iniciais do ensino fundamental urbano – cujo percentual de crescimento foi utilizado como parâmetro pela Lei nº 11.738/2008 para atualização do piso – continua a existir no mundo jurídico, pois equivale ao valor anual por aluno (Vaaf), agora previsto no art. 6º, inciso I, da Lei nº 14.113/2020.

O conselheiro do Tribunal de Contas de Goiás Fabrício Motta e o conselheiro substituto do Tribunal de Contas de Santa Catarina Gerson Sicca expuseram o mesmo entendimento no artigo intitulado “Qualidade da educação e controvérsias sobre o piso do magistério”:

Essa linha interpretativa ignora a permanência do critério de atualização na nova Lei do Fundeb. O valor anual mínimo por aluno da Lei nº 11.738/08 equivale ao valor anual por aluno (Vaaf) estabelecido no artigo 6º, Lei nº 14.113/2020. O fato de a Lei nº 11.494/07 ter sido revogada não significou a revogação do critério. O rótulo mudou. A essência permanece.

Adotar uma interpretação simplista, apegada unicamente à revogação da Lei nº 11.494/2007, desconsidera a obviedade de que o critério de atualização continua em vigor, em legislação subsequente, e, pior, leva a conclusão que deixa no vazio um dos pilares do ensino (o piso do magistério), até então devidamente atualizado por critério reconhecido pelo STF. Interpreta a norma de modo a minorar a efetividade da Constituição, o que jamais é aceitável.¹²

Nesse mesmo sentido, lembrando que o critério do Vaaf continua a existir, Paulo Sena, na obra *Novo Fundeb Permanente*, escreveu:

O art. 5º, parágrafo único prevê que a atualização do piso será calculada utilizando-se o mesmo percentual de crescimento do valor anual mínimo por aluno referente aos anos iniciais do ensino fundamental urbano. A seguir, faz uma remissão *aos termos da antiga lei do Fundeb*, que se referiam à modalidade de complementação da União que era a única até o momento e não é outra senão a complementação VAAF, na sistemática da Emenda Constitucional n. 108/2020, que aprovou o novo Fundeb permanente. O critério continua a existir – valor dos anos iniciais do ensino fundamental urbano. O VAAF não é criação nova – é o mesmo antigo valor por aluno ano do antigo Fundeb 2007-2020.¹³

O Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina já teve a oportunidade de se manifestar a respeito da controvérsia no Processo @CON 20/00124288, Decisão nº 756/2022, tendo concluído, de maneira indene de dúvidas, que a “revogação da Lei (federal) nº 11.494/2007 pela Lei (federal) nº 14.113/2020

8 Confira, a esse respeito, o estudo “Judicialização do piso nacional dos profissionais do magistério – PARTE I: panorama das principais demandas judiciais”. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp-content/uploads/2024/06/Judicializacao-do-piso-nacional-dos-profissionais-do-magisterio-parte-i-panorama-das-principais-demandas-sbdp-jun.2024.pdf>. Acesso em: 20 set. 2024.

9 Nota emitida em 28 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://www.cnm.org.br/comunicacao/noticias/nota-da-cnm-sobre-aumento-do-piso-do-magisterio-2022>. Acesso em: 19 set. 2024.

10 Nota emitida em 17 de janeiro de 2023. Disponível em: <https://www.cnm.org.br/comunicacao/noticias/cnm-alerta-que-reajuste-do-piso-do-magisterio-nao-tem-base-legal-e-orienta-cautela-aos-gestores-municipais>. Acesso em: 19 set. 2024.

11 Nota emitida em 1º de fevereiro de 2024. Disponível em: <https://www.cnm.org.br/comunicacao/noticias/cnm-alerta-que-reajuste-do-piso-do-magisterio-permanece-sem-eficacia-legal>. Acesso em: 19 set. 2024.

12 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mar-09/interesse-publico-qualidade-educacao-controversias-piso-magisterio/>. Acesso em: 19 set. 2024.

13 SENA, Paulo. **Novo Fundeb Permanente**: comentários à Lei nº 14.113/2020 (com as alterações promovidos pelas Leis nº 14.276/2021 e 14.325/2022). Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 66-67.

não significou a extinção do critério de atualização do piso nacional salarial dos profissionais do magistério público da educação básica, tendo em vista que replicado na nova legislação, e deve ser observado por todos os entes da Federação nas suas legislações específicas”¹⁴.

Extrai-se do acórdão o seguinte trecho:

Dessa maneira, o critério de atualização não foi revogado, posto que continua na ordem jurídica, critério esse dotado de considerável densidade, não tendo a lei feito mera remissão genérica, como se fosse uma espécie de norma em branco. O mecanismo de atualização continua regulamentado na ordem jurídica, agora por outra norma legal, a saber, a Lei nº 14.113/20, sob a denominação de valor anual mínimo por aluno (Vaaf min). Em conclusão, não há que se falar em revogação do parâmetro de atualização, cujo conceito e metodologia de cálculo estão plenamente em vigor. Eventual argumento no sentido de que a revogação da Lei nº 11.494/07 retirou o fundamento de validade do critério de atualização não subsistiria ao melhor entendimento do Direito.¹⁵

Também o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em prejulgado, entendeu que “a revogação da Lei 11.494/2007 pela Lei 14.133/2020 não representou a extinção do critério de atualização do piso salarial nacional dos profissionais do magistério público da educação básica eis que prossegue sendo calculada com base em indicados que continua prevista na nova Lei do Fundeb”¹⁶.

Nesse sentido, igualmente se manifestou o Comitê Técnico de Educação do Instituto Rui Barbosa (IRB), por meio da Orientação Recomendatória nº 01/2022¹⁷, expedida a título de orientação para os tribunais de contas do país acerca da validade do critério de reajuste do piso salarial dos profissionais de educação estabelecido pela Portaria MEC n. 67/2022.

Importa registrar que a Procuradoria-Geral da República ajuizou a ADI 7.516 perante o STF para declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 11.738/2008,

[...] a fim de afastar a interpretação segundo a qual se encontra revogado o critério de atualização do piso salarial nacional dos professores da educação básica previsto no mencionado dispositivo legal, fixando-se o entendimento de que o parâmetro de atualização a ser adotado é o valor anual mínimo por aluno referente aos anos iniciais do ensino fundamental urbano, definido nacionalmente, nos termos da lei que regulamente o Fundeb, isto é, a Lei 14.113/2020.¹⁸

A questão que se coloca neste breve texto é: o Fundeb é o instrumento mais importante e expressivo de financiamento da educação pública no Brasil. Embora a lei determine que percentual não inferior a 70% do fundo deverá ser utilizado no pagamento de remuneração dos profissionais do magistério, não raras vezes, a totalidade de recursos do fundo é utilizada para essa finalidade. Por essa razão, é forçoso reconhecer que a maior parte dos recursos públicos vinculados à manutenção e desenvolvimento do ensino é utilizada para pagamento de folha de pessoal.

Sem prejuízo da atuação do Poder Judiciário quando provocado pelos sindicatos para garantir o direito ao piso salarial e suas consequentes atualizações para seus profissionais sindicalizados ou mesmo pelos entes federativos em demandas contra a União, o Tribunal de Contas é órgão com competência cons-

14 SANTA CATARINA. TCE-SC. Processo nº @CON 20/00124288. Consulta. Rel. Conselheiro Substituto Gerson dos Santos Sicca. Decisão nº 756/2022. Sessão de 27/6/2022.

15 *Ibidem*.

16 ESPÍRITO SANTO. TCE-ES. Processo n. 00585/2024-1. Acórdão 00882/2024-9 – Plenário. Relator: Conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

17 Disponível em: https://irbcontas.org.br/wpfd_file/orientacao-recomendatoria-cte-irb-01-2022-ajuste-do-piso-salarial-nacional-profissional-do-magisterio-da-educacao-basica-publica/. Acesso em: 16 maio 2024.

18 Antes de apreciar o pedido de medida cautelar, o relator do caso, ministro Gilmar Mendes, solicitou informações adicionais ao Ministério da Educação esclarecendo-se, de forma específica, a fundamentação e a metodologia das Portarias 67/2022 e 17/2023, que fixaram o piso salarial profissional nacional do magistério público da educação básica para os exercícios de 2022 e 2023.

titucional para controlar atos que geram despesa pública desse importante aspecto da política pública educacional (e que, diga-se, impactam diretamente a valorização dos profissionais da educação básica) sob os aspectos de legalidade, legitimidade, economicidade e razoabilidade. Atualmente, tem-se entendido que compete às cortes de contas fiscalizar as contas públicas não somente sob o viés contábil-matemático, como outrora era a única realidade, mas também, e sobretudo, sob o viés da qualidade do gasto, de modo que se possa aferir a efetividade do dispêndio público para alcance da finalidade pública precípua.

No caso da política pública da educação, compete aos tribunais de contas fiscalizar não somente se os entes federativos sujeitos à sua jurisdição estão financiando a educação pública com observância do percentual de gasto mínimo descrito no art. 212 da CR/1988, mas também a qualidade do gasto, o que significa, no caso ora analisado, se a lei do piso e as suas atualizações determinadas pelo Ministério da Educação estão sendo observadas por seus jurisdicionados.

A Lei nº 14.113/2020, lei regulamentadora do Fundeb, determina que compete aos tribunais de contas a fiscalização e controle referentes ao cumprimento do disposto no art. 212 da Constituição da República, bem como à aplicação da totalidade dos recursos dos fundos educacionais. Anualmente, todos os entes devem prestar contas ao Tribunal de Contas competente a respeito dos recursos públicos empregados na manutenção e desenvolvimento do ensino, incluindo os gastos efetuados com os recursos do Fundeb. Nesse sentido, compete às cortes de contas analisar o impacto fiscal das despesas com pessoal de maneira global, obedecendo à Lei de Responsabilidade Fiscal, determinar a correção de rotas quando for o caso e exigir o pagamento do piso salarial nacional do magistério de acordo a legislação pertinente.

Portanto, os tribunais de contas são importantes atores no controle externo da política pública de educação e possuem potencial para contribuir com a valorização dos profissionais do magistério e, consequentemente, com o incremento da qualidade da educação pública em nosso país.

BREVES NOTAS SOBRE O NOVO ICMS EDUCAÇÃO EM MINAS GERAIS



Daniel de Carvalho Guimarães

Procurador do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais.

A EVOLUÇÃO NORMATIVA DO ICMS EDUCAÇÃO

No âmbito do federalismo fiscal inaugurado em 1988, a Constituição estabeleceu a distribuição de 25% do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) arrecadado por cada estado aos seus municípios (art. 158, IV, alínea “a”). A divisão dos recursos era feita de duas formas. De um lado, no mínimo 75% da quota municipal seguia a proporção do valor adicionado nas operações de circulação de mercadorias e de serviços, realizadas nos territórios municipais. De outro, até 25% da quota obedeceria a regras a serem estabelecidas em lei estadual.

Para cumprir o comando constitucional, o estado de Minas Gerais promulgou as Leis nº 10.690/1992, 12.040/1995, 13.803/2000 e 18.030/2009 sobre a distribuição da parcela da receita do produto da arrecadação do ICMS pertencente aos municípios.

Como exemplo, a Lei nº 18.030/2009 estabeleceu 17 critérios além do Valor Adicionado Fiscal (VAF), cada um com seu percentual, para que fosse calculado o valor que cada município receberia de ICMS, nos termos do art. 158, IV, da Constituição. Embora essa estratégia pareça atender as mais diversas realidades da gestão pública municipal, acaba pulverizando a influência que cada critério tem na distribuição dos recursos e frustra a finalidade da política pública arquitetada pela Constituição de estimular o município a investir em determinadas áreas em troca do recebimento de mais recursos financeiros.

A partir de 1998, o critério educação recebeu o potencial de influenciar em 2% o valor a ser recebido pelos municípios. O ICMS Educação é essa última parcela do produto arrecadado, distribuído com base no critério da educação. Consistiu na relação entre o total de alunos atendidos, inclusive os alunos da pré-escola, e a capacidade mínima de atendimento do município, relativamente aos dados do ano civil imediatamente anterior.

Naquele momento, a política pública educacional estimulava que o município incrementasse o número de alunos atendidos em comparação à sua capacidade mínima de atendimento.

A Emenda Constitucional nº 108/2020 previu novos parâmetros de distribuição do ICMS; a) no mínimo 65% da quota de ICMS de acordo com o Valor Adicionado Fiscal; b) até 35% do repasse de acordo com lei estadual. A Emenda Constitucional nº 108/2020 trouxe nova estratégia de estímulo aos gestores locais. Se eles não implementassem mudanças para melhorar a aprendizagem e aumentar a equidade do ensino de acordo com nível socioeconômico dos educandos, deixariam de receber recursos de repasses de ICMS para aplicação de acordo com suas prioridades.

Art. 158 [...]

§1º. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios:

[...]

II - até 35% (trinta e cinco por cento), de acordo com o que dispuser lei estadual, observada, obrigatoriamente, a distribuição de, no mínimo, 10 (dez) pontos percentuais com base em indicadores de melhoria nos resultados de aprendizagem e de aumento da equidade, considerado o nível socioeconômico dos educandos

A mesma emenda deu nova redação ao art. 212-A para estabelecer que parte da complementação a ser paga pela União do Valor Aluno Ano Regular (Vaar) apenas poderia ser entregue após os estados se desincumbirem do dever de regulamentar a parcela do ICMS de até 35% da quota municipal.

Art. 212-A

[...]

V - a complementação da União será equivalente a, no mínimo, 23% (vinte e três por cento) do total de recursos a que se refere o inciso II do caput deste artigo, distribuída da seguinte forma:

[...]

c) 2,5 (dois inteiros e cinco décimos) pontos percentuais nas redes públicas que, cumpridas condicionalidades de melhoria de gestão previstas em lei, alcançarem evolução de indicadores a serem definidos, de atendimento e melhoria da aprendizagem com redução das desigualdades, nos termos do sistema nacional de avaliação da educação básica; [...]

A grande inovação constitucional foi a constitucionalização do ICMS Educação com o comando ao legislador estadual de atribuição de percentual mínimo de 10% ao critério da educação nessa distribuição. A educação passou a ser avaliada conforme indicadores de melhoria nos resultados de aprendizagem e de aumento da equidade, considerado o nível socioeconômico dos educandos.

De acordo com o art. 3º da EC nº 108/2020, os estados teriam prazo de dois anos a partir de 27 de agosto de 2020 para aprovar lei estadual que regulamentasse os critérios de divisão da quota municipal do ICMS e do ICMS Educação.

Com atraso de mais de um ano, Minas Gerais editou a Lei nº 24.431, de 14 de setembro de 2023. Por sua vez, a lei mineira foi regulamentada pelas Resoluções Conjuntas nº 12/2023, 12/2024 e 13/2024, da Secretaria de Estado de Educação e da Fundação João Pinheiro.

A Lei estadual nº 24.431/2023 trouxe mudanças no sistema mineiro de distribuição da parcela do ICMS de que trata o art. 158, §1º, II, da Constituição de 1988, previsto na Lei estadual nº 18.030/2009, quanto aos critérios área geográfica (art. 1º), educação (art. 2º), meio ambiente (art. 3º), esportes (art. 4º) e mínimo *per capita* (art. 5º) e manteve a Fundação João Pinheiro como a instituição responsável pelo cálculo dos critérios.

Segundo a EC nº 108/2020, o critério educação deve ser desenhado pelas leis estaduais com índices que reflitam a melhoria nos resultados de aprendizagem e o aumento da equidade, considerado o nível socioeconômico dos educandos. Nesse sentido, a lei mineira optou por fixar o percentual constitucional mínimo de 10% para o critério educação e o dividiu em quatro índices, sobre aspectos diversos da educação para o alcance das finalidades constitucionais: a) desempenho escolar; b) rendimento escolar; c) atendimento educacional; d) gestão escolar.

Todos os índices tiveram suas variáveis e ponderações descritas na lei. O detalhamento e cálculo dos índices foram delegados para legislação infralegal. De forma conjunta, a Secretaria de Estado de Educação e a Fundação João Pinheiro elaboraram as resoluções, sendo a Resolução nº 13/2024 a mais atual.

O primeiro é o índice de **desempenho escolar**, que representa metade do critério educação, ou seja, 5%. Ele é medido pelas (i) avaliações externas de desempenho dos estudantes do 2º, 5º e 9º anos, que são ponderadas com (ii) a taxa de participação dos estudantes nas avaliações externas, (iii) os indicadores de nível socioeconômico dos estudantes e (iv) as desigualdades entre os distintos grupos raciais e entre estudantes residentes em áreas urbanas e rurais.

O segundo é o índice de **rendimento escolar**, responsável pela fatia de 2% no critério educação. Ele é formado pelas (i) taxas de aprovação, de abandono e de adequação idade-série, ponderadas com (ii) a redução das desigualdades de acesso e permanência na educação básica, observadas (iii) as desigualdades entre estudantes negros e não negros e entre estudantes residentes em áreas urbanas e rurais e com (iv) a progressão dos estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação, entre eles os estudantes com transtorno do espectro autista (TEA).

O terceiro índice é de **atendimento educacional**, com peso de 1,5% no critério educação. Sua medição é feita pela taxa de atendimento educacional nos níveis e modalidades de ensino de responsabilidade do município, ponderada com (i) a oferta de educação em tempo integral, (ii) a ampliação do atendimento aos estudantes quilombolas e áreas rurais e (iii) a ampliação da taxa de alfabetização e escolaridade de maiores de 15 anos.

O quarto índice é de **gestão escolar**, com peso de 1,5%, e é calculado com base nos dados do censo escolar sobre infraestrutura, acessibilidade, formação de profissionais e efetividade da gestão democrática das escolas.

A medição dos índices é complexa e engloba vários aspectos relacionados à educação, desde o desempenho dos alunos em avaliações externas, passando pelo aumento da proporção de alunos em horário integral e por inclusão de grupos especiais, chegando à infraestrutura das escolas e à preparação dos professores.

A lei não previu a forma de cálculo dos índices, que ficou para a regulamentação infralegal, que atualmente está na Resolução Conjunta nº 13/2024, da Secretaria de Estado de Educação e da Fundação João Pinheiro.

A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL Nº 24.431/2023

As novas regras de divisão do ICMS Educação mineiro alteraram as parcelas de ICMS que cada município mineiro recebia até o ano anterior, o que gerou insatisfação. Alguns municípios maiores como Belo Horizonte, Contagem e Betim alegaram que receberam menos recursos de ICMS quanto ao critério educação.

A consequência natural foi o surgimento de uma discussão jurídica sobre a nova ordem de distribuição. Nesse sentido, há dois níveis de análise, o de conformidade constitucional da Lei estadual nº 24.431/2023 e o de legalidade da Resolução Conjunta SEE/FJP nº 13/2024.

A inconstitucionalidade da lei mineira foi alegada em várias esferas. Em primeiro lugar, o município de Contagem apresentou ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, em janeiro de 2024, representação para que se reconhecesse incidentalmente a inconstitucionalidade da nova lei estadual. Segundo

o município, a lei não previu, entre os índices que compõem o critério da educação, a ponderação com o número de alunos da rede pública de cada município. Tal consideração seria necessária para atender o art. 158, §1º, II, que prevê como objetivo da política de incentivos o aumento da equidade, entendida essa equidade como igualdade entre os municípios mineiros. A Representação nº 1.161.150 está em fase instrutória inicial, na oitiva dos interessados.

Em segundo lugar, o Supremo Tribunal Federal foi provocado pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B), na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7630, apresentada em abril de 2024, para que fosse declarada a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei estadual nº 24.431/2023, sem redução de seu texto, com a adoção da técnica de sua interpretação conforme a Constituição da República, ao art. 2º e Anexo III da Lei estadual nº 18.030/2009, com redação dada pela Lei estadual nº 24.431/2023, determinando que o critério de educação fosse ponderado com o número de matrículas existentes em cada rede municipal de ensino. A ação ainda aguarda apreciação sobre a medida liminar, de acordo com o art. 10 da Lei nº 9.868/1999.

No entanto, a lei mineira é constitucional.

O foco até a legislação atual de 2023 foi aumentar o número de alunos matriculados. Porém, o percentual de influência não era proporcional à importância que a política pública educacional tem no Brasil e em Minas Gerais. A Constituição adotara uma estratégia de obrigação de gasto mínimo em manutenção e desenvolvimento do ensino e de direcionamento das despesas para a valorização dos profissionais de educação.

Os resultados ruins nas avaliações de qualidade do ensino afluíram a necessidade de aperfeiçoamento da técnica da política pública. Além disso, o destino obrigatório de recursos para a educação não significou melhoria da qualidade dos serviços públicos.

A estratégia da EC nº 108/2020 buscou aprimorar qualitativamente a educação, medir o nível de progresso qualitativo por meio de incentivo financeiro do repasse do ICMS. E estabeleceu expressamente os objetivos constitucionais a serem alcançados com o critério educação, que não exige a consideração do número de alunos da rede no cálculo das parcelas de cada município.

Nos dois questionamentos feitos, arguiu-se que a lei mineira seria inconstitucional por não prever o quantitativo de alunos da rede municipal na composição do critério da educação, aspecto que atenderia o objetivo constitucional de aumento da equidade entre os municípios (art. 158, §1º, II, parte final).

No entanto, a equidade a ser aumentada não é entre municípios, mas sim entre os educandos, considerando o seu nível socioeconômico. Para tanto, a lei mineira previu aspectos como:

- a) os indicadores de nível socioeconômico dos estudantes, observadas as desigualdades entre os distintos grupos raciais e entre estudantes residentes em áreas urbanas e rurais;
- b) taxas de aprovação, de abandono e de adequação idade-série dos estudantes; a redução das desigualdades de acesso e permanência na educação básica, observadas as desigualdades entre estudantes negros e não negros e entre estudantes residentes em áreas urbanas e rurais;
- c) a progressão dos estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação, entre eles os estudantes com TEA;
- d) a ampliação do atendimento aos estudantes quilombolas e residentes em áreas rurais.

Além disso, a maior parte da parcela do ICMS transferido aos municípios continua submetida à regra do Valor Adicionado Fiscal, proporcional às operações com mercadorias e serviços que originaram a arrecadação do imposto.

Esses dados devem ser levados em consideração, porque revelam a adoção de critério que favorece os municípios com maior quantitativo de alunos e para os quais o VAF é maior.

A adoção dos novos critérios não compromete a educação nos municípios de maior contingente populacional, já que a quota municipal do ICMS não constitui um meio de financiamento da educação, mas uma transferência de recursos que podem ser aplicados em qualquer área, não apenas na educação.

A Constituição exigiu a partilha de 25% da quota municipal de ICMS com base na medição de índices de melhoria da aprendizagem e de aumento da equidade considerando o nível socioeconômico dos educandos. Logo, a omissão do legislador estadual em prever a variável do número de alunos da rede municipal é irrelevante e não pode ser considerada inconstitucional.

A ILEGALIDADE DA RESOLUÇÃO CONJUNTA SEE/FJP Nº 13/2024

Os questionamentos levantados pelos municípios mais populosos tiveram o mérito de trazer para a discussão pública esse relevante assunto. Afinal, a população mineira terá a oportunidade de fiscalizar os repasses de ICMS ao seu município no portal de transparência da Fundação João Pinheiro e assim verificar se a educação municipal melhorou ou não ao longo dos anos.

À época das provocações do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCMG) e do Supremo Tribunal Federal (STF), vigia a Resolução Conjunta nº 12/2023, que não previa variável do número de alunos matriculados em qualquer dos índices que compunham o critério educação.

A Secretaria de Estado de Educação e a Fundação João Pinheiro elaboraram a nova regulamentação, a Resolução Conjunta nº 13/2024. O novo texto albergou a demanda dos grandes municípios nas passagens transcritas a seguir:

Resolução Conjunta SEE/FJP nº 13/2024

Art. 5º – A apuração do Índice de Rendimento Escolar resultará da avaliação das taxas de aprovação, de abandono e de adequação idade-série dos estudantes do município em relação aos demais municípios do estado, considerando o Índice de Vulnerabilidade do município, a faixa de atendimento do município de acordo com o número de matrículas efetivadas no ensino fundamental e o percentual de estudantes de educação especial matriculados na rede pública municipal de ensino.

§ 1º - O índice será calculado para o 5º e 9º anos do ensino fundamental, correspondendo a 80% e 20%, respectivamente.

Art. 6º – A apuração do Índice de Atendimento Educacional, serão considerados os seguintes percentuais e indicadores:

[...]

IV - 30% do índice de acordo com a proporção de matrículas do município na educação infantil e no ensino fundamental em relação à soma dos atendimentos de educação infantil e ensino fundamental de todos os municípios do estado.

Essas regras mostram que a regulamentação passou a considerar a variável do número de matrículas municipais no cálculo dos índices de rendimento escolar e de atendimento educacional, em comparação tanto com o atendimento público total no município (inciso I) quanto com o atendimento de educação infantil e ensino fundamental de todos os municípios do estado.

A Lei estadual nº 24.431/2023 desenhou o critério da educação em quatro índices que não continham a variável do número de alunos na rede municipal. O ponto de partida é a neutralidade desse aspecto, já que o legislador já estava orientado pela norma constitucional que pretendia aumentar a aprendizagem e a equidade dos educandos.

No item anterior, concluiu-se que não havia exigência constitucional para que o número de matrículas fosse considerado. Agora, indaga-se: a adoção desse aspecto na distribuição do ICMS Educação seria uma faculdade do legislador ou não seria permitido?

A valorização do aumento do número de matrículas já ocorre em outras estratégias constitucionais e legais, como as metas de universalização contidas no Plano Nacional de Educação, o percentual mínimo de investimento em manutenção e desenvolvimento do ensino e o Fundeb permanente, cujos recursos serão distribuídos entre cada estado e seus municípios, proporcionalmente ao número de alunos das diversas etapas e modalidades da educação básica presencial matriculados nas respectivas redes (art. 212-A, III).

Não é o que ocorre com o ICMS Educação. A consideração de variáveis que não tenham relação sequer indireta com a melhoria da aprendizagem nem com o aumento da equidade entre os educandos pode gerar distorções na divisão dos recursos do ICMS Educação, de forma a beneficiar municípios que não tenham obtido suficiente êxito no alcance desses objetivos, em detrimento de outros.

Logo, extrai-se da norma constitucional e da lei mineira a impossibilidade de adoção desse aspecto na distribuição do ICMS Educação, que deveria ser neutro, sem influência sobre os montantes distribuídos de ICMS Educação.

Na resolução conjunta vigente atualmente, nº 13/2024, há vícios de ilegalidade nos arts. 5º (rendimento escolar) e 6º (atendimento educacional), pois inseriram o número de alunos da rede municipal na composição dos índices. Sendo inválidas essas normas, necessário verificar as normas anteriores que tratavam desses índices na resolução conjunta anterior, na Resolução Conjunta nº 12, de 2 de agosto de 2024.

Em relação ao art. 5º e ao índice de rendimento escolar, as alterações trazidas pelas Resoluções 12/2024 e 13/2024 extrapolaram os limites legais. A lei mineira prevê que o índice será calculado de acordo as taxas de aprovação, de abandono e de adequação idade-série dos estudantes, considerando-se como fatores de ponderação:

- a) a redução das desigualdades de acesso e permanência na educação básica, observadas as desigualdades entre estudantes negros e não negros e entre estudantes residentes em áreas urbanas e rurais;
- b) a progressão dos estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação, dentre eles os estudantes com TEA.

Assim, o índice de rendimento escolar deve ser regido pela Resolução Conjunta SEE/FJP nº 12/2023 com a seguinte redação e o anexo correspondente:

Art. 5º - A apuração do Índice de Rendimento Escolar resultará de uma média aritmética composta pela taxa de aprovação, a taxa de abandono escolar e a taxa de distorção idade-série, multiplicada pelo Índice de Vulnerabilidade do município e pela proporção de estudantes de educação especial matriculados na rede pública municipal de ensino.

§ 1º O indicador será calculado para o 5º e 9º ano do Ensino Fundamental, com os respectivos pesos: 80% e 20%

§ 2º Os municípios que não atenderem na rede pública municipal de ensino os anos de escolaridade citados no parágrafo anterior não estarão elegíveis a receber a parcela correspondente.

Já o art. 6º, que trata do índice de atendimento educacional, extrapolou os limites legais na redação dada pela Resolução nº 13/2024, a atual. De acordo com a lei mineira, o índice de atendimento educacional deveria ser ponderado com melhorias nas seguintes áreas:

- a) a oferta de educação em tempo integral;
- b) a ampliação do atendimento aos estudantes quilombolas e residentes em áreas rurais;
- c) a ampliação da taxa de alfabetização e escolaridade da população com 15 anos ou mais.

Assim, deve ser considerado válido e eficaz o art. 6º previsto na Resolução Conjunta imediatamente anterior, a de nº 12/2024, com a seguinte redação:

Art. 6º – A apuração do Índice de Atendimento Educacional, serão considerados os seguintes percentuais e indicadores:

I - 70% do índice com base na proporção de estudantes matriculados nos 5º e 9º anos do ensino fundamental na rede municipal de ensino do Município em relação ao atendimento público total de ensino fundamental do município, incluindo instituições federais, estaduais e municipais;

II - 25% do índice com base na proporção de estudantes em tempo integral atendidos pelo município;

III - 5% do índice com base na proporção de estudantes matriculados no EJA/EF na rede municipal em relação ao atendimento público total da EJA/EF do município, incluindo instituições federais, estaduais e municipais;

Parágrafo único - Os municípios que não atenderem na rede pública municipal de ensino os anos de escolaridade citados neste artigo não estarão elegíveis a receber a parcela correspondente ao ano não atendido, uma vez que não terão resultados correspondentes.

CONCLUSÃO

O ICMS Educação nacional foi instituído pela Emenda Constitucional nº 108/2020, definido como parte da quota municipal do ICMS, equivalente a, no mínimo, 10% (art. 158, §1º, II). Essa parcela deveria ser distribuída entre os municípios de cada estado de acordo com parâmetros previstos em lei estadual que medissem o aumento da aprendizagem e da equidade entre os educandos, considerando o seu nível socioeconômico.

O novo ICMS Educação mineiro está previsto na Lei estadual nº 24.431/2023, que estabeleceu os índices componentes do critério educação, desempenho escolar, rendimento escolar, atendimento educacional e gestão escolar, por sua vez, subdivididos em parcelas representativas de vários aspectos da educação que pudessem influenciar a qualidade do ensino.

A lei não previu o número de alunos da rede municipal como fator de ponderação a ser usado em qualquer dos índices, porque os objetivos constitucionais a serem buscados pelos municípios têm natureza qualitativa, de melhoria do ensino. A consideração desse dado pode desvirtuar o cálculo dos valores a serem distribuídos e beneficiar parcialmente municípios com redes de alunos mais robustas, independentemente da melhoria na aprendizagem ou do aumento da equidade entre os educandos.

A regulamentação da lei foi feita por resoluções conjuntas da Secretaria de Estado de Educação, nº 12/2023 e 13/2024.

Houve ilegalidade nos arts. 5º das Resoluções Conjuntas nº 13 e 14/2024, sobre o índice de rendimento escolar, que previram o número de alunos como dado a ser considerado, devendo prevalecer a redação da Resolução nº 12/2023. Pelo mesmo motivo, o art. 6º da Resolução Conjunta nº 13/2024, sobre o índice de atendimento educacional, transbordou os limites legais, devendo prevalecer a redação do art. 6º da Resolução nº 12/2024.

Assim, atualmente, a regulamentação da Lei estadual nº 24.431/2023 é feita pela atual Resolução Conjunta SEE/FJP nº 13/2024, exceto quanto ao índice de rendimento escolar, regido pelo art. 5º da Resolução Conjunta SEE/FJP nº 12/2023, e quanto ao índice de atendimento escolar, regido pelo art. 6º da Resolução Conjunta SEE/FJP nº 12/2024.

Tais vícios podem ser objeto de controle pelo TCEMG ou pelo Poder Judiciário, visto que um ato infralegal está em dissonância com a lei aprovada pelo parlamento e sancionada pelo chefe do Poder Executivo.

Por fim, os parâmetros legais escolhidos devem ser objeto de constante monitoramento da sua eficácia para a busca dos objetivos constitucionais do ICMS Educação, podendo tanto o Poder Executivo, na regulamentação, quanto o Poder Legislativo, na revisão da lei, propor alterações na condução da política pública.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS NO BRASIL E NO DIREITO COMPARADO COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO DE CONTAS PÚBLICAS



Elke Andrade Soares de Moura

Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pós-Graduada em Controle Externo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Procuradora do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais (MPC-MG).

INTRODUÇÃO

Seria o Ministério Público de Contas, ramo especializado do Ministério Público, com atuação exclusiva perante os tribunais de contas, instituição prevista apenas na conformação da estrutura orgânico-jurídica brasileira? Haveria previsão de instituição similar no ordenamento jurídico de outros países para o exercício da fiscalização do devido processo legal no âmbito dos feitos que tramitam perante as instituições superiores de controle e para garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos? A quem estariam reservadas atribuições de tamanha envergadura em sistemas de controle externo com tradição jurídica romano-germânica que, assim como no direito pátrio, adotam o modelo de tribunais de contas? Seria o Ministério Público de Contas essencial à legitimidade do julgamento de contas públicas realizado pelas cortes de contas? Essas são algumas questões instigantes que nos levaram a investigar a existência, composição e atribuições do *Parquet* especializado no Direito comparado, a fim de apurar as diferenças e similitudes com o nosso sistema, visando, com base no conhecimento de outras realidades, possibilitar a reflexão sobre os melhores modelos estabelecidos para a consecução dos objetivos institucionais, de modo a permitir a (re)afirmação da sua relevância na cadeia sistêmica de efetivação do controle externo da gestão dos recursos públicos.

Como se sabe, o devido processo legal é da essência do Estado de Direito, sobretudo quando se cogita do Estado Democrático de Direito, em que não apenas as normas devem nortear e conformar a atuação do Estado, mas, também, garantir que princípios e direitos fundamentais como equidade, justiça e segurança jurídica sejam, de fato, efetivos em todos os processos e procedimentos de cunho jurisdicional ou administrativo.

Precisamente dessa premissa é que se pode extrair a relevante tarefa do Ministério Público de Contas, instituição à qual a Constituição da República Federativa do Brasil confiou o dever de tutelar o devido processo legal administrativo, no âmbito da jurisdição de contas públicas realizada diuturnamente pe-

las cortes ou tribunais de contas, para assegurar que o interesse público almejado com a prática de atos de gestão de recursos coletivos não seja vulnerado.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS NO DIREITO PÁTRIO

O Ministério Público de Contas, enquanto ramo ministerial especializado, foi instituído no Brasil com o propósito de legitimar o processo que tramita perante o Tribunal de Contas e tutelar direitos fundamentais dos cidadãos mediante a fiscalização de matérias de índole financeira, orçamentária, contábil, operacional e patrimonial, ou, em outras palavras, de zelar pelo escorreito manejo das finanças públicas, tanto no que afeta à arrecadação de receitas quanto à realização de dispêndios. Assim, a órbita de sua atuação está adstrita às mesmas matérias de competência dos tribunais de contas (órgão responsável pela jurisdição administrativa de contas), funcionando como *custos legis* (fiscal da lei e de sua fiel execução) e somando esforços com as cortes de contas para maior eficácia do controle externo, mediante avaliação do planejamento e execução de políticas públicas, defesa da ordem jurídica e do regime democrático. Na verdade, a função de *custos legis* de que se incumbem o *Parquet* especial ganhou novos contornos com a Constituição de 1988, adquirindo amplitude e ressignificado. O Ministério Público de Contas de outrora passa, com a normativa constitucional trazida pelo constituinte de 1988, à condição de guardião da sociedade (*custos societatis*), responsabilizando-se pela garantia de efetividade do ordenamento jurídico, notadamente no que afeta a direitos fundamentais dos cidadãos.

Assim, a par da contribuição que presta ao Tribunal de Contas na condição de *custos legis*, emitindo parecer nos processos que tramitam naquela corte e legitimando os seus feitos por meio da garantia de cumprimento do devido processo legal, compete ao *Parquet* especial resguardar direitos da sociedade, combatendo a corrupção e zelando pela execução adequada de políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais. Perseguindo esse amplo e complexo desiderato, em apoio ao Tribunal de Contas e às demais instâncias de controle e combate ao mau uso de recursos públicos, é que o Ministério Público de Contas tem dedicado seus esforços em prol da defesa dos interesses da coletividade.

À vista da sua inegável essência ministerial (tanto que, topograficamente, optou o constituinte por tratar desse ramo especializado na seção destinada ao Ministério Público, e não em qualquer outra, a exemplo daquela em que o Tribunal de Contas foi previsto), está o Ministério Público de Contas instrumentalizado para o exercício do seu mister, devendo deflagrar os procedimentos investigatórios adequados, dentro da sua órbita material de competências, para apuração de irregularidades ou ilegalidades de que tenha ciência. Tais procedimentos são regulamentados no âmbito da própria instituição, com supedâneo na legislação do Ministério Público que lhe serve de parâmetro de sujeição, notadamente quanto a prerrogativas para o exercício de suas atribuições (Lei Complementar estadual nº 34, de 12 de setembro de 1994, no caso do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais – MPC-MG).

Some-se a isso o fato de que, com muita frequência, são realizados trabalhos interinstitucionais, tendo em vista as parcerias celebradas pelo Ministério Público de Contas com outras instituições de controle, notadamente, Ministério Público estadual e Polícias Civil e Federal, a depender das matérias envolvidas nas investigações. Por meio do trabalho cooperado, que conta com a conjugação de ações e *expertises*, à vista do campo de atuação de cada uma das instituições parceiras, são alcançados melhores resultados com o trabalho de fiscalização empreendido, diante do compartilhamento de provas na instrução produzida, a qual conduzirá, de forma mais célere, à adoção de providências visando à correção dos vícios constatados e à reparação de eventuais danos ao erário.

Quando o saneamento das falhas detectadas não é obtido no curso dos procedimentos investigatórios, o *Parquet* especial representa, então, ao Tribunal de Contas, para desenvolvimento do processo de res-

ponsabilização, processo esse em que continuará atuando na condição de *custos legis* ou *custos iures*, até decisão definitiva. Algumas vezes, constatando o procurador que o objeto do procedimento investigatório configura, também, ilícito em outras esferas (cível ou criminal), promove o encaminhamento da matéria aos órgãos competentes, para a devida apuração. Merece salientar, ainda, que, mesmo após o julgamento dos processos efetuado pela Corte de Contas, segue agindo incansável o Ministério Público de Contas no acompanhamento da execução dos julgados e adoção de medidas necessárias ao seu integral e devido cumprimento.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS NO DIREITO COMPARADO

Não nos causa espécie supor que esse ramo especializado do Ministério Público não seja exclusividade do nosso ordenamento jurídico, considerando a relevância da função que desempenha no processo de controle externo da gestão de recursos públicos. Outros países, de modo semelhante, possuem normas disciplinando a instituição e as atribuições dos membros do Ministério Público com *expertise* para a fiscalização de área com tamanha complexidade e especificidade, pois que, na verdade, a fiscalização de contas públicas compreende uma multiplicidade material, demandando conhecimentos interdisciplinares. Ademais, a jurisdição desenvolvida na órbita das instituições superiores de controle, mormente em sistemas democráticos de direito, não pode prescindir de estrutura que lhe confira legitimidade, por meio da segregação de funções distribuídas entre diferentes órgãos para tutela do devido processo legal e garantia de direitos fundamentais dos envolvidos (partes e interessados).

Nossa investigação acerca da existência e do papel do Ministério Público de Contas no Direito comparado teve como base recente pesquisa¹ realizada por membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, envolvendo quatro continentes e doze países, incluindo o Brasil, Congo, Timor Leste, França, Grécia, Itália, Nigéria, Marrocos, Panamá, Portugal, Senegal e Turquia. Aludida pesquisa buscou investigar a missão dos procuradores do *Parquet* de Contas na defesa do interesse público e do devido processo legal nesses países. O que se constatou foi que existem muitas similaridades entre os sistemas de diferentes países e que a atuação do Ministério Público de Contas remonta a longa data no contexto das instituições superiores de controle, pelo menos onde é adotado o modelo de tribunais ou cortes de contas, como no Brasil.

Essa importante iniciativa teve sua gênese no XXIV International Congress of Supreme Audit Institutions (INCOSAI), realizado na cidade do Rio de Janeiro em 2022, em que estiveram presentes representantes de Ministérios Públicos de Contas de seis países integrantes de três diferentes continentes, a convite da Procuradora-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, Dra. Cristina Machado, por sugestão e apoio do Presidente da referida Corte de Contas, Ministro Bruno Dantas.

Os objetivos gerais definidos para o aludido encontro foram:

- melhor compreender as instituições pares, suas similaridades e diferenças;
- aumentar a visibilidade dos Ministérios Públicos que atuam junto às instituições superiores de controle (para efeito da referida pesquisa, designados *Public Prosecution Offices – PPOs*); e
- disseminar a importância dos PPOs como garantidores do devido processo desenvolvido perante a jurisdição de competência das instituições superiores de controle.

¹ Acesse o relatório da pesquisa em inglês em: <https://intosajournal.org/wp-content/uploads/2024/05/PPOs-Survey-v.-3-mai-2024.pdf> ou <https://portal.tcu.gov.br/ppos-survey.htm>

Desse encontro resultaram valiosas iniciativas, merecendo destaque a criação de um canal permanente de diálogo entre os PPOs e a decisão de se realizar levantamento das características institucionais e atribuições de seus membros, visando identificar semelhanças e diferenças nos sistemas de controle pesquisados, conforme relato constante de artigo conjunto produzido por procuradores do Brasil e da França.²

Para além de informações sistêmicas, que incluem normativa própria, instituição a que se vinculam, composição, forma de investidura dos seus membros e atribuições, alguns dos países envolvidos na pesquisa enviaram respostas específicas para questões definidas em questionário que passamos a apresentar de forma esquemática no quadro a seguir exposto:

Países	Participa e opina em todas as sessões deliberativas da ISC	Opina em todos os casos e assuntos sujeitos à jurisdição e deliberação da ISC	Solicita medidas apuratórias à ISC	Promove suas próprias investigações sem o intermédio da ISC	Participa/opina quanto ao programa de trabalho/auditoria da ISC	Exige a aplicação de sanção/reparação de dano por parte da ISC	Propõe/participa de iniciativas da ISC para resolução consensual de controvérsias
Brasil	SIM	SIM	SIM	SIM	NÃO	SIM	SIM
França	SIM	SIM	SIM	SIM	NÃO	SIM	NÃO
Itália	NÃO	NÃO	SIM	SIM	NÃO	SIM	NÃO
Marrocos	NÃO	SIM	NÃO	SIM	NÃO	SIM	SIM
Panamá	NÃO	SIM	NÃO	SIM	NÃO	SIM	SIM
Portugal	SIM	SIM	SIM	SIM	NÃO	SIM	NÃO
Senegal	SIM	SIM	SIM	NÃO	SIM	SIM	NÃO

* ISC – Instituição Superior de Controle

Os principais achados, segundo consta do artigo suprarreferenciado, podem ser resumidos da seguinte forma:

- a maioria das instituições pesquisadas está inserida na estrutura organizacional da respectiva Instituição Superior de Controle, tendo assegurada a necessária independência para o exercício de suas atribuições;
- em alguns casos, como em Portugal e no Timor Leste, o PPO faz parte de um corpo maior de procuradores, que detém atribuições e funções legais mais amplas sob outras jurisdições;
- a maioria dos respondentes afirmou ter seus procuradores-gerais nomeados pelo chefe do Poder Executivo, e não pela respectiva Instituição Superior de Controle, o que reforça, na maior parte dos casos, a ausência de subordinação às respectivas cortes;
- existe uma convergência mínima entre as atribuições dos PPOs, compreendendo a função de *custos legis* e aquelas persecutórias típicas do Ministério Público (ambas presentes em 11 dos 12 PPOs pesquisados), bem como a prerrogativa recursal contra as decisões proferidas pelas instituições superiores de controle;

2 GAUTIER, Louis; MACHADO, Cristina; BALDACCHINO, Adeline; LIMA, Rodrigo Medeiros de. Public Prosecution Offices within Supreme Audit Institutions' jurisdiction, their role and importance for the due process of law: A glance at the findings of a global survey. *International Journal of Government Auditing – Q2 2024 Supreme Audit Institutions with jurisdictional powers*. Disponível em <https://intosajournal.org/issue/q2-2024/>. Acesso em: 2 set. 2024.

- a função de *custos legis* é considerada forma de intervenção dos PPOs nos processos de competência das instituições superiores de controle, para garantia da conformidade legal, processual e substantiva, incluindo o devido processo e as garantias processuais asseguradas aos responsáveis sujeitos à jurisdição das referidas cortes de contas;
- a função persecutória envolve ações investigativas ou requerimentos dos PPOs, assim como a busca de responsabilização individual perante a jurisdição da Instituição Superior de Controle;
- na maioria dos casos, o PPO tem competência para investigar e requisitar informações e documentos às autoridades públicas (entre os PPOs questionados, 75%, isto é, 9 dos 12, foram claros sobre sua iniciativa investigativa);
- apesar de ainda serem poucas as informações a esse respeito, alguns respondentes relataram que, em seu âmbito, seus PPOs (3 de 12) detinham exclusividade para a ação pública ou ação de responsabilidade, o que significa que a respectiva Instituição Superior de Controle não poderia aplicar quaisquer sanções sem o pedido de imputação do respectivo PPO.

Esse diálogo tem avançado, desde então, envolvendo países de diversos continentes, e já teve como palco outro encontro realizado em janeiro de 2024, em que foi reconhecida a necessidade de se constituir uma plataforma perene de discussões, incluindo o compartilhamento de boas práticas.

CONCLUSÃO

Esta breve análise acerca da existência e do papel do Ministério Público de Contas no sistema jurídico-constitucional brasileiro de controle externo, assim como de outros países, deixa patente a presença de uma convergência sistêmica quanto à imprescindibilidade de um Ministério Público especializado para atuação perante as instituições superiores de controle. Mormente quando se leva em conta o fato de que essas instituições inauguram o processo de contas, de ofício ou por provocação, presidem a sua instrução, promovem o seu julgamento e revisam as suas próprias decisões. Mesmo diante da segregação de funções operada no âmbito das cortes de contas, mister a presença do Ministério Público para tutelar a legalidade procedimental e direitos fundamentais de todos os afetados pelos seus provimentos, atribuindo-lhes a chancela de legitimidade.

Apesar de algumas diferenças de atribuições e mesmo de perfil institucional, fato é que ficou clarividente, pelo levantamento utilizado como parâmetro para esta reflexão, que a função de *custos legis*, assim como a função persecutória (investigativa), realizada por iniciativa própria dos PPOs, consistem nos dois grandes nichos de atuação dos Ministérios Públicos de Contas. Alguns com maior proeminência em seu papel de *custos legis*, tutelando a conformidade legal, processual e substantiva, dos feitos que tramitam perante as instituições superiores de controle no exercício da jurisdição de contas, para sua legitimação. Outros, de modo diverso, reservando maior ênfase à atuação investigativa/persecutória, agindo ao lado e em complementariedade à função das cortes de contas em sua missão fiscalizatória de cunho pedagógico, preventivo e repressivo.

Fato é que, sob qualquer dos ângulos tomados como principal, o verdadeiro propósito que move o Ministério Público de Contas no cumprimento da missão que lhe foi confiada perante as instituições superiores de controle, seja no Brasil seja em outros países que o adotam, consiste na defesa do interesse público assegurado pela permanente avaliação da conduta e da responsabilidade fiscal de agentes encarregados do manejo de recursos coletivos. É a efetividade de direitos fundamentais, que refletem o núcleo comum de direitos humanos consagrados internacionalmente para a dignidade da pessoa, o fim último perseguido pelo *Parquet* especializado e pelas demais instituições encarregadas do controle

das contas públicas. Assim, inauguram uma avaliação qualitativa ao lado da análise de conformidade até então adotada, passando a aferir se os resultados advindos da concretização diária de políticas públicas de fato correspondem às expectativas almejadas quando do seu planejamento e inserção como demanda prioritária em cada lei orçamentária. Sem descurar-se do controle dos meios, concentram grande parte da sua atenção nos fins atingidos e de que modo foram capazes de afetar positivamente a vida das pessoas, conferindo-lhes mais dignidade.

A GESTÃO PÚBLICA E O CONTROLE: UMA VISÃO REALISTA NA ERA DO CONSENSUALISMO



Marcílio Barenco Corrêa de Mello

Procurador-Geral do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais (2022-2024; 2024-2026). Doutor e Mestre em Direito. Atualmente em Pós-Doutorado na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

Em agosto de 2024, ressoaram vozes retumbantes na imprensa e entre juristas acerca das possíveis vicissitudes ou virtuosidades do sistema do consensualismo adotado pelos órgãos controladores, em especial, pelo modelo inaugurado em 2022 pela secretaria executiva do Tribunal de Contas da União (TCU).

Em artigo do jurista Roberto Livianu,¹ revelou-se crítica ao modelo adotado pelo TCU, instituído pela Instrução Normativa n. 91/2022, que instituiu a SECEXConsenso, para indicar um papel de fiscalizar, controlar e julgar administrativamente as contas públicas, de modo a afastar a concepção de “balcão de negociação” e “de Câmaras de Mediação”, indicando exclusividade do Ministério Público à celebração de acordos com a administração (acordos de leniência, termo de ajustamento de conduta, etc.).

Há quem defenda que não se encontra no rol de competências constitucionais dos tribunais de contas (art. 71, da CR/88) o papel de conciliador ou mediador, o que não autorizaria a sua atuação “para além-mar” de suas funções típicas. Contudo, também não há nenhuma passagem constitucional que indique exclusividade deferida aos ministérios públicos como indutor da celebração de acordos no âmbito da administração pública, em que pese *cases* de sucesso (ex vi Projeto COMPOR do MPMG). A matéria aqui debatida é antiga, como num “jogo de forças dos controladores” entre Ministério Público, Controladoria-Geral, Advocacia Pública, tribunais arbitrais, tribunais de contas, autarquias estatais ou Poder Judiciário, a extrair quem detém a atribuição e/ou melhor oportunidade para ser conciliador/mediador do “acordo ideal ou solução adequada”, que alcance o melhor interesse público para boa gestão de recursos públicos ou que defina o saneamento de irregularidades já consubstanciadas, postos a seu jugo.

Nestes casos, o melhor para se solucionar a questão controvertida é a aplicação da lei geral. Explico: a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), em seus artigos 26 e 27, traz legitimação ativa disjuntiva para celebração de acordos no âmbito da administração pública, isto é, qualquer autoridade administrativa poderá, para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável. Ademais, a decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.

¹ LIVIANU, Roberto. Nos Tribunais de Contas não se negocia. **Congresso em Foco – UOL**, 2024. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/area/pais/nos-tribunais-de-contas-nao-se-negocia/>. Acesso em: 21 ago. 2024.

A extração legislativa de norma federal nacional é clara: todos são legitimados para celebração de acordos, inclusive no âmbito dos quatro entes que compõem a federação brasileira. O ideal é que não ajam isoladamente e em sobreposição de ações de controle, a gerar dúvidas sobre eventual objeto deficiente que não contemple a completude do interesse público relevante, o que poderá ser objeto de questões para anulação da negociação firmada, gerando insegurança jurídica. O tema é complexo e as técnicas de negociação possuem particularidades que não podem ser desprezadas. Uma vez indagado acerca do que falta para existência plena da teoria do consensualismo brasileiro, indiquei – sem pestanejar – a norma adjetiva que os processualistas chamam de procedimento.

O tema da consensualidade ganhou envergadura há mais de uma década no Brasil, com evoluções normativas e jurisprudenciais, o que me instigou, desde então, um estudo aprofundado da matéria em nível de doutoramento em direito em país da comunidade europeia.² Desde já, ressalto que deve haver profundidade e densidade de conhecimentos científicos para criticar ou apoiar um ou outro modelo de sistema de solução de conflitos que já é realidade pragmática na administração pública brasileira e nos órgãos de controle, o que confesso enxergar.

Os meios alternativos de solução de conflitos ancorada na terceira onda renovatória da Justiça, denominada técnica do sistema multiportas³, facultarão às partes interessadas (o gestor público e o particular contratado) ter à disposição variada forma de desfecho para as questões conflituosas pela via extrajudicial. Não à toa que os métodos consensuais de solução de disputas foram previstos na Lei federal nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos), com destaque para o emprego da arbitragem, da conciliação, da mediação e do comitê de resolução de disputas, sendo igualmente possível a utilização de outros mecanismos decorrentes da autonomia privada, para além da própria jurisdição estatal.

Neste mister, nada obsta que os órgãos de controle – por meios autocompositivos ou heterocompositivos – se valham dos instrumentos válidos e participem na qualidade de intervenientes, para facilitar os acordos firmados na (re)solução consensual da controvérsia, podendo contribuir para a correção de vícios e a entrega final do objeto contratado em benefício da sociedade, sem a necessidade de a questão ser submetida às barreiras estabelecidas no âmbito do processo heterocompositivo (processos judiciais ou arbitrais).

Há, contudo, a necessidade de se proceder à travessia da ideia de administração unilateral e imperativa em direção a uma nova forma de administração dialógica nos dias atuais, revisitando os conceitos de indisponibilidade do interesse público e de reserva de jurisdição para o alcance dos fins pretendidos. O modelo teórico do direito administrativo em Otto Mayer⁴ – que vivera entre 1846-1924 –, que publicou originalmente em 1895 a sua obra *Direito administrativo alemão*, consolidou a autonomia científica desse ramo da ciência jurídica. O estudo desenvolvido à época adotou a concepção de relação de império e de unilateralidade da ação administrativa.

No início do século seguinte (XX), o jurista e sociólogo francês Maurice Hauriou,⁵ que vivera entre 1856 e 1929, também desenvolveu estudos dedicados à reflexão sobre o direito público em geral pautado na ideia da *puissance publique*, em que havia prevalência da autoridade pública, dos atos unilaterais imperativos e da posição de supremacia nas contratações ajustadas (cláusulas exorbitantes), sempre fundadas na consecução de objetivos que o Estado teria como obrigação de cumprir.

2 MELLO, Marcílio Barenco Corrêa de. **Termo de Ajustamento de Gestão como instrumento de composição no controle das despesas públicas**. 665 fl. Tese (Doutoramento em Ciências Jurídicas Públicas), Escola de Direito, Universidade do Minho, Portugal, 2021.

3 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

4 MAYER, OTTO. **Derecho Administrativo alemán**. Buenos Aires: Depalma, 1947. Tomo I.

5 HAURIUO, Maurice. **Précis de droit administratif et de droit publique général**. 11. ed. Bordeaux: Imprimerie Cadout, 1927.

A seu turno, o jurista francês Léon Duguit,⁶ que vivera entre 1859 e 1928, fora fundador da Escola do Serviço Público (Escola de Bourdeaux), cravando-a na obra intitulada *Transformações do direito público*, publicada em 1913, em que apresentara a ideia de que o Estado não era “um ente soberano”, mas sim um conjunto de serviços públicos no interesse da coletividade. Com base nos estudos de Duguit, o que passou a importar é a finalidade da administração pública e de suas políticas públicas realizadas por meio dos serviços públicos prestados aos cidadãos em geral. Aqui, o poder de polícia (vetusto poder de potestade) transformou-se exceção à regra, passando a ser utilizado somente em questões em que se havia necessidade de vetar as liberdades individuais que pudessem vir a prejudicar o interesse da coletividade, sempre em caráter excepcionalíssimo.

Nesse turno evolutivo de conceitos e do Direito Administrativo, iniciou-se a transição da ideia do Estado como entidade que impunha obrigações aos cidadãos para uma nova perspectiva, mais voltada à busca pelo desenvolvimento da solidariedade social, em que a regra passou a ser o dialogismo administrativo.

A administração pública dialógica revela-se como um novo modelo de boa gestão para atender aos interesses da sociedade, transcendendo os três modelos típicos de estruturas administrativas: a) patrimonialista em Estados não democráticos; b) burocrática em Estados formalistas da máquina pública; e c) gerencial, com resultado que melhor supra as necessidades dos administrados com supedâneo em lei. Esta última, na visão de Gustavo Justino de Oliveira,⁷ caracteriza-se por um atuar pautado no consenso empreendido a partir de diversos meios de comunicação com a sociedade civil, decorrendo aproximação entre o Estado (órgão gestor ou controlador) e os particulares (ou controlados).

Nota-se, claramente, que a administração pública dialógica abre um espaço promissor para a atuação administrativa consensual, na busca de valores e objetivos que permeiem a ordem constitucional vigente de atuação preventiva e protetiva, como movimento de modernização da gestão administrativa, que, rompendo com a ideia de imperatividade, contempla um novo modelo pautado no diálogo, na negociação, na cooperação e na coordenação, sem abandonar a lógica da autoridade, agora matizada pelo dialogismo.

Em crítica jornalística investigativa, Breno Pires⁸ apontou malefícios do que chamou de “balcão de negociação” acerca da SECEXConsenso, imputando resolução indevida, com prejuízo a interesse público em dívidas bilionárias sem intervenção de órgãos como Advocacia-Geral da União (AGU), Ministério Público da União (MPU) e Controladoria-Geral da União (CGU). Afastadas as impressões subjetivas ali lançadas, qualquer acordo, como dito anteriormente, está sujeito à revisão pelos demais controladores que não participaram da avença. E aqui lanço questão de ordem que está sujeita ao aprimoramento da própria SECEXConsenso: 1) ampliação dos *stakeholders* que funcionam nas propostas de solução consensual, com convite desde as primeiras rodadas de negociação; 2) ampliação dos legitimados à apresentação das propostas de solução ao próprio jurisdicionado (cidadão e empresas) e ao Ministério Público junto ao TCU; 3) inexistência de alçada mínima para ingresso com pedido.

Talvez este tenha sido o maior deslize da proposta inaugural que preconiza a IN 91/2022, sem experimentação aberta ao consensualismo de todas as causas e hipóteses, a não se concentrar em causas complexas e de grandes vultos financeiros, mediante análise discricionária de relevância, risco e materialidade de grande impacto social. Mesmo assim, a possibilidade de celebração de acordos é de bom

6 DUGUIT, Léon. **Les transformations du droit public**. Paris: Librairie Armand Colin, 1913.

7 OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **A administração consensual com a nova face da administração pública no século XXI**: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. Direito Administrativo Democrático. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

8 PIRES, Breno. “Vai, Bruno!”: Como o TCU, em parceria com o governo Lula, virou um balcão de acordos bilionários. **Revista Piauí**, ed. 214, jul. 2024. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/como-o-tcu-em-parceria-com-o-governo-lula-virou-um-balcao-de-acordos-bilionarios/>. Acesso em: 21 ago. 2024.

alvitre, está alinhada à melhor doutrina do Direito Administrativo contemporâneo e não pode ser extirpada por questões pontuais que podem e serão aprimoradas.

Não nos esqueçamos que o corpo técnico do TCU funciona nas negociações, com apontamentos objetivos de *experts*, a espancar a “ideia de perde e ganha” dos negócios privados, servindo de mote – inclusive – para controle de legalidade póstumo das balizas do acordo, no qual o Ministério Público junto ao TCU tem vez e fala como fiscal da lei antes da homologação da proposta pelo Pleno do TCU, apesar de aquele não participar das rodadas de tratativas de negociação, o que para mim reputo um *déficit* procedimental no consenso, passível de aprimoramento do sistema de controle de contas.

Nesse sentir, o Partido Novo propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 1.183, por meio da qual questiona o protagonismo do TCU, ante a conveniência e oportunidade na admissibilidade da seleção de propostas que serão levadas ao consenso do Tribunal, agindo antes mesmo da tomada de decisão do administrador público, em especial, nos contratos administrativos de concessão de serviço público de longo prazo, cujos caminhos administrativos podem desaguar na responsabilização, caducidade com a retomada do objeto da concessão e posterior (re)licitação (se for o caso). Aduz que a repactuação contratual (reprogramação de investimentos e pagamento de outorgas diversas do contratado) coloca em xeque a proteção eficiente à boa gestão pública, a desaguar em “proteção deficiente”, violação da legalidade, separação dos poderes, moralidade administrativa e princípio republicano.

Pedi, ao fim e ao cabo, a suspensão das atividades da SECEXConsenso/TCU, com sua extinção por declaração de inconstitucionalidade da IN 91/2022, decorrendo prejudicialidade de acordos já firmados.

Vejam que a tentativa de anular os acordos se dá por via oblíqua de declaração de inconstitucionalidade do TCU em acordos firmados por meio de órgão executivo criado para esse fim e vai de encontro aos ideários da administração pública dialógica e à teoria do consensualismo. Com a palavra final do Supremo Tribunal Federal (STF), que pode determinar ajustes e aprimoramento do sistema de controle via consensualismo, ou retroceder declarando-o inconstitucional, ao impor o regime administrativo burocrático e fechado em matéria de acordos administrativos.

A teoria dos múltiplos equilíbrios contratuais⁹ aponta diversos fatores impeditivos de uma gestão de riscos eficiente aos contratos complexos e de grande duração no tempo, como nas atividades de concessão aeroportuárias, de infraestrutura, de telefonia, de energia, entre tantos outros. A atual reforma tributária realizada pelo Congresso Nacional já é suficientemente capaz de trazer reflexos deletérios aos contratos administrativos firmados outrora, em que a nova lei de licitações e contratos trouxe expressamente a teoria do consensualismo como possível solução (conciliação, mediação, arbitragem ou comitê de resolução de disputas).

Brenno Grillo¹⁰ acrescentou elementos de impugnação ao modelo da SECEXConsenso ao apontar sigiliosidade das tratativas, modelo de “salvamento de empresa de telecomunicação em recuperação judicial”, havendo autorização de transformação do modelo de concessão de telefonia para prestação de serviços públicos, com desconto de 75% de obrigação de investimento em estruturas públicas. De fato, a sigiliosidade é procedimento cabível nos moldes da mediação postos, não havendo opacidade do procedimento pelo TCU, que também deu publicidade do acordo entabulado (proposta de solução

9 SILVA, Eric; NÓBREGA Marcos. Reforma tributária e o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de longo prazo: a inadequação do modelo mecanicista, os pontos focais e a teoria dos múltiplos equilíbrios contratuais. *Jota*, Poder, 9 jul. 2024. Disponível em: <https://www.jota.info/artigos/reforma-tributaria-e-o-equilibrio-economico-financeiro-dos-contratos-de-longo-prazo>. Acesso em: 21 ago. 2024.

10 GRILLO, Brenno. À espera de Messias. *O Bastidor*, Economia, 12 jul. 2024. Disponível em: <https://obastidor.com.br/economia/a-espera-de-messias-7408>. Acesso em: 21 ago. 2024.

consensual) por meio de acórdão em plenário, respeitando-se o princípio da publicidade. Já o desconto em investimentos na mudança do modelo contratual deverá ser objeto de auditoria pelos órgãos de controle.

As balizas mínimas são o cumprimento integral do interesse público relevante, eficiência do modelo (re)projetado e cumprimento da lei nas cláusulas do acordo elaborado, a não permitir questionamentos de benefícios financeiros ou em direção dos compromissários. O consenso tem por alvo a realização da faceta material da indisponibilidade do interesse público contratado, nada obstando a sua disponibilidade formal (meio, modo, tempo, etc.). Não se pode impor um processo heterocompositivo (adversarial) por sentença (por dever de razoabilidade), em que há lugar a autocomposição que chegará ao mesmo resultado (por acordo).

Defendo, na linha de outros autores,¹¹ que há de se manter íntegra a teoria do consensualismo e seus meios de consecução, em regime de liberdades com responsabilidades, como nos exemplos de sucesso do Termo de Ajustamento de Gestão (TAG)¹² e Mesas Técnicas inauguradas pelos tribunais de contas brasileiros, a fim de subsidiar o destravamento de contratos administrativos, promoção contínua de criação de soluções céleres e eficazes, em exemplos de modelos de sucesso já experimentados pela boa gestão pública.

Marçal Justen Filho¹³ sai em defesa do consensualismo como modelo de gestão pública dissociada de fatores ideológicos, mas como forma de superar a inviabilidade da administração pública unilateral de construir soluções satisfatórias, considerando a impossibilidade de o controle estabelecer regras minuciosas e suficientes para o futuro, em especial em contratos de longo prazo e de objetos complexos (muitas vezes tecnológicos), devendo a iniciativa privada colaborar com a construção da modelagem da contratação pública. De fato, não há nova alternativa em modelo de rejeição ao consenso.

Concludentemente, o emprego dos métodos extrajudiciais de solução de conflitos na esfera estatal é uma realidade contemporânea, estando previstos de forma expressa no novo estatuto de licitações e contratos à disposição da administração pública (Lei federal nº 14.133/2021), contemplados especialmente nos casos submetidos à arbitragem, à conciliação, à mediação e ao comitê de resolução de disputas.

Os benefícios dessas novas técnicas se relacionam principalmente à redução de processos instaurados no âmbito do Poder Judiciário e dos tribunais de contas (excesso de litigiosidade), além de assegurar, de forma rápida, segura e eficaz, a melhor execução contratual e entrega do objeto à coletividade ou à administração.

Para o alcance dos resultados pretendidos, é necessária a mudança da concepção de administração pública tradicional, unilateral, imperativa e sancionatória, sem viés subjetivo ou ideológico, para um novo modelo de administração pública dialógica, na busca da concretização da ideia de consensualidade e bilateralidade no trato das questões ajustadas entre a entidade contratante (seus órgãos de controle) e o particular contratado (pessoa física, pessoa jurídica ou consórcio de empresas) nos processos licitatórios.

11 FORTINI, Cristiana; PEREIRA, César. O TCU e o futuro do consenso: por um Direito Administrativo de soluções. **Migalhas**, 12 jul. 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/411102/o-tcu-e-ofuturo-do-consenso-por-um-direito-administrativo-de-solucao>. Acesso em :21/08/2024.

12 MELLO, Marcílio Barenco Corrêa de. **Termo de Ajustamento de Gestão**: instrumento de composição no controle das despesas públicas. São Paulo: Dialética, 2022.

13 FILHO, Marçal Justen. O consensualismo é consenso: em defesa da SECEXConsenso. **Migalhas**, 11 jul. 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/411026/o-consensualismo-e-consenso-emdefesa-da-secexconsenso>. Acesso em: 21 ago. 2024.

Impõe-se uma assimilação madura da mutação material de conceitos ortodoxos e da resignificação de vetustos institutos jurídicos, a exemplo da indisponibilidade do interesse público e da reserva de jurisdição, para que seja inaugurada uma nova cultura de resolução de litígios pelos próprios entes estatais envolvidos no problema, cabendo destacar que a celebração de um acordo ou compromisso com o particular contratado poderá melhor atender ao interesse público relevante a ser tutelado por dever legal, sempre que surgirem novas controvérsias que possam obstar o regular cumprimento do objeto contratado derivado de licitações e contratos administrativos de objetos complexos e de longo prazo, em que a gestão de riscos é ineficiente a prever a velocidade do mundo das coisas numa era contemporânea.

LAGOA DA PAMPULHA: NO CORAÇÃO DE BELO HORIZONTE (MG), UM PATRIMÔNIO QUE RECLAMA RESTAURAÇÃO E PARTICIPAÇÃO



Maria Cecília Borges

Mestre em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Procuradora do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais. Professora da Escola de Contas e Capacitação Professor Pedro Aleixo e de Direito Administrativo em cursos jurídicos.

A LAGOA DA PAMPULHA E SEU RECONHECIMENTO COMO PATRIMÔNIO CULTURAL

A Lagoa da Pampulha integra o Conjunto Paisagístico e Arquitetônico da Pampulha, projeto idealizado por Juscelino Kubitschek – JK –, na década de 1940, com o intuito de oportunizar espaço de lazer e turismo para a capital mineira, o que causou grande impacto na vida dos moradores, que tiveram seus hábitos influenciados pelo novo centro de lazer da cidade.¹ Para isso, foram convidados Oscar Niemeyer e Roberto Burle Marx, além de outros artistas de renome, que consagraram um trabalho singular.

A ideia de implementar na região da Pampulha um novo centro de lazer foi concebida por um conjunto de monumentos que circundam o *espelho d'água* de uma lagoa. Dessa forma, criou-se o Conjunto Paisagístico e Arquitetônico da Pampulha, formado pela Lagoa da Pampulha, pelo late Tênis Clube, pelo Cassino – atual Museu –, pela Casa do Baile e pela Igrejinha de São Francisco de Assis, além de outros que ficaram apenas nas pranchetas de Niemeyer.

O Conjunto, que completou 80 anos em 2023, já foi palco, desde sua inauguração, de competições esportivas, eventos artísticos e bailes, constituindo-se no principal cartão-postal de Belo Horizonte.

Diante de tamanha importância, o Conjunto Paisagístico da Pampulha é considerado patrimônio cultural, o que o fez ser merecedor de especial proteção, mediante tombamento pelas três esferas da federação, nos moldes do art. 216 da Constituição da República de 1988 (CR/88).

Trata-se, assim, de bem cultural protegido por tombamento, constituindo patrimônio cultural do povo belo-horizontino, do mineiro e do brasileiro. Soma-se a tais reconhecimentos o título de Patrimônio Cultural da Humanidade.

Para entender a importância desse patrimônio cultural, é preciso compreender também seu contexto de criação, além de que a Lagoa da Pampulha, bem como os monumentos que a circundam, têm sua razão de ser que ultrapassa a individualidade de cada bem em si. O paisagismo final depende da har-

¹ IEPHA - INSTITUTO ESTADUAL DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO DE MINAS GERAIS. Conjunto arquitetônico da Pampulha. Disponível em: <https://www.iepha.mg.gov.br/index.php/programas-e-acoes/patrimonio-cultural-protetido/bens-tombados/details/1/131/bens-tombados-conjunto-arquitet%C3%B4nico-da-pampulha>. Acesso em: 10 out. 2024.

monia do todo e é entregue pelos reflexos proporcionados pelo *espelho d'água* e pela *orla*, grandes responsáveis por criar o enlace que traz unidade ao conjunto, devendo se manter intactos a fim de que consigam cumprir a especial função que lhes foi designada, entregando o efeito final projetado. Nesse ponto, as *visadas* – pontos privilegiados de observação – permitem o vislumbre do efeito final alcançado, resultante da harmonia e integração de todos os bens que compõem o conjunto.

Toda essa relevância refletiu na inclusão da Lagoa da Pampulha, seu *espelho d'água* e toda a sua *orla* nos perímetros de tombamento, ensejando proteção coletiva, eficiente e eficaz de toda a *dimensão paisagística* do Conjunto.

O CONJUNTO PAISAGÍSTICO E ARQUITETÔNICO DA PAMPULHA E SUA PROTEÇÃO AMBIENTAL: CONSTITUCIONAL, LEGAL E ADMINISTRATIVA

O Conjunto Paisagístico e Arquitetônico da Pampulha se consubstancia em bem cultural. Isso não só em razão dos sucessivos tombamentos que lhe garantiram tal *status*, como ainda por proteção constitucional. Integra, portanto, na forma do art. 216, V, da CR/88, o *patrimônio cultural brasileiro*, em razão do valor histórico, paisagístico, artístico e ecológico de referido conjunto urbano.

Quando se fala em Lagoa da Pampulha e em seu Conjunto Paisagístico, se está a tratar, inquestionavelmente, de meio ambiente, em suas várias dimensões ou vertentes.

O conceito de meio ambiente passou por grandes evoluções ao longo dos anos, ampliando o seu espectro e agregando novas abordagens. Pode-se afirmar que ocorreu um processo de amadurecimento de tal conceito, fruto da busca de se atender aos anseios da coletividade ao mesmo tempo que se mantinha firme no escopo de proteger e preservar os bens que lhe compõem para as presentes e futuras gerações. Assim, quando se fala em meio ambiente nos dias atuais, visualiza-se um feixe de dimensões que se completam a fim de abarcarem a maior proteção possível aos bens jurídicos objetos de tutela.

Sobre o tema, leciona Edis Milaré² que “o meio ambiente abrange toda a natureza original (natural) e artificial, assim como os bens culturais correlatos”. E que, “nessa perspectiva ampla, o **meio ambiente** seria ‘a **interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais** que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”.

Reforçando tais lições, ensina Marcos Paulo de Souza Miranda³:

A Constituição Federal de 1988, por questão de sistematização legislativa, estabeleceu em capítulos apartados as diretrizes atinentes à preservação do patrimônio cultural (art. 216) e do meio ambiente (art. 225), dispondo, contudo, de forma idêntica, que incumbe ao Poder Público, com a colaboração da comunidade, o dever de preservá-los e defendê-los.

Em que pese a divisão topológica feita pelo legislador constitucional no tratamento das matérias, certo é que meio ambiente e patrimônio cultural são temas incidíveis sob a ótica do direito.

Assim, o bem ambiental em questão é tutelado tanto nos arts. 216 e 225 da CR/88 quanto no Decreto-Lei n. 25/1937 e na Lei n. 6.938/1981, tendo sido objeto de sucessivos tombamentos, inicialmente

2 MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 806.

3 MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Tutela do patrimônio cultural brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 11-13.

pelo Estado de Minas Gerais (1984)⁴, seguido pela União (1997)⁵, após pelo município (2003)⁶, até que foi inserido na lista de bens integrantes do Patrimônio Cultural da Humanidade (2016)⁷, na categoria *Paisagem Cultural*.

Diante dessa contextualização, a compreensão da interdependência existente entre cultura e natureza é fundamental, uma vez que ambos se unem e se inter-relacionam na construção da identidade e memória dos indivíduos.

A fruição do patrimônio cultural é essencial para a coletividade, sendo direito de sua titularidade. Com isso, é possível definir, ainda, o direito tutelado como difuso de terceira geração. Isso porque toda a coletividade de indivíduos do gênero humano detém titularidade do direito de usufruí-lo e do correlato dever de preservá-lo, em consonância com os interesses das presentes e das futuras gerações.

Aliado a isso, os bens culturais são dotados de proteção especial. Nesse sentido, o Enunciado n. 29 da I Jornada de Direito do Patrimônio Cultural e Natural⁸ e o art. 17 do Decreto-Lei n. 25/1937 vedam, expressamente, a sujeição dos bens tombados a quaisquer intervenções que possam trazer risco de *destruição, demolição, mutilação, redução de suas características e comprometimento* do bem.

Nesse sentido e dada a representatividade cultural do Conjunto, a toda a coletividade se impõe o dever não só de preservá-lo, como também de cuidado para que seus elementos formadores se mantenham íntegros.

Com isso, o exercício do dever-poder de preservação do patrimônio cultural deve se concretizar de maneira colaborativa. Isso, pois, a cooperação entre o poder público e a sociedade, mediante o controle social, é primordial tanto para a assertividade das atuações quanto para a garantia do princípio da participação ambiental.

PATRIMÔNIO QUE RECLAMA PROTEÇÃO E PRESERVAÇÃO POR PARTE DE TODOS, POR FORÇA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PARTICIPAÇÃO AMBIENTAL

A preservação de todos os elementos que se inserem no perímetro de tombamento do Conjunto Paisagístico e Arquitetônico da Pampulha é dever jurídico geral, possuindo enfoque especial a *orla* e o *espelho d'água* da Lagoa da Pampulha, diante de suas características unificadoras e integradoras de toda a dimensão paisagística do local.

Entretanto, em que pese tal responsabilidade coletiva, é visível que a Lagoa da Pampulha vem sofrendo deformações em seu desenho original, seja pelo recebimento indevido e irresponsável de poluentes de toda sorte, seja pela atuação culturalmente descuidada do poder público.

4 MINAS GERAIS. Decreto estadual n. 23.646, de 26 de junho de 1984. Aprova o tombamento do Conjunto Arquitetônico e Paisagístico da Pampulha, em Belo Horizonte. **Diário do Executivo**, 27 jun. 1984, p. 6. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/legislacao-mineira/texto/DEC/23646/1984/>. Acesso em: 2 maio 2024.

5 BRASIL. Ministério da Cultura. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN. Portaria n. 188, de 20 de outubro de 1997. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/FMC_dossie_conjunto_moderno_%20da_pampulha.pdf. Acesso em: 2 maio 2024.

6 BELO HORIZONTE. Fundação Municipal de Cultura. Certidão de Registro de Tombamento, de 5 de novembro de 2014. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/FMC_dossie_conjunto_moderno_%20da_pampulha.pdf. Acesso em: 2 maio 2024.

7 O título foi concedido em 2016 pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO/ONU). Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/FMC_dossie_conjunto_moderno_%20da_pampulha.pdf. Acesso em: 2 maio 2024.

8 JORNADA de Direito do Patrimônio Cultural e Natural: enunciados aprovados. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2023.

Nessa temática, chama-se atenção especial para as *destruições* ocorridas na *orla* da Lagoa da Pampulha, bem como as *mutilações* à integralidade de seu *espelho d'água*, especialmente por meio de processos de assoreamento e aterramento visíveis em sua extremidade oeste.

A situação narrada pode ser constatada pela própria criação do “Parque Ecológico da Pampulha”, inaugurado no início dos anos 2000, que é resultado do acúmulo indevido de rejeitos e do aterramento da Enseada dos Córregos Ressaca e Sarandi, onde era *espelho d'água* tombado.

Nesse cenário, a atuação da administração pública municipal de desassorear a lagoa sem estancar o depósito contínuo de rejeitos tem se revelado ineficiente, já que não se trata a causa dos problemas. Ademais, outro problema que envolve a Lagoa da Pampulha é em outra de suas enseadas, a do Zoológico, onde deveria ser *espelho d'água*, que vem sendo utilizada como área de suposta secagem e depósito de material extraído da lagoa, o que culminou em seu aterramento.

Perceba-se que tais condutas, além de contrariarem os preceitos de proteção ao meio ambiente, em suas dimensões cultural, natural e construído, refletem incontestável descaso do poder público face ao seu dever legal de proteção e restauração do *espelho d'água* e da *orla* da Lagoa da Pampulha.

Isso porque, quando se trata de patrimônio cultural, emergem as premissas de retorno ao *status quo ante* e da reparação integral *in natura*, fundamentos esses que versam sobre o dever de reparação integral dos danos provocados ao bem cultural, objetivando seu retorno à condição e capacidade funcional inicialmente verificada e que motivaram os respectivos tombamentos.

Integram a estrutura básica da **ordem pública de proteção do patrimônio cultural e natural**, entre outros, os princípios da vedação de salvaguarda deficiente, *in dubio pro* patrimônio público, da proibição do retrocesso cultural e/ou ambiental, da função memorativa da propriedade cultural, da prevenção de dano, da precaução, da solidariedade intergeracional, da cooperação internacional, da função ecossocial da propriedade e da fruição coletiva, conforme enunciados do CJF/CEJ-STJ⁹.

Nesse sentido, a atuação da administração deveria se pautar pela promoção da reparação qualitativa e quantitativa integral do *espelho d'água* da Lagoa da Pampulha, fato esse longe de ser observado.

O cenário é alarmante, haja vista que o que se observa na Lagoa da Pampulha é o dispêndio de elevado montante de recursos públicos, sem que se vislumbre resultado no devido retorno para a sociedade na promoção do pleno acesso ao direito fundamental ao meio ambiente, em suas dimensões cultural e natural.¹⁰

Assim, o aterramento da Enseada dos Córregos Ressaca e Sarandi, aliado ao uso indevido da Enseada do Zoológico, bem como ao não tratamento da causa, fulmina o bem cultural de *destruição* e *mutilação*, em violação frontal às normas constitucionais e infraconstitucionais protetivas no ordenamento jurídico brasileiro, consoante art. 216 da CR/88 e Decreto-Lei nº 25/1937.

9 JORNADA de Direito do Patrimônio Cultural e Natural: enunciados aprovados. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2023:

ENUNCIADO 9 – Integram a estrutura básica da ordem pública de proteção do patrimônio cultural e natural, entre outros, os princípios da vedação de salvaguarda deficiente; *in dubio pro* patrimônio público; da proibição do retrocesso cultural e/ou ambiental; da função memorativa da propriedade cultural; da prevenção de dano; da precaução; da *responsabilização in integrum*; da solidariedade intergeracional; da cooperação internacional; da participação pública; da função ecossocial da propriedade; da fruição coletiva; e do respeito à ancestralidade e à diversidade. (g.n)

10 BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Patrimônio histórico e cultural**: salvaguarda e atuação do Ministério Público / Conselho Nacional do Ministério Público. 1. ed. Brasília: CNMP, 2023. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2023/patrimonio_historico_e_cultural.pdf. Acesso em: 10 mar. 2023.

Nessa toada, a atuação descuidada do poder público, além da má gestão de recursos públicos e omissão face ao seu dever-poder de proteção do bem cultural, compromete negativamente o senso de identidade, memória e representatividade do povo, afetando a própria dignidade da pessoa humana. Como bem tombado e patrimônio mundial, se está a tratar de um patrimônio do belo-horizontino, do povo mineiro, do povo brasileiro e de todos os povos do mundo.

Não se pode descurar que, também por comando constitucional, a comunidade também tem o dever de preservar tal patrimônio, em razão do princípio constitucional da participação ambiental.

O princípio da participação assegura a todo cidadão a efetiva participação nas questões ambientais, de modo que a ele devem ser resguardados os mecanismos judiciais, legislativos e administrativos que efetivam o princípio¹¹, corolário do princípio democrático, pressupondo o também direito ambiental da informação¹².

CONCLUSÃO

Deve-se entender o meio ambiente em suas dimensões natural, cultural e construído, sendo direito difuso, de titularidade de toda a coletividade, a quem se impõe atuar em prol de sua preservação, com base no princípio da participação ambiental.

À luz do art. 216 da CR/88 e do art. 17 do Decreto-Lei nº 25/1937, os bens tombados são dotados de proteção especial, o que não se coaduna com a ilicitude de atos de degradação.

Diante disso, sendo o Conjunto Paisagístico e Arquitetônico da Pampulha Patrimônio Cultural da Humanidade, a preservação da totalidade de seu perímetro de tombamento se impõe à coletividade, com especial atenção ao *espelho d'água* e à *orla* da Lagoa da Pampulha, diante de sua importância articuladora dos demais elementos.

A Lagoa da Pampulha é símbolo da identidade do povo brasileiro, do mineiro e do belo-horizontino, e de todos os povos do mundo, possuindo influência essencial no desenvolvimento do senso de pertencimento, memória, representatividade e identidade da população. Ainda, sua preservação impacta a garantia dos direitos fundamentais, tutelados constitucionalmente.

Nesse cenário, emana do texto constitucional e de diplomas normativos específicos o dever-poder de proteção e restauração integral do patrimônio cultural. Assim, impõe-se ao poder público a observância de seus deveres legais de preservação, enquanto à coletividade o exercício legítimo de participação.

Afinal, a promoção da recuperação integral da *orla* e do *espelho d'água* da Lagoa da Pampulha, notadamente em suas enseadas degradadas, consiste em dever e interesse coletivo, devendo ser alcançada por gestão eficiente de recursos públicos e pela participação legítima e indispensável da coletividade.

11 FARIAS, Talden. **Introdução ao direito ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 55.

12 MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 115-116.

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS NO CONTROLE SOCIAL DEMOCRÁTICO PERANTE OS TRIBUNAIS DE CONTAS



Sara Meinberg Schmidt de Andrade Duarte

Procuradora do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais.
Pós-Graduação em Poder Legislativo (especialização) na PUC Minas.

Diego Felipe Mendes Abreu de Melo

A ATIVIDADE FINANCEIRA ESTATAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO

O regime democrático pressupõe uma estrutura estatal aberta ao diálogo constante com a sociedade. Não se trata de diálogo apenas para ouvir as demandas sociais, ou apenas “saber” dos problemas que atingem os cidadãos. Esse diálogo pressupõe poder de voz ativa, ou seja, que cada cidadão tenha plena legitimidade, em igual parcela de influência, para atingir seus objetivos.

Na democracia, a vida em sociedade deve ser capaz de gerar seus próprios consensos, mediada pelos procedimentos legais, de forma que o Direito seja capaz de continuamente transformar o mundo sistêmico. De igual modo, o sistema, a superestrutura, deve ser capaz de influenciar o mundo da vida, conforme as necessidades do bem comum.

No entanto, o aparato estatal nas democracias é relativamente custoso, pois não se trata apenas de implementar políticas públicas e intervenções sociais, ou mesmo de abstenção de qualquer interferência na autonomia privada. O Estado Democrático pressupõe uma dialética constante entre os diferentes argumentos, levando a sínteses consensuais, organizadas segundo a gramática da lei (procedimentos).

Efetivamente, viabilizar a democracia demanda dispêndio de recursos financeiros para manutenção do regime de governo definido no texto constitucional. Assim, compete ao Estado garantir estrutura mínima de operacionalização do *accountability* democrático e do Direito como instrumento vivo e mediador entre a vida individual e social e o sistema.

Em última análise, o dinheiro torna-se, portanto, fator limitante não só para as políticas públicas, mas também para sua própria democratização. Como recurso escasso que é, os valores financeiros não podem ser destinados sem racionalidade, sem regras prévias (lei, processo administrativo e/ou judicial) e sem fundamentação adequada.

Em outras palavras, num Estado Democrático, os recursos públicos não podem ser visualizados como uma mera ferramenta para concretização das políticas públicas, ou que a atividade financeira estatal seja apenas mais um elemento burocrático do Estado, comumente nominado de “administração pública”. A atividade financeira é “A” principal ferramenta, o coração de qualquer governo, pois é o principal fator crítico para implementação de políticas públicas.

Como fator crítico que é para a tomada de decisões e para a própria democracia, a atividade financeira estatal deve ser sindicável pelo povo. Em outras palavras, a democracia pressupõe que qualquer do povo seja legitimado para (i) a “ação” de exigir contas do Estado, que consiste no direito de ver demonstrado pelo gestor a adequada destinação dos valores públicos e a regular prestação do serviço público, e para (ii) a impugnação de dispêndio ou arrecadação irregulares.

Dessa forma, a ampla sindicabilidade social das contas públicas demanda uma postura ativa do Estado para garantir que o povo – sujeito constitucional legitimado ao processo – possa livremente acessar, entender, criticar e impugnar a atividade financeira estatal, sem sofrer perseguições, retaliações ou, de qualquer outra forma, ter sua dignidade diminuída por exercer seu direito fundamental.

Nessa linha, o Estado compromissado com a democracia não pode ater-se apenas ao texto formal dos procedimentos para estabelecer igualdade na lei e perante a lei, mas ignorar a realidade social em que seus cidadãos se encontram inseridos.

A depender da matéria controvertida, a voz ativa de um cidadão pode acabar suprimida, abafada, por diversos mecanismos estruturais, sejam provenientes das instituições sistêmicas – relacionadas ao Estado, economia, política, religião cultura, imprensa, entre outros –, sejam provenientes de seus coiguais, os cidadãos.

No entanto, se a voz de um cidadão é suprimida, por quaisquer dos dois fatores estruturais, isso importa em implicitamente deslegitimá-lo para o exercício democrático, fora das regras procedimentais previamente estabelecidas. Basta que um seja silenciado em seus argumentos lícitos e legítimos para a demonstração da falseabilidade da democracia.

Não se pode ignorar que o cidadão pode ser silenciado ou ter sua voz atenuada por poderes e instâncias institucionais, como denunciar diretamente uma autoridade estatal de forte influência política, ou uma empresa de forte poder econômico, ou uma autoridade religiosa com significativa congregação. De igual forma, há fatores que partem da própria base da estrutura social – atraindo a atenção de forças contrárias oriundas da própria sociedade –, como aqueles postos em ação ao impugnar condutas cujo resultado é contracultural (ex.: a pressão popular contra cidadão que impugne a destinação de verbas públicas em favor de um evento religioso em detrimento de outro), ou ao questionar elementos que compõem o “pacto” da mentalidade coletiva (ex.: indivíduo que denuncia irregularidades na contratação de bandas e estrutura para uma grande festa comumente organizada ou patrocinada pelo poder público, com risco de inviabilização do evento), ou mesmo nadar em sentido oposto a uma correnteza contramajoritária (ex.: a reação de servidores contra um deles que tenha denunciado como irregular uma parcela remuneratória que a todos eles beneficiava).

Fato é que nem mesmo as instituições do *accountability* democrático estão inteiramente à prova de todas essas influências. É fato que a “vontade da maioria” popular exerce forte pressão sobre as instituições estatais. Ainda maior é a influência das elites econômica e política sobre as instituições, o que gera um risco permanente (e, portanto, necessidade de vigilância) de captura do poder democrático pelos poderes econômico, político, religioso e/ou das mídias em geral (conglomerados de mídia e as redes sociais).

Assim, é preciso que o Estado efetivamente zele por criar meios capazes de corrigir as disfunções que emergem com o desenvolvimento e o exercício da democracia, de modo que a voz do indivíduo possa ser amplificada ou mesmo institucionalizada, conforme o caso, protegendo-o contra tamanhas influências.

Em tempos atuais, esse papel institucional, ínsito ao Estado Democrático, cabe prioritariamente ao Ministério Público (MP).

O MINISTÉRIO PÚBLICO NO ACCOUNTABILITY DEMOCRÁTICO

No Antigo Regime, a centralização do poder nas mãos dos monarcas era um pilar fundamental. O rei, como figura central, detinha o controle sobre todos os aspectos da vida social, desde a prestação de serviços básicos até a criação de leis e a aplicação da justiça.

Nesse contexto, o MP, em suas origens remotas, atuava como representante direto do rei. Essa ligação se dava pela confusão entre o conceito de interesse público, que deveria representar o bem-estar da coletividade, e o interesse estatal, que se limitava aos interesses do monarca e da elite dominante.

Em outras palavras, o MP, naquela época, funcionava como um braço do poder real, assegurando a defesa dos interesses do rei e do Estado, muitas vezes em detrimento dos direitos da população.

Com o passar do tempo, o papel do MP passou por uma gradual transformação. A partir do Iluminismo e das revoluções liberais, a ideia de que o Estado deveria servir ao bem-estar da população ganhou força.

Embora originalmente atuantes como meros consultores do rei, os procuradores reais gradualmente assumiram novas funções a partir do século XVI. Com o declínio do poderio religioso sobre o Estado e a crescente contestação da Inquisição, esses procuradores se viram incumbidos de duas tarefas principais: oferecer pareceres prévios aos magistrados e assumir a titularidade das ações penais.

Essa concentração de atribuições e a posterior transferência para o Judiciário foram impulsionadas pelas ideias do Iluminismo. A visão de um Estado legitimado pela razão, e não pelo direito divino dos reis, exigia um controle do poder estatal que não se limitasse ao monarca.

Nesse contexto, surge a clássica teoria da divisão dos poderes, de Montesquieu. Essa teoria propunha a divisão do poder em três esferas: Legislativa, Executiva e Judiciária. Essa divisão visava evitar a concentração de poder em um único indivíduo ou grupo, garantindo a justiça e a liberdade dos cidadãos.

A ascensão do MP e a influência do Iluminismo foram, portanto, processos interligados que moldaram o sistema judicial moderno. O MP, inicialmente um instrumento do poder real, converteu-se em uma instituição independente e fundamental para a defesa dos interesses da sociedade.

No entanto, com o estabelecimento de Estado sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, o papel do MP foi remodelado sob a perspectiva democrática, com a superação paulatina da visão inquisitorial e com o desempenho de papéis de maior protagonismo, em especial na intermediação entre o mundo da vida e o mundo sistêmico, muito além do parecerismo.

Nessa linha, é possível perceber que a emissão de pareceres sobre juridicidade do procedimento judicial ou administrativo é apenas uma das várias atribuições do MP. Jamais poderia o órgão ser reduzido apenas a essa atribuição como se fosse um palpiteiro oficial ou sussurrador de soluções para a autoridade decisora.

O próprio papel (ancião) de *custos legis* deve ser considerado conforme o *status* constitucional de fiscal da lei, e não como um participante processual apto a propor soluções. Em outras palavras, o próprio papel de *custos legis* implica não apenas a emissão de um parecer não vinculativo, mas sim uma importante peça da instrução processual que seja capaz de influir na decisão, construída com os demais participantes do provimento final.

Além disso, com a Constituição de 1988, outras missões foram atribuídas ao MP, em especial a de exercer os papéis de *custos juris*, *custos constitutionis* e *custos societatis*, voltados para a defesa da ordem jurídica como um todo e do Estado Democrático. É, portanto, importante instituição na estruturação do *accountability* democrático e mediador entre a voz que emana do mundo da vida e as instâncias decisórias; no caso do Ministério Público de Contas (MPC), entre o povo e o tribunal de contas.

O lugar de conferidor da lei ou de auxiliar na subsunção de fatos à norma jurídica por meio de pareceres sugestivos restringe-se apenas à figura do MP como *custos legis*, de há muito superada no Brasil, com a Constituição de 1988. Afinal, a figura de “carimbador” de legalidade ou ilegalidade para a conduta de julgadores ou mesmo de procedimentos administrativos, judiciais ou legislativos, não é compatível com a ordem democrática. A democracia não sustenta peso institucional morto para o povo e, se a Constituição assumiu paradigma democrático e previu o MP como órgão permanente na estrutura do Estado, os membros da instituição não podem ser limitados a atuar como “palpiteiros oficiais”, “pareceristas” ou mero “auxiliares do julgador” em suas manifestações, sob pena de manifesta execução inconstitucional de suas atribuições.

No exercício de sua atividade como *custos juris*, o MP atua na defesa da ordem jurídica como um todo, o que inclui a fiscalidade da estabilidade das decisões estatais, segurança jurídica e coesão do ordenamento. Ademais, cabe-lhe ainda a defesa da democracia em si, com poderes (deveres) para requerer o estabelecimento ou o saneamento da dialogicidade democrática nos processos decisórios, bem como questionar a validade das normas pretensamente democráticas (tanto nos aspectos formal e material) em face do texto constitucional (*custos constitutionis*).

Também é atribuição do MP defender os direitos humanos e intrínsecos ao processo de subjetividade das pessoas, em plenitude, na democracia, consubstanciados nos interesses sociais e individuais indisponíveis (*custos societatis*). Isso certamente inclui a fiscalidade da prestação de serviços públicos de qualidade e da economicidade (racional) das decisões estatais, como é o caso do MPC.

Dessa forma, se o Ministério Público é instituição-chave, de alçada constitucional, para a manutenção do Estado Democrático, fato é que, implicitamente, a Constituição outorgou ao órgão atribuições e poderes para o cumprimento de seu mister, tais como:

- servir-se de canal aberto à sociedade, de modo que a sindicabilidade das contas públicas possa ser exercida mediante a amplificação de vozes do povo, em efetivação da soberania popular;
- instruir as ações de sua titularidade e exercer adequadamente sua atribuição de defensor da ordem jurídica (*custos juris*);
- exercer poderes investigatórios (ex.: requisição de documentos, oitiva de testemunhas, diligências em bancos de dados, etc.) suficientes para persecução de potenciais ilícitos;
- peticionar ao órgão competente a nulidade de ato ilegal e/ou inconstitucional, bem como o expurgo ou afastamento – ainda que apenas incidentalmente – de norma contrária à Constituição;
- atuar na prevenção do ilícito ou mesmo na sua cessação mediante expedição de notificações recomendatórias aos responsáveis, com o intuito de dissuadi-los de conduta potencialmente irregular;
- zelar pela segurança jurídica e estabilidade das decisões, valendo-se dos instrumentos disponíveis para provocar a uniformização de jurisprudência ou a revisão de posicionamentos destoantes.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS E A FISCALIDADE DEMOCRÁTICA DA ATIVIDADE FINANCEIRA ESTATAL

Entre as instituições responsáveis por amplificar a voz do cidadão em relação a argumentos válidos e legítimos, promovendo maior equilíbrio de forças que operam no Estado Democrático, encontra-se o Ministério Público. Se essa voz é voltada, por exemplo, para a discussão sobre a juridicidade e economicidade da atividade financeira estatal, ressaí a importância de uma das principais instituições do *accountability* democrático na fiscalização do dispêndio e da adequada arrecadação do dinheiro público: o Ministério Público de Contas.

Justamente por ser um mediador e fiscalizador do exercício da ampla fiscalização popular sobre a atividade financeira estatal, seja como promotor da liberdade de voz popular e igualdade processual democrática – com isotopia, isomenia e isocrítica – seja na atuação pela fiscalidade da lei, defesa do regime democrático e higidez das contas públicas, bem como zelo pela segurança jurídica e validade do ordenamento em face da Constituição, o Ministério Público de Contas assume papel de grande relevância no atual paradigma constitucional.

Nessa tarefa, o MPC sobressai em relevância por ser a instituição legitimada a receber denúncia inqualificada de irregularidades relativas à atividade financeira estatal, encaminhada por qualquer do povo, pois a possibilidade de provocar anonimamente o órgão ministerial alivia o denunciante de boa-fé das diversas pressões e coações sistêmicas que o silenciariam.

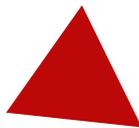
Diante da cognição ministerial sobre a potencial irregularidade, ainda que de fonte anônima, deve o órgão realizar, com a devida cautela, apurações preliminares com o intuito de obter mais informações sobre a plausibilidade do que fora noticiado. Acaso haja indícios suficientes de confirmação da existência da conduta irregular, cabe ao MPC adotar as medidas necessárias para reunir as provas necessárias à persecução (poderes investigatórios).

Nesse cenário, o MPC consegue formar sua convicção sobre a autoria e materialidade do que fora denunciado e assume a titularidade de eventual ação de controle externo com vistas à cessação da conduta irregular, bem como à adoção de medidas punitivas e indenizatórias cabíveis.

Portanto, no âmbito do controle externo das contas públicas, entre suas diversas atribuições, o MPC deve representar um mecanismo social e jurídico de expressão da própria voz do cidadão perante o Tribunal de Contas, em solução, ou ao menos atenuação, das disfunções sistêmicas e institucionais que poderiam inviabilizar o exercício da fiscalidade popular – e, por conseguinte, da própria democracia – sobre a arrecadação de receitas e realização de despesas públicas.

Artigos de jurisprudência

TEMA 542: O ALCANCE DA LICENÇA-MATERNIDADE ÀS AGENTES POLÍTICAS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF



Cibelly Farias

Procuradora-Geral de Contas do Ministério Público de Contas de Santa Catarina.

A licença-maternidade é um direito assegurado pela Constituição da República do Brasil de 1988 (CR/88) a todas as trabalhadoras urbanas e rurais com o intuito de protegê-las durante e após a gravidez, garantindo-lhes condições adequadas para cuidar dos filhos recém-nascidos sem prejuízo de sua remuneração e sem perda do vínculo empregatício.

Historicamente, é um direito assegurado às brasileiras desde a Constituição de 1934, que previa um afastamento de 84 dias, condição que se manteve até a atual Carta Magna, que ampliou a sua duração. Conforme seu artigo 7º, inciso XVIII, é assegurada a licença-maternidade com duração de 120 dias, sendo remunerada integralmente.

Além disso, a Constituição de 1988 estabeleceu estabilidade no emprego para a mulher desde o início da gestação até cinco meses após o parto (art. 10, inciso II, letra “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT – da CR/88), assegurando que ela não seja demitida sem justa causa nesse período. Essa proteção adicional foi uma importante conquista para garantir que as mulheres pudessem usufruir da licença sem o receio da perda do emprego.

Outro avanço legislativo veio com a Lei nº 11.770, de 2008, que criou o Programa Empresa Cidadã, incentivando as empresas a ampliar a licença-maternidade para 180 dias, com benefícios fiscais em troca.

Dúvidas surgiram – sobretudo quando a lei local é silente sobre o tema – com relação à aplicabilidade desse direito às mulheres agentes políticas, a exemplo de vereadoras, cujo vínculo estabelecido com o poder público não advém de uma relação de emprego propriamente dita, mas de relações de cidadania, decorrentes do processo eleitoral.

No Tribunal de Contas de Santa Catarina, vigora atualmente sobre esse tema o Prejulgado nº 0773, emitido pelo Plenário do TCE/SC em 17 de novembro de 1999, quando da análise da consulta CON nº 933020890, vazado nos seguintes termos:

A vereadora gestante não tem o direito à licença à gestante, e nem a respectiva remuneração do cargo eletivo, por ausência de previsão legal na legislação municipal, podendo licenciar-se, para tratar, sem remuneração, de interesse particular, desde que o afastamento não ultrapasse a cento e vinte dias por sessão legislativa, nos termos do art. 37, inc. II, da Lei Orgânica do Município de Chapecó. (Grifos meus)

A referida decisão se pautou na necessidade de previsão do direito na lei orgânica municipal, e, em conformidade com disposição específica da lei em análise naquele processo, ponderou-se no sentido da viabilidade de a vereadora se valer da licença para tratar de interesse particular, sem remuneração, observado o prazo máximo de 120 dias por sessão legislativa.

Em recente iniciativa, a área técnica do TCE/SC propôs a revisão do referido prejulgado, considerando especialmente não haver justificativa plausível a permitir, atualmente, a existência de trabalhadoras e nascituros desprovidos da proteção constitucional em discussão, atrelada à estabilidade provisória da gestante, ressaltando tratar-se de proteção social igualmente contemplada pelo art. 6º, *caput*, da CR/88.

Em termos conclusivos, a área técnica aduziu que, com fundamento no princípio da legalidade, desde que haja previsão legal específica, é devido o benefício da licença-gestante para as agentes políticas, trazendo, com isso, proposta de reformulação do Prejulgado nº 0773, o qual passaria a contar com a seguinte redação: “Desde que haja previsão legal específica, poderá ser concedido o benefício da licença-maternidade (ou licença-gestante, conforme nomenclatura adotada) para agentes políticos” (grifos meus).

O Ministério Público de Contas, instado a se manifestar no processo (ainda em tramitação), ao tempo que endossou o entendimento da área técnica no tocante à possibilidade/pertinência de se legislar, localmente, acerca da concessão de licença-maternidade a agente políticas – em devido prestígio ao princípio da legalidade e à segurança jurídica esperada para casos tais –, de outro lado, ao defender o direito à maternidade e à respectiva licença, porquanto consubstanciado em direito fundamental constitucionalmente assegurado, concluiu que independe de regulamentação legal e demanda aplicação imediata, nos termos do art. 5º, § 1º, da CR/88.

É que, ao se lançar um olhar mais amplo sobre a temática, especialmente sobre a evolução da jurisprudência no Supremo Tribunal Federal (STF) ao interpretar a abrangência do direito à licença-maternidade e à estabilidade provisória, tais contornos evidenciam, ao final, a aplicação imediata do direito examinado, independentemente de regulamentação pelo ente competente.

Vejamos algumas decisões paradigmas no STF sobre essa temática ao longo do tempo, a evidenciar, ao final, que as interpretações benéficas às trabalhadoras, em âmbitos privado e público, também devem alcançar, sob um contexto constitucional sistemático, as agentes políticas.

No ano de 2008, mediante decisão da Segunda Turma do STF nos autos do RE nº 568.985-AgR/SC, assentou-se o direito da empregada gestante, independentemente do regime jurídico de trabalho, à licença-maternidade, em atenção ao art. 7º, inciso XVIII, da CR/88, e ao art. 10, inciso II, alínea “b”, do ADCT. Naquela oportunidade, rememorou-se posicionamento da ministra Cármen Lúcia, exposto no julgamento do AI nº 710.203/MG, pelo qual a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vinha entendendo que as servidoras públicas, inclusive as contratadas a título precário, independentemente do regime jurídico de trabalho, têm direito à licença-maternidade de 120 dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, nos termos dos dispositivos citados.

Em 2009, ao tempo que a Segunda Turma do STF, nos autos do RE nº 523.572-AgR/PR, dispôs sobre o alcance, às militares, do direito esculpido no art. 7º, inciso XVIII, da CR/88, estabelecendo decorrer a estabilidade provisória da licença-maternidade de proteção constitucional às trabalhadoras em geral, quando do julgamento do RE nº 600.057-AgR/SC, igualmente reforçou a interpretação do STF no sentido de que as servidoras e empregadas gestantes, inclusive as contratadas a título precário, têm direito à licença-maternidade, independentemente do regime jurídico de trabalho.

Posteriormente, em 2011, assentou a Segunda Turma, nos autos do RE nº 634.093-AgR/DF, que: (a) a garantia da servidora pública e da trabalhadora gestante à estabilidade provisória, traduzida em inderrogável garantia social de índole constitucional, apenas pressupõe a mera confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez, independentemente da prévia comunicação de tal estado ao órgão estatal competente ou empregador; (b) as gestantes, quer se trate de servidoras públicas quer se cuide de trabalha-

doras, qualquer que seja o regime jurídico a elas aplicável, não importando se de caráter administrativo ou de natureza contratual (CLT), mesmo aquelas ocupantes de cargo em comissão ou no exercício de função de confiança ou, ainda, as contratadas por prazo determinado, inclusive na hipótese prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição, ou admitidas a título precário, têm direito público subjetivo à estabilidade provisória, desde a confirmação do estado fisiológico de gravidez até cinco meses após o parto, e à licença-maternidade de 120 dias, sem prejuízo da preservação da integridade do vínculo jurídico que detêm com a administração pública ou o empregador, assim como da manutenção da percepção integral do estipêndio funcional ou da remuneração laboral; e, (c) sobrevindo, no período mencionado, dispensa arbitrária ou sem justa causa que resulte na extinção do vínculo jurídico-administrativo ou da relação contratual da gestante, esta terá direito a uma indenização correspondente aos valores que receberia até cinco meses após o parto, caso não se realizasse referida dispensa.

No ano de 2012, quando da análise do RE nº 420.839AgR/DF, a Primeira Turma da Suprema Corte reprimou que as servidoras públicas, em estado gestacional, ainda que detentoras apenas de cargo em comissão, têm direito à licença-maternidade e à estabilidade provisória, observado o art. 7º, inciso XVIII, c/c o art. 39, § 30, ambos da CR/88, e o art. 10, inciso II, alínea “b”, do ADCT.

Em julgamento de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE n. 778.889/PE, exarou tese proveniente do Tema nº 782, estabelecida de tal forma que os prazos da licença-adoptante não podem ser inferiores aos prazos da licença-gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações, sendo que, em relação à licença-adoptante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada.

Em 2018, aquele Plenário, ao apreciar o RE nº 629.053, fixou a tese, decorrente do Tema nº 497, de que a incidência da estabilidade prevista no art. 10, inc. II, do ADCT somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa. Para tanto, na respectiva ementa, ponderou acerca da consagração dos direitos sociais como uma das espécies de direitos fundamentais, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, e igualmente consubstanciados em fundamentos do Estado Democrático, nos termos do art. 10, inciso II, alínea “b” do ADCT da CR/88.

Do voto condutor do acórdão, emitido pelo ministro Alexandre de Moraes, extraem-se importantes considerações acerca da absoluta prioridade à proteção integral da criança, em conformidade com o art. 227, *caput*, da CR/88, tratando-se de um direito de dupla titularidade, em constatação de sua efetividade máxima, sendo este um dos critérios interpretativos de todos os direitos fundamentais, entre eles, uma das espécies, os direitos sociais.

No mesmo sentido, pronunciou-se o ministro Ricardo Lewandowski quando sublinhou que o amparo à maternidade se trata de obrigação assumida pelo Brasil no plano internacional, mediante a Convenção 103 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), além de preocupação refletida em vários dispositivos da Constituição da República (art. 60; art. 201, II; art. 203, I; e art. 10, II, b, do ADCT).

Em importante avanço do tema, no ano de 2022, o Plenário da Suprema Corte igualmente fixou a seguinte tese para o Tema nº 1.182, decorrente do julgamento do RE nº 1.348.854: “à luz do art. 227 da CF, que confere proteção integral da criança com absoluta prioridade e do princípio da paternidade responsável, a licença maternidade, prevista no art. 7º, XVIII, da CF/88 e regulamentada pelo art. 207 da Lei 8.112/1990, estende-se ao pai genitor monoparental”. Discutia-se, no referido recurso extraordinário, a possibilidade ou não de estender o benefício de salário maternidade pelo prazo de 180 dias, previsto no artigo 207 da Lei nº 8.112/1990, ao pai solteiro de crianças geradas mediante procedimento de fertilização *in vitro* e utilização de barriga de aluguel.

E, por fim, recentemente, o Supremo Tribunal Federal proferiu importante entendimento nos autos do RE nº 842.844/SC (Tema nº 542), pelo qual, em linhas gerais, se resguarda o direito da trabalhadora gestante ao gozo da licença-maternidade e à estabilidade provisória, independentemente do regime jurídico aplicável, se contratual ou administrativo, e ainda que ocupe cargo comissionado ou seja contratada temporariamente, tudo em conformidade com os arts. 7º, inciso XVIII, e 39, § 30, da CR/88, e art. 10, inciso II, alínea “b”, do ADCT.

No entendimento ementado, ponderou-se que a proteção à maternidade se configura como discriminação positiva, não se confundindo com prerrogativa injustificada ou abusiva – aqui, a atuação estatal dá-se no sentido de trabalhar as diferenças naturais e amplamente justas entre os sexos, igualmente protegendo o nascituro e o infante. Nesse sentido, conforme acentuado, o direito à licença-maternidade pauta-se no reconhecimento das dificuldades fisiológicas e sociais enfrentadas pelas mulheres nas ocasiões do pós-parto, da recuperação físico-psíquica materna e da amamentação e dos cuidados direcionados ao recém-nascido, permitindo, por consequência, o importante convívio familiar nos primeiros meses de vida da criança.

Ademais, nos termos então delineados, a licença-maternidade ostenta uma dimensão plural, a contemplar a mãe, o nascituro e o infante, e serve como proteção à própria sociedade em razão da consequente defesa da família e da segurança na maternidade, ultrapassando-se a exegese individualista, fundada apenas na recuperação da mulher após a ocorrência do parto. Pontualmente, a proteção ao trabalho da mulher gestante é medida justa e necessária, independentemente da natureza jurídica do vínculo empregatício (celetista, temporário, estatutário) e da modalidade do prazo do contrato de trabalho e da forma de provimento (em caráter efetivo ou em comissão).

Do voto condutor do acórdão, proferido pelo ministro Luiz Fux, depreende-se o aprofundamento da evolução da conquista dos direitos sociais pelas mulheres, das mudanças sociais e trabalhistas atinentes à atuação das mulheres no mercado de trabalho, das adaptações legais e constitucionais sobre o tema havidas no país no decorrer dos anos e dos estudos científicos a demonstrarem os benefícios da presença materna nos cuidados do recém-nascido, inclusive relacionados à própria sobrevivência da criança.

Nos moldes pontuados pelo ministro Luiz Fux, o conceito de proteção à maternidade, considerando o fenômeno natural e biológico ao qual atrelado, não permite a ocorrência de traços distintivos capazes de conceder a garantia a algumas mães servidoras e afastá-la no tocante a outras, mesmo porque, em conformidade com a Convenção nº 103 da OIT, de 1952, garante-se a licença-maternidade a todas as mulheres.

Embora a Suprema Corte não tenha adentrado, especificamente, na situação das agentes políticas gestantes, certo é que a fundamentação que sustenta o posicionamento do STF decorre da aplicação irrestrita, a todas as mulheres, e independentemente do vínculo jurídico estabelecido no âmbito de seu serviço público ou trabalho, dos direitos sociais à proteção da maternidade e da infância (art. 6º, *caput*, c/c art. 227, *caput*, ambos da CR/88) e, conseqüentemente, do direito à licença-maternidade (art. 7º, inciso XVIII, da CR/88, c/c art. 10, inciso II, alínea “b”, do ADCT). Nesse cenário, há que se estender o mesmo entendimento às agentes políticas, em devido prestígio, assim como ponderado nos demais precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre a temática aqui mencionados, aos princípios do melhor interesse da criança, da razoabilidade e da isonomia, e, igualmente, à proteção da maternidade, da família e do planejamento familiar.

Em que pese a possibilidade de distintos ângulos de análise, não há de se olvidar a interpretação sistêmica da matéria conferida ao texto constitucional pelo Supremo Tribunal Federal no decorrer dos

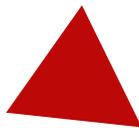
anos, a indicar, ainda que indiretamente, a ausência de obstáculos formais à obtenção do direito à licença-maternidade – e dos demais direitos com ela relacionados – por parte das agentes políticas.

Nesse contexto, a barreira legislativa não parece ser argumento capaz de afastar o direito das agentes políticas de exercer a licença-maternidade em sua plenitude, inclusive mediante a manutenção do recebimento integral de seu subsídio, e sem prejuízo, também aos casos em apreço, da extensão das decisões da Suprema Corte acerca, por exemplo, dos direitos atrelados à atuação do pai como genitor monoparental, à mãe servidora ou trabalhadora não gestante em união homoafetiva e à licença-adotante.

Portanto, a licença-maternidade prevista no art. 7º, inciso XVIII, da CR/88 é passível de aplicação imediata diante da urgência na perfectibilização dos direitos sociais à proteção da maternidade e da infância, independentemente do regime jurídico ao qual submetida a beneficiária e, ainda, da existência de legislação específica local sobre o tema.

Importa registrar que tal entendimento vai ao encontro, ainda, das essenciais práticas necessárias para combater barreiras históricas, sociais e institucionais e fomentar a participação de mais mulheres no Poder Legislativo, o que é crucial para promover a equidade de gênero e fortalecer a democracia, trazendo maior diversidade de perspectivas e contribuindo, ao final, para a realização de políticas públicas mais equilibradas e inclusivas.

ADPF 708 E A REPERCUSSÃO DO DEVER ESTATAL DE ENFRENTAMENTO CLIMÁTICO NOS TRIBUNAIS DE CONTAS



Ruy Marcelo

Procurador de Contas do Estado do Amazonas. MSc em Direito Ambiental.

Ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 708, o Supremo Tribunal Federal (STF) fixou importante dicção constitucional em prol da efetividade da tutela do clima e do meio ambiente. Rechaçou a licitude da paralisação dos ativos do Fundo Clima e do subfinanciamento das ações de combate aos ilícitos que degradam o bioma Floresta Amazônica. Lastreou a decisão no reconhecimento da exigibilidade imediata e do caráter vinculante do dever estatal de enfrentamento da crise climática por investimentos inadiáveis, considerando os mais recentes e avassaladores episódios de desastres no Brasil (seca na Amazônia e as inundações no Rio Grande do Sul).

A Corte Excelsa reconheceu estado qualificado de emergência climática e, com base no art. 225 da Constituição, definiu que as medidas de combate às causas e consequências da mudança do clima devem ser prioritárias ao Estado, porque associadas à garantia do direito ao meio ambiente hígido e seguro, espécie de direitos humanos de terceira geração cuja marca é a solidariedade intergeracional. Nesses termos, com esteio na autoaplicabilidade do núcleo do dever constitucional imposto ao poder público, o STF autoriza que, doravante, sejam prontamente rejeitados como ilegítimos os episódios estatais de omissão, retrocesso, deficiência grave do serviço e proteção insuficiente ao clima e meio ambiente.

É de máxima relevância pontuar os reflexos sensíveis desse julgado nas atividades de controle externo que compete aos tribunais de contas brasileiros, vez que estes também estão investidos constitucionalmente da função de controlar a legalidade e a eficiência do Estado no desempenho das políticas públicas e já têm feito, nos últimos anos, notáveis contribuições à promoção da sustentabilidade na gestão pública por suas auditorias ambientais.

A repercussão é patente, pois, reconhecida a exigência de atuação imediata do Estado na seara da crise do clima, torna-se indeclinável o dever de os tribunais de contas se organizarem para realizar doravante mais amiúde a fiscalização da atuação efetiva dos agentes públicos na forma exigida constitucionalmente para responder à emergência climática.

Esse novo prisma traz aos tribunais de contas novos encargos e responsabilidades de controle externo, mas, ao mesmo tempo, o papel-chave e a oportunidade ímpar de contribuir decisivamente para a salvaguarda da população brasileira e de nossos ecossistemas ante o quadro de severo perigo inerente aos eventos climáticos extremos.

Vejamos os principais e mais sensíveis objetos de controle externo que o dever de enfrentamento climático aduz na agenda dos tribunais de contas.

Primeiramente, a omissão de medidas reputadas pela ciência como básicas no enfrentamento climático deve ser alvo primordial da fiscalização enquanto negligência administrativa grave. Além do caso examinado especialmente pelo STF na ADPF 708, quanto ao contingenciamento indevido de fundos

ambientais e climáticos, podem-se qualificar como omissão grave a leniência e tolerância a atos individuais de emissão de gases de efeito estufa (GEE), por agentes de órgãos ambientais licenciadores e outros que exercem poder de polícia ambiental.

Com efeito, encontrando-se em nível atualmente alarmante e prejudicial de aquecimento a nossa saturada e combalida atmosfera, a ponto de desencadear e intensificar verdadeira pandemia de desastres com números recordes, as emissões de GEE devem ser prontamente contornadas pela intervenção do Estado, impondo aos empreendedores públicos e privados medidas de mitigação e de compensação, evitando-se que novos lançamentos piorem os impactos da crise por efeito sinérgico e cumulativo dos gases.

Nessa esteira, cabe o controle da efetiva cobrança dos empreendedores, no sentido de apresentarem inventário de carbono e componente de impacto climático, no bojo do estudo prévio de impacto e do licenciamento ambiental, com a especificação de medidas de mitigação e compensatórias para neutralização das emissões no curto e no médio prazos.

Incorporando o componente climático ao licenciamento ambiental, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) adota a Instrução Normativa nº 12, de 23 de novembro de 2010, que, textualmente, determina a avaliação, no processo de licenciamento de atividades capazes de emitir gases de efeito estufa, das medidas propostas pelo empreendedor com o objetivo de mitigar esses impactos ambientais, em atendimento aos compromissos assumidos pelo Brasil na Convenção Quadro das Nações Unidas sobre mudanças do clima. Não obstante, há órgãos ambientais estaduais que não atuam minimamente nesse sentido, o que constitui gravíssima lacuna.

Atento a isso, o Tribunal de Contas do Estado do Amazonas (TCE/AM) expediu, recentemente, o Acórdão nº 840/2024 - Pleno, a partir de representação do MP de Contas (Processo nº 16.456/2023), pela qual veicula recomendações ao Instituto de Proteção Ambiental do Estado do Amazonas (IPAAM), no sentido de passar a exigir o componente climático nos licenciamentos de termelétricas com a devida amplitude.

O fundamento jurídico dessas medidas de enfrentamento às emissões prejudiciais à crise climática, no âmbito dos órgãos ambientais licenciadores, repousa na sujeição das empresas à soberania do Estado, com poder político fixado constitucionalmente para intervir na ordem econômica, por função regulatória hábil a reprimir as explorações inválidas, nocivas e divorciadas da Constituição e assim garantir a efetividade dos objetivos da República e dos princípios da ordem econômica, entre os quais o de defesa do meio ambiente (art. 170, VI). Às empresas não se defere direito adquirido de poluir nem de aumentar os passivos climáticos que exasperam os riscos da intensificação e agravamento dos eventos extremos, razão pela qual todos os licenciamentos devem ser revistos para adequação constitucional quanto à compensação de carbono, ao império dos princípios da prevenção e do poluidor-pagador.

A intervenção na ordem econômica também deve ser no sentido de instaurar e conduzir o necessário processo de transição para economia verde como a única compatível doravante com o princípio constitucional da sustentabilidade. Exsurge, neste cenário, o controle externo da função regulatória de caráter emergencial para trânsito à economia de baixo carbono.

Há de haver imediata atuação estatal no sentido de fixar, observada a reserva legal, os termos para um processo de transição, de curto e médio prazos, pelo qual sejam encaminhados à extinção os produtos e serviços incompatíveis com a sustentabilidade climática e socioambiental, assim como para a mudança da matriz energética, implantação da economia circular, da bioeconomia e da infraestrutura e tecnologia verdes. Essa política, pertencente ao direito econômico e ambiental, há

de ser conduzida pela União, mas estados e municípios, no uso de competência concorrente (CR, art. 24), podem legislar e estabelecer normas mais protetivas para agilizar a mudança, a bem da segurança climática. A União, aliás, deu apenas alguns tímidos passos nessa direção por meio das Leis nº 14.904/2024 (diretrizes para planos de adaptação), nº 14.948/2024 (marco do hidrogênio de baixa emissão de carbono) e nº 14.993/2024 (lei do combustível do futuro).

De rigor, noutro giro, a fiscalização das medidas para compensação das emissões de carbono na própria administração pública e nos próprios tribunais de contas, que devem dar o devido exemplo de obediência e conformidade à Constituição. Consiste na formulação e implantação setoriais de plano de logística sustentável com metas de neutralização de carbono.

Com pioneirismo, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) lançou, recentemente, o programa Justiça Carbono Zero, com o objetivo de compensar as emissões de carbono até 2030 em todos os órgãos judiciários brasileiros. A Resolução CNJ nº 594/2024 apresenta como motivação: “o art. 225 da CF, a agenda ONU 2030/ODS 13 e a urgência de ações evidenciadas nas secas da Amazônia, enchentes do Rio Grande do Sul e queimadas em todo o país”. Entes e órgãos públicos devem adotar plano de logística sustentável reunindo todas as medidas em prol da sustentabilidade socioambiental e nele incluir o inventário de carbono e as medidas para neutralização do carbono.

De semelhante relevância é o controle para que haja repressão eficaz aos ilícitos administrativos de efeito climático, pelos órgãos ambientais, com destaque para o combate ao desmatamento e queimadas, assim como a correspondente reparação integral do dano, computando-se, entre outros, a expressão econômica dos impactos climáticos ao planeta decorrente de cada episódio de ilícito. A atividade dos tribunais de contas nesse campo é tanto maior quanto se tem em vista o regime de responsabilidade solidária do estado e de seus agentes por omissão de fiscalização de ilícitos ambientais, nos termos do art. 3.º, IV, da Lei nº 6.938/1981.

Nessa mesma linha, de omissão juridicamente grave e constitucionalmente reprovável, deve ser inserida a falta de execução da política pública de prevenção de desastres, em menosprezo à Lei nº 12.608/2012. É intolerável, a esta altura, com tantas áreas e populações vulneráveis e expostas ao risco de eventos extremos, não haja maior expressão operacional e financiamento assegurados à gestão de riscos para mitigação de impactos e adaptação das cidades brasileiras às intempéries da crise do clima.

A Lei nº 12.608/2012 enfatiza a prioridade das ações de planejamento, de ordenamento territorial, de gestão de risco e de investimento em prevenção, destinadas a reduzir a vulnerabilidade dos ecossistemas e das populações e a evitar a ocorrência de acidentes ou de desastres ou a minimizar sua intensidade, por meio da identificação, do mapeamento e do monitoramento de riscos e da capacitação da sociedade e de resiliência das cidades. Por outro lado, destaca a competência comum no sentido de: I - desenvolver cultura nacional de prevenção de desastres, destinada ao desenvolvimento da consciência nacional acerca dos riscos de desastre no país; II - estimular comportamentos de prevenção capazes de evitar ou minimizar a ocorrência de desastres; III - estimular a reorganização do setor produtivo e a reestruturação econômica das áreas atingidas por desastres; IV - estabelecer medidas preventivas de segurança contra desastres em escolas e hospitais situados em áreas de risco; V - oferecer capacitação de recursos humanos para as ações de proteção e defesa civil; e VI - fornecer dados e informações para o sistema nacional de informações e monitoramento de desastres (cf. art. 9º).

Mas, segundo apuração constante de painel do Tribunal de Contas da União (TCU), apenas 35% dos recursos orçados para gestão de riscos e prevenção de desastres deixaram de ser aplicados no período de 2012 a 2023. A justificativa do gestor seria a falta de apresentação de planos e projetos para investimento pelas autoridades locais. É a evidência de ineficácia do sistema de defesa e proteção civil em

detrimento da efetividade do ordenamento jurídico e do direito fundamental à segurança climática. No período, para cada R\$ 1 destinado a resposta e recuperação, a União aplicou apenas R\$ 0,39 em prevenção.

Outro flanco de atuação dos tribunais de contas consiste em controlar a existência de política pública especialmente voltada à defesa do clima. É intolerável que não haja tratamento legal da matéria com a especificação de instrumentos e estratégias para fortalecer o enfrentamento à emergência climática nem a necessária previsão do financiamento dos respectivos programas e ações no plano plurianual e demais leis orçamentárias. É bem de ver que se examina política transversal e intersetorial que há de lançar ações em vários programas do PPA, voltadas à mitigação de impactos e adaptação às diversas políticas setoriais, tais como saneamento, gerenciamento de recursos hídricos, ordenamento urbano e territorial, entre outros, tendo em vista sempre a balança das desigualdades, os riscos e vulnerabilidades em cada seguimento.

É de se ressaltar que, em todos esses campos de atuação, ao tribunal de contas compete resguardar a deferência administrativa para o devido planejamento, na linha do que preconiza o STF no enunciado do Tema 698 sobre intervenção em políticas públicas em caso de ausência ou deficiência grave do serviço. A orientação diz que a decisão controladora (judicial), como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à administração pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado.

Significa que o tribunal de contas deve fixar prazo à administração para que se organizem, planejem e apresentem os meios, os resultados e as avaliações pertinentes, vedado se substituir ao gestor no rol de escolhas igualmente comportadas pela ordem jurídica. Não obstante, não se pode confundir essa reserva com a aceitação de infundáveis solicitações de prazo adicional ou de objeções de inviabilidade sem prova de esforço real para efetividade da norma.

Por fim, obtempera-se que os tribunais de contas não estão inertes e mesmo antes da ADPF 708 estavam agindo para garantir o bom êxito desse processo de mudança a bem da segurança climática, da sadia qualidade de vida e desenvolvimento sustentável às presentes e futuras gerações. Assinalam-se vários trabalhos significativos e seminais do TCU e de alguns tribunais estaduais nesse campo como o Tribunal de Contas do Amazonas. Por exemplo, aquele primeiro vem desenvolvendo o *Climate Scanner* como estratégia de avaliação geral de ações governamentais sobre a mudança do clima e o painel de recursos para gestão de riscos e de desastres.

Todavia, com o novo horizonte jurisprudencial, os tribunais de contas vicejam como órgãos de controle vocacionados a colaborar decisivamente à estruturação do novo regime nacional ecologicamente equilibrado e seguro contra os riscos da mudança do clima.

REFERÊNCIAS

AMAZONAS. Tribunal de Contas do Estado do Amazonas (TCE/AM). **Acórdão 840/2024**, Tribunal Pleno, 28 maio 2024.

BADR, E.; SILVA FILHO, E. C.; MELO, S. N. *et al* (Org.). **Mestrado em Direito Ambiental da UEA: obra comemorativa dos vinte anos de história**. Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (PPGDA-UEA). Manaus: Valer, 2021.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 1, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 10 ago. 2024.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama. Instrução Normativa nº 12, de 23 de novembro de 2010. **Diário Oficial da União**, Brasília, seção 1, p. 113, 24 nov. 2010.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 16.509, 2 set. 1981.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 12.608, de 10 de abril de 2012. Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil - PNPDEC; dispõe sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil - SINPDEC e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil - CONPDEC; autoriza a criação de sistema de informações e monitoramento de desastres; altera as Leis nºs 12.340, de 1º de dezembro de 2010, 10.257, de 10 de julho de 2001, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.239, de 4 de outubro de 1991, e 9.394, de 20 de dezembro de 1996; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 1, 11 abr. 2012.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 14.904, de 27 de junho de 2024. Estabelece diretrizes para a elaboração de planos de adaptação à mudança do clima; altera a Lei nº 12.114, de 9 de dezembro de 2009; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, seção 1, p. 8, 28 jun. 2024.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 14.948, de 2 de agosto de 2024. Institui o marco legal do hidrogênio de baixa emissão de carbono; dispõe sobre a Política Nacional do Hidrogênio de Baixa Emissão de Carbono; institui incentivos para a indústria do hidrogênio de baixa emissão de carbono; institui o Regime Especial de Incentivos para a Produção de Hidrogênio de Baixa Emissão de Carbono (Rehidro); cria o Programa de Desenvolvimento do Hidrogênio de Baixa Emissão de Carbono (PHBC); e altera as Leis nºs 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e 9.478, de 6 de agosto de 1997. **Diário Oficial da União**, seção 1, edição extra A, p. 1, 2 ago. 2024.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 14.993, de 8 de outubro de 2024. Dispõe sobre a promoção da mobilidade sustentável de baixo carbono e a captura e a estocagem geológica de dióxido de carbono; institui o Programa Nacional de Combustível Sustentável de Aviação (ProBioQAV), o Programa Nacional de Diesel Verde (PNDV) e o Programa Nacional de Descarbonização do Produtor e Importador de Gás Natural e de Incentivo ao Biometano; altera as Leis nºs 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.847, de 26 de outubro de 1999, 8.723, de 28 de outubro de 1993, e 13.033, de 24 de setembro de 2014; e revoga dispositivo da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002. **Diário Oficial da União**, seção 1, p. 1, 9 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 708/DF**, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, julgada em 4 jul. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5951856>. Acesso em: 10 ago. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Painel de recursos para gestão de riscos e desastres. Disponível em: <https://paineis.tcu.gov.br/pub/?workspaceld=8bfbd0cc-f2cd-4e1c-8cde-6abfdffea6a8&reportld=53a386ce-9923-4acc-82a3-f555af438169>. Acesso em: 10 ago. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 594, de 8 de novembro de 2024. Institui o Programa Justiça Carbono Zero e altera a Resolução CNJ nº 400/2021. **DJe/CNJ**, n. 283/2024, p. 2-8, 13 nov. 2024.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

GAIO, Alexandre; ROSNER, Raquel F.; FERREIRA, Vivian M. O licenciamento ambiental como instrumento da política climática. **Revista de Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, p. 594-620, 2023. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/vwftczDQHZ8tgzNJGWGGXXw/?format=pdf>. Acesso em: 10 ago. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang; WEDY, Gabriel; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Climático**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

Artigos científicos

REFLEXÕES SOBRE O PAPEL DO CONCURSO PÚBLICO NO DIREITO BRASILEIRO

REFLECTIONS ON THE ROLE OF PUBLIC SERVICE EXAM IN BRAZILIAN LAW



Fábio Lins de Lessa Carvalho

Doutor em Direito Administrativo pela Universidad de Salamanca (2010) e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (2002). Pesquisador Visitante do Max-Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemanha, 2022) e do Centro de Estudios Europeos Luiz Ortega Alvarez de la Universidad Castilla La Mancha (Toledo, Espanha, 2022). Exerce o cargo de Procurador do Estado de Alagoas (desde 2000) e atua como advogado (desde 1999). Fundador e Presidente do Instituto de Direito Administrativo de Alagoas (IDAA, 2019/), sócio ocupante da cadeira 31 do Instituto Histórico e Geográfico de Alagoas (IHGAL), membro do Conselho Consultivo do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA, 2022/-).

Nayanne Lays de Oliveira Lima

Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Graduada em Direito pela UFAL. Especialista em Direito Público (2014-2015) e Especialista Direito Digital e *Compliance* (2017-2018), ambas pela Faculdade Damásio de Jesus. Sócia Efetiva do Instituto de Direito Administrativo de Alagoas (IDAA, 2021-). Membro da Comissão de Direito do Consumidor da OAB/AL (2022-).

Sumário: 1. Introdução; 2. A evolução do Estado brasileiro na compreensão da necessidade de realização de concursos públicos; 3. A era Vargas e o modelo burocrático da reforma administrativa de 1930; 4. O cenário de realização e efetivação dos concursos públicos no século XXI: a busca pela concretização da inclusão e da diversidade; 5. A corrupção na atuação dos agentes públicos, os conflitos decorrentes dos certames e o real objetivo dos concursos públicos; 6. Considerações finais; Referências.

Resumo: Este artigo objetiva analisar o percurso histórico do Estado brasileiro no reconhecimento da importância dos concursos públicos para ingresso na administração pública, apontando-se a substituição de um mecanismo marcado pelo favoritismo por um instrumento de transparência e meritocracia. Destaca-se, ainda, o papel dos certames na promoção da inclusão de grupos historicamente marginalizados. Adotou-se a metodologia indutiva, baseada no exame de doutrinas e dados históricos, a fim de compreender a evolução do Estado brasileiro: da era patrimonialista, quando imperavam o apadrinhamento e o nepotismo, até o momento presente, quando são realizados processos de seleção para nomear pessoas qualificadas para os cargos públicos, com critérios transparentes e isonômicos.

Abstract: This article aims to analyze the historical path of the Brazilian State in recognizing the importance of public examinations for entry into public administration, pointing out the replacement of a mechanism marked by favoritism with an instrument of transparency and meritocracy. The role of competitions in promoting the inclusion of historically marginalized groups is also highlighted. An inductive methodology was adopted, based on the examination of doctrines and historical data, in order to understand the evolution of the Brazilian State: from the patrimonialist era, when patronage and nepotism prevailed, to the present moment, when selection processes are carried out for appoint qualified people to public positions, with transparent and equal criteria.

Palavras-chave: provimento dos cargos públicos; evolução; patrimonialismo; concurso público; inclusão.

Keywords: filling public positions; evolution; patrimonialism; public tender; inclusion.

1 INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo, por meio de seus princípios e regras, organiza as atividades administrativas com vistas à satisfação do interesse coletivo. Para isso, o Estado necessita de agentes públicos selecionados com base em critérios que promovam a eficiência e impessoalidade, conforme os princípios consagrados no art. 37, *caput*, da Constituição da República de 1988.

Se a maioria da sociedade brasileira hoje acredita no real objetivo dos concursos públicos, ao ponto de existirem milhões de pessoas se preparando para os processos seletivos de acesso à função pública (cargos efetivos, empregos públicos e contratos temporários), isso se deve ao fator confiança na lisura dos procedimentos administrativos de concurso público.

Contudo, essa confiança na meritocracia e transparência dos certames nem sempre foi a realidade histórica. Durante grande parte do passado, os cargos públicos foram ocupados a partir de interesses privados, caracterizados por nepotismo, clientelismo e outras formas de favorecimento, em detrimento da impessoalidade e do bem público.

A seleção das pessoas para o exercício de funções públicas não é uma prática recente. Desde os primórdios da organização estatal, tais seleções eram conduzidas por meio de troca de favores entre aqueles que detinham o poder e seus grupos de interesse.

Para compreender a importância dos concursos públicos no contexto atual, é essencial analisar sua evolução no Estado brasileiro, bem como a necessidade de implementar critérios transparentes e isonômicos que combatam o nepotismo e a corrupção, práticas enraizadas na história nacional.

2 A EVOLUÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NA COMPREENSÃO DA NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE CONCURSOS PÚBLICOS

A trajetória da contratação de pessoal no Estado brasileiro é marcada por um histórico de práticas negativas. Segundo tradicional classificação adotada na doutrina estadunidense, a história do provimento de cargos públicos pode ser dividida em três fases: a era dos cavalheiros (*era of gentlemen*), a era da espoliação (*spoil system*) e a era do mérito (*merit system*).¹ Se a era da espoliação alcançou alto nível de corrupção, pois somente visava à apropriação privada do que era público a partir da nomeação de exploradores para cargos públicos, a era dos cavalheiros já levava em consideração a aptidão de caráter, integridade e posição social elevada dos nomeados, mas era totalmente pessoal. Por sua vez, a era do mérito representa um grande avanço, pois se baseia na impessoalidade e é focada em qualificações profissionais que não dependem de conexões políticas. Todavia, peca pelas limitações que a meritocracia impõe.

O Brasil experimentou distintas formas de organização política e administrativa: como colônia de Portugal; como Estado independente, quando o Estado brasileiro adotou a forma de governo imperial; e como República. Com a independência, surgiu a necessidade de organizar a estrutura política do país, consagrada com a elaboração da nossa primeira Constituição, em março de 1824. Durante a administração colonial, imperial e até a Primeira República, os métodos tradicionalmente utilizados para admitir os agentes de Estado no Brasil seguiam princípios essencialmente patrimonialistas, de modo que os cargos eram distribuídos de acordo com critérios pessoais de lealdade e confiança da autoridade daquele local. A administração pública funcionava partindo da premissa de que “os interesses privados do

1 MALONE, Patrick S. Diversity, theNewest Era in PublicPersonnel Administration. **PA Times**, American Society for PublicAdministration, 13 mar. 2023. Disponível em: <https://patimes.org/diversity-the-newest-era-in-public-personnel-administration>. Acesso em: 31 jan. 2024.

funcionário e os interesses públicos do cargo geralmente ficavam indistintos, e os cargos eram, comumente, propriedade de seus ocupantes”.²

Diante do enfoque relacionado ao contexto de Estado em que já ocorriam seleções de pessoas para as atividades públicas, vale trazer à discussão o pensamento de Raymundo Faoro, que também se utiliza dos pensamentos e ensinamentos de Victor Nunes Leal sobre essa formação e classificação de Estado, bem como seus assuntos institucionais. Faoro³ identifica, em meio às relações do Estado patrimonial, a formação daquilo que ele classifica como Estado burocrático, apontando para um fundamento edificativo das origens institucionais, o que acaba por apresentar um significado centralizador, desde a concessão de cargos até a condução dos assuntos econômicos, ou seja, tudo era de incumbência do Estado, sendo este centralizador de todo o poder. Nesse contexto, o poder político era exercido em causa própria, por um grupo social cuja característica era dominar a máquina política e administrativa do país, por meio da qual obtinha benefícios, prestígio e riqueza, sendo realizadas escolhas de servidores como moeda de troca.

Em sua obra *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*,⁴ Faoro afirma que os bens privados e a propriedade do rei se confundiam com os bens de aspecto público. Também identifica uma inseparabilidade dos âmbitos público e privado, bem como observa um sistema marcado por hierarquia de privilégios, declarando, assim, que o Estado patrimonial se matinha distante dos interesses da nação como reflexo do distanciamento do grupo que governava, em relação aos interesses da sociedade.

Na era da espoliação, os cargos públicos pertenciam ao soberano, que os negociava com os interessados, geralmente pessoas com influência e/ou posses (por isso era um “sistema que privilegiava os mais ricos”⁵). O rei poderia fazer o que quisesse com esses postos de trabalho, inclusive vendê-los, arrendá-los ou mesmo cedê-los se assim o desejasse, de forma temporária ou não. Em contrapartida, a função pública era exercida por funcionários que apenas queriam auferir todo tipo de vantagem patrimonial. De forma pragmática, no caso brasileiro, se a Coroa portuguesa não oferecesse incentivos pecuniários ou tolerasse alguma margem de lucro por parte de seus funcionários, ela sequer encontraria candidatos aos cargos na colônia.⁶

Na centralização político-administrativa que se verifica no período colonial, feitos como a concessão de cargos e a condução de assuntos econômicos ficavam a cargo do Estado, ente presente em quase todas as esferas da vida social. É assim que, “[No Brasil] O patrimônio real, preservado pelo estamento burocrático, esquece serviços antigos e lealdades novas, espalha seus tentáculos cobiçosos pela colônia imensa”⁷.

No pensamento de Victor Nunes Leal, quando este traça uma análise do fenômeno do coronelismo, seus decorrentes problemas estão profundamente vinculados à estrutura econômico-social do país, fortemente marcado por uma confusão entre os espaços público e privado. O autor conceitua o fenômeno do coronelismo considerando-o:

[...] como resultado da superposição de formas desenvolvidas do regime representativo a uma estrutura econômica e social inadequada. Não é, pois, mera sobrevivência do poder

2 SCHWARTZ, S. B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial**: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 21.

3 FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. Porto Alegre: Globo, 2001.

4 *Ibidem*.

5 CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. **Concursos públicos no direito brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 29.

6 FIGUEIREDO, Luciano Raposo. A corrupção no Brasil Colônia. In: AVRITZER, Leonardo *et al.* (Orgs.). **Corrupção**: ensaios e críticas. Belo Horizonte: UFMG, 2008, p. 212.

7 *Ibidem*, p. 191-192.

privado, cuja hipertrofia constitui fenômeno típico de nossa história colonial. É antes uma forma peculiar de manifestação do poder privado, ou seja, uma adaptação em virtude da qual os resíduos do nosso antigo e exorbitante poder privado têm conseguido coexistir com um regime político de extensa base representativa.⁸

É possível afirmar, ainda na visão de Leal,⁹ que o coronelismo era o resultado da superposição de formas desenvolvidas do regime representativo e uma estrutura econômica e social inadequada, ou seja, uma manifestação do poder privado. Era um período de favores pessoais, principalmente em arranjar empregos públicos, sendo configurado como paternalismo, o que contribuía para uma desorganização da administração pública.

Havia uma contradição na administração pública brasileira, marcada por uma lacuna entre as formas de seleção de pessoal e as exigências formais das funções públicas. Enquanto os postos eram ocupados sem critérios rigorosos de preparo, as atribuições designadas a esses cargos seguiam parâmetros estruturados e bem definidos.¹⁰

No que se refere ao nepotismo e ao favorecimento de laços familiares, Lima Barreto denunciava que a influência política frequentemente resultava na ocupação de cargos públicos por parentes próximos, consolidando uma cultura de benefícios herdados e privilégios custeados por recursos públicos.¹¹

Nesse contexto, não era apenas o amadorismo que causava imenso dano à vida social. O coronelismo representava séria ameaça à liberdade e à igualdade, uma vez que o controle dos cargos permitia aos coronéis favorecer aliados, explorar mão de obra e escapar de tributação. Segundo o historiador José Murilo de Carvalho, essa dinâmica dava origem a figuras como o “juiz nosso” e o “delegado nosso”, símbolos de uma justiça e de uma polícia voltadas aos interesses privados.¹²

Com o objetivo de modernizar a administração pública e responder às crescentes demandas econômicas e sociais, o modelo burocrático, inspirado por concepções burguesas, foi instaurado, passando-se a enfatizar a necessidade de especialização dos agentes públicos. Essa mudança visava garantir que os servidores fossem capazes de atender, de forma eficiente, às exigências de um serviço público ainda em construção, em um contexto de órgãos administrativos.¹³

A segunda fase da história do provimento dos cargos públicos foi a era dos cavalheiros, na qual começa a haver preocupação com um mínimo de qualificação técnica que o titular do cargo deveria ostentar, mas não há qualquer traço de impessoalidade administrativa na escolha, que continua dependendo exclusivamente da decisão discricionária do Estado. Assim, verifica-se que se nos Estados Unidos o *gentlemen system* veio antes do *spoil system*, no Brasil, deu-se o revés.

Na era dos cavalheiros, deveriam ser selecionadas para as funções administrativas e políticas do Estado pessoas com formação acadêmica (geralmente jurídica) ou com elevada bagagem intelectual:

[...] ao se estudar o comportamento da *intelligentsia* brasileira que atuou junto à Secretaria de Estado de Negócios Estrangeiros, reorganizada em 1822 por Bonifácio, sobressai um aspecto que, embora pouco debatido na academia, constituiu um interessante modo de atuação intelectual integrado ao projeto de modernização do país: a polimatia. Para

8 LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**: o município e o regime representativo no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

9 *Ibidem*, p. 43-44.

10 *Ibidem*.

11 BARRETO, Lima. **Os Bruzundangas**. Obra de domínio público, p. 17. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000149.pdf>. Acesso em: 9 dez. 2023.

12 CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 19. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015. p. 62.

13 CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. **Concursos públicos no Direito Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 30-31.

aqueles indivíduos eruditos, donos de uma rica bagagem intelectual construída no Velho Continente, atuar em variadas áreas do saber significava, portanto, uma práxis cujo escopo era retirar o Brasil do atraso econômico e cultural em relação à Europa e aos Estados Unidos. Esse país, aliás, já representava um exemplo instigante para os letrados brasileiros oriundos de classes oligárquicas, até porque, no início do século XIX, a economia estadunidense havia chegado ao nível de desbancar, ao lado da França e da Alemanha, o monopólio industrial inglês.¹⁴

A era dos cavalheiros no Brasil teve seu início no século XIX. Com o aumento da complexidade administrativa, especialmente a partir da chegada da família real portuguesa ao país (1808), passou a haver maior demanda por profissionais que pudessem dar conta das tarefas atribuídas à máquina administrativa. Todavia, ao contrário do sistema meritório, que, com base em procedimentos administrativos impessoais, procura os melhores, quem quer que eles sejam e onde quer que eles estejam (independentemente da classe social), na era dos cavalheiros, somente da elite política e econômica vinham os funcionários públicos. Esses indivíduos eram chamados de letrados, que “formavam grupos equivalentes pelas funções sociais, nível de instrução, diretrizes mentais e gostos, separando-se da massa na medida em que integravam os quadros dirigentes na política, na administração, na religião”.¹⁵

3 A ERA VARGAS E O MODELO BUROCRÁTICO DA REFORMA ADMINISTRATIVA DE 1930

A chegada de Getúlio Vargas à Presidência, em 1930, marcou a transição do modelo patrimonialista para o burocrático. A institucionalização do concurso público na Constituição de 1934 não foi fortuita. Vargas assumiu o poder com o compromisso de romper com o coronelismo (modelo patrimonialista), promovendo uma ampla reforma administrativa que buscava estruturar e qualificar o serviço público federal com base em critérios racionais e objetivos, como preconiza o modelo burocrático. Apesar de sua adoção tardia, em comparação com Europa e Estados Unidos, as ideias de Max Weber, voltadas à racionalidade e à eficiência administrativa, finalmente encontraram espaço no ordenamento jurídico-administrativo brasileiro.

Do ponto de vista teórico, a tradição jurídica brasileira já contemplava, ainda que de maneira incipiente, o princípio do mérito para o acesso aos cargos públicos. Esse ideal foi consagrado na Constituição Imperial de 1824, que estabelecia, em seu art. 179, XIV, que “todo cidadão pode ser admitido aos Cargos Públicos Civis, Políticos ou Militares, sem outra diferença, que não seja a dos seus talentos, e virtudes”. A primeira Constituição republicana, promulgada em 1891, reforçou esse princípio em seu art. 73, ao dispor que “os cargos públicos, civis ou militares, são acessíveis a todos os brasileiros”.

Todavia, inexistia no Direito brasileiro qualquer procedimento administrativo que instrumentalizasse, mediante concorrência impessoal, o acesso igualitário aos cargos públicos. Em outras palavras, apesar de a Constituição prever a acessibilidade dos brasileiros a esses postos, a ausência de regulamentação efetiva tornava essa garantia uma letra morta. Somente com a Constituição de 1934, o concurso público se tornou elemento estruturante do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. A Carta Magna, em seu art. 170, §2º, determinava que “a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas, e nos demais que a lei determinar, efetuar-se-á depois de exame de sanidade e concurso de provas ou títulos”.

14 RIBEIRO, Celso Diniz. Escritores diplomatas: a trajetória do trabalho intelectual brasileiro no século XIX. *Ipotesi*, Juiz de Fora, v. 21, n. 2, p. 84-96, jul./dez. 2017. p. 84.

15 CANDIDO, Antonio. **Formação da literatura brasileira**: momentos decisivos 1750-1880. Rio de Janeiro: Ouro sobre Azul, 2012. p. 84.

O concurso público tornou-se, então, um dos maiores símbolos de inovação da administração pública promovida na era Vargas. Passou-se a adotar um procedimento de seleção que possibilitava o acesso universal e democrático a todas as pessoas que estivessem tecnicamente qualificadas para o desempenho das tarefas estatais, fossem elas provenientes ou não das classes mais privilegiadas (superando a era dos cavalheiros). A definição de critérios claros e objetivos permitiu, ainda, valorizar o talento, o esforço e a disciplina como requisitos fundamentais para o exercício das funções públicas.

Assim, o modelo burocrático consagrou o sistema de acesso meritório, mediante o estabelecimento de procedimentos seletivos detalhados, com a previsão de regras de concorrência, o que serviria para afastar a arbitrariedade da decisão e o risco da admissão de pessoas sem preparo técnico.

É inegável que o acesso meritório aos cargos públicos, historicamente considerado, é uma das maiores conquistas da humanidade, pois, ao mesmo tempo que freou o arbítrio, qualificou o nível dos servidores públicos, que passaram a ser selecionados com base em critérios técnicos e de forma impessoal. Contudo, se a burocracia trouxe muitas vantagens, tais como a imparcialidade, a objetividade, a previsibilidade dos comportamentos, a racionalidade, o profissionalismo etc., com reflexos muito positivos no acesso à função pública, que passou a ser impessoal e meritório, também é correto afirmar que esse modelo teve seus inconvenientes para a gestão pública, em geral, e para o acesso à função pública, de forma particular. No contexto geral, a burocracia produziu uma máquina administrativa lenta, que não conseguiu transitar com êxito pelos tortuosos e inevitáveis trâmites estabelecidos em uma regulamentação excessivamente detalhista.

Surge então um paradoxo: a necessidade do detalhismo regulamentar, que foi uma das grandes virtudes da burocracia, pois serviu para frear a arbitrariedade dos governantes, garantindo os direitos dos cidadãos, também foi um de seus principais inconvenientes, já que saturou a administração, que não conseguiu conciliar o cumprimento de procedimentos rígidos e a necessária eficácia de suas atuações. Ademais, no contexto da seleção dos servidores estatais, com o surgimento de um Estado Administrativo, o problema do favorecimento no provimento dos cargos públicos não acabou, pois ainda existia “um Estado que não resistia às pressões clientelísticas, e que, para impor o seu poder de dominação, usava, sem medo, estratégias informais como a criação de uma estrutura administrativa paralela ou de inúmeros cargos 'extranumerários' para atender aos crescentes pedidos de emprego”.¹⁶

É possível dizer que naquele momento, do século XX até os dias atuais, duas medidas foram instituídas e passaram a vigorar, sendo de grande valia e efetividade: o concurso público como forma de ingresso no funcionalismo público e a estabilidade.

Com as pressões pela modernização do aparato burocrático e pretendendo centralizar o poder administrativo, o governo de Vargas precisava compor um quadro de funcionários independente e sem laços com as elites da região, além de garantir que não sofresse pressões internas da casta burocrática, com vínculos e interesses específicos. A implementação do concurso público e a garantia de estabilidade, então, foram meios de superar esses entraves e constituíram-se em pilares de sustentação da reforma administrativa implementada a partir dos anos 1930.¹⁷

Já em 1934, começa a fase do Governo constitucional, marcado por forte polarização ideológica, sendo nessa Constituição introduzida a obrigação de realização de concursos públicos para os cargos de carreira e garantida a estabilidade para todos os funcionários públicos admitidos por meio dessa seleção.

16 GOUVÊA, Gilda Portugal. **Burocracia e elites burocráticas no Brasil**. São Paulo: Paulicéia, 1994. p. 80.

17 MAIA, B. A institucionalização do concurso público no Brasil: uma análise sócio-histórica. **Revista do Serviço Público**, [S.l.], v. 72, n. 3, p. 663-684, 2021. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/4639>. Acesso em: 26 nov. 2023.

Tais direitos foram mantidos na Constituição de 1937 e no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União de 1939.

Ainda nesse contexto histórico, Vargas cria o Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp), o principal órgão da reforma administrativa realizada a partir dos anos 1930. O órgão promovia concursos públicos para substituir os funcionários não concursados, aqueles “apadrinhados” que ocupavam os postos da administração pública em troca de favores e de quem estava no poder, ou seja, um departamento de grande valia para a administração pública e suas atividades.

Ao discutirmos a mudança de paradigma com a transição do modelo burocrático para o gerencial, é importante ressaltar que esse novo modelo foi implementado não para substituir o anterior, mas para agregar a ele. Em vista disso, o Estado passou a buscar maior agilidade, eficácia, eficiência e produtividade – características que o modelo burocrático, por si só, não alcançava. O objetivo era estabelecer a meritocracia, assegurando que os indivíduos nos quadros do serviço público possuísem competência técnica comprovada. A modernização do aparato burocrático tornou-se, então, um instrumento essencial para desarticular o Estado oligárquico da Primeira República, cuja dinâmica clientelista influenciava a ocupação dos postos de trabalho no serviço público.

O discurso da competência técnica e da eficiência passou a ser difundido pelo Dasp como requisito básico para o bom desempenho das funções burocráticas. O objetivo do departamento era padronizar os processos seletivos, transformando o concurso em meio oficial de acesso ao serviço público, sendo mais racional e impedindo o clientelismo político.

No entanto, apesar de toda a evolução no modelo estatal, houve um declínio dos concursos públicos no pós-45 ao regime militar. Na Constituição de 1946, os funcionários nomeados sem concursos que já possuíam cinco anos de exercício foram efetivados, ganhando o direito à estabilidade. Até então, a estabilidade só seria adquirida pelos funcionários não concursados com dez anos de exercício, e com dois anos para os concursados.¹⁸

A realização dos concursos públicos voltou a vigorar por um breve período com o retorno de Vargas ao poder em 1951 e foi retomada, mantida e até ampliada durante o breve governo de Café Filho, entre 1954 e 1955. A partir de então, a política de concursos públicos entraria num forte declínio, voltando a imperar as indicações políticas para a seleção dos servidores da administração pública federal,¹⁹ sendo um grande retrocesso ao já conquistado.

Trazendo a discussão para um momento mais atual, a Constituição vigente também representou um marco para o sistema de concurso público em nosso país. Por meio dela determinou-se que o acesso a qualquer cargo ou emprego público deveria ser feito, exclusivamente, via concurso público. Essa obrigatoriedade trazida pela atual Carta Magna pôs fim à livre contratação de servidores pelo regime celetista, inclusive para as empresas públicas, sociedades de economia mista e demais órgãos da administração indireta, antes marcadas por formas de admissão que dispensavam os concursos.

No governo de Fernando Henrique Cardoso, houve um momento em que foi anunciada a suspensão dos concursos públicos, em 1998, como forma de promover um ajuste fiscal. Essa suspensão também voltou a se repetir em outros momentos: em 2008, no governo Lula; em 2011, sob a presidência de Dilma Rousseff; e em 2016, pelo presidente Michel Temer.

18 MAIA, B. A institucionalização do concurso público no Brasil: uma análise sócio-histórica. **Revista do Serviço Público**, [S. l.], v. 72, n. 3, p. 663-684, 2021. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/4639>. Acesso em: 26 nov. 2023.

19 *Ibidem*, p. 15.

Vale salientar, porém, que o concurso público voltou a ganhar ímpeto nos anos do primeiro governo Lula, tendo sido recuperado o discurso de valorização do servidor público e enfrentando uma conjuntura econômica mais favorável. Nesse momento, quase triplicou o número de funcionários públicos que ingressaram no serviço público federal com relação ao governo anterior.²⁰

Após essa fase de apogeu do processo de universalização do acesso meritório à função pública, a era do mérito passa a ser contaminada por nova onda de favorecimentos, que muitas vezes vêm sendo perpetrados a partir da utilização indevida e excessiva de expedientes legitimados pelo ordenamento jurídico-constitucional, como são os casos do cargo em comissão e da contratação temporária.

De situações excepcionais, tais institutos, em várias situações, passaram a ser mais utilizados que o próprio concurso público, fazendo com que, diante desses abusos, as instituições jurídicas precisassem se posicionar, como se deu em relação aos cargos em comissão, que exigiu que o Supremo Tribunal Federal (STF) dissesse o óbvio, reforçando seu caráter excepcional.²¹ Por sua vez, no tocante à contratação temporária, embora ocorra um processo seletivo, muitas vezes não há as exigências do concurso público (como a realização de provas). Assim, em diversos momentos, o Tribunal de Contas da União também teve de evidenciar que o citado expediente administrativo, previsto no inciso II do art. 37 da Constituição da República de 1988, deve ser utilizado apenas para os casos de necessidade temporária de excepcional interesse público.²²

Devem ser destacadas outras figuras jurídicas que vêm gerando a diminuição no número de concursos públicos (e de servidores públicos de carreira) na administração pública brasileira: a terceirização e a contratação de entidades do terceiro setor. Tais expedientes foram potencializados nas últimas duas décadas, viabilizando admissão de pessoal no setor público com quase nenhuma preocupação com a impessoalidade e a eficiência (com a diversidade, nem de longe). Enquanto a nova normativa federal sobre os contratos de terceirização (Decreto federal nº 9.507/2018) passou a estabelecer apenas os casos em que não se poderia utilizar o citado instituto, alargando as hipóteses previstas na regulamentação anterior (Decreto federal nº 2.271/1997), que apenas apontava alguns casos excepcionais em que a terceirização poderia ser realizada (basicamente, atividades administrativas acessórias), os contratos com as entidades do terceiro setor (organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público e organizações da sociedade civil) passaram a possibilitar a celebração de parcerias, transferindo às referidas entidades da sociedade civil serviços que vinham sendo prestados pelo Estado e por seus servidores (como hospitais, creches e escolas públicas).

Atente-se para o fato de que os colaboradores que trabalharão nos equipamentos públicos geridos pelas entidades do terceiro setor serão livremente selecionados, sem processo seletivo de caráter público e isonômico, criando um espaço propício para politicagem e favorecimentos. Ademais, não terão qualquer garantia de independência (proporcionada pela estabilidade), o que os fragiliza em suas relações com o poder e os cidadãos.

Essa precarização excessiva seria consagrada no texto constitucional caso fosse aprovada a Proposta de Emenda Constitucional nº 32/2020 (encaminhada na gestão do presidente Bolsonaro), que previa, com inspiração claramente neoliberal, a adoção da subsidiariedade como um dos novos princípios da administração pública. Nesse contexto, “caberia ao Estado tão somente deixar que a sociedade civil e o

20 MAIA, B. A institucionalização do concurso público no Brasil: uma análise sócio-histórica. **Revista do Serviço Público**, [S. l.], v. 72, n. 3, p. 663-684, 2021. p. 19. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/4639>. Acesso em: 26 nov. 2023.

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema 1010 de Repercussão Geral, Leading Case RE 1041210, relator Ministro Dias Toffoli, julgamento em 06.09.2018.

22 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 527/2013-Plenário, relator Ministro André de Carvalho, sessão de 13.03.2013.

mercado resolvessem seus próprios problemas; somente no caso excepcionalíssimo de a sociedade ou o mercado não conseguirem resolver os seus problemas é que o Estado deve atuar”²³

Conforme se verifica, o discurso que postula a redução da atuação do Estado é avassalador e tem várias frentes. Entre os argumentos apontados pelos neoliberais, há quem afirme que o número de servidores públicos no Brasil é muito elevado e que quem trabalha na administração pública recebe salários muito superiores aos pagos aos trabalhadores da iniciativa privada.

Apesar das inegáveis conquistas da adoção da meritocracia (ainda mais destacadas quando comparadas às desvantagens do antigo sistema de favorecimentos pessoais), essa concepção liberal, que substituiu a velha aristocracia pela elite meritocrática, ao não levar em consideração condicionantes sociais, gerou outra grande limitação da era do mérito, que foi sua incapacidade de resolver os problemas da exclusão e baixa representatividade de vários segmentos da sociedade civil na administração pública, circunstâncias que geraram o surgimento de uma nova era, conforme se verá.

Essa cronologia nos ajuda a compreender a necessidade de aplicação de procedimentos administrativos de seleção, nos quadros evolutivos de cada modelo de Estado, para que possamos compreender a contemporaneidade, trazendo uma apreciação da atual efetividade dos certames e suas garantias.

4 O CENÁRIO DE REALIZAÇÃO E EFETIVAÇÃO DOS CONCURSOS PÚBLICOS NO SÉCULO XXI: A BUSCA PELA CONCRETIZAÇÃO DA INCLUSÃO E DA DIVERSIDADE

No século XXI, os concursos públicos consolidaram-se como instrumentos indispensáveis para o acesso a cargos públicos no Brasil, caracterizando-se por sua meritocracia e transparência. A obrigatoriedade de sua realização trouxe maior segurança jurídica e confiança por parte da sociedade, reafirmando os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa.

Contudo, a efetivação plena dos concursos públicos enfrenta desafios. Um deles são as tentativas de fraudes, noticiadas em redes sociais, nos canais de notícias²⁴ e em jornais. Percebemos também grande dependência em relação ao Poder Judiciário para a resolução de divergências e afrontas aos direitos dos candidatos durante toda a seleção, seja por discriminações quanto ao gênero seja por falta de garantia das vagas de pessoas com deficiência ou cotas, entre outros.

Em 2023, no governo Lula, foi autorizada a realização de vários concursos públicos em um só, por intermédio do Ministério de Gestão e Inovação em Serviços Públicos, que autorizou o Concurso Nacional Unificado, com quase 10 mil vagas disponíveis para diversos ministérios e cargos. O objetivo dessa implantação de sistema nacional de seleção foi permitir a renovação do quadro de pessoal das entidades integrantes do sistema de pessoal civil da administração pública federal, como também fortalecer a capacidade institucional, aprimorar a administração pública e aumentar a eficiência, eficácia e efetividade da prestação de serviços e políticas públicas, tudo como forma de respeito aos princípios constitucionais e administrativos.

23 FERNANDES, Érika Capella; NOHARA, Irene Patrícia. Retrocessos da positivação do princípio da subsidiariedade: a inconstitucionalidade da reforma pretendida pela PEC 32/2020. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 18, n. 3, p. 219-235, dez. 2023, p. 219.

24 “Candidato morre após passar mal em teste de aptidão física do concurso da Polícia Militar da PB: Comissão do concurso disse que candidato apresentou atestado médico comprovando capacidade para participar da prova.” Disponível em: <https://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/2024/05/03/candidato-morre-apos-passar-mal-em-teste-de-aptidao-fisica-do-concurso-da-policia-militar-da-paraiba.ghtml>.

A preocupação em promover adaptações e melhorias nos procedimentos de seleção de futuros agentes públicos é um reflexo de políticas públicas afirmativas na busca por reparação histórica, redistribuição e diversidade, uma vez que o certame destina várias vagas especificamente a quilombolas e indígenas, além da importância de termos a diversidade tratando e observando problemas da coletividade das pessoas negras, das mulheres, dos indígenas, com o objetivo de criação de políticas públicas mais específicas que forneçam serviços públicos qualificados e direcionados às diversidades.

Nesse contexto de busca pelo respeito à diversidade, impõe-se que o Estado desenvolva políticas públicas voltadas para a qualificação da participação de candidatos financeiramente hipossuficientes nos processos seletivos, proporcionando-lhes maiores chances de disputarem as vagas ofertadas pela administração pública em condições de igualdade real com candidatos em melhor situação econômica. Isso pode acontecer mediante estímulo à criação de cursos preparatórios para os concursos públicos exclusivos para pessoas em situação de vulnerabilidade socioeconômica ou mesmo via concessão de bolsas de estudos para tais pessoas.²⁵ A administração pública, além de criar e manter esses cursinhos, pode apoiar entidades do terceiro setor ou mesmo empresas privadas que resolverem adotar tais iniciativas. Esse é o papel do fomento estatal.

Ademais, devem ser tomadas medidas visando à redução das despesas dos candidatos. Nesse contexto, destacamos a Lei federal nº 13.656, de 30 de abril de 2018, que isenta do pagamento da taxa de inscrição em concursos públicos “os candidatos que pertençam a família inscrita no Cadastro Único para Programas Sociais (CadÚnico), do Governo Federal, cuja renda familiar mensal per capita seja inferior ou igual a meio salário-mínimo nacional”.

Ainda quanto ao contexto de inclusão e de concretização de direitos de grupos minoritários ou vulneráveis, no decorrer da história, tão ou mais importante que a lei de cotas raciais nos concursos públicos é a lei de cotas raciais e sociais nas universidades públicas e institutos superiores. Nos dez primeiros anos das cotas raciais nas universidades públicas federais (Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012), houve um importante incremento de pessoas negras nos cursos superiores. Em 2018, pela primeira vez na história, o número de matrículas de estudantes pretos e pardos superou o de brancos nas universidades públicas federais, chegando a 50,3% das vagas. É evidente que o aumento de pessoas negras nas universidades seja um importante aspecto para incrementar a representatividade de tais pessoas no serviço público.

O Brasil é um país marcado por uma rica diversidade cultural, social e étnica, com história de resistência e de luta pelos direitos desses grupos. Nesse ponto, a terceira versão do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3)²⁶ possui eixos específicos sobre desenvolvimento e direitos humanos, bem como a universalização desses direitos a partir de um contexto de desigualdade, com indicação de formas de intervenção.

Um dos principais fundamentos das ações afirmativas é o princípio da igualdade de oportunidades, forte teor do Estado Democrático de Direito em que vivemos, e um dos princípios constitucionais do Brasil. Dessa forma, o tratamento isonômico nos concursos é essencial para a lisura e transparência do certame, assim como a seleção mais vantajosa para administração pública de agentes realmente capacitados para aquelas atividades – não mais por troca de favores, mas sim por mérito próprio. A vantagem do acesso meritório aos cargos públicos traz grandes benefícios, sendo a sociedade a principal favorecida,

25 Vide notícia “Prefeitura de Palmeira dos Índios lança Cursinho Preparatório Gratuito para Concurso Público 2024”, publicada em 03.12.2023, no site na Prefeitura de Palmeira dos Índios (<https://palmeiradosindios.al.gov.br>), acesso em 06.02.2024.

26 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Decreto de nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009. Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3 e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, p. 17, 22 dez. 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7037.htm. Acesso em: 16 jun. 2024.

com servidores qualificados e isentos para servi-la, com probidade, lisura, transparência e respeito à moralidade administrativa.

De acordo com Daniel Markovits, o ideal meritocrático se converteu em um princípio básico da “religião civil de todas as sociedades avançadas”. Embora a meritocracia prometa promover a igualdade de oportunidades, “abrindo uma elite anteriormente hereditária a estranhos, armados apenas com seus próprios talentos e ambições”, ela não funciona como prometido. Ressalta o professor de Direito de Yale que:

[...] hoje as crianças da classe média perdem para as crianças ricas na escola, e os adultos da classe média perdem para os graduados da elite no trabalho. A meritocracia bloqueia as oportunidades da classe média. Depois culpa aqueles que perdem uma competição por rendimento e estatuto que, mesmo quando todos cumprem as regras, só os ricos podem vencer.²⁷

No Brasil, há importantes iniciativas que procuram garantir o acesso aos cargos públicos de segmentos historicamente discriminados. É o caso das cotas para pessoas com deficiência, previstas no art. 37, VIII, da Constituição da República, e das cotas raciais, previstas para os concursos públicos federais e de outros entes federativos (na União, foram instituídas por 10 anos pela Lei federal nº 12.990/2014 e alcançam 20% das vagas). Estas últimas, nos termos do PL 1.958/2021, serão renovadas, dessa vez por 25 anos e com ampliação para 30% da reserva de vagas em concursos públicos para candidatos negros (desse percentual, a metade será exclusivamente destinada a mulheres negras, podendo ser redistribuída aos homens em situações sem candidatas suficientes). O projeto de lei em comento ainda prevê a reserva de vagas para indígenas e quilombolas nos concursos públicos, mas não especifica percentual, que deverá ser estabelecido em regulamento. Também há proposta em relação aos concursos para cargos efetivos no Ministério dos Povos Indígenas e na Fundação Nacional dos Povos Indígenas (Funai), que prevê reserva de vagas entre 10% e 30% a pessoas indígenas.²⁸

A busca por diversidade nos concursos públicos não deve ser vista apenas como obrigação legal, mas como compromisso ético e constitucional. A pluralidade nos quadros do funcionalismo público contribui para a elaboração de políticas públicas mais inclusivas, capazes de atender às necessidades de uma sociedade marcada por profundas desigualdades sociais, econômicas e culturais.

Por fim, o cenário atual demonstra que os concursos públicos são instrumentos valiosos para promover a justiça social e a eficiência administrativa. Contudo, é crucial continuar aprimorando os procedimentos seletivos, garantindo que a meritocracia não seja apenas um ideal, mas uma realidade acessível a todos, independentemente de suas condições socioeconômicas ou pertencimento a grupos historicamente excluídos.

5 A CORRUPÇÃO NA ATUAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS, OS CONFLITOS DECORRENTES DOS CERTAMES E O REAL OBJETIVO DOS CONCURSOS PÚBLICOS

A corrupção, um dos maiores entraves à moralidade administrativa, é um fenômeno historicamente presente na gestão pública brasileira. Os dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ilustram a magnitude desse problema: até 2011, havia mais de 43 mil ações de improbidade administrativa tramitando

27 MARKOVITS, Daniel. **The Meritocracy Trap. How America's foundational myth feeds inequality, dismantles the middle class and devours the elite.** New York: Penguin Books, 2019. p. IX. Tradução livre do autor.

28 Concursos: PL que amplia cota de negros para 30% avança no Senado, notícia publicada em 15.12.2023, no site Folha Dirigida, disponível no endereço eletrônico <https://folha.qconcursos.com/n/concursos-pl-que-amplia-cota-racial-avanca-no-senado>. Acesso em: 01.02.2024.

no país. Embora os concursos públicos sejam projetados como instrumentos para promover a probidade e a transparência no ingresso ao funcionalismo, eles não estão imunes a irregularidades e conflitos.

Muitos desses conflitos surgem de falhas durante as etapas do certame, como formulação de questões com respostas ambíguas, dupla resposta, ausência de critérios objetivos na avaliação ou irregularidades nos exames físicos e médicos. Essas situações frequentemente resultam na judicialização de processos seletivos, sobrecarregando o Poder Judiciário e atrasando a conclusão dos concursos. Além disso, há a persistência de práticas que subvertem o objetivo dos concursos, como a contratação temporária ou cargos comissionados para funções que deveriam ser executadas por servidores efetivos.

A judicialização efetiva revela a necessidade de criação de mecanismos mais eficientes para resolver conflitos de maneira célere e administrativa. A implementação de comissões de análise recursal ou de câmaras arbitrais especializadas em concursos públicos poderia reduzir significativamente o número de demandas judiciais, além de conferir maior agilidade ao processo seletivo.

Outro ponto de preocupação é a ocorrência de fraudes nos certames. A manipulação dos resultados, a venda de gabaritos e o favorecimento de candidatos específicos corroem a confiança da sociedade no sistema. Combater essas práticas exige tanto a adoção de medidas preventivas – como o uso de tecnologias avançadas de segurança e fiscalização rigorosas – quanto a aplicação de sanções efetivas contra os responsáveis.

O concurso público deve ser entendido como instrumento essencial para fortalecer o Estado Democrático de Direito. Ele representa um avanço no combate às práticas clientelistas, promovendo oportunidades iguais e a eficiência administrativa. No entanto, para que seu potencial seja plenamente alcançado, é fundamental aprimorar os critérios de seleção, garantir maior lisura nos processos e adotar políticas que ampliem a diversidade e a inclusão na administração pública.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vimos, ao longo deste artigo, que o provimento dos cargos enfrenta inúmeros desafios para melhorar a representatividade de diversos segmentos da sociedade, até mesmo porque “a meritocracia, apesar das aparentes e ruidosas críticas, continua soberana e rindo daqueles que supõem que haverá, nos marcos do capitalismo, lugar para todos/as”²⁹

O percurso cronológico revela que a adoção do concurso público como modelo de ingresso no funcionalismo público permitiu a democratização do acesso aos cargos públicos, valorizando o mérito e as qualificações técnicas dos candidatos. Contudo, desafios permanecem. A judicialização excessiva, as fraudes em processos seletivos e o uso indevido de mecanismos como contratações temporárias e cargos comissionados indicam a necessidade de aperfeiçoamentos no sistema.

Além disso, o concurso público enfrenta a difícil tarefa de equilibrar meritocracia e inclusão. Apesar de sua promessa de promover igualdade de oportunidades, persistem barreiras estruturais que dificultam o acesso de grupos vulneráveis. Políticas afirmativas como cotas raciais e para pessoas com deficiência representam avanços importantes, mas ainda insuficientes para assegurar uma administração pública verdadeiramente diversa e representativa.

Portanto, é essencial que o Estado invista no aprimoramento contínuo dos concursos públicos. Medidas como a modernização dos procedimentos, o fortalecimento das bancas organizadoras e a criação de

²⁹ BENTO, Berenice. Crítica da crítica à meritocracia, texto publicado em 19.05.2021 no site UnB Notícias, disponível no endereço eletrônico <https://noticias.unb.br/artigos-main/4976-critica-da-critica-a-meritocracia>. Acesso em: 01.02.2024.

mecanismos administrativos para resolução de conflitos são indispensáveis para reduzir irregularidades e garantir maior eficiência. Simultaneamente, a promoção de cursos preparatórios gratuitos, isenção de taxas e outras políticas de fomento podem ampliar as oportunidades para candidatos de baixa renda, reforçando o princípio da isonomia.

O concurso público deve ser mais que um processo seletivo. Deve funcionar como um pilar de justiça social e desenvolvimento institucional. Ao selecionar os melhores candidatos com base em critérios técnicos e éticos, o Estado não apenas fortalece sua capacidade administrativa, como também reafirma seu compromisso com os valores constitucionais.

O Dasp foi um dos órgãos responsáveis pela transformação do concurso público na administração pública brasileira, nos anos 1930, ganhando importância na forma de admissão dos servidores públicos. Sua criação teve como objetivo principal neutralizar as práticas de ocupação dos cargos públicos pela influência de nepotismos, clientelismo e patronagens de toda espécie e assegurar funcionários que garantissem de fato a realização de seus deveres e atribuições de forma proba e de acordo com a lei.

Naquele momento, o concurso público e a estabilidade dos servidores foram instituídos como regra na administração pública, garantindo a ocupação dos cargos, não por quem detinha o poder ou influências políticas, mas sim por aqueles que de fato reuniam condições técnica para exercício do cargo, por suas qualidades, ou seja, por meritocracia. Tal fato foi discurso usado pelo governo central de Vargas como justificativa para a instauração de novas técnicas e práticas governamentais de admissão ao serviço público na década de 1930.

A Constituição da República de 1988, por sua vez, instituiu a obrigatoriedade dos concursos públicos para quaisquer cargos ou empregos públicos, em seu artigo 37, inciso II, tornando tal processo seletivo pré-requisito para aqueles que desejam se integrar como servidores ou empregados públicos às instituições estatais, assim como para os órgãos públicos, sendo a forma mais transparente, segura e proba para o ingresso por pessoas que de fato merecem, e não por indicações como troca de favores ou nepotismo.

Assim, através do século XX e início do XXI, vimos que o concurso público foi ganhando um novo *status* como prática de Estado no Brasil. Na atualidade, há a aplicação do Concurso Unificado Nacional como forma de ingresso nos cargos federais de órgãos que se cadastrem para tal. Trata-se de tentativa de melhor selecionar os servidores públicos para que sejam agentes qualificados para ofertarem serviços públicos de qualidade em nome do Estado.

De outra parte, contudo, a instituição do concurso público como via para escolha de servidores efetivos tem provocado um acionamento excessivo do Poder Judiciário em relação aos certames e suas etapas. Essa quantidade elevada de reclamação dos candidatos alegando falta de transparência e lisura na forma de aplicação das provas e fases do concurso público compromete a seleção dos melhores candidatos para o serviço público. Tal fenômeno nos leva a refletir sobre a urgência e a necessidade de criar uma legislação que promova mudanças de maneira a diminuir a judicialização dos certames e garantir maior respeito à isonomia, transparência e segurança do procedimento administrativo. Podemos pensar também na formação de uma comissão para análises recursais ou a realização de conciliação administrativa.

Em suma, devem ser feitas inovações para agregar a forma de seleção de agentes públicos capacitados e que passem por provas e cursos de formação que comprovem ser aquele candidato o melhor para a prestação dos serviços públicos, atuando de acordo com a moral administrativa.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Ana Luiza Gomes; OLIVEIRA, Kamila Pagel; CARDOSO, Gustavo Alves. A culpa é da indústria concursista? Reflexões sobre o concurso público. **Revista Digital de Direito Administrativo**, [s.l.], v. 7, n. 2, p. 128-146, jul. 2020. DOI: 10.11606/issn.2319-0558.v7i2p128-146. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/164876>. Acesso em: 13 Jan. 2023.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- CAMPANTE, R. G. O patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 46, n. 1, p. 153-193, 2003. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0011-52582003000100005>. Acesso em: 2 nov. 2023.
- CANDIDO, Antonio. **Formação da literatura brasileira: momentos decisivos 1750-1880**. Rio de Janeiro: Ouro sobre Azul, 2012.
- CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. **Concursos públicos no Direito Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2015.
- CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. amp. atual. Salvador: Juspodivm, 2009.
- CORDEIRO, Carla Priscilla Barbosa Santos; LINS JÚNIOR, George Sarmiento. A ocupação dos cargos públicos ao longo da história brasileira: o concurso público como instrumento jurídico por excelência para a escolha dos agentes públicos. In: CARVALHO, Fábio Lins de Lessa; CORDEIRO, Carla Priscilla Barbosa Santos. **Direito dos concursos públicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. Porto Alegre: Globo, 2001.
- FRANCO, Maria Sylvia de Carvalho. **Homens livres na ordem escravocrata**. 4. ed. São Paulo: Editora Unesp, 1997.
- FREITAS, Renan. **Concurso público: uma análise jurisprudencial e doutrinária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- GOMIDE, Alexandre de Ávila *et al.* **Guia referencial para concursos públicos: promoção do ethos público, realidade brasileira, inclusão, diversidade e direitos humanos**. Brasília: Enap; MGI, 2023.
- GOUVÊA, Gilda Portugal. **Burocracia e elites burocráticas no Brasil**. São Paulo: Paulicéia, 1994.
- LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- MAIA, B. A institucionalização do concurso público no Brasil: uma análise sócio-histórica. **Revista do Serviço Público**, [S. l.], v. 72, n. 3, p. 663-684, 2021. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/4639>. Acesso em: 26 nov. 2023.
- MALONE, Patrick S. Diversity, the Newest Era in Public Personnel Administration. **PA Times, American Society for Public Administration**, 13. mar. 2023. Disponível em: <https://patimes.org/diversity-the-newest-era-in-public-personnel-administration/>. Acesso em: 31 jan. 2024.

MIRAGEM, Bruno. **Direito Administrativo aplicado**. 3. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

LIMA NETO, Manoel Cavalcante de. Controle judicial em provas de concurso público. **Revista Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 13, n. 66, p. 71-84, mar./abr. 2011.

PRADO JR., Caio. **Formação do Brasil contemporâneo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

RIBEIRO, Celso Diniz. Escritores diplomatas: a trajetória do trabalho intelectual brasileiro no século XIX, **Ipotesi**, Juiz de Fora, v. 21, n. 2, p. 84-96, jul./dez. 2017.

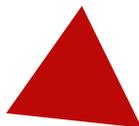
SANTOS, Danilo Moreira dos. Patrimonialismo e os limites entre público e privado no Brasil sob a ótica de Raymundo Faoro e Oliveira Viana. **Revista Habitus: Revista da Graduação em Ciências Sociais do IFCS/UFRJ**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 2, p. 19-28, mar. 2017. Semestral. Disponível em: www.habitus.ifcs.ufrj.br. Acesso em: 10 nov. 2023.

SCHWARTZ, S. B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial**: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SANTOS, Rodrigo Vagas. **Direito Administrativo do medo**: risco de fuga e responsabilização dos agentes públicos. 2. ed. rev. atual. E amp. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2022.

CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS DE NATUREZA PREDOMINANTEMENTE INTELLECTUAL: LICITAÇÃO OU CONTRATAÇÃO DIRETA?

CONTRACTING OF SPECIALIZED TECHNICAL SERVICES THAT ARE PREDOMINANTLY INTELLECTUAL: BIDDING OR DIRECT CONTRACTING?



Gabriela Verona Pércio

Advogada e Consultora em Licitações e Contratos. Mestre em Gestão de Políticas Públicas. Membro fundadora do Instituto Nacional da Contratação Pública (INCP). Membro associada do Instituto de Direito Administrativo Sancionador Brasileiro (IDASAN). Membro da Comissão de Estudos em Licitações e Contratos do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA). Professora convidada das pós-graduações em licitações e contratos do Instituto Goiano de Direito (IGD), da Escola Mineira de Direito (EMD) e da Faculdade Polis Civitas – Curitiba/PR. Autora, coautora e coordenadora de obras sobre contratações públicas.

Sumário: 1. Introdução; 2. Ponto de partida: as regras legais aplicáveis; 3. Em busca de argumentos; 3.1. O que é, afinal, um “serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual”?; 3.2. Serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual é, sempre, um serviço intrinsecamente complexo?; 3.3. Serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual pode ser julgado pelo menor preço ou enquadrado no conceito legal de serviço comum?; 4. Como decidir entre a licitação e a contratação direta por inexigibilidade?; 4.1. Como identificar, concretamente, as situações que impõem a realização de licitação?; 4.2. Como identificar, concretamente, as situações que autorizam a contratação direta por inexigibilidade de licitação?; 5. É possível fundamentar a inexigibilidade de licitação na inviabilidade da competição genérica ou é obrigatória a contratação de profissional ou empresa de notória especialização?; 6. O que é, de fato, a notória especialização e como ela deve ser evidenciada no processo de contratação?; 7. Conclusões; Referências.

Resumo: A contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual continua sendo um assunto desafiador, mesmo com a superveniência da Lei nº 14.133/2021. Se antes o ambiente de insegurança jurídica se devia a incertezas acerca do conceito da singularidade do serviço para a contratação de profissional ou empresa notoriamente especializada, a ausência desse requisito culminou na extinção do único critério legal distintivo entre as situações concretas que obrigam à licitação e aquelas que autorizam a contratação direta. Portanto, o problema persiste. Com o objetivo de avançar e evitar o resgate iminente da extinta singularidade, o presente artigo trilha outro caminho, seguindo uma linha de argumentação lógica que culmina em um substrato jurídico apto a auxiliar no embasamento de decisões administrativas relacionadas ao tema.

Abstract: The contracting of specialized technical services that are predominantly intellectual has been a challenging issue, even after Law 14,133/2021. If previously the environment of legal uncertainty was due to doubts about the singular nature of the service to hire a notoriously specialized professional or company, the absence of this requirement resulted in the extinction of the only legal criterion distinguishing between situations that require bidding and those that authorize direct contracting. Therefore, the problem persists. In order to move forward and avoid maintaining the extinct singularity, this article takes another path, following a line of logical argumentation that culminates in a legal basis capable of assisting in the support of administrative decisions related to the subject.

Palavras-chave: serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual; inexigibilidade de licitação; notória especialização de profissionais ou empresas; licitação; critério de julgamento.

Keywords: specialized technical services of a predominantly intellectual nature; non-competitive bidding; notable specialization of professionals or companies; bidding; judgment criteria.

1 INTRODUÇÃO

A contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual continua sendo um assunto desafiador no novo regime jurídico das contratações públicas. As inovações da Lei nº 14.133/2021 não foram suficientes para superar dilemas e dificuldades existentes na vigência da Lei nº 8.666/1993, apenas alterando-se o enfoque das discussões a serem enfrentadas pelos operadores em busca de uma aplicação segura.

Para fins de tratamento normativo, a Lei nº 8.666/1993 distinguia “serviços técnicos profissionais especializados” e “serviços de natureza predominantemente intelectual”. Para aqueles, determinava que deveriam ser licitados, preferencialmente via concurso, podendo ser contratados por inexigibilidade de licitação quando apresentassem natureza singular (art. 13, §1º e art. 25, inc. II). Para estes, determinava que fossem utilizados, nas licitações, os critérios de julgamento melhor técnica ou técnica e preço (art. 46).

A exigência de singularidade do serviço funcionava como uma barreira à vulgarização da contratação direta, porém, a falta de clareza em torno do conceito desse requisito impossibilitava o alcance dos objetivos legais. Não era raro que, diante da dúvida, os gestores sucumbissem ao medo do controle e realizassem licitação para a contratação de serviços que, evidentemente, não deveriam ser licitados.¹

Com o escopo de aperfeiçoar essas regras e superar dificuldades delas decorrentes, a Lei nº 14.133/2021 trouxe uma categoria única, que denominou “serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual”, estabelecendo que devem ser licitados preferencialmente com critério de julgamento técnica e preço (art. 36, §1º, inc. I) ou contratados diretamente, por inexigibilidade de licitação, junto a profissionais ou empresas notoriamente especializadas (art. 74, inc. III). Deixou de fazer referência à singularidade do serviço como requisito para a inexigibilidade.

Tais alterações, contudo, imprimiram prolixidade ao texto legal e não solucionaram o principal problema anterior. Ao eliminar, sem substituir, o único critério explícito distintivo entre as situações concretas que obrigavam à licitação e aquelas que autorizavam a contratação direta, a lei manteve o cenário de insegurança jurídica: quando licitar e quando contratar diretamente? Se a lei traz dois caminhos diferentes, como saber qual deles tomar?²

Não há dúvida de que regras legais distintas foram criadas para serem aplicadas em situações concretas também distintas. Porém, a ausência de critérios que possam nortear a decisão do gestor mantém o ambiente de penumbra e cria oportunidade para o resgate da extinta singularidade, com consequente retrocesso ao *status quo ante*.³

1 As dificuldades fomentadas pelo texto legal levaram à alteração do Estatuto da OAB, Lei 8.906/1994, e do Decreto-Lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946, que define as atribuições do contador, os quais passaram a prever que tais serviços “são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei”.

2 Simplificando a problemática, Egon Bockmann Moreira e Renato Geraldo Mendes defendem que, apesar da letra da lei, nenhum serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual pode ser licitado, diante da impossibilidade de comparação objetiva entre os serviços, devendo ser contratados com base no *caput* ou no inciso III do art. 74, conforme o caso. Cf. MENDES, Renato Geraldo; MOREIRA, Egon Bockmann. Inexigibilidade de licitação: Repensando a contratação pública e o dever de licitar – De acordo com a Lei 14.133/2021 e a Lei nº 13.303/2016. 2. ed. atual., rev. e ampl. Curitiba: Zênite, 2023. pp. 143 a 152.

3 Como bem alertado por Cristiana Fortini em análise à decisão do STF nos RE nº 656.558/SP e 610.523/SP, referente à contratação de advogado com fundamento no art. 25, inc. II da Lei 8.666/1993, vigente à época, há um aceno de voto do Min. André Mendonça favorável à manutenção da ideia de singularidade mesmo no contexto da Lei 14.133/2021. Cf. FORTINI, Cristiana. Contratação direta de serviços advocatícios, singularidade e configuração de improbidade. *Conjur*, 31 out. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-out-31/contratacao-direta-de-servicos-advocaticios-a-singularidade-e-a-configuracao-de-improbidade/>. Acesso em: 30 nov. 2024. Anote-se, contudo, que, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a decisão do Habeas Corpus nº 714.064/SP foi no sentido de que, em relação à interpretação art. 74, III, “[A]lterada a redação da norma em parte essencial, não se pode tolerar a pretensão de avocar precedentes aplicáveis à norma anterior, restituindo palavras ou expressões inexistentes no atual texto legal, como ocorre com a exigência de singularidade para a contratação”.

Afastando-se da discussão acerca da eventual sobrevivência, ou não, do requisito da singularidade do serviço,⁴ o objetivo deste artigo foi identificar, com base nas normas legais aplicáveis, uma linha de interpretação que pudesse avançar em relação às construções existentes. As conclusões decorrem de uma argumentação lógica e oferecem substrato jurídico capaz de auxiliar no embasamento das decisões administrativas relacionadas ao tema.

2 PONTO DE PARTIDA: AS REGRAS LEGAIS APLICÁVEIS

A Lei nº 14.133/2021 traz regras expressas que objetivam disciplinar a contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, que devem ser consideradas ponto de partida. São elas:

- a. São serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual os serviços realizados em trabalhos relativos às atividades definidas nas alíneas do inc. XVIII do art. 6º;
- b. Serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual não podem ser licitados por pregão, ressalvados aqueles que forem considerados serviços comuns de engenharia (art. 29);
- c. As licitações para contratar serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual devem se dar, preferencialmente, adotando o critério de julgamento técnica e preço, cabendo ao estudo técnico preliminar demonstrar sua eventual inviabilidade ou inadequação (art. 36, §1º, I);
- d. A contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual junto a profissionais ou empresas notoriamente especializadas pressupõe inviabilidade de competição e deve ocorrer por inexigibilidade de licitação (art. 75, inc. III).

3 EM BUSCA DE ARGUMENTOS

O principal dilema a ser solucionado versa, sem dúvida, sobre quais serviços técnicos de natureza predominantemente intelectual podem ser licitados e quais podem ser contratados diretamente. Contudo, é necessário, preliminarmente, enfrentar outros dilemas e firmar algumas conclusões que auxiliarão no deslinde dessa questão.

3.1 O que é, afinal, um “serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual”?

O inc. XVIII do art. 6º arrola em uma lista *os trabalhos cujos serviços a eles relacionados* podem ser considerados serviços técnicos profissionais especializados de natureza predominantemente intelectual.⁵

4 O tema já vem sendo enfrentado pela doutrina especializada, citando-se, a título de exemplo: SARAI, Leandro (Org.). Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14.133/2021 Comentada por Advogados Públicos. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 885 e seguintes; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133/2021. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 119 e seguintes; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de Licitações Públicas Comentadas. 15. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2024, p. 456 e seguintes. O parecer nº 00001/2023/CNLCA/CGU/AGU, aprovado no âmbito da Subconsultoria Geral da União de Políticas Públicas, trouxe o entendimento de que a comprovação da natureza singular do serviço a ser prestado pela empresa ou profissional de notória especialização não é necessária, devendo o administrador adotar as cautelas nele elencadas e trazer aos autos a motivação expressa de seus atos.

5 “XVIII - serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual: aqueles realizados em trabalhos relativos a:

- a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos e projetos executivos;
- b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
- c) assessorias e consultorias técnicas e auditorias financeiras e tributárias;

Não há, portanto, um conceito *legal* do que sejam tais serviços, mas uma indicação nominal que, pelas expressões utilizadas na lei, não tem a intenção de fechar em *númerus clausus* as possibilidades. A lista é, portanto, meramente exemplificativa.⁶

A identificação de um conceito contendo as características do serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual é fundamental para possibilitar, na prática, a classificação como tal de serviços não listados e para nortear e fundamentar as conclusões aqui externadas.

Ao criar essa categoria de serviços, a lei reuniu em uma única expressão diferentes conceitos preexistentes, os quais devem, por isso, ser tomados em suas acepções comuns:

- a. **Serviços técnicos:** serviços que se inserem em determinada área de domínio técnico; sua execução, mediante aplicação dos conhecimentos técnicos, ocorre observando-se um conjunto de regras e normas que garantem o alcance do resultado;
- b. **Serviços especializados:** serviços que se inserem em determinada área de especialidade; sua execução exige entendimento específico ou conhecimento aprofundado sobre determinado assunto;
- c. **Serviços de natureza predominantemente intelectual:** serviços relacionados a determinada área do intelecto humano; sua execução é caracterizada pelo uso de habilidades pessoais e/ou da inteligência.

O conceito de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual decorre, portanto, da soma dos elementos de cada um desses, agora, sub conceitos.

Assim, é possível afirmar que, para os fins de aplicação da lei, serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual é *o serviço cuja execução exige, além do domínio técnico e do conhecimento aprofundado em certa área de especialidade, o uso de habilidades pessoais e da inteligência do prestador do serviço.*⁷

3.2 Serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual é, sempre, um serviço intrinsecamente complexo?

O fato de requererem dos seus executores o uso de habilidades pessoais e da inteligência não significa, automaticamente, que os serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual sejam sempre complexos e de difícil execução.

d) fiscalização, supervisão e gerenciamento de obras e serviços;

e) patrocínio ou defesa de causas judiciais e administrativas;

f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;

h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem na definição deste inciso; [...].

6 No mesmo sentido, MENDES e MOREIRA, op. cit., e BOSELLI, Felipe, in FORTINI, Cristiana; CAMARÃO, Tatiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de (Coord.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos** – Lei 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 69. Destaca-se o entendimento diverso de Marçal Justen Filho, para quem o elenco do inciso III do art. 74 é claramente exaustivo, em razão da expressão “seguintes”. Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2023. E-book. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/262297378/v2/page/1>. Acesso em: 28 nov. 2024.

7 Para Marçal Justen Filho: “O serviço técnico predominantemente intelectual é aquele que envolve uma habilidade individual, uma capacitação peculiar, relacionada com potenciais intelectuais personalíssimos. Promove-se uma espécie de “transformação” do conhecimento teórico em prático, o que envolve um processo intermediado pela capacidade humana.” (JUSTEN FILHO, op. cit., RL-1.21)

Apenas para exemplificar: é comum, na vida real, que atividades relacionadas ao exercício da advocacia e da engenharia sejam executadas por estagiários, sob a supervisão dos profissionais. Tais atividades, conforme o grau de complexidade, poderão não demandar a intervenção dos profissionais, demandar alguma intervenção ou demandar intervenções maiores para garantir os resultados pretendidos. Em todas as hipóteses, contudo, os serviços serão considerados serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual.

Ainda a título de exemplo, no rol de trabalhos referidos no inc. XVIII do art. 6º, podem ser vislumbradas perícias simples e complexas, a depender do objeto periciado, projetos básicos e executivos que não exijam maiores esforços criativos e causas judiciais e administrativas que possam ser solucionadas por meio de teses já existentes, reduzindo o grau de dificuldade argumentativa. Ainda, a restauração de obras de arte e de bens de valor histórico também pode, conforme o caso, ser algo tecnicamente simples, o mesmo ocorrendo com análises e testes laboratoriais, entre outros serviços relacionados aos trabalhos listados.

Portanto, a complexidade não é elemento determinante para a caracterização do serviço como serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual.⁸

3.3 Serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual pode ser julgado pelo menor preço ou enquadrado no conceito legal de serviço comum?

A Lei nº 14.133/2021 veda, expressamente, no parágrafo único do art. 29, a utilização do pregão para licitar serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual.⁹ Indaga-se se, em verdade, *a pretensão não teria sido a de vedar a utilização do critério de julgamento menor preço*, uma vez que a diferença entre os procedimentos do pregão e da concorrência reside, unicamente, na possibilidade de, nesta, serem utilizados critérios que considerem também a técnica. Se assim fosse, ao vedar o pregão, cujo critério de julgamento é o menor preço, o pressuposto seria de que tais serviços devem, necessariamente, ser escolhidos à luz de critérios técnicos de julgamento. Em última análise, haveria a manutenção da lógica da Lei nº 8.666/1993 para a contratação de serviços técnicos profissionais especializados.

Porém, no mesmo dispositivo, a lei permite a utilização do pregão para contratar estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos e projetos executivos, admitindo, implicitamente, a utilização do critério menor preço.¹⁰ Ainda, o inciso I do §1º do art. 36 prevê o afastamento justificado do critério de julgamento técnica e preço, preferencial, nos casos em que os serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual a serem contratados não exigirem ponderação e avaliação da qualidade técnica das propostas para além dos requisitos mínimos descritos no edital, o que deve ser feito, obviamente, em favor do critério de julgamento menor preço. Assim, *a vedação se refere à modalidade pregão*, não havendo incompatibilidade *a priori* com o critério de julgamento menor preço e devendo sua utilização ser justificada de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Tais conclusões, em qualquer dos contextos sugeridos, esvaziam a discussão sobre a possibilidade, ou não, de caracterizar serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual como

8 Nessa linha, a propósito, não há que se falar em equivalência entre esse conceito e o conceito legal de serviço especial, contido no art. 6º, XIV da lei: “bens e serviços especiais: aqueles que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade, não podem ser descritos na forma do inciso XIII do *caput* deste artigo, exigida justificativa prévia do contratante; [...]”.

9 Art. 97, parágrafo único: “O pregão não se aplica às contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços de engenharia de que trata a alínea “a” do inciso XXI do *caput* do art. 6º desta lei.”

10 Os “serviços de engenharia de que trata a alínea ‘a’ do inciso XXI do *caput* do art. 6º”.

serviços comuns, nos termos da lei,¹¹ já que estes devem ser licitados na modalidade pregão, cujo critério de julgamento obrigatório é o menor preço.¹²

4 COMO DECIDIR ENTRE A LICITAÇÃO E A CONTRATAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE?

Na Lei nº 8.666/1993, o critério distintivo entre licitar e contratar diretamente serviços técnicos especializados residia nas características do serviço, se era ou não “singular”.¹³ A premissa era a de que, estando a contratação atrelada a serviços de natureza singular, exigindo sua execução por profissional ou empresa notoriamente especializada, *não havia possibilidade de realizar as comparações objetivas* necessárias ao procedimento licitatório.

Esse cenário, mesmo diante da dificuldade de precisar o conceito de singularidade, apresentava certa nitidez, pois era evidente que não se tratava de *quaisquer* serviços e *quaisquer* profissionais ou empresas executoras, sendo necessário um *algo a mais* que não poderia ser aferido por meio dos critérios de seleção compatíveis com a licitação.

Ao refutar o requisito da singularidade do serviço, a Lei nº 14.133/2021 impossibilitou a sobrevivência das razões que escoravam a hipótese do inc. II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993. A natureza predominantemente intelectual, agora acoplada aos serviços técnicos especializados, *não tem, como não tinha, o condão de acarretar, por si só, a impossibilidade de comparação objetiva entre propostas*. Tanto é que a lei também disciplina a licitação para esses serviços.

Assim, claramente, há para o gestor o dever de avaliar as diferentes situações concretas envolvendo serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual. A ausência do requisito da singularidade não é, portanto, um cheque em branco para a contratação direta dos serviços listados nas alíneas “a” a “h”, em todo e qualquer caso.¹⁴

Desse modo, é premente e fundamental identificar, na Lei nº 14.133/2021, os componentes lógicos das regras que ora impõem a licitação, ora consideram inviável a competição.

4.1 Como identificar, concretamente, as situações que impõem a realização de licitação?

No caso dos serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, a análise da existência, ou não, de condições de promover uma licitação eficiente e eficaz deve ser realizada sob o prisma da *possibilidade de um julgamento objetivo para a escolha da melhor proposta, não do serviço em si e da possibilidade de comparar sua execução pelos diferentes prestadores*.

Com efeito, nenhum serviço que decorre de uma atuação intelectual pode ser objetivamente comparado com outro, pois sempre existirão traços de personalidade e intelectualidade inerentes a cada

11 Art. 6º, XIII: “bens e serviços comuns: aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado;”

12 Conforme determina o inc. XLI do art. 6º, com exceção dos serviços comuns de engenharia, para os quais se aplica a concorrência, nos termos do inc. XXXVIII do mesmo artigo.

13 “Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: ...

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;”

14 Segundo orientações constantes do *Manual de Licitações e Contratos* do Tribunal de Contas da União, “o que determina a necessidade de notória especialização para executar o serviço” e, portanto, a possibilidade de contratação direta sob tal fundamento, “são as características diferenciadas desse serviço”. Cf. Disponível em <https://licitacoesecontratos.tcu.gov.br/5-10-1-3-servicos-tecnicos-especializados-de-natureza-predominantemente-intelectual-com-profissionais-ou-empresas-de-notoria-especializacao-inciso-iii/>. Acesso em: 29 nov. 2024.

prestador. Isso não impede, contudo, que a escolha se faça por meio de critérios objetivos e relevantes em cada caso.

Assim, a premissa que deve conduzir a decisão administrativa é a de que *serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual podem ser licitados nas situações em que for possível a comparação objetiva entre propostas técnicas*, não havendo que se perquirir acerca da comparabilidade intrínseca entre os serviços.¹⁵

Conforme já destacado no item 2, o serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual envolve três diferentes aspectos, quais sejam, técnico, especializado e intelectual. A possibilidade de realizar licitação está diretamente relacionada com a relevância, para a execução e para os resultados, dos *aspectos técnicos do serviço*, os quais, diferentemente dos aspectos intelectuais, permitem comparação objetiva.

Nesse contexto, note-se que, de acordo com o §1º do art. 36, o critério de julgamento do tipo técnica e preço deverá ser utilizado, inclusive no caso de serviços de natureza predominantemente intelectual (inc. I), quando o estudo técnico preliminar identificar a necessidade de avaliar e ponderar a *qualidade técnica das propostas* para possibilitar o alcance dos resultados.¹⁶ Por sua vez, o art. 37 estabelece que o julgamento por técnica e preço deverá ser realizado por:

- a. verificação da capacitação e da experiência do licitante;
- b. demonstração de conhecimento do objeto, a metodologia e o programa de trabalho, a qualificação das equipes técnicas e a relação dos produtos que serão entregues; e
- c. desempenho pretérito na execução de contratos com a administração pública.

Assim, o pressuposto legal é de que a comparação objetiva entre propostas técnicas pode ser, em certos casos, suficiente para garantir os resultados pretendidos. Isso se deve, vale dizer, pela *evidente diferença de níveis de exigência do uso da intelectualidade na execução*, a despeito de ser sua característica predominante. Essa discussão perpassa a discussão trazida no item 3.2, sobre serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual simples e complexos.

Por exemplo, a elaboração de um projeto básico para a construção de um barracão requer mais conhecimento técnico aplicado à situação concreta e menos uso da inteligência para conceber a solução, se comparado à situação de uma obra complexa; o treinamento de pessoal para a execução de tarefas meramente materiais pode não exigir habilidade intelectual diferenciada, ao contrário do que ocorre com treinamentos que visam ao desenvolvimento pessoal em um dado campo do conhecimento; a perícia realizada sobre um imóvel ou sobre um veículo sinistrado pode, em muitos casos, seguir padrões que não envolvem, de forma decisiva, o uso de habilidades pessoais.

15 Registra-se, em outro sentido, o entendimento de Renato Geraldo Mendes e Egon Bockmann Moreira. Para os autores, independentemente de ser possível um critério objetivo para a comparação entre propostas, a contratação de serviços técnicos especializados de natureza intelectual somente poderia ser licitada se fosse possível sua definição objetiva, o que, segundo defendem, não ocorre. (Mendes e Moreira, op. cit., p. 143-152).

16 "Art. 36. omissis

§ 1º O critério de julgamento de que trata o caput deste artigo será escolhido quando estudo técnico preliminar demonstrar que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração nas licitações para contratação de:

I - serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, caso em que o critério de julgamento de técnica e preço deverá ser preferencialmente empregado; [...]"

Assim, será possível e devido realizar licitação para contratar serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual quando, para os fins da execução e dos resultados, *o aspecto técnico do serviço se sobressair, em relevância, ao aspecto intelectual*, viabilizando a comparação entre propostas técnicas nos moldes do art. 37 como método adequado e suficiente para a escolha do contratado, devendo tais condições serem evidenciadas no estudo técnico preliminar.

4.2 Como identificar, concretamente, as situações que autorizam a contratação direta por inexigibilidade de licitação?

A capacidade intelectual para executar determinada atividade está intimamente vinculada às características pessoais do profissional, especialmente no que concerne à forma com que utiliza seu conhecimento e sua inteligência para analisar o problema, identificar os recursos disponíveis para a solução e manejá-los eficiente e eficazmente. Evidentemente, não pode ser medida, quiçá comparada objetivamente. Dessa forma, diferentemente das situações referidas no tópico anterior, não caberá falar em licitação quando, para os fins da execução e dos resultados, *o aspecto intelectual se sobressair, em relevância, ao aspecto técnico do serviço*, inutilizando o critério da comparação objetiva entre propostas técnicas como meio de escolha do contratado, devendo tais condições serem evidenciadas no estudo técnico preliminar.

Isso ocorrerá, apenas, no caso de *serviços cujas características intrínsecas atrelem a eficácia e a efetividade dos resultados da execução a um desempenho diretamente decorrente da capacidade intelectual do prestador do serviço*. Ou seja, a capacidade intelectual deve ser fator determinante para garantir o pleno atendimento do interesse público. Em situação diversa, a rigor, deverá ser suficiente a análise comparativa dos atributos técnicos constantes do art. 37.

São exemplos de serviços que não podem ser licitados: assessorias e consultorias técnicas e jurídicas caracterizadas, eminentemente, pela oferta de soluções a problemas apresentados; treinamentos, capacitações e aperfeiçoamentos que visem à aquisição ou ao desenvolvimento, pelos alunos, de habilidades intelectuais; elaboração de estudos técnicos que demandem conhecimentos especializados e aprofundados; patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas e pareceres técnicos e jurídicos envolvendo temáticas muito especializadas ou matérias controversas, bem como fiscalização de obra de engenharia avaliada como complexa por técnicos e especialistas.

5 É POSSÍVEL FUNDAMENTAR A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO NA INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO GENÉRICA OU É OBRIGATÓRIA A CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAL OU EMPRESA DE NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO?

Tal como em relação ao art. 25 da Lei nº 8.666/1993, não se questiona a natureza exemplificativa do rol do art. 74 da Lei nº 14.133/2021. Contudo, não significa que serviços técnicos profissionais especializados de natureza predominantemente intelectual possam ser contratados diretamente com base na inviabilidade de competição genérica, contida no *caput* do dispositivo.¹⁷ Ao contrário, se não for possível licitar, *a única opção cabível será a contratação direta de profissional ou empresa de notória especialização*.

Com efeito, se no caso da contratação direta a capacidade intelectual é fator determinante, afastando a eficácia do método de comparação objetiva entre propostas técnicas, a escolha do contratado *deve se dar* em decorrência da notória especialização do prestador do serviço, prevista no inc. III do art. 74. Essa

¹⁷ Em outro sentido, Mendes e Moreira, *op. cit.*, p. 143-152.

é a solução legal especificamente contemplada pela lei para assegurar os resultados da contratação, não cabendo falar em fundamentação legal genérica.

6 O QUE É, DE FATO, A NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO E COMO ELA DEVE SER EVIDENCIADA NO PROCESSO DE CONTRATAÇÃO?

Preliminarmente, é fundamental compreender que não existem profissionais ou empresas que possam ser, genericamente, considerados de notória especialização para os fins da contratação direta fundada no inc. III do art. 74.¹⁸ A notória especialização está intrinsecamente relacionada aos serviços que a administração pretende contratar e às circunstâncias de contratação, ou seja, *ela sempre será específica*. Essa afirmação ficará mais evidente ao final deste tópico. Trata-se de uma importante diretriz que deve nortear as justificativas da contratação, garantindo que o liame existente entre as necessidades decorrentes dos serviços e a capacidade do contratado para atendê-las fique evidente no processo.

Dito isto, observe-se que o conceito legal de notória especialização¹⁹ envolve aspectos muito similares aos listados no art. 37, o que pode causar, inicialmente, certa dificuldade de compreensão. Com efeito, “desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica” podem, também, ser considerados para a verificação da qualidade técnica da proposta em uma licitação com critério de julgamento técnica e preço. Contudo, tal dificuldade é dissipada:

- a. ao se considerar que, conforme abordado no tópico 4.2, em razão das características dos serviços, a mera comparação objetiva entre esses atributos é insuficiente para conduzir à melhor escolha administrativa, impelindo, assim, à contratação direta;²⁰ e
- b. ao se perceber que a solução legal, em verdade, reside em outro elemento do conceito, qual seja, a possibilidade de *inferir* – deduzir, concluir por inferência ou por dedução, geralmente partindo de indícios, de fatos ou de raciocínios²¹ – que o trabalho de um dado profissional ou empresa conduzirá, *com algum nível de certeza*, aos resultados pretendidos pela contratação.²²

Assim, diante da impossibilidade de escolher pautando-se exclusivamente em critérios objetivos, a lei conferiu ao gestor *uma espécie de prerrogativa de realizar juízo próprio* acerca do profissional ou empresa cujo conjunto de atributos, no contexto da situação concreta, lhe inspire maior confiança para a execução. Observe-se que a escolha é livre, mas vinculada a condições passíveis de controle.

18 Nesse sentido também entendem Ana Luiza Jacoby Fernandes, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e Murilo Jacoby Fernandes, para quem a lei não permite criar uma “casta” de profissionais notórios especialistas acima da disputa de preços. Cf. JACOBY FERNANDES, Ana Luiza; JACOBY FERNANDES, Jorge Ulysses; JACOBY FERNANDES, Murilo. **Contratação direta sem licitação na Nova Lei de Licitações**: Lei 14.133/2021. 11. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 136.

19 Art. 6º: “XIX - notória especialização: qualidade de profissional ou de empresa cujo conceito, no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permite inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato; [...]”.

20 Vale destacar a orientação que consta do *Manual de Licitações e Contratos* do Tribunal de Contas da União sobre o tema: “O que determina a necessidade de notória especialização para executar o serviço são as características diferenciadas desse serviço. Assim, se o objeto for usual, rotineiro ou não exigir a atuação de um profissional ou empresa de notória especialização, não se justifica a contratação direta por inexigibilidade, pois isso poderia violar os princípios da economicidade, da impessoalidade e da isonomia.” Disponível em: https://licitacoescontratos.tcu.gov.br/5-10-1-3-servicos-tecnicos-especializados-de-natureza-predominantemente-intelectual-com-profissionais-ou-empresas-de-notoria-especializacao-inciso-iii/#_ftnref7. Acesso em 29 nov. 2024.

21 Cf. <https://www.dicio.com.br/inferir/>. Acesso em: 14 out. 2024.

22 O termo é o mesmo utilizado pelo art. 25, inc. II, da Lei 8.666/1993, alvo de incontáveis discussões que trouxeram o elemento da confiança como intrínseco à decisão do gestor nesses casos. Nesse sentido, vide a célebre Decisão do Tribunal de Contas da União nº 595/95 do Plenário e o julgamento do Inq. nº 3074/SC, pelo STF, em 26.8.2014, rel. Min. Luís Roberto Barroso.

Postas as coisas nesses termos, a semântica da expressão “notória especialização” deve ser corretamente compreendida. De acordo com seu significado corrente, *notório* pode expressar duas ideias distintas:

- a. “conhecido por um grande número de pessoas; sabido”; e
- b. “que não se pode contestar, duvidar nem refutar; que é evidente”²³

Não há razão para excluir qualquer delas do escopo da norma. Sendo assim, há duas ordens de profissionais ou empresas que podem ser consideradas notoriamente especializadas no contexto de uma contratação fundada no inc. III do art. 74:

- a. aqueles que gozam de certo *status* no ramo em que atuam, uma espécie de “fama técnica”, ou seja, são *amplamente conhecidos* em razão de suas competências, e
- b. aqueles que, em razão do “desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com sua atividade” são *evidentemente especializados, embora não sejam amplamente conhecidos*.

A demonstração da notória especialização deverá considerar essa dicotomia e ser mais detalhada e consistente quando a situação concreta se enquadrar na hipótese da letra “b”. Assim, por exemplo, a contratação de um escritório de arquitetura que já tem em seu portfólio algumas premiações poderá exigir menos elementos formais na justificativa do que outro, não premiado. Da mesma forma, a justificativa para contratar como palestrante um profissional com obras publicadas na área será, provavelmente, mais sucinta do que a justificativa para contratar um profissional que não tenha publicações, mas apresente outros atributos.

Nesse contexto, o atendimento dos requisitos presentes no conceito legal, com a consequente demonstração dos atributos específicos do profissional ou empresa, deve ocorrer conforme a necessidade, diante das características da contratação. Vale destacar, ainda, a necessidade de levar em consideração, caso a caso, a distinção existente entre notória especialização *de empresas* e notória especialização *de profissionais*. Assim, existirão serviços cuja execução demandará apenas o desempenho do profissional em atividades relacionadas ao seu intelecto, estando a notória especialização vinculada ao “desempenho anterior, estudos, experiência, publicações”, aspectos nos quais as justificativas deverão se centrar, enquanto outros exigirão estrutura empresarial, cabendo abordagem também sob os enfoques “organização, aparelhamento, equipe técnica”.

Em qualquer das hipóteses, é necessário existir, no bojo do processo de contratação, *um conjunto consistente de atributos que evidencie, para o caso concreto*, elementos capazes de conduzir o gestor a uma decisão segura. Eis, portanto, um ponto de suma importância para o controle da legalidade da contratação direta em questão: a existência de documentos e informações *que possibilitem a conclusão* de que o trabalho a ser desempenhado pelo profissional ou empresa que se pretende contratar é essencial e adequado à plena satisfação dos interesses *vinculados à contratação*.

Nesse ponto, retoma-se a ponderação feita no início deste tópico: a notória especialização do profissional ou empresa deve ser aferida diante das características do serviço a ser contratado e das circunstâncias da contratação, cabendo evidenciar, por meio da justificativa, o liame existente entre a sua contratação e o seu potencial para alcançar os resultados pretendidos.²⁴

23 Cf. <https://www.dicio.com.br/notorio/>. Acesso em: 14 out. 2024.

24 Orientação similar pode ser encontrada no *Manual de Licitações e Contratos* do Tribunal de Contas da União: “Note-se que, nessa hipótese de inexigibilidade, a técnica empregada na execução do objeto e a habilidade do prestador são interdependentes, fazendo com que a

Para melhor ilustrar o raciocínio, considerem-se os seguintes exemplos:

- a. um advogado sem experiência em atuação judicial não pode ser considerado notoriamente especializado para os fins de uma contratação que vise à interposição e ao acompanhamento de ação, ainda que o tema central se relacione a sua tese de doutoramento, pois o domínio de regras processuais é imprescindível à presunção da prestação satisfatória dos serviços; já se o objeto da contratação for a elaboração de um parecer jurídico sobre o tema da tese, a notória especialização estará configurada;
- b. um profissional detentor de título de mestre ou doutor não pode, unicamente com base na titulação, ser considerado notoriamente especializado para ministrar um curso de capacitação, uma vez que a experiência docente, refletindo didática e metodologia adequadas para a atividade e seus objetivos, é fundamental para o alcance dos resultados; já se o objeto for ministrar uma palestra de curta duração, sobre tema de seu conhecimento técnico, a titulação poderá ser suficiente;
- c. um escritório de advocacia não pode ser considerado notoriamente especializado para a defesa de causas judiciais unicamente porque um de seus sócios é aposentado da magistratura; já em se tratando de causas que se relacionem tematicamente com a área de atuação pretérita do referido sócio, seu trabalho poderá ser considerado adequado à plena satisfação do objeto da contratação;
- d. um escritório de arquitetura reconhecido pelos designs inovadores de seus projetos não pode ser, só por esse fato, considerado notoriamente especializado para contratar com a administração; já se o design inovador estiver entre os objetivos buscados pela contratação, poderá ser um elemento decisivo na configuração da notória especialização.

Por fim, note-se que, diferentemente da Lei nº 8.666/1993, não há necessidade de demonstrar que o trabalho do profissional é *o único ou o mais* adequado, eliminando-se, assim, qualquer cogitação de comparações nesse sentido. A Lei nº 14.133/2021 exige, apenas, tal como se depreende do conceito de notória especialização, a demonstração de que o trabalho do profissional é *essencial e reconhecidamente adequado* à plena satisfação do objeto do contrato.

7 CONCLUSÕES

Os serviços constantes do rol do inciso III do art. 74²⁵ da Lei nº 14.133/2021 não podem ser considerados, automaticamente, “não licitáveis”. A natureza predominantemente intelectual não tem o condão de, por si, inviabilizar a competição. A ausência do requisito da singularidade do serviço, que antes distinguia as situações e era a base para a ideia de impossibilidade de comparação objetiva, impõe uma análise casuística, com base nas características intrínsecas do serviço e das exigências de execução relacionadas aos resultados visados com a contratação. Assim, a definição entre licitar ou contratar diretamente, por inexigibilidade de licitação, um serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual depende, essencialmente, das análises realizadas na fase preparatória da contratação, com base em aspectos que não envolvem, em absoluto, o resgate da singularidade.

escolha do contratado dependa de uma análise subjetiva, o que torna a licitação inviável. Isso porque haverá dificuldade em comparar objetivamente as propostas, que estão atreladas aos profissionais que executarão os trabalhos.” Disponível em: https://licitacoescontratos.tcu.gov.br/5-10-1-3-servicos-tecnicos-especializados-de-natureza-predominantemente-intelectual-com-profissionais-ou-empresas-de-notoria-especializacao-inciso-iii/#_ftnref7. Acesso em: 29 nov. 2024.

25 Estão em xeque, inclusive, em nosso pensar, as disposições do Estatuto da OAB, Lei 8.906/1994, e do Decreto-Lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946, acerca da singularidade dos serviços advocatícios e contábeis, que correspondem a alterações realizadas na vigência da Lei nº 8.666/1993.

Nesse sentido, é possível distinguir os serviços com base em seus aspectos intrínsecos, compreendendo que, apesar da natureza predominantemente intelectual, a execução concreta de cada serviço pode comportar diferentes níveis de intelectualidade, em razão da maior ou menor complexidade do serviço, com relevância predominante, em alguns casos, de aspectos técnicos e, em outros, de aspectos intelectuais. Naqueles, haverá possibilidade de comparação entre propostas técnicas, cabendo licitar com critério de julgamento técnica e preço, não estando afastada, em absoluto, a possibilidade de utilizar o critério de julgamento menor preço quando verificada a irrelevância, para os fins pretendidos pela administração, da avaliação ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem requisitos mínimos estabelecidos no edital. Nestes, diante da imprestabilidade do método de comparação objetiva, será necessário contratar diretamente um profissional ou empresa de notória especialização para garantir o alcance dos resultados buscados.

A notória especialização que autoriza a contratação direta é específica e circunstancial, estando intrinsecamente relacionada aos serviços que a administração pretende contratar e aos objetivos a serem alcançados. É fundamental que os documentos e informações constantes do processo estabeleçam, claramente, um liame entre os atributos de notória especialização do prestador do serviço e o seu potencial para satisfazer plenamente o objeto do contrato.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Manual de licitações e contratos**. 5. ed. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência, 2024. Disponível em <https://licitacoescontratos.tcu.gov.br/>. Acesso em: 28 nov. 2024.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133/2021**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

FORTINI, Cristiana. Contratação direta de serviços advocatícios, singularidade e configuração de improbidade. **Conjur**, 31 out. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-out-31/contratacao-direta-de-servicos-advocaticios-a-singularidade-e-a-configuracao-de-improbidade/>. Acesso em: 31 out. 2024.

FORTINI, Cristiana; CAMARÃO, Tatiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de (Coord.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

JACOBY FERNANDES, Ana Luiza; JACOBY FERNANDES, Jorge Ulysses; JACOBY FERNANDES, Murilo. **Contratação direta sem licitação na Nova Lei de Licitações: Lei nº 14.133/2021**. 11. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2023. E-book. Disponível em: <https://next-proview.thomson-reuters.com/launchapp/title/rt/codigos/262297378/v2/page/1>. Acesso em: 28 nov. 2024.

MENDES, Renato Geraldo; MOREIRA, Egon Bockmann. **Inexigibilidade de licitação: Repensando a contratação pública e o dever de licitar – De acordo com a Lei nº 14.133/2021 e a Lei nº 13.303/2016**. 2. ed. atual., rev. e ampl. Curitiba: Zênite, 2023.

SARAI, Leandro (Org.). **Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14.133/21** Comentada por Advogados Públicos. Salvador: Juspodivm, 2021.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 15. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2024.

DAS RESPONSABILIDADES NA CONTRATAÇÃO INTEGRADA E SEMI-INTEGRADA: ANÁLISE DO ARTIGO 22, § 4º, DA LEI Nº 14.133/2021

RESPONSIBILITIES IN INTEGRATED AND SEMI-INTEGRATED CONTRACTS: ANALYSIS OF ARTICLE 22, § 4 OF LAW NO. 14,133/2021



Glaucus Leonardo Veiga Simas

Sócio administrador do escritório Veríssimo, Moreira & Simas Advogados (VMS). Líder da área de Direito Administrativo e Ambiental. Especialista em Concessões Públicas e PPPs pela FESP-SP. Especialista em Gestão de Negócios pela Fundação Dom Cabral. Especialista em Direito Societário pela UCAM/RJ. Bacharel em Direito pela Faculdade Milton Campos. Membro efetivo do Instituto Brasileiro de Direito Empresarial (Ibrademp). Advogado Mais Admirado: Eleito pela Análise 500 nos anos de 2017, 2021, 2022, 2023/2024.

Izabella Lima Diniz

Pós-Graduada *latu sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Bacharel em Direito pela Dom Helder Escola Superior. Advogada.

Sumário: 1. Introdução; 2. Breve análise das contratações integrada e semi-integrada; 3. Das regras dos modelos de contratações integrada e semi-integrada; 3.1. Aspectos relevantes das contratações integrada e semi-integrada; 3.2. Aspectos relevantes da contratação integrada; 3.3. Aspectos relevantes da contratação semi-integrada; 4. Interpretação do dispositivo legal que trata da alocação de responsabilidades entre a administração pública e a contratada; 5. Considerações finais; Referências.

Resumo: Este estudo analisa os modelos de contratação integrada e semi-integrada à luz da Lei nº 14.133/2021, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. A pesquisa analisa as diferenças na alocação de responsabilidades para quem elabora o projeto básico e o projeto executivo, trazendo uma interpretação do § 4º do art. 22 da referida legislação. Com base em uma abordagem hermenêutica jurídica, o trabalho busca uma compreensão do artigo mencionado. A análise revela a necessidade de interpretar o § 4º do art. 22 em conjunto com o art. 46, § 5º, da mesma lei, de modo que as partes assumam responsabilidades apenas pelos trabalhos que efetivamente executarem.

Abstract: This study examines the integrated and semi-integrated contracting models in light of Law No. 14,133/2021, the new Public Procurement and Administrative Contracts Law. The research analyzes the differences in the allocation of responsibilities for those preparing the basic project and the executive project, offering an interpretation of § 4 of Article 22 of the aforementioned legislation. Through a legal hermeneutic approach, the study aims to understand the mentioned article. The analysis reveals the need to interpret § 4 of Article 22 in conjunction with § 5 of Article 46 of Law No. 14,133/2021, ensuring that parties are held accountable only for the work they have actually carried out.

Palavras-chave: contratação integrada; contratação semi-integrada; responsabilidades.

Keywords: integrated contracting; semi-integrated contracting; responsibilities.

1 INTRODUÇÃO

A promulgação da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLC) – Lei nº 14.133/2021 –, que substituiu a Lei nº 8.666/1993, introduziu inovações relevantes nas contratações públicas no Brasil. Entre as mudanças mais marcantes, está a inclusão dos modelos de contratações integrada e semi-integrada. Embora esses modelos já constassem do Regime Diferenciado de Contratações (RDC) – Lei nº 12.462/2011 – e, posteriormente, na Lei das Estatais – Lei nº 13.303/2016 –, eles não estavam previstos no rol dos regimes de execução da antiga Lei de Licitações.

O modelo de contratação integrada atribui à contratada a elaboração do projeto básico e executivo, bem como a execução da obra ou serviço. Por outro lado, na contratação semi-integrada, o contratante é o responsável pela elaboração do projeto básico e a contratada é responsável pela elaboração do projeto executivo e pela execução do serviço contratado.

Este estudo propõe-se a analisar esses modelos de contratações à luz da nova legislação, com foco particular na alocação de responsabilidades e na interpretação do § 4º do art. 22 da Lei nº 14.133/2021, o qual dispõe que, “nas contratações integradas ou semi-integradas, os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução de projeto básico pelo contratado deverão ser alocados como de sua responsabilidade na matriz de riscos”.

A pesquisa busca demonstrar que o referido artigo deve ser interpretado de maneira a assegurar que a empresa contratada no regime de contratação semi-integrada mantenha suas responsabilidades restritas às eventuais modificações realizadas na solução original do projeto básico, caso contrário, não será responsável pelas escolhas feitas pelo responsável a executar o projeto básico. Em contraste, na contratação integrada, a contratada deve assumir a responsabilidade tanto pela solução apresentada no projeto básico quanto pelo desenvolvimento do projeto executivo.

A necessidade de interpretar o artigo de maneira cautelosa decorre da complexidade envolvida na alocação de responsabilidades entre contratante e contratada, principalmente no que diz respeito à distinção entre os modelos de contratações integrada e semi-integrada. Uma interpretação inadequada pode gerar insegurança jurídica e litígios futuros, ao atribuir responsabilidades a uma parte por escolhas que não fez.

Portanto, valendo-se de uma abordagem hermenêutica jurídica, o trabalho busca uma compreensão do artigo mencionado, mediante interpretação do § 4º do art. 22 da Lei nº 14.133/2021, de modo que haja uma distribuição justa dos riscos e responsabilidades entre as partes contratantes.

2 BREVE ANÁLISE DAS CONTRATAÇÕES INTEGRADA E SEMI-INTEGRADA

O histórico legislativo revela que a contratação integrada teve sua origem no Decreto nº 2.745/1998, que aprovou o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. É o que se observa do decreto, conforme item 1.9:

Sempre que economicamente recomendável, a PETROBRÁS poderá utilizar-se da contratação integrada, compreendendo realização de projeto básico e/ou detalhamento, realização de obras e serviços, montagem, execução de testes, pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, com a solidez e segurança especificadas.

Em seguida, o extinto Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), instituído pela Lei nº 12.462/2011, trouxe a possibilidade de ser utilizada a contratação integrada em seu artigo 9º.¹

Posteriormente, a Lei das Estatais, nº 13.303/2016, oficializou e regulamentou os dois regimes aqui discutidos, quais sejam, as contratações integrada e a semi-integrada.²

A lei citada é uma grande referência quanto aos requisitos e normas que regem esses tipos de contratações. Importante fazer menção aos principais pontos trazidos por essa legislação. Depreende-se que a contratação semi-integrada envolve o desenvolvimento do projeto executivo, a execução da obra, montagem, testes e pré-operação. A contratação integrada, além de incluir essas etapas, abrange a elaboração do projeto básico, dando à contratada maior autonomia e responsabilidades nas soluções metodológicas e tecnológicas, vide art. 42, V e VI, da Lei nº 13.303/2016.

Na contratação integrada, a licitação deve ser precedida de um anteprojeto de engenharia, contendo os elementos técnicos mínimos necessários para caracterizar a obra e viabilizar uma comparação isonômica entre as propostas. Já na contratação semi-integrada, o processo licitatório deve contar com um projeto básico, que servirá como referência tanto para o desenvolvimento do projeto executivo quanto para a execução do empreendimento, nos termos dos artigos art. 42, §1º, I, “a” e “b”, e art. 42, §1º, IV, da Lei nº 13.303/2016.

Em ambos os regimes de execução, a matriz de riscos deve ser elaborada para definir claramente quais riscos ficam a cargo da administração pública e quais são de responsabilidade da contratada. A matriz é crucial para assegurar que imprevistos decorrentes de mudanças no projeto ou de fatores externos sejam devidamente geridos por quem tem melhor capacidade para lidar com eles, vide art. 42, §1º, I, “a”, da Lei nº 13.303/2016.

A Lei nº 13.303/2016 também prevê que, nas contratações integradas ou semi-integradas, “os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução de projeto básico pela contratante deverão ser alocados como de sua responsabilidade na matriz de riscos”, conforme disposto no art. 42, § 3º.

A seguir, será demonstrado que essas normas foram contempladas na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Isto é, foi a partir do modelo implementado por essas leis que a NLLC integrou e aprimorou as práticas das contratações integrada e semi-integrada, promovendo uma evolução significativa nas normativas relacionadas a obras e serviços de engenharia. Essa prática representou um avanço importante, uma vez que a Lei nº 8.666/1993, anteriormente em vigor, não abordava especificamente esses tipos de contratações, fazendo menção apenas à empreitada integral.

1 Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições: (Redação dada pela Lei nº 12.980, de 2014) (Revogado pela Lei nº 14.133, de 2021) Vigência

I - inovação tecnológica ou técnica; (Incluído pela Lei nº 12.980, de 2014)

II - possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou (Incluído pela Lei nº 12.980, de 2014)

III - possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado. (Incluído pela Lei nº 12.980, de 2014)

2 Art. 42. Na licitação e na contratação de obras e serviços por empresas públicas e sociedades de economia mista, serão observadas as seguintes definições: (...)

V - contratação semi-integrada: contratação que envolve a elaboração e o desenvolvimento do projeto executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, de acordo com o estabelecido nos §§ 1º e 3º deste artigo;

VI - contratação integrada: contratação que envolve a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, de acordo com o estabelecido nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo;

Embora compartilhem algumas semelhanças, a contratação integrada, semi-integrada e a empreitada integral são regimes de contratações distintos e não podem ser utilizados de forma substitutiva. Nos termos do art. 6º, inciso XXX, da Lei nº 14.133/2021, “a empreitada integral envolve a contratação de um empreendimento em sua totalidade, abrangendo todas as etapas de obras, serviços e instalações, sob a responsabilidade integral da contratada, até sua entrega ao contratante”. Já nas contratações integrada e semi-integrada, além da execução completa do empreendimento, inclui-se a elaboração dos estudos e projetos necessários, como será detalhado a seguir.

3 DAS REGRAS DOS MODELOS DE CONTRATAÇÕES INTEGRADA E SEMI-INTEGRADA

3.1 Aspectos relevantes das contratações integrada e semi-integrada

Como previsto no art. 6º, inciso XXXII, da Lei nº 14.133/2021, a contratação integrada é:

o regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que a contratada é responsável por elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

Por sua vez, o regime de contratação semi-integrada, previsto no art. 6º, inciso XXXIII, da mesma lei, refere-se a um:

[...] regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que a contratada é responsável por elaborar e desenvolver o projeto executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, conforme previsto no art. 6º, inciso XXXIII da Lei nº 14.133/21.

Portanto, a principal distinção entre os dois regimes está na atribuição relacionada à elaboração do projeto básico. Na contratação integrada, a contratada é responsável por realizar o projeto básico e o projeto executivo, enquanto na contratação semi-integrada não realiza o projeto básico, sendo este de responsabilidade da administração pública.

Nos termos do artigo 6º, inciso XXV, da NLLC o projeto básico refere-se ao:

[...] conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado para definir e dimensionar a obra ou o serviço, ou o complexo de obras ou de serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegure a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução.

Já o projeto executivo, conforme art. 6º, inciso XXVI, da referida lei, é o:

[...] conjunto de elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, com o detalhamento das soluções previstas no projeto básico, a identificação de serviços, de materiais e de equipamentos a serem incorporados à obra, bem como suas especificações técnicas, de acordo com as normas técnicas pertinentes.

Em complementação, a Orientação Técnica nº 01/2006 do Instituto Brasileiro de Obras Públicas (Ibraop) prevê que cabe ao projeto básico definir, de forma detalhada, por meio de seus componentes essenciais, todas as características, dimensões, especificações e quantidades de serviços e materiais, além dos custos e prazos necessários para a realização da obra, com o intuito de minimizar a necessidade de alterações e ajustes durante a elaboração do projeto executivo e a execução das obras (Brasil, 2006a, p. 2).

Por sua vez, a Orientação Técnica nº 08/2020 do Ibraop dispõe que o projeto executivo é formado pelo projeto básico (de acordo com OT IBR 001/2006), complementado com os detalhes construtivos necessários para assegurar a correta instalação, montagem e execução dos serviços e obras. Deve ser elaborado em conformidade com as normas técnicas aplicáveis, sem modificar o projeto básico, incluindo seus quantitativos, orçamento e cronograma (Brasil, 2020a, p. 3).

No sentido dos conceitos expostos, a contratação integrada e a semi-integrada surgem como respostas à necessidade de otimizar e racionalizar a execução de obras e serviços de engenharia no setor público, considerando a complexidade e especificidade técnica que muitas dessas obras demandam. As regras desses regimes de execução estão definidas, principalmente, no art. 46 da Lei nº 14.133/2021 e buscam repartir responsabilidades de maneira mais eficiente entre a administração pública e as empresas contratadas, promovendo maior agilidade, inovação e qualidade na execução dos projetos.

Para Mariana Magalhães Avelar, as contratações integradas e as semi-integradas foram desenhadas para obras e serviços de grande vulto e alta complexidade, refletindo um aprendizado adquirido com o uso dos regimes anteriores, como o RDC e a Lei das Estatais. Esses regimes são aplicados a empreendimentos que enfrentam riscos e complexidades típicos de grandes projetos, exigindo que a administração pública apresente justificativas técnicas e econômicas sólidas para a escolha desses regimes de contratações (Avelar, 2022).

Avelar também acrescenta que, nos regimes de contratações integrada e semi-integrada, a estimativa de valor para obras e serviços de engenharia deve ser feita considerando o risco envolvido, conforme estabelecido no § 5º do art. 23 da Lei nº 14.133/2021. Além disso, a estimativa de preço, quando o anteprojeto permitir, pode ser baseada em um orçamento sintético, utilizando-se de metodologias expedidas ou paramétricas, e avaliações aproximadas, tomando como referência outras contratações similares para as partes do projeto que não estejam suficientemente detalhadas (Avelar, 2022).

Essas regras reforçam a necessidade de uma abordagem criteriosa na definição dos custos, especialmente em situações em que o nível de detalhamento do anteprojeto é limitado.

É crucial destacar que, no caso das contratações integrada e semi-integrada, a administração pública deve realizar, obrigatoriamente, a matriz de risco contendo as responsabilidades das partes, considerando a complexidade das obras e serviços que acompanham essas contratações, é o que dispõe o art. 22, § 3º, da Lei nº 14.133/2021:

Art. 22. O edital poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado, hipótese em que o cálculo do valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e com os riscos atribuídos ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pelo ente federativo.

§ 3º Quando a contratação se referir a obras e serviços de grande vulto ou forem adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada, o edital obrigatoriamente contemplará matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado.

Ademais, são regimes de execução licitados por preço global e “adotarão sistemática de medição e pagamento associada à execução de etapas do cronograma físico-financeiro vinculadas ao cumprimento de metas de resultado, vedada a adoção de sistemática de remuneração orientada por preços unitários ou referenciada pela execução de quantidades de itens unitários” (art. 46, § 9º, da Lei nº 14.133/2021). Isso significa que o pagamento será realizado com base na conclusão de etapas previamente estabelecidas, não sendo permitido o pagamento fracionado por unidades de trabalho ou materiais executados individualmente.

Importante ressaltar que a elaboração do projeto executivo é uma regra, sendo vedada a realização de obras e serviços de engenharia sem projeto executivo, exceto quando demonstrada a inexistência de prejuízos para aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados, vide art. 18, § 3º, da Lei nº 14.133/2021.

O parágrafo 4º da referida lei também estabelece que o edital e o contrato dos regimes de contratações integrada e semi-integrada deverão estabelecer as providências concernentes a desapropriação autorizada pela administração.

Feitas essas breves considerações sobre algumas das disposições trazidas pela NLLC a respeito dos regimes mencionados, passa-se à análise das características específicas de cada um deles.

3.2 Aspectos relevantes da contratação integrada

Como mencionado anteriormente, a contratação integrada é um regime de contratação indireta, no qual a contratada assume responsabilidade por todas as fases da execução da obra ou serviço, desde a elaboração do projeto básico até sua conclusão. Esse modelo de contratação é vantajoso quando a administração pública não possui capacidade técnica ou recursos suficientes para realizar estudos e desenvolver o projeto básico, ou quando a inovação e a complexidade do projeto exigem abordagem mais integrada e completa, que pode ser melhor conduzida por uma empresa especializada (Di Pietro, 2020, p. 740).

Segundo Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães, a contratação integrada é aplicável quando a administração pública pretende obter um empreendimento pronto, projetado e executado conforme necessidades do órgão licitante. Esse modelo é denominado internacionalmente como *design & build*, de modo que a contratada tem o dever de demonstrar resultados. Outro ponto relevante trazido pelos autores é que esse tipo de contratação é aplicável a obras e serviços complexos de engenharia, ou seja, quando a administração não pode determinar a melhor solução para a execução. Esperam-se da contratada *expertise*, criatividade, resultado e os melhores esforços para atingir o objeto contratado (Moreira; Guimarães, 2012, p. 201).

A NLLC não trouxe os requisitos para utilização desse regime. Contudo, pela essência desse tipo de contratação, entende-se que deverá ser utilizado “quando a obra ou o serviço de engenharia for de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica do objeto licitado ou puder ser executado com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado”, nos termos do art. 43, inciso VI, da Lei nº 13.303/2016.

Outrossim, nesse regime de contratação, deverá a administração disponibilizar o anteprojeto, que conterá os elementos necessários para elaboração do projeto básico. Os elementos essenciais do anteprojeto estão previstos no art. 6º, inciso XXIV, da nova lei de licitações.³

3 XXIV - anteprojeto: peça técnica com todos os subsídios necessários à elaboração do projeto básico, que deve conter, no mínimo, os seguintes elementos:

- a) demonstração e justificativa do programa de necessidades, avaliação de demanda do público-alvo, motivação técnico-econômico-social do empreendimento, visão global dos investimentos e definições relacionadas ao nível de serviço desejado;
- b) condições de solidez, de segurança e de durabilidade;
- c) prazo de entrega;
- d) estética do projeto arquitetônico, traçado geométrico e/ou projeto da área de influência, quando cabível;
- e) parâmetros de adequação ao interesse público, de economia na utilização, de facilidade na execução, de impacto ambiental e de acessibilidade;
- f) proposta de concepção da obra ou do serviço de engenharia;
- g) projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a concepção proposta;
- h) levantamento topográfico e cadastral;
- i) pareceres de sondagem;
- j) memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de forma a estabelecer padrões mínimos para a contratação;

Conforme já exposto, já que o anteprojeto poderá não conter todos os elementos para elaboração de um orçamento analítico, a legislação prevê a possibilidade de as obras serem orçadas com base em orçamento sintético ou em estimativas expeditas e paramétricas, realizadas tendo como referência valores praticados pelo mercado ou valores pagos pela administração pública em serviços e obras similares (art. 23, § 5º, da Lei nº 14.133/2021).

Por outro lado, caso o anteprojeto contenha alguma parte com um nível de detalhamento que viabilize a elaboração de um orçamento específico, não se deve adotar metodologia simplificada ou paramétrica, sendo necessário utilizar um orçamento detalhado (art. 23, § 5º, da Lei nº 14.133/2021). Nesse caso, deverão ser incluídos os “Benefícios e Despesas Indiretas” (BDI) de referência e os “Encargos Sociais” (ES) cabíveis, por meio da utilização de parâmetros definidos pelo art. 23, § 2º, da Lei nº 14.133/2021.

Como a contratada é responsável pela elaboração do projeto básico, cabe a ela, após a conclusão, submeter à administração para aprovação o conjunto de documentos técnicos, como desenhos, especificações, memoriais e o cronograma físico-financeiro (art. 46, § 3º, da Lei nº 14.133/2021).

O entendimento do Tribunal de Contas da União (TCU) na decisão proferida pelo ministro relator Benjamin Zymler no Acórdão 2291/2022 (Processo: 006.050/2022-0) define que a aprovação integral do projeto básico antes do início das obras é indispensável. A legislação não admite sua aprovação parcial para antecipar o início da execução de partes das obras, pois essa prática pode comprometer a qualidade e o cronograma do projeto. A aprovação completa previne problemas técnicos e garante a compatibilidade dos critérios de medição e pagamento. Além disso, assegura que todas as questões técnicas e controvérsias sejam resolvidas antes da mobilização das equipes e equipamentos, promovendo uma gestão mais eficiente e controlada do contrato.

Ante o exposto, é evidente que a essência da contratação integrada reside na escolha de empresa capaz de gerenciar quase todas as fases do objeto a ser contratado, desde a elaboração do projeto básico até a conclusão da obra ou serviço. Em contrapartida, na modalidade semi-integrada, a empresa assume apenas a responsabilidade pelo projeto executivo e pela execução da obra ou serviço de engenharia, com a alteração do projeto básico sendo uma excepcionalidade, dotada de critérios a serem observados.

3.3 Aspectos relevantes da contratação semi-integrada

Também, conforme já adiantado no tópico 3.1, na contratação semi-integrada, a contratada participará da elaboração do projeto executivo e da execução da obra ou serviços de engenharia.

Novamente, a NLLC não é clara sobre a hipótese em que a contratação semi-integrada será permitida, mas, se interpretado com atenção ao disposto na Lei nº 13.303/2016 chega-se à conclusão de que poderá ser utilizada “quando for possível definir previamente no projeto básico as quantidades dos serviços a serem posteriormente executados na fase contratual, em obra ou serviço de engenharia que possa ser executado com diferentes metodologias ou tecnologias”, nos termos do art. 43, inciso V.

Igualmente, nesse regime, o instrumento convocatório deve ser acompanhado de matriz de riscos, que é o instrumento capaz de definir as responsabilidades e as obrigações das partes na execução do contrato.

Segundo Irene Nohara, a contratação semi-integrada combina elementos das abordagens integradas e tradicionais, oferecendo uma flexibilidade que pode ser vantajosa para a administração pública. Nessa modalidade, a contratada é responsável pela elaboração e desenvolvimento do projeto executivo com base em um projeto básico já existente e aprovado no momento da licitação. No entanto, ao contrário

da contratação integrada, em que a contratada é responsável por todo o ciclo do projeto e da execução, a semi-integrada permite a adaptação do projeto básico, o que pode incorporar inovações tecnológicas e metodológicas (Nohara, 2021). Isto é, excepcionalmente, “quando verificada a possibilidade de aumento da qualidade, de redução do prazo de execução ou de facilidade de manutenção ou operação, a contratada poderá promover mudança na fração do projeto básico” (art. 46, § 5º, da Lei nº 14.133/2021).

Contudo, tal hipótese não é a regra desse tipo de contratação, senão, representaria a contratação integrada. Por isso, a modificação do projeto básico na contratação semi-integrada, além de necessitar da aprovação da administração, é vinculada à “superioridade das inovações propostas pelo contratado em termos de redução de custos, de aumento da qualidade, de redução do prazo de execução ou de facilidade de manutenção ou operação, assumindo o contratado a responsabilidade integral pelos riscos associados à alteração do projeto básico”, conforme previsto no art. 46, § 5º, da Lei nº 14.133/2021.

Nesse contexto, é relevante discutir a responsabilidade da contratada relacionada à escolha do projeto básico, nos casos de contratação integrada e, especialmente, na contratação semi-integrada.

4 INTERPRETAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL QUE TRATA DA ALOCAÇÃO DE RESPONSABILIDADES ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A CONTRATADA

Por certo, a responsabilidade só pode ser imputada àquele que, por ação ou omissão, deu causa a um dano que seja juridicamente atribuível a ele. É como conceitua Maria Helena Diniz:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma, praticado, por pessoa por quem ela responde, posa alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal. (Diniz, 2015, p. 35)

Essa definição sublinha a ideia de que a responsabilidade está intrinsecamente ligada à conduta da parte que executou, sendo necessário haver nexos de causalidade entre a ação ou omissão e o dano causado.

Tendo em vista o entendimento da responsabilidade civil, pela lógica, na contratação integrada, que implica a elaboração dos projetos básico e executivo, além da execução da obra ou serviço de engenharia, a responsabilidade por quaisquer consequências oriundas da solução proposta no projeto básico deverá ser atribuída à contratada, pois é ela a única responsável pela escolha da solução implementada.

Bockmann e Vernalha também reforçam que a contratação integrada envolve uma contratação de resultados. Vejamos:

A Administração não pretende, com a contratação integrada, adquirir a mera execução das prestações incumbidas ao contratado, segundo a lógica de que o exato cumprimento dos encargos (cumprimento dos meios) o exonera da responsabilidade pelo funcionamento eficiente do empreendimento (obtenção dos resultados). Diversamente – e como acima já desenvolvido –, este regime pressupõe o alcance de resultados. Isto significa que as ineficiências do projeto serão suportadas pelo próprio contratado, que assume a responsabilidade pelo funcionamento do empreendimento. Por isso, é de todo relevante que o contratado, sob este regime, perseguir a ótima concepção do projeto. (Bockmann; Vernalha, 2012, p. 210)

Nos entendimentos expostos, observa-se que a contratação integrada implica uma responsabilidade ampliada para a contratada, que, além de ser responsável pela execução da obra ou serviço, assume a elaboração dos projetos. Como já amplamente exposto, essa modalidade de contratação estabelece que eventuais problemas ou ineficiências no projeto básico são de inteira responsabilidade da con-

tratada, uma vez que ela é a única responsável pela definição e implementação das soluções. A administração pública, nesse modelo, não se contenta com a simples execução das atividades, mas exige a entrega de resultados que garantam o funcionamento adequado do empreendimento, transferindo à contratada os riscos e a responsabilidade pelo sucesso do projeto como um todo.

Conforme afirma o ministro Benjamin Zymler no Acórdão nº 831/2023 do TCU (Processo nº 040.777/2021-9), o risco relacionado à elaboração do projeto básico no regime de contratação integrada é completamente transferido ao particular, não sendo permitida a assinatura de aditivos devido a possíveis imprecisões ou lacunas no anteprojeto, conforme dispõe o art. 46, §3º, da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. A ver:

§ 3º Na contratação integrada, após a elaboração do projeto básico pelo contratado, o conjunto de desenhos, especificações, memoriais e cronograma físico-financeiro deverá ser submetido à aprovação da Administração, que avaliará sua adequação em relação aos parâmetros definidos no edital e conformidade com as normas técnicas, vedadas alterações que reduzam a qualidade ou a vida útil do empreendimento e mantida a responsabilidade integral do contratado pelos riscos associados ao projeto básico.

Isto é, nesse regime de contratação, são repassados à contratada os riscos relacionados à ineficiência no funcionamento da obra ou do empreendimento, incluindo, de maneira especial, aqueles provenientes de falhas nos projetos.

Nas palavras de Mânica e Loures, é fundamental considerar as características específicas do modelo de contratação integrada, como:

(i) a concentração de responsabilidades no particular, o que é crucial devido às dificuldades na atribuição de responsabilidades por erros no projeto nas obras públicas; (ii) a obrigação do contratado de arcar com custos adicionais resultantes do projeto ou do planejamento inadequado da execução; (iii) o aumento do custo da contratação em razão dos riscos assumidos pelo particular; (iv) a perda de controle sobre os detalhes da execução devido à delegação do design ao particular; e (v) o risco de “design down”, dado que, se o projeto for elaborado pela empresa, há a possibilidade de desafios adicionais. (Mânica; Loures, 2019)

Mânica e Loures destacam pontos cruciais do modelo de contratação integrada, evidenciando tanto suas vantagens quanto seus desafios. Primeiro, a concentração de responsabilidades no particular é um aspecto positivo, pois reduz a fragmentação na atribuição de culpas em caso de falhas no projeto. No entanto, essa concentração também traz o ônus de a contratada arcar com custos extras decorrentes de falhas no planejamento (Mânica; Loures, 2019).

Assim, o regime de contratação integrada assegura que a contratada não só desenvolva um projeto adequado, mas também assuma as consequências de eventuais deficiências ou ineficiências do projeto básico.

Já na contratação semi-integrada, os riscos relacionados a eventos supervenientes só devem ser suportados pela contratada se esta houver promovido alteração substancial no projeto básico. Por certo, não pode a contratada ser responsabilizada por algo que não fez. Não é razoável lhe atribuir riscos relacionados a falhas associadas a um projeto básico que não executou. Essa abordagem promove uma gestão mais justa e eficaz dos contratos públicos, garantindo que a responsabilidade civil seja atribuída de acordo com a atuação de cada parte envolvida no contrato.

Contudo, o artigo 22, § 4º, da NLLC não esclarece adequadamente essa conclusão lógica. Da leitura do artigo supracitado, inserido no capítulo destinado à matriz de risco, vislumbra-se que o legislador determinou que “nas contratações integradas ou semi-integradas, os riscos decorrentes de fatos super-

venientes à contratação associados à escolha da solução de projeto básico pela contratada deverão ser alocados como de sua responsabilidade na matriz de riscos”.

À primeira vista, pode-se interpretar que os riscos resultantes de eventos ocorridos após a contratação e relacionados à escolha das soluções do projeto básico devem ser atribuídos à responsabilidade da contratada na matriz de riscos. Ou seja, independentemente se o projeto básico foi executado pela contratada (contratação integrada) ou pela administração pública (contratação semi-integrada), os riscos da escolha da solução do projeto básico seriam da contratada.

No entanto, a responsabilidade associada à escolha do projeto básico só pode ser da contratada quando ela promover alterações no projeto básico. Como já exposto, na contratação semi-integrada, o projeto básico é desenvolvido e aprovado pela administração pública, sendo utilizado pela contratada como forma de subsidiar a elaboração do projeto executivo. *A responsabilidade, portanto, deve estar vinculada à parte que efetivamente executa a tarefa.*

Dessa forma, atribuir a responsabilidade integral pelo projeto básico à contratada, em uma contratação semi-integrada, contraria a própria lógica da alocação de responsabilidades. Como a execução do projeto básico é de responsabilidade da administração pública, é ela quem deve ser responsabilizada por eventuais falhas ou deficiências que surjam dessa etapa, pois evidente o nexo causal entre a ação e o resultado.

A contratada, ao desenvolver o projeto executivo (contratação semi-integrada), deve responder apenas pelas modificações que eventualmente venha a implementar no projeto básico ou por qualquer inadequação decorrente de sua execução, conforme já esclarecido anteriormente.

Nesse sentido, valoroso citar o autor Carlos Maximiliano, o qual afirma que “deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá a ter conclusões inconsistentes ou impossíveis” (Maximiliano, 1979, p. 166). Essa afirmação sublinha a necessidade de uma interpretação sistemática das normas, de modo que cada dispositivo legal seja compreendido em harmonia com os demais, evitando-se contradições e distorções.

Desse modo, o art. 22, § 4º, da Lei nº 14.133/2021 deve ser interpretado em conjunto com seu art. 46, § 5º, o qual dispõe:

Na contratação semi-integrada, mediante prévia autorização da Administração, o projeto básico poderá ser alterado, desde que demonstrada a superioridade das inovações propostas pelo contratado em termos de redução de custos, de aumento da qualidade, de redução do prazo de execução ou de facilidade de manutenção ou operação, assumindo o contratado a responsabilidade integral pelos riscos associados à alteração do projeto básico.

Vislumbra-se do artigo supracitado que a contratada assume apenas os riscos integrais associados à alteração que fizer no projeto básico.

Quando o referido artigo é considerado em conjunto com o art. 22, § 4º, fica claro que a responsabilidade integral pelos riscos do projeto básico só é transferida à contratada se esta introduzir modificações no projeto original que ofereçam vantagens significativas. Também é cabível o entendimento de que alterações realizadas pela contratada sem o consentimento da administração pública levarão a sua responsabilização, ou seja, a sua responsabilidade se dá a partir do momento em que há alterações.

Essa interpretação também foi destacada pelo doutrinador Marçal Justen Filho em sua obra de comentários à NLLC, em que ele aponta que o § 4º está inadequadamente posicionado na estrutura legislativa. Ao seu ver, esse parágrafo deveria estar inserido no art. 46, uma vez que trata da responsabilidade da

contratada por riscos relacionados à escolha de soluções previstas no projeto básico. Tal disposição é claramente aplicável em contratações integradas, mas perde coerência quando se trata de contratações semi-integradas.

O § 4. encontra-se totalmente deslocado na sistemática legislativa. Trata-se de dispositivo que deveria constar do art. 46, que dispõe especificamente sobre essas modalidades de contratação.

O dispositivo determina que os riscos relacionados a eventos associados à escolha de solução constante de projeto básico pelo contratado devem ser por ele arcados. Essa regra é óbvia no tocante às contratações integradas e despropositada quanto às contratações semi-integradas.

Assim se passa porque incumbe ao particular elaborar o projeto básico nas contratações integradas. Logo, incumbe a ele arcar com eventos supervenientes vinculados às soluções específicas concebidas no bojo do projeto básico. Nas contratações semi-integradas, o projeto básico é elaborado pela Administração, cabendo ao particular elaborar o projeto executivo. Logo, não é cabível atribuir ao contratado os riscos pertinentes às soluções adotadas pela Administração relativamente ao projeto básico. A questão se encontra disciplinada de modo mais adequado no art. 46, § 5.9, que impõe ao contratado, em contratações semi-integradas, a responsabilidade por eventos relacionados a alterações por ele introduzidas relativamente ao projeto básico. (Justen Filho, 2022, p. 378)

Depreende-se que o posicionamento do doutrinador supracitado está alinhado com o estudo proposto. É necessário que o art. 22, § 4º, seja interpretado em conjunto com o art. 46, § 5º, da Lei nº 14.133/2021. Na contratação semi-integrada, cuja elaboração do projeto básico é de responsabilidade da administração pública, a responsabilidade por falhas ou riscos relacionados a esse projeto não pode ser atribuída à contratada, a menos que esta realize alterações significativas no projeto com o consentimento da administração, conforme previsto no art. 46, § 5º. Ao atribuir tais riscos ao particular em contratações semi-integradas, a legislação acaba por criar uma incoerência, visto que a responsabilidade pelo projeto básico deveria permanecer com a administração pública, que o concebeu.

Antônio Cecílio Moreira Pires e Aniello Parziale também apontam que o § 4º do art. 22 contém uma contradição em relação à distribuição de riscos para a iniciativa privada. Novamente, no contexto da contratação integrada, em que a elaboração do projeto básico é responsabilidade da contratada, é evidente que os riscos devem ser atribuídos a ele. Por outro lado, no modelo de contratação semi-integrada, a responsabilidade pela criação do projeto básico recai sobre a administração pública, o que significa que não há fundamento para transferir os riscos desse processo à empresa contratada. A ver:

Finalmente, o § 4º dispõe que, nas contratações integradas ou semi-integradas, os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução de projeto básico pelo contratado deverão ser alocados como de sua responsabilidade na matriz de riscos. Note-se que o comando legal em exame é contraditório naquilo que diz respeito à alocação dos riscos para a iniciativa privada. Ora, em se tratando de contratação integrada, em que a elaboração do projeto básico é atribuída ao contratado, é certo que os riscos a ele devem ser atribuídos, contrariando *sensu*, no caso de contratação semi-integrada, a responsabilidade pela elaboração do projeto básico é da Administração e, portanto, inexistente justificativa para que os riscos desse evento sejam atribuídos ao contratado. (Pires; Parziale, 2022, p. 192-193)

Assim, não havendo alteração no projeto básico, a responsabilidade pela elaboração do projeto básico na contratação semi-integrada permanece com a administração pública, uma vez que ela é a responsável por sua concepção. A interpretação do ordenamento jurídico deve, portanto, ser feita de maneira integrada, de modo que os art. 22, § 4º, e 46, § 5º, da Nova Lei de Licitações e Contratos sejam analisados conjuntamente, a fim de evitar distorções.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A promulgação da Lei nº 14.133/2021 trouxe avanços significativos na legislação de contratações públicas, especialmente ao estabelecer os modelos de contratações integrada e semi-integrada. Esses modelos foram incorporados para aprimorar a eficiência e a gestão dos contratos administrativos.

A contratação integrada, conforme previsto na Lei nº 14.133/2021, transfere para a empresa contratada a responsabilidade total pela elaboração tanto do projeto básico quanto do projeto executivo, bem como pela execução do objeto contratado. Esse modelo se justifica, por exemplo, nos casos em que a administração pública carece de capacidade técnica para a elaboração de um projeto detalhado ou quando a natureza do empreendimento exige soluções inovadoras e tecnicamente complexas. Nessa modalidade, a empresa contratada assume o risco e a responsabilidade por todas as etapas do projeto, desde a concepção até a entrega final, de forma a garantir a eficiência, a inovação e o cumprimento dos prazos e custos estabelecidos no contrato.

A contratação semi-integrada, por outro lado, apresenta um regime mais equilibrado, no qual a administração pública mantém sob sua responsabilidade a elaboração do projeto básico, enquanto a empresa contratada assume a responsabilidade pela elaboração do projeto executivo e pela execução da obra ou serviço. Esse modelo busca aproveitar a *expertise* técnica das empresas contratadas na fase executiva, sem, contudo, eximir a administração de suas responsabilidades quanto à fase de planejamento. Assim, qualquer falha ou deficiência no projeto básico, em princípio, continua sendo de responsabilidade da administração, exceto quando a empresa contratada introduz alterações substanciais que possam alterar significativamente os resultados ou o escopo do projeto.

O § 4º do art. 22 da Lei nº 14.133/2021, o qual dispõe que, “nas contratações integradas ou semi-integradas, os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução de projeto básico pela contratada deverão ser alocados como de sua responsabilidade na matriz de riscos”, estabelece uma divisão de responsabilidades que deve ser interpretada com cautela. Embora esse dispositivo possa, à primeira vista, sugerir que a empresa contratada assume todos os riscos pelo projeto básico, independentemente do regime de contratação adotado, uma análise mais aprofundada revela outro sentido. Na contratação semi-integrada, a transferência do risco somente ocorre se a contratada fizer alterações substanciais no projeto básico, o que implica uma correlação direta entre o grau de modificação realizado e a extensão da responsabilidade assumida pela contratada.

Desse modo, a análise da NLLC revela a necessidade de uma interpretação conjunta de seus dispositivos, especialmente dos artigos que tratam das contratações integrada e semi-integrada. Essa interpretação é crucial para compreender a distribuição de responsabilidades entre a administração pública e as empresas contratadas. O § 4º do art. 22 estabelece a responsabilidade da empresa contratada em relação ao projeto básico, mas sua aplicação não pode ser isolada. É necessário considerar, em conjunto, o art. 46, § 5º, o qual reforça que a responsabilidade pela qualidade do projeto básico só será transferida à contratada quando houver feito alterações substanciais. A interdependência entre esses artigos assegura que as responsabilidades sejam atribuídas de maneira justa e proporcional, respeitando a função de cada parte no contrato.

A interpretação do § 4º do art. 22 da Lei nº 14.133/2021 deve, portanto, ser feita com cautela. Em uma leitura isolada, pode-se concluir que a responsabilidade pelos riscos decorrentes da escolha da solução do projeto básico é inteiramente atribuída à contratada em ambos os regimes de contratações. No entanto, ao considerar a lógica da contratação semi-integrada e o disposto no art. 46, § 5º, da mesma lei, é

evidente que a responsabilidade integral pelos riscos do projeto básico só é transferida à contratada se houver alterações substanciais autorizadas ou não pela administração pública.

REFERÊNCIAS

AVELAR. Mariana Magalhães. Perspectivas para a contratação integrada e semi-integrada na futura lei de licitações: o que podemos aprender com os erros do passado? **Observatório da Nova Lei de Licitações**, A origem da NLL, 5 maio 2022. Disponível em: https://www.novaleilicitacao.com.br/2021/01/14/perspectivas-para-a-contratacao-integrada-e-semi-integrada-na-futura-lei-de-licitacoes-o-que-podemos-aprender-com-os-erros-do-passado/#_ftn7. Acesso em: 2 abr. 2024.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas - Ibraop. **Orientação Técnica OT - IBR 001/2006** – Projeto Básico, 2006.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas - Ibraop. **Orientação Técnica OT - IBR 008/2020** – Projeto Executivo, 2020.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37 inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, seção 1, p. 8269, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 6 mar. 2024.

BRASIL. Decreto nº 2.745, de 24 de agosto de 1998. Aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS previsto no art. 67 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. **Diário Oficial da União**, Brasília, seção 1, p. 4, 25 ago. 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2745.htm?origin=instituicao. Acesso em: 6 mar. 2024.

BRASIL. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. **Diário Oficial da União**, Brasília, seção 1, edição extra, p. 1, 5 ago. 2011. Disponível em: https://planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462compilado.htm. Acesso em: 6 mar. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. **Diário Oficial da União**, Brasília, seção 1, p. 4, 1 ago. 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 6 mar. 2024.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**, Brasília, seção 1, edição extra - F -, p. 1, 1 abr. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 06 mar. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2291/2022**. Plenário. Relator: Benjamin Zymler. Processo: 006.050/2022-0. Relatório de Auditoria (RA). Data da sessão: 19 out. 2022. Número da ata: 40/2022 - Plenário. Interessado/Responsável/Recorrente: Congresso Nacional; Consórcio BR-235/BA. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/Ac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%25202.291%252F2022/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%-2520desc/1>. Acesso em: 19 set. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU**. 4.4.1.3. Contratação Integrada. Disponível em: https://licitacoescontratos.tcu.gov.br/4-4-1-3-contratacao-integrada/#_ftn4. Acesso em: 13 set. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 831, de 2023**. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Processo nº 040.777/2021-9. Acompanhamento. Data da sessão: 3 maio 2023. Ata nº 17/2023. Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero). Informativo de Licitações e Contratos, nº 459, 2023.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. VII.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MÂNICA, Fernando Borges; LOURES, Gustavo Miranda. Colaboração privada na estruturação de obras públicas: a evolução dos regimes de empreitadas e a matriz de riscos. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 14, n. 2, e31900, maio. /ago. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369431900>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/31900>. Acesso em: 13 set. 2024.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2023.

MAXIMILIANO, Calor. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

NOHARA, Irene. Contratação integrada e semi-integrada na nova lei de licitações. **Direito Administrativo**, 14 ago. 2021. Disponível em: <https://direitoadm.com.br/contratacao-integrada/>. Acesso em: 2 abr. 2024.

PIRES, Antonio Cecílio M.; PARZIALE, Aniello. **Comentários à Nova Lei de Licitações Públicas e Contratos Administrativos**: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. São Paulo: Almedina Brasil, 2022. *e-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786556274416/>. Acesso em: 9 out. 2024.

PRESCRIÇÃO E VIOLAÇÃO DA COISA JULGADA: A PRESERVAÇÃO DA COMPETÊNCIA CORRETIVA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E DE CLÁUSULA PÉTREA CONSTITUCIONAL

STATUTE OF LIMITATIONS AND VIOLATION OF RES JUDICATA: THE PRESERVATION OF THE CORRECTIVE COMPETENCE OF THE COURTS OF AUDITORS AND OF THE CONSTITUTIONAL UNAMENDABLE CLAUSE



Licurgo Mourão

Pós-doutorando e Doutor em Direito da Universidade de São Paulo (USP). Conselheiro substituto do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCEMG). Extensões na Hong Kong University; California Western School of Law; Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne; The George Washington University.

Ariane Sherman

Doutora em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito Administrativo pela UFMG. Professora. Assessora de Conselheiro no TCEMG. Advogada.

Sumário: 1. Introdução; 2. Da autonomia constitucional das funções punitiva e corretiva do Tribunal de Contas e da necessidade de sua preservação; 3. Coisa julgada, segurança jurídica e Tribunal de Contas; 4. Considerações finais; Referências.

Resumo: O presente artigo perscruta o *status* constitucional do Tribunal de Contas e suas competências que advêm diretamente da Constituição da República de 1988. O órgão auxiliar de controle externo, cuja titularidade pertence ao Poder Legislativo, exercita prerrogativas (deveres-poderes) que visam propiciar o melhor desempenho de suas competências constitucionais. Tais competências costumam ser agrupadas em funções autônomas, dando-se destaque, neste estudo, às funções punitiva e corretiva, cujo alcance não pode ser restringido por lei ou pelo intérprete, redundando em seu cerceamento, sem ofender as funções constitucionais da corte de contas. Raciocínio análogo se aplica às decisões definitivas do Tribunal de Contas, revestidas pelo manto da coisa julgada (administrativa), em prol da segurança jurídica. Dessa forma, de acordo com a legislação e a jurisprudência, o trânsito em julgado faz precluir qualquer tentativa de rediscutir matéria que já tenha sido objeto de deliberação, com teor de definitividade, revestindo-se da qualidade de coisa julgada.

Abstract: This article examines the constitutional status of the Court of Auditors and its powers, which derive directly from the 1988 Constitution of the Republic. The auxiliary external control body, whose ownership belongs to the Legislative Branch, exercises prerogatives (duties-powers) that aim to provide the best performance of its constitutional powers. Such powers are usually grouped into autonomous functions, with emphasis in this study on the punitive and corrective functions, whose scope cannot be restricted by law or by the interpreter, resulting in their curtailment, without violating the constitutional functions of the Court of Auditors. Similar reasoning applies to the final decisions of the Court of Auditors, covered by the mantle of *res judicata* (administrative), in favor of legal certainty. Thus, according to legislation and case law, the *res judicata* precludes any attempt to re-discuss a matter that has already been the subject of deliberation, with a definitive content, assuming the quality of *res judicata*.

Palavras-chave: Tribunal de Contas; função corretiva; coisa julgada.

Keywords: Court of Auditors; corrective function; *res judicata*.

1 INTRODUÇÃO

É de conhecimento geral o *status* constitucional do Tribunal de Contas e de suas competências, hau-ridas diretamente da Constituição da República. Como defende o eminente ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres Britto, as atribuições do Tribunal de Contas são prerrogativas e, como tais, “[...] implicam o desfrute de condições especialmente propiciadoras do melhor desempenho possível das competências que a ele [...] foram constitucionalmente adjudicadas”¹

É, portanto, inconstitucional que membros do Tribunal de Contas estabeleçam exegeses que redundem no esvaziamento de suas próprias competências, que vêm atreladas a uma série de prerrogativas desti-nadas à melhor execução de seu mister constitucional, notadamente, quando seu exercício impede que ilegalidades já cometidas sejam cessadas, sob pena de permanência do estado irregular. Mais uma vez, nas palavras do ministro Carlos Ayres Britto, *in verbis*: “[...] os Tribunais de Contas se assumem como órgãos impeditivos do desgoverno e da desadministração”²

No mesmo sentido é a lição de Eduardo Bim quanto ao *status* constitucional das cortes de contas, ao destacar, na esteira do que foi anteriormente exposto, que, *in verbis*:

[...] a natureza de sua função não se equipara à de um simples órgão judicante administra-tivo, [...]. Seus poderes haurem força da Constituição, tendo a lei ordinária papel secundário na estruturação desses órgãos constitucionalmente autônomos que são as cortes de contas.³

Considerando-se a relevância constitucional do Tribunal de Contas e de suas competências, sobressai a necessidade de reafirmar a vigência e plena força normativa de seus deveres-poderes, inculpidos no art. 71 da Constituição da República, em face de interpretações que pretendem restringir o alcance de disposições constitucionais proeminentes.

Destacam-se, assim, duas problemáticas envolvendo o exercício do mister constitucional da Corte de Contas: a primeira delas tem a ver com o significado e o alcance das funções punitiva e corretiva do Tribunal de Contas, que perfazem objetivos distintos e não podem ser confundidas, pois autônomas.

Entende-se que não se pode pretender, a pretexto do reconhecimento da prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória, limitar a competência do Tribunal de Contas para expedir determinações aos responsáveis visando ao saneamento de irregularidades permanentes, uma vez que tal competência consubstancia função corretiva autônoma e de assento constitucional, presente no inciso IX do art. 71 da CR/88. Argumenta-se, nesse sentido, que, enquanto a pretensão punitiva se volta a fatos puníveis passados, a pretensão corretiva se projeta para o futuro e recai sobre ilegalidades permanentes que devem ser cessadas, inclusive em prol da preservação das próprias competências constitucionais do órgão de controle externo.

O segundo problema também emerge de interpretação que se reputa desconforme com o ordenamen-to jurídico-constitucional, por ferir a segurança jurídica: não se pode relativizar a integridade das deci-sões de caráter definitivo proferidas pelo Tribunal de Contas, as quais se revestem do manto da coisa julgada (administrativa), com fulcro no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República de 1988.

1 BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. **Fórum**, 21 set. 2018. Disponível em: <https://editoraforum.com.br/noticias/o-regime-constitucional-dos-tribunais-de-contas-ayres-britto/>. Acesso em: 21 maio 2024.

2 *Ibidem*, grifos nossos.

3 BRIM, Eduardo Fortunato. O Poder Geral de Cautela dos Tribunais de Contas nas Licitações e nos Contratos Administrativos. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 8, n. 36, mar. / abr. 2006. Grifos nossos.

Afinal, como é basilar na processualística, matéria de defesa não arguida no momento processual oportuno, salvo as exceções legais, não deve servir de fundamento para rediscutir deliberação tornada definitiva pelo transcorrer do tempo e/ou pelo esgotamento dos recursos.

Diante do quadro narrado, o presente artigo busca examinar, com base em autorizadas doutrina, jurisprudência e legislação, as competências constitucionais intransferíveis do Tribunal de Contas, sobretudo do diante de possíveis tentativas de restringi-las face a exegeses heterodoxas do direito público.

2 DA AUTONOMIA CONSTITUCIONAL DAS FUNÇÕES PUNITIVA E CORRETIVA DO TRIBUNAL DE CONTAS E DA NECESSIDADE DE SUA PRESERVAÇÃO

O núcleo das competências dos tribunais de contas consta do art. 71 da Constituição da República de 1988. Entre tais competências, destaca-se aquela elencada no inciso IX do sobredito art. 71, conforme o qual cumpre à Corte de Contas, *in verbis*: “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade”.

Tem-se, no caso, a *função corretiva, de natureza autônoma* em relação às demais atribuições da Corte de Contas e que, conforme o art. 71 da Constituição de 1988, constitui-se na “fixação de prazo para que o órgão ou entidade na qual se verificou a ilegalidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei e na eventual sustação do ato impugnado, quando não atendida a determinação exarada”.⁴ Dela decorre pretensão de mesma nomenclatura.

A doutrina corrobora o entendimento de que existem diferentes funções a cargo dos tribunais de contas, claramente apartando a função punitiva (ou sancionadora) da função corretiva. Veja-se, nesse sentido, *in verbis*:

[...] a literatura especializada agrupa as competências das cortes de controle externo brasileiras – especialmente as previstas nos arts. 31, §§1º e 2º, 33, §2º, 71, incisos I a XI e §§1º e 2º, 72, §2º, 74, §§1º e 2º, 75 e 167-A, §6º, da CRFB/1988 – em funções. Aqui, com adaptação às lições de José Maurício Conti, *adota-se uma classificação em dez funções*, a saber: fiscalizadora, judicante, sancionadora, reintegradora, consultiva, informativa, corretiva, normativa, [de] ouvidoria e administrativa. *Embora tais funções muitas vezes se desenvolvam em conjunto, não há conexão obrigatória entre elas. Ao contrário, como estão previstas em dispositivos constitucionais específicos, elas são independentes umas das outras.*⁵

Já se expôs que a função sancionadora está prevista no inciso VIII do art. 71 da Constituição de 1988, que estabelece a competência dos tribunais de contas para aplicar sanções nos casos de ilegalidade de despesa ou de irregularidade de contas.

A pretensão punitiva do Tribunal de Contas decorre de sua função sancionadora e, entre as diversas penalidades que podem ser impostas pelas cortes de contas, estão a multa, a declaração de inidoneidade e a inabilitação para o exercício de cargo ou função de confiança na administração pública. A aplicação de multa, ressalte-se, está sujeita ao prazo prescricional de cinco anos,⁶ por absoluta previsão legal, não sendo lícito estender seus efeitos às demais pretensões, posto que autônomas.

4 CONTI, José Maurício. **Direito financeiro na Constituição de 1988**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 25.

5 MOUTINHO, Donato Volkens. Os tribunais de contas e a responsabilização financeira dos governantes: aplicação de multa e imputação de débito a presidentes da República, governadores e prefeitos. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 22, n. 254, p. 13-34, abr. 2022. Grifos nossos.

6 MOURÃO, Licurgo; MEGALI NETO, Almir; SHERMAM, Ariane; RESENDE, Mariana Bueno; PIANCASTELLI, Sílvia Motta. **Controle democrático da administração pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 188. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L1504>. Acesso em: 11 jun. 2024.

A função corretiva, a seu turno, emerge quando o Tribunal de Contas assina prazo para que o órgão ou entidade adote providências necessárias ao exato cumprimento da lei e quando susta, caso não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão ao Poder Legislativo. A função corretiva das cortes de contas tem fundamento nos incisos IX e X do art. 71 da Constituição de 1988.

A função corretiva possui natureza mandatória – diferindo-se, nesse ponto, da mera expedição de recomendação –, uma vez que o jurisdicionado deve cumpri-la, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se a multa específica pelo descumprimento.⁷ Justamente por isso, “quem recomenda não exerce função corretiva”.⁸

A propósito da diferença entre a determinação de correções e a expedição de recomendações, o Tribunal de Contas da União (TCU) editou a Resolução nº 315, de 22 de abril de 2020, que, ao regulamentar o disposto no inciso IX do art. 71 da Constituição de 1988, previu que determinação é, *in verbis*:

[A] deliberação de natureza mandamental que impõe ao destinatário a adoção, em prazo fixado, de providências concretas e imediatas com a finalidade de prevenir, corrigir irregularidade, remover seus efeitos ou abster-se de executar atos irregulares; [...]⁹

A partir do que dispõe o sobredito ato normativo do TCU, fica patente a distinção entre a função corretiva, traduzida no dever-poder de determinar correções, e a função meramente opinativa, relacionada à competência para proferir recomendações, sendo esta última conceituada na Resolução TCU nº 315/2022. A recomendação é destituída de natureza coercitiva, como se vê abaixo:

Art. 2º Para efeito desta resolução, considera-se:

[...]

III – recomendação: deliberação de natureza colaborativa que apresenta ao destinatário oportunidades de melhoria, com a finalidade de contribuir para o aperfeiçoamento da gestão ou dos programas de governo.¹⁰

Já se teve a oportunidade de examinar as diversas competências das cortes de contas, *in verbis*: “Nos arts. 70 e 71 da Constituição da República de 1988 encontram-se *as competências e atribuições dos Tribunais de Contas, que não podem ser reduzidas ou ampliadas pelo legislador infraconstitucional* [...]”. Ora, se as competências dos tribunais de contas não podem ser cerceadas pelo legislador, *muito menos podem ser cerceadas pelos intérpretes da lei*, em exegeses contrárias às próprias prerrogativas institucionais insersas no texto constitucional.

Reitera-se que a função corretiva é mandatória e vinculante¹¹ ao jurisdicionado, *sob pena de sanção futura pela desobediência*.¹² “De nada adiantaria mover toda a máquina do controle estatal, ainda mais

7 Em sentido semelhante, segundo abalizada doutrina: “[...] a função corretiva consiste na emissão de determinação para cumprimento da lei, devendo ser observado o art. 20 do Decreto-lei nº 4.657/1942 (Lindb); [...]”. In: MOTTA, Fabrício; GODINHO, Heloísa Helena. Processo de modernização e novas funções dos Tribunais de Contas. **Conjur**, 4 ago. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-ago-04/interesse-publico-processo-modernizacao-novas-funcoes-tribunais-contas/>. Acesso em: 28 jun. 2024.

8 MOURÃO, Licurgo; MEGALI NETO, Almir; SHERMAM, Ariane; RESENDE, Mariana Bueno; PIANCASTELLI, Sílvia Motta. **Controle democrático da administração pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 183. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L1504>. Acesso em: 11 jun. 2024.

9 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Resolução nº 315**, de 22 de abril de 2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/norma/*?COPIATIPONORMA:%28Resolu%C3%A7%C3%A3o%29%20COPIAORIGEM:%28TCU%29%20NUMNORMA:315%20ANONORMA:2020/DATANORMAORDENACAO%20desc/0. Acesso em: 28 jun. 2024. Grifos nossos.

10 *Ibidem*.

11 A propósito, vê-se na doutrina que: “Essa ordem dada pela corte de contas ao órgão controlado assume caráter mandamental ultrapassando a simples recomendação e não caracterizando uma desconstituição em um primeiro momento” In: BRIM, Eduardo Fortunato. O Poder Geral de Cautela dos Tribunais de Contas nas Licitações e nos Contratos Administrativos. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 8, n. 36, mar. /abr. 2006.

12 MOURÃO, Licurgo; MEGALI NETO, Almir; SHERMAM, Ariane; RESENDE, Mariana Bueno; PIANCASTELLI, Sílvia Motta. **Controle democrático da administração pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 183-184. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L1504>. Acesso em: 11 jun. 2024. Grifos nossos.

quando provocada pelo cidadão, caso, diante da inação por razões de ordem política, nada pudesse ser feito”,¹³ *in verbis*:

[...] *quem recomenda não exerce função corretiva, posto que tal função não depende da vontade do administrador, sendo, portanto, mandatória e vinculante ao jurisdicionado, sob pena de sanção pela desobediência, como de resto previsto em várias leis orgânicas, a exemplo da Lei Orgânica do TCU – Lei nº 8.443/1992, segundo a qual ficará sujeito a pena de multa aquele que deixar de dar cumprimento à decisão do Tribunal, salvo motivo justificado (art. 58, §1º).*¹⁴

Desde os idos de 2009, fixou-se em doutrina a existência das diferentes pretensões (corretiva, punitiva e ressarcitória)¹⁵ exercitadas no âmbito da Corte de Contas, antes mesmo da positivação na lei estadual mineira da possibilidade da prescrição da pretensão punitiva (Lei Complementar nº 120/2011). Quer-se destacar, com isso, a autonomia das pretensões, no sentido de que emanam de fatos geradores distintos. Tal constatação é, inclusive, corroborada pela Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Lei Complementar nº 102/2008, que, em seu art. 85, prevê a *multa aos responsáveis por irregularidades (inciso II)* e a *multa pelo descumprimento de despacho, decisão ou diligência do relator ou do Tribunal (inciso III)*. Vê-se, portanto, que se trata de sanções pecuniárias geradas por fatos distintos, dando azo a pretensões de naturezas distintas, respectivamente: sancionadora e corretiva.

No âmbito federal, a autonomia das pretensões punitiva e corretiva é reconhecida pelo art. 12 da Resolução nº 344/2022, que disciplina a prescrição no âmbito do Tribunal de Contas da União, nos seguintes termos, *in verbis*:

Art. 12. *O reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva e da pretensão ressarcitória, a despeito de obstar a imposição de sanção e de reparação do dano, não impede o julgamento das contas, a adoção de determinações, recomendações ou outras providências motivadas por esses fatos, destinadas a reorientar a atuação administrativa.*¹⁶

A propósito do tema, veja-se recente enunciado colhido da jurisprudência do TCU, conforme pesquisa no sítio eletrônico do referido órgão, *in verbis*:

*A prescrição regulada pela Resolução TCU 344/2022 não incide sobre determinação do Tribunal que assina prazo para órgão ou entidade jurisdicionada adotar medidas corretivas para o exato cumprimento da lei, uma vez que tais determinações possuem conteúdo mandamental, não configurando pretensão ressarcitória ou sancionatória direta (art. 12 da Resolução TCU 344/2020).*¹⁷

Pode-se dizer que o enunciado reproduzido acima reflete a jurisprudência consolidada da Corte de Contas federal, que, já nos idos de 2014, ao diferenciar a determinação corretiva da punição, entendeu que, *in verbis*:

Não configura afronta ao princípio da proibição da reforma da decisão em prejuízo do recorrente (non reformatio in pejus) a expedição de determinações corretivas em sede de julga-

13 *Ibidem*, p. 183-184.

14 *Ibidem*, grifos nossos.

15 MOURÃO, Licurgo. Prescrição e decadência: emanções do princípio da segurança jurídica nos processos sob a jurisdição dos Tribunais de Contas. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 102, p. 7-25, ago. 2009.

16 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Resolução nº 344**, de 11 de outubro de 2022. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/EE/66/BC/12/F02F3810B4FE0FF7E18818A8/Resolucao-TCU-344-2022_prescricao_punitiva_e_ressarcimento.pdf. Acesso em 28 jun. 2024. Grifos nossos.

17 Enunciado formulado com base no Acórdão 2136/2023-Plenário do TCU, cuja referência completa é: BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2136/2023 - Plenário**. Rel. Min. Benjamin Zymler. Data da sessão: 18/10/2023. Grifos nossos.

mento de recurso, pois tal medida não caracteriza sanção nem situação mais desfavorável ao recorrente.¹⁸

Em sentido semelhante ao da normatização e da jurisprudência federais, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo (Lei Complementar nº 621/2012) prevê a autonomia existente entre as pretensões de punir e de corrigir, *in verbis*:

Art. 71. *Prescreve em cinco anos a pretensão punitiva do Tribunal de Contas nos feitos a seu cargo. [...]*

§5º *A prescrição da pretensão punitiva não impede a atuação fiscalizadora do Tribunal de Contas para a verificação da ocorrência de prejuízo ao erário, nem obsta a adoção de medidas corretivas.*¹⁹

A norma do estado do Espírito Santo, acima reproduzida, é similar, em parte, à normatização encontrada no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul, que, em seu regimento interno, alterado pela Resolução nº 188/2023, dispõe sobre os efeitos do reconhecimento da prescrição.²⁰ No mesmo sentido, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco – Lei nº 12.600/2004 –, com as alterações promovidas pela Lei nº 18.527/2024.²¹

Por sua vez, em São Paulo, a Deliberação SEI nº 0018205/2023-46, do Tribunal de Contas do estado, prevê que as imposições de providências destinadas a orientar e corrigir a atuação administrativa não são fulminadas pela prescrição.²²

Em pesquisa realizada em todos os tribunais de contas do país, a partir das previsões de suas leis orgânicas, regimentos internos ou outros regulamentos de natureza infralegal, verificou-se que ao menos 17 das 33 cortes de contas possuem previsões, se não idênticas, muito semelhantes ao que consta do art. 12 da Resolução TCU nº 344/2022.²³ O sentido dessas normas é claro: *preservar a competência do Tribunal de Contas para emitir determinações e, em alguns casos, atrelados a critérios de relevância e de materialidade*

18 Enunciado formulado com base no Acórdão 3082/2014 - Plenário do TCU, cuja referência completa é a seguinte: BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 3082/2014 - Plenário**. Rel. Min. Raimundo Carreiro. Data da sessão: 12/11/2014. Grifos nossos.

19 ESPÍRITO SANTO. **Lei Complementar nº 621**, de 8 de março de 2012. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo e dá outras providências. Disponível em: https://www.tcees.tc.br/wp-content/uploads/2016/11/LC621_2012-Atualizada-1.pdf. Acesso em: 28 jun. 2024. Grifos nossos.

20 “Art. 187-F. *O reconhecimento da prescrição obsta a imposição de sanção e de reparação de dano ao erário, mas não impede a declaração do Tribunal de Contas e adoção de determinações, recomendações ou outras providências motivadas pelos fatos apurados, destinados a reorientar a atuação administrativa ou a corrigir irregularidades*” In: MATO GROSSO DO SUL. **Resolução TCE/MS nº 98**, de 5 de dezembro de 2018. Aprova o Regimento Interno do Tribunal de Contas do Mato Grosso do Sul. Disponível em: <https://portal-services.tce.ms.gov.br/portal-services/files/arquivo/nome/12225/0e3d4b4aa25451d5ab47130911aba009.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2024. Grifos nossos.

21 “Art. 53-G - *Reconhecida a prescrição das pretensões punitiva e de ressarcimento, o processo será arquivado, ressalva a possibilidade de julgamento das contas, conforme critério de relevância e materialidade a ser definido por ato do Tribunal, bem como a adoção de determinações, recomendações ou outras providências destinadas a reorientar a atuação administrativa*”. In: PERNAMBUCO. **Lei nº 12.600**, de 14 de junho de 2004. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. Disponível em: <https://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?id=3932>. Acesso em: 28 jun. 2024. Grifos nossos.

22 “Art. 3º - *O reconhecimento da prescrição, a despeito de obstar a imposição de sanção e de reparação do dano, não impede o julgamento das contas ou de atos de gestão, inclusive com a possibilidade de imposição de determinações, recomendações, alertas e/ou outras providências destinadas a orientar e corrigir a atuação administrativa*”. In: SÃO PAULO. **Deliberação SEI Nº 0018205/2023-46**, publicada em 15 de abril de 2024. Regulamenta, no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento. Disponível em: [https://www.tce.sp.gov.br/legislacao/deliberacao/regulamenta-ambito-tribunal-contas-estado-sao-paulo-prescricao-para#:~:text=\(SEI%20N%C2%BA%200018205%2F2023%2D,pretens%C3%B5es%20punitiva%20e%20de%20ressarcimento.](https://www.tce.sp.gov.br/legislacao/deliberacao/regulamenta-ambito-tribunal-contas-estado-sao-paulo-prescricao-para#:~:text=(SEI%20N%C2%BA%200018205%2F2023%2D,pretens%C3%B5es%20punitiva%20e%20de%20ressarcimento.) Acesso em: 28 jun. 2024. Grifos nossos.

23 Além do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul, do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco e do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, encontramos normatização idêntica ou assemelhada à do TCU nos seguintes tribunais de contas: Tribunal de Contas do Estado do Pará (Resolução nº 19.503/2023), Tribunal de Contas do Estado da Bahia (Resolução nº 000074/2023), Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás (Instrução Normativa nº 7/2023), Tribunal de Contas do Estado do Acre (Resolução nº 126/2023), Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (Resolução nº 399/2023/TCE-RO), Tribunal de Contas do Estado de Roraima (Resolução nº 010/2023), Tribunal de Contas do Estado do Maranhão (Resolução TCE/MA nº 383/2023), Tribunal de Contas do Estado da Paraíba (Resolução Normativa TC nº 02/2023), Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Pará (Ato nº 23/2020, com as alterações promovidas pelo Ato nº 28/2024), Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia (Resolução nº 1.392/2019, com

dade definidos por cada órgão, para julgar contas, mesmo em face do reconhecimento da prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória.

Fica claro, portanto, que, apesar de se reconhecer, em razão da prescrição, a impossibilidade de aplicar sanções e de determinar o ressarcimento de dano ao erário eventualmente apurado, fez-se, no âmbito do TCU e da legislação regente dos demais tribunais de contas, ressalva expressa à competência da Corte de Contas para julgar contas, *expedir determinações* e adotar recomendações ou outras providências.

A maioria dos atos normativos consultados, repetindo o conteúdo da Resolução TCU nº 344/2022, prevê que a preservação da competência para expedir determinações ou adotar outras providências corretivas visa à reorientação das atividades administrativas.

De acordo com a pesquisa, além de São Paulo (TCESP) e do Mato Grosso do Sul (TEMS), já citados, apenas o Tribunal de Contas do Estado do Pará, por meio da Resolução nº 19.503/2023, faz a ressalva expressa de que a expedição de determinações visa não somente à reorientação da atividade administrativa, como também a sanar irregularidades, o que, em consonância com o que ora se defende, quer dizer irregularidades presentes e futuras, não as passadas.

Ademais, entende-se que é ilustrativa a previsão da Resolução Normativa TC nº 02/2023, do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, conforme a qual o reconhecimento da prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória não impede, *in verbis*: “o exercício da competência Constitucional do Tribunal”. Ora, é disso que trata o entendimento ora erigido, no sentido de que a prescrição não fulmina, nem poderia fulminar, as atribuições constitucionais próprias e intransferíveis das cortes de contas.

Diante de todo o exposto, reitera-se: as pretensões punitiva e corretiva são autônomas, de matriz constitucional. A prescrição sobre a pretensão punitiva incide retroativamente aos fatos que já não são mais puníveis, e é contada a partir da ocorrência desses, conforme determina o art. 110-E da Lei Orgânica do TCE mineiro.

A seu turno, constatada a permanência de situação irregular ou ilegal passível de ser sanada, torna-se imperiosa sua cessação, como reflexo do exercício do dever-poder corretivo a cargo da Corte de Contas, com base no art. 71, IX, da CR/88 e, *mutatis mutandis*, no art. 12 da Resolução TCU nº 344/2022.

Não é demais repetir: as pretensões punitiva e corretiva são autônomas e possuem naturezas distintas. A prescrição da pretensão punitiva se volta aos fatos puníveis passados. Por outro lado, *a pretensão corretiva se projeta para o futuro, em vista de ilegalidades de caráter permanente que devem ser cessadas, a partir do exercício do dever-poder de determinar correções, competência constitucional proeminente do Tribunal de Contas.*

A Lei Orgânica do Tribunal de Contas mineiro prevê de forma expressa tão somente a prescrição punitiva, nos termos de seu art. 110-B, não havendo que se estender, sem fundamento, tal tratamento legal à pretensão corretiva. O que se admite é sua extensão à pretensão ressarcitória tão somente em razão da exegese haurida pelo intérprete maior da Constituição, qual seja, o Supremo Tribunal Federal, *v.g.* a interpretação erigida a partir da repercussão geral dos temas nº 666, 897 e 899.²⁴

as alterações promovidas pela Resolução nº 1.479/2023), Tribunal de Contas do Município de São Paulo (Resolução nº 10/2023) e Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro (Resolução TCMRio nº 80/2023).

24 Os temas dos temas nº 666, 897 e 899 do STF se originam, respectivamente, dos Recursos Extraordinários nº 669.069, 852.475 e 636.886. Para tanto, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 669069**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Teori Zavascki. Julgamento em: 03/02/2016. DJe: 28/04/2016; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 852475**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Julgamento em: 08/08/2018. DJe: 25/03/2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 636886**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Julgamento em: 20/04/2020. DJe: 24/06/2020.

É de destacar, ademais, que, embora a função corretiva não se confunda com o poder geral de cautela a cargo do Tribunal de Contas, serve, para aquela, o alerta quanto ao esvaziamento de seu poder constitucional, a fim de preservá-lo, no sentido de que, *in verbis*:

A partir do momento que a Constituição atribui a determinado órgão um plexo de competências, ela também atribui a esse órgão poderes para alcançar aquelas finalidades. Quem dá os fins dá os meios, embora estes não sejam ilimitados. *Quando o constituinte concede a certo órgão uma função (atividade-fim), implicitamente lhe estará concedendo os meios necessários à prossecução do seu fim, sob pena de ser frustrado o exercício do encargo constitucional que lhe foi cometido.*²⁵

Assim, entende-se que é *contrária a dispositivo constitucional hígido a interpretação de que se possa estender a prescrição da pretensão punitiva para alcançar a pretensão corretiva, frise-se, sem previsão legal ou precedente judicial, e fulminar uma de suas mais proeminentes competências*, inserta no art. 71, IX, da CR/88, nos casos em que apenas se reconhece a prescrição da pretensão punitiva. Tal interpretação fere prerrogativa constitucional e autônoma da Corte de Contas consubstanciada no dever de exercer seu poder corretivo, quando as circunstâncias o exigirem.

3 COISA JULGADA, SEGURANÇA JURÍDICA E TRIBUNAL DE CONTAS

A respeito do *status* constitucional da coisa julgada, *in verbis*:

A coisa julgada encontra previsão no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República de 1988. Portanto, está inscrita no rol dos direitos e garantias fundamentais que têm aplicação imediata por força do art. 5º, §1º, da Constituição da República e constituem cláusulas pétreas, nos termos do art. 60, §4º, IV, da CR/88.

Há que distingui-la da coisa julgada judicial, que, na lição de José dos Santos Carvalho Filho, “é própria da função jurisdicional do Estado, função essa que tem o objetivo de autorizar que o juiz aplique a lei ao caso concreto”.

Partindo-se desse enfoque, é possível observar que coisa julgada, ou *res judicata*, é gênero do qual derivam duas espécies:

- 1) a coisa julgada judicial, que é a coisa julgada propriamente dita;
- 2) a coisa julgada administrativa, que é a coisa julgada imprópria.

Enquanto a primeira é dotada de definitividade, a segunda pode, em princípio, ser revista pelo Poder Judiciário, por implicação do princípio da inafastabilidade do controle judicial, consagrado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República.

Assim, a coisa julgada administrativa representa meramente o esgotamento da possibilidade de modificação de uma decisão no âmbito administrativo. [...]

*Cuida-se, portanto, de instituto intimamente ligado à segurança jurídica, à lealdade e à boa-fé na esfera administrativa. Sobre o tema, o art. 56 da Lei do Processo Administrativo Federal, Lei nº 9.784/1999, trazido a título de exemplo, estipula que das decisões administrativas cabem recursos em face de razões de legalidade e de mérito. Porém, verifica-se que a recorribilidade tem um limite sem o qual o cidadão estaria indefinidamente sujeito a esperar a confirmação, modificação, anulação ou revogação, total ou parcial, da decisão recorrida. Assim, é justamente por meio desses limites de recorribilidade e retratabilidade que se compreende a coisa julgada administrativa.*²⁶

25 BRIM, Eduardo Fortunato. O Poder Geral de Cautela dos Tribunais de Contas nas Licitações e nos Contratos Administrativos. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 8, n. 36, mar. / abr. 2006. Grifos nossos.

26 MOURÃO, Licurgo; MEGALI NETO, Almir; SHERMAM, Ariane; RESENDE, Mariana Bueno; PIANCASTELLI, Sílvia Motta. **Controle democrático da administração pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 109-110. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L1504>. Acesso em: 11 jun. 2024. Grifos nossos.

Tem-se visto em algumas exegeses o manejo da prescrição para se desconstituir um acórdão hígido, que transitou em julgado, em razão de posterior mudança na jurisprudência do Tribunal de Contas.

Além de ofender a coisa julgada material, prevista no art. 502 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), tal possibilidade fere os princípios da segurança jurídica e da isonomia, dando oportunidade de um novo julgamento, mesmo sem haver qualquer razão que acarrete a nulidade do julgamento anterior, o que colide frontalmente com o disposto no art. 508 do CPC, posto que estão preclusas todas as alegações e defesas que poderiam ter sido formuladas pelo interessado.

É de se ressaltar, quanto ao efeito preclusivo da coisa julgada:

O art. 508 do CPC cuida do efeito preclusivo da coisa julgada ou eficácia preclusiva da coisa julgada.

Segundo o art. 508 do CPC, *transitada em julgado a decisão de mérito, todas as alegações e defesas que poderiam ter sido formuladas para o acolhimento ou rejeição do pedido reputam-se deduzidas e repelidas; tornam-se irrelevantes todos os argumentos e provas que as partes poderiam alegar ou produzir a favor da sua tese.*

Com a formação da coisa julgada, preclui a possibilidade de rediscussão de todos os argumentos – “alegações e defesas”, na dicção legal – que poderiam ter sido suscitados, mas não foram. A coisa julgada torna preclusa a possibilidade de discutir o deduzido e torna irrelevante suscitar o que poderia ter sido deduzido (dedutível) [...].

A coisa julgada cria uma armadura para a decisão, tornando irrelevante quaisquer razões que se deduzam no intuito de revê-la. Nem mesmo questões que devem ser examinadas a qualquer tempo, como a falta de pressupostos processuais, podem ser arguidas – o “a qualquer tempo” deve ser compreendido como “a qualquer tempo até a coisa julgada, à propósito [...].”²⁷

Ignorar os efeitos da coisa julgada previstos no ordenamento jurídico e na jurisprudência significará que todas as decisões proferidas pelo Tribunal de Contas estarão sujeitas a reanálise, bastando, por exemplo, o ajuizamento de pedido de rescisão ou seu sucedâneo, independentemente dos fundamentos nele contidos, mesmo que em confronto com a previsão legal autorizativa, a exemplo do disposto no art. 109 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (Lei Complementar nº 102/2008), *in verbis*:

Art. 109 – O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, os responsáveis ou os interessados poderão solicitar ao Tribunal, no prazo de até dois anos, a rescisão das decisões definitivas do Tribunal Pleno e das Câmaras, sem efeito suspensivo, nos seguintes casos:

I – se a decisão houver sido proferida contra disposição de lei;

II – se o ato objeto da decisão houver sido fundado em falsidade não alegada na época do julgamento;

III – se ocorrer superveniência de documentos novos com eficácia sobre a prova produzida ou a decisão adotada.

Fato é que a questão da prescrição ressarcitória, cuja aplicação decorre única e exclusivamente de interpretação jurisprudencial haurida do STF, não pode ser objeto de análise em autos de pedido de rescisão, uma vez que, *mutatis mutandis*, foi definido pelo Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, no bojo do RE 590.809, de relatoria do ministro Marco Aurélio Mello, que “*Não cabe ação rescisória quando*

27 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 18. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2023, p. 707. Grifos nossos.

o julgado estiver em harmonia com o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo à época da formalização do acórdão rescindendo, ainda que ocorra posterior superação do precedente”²⁸

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça possui entendimentos sedimentados nesse sentido, ou seja, embargos de declaração não têm o condão de reanalisar o mérito da decisão, mas sim de aclará-la. Neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO. I [...]

III - *Por outro lado, a Corte Especial do STJ confirmou a jurisprudência dessa Corte no sentido de que “na estreita via dos embargos de declaração não é adequada para o simples re julgamento da causa, mediante o reexame de matéria já decidida”. Reafirmou-se também que “a superveniente modificação do entendimento consignado no acórdão embargado não enseja o re julgamento da causa, por serem os embargos de declaração de índole meramente integrativa”. Também considerou-se que o acolhimento da tese acarretaria o reconhecimento de uma omissão inexistente.²⁹*

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO. ART. 535 DO CPC/1973. VIOLAÇÃO. AUSÊNCIA. 1. Ausentes quaisquer dos vícios ensejadores dos aclaratórios, afigura-se patente o intuito infringente da presente irresignação, que objetiva não suprimir a omissão ou eliminar a contradição, mas, sim, reformar o julgado por via inadequada. 2. *A simples mudança de entendimento acerca de matéria anteriormente apreciada, ausentes erro material, omissão, contradição ou obscuridade, não autoriza a atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração.* 3. Embargos de declaração rejeitados.³⁰

AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO RESCISÓRIA. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. TEMPO ESPECIAL E TEMPO COMUM. FATOR DE CONVERSÃO. LEI APLICÁVEL. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. SÚMULA 343/STF. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. [...] .

2. *Considerando que a decisão rescindenda, proferida em 5/11/2009, adotou entendimento até então perflhado por este Superior Tribunal de Justiça, não há como desconstituir a coisa julgada em razão de superveniente mudança de entendimento jurisprudencial.* [...] 3. Agravo regimental improvido.³¹

Encontra-se, no âmbito do Tribunal de Contas da União, entendimento consonante ao ora defendido, senão veja-se, *in verbis*:

Meu entendimento no sentido de que as nulidades [...] devem ser arguidas até o trânsito em julgado, sob pena da preclusão máxima inerente à coisa julgada, encontra amparo no Código de Processo Civil - CPC, que é aplicado de maneira subsidiária aos processos que tramitam neste Tribunal, por força do art. 298 do Regimento Interno do TCU. [...]

28 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 136**. Leading Case: RE 590809. Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 153, § 3º, II, da Constituição Federal, e dos princípios da segurança jurídica e da estabilidade das relações sociais, a possibilidade, ou não, de rescisão de julgado, fundamentado em corrente jurisprudencial majoritária existente à época da formalização do acórdão rescindendo, em razão de entendimento divergente posteriormente firmado pelo Supremo, e, por conseguinte, o direito, ou não, ao creditamento a título de IPI em decorrência de aquisição de insumos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2630912&numeroProcesso=590809&classeProcesso=RE&numeroTema=136>. Acesso em: 25 jul. 2024. Grifos nossos.

29 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg nos Embargos de Divergência em RESP n. 1.019.717**. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Rel. para o Acórdão Min. Nancy Andrighi. Corte Especial. Julgamento em: 20/9/2017. Dje: 27/11/2017. Grifos nossos.

30 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no AgRg no Agravo em Recurso Especial n. 418.622**. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento em: 05/05/2016. Dje: 13/5/2016. Grifos nossos.

31 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg na AR 4584**. Rel. Min. Ribeiro Dantas. Julgamento em: 09/09/2020. Dje: 14/9/2020. Grifos nossos.

Da leitura desses dispositivos, depreende-se que *até as nulidades absolutas*, que podem ser conhecidas de ofício, por se referirem a matérias de ordem pública, *precluem se não forem arguidas até o advento do trânsito em julgado*. [...] ³²

Por todo o exposto, diverge-se dos entendimentos que buscam relativizar a coisa julgada, em face do argumento de prescrição posteriormente verificada, contrariando cláusula pétrea constitucional insculpida no art. 60, §4º, IV, da Constituição da República de 1988. Mantém-se, assim, a integridade das decisões proferidas pelas cortes de contas que ostentem o caráter de definitividade, haja vista o disposto no art. 5º, XXXVI, da Lei Maior, conforme o qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo se propôs a analisar as competências constitucionais do Tribunal de Contas a partir de duas perspectivas: a primeira delas, relativa ao exercício das funções punitiva e corretiva; a segunda, consubstanciada no caráter de definitividade de que se revestem as decisões da Corte de Contas, que formam coisa julgada (administrativa).

Defendeu-se que o Tribunal de Contas, órgão de *status* constitucional, exerce competências diretamente atribuídas pela Constituição da República de 1988, as quais não podem ser cerceadas pela lei ou por seus intérpretes. As competências do órgão de controle externo são comumente agrupadas em funções, entre as quais se destacam as funções punitiva e a corretiva, que são constitucionalmente autônomas.

A função punitiva possui caráter sancionatório. A função corretiva, de caráter mandamental e vinculante, revela-se na competência do Tribunal de Contas para assinar prazo para que o órgão ou entidade adote providências necessárias ao exato cumprimento da lei, bem como para sustar, caso não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão ao Poder Legislativo.

Nem o legislador infraconstitucional nem o intérprete podem cercear as prerrogativas instrumentais, autônomas e constitucionais do Tribunal de Contas. Nesse sentido, colheu-se legislação de todo o país que, a despeito de reconhecer a prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória da Corte de Contas, *preserva a competência para julgar contas, expedir determinações e recomendações, bem como para adotar outras providências destinadas a sanar irregularidades e ou reorientar a atuação administrativa*. Defendeu-se, portanto, que o reconhecimento da prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória não impede o exercício da competência constitucional corretiva do Tribunal de Contas.

Argumentou-se, ademais, que a pretensão punitiva recai sobre fatos puníveis passados, enquanto a pretensão corretiva se projeta para o futuro, em vista de ilegalidades atuais e vindouras, de caráter permanente, que devem ser cessadas, sob pena de esvaziamento de um de seus mais proeminentes misteres constitucionais.

De outro turno, quanto à coisa julgada, ressaltou-se seu caráter constitucional, conforme previsão do art. 5º, XXXVI, da Constituição da República de 1988. Trata-se de instituto jurídico fundado sobre os princípios da segurança jurídica, da lealdade e da boa-fé.

Entendeu-se que desconstituir um acórdão hígido do Tribunal de Contas, que transitou em julgado, em razão de posterior mudança da jurisprudência, não só ofende a coisa julgada, prevista no art. 502 do Código de Processo Civil, como também fere os princípios da segurança jurídica e da isonomia. A

32 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 960/2018** - Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler. Data da sessão: 02/05/2018.

jurisprudência dos tribunais superiores (STF e STJ) corrobora tal constatação. Colheu-se, ainda, decisão do Tribunal de Contas da União, segundo o qual até mesmo as nulidades absolutas, que podem ser conhecidas de ofício, por se referirem a matéria de ordem pública, precluem se não forem arguidas até o advento do trânsito em julgado.

Por tudo quanto exposto, conclui-se pela impossibilidade de relativizar a coisa julgada, invocando-se eventual prescrição não reconhecida a tempo e a modo, posto que, uma vez o fazendo, contraria-se cláusula pétreia insculpida no art. 60, §4º, IV, da Constituição da República de 1988.

REFERÊNCIAS

BAHIA. Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia. **Resolução nº 1.392/2019**, com as alterações promovidas pela Resolução nº 1.479/2023. Altera o Capítulo XV da Resolução nº 1392/2019 – Regimento Interno do TCM/BA para regulamentar a decadência e a prescrição das pretensões punitiva e resarcitória e dá outras providências. Disponível em: <https://www.tcm.ba.gov.br/>. Acesso em: 4 jul. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg na AR 4584**. Rel. Min. Ribeiro Dantas. Julgamento em: 9/9/2020. Dje de 14/9/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no AgRg no Agravo em Recurso Especial n. 418.622**. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento em: 05/05/2016. Dje de 13/05/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg nos Embargos de Divergência em RESP n. 1.019.717**. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Rel. para o Acórdão Min. Nancy Andrighi. Corte Especial. Julgamento em: 20/09/2017. Dje de 27/11/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 636886**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 20/04/2020. Publicação: 24/06/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 669069**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Teori Zavascki. Julgamento: 03/02/2016. Publicação: 28/04/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 852475**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 08/08/2018. Publicação: 25/03/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 136**. Leading Case: RE 590809. Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 153, § 3º, II, da Constituição Federal, e dos princípios da segurança jurídica e da estabilidade das relações sociais, a possibilidade, ou não, de rescisão de julgado, fundamentado em corrente jurisprudencial majoritária existente à época da formalização do acórdão rescindendo, em razão de entendimento divergente posteriormente firmado pelo Supremo, e, por conseguinte, o direito, ou não, ao creditamento a título de IPI em decorrência de aquisição de insumos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2630912&numeroProcesso=590809&classeProcesso=RE&numeroTema=136>. Acesso em: 25 jul. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 960/2018 - Plenário**. Rel. Min. Benjamin Zymler. Data da sessão: 02/05/2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2136/2023 - Plenário**. Rel. Min. Benjamin Zymler. Data da sessão: 18/10/2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 3082/2014 - Plenário**. Rel. Min. Raimundo Carreiro. Data da sessão: 12/11/2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Resolução nº 315**, de 22 de abril de 2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/norma/*/COPIATIPONORMA:%28Resolu%C3%A7%C3%A3o%29%20COPIAORIGEM:%28TCU%29%20NUMNORMA:315%20ANONORMA:2020/DATANOR-MAORDENACAO%20desc/0. Acesso em: 28 jun. 2024.

BRIM, Eduardo Fortunato. O Poder Geral de Cautela dos Tribunais de Contas nas Licitações e nos Contratos Administrativos. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 8, n. 36, mar. / abr. 2006.

BRITTO, Carlos Ayres. **O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Disponível em: <https://editoraforum.com.br/noticias/o-regime-constitucional-dos-tribunais-de-contas-ayres-britto/>. Acesso em: 21 mai. 2024.

CONTI, José Maurício. **Direito financeiro na Constituição de 1988**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil – v. 2**. Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 18. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2023.

ESPÍRITO SANTO. **Lei Complementar nº 621**, de 8 de março de 2012. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo e dá outras providências. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfefindmkaj/https://www.tcees.tc.br/wp-content/uploads/2016/11/LC621_2012-Atualizada-1.pdf. Acesso em: 28 jun. 2024.

MARANHÃO. Tribunal de Contas do Estado do Maranhão. **Resolução nº 383/2023**. Regulamenta, no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento e dá outras providências. Disponível em: <https://app.tcema.tc.br/publicacao/#/documentohtml/17678?compilado=true>. Acesso em: 4 jul. 2024.

MATO GROSSO DO SUL. **Resolução TCE/MS nº 98**, de 5 de dezembro de 2018. Aprova o Regimento Interno do Tribunal de Contas do Mato Grosso do Sul. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfefindmkaj/https://portal-services.tce.ms.gov.br/portal-services/files/arquivo/nome/12225/0e3d4b4aa25451d5ab47130911aba009.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2024.

MOURÃO, Licurgo; MEGALI NETO, Almir; SHERMAM, Ariane; RESENDE, Mariana Bueno; PIANCASTELLI, Sílvia Motta. **Controle Democrático da Administração Pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L1504>. Acesso em: 11 jun. 2024.

MOURÃO, Licurgo. Prescrição e decadência: emanações do princípio da segurança jurídica nos processos sob a jurisdição dos Tribunais de Contas. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 102, p. 7-25, ago. 2009.

PARÁ. Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Pará. **Ato nº 23/2020**, com as alterações promovidas pelo Ato nº 28/2024. Altera e acresce dispositivos ao Regimento Interno desta Corte de Contas (Ato 23) destinados à regulamentação da Prescrição, na forma da Lei Complementar nº 109/2016, alterada pela Lei Complementar nº 156/2022 e dá outras providências. Disponível em: <https://atosoficiais.com.br/tcmpa/ato-n-23-2020-dispoe-sobre-o-regimento-interno-do-tribunal-de-contas-dos-municipios-do-estado-do-para?origin=instituicao>. Acesso em: 4 jul. 2024.

PARAÍBA. Tribunal de Contas do Estado da Paraíba. **Resolução TC nº 02/2023**. Regulamenta a prescrição para o exercício das pretensões sancionatórias e de ressarcimento, no âmbito do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba. Disponível em: <https://tce.pb.gov.br/legislacao/atos-normativos>. Acesso em: 4 jul. 2024.

PERNAMBUCO. **Lei nº 12.600**, de 14 de junho de 2004. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. Disponível em: <https://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?id=3932>. Acesso em: 28 jun. 2024.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro. **Resolução TCMRio nº 80/2023**. Regulamenta, no âmbito do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, a decadência e a prescrição das pretensões punitiva e de ressarcimento. Disponível em: http://www.tcmrio.tc.br/WEB/Site/Noticia_Detalhe.aspx?noticia=17299&detalhada=1&downloads=2. Acesso em: 4 jul. 2024.

RONDÔNIA. Tribunal de Contas do Estado de Rondônia. **Resolução nº 399-2023/TCE-RO**. Regulamenta, no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, a prescrição para exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento, prevista na Lei Estadual nº 5.488/2022. Disponível em: <https://legislacoes.tce.ro.gov.br/>. Acesso: 3 jul. 2024.

RORAIMA. Tribunal de Contas do Estado de Roraima. **Resolução nº 010/2023**. Regulamenta a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e ressarcitória no âmbito do Tribunal de Contas de Roraima. Disponível em: [https://wiki.tcerr.tc.br/index.php/Resolu%C3%A7%C3%A3o_010/2023#:~:text=2%C2%BA%20Prescrevem%20em%205%20\(cinco,%C3%A0%20COJUR%20o%20respectivo%20acompanhamento](https://wiki.tcerr.tc.br/index.php/Resolu%C3%A7%C3%A3o_010/2023#:~:text=2%C2%BA%20Prescrevem%20em%205%20(cinco,%C3%A0%20COJUR%20o%20respectivo%20acompanhamento). Acesso em: 3 jul. 2024.

SÃO PAULO. **Deliberação SEI Nº 0018205/2023-46**, publicada em 15 de abril de 2024. Regulamenta, no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento. Disponível em: [https://www.tce.sp.gov.br/legislacao/deliberacao/regulamenta-ambito-tribunal-contas-estado-sao-paulo-prescricao-para#:~:text=\(SEI%20N%C2%BA%200018205%2F2023%2D,pretens%C3%B5es%20punitiva%20e%20de%20ressarcimento](https://www.tce.sp.gov.br/legislacao/deliberacao/regulamenta-ambito-tribunal-contas-estado-sao-paulo-prescricao-para#:~:text=(SEI%20N%C2%BA%200018205%2F2023%2D,pretens%C3%B5es%20punitiva%20e%20de%20ressarcimento). Acesso em: 28 jun. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Município de São Paulo. **Resolução nº 10/2023**. Regulamenta a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento no âmbito do Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Disponível em: <https://portal.tcm.sp.gov.br/Pagina/60001>. Acesso em: 4 jul. 2024.

NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E O CONTROLE EXTERNO: ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DOS DEVERES E/OU LIMITAÇÕES IMPOSTOS AOS TRIBUNAIS DE CONTAS

THE NEW LAW ON PUBLIC TENDERS AND ADMINISTRATIVE CONTRACTS AND EXTERNAL CONTROL: AN ANALYSIS OF THE CONSTITUTIONALITY OF THE DUTIES AND/OR LIMITATIONS IMPOSED ON AUDIT COURTS



Rosana Beatriz Gonçalves

Advogada. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas), com especialização em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestra em Administração Pública pela Fundação João Pinheiro (FJP).

Sumário: 1. Introdução; 2. Do controle das contratações públicas na Lei nº 14.133/2021; 3. Análise da constitucionalidade das atribuições conferidas aos tribunais de contas na Lei nº 14.133/2021; 3.1 O controle externo exercido pelos tribunais de contas; 3.2 Os Fundamentos do Acórdão nº 2463/2021 (TCU); 3.3 Precedentes jurisprudenciais do STF; 3.4 Análise de constitucionalidade dos §§1º e 3º do art. 171 da Lei nº 14.133/2021; 4. Considerações finais; Referências.

Resumo: Entre as inovações trazidas pela nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021), destaca-se o disposto nos §§1º e 3º do art. 171, que estabelecem que, ao suspender cautelarmente o processo licitatório, os tribunais de contas deverão pronunciar-se definitivamente sobre o mérito da irregularidade que deu causa à suspensão cautelar no prazo de até 25 dias úteis, prorrogável por igual período, e que a decisão que examinar o mérito da medida cautelar deverá, necessariamente, definir as medidas adequadas para o saneamento do processo ou determinar o seu arquivamento. Nesse contexto, o Acórdão nº 2463 do Plenário do Tribunal de Contas da União determinou a representação junto à Procuradoria-Geral da República e o encaminhamento de cópia da representação à Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (Atricon), com vistas ao ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal referente a esses dispositivos. O propósito deste trabalho é analisar a constitucionalidade dos §§1º e 3º do art. 171 da Lei nº 14.133/2021, considerando a possibilidade de interferência indevida na organização e funcionamento dos tribunais de contas e a atribuição de função típica de gestor público aos respectivos tribunais. O objeto do estudo foi a análise da constitucionalidade material e formal do art. 171, §§1º e 3º, da Lei nº 14.133/2021 e a abordagem do tema deu-se com base em pesquisa teórica, com a adoção de metodologia da vertente jurídico-dogmática, realizando-se a investigação do tipo jurídico-compreensivo ou jurídico-interpretativo, na medida em que verificou os aspectos em que a inovação legal trazida pela legislação infraconstitucional viola ou não a Constituição. A conclusão obtida indica, em tese, conflito com a autonomia e o autogoverno assegurados aos tribunais de contas, assim como com o princípio da separação e independência dos poderes.

Abstract: Among the innovations brought about by the new Law on Public Bids and Administrative Contracts (Law 14.133, April 1, 2021), the provisions in section 171 (§§1 and 3) stand out, which establish that when suspending the bidding process as a precautionary measure, the audit courts must definitively decide on the merits of the irregularity that gave rise to the precautionary suspension within a period of up to twenty-five (25) working days, extendable for an equal period, and that the decision that examines the merits of the precautionary measure must necessarily define the appropriate measures for settling the process or determine its shelving. In this context, Judgment 2463, from the Federal Audit Court Plenum determined the representation towards the Prosecutor

General and the forwarding of a representation copy to the Members of the Association of the Brazilian Audit Courts (Atricon), aiming to file a direct action of unconstitutionality before the Supreme Court regarding these provisions. The purpose of this paper is to analyze the constitutionality of section 171 (§§1 and 3), Law 14.133/2021, considering the possibility of undue interference in the organization and functioning of the Audit Courts and the attribution of the typical function as a public manager to the respective courts. The object of the study was the analysis of the material and formal constitutionality of section 171 (§§1 and 3), Law 14133/2021 and the approach to the theme was based on theoretical research, with the adoption of a legal-dogmatic methodology, carrying out research of the legal-comprehensive or legal-interpretative type, to the extent that it verified the aspects in which the legal innovation brought by infra-constitutional legislation violates or does not violate the Constitution. The conclusion reached indicates, in thesis, a conflict with the autonomy and self-government assured to the audit courts, as well as with the principle of the separation of powers.

Palavras-chave: Nova Lei de Licitações; tribunais de contas; controle externo; controle preventivo; Constituição; inconstitucionalidade formal e material.

Keywords: New Bidding Law; audit courts; external control; preventive control; Constitution; formal and material unconstitutionality.

1 INTRODUÇÃO

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLC) – Lei nº 14.133, promulgada em 1º de abril de 2021 –, estabelece o novo regime jurídico das licitações e contratações da administração pública, além de congrega ideias já constantes em outros diplomas normativos existentes, a exemplo da Lei nº 8.666/1993, da Lei nº 10.520/2002 e da Lei nº 12.462/2011. A NLLC inova em relação à legislação anterior ao positivar a experiência dos atores da administração ao longo dos anos e as orientações da Corte de Contas federal sem, contudo, descartar por completo o modelo até então vigente.

Nesse particular, Ronny Charles Lopes de Torres (2021, p. 43) preleciona que “a nova lei de licitações repete um pouco da velha fórmula de realização da licitação”, mas destaca que houve avanço na definição de regramentos específicos, detalhamento de procedimentos, indicação de competências, entre outros.

Nessa mesma linha, Di Pietro e Marrara (2022, p. 1-4) asseveram que a NLLC repetiu muitas das normas da Lei nº 8.666/1993, bem como introduziu em seu bojo inovações inspiradas na Lei do Pregão – Lei nº 10.520/2002 –, na Lei do RDC – Lei nº 12.462/2011 – e na Lei das Parcerias Público-Privadas – Lei nº 11.079/2004. Entre as inovações, os autores apontam a inserção de capítulo específico sobre o controle das contratações mediante gestão de riscos e controle preventivo, compreendendo o modelo das três linhas de defesa.

Entre as novidades inseridas pela NLLC, destaca-se o protagonismo assegurado às cortes de contas como terceira linha de defesa relativamente ao controle preventivo das contratações públicas, conforme inciso III do art. 169 do referido diploma legal. E, é nesse contexto, que o art. 171 da NLLC, ao dispor sobre a fiscalização exercida pelos tribunais de contas, nos termos dos §§1º e 3º, estabelece que, ao suspender cautelarmente o processo licitatório, o tribunal deverá pronunciar-se definitivamente sobre o mérito da irregularidade que deu causa à suspensão cautelar no prazo de até 25 dias úteis, prorrogável por igual período, e determina que a decisão de mérito nos processos cautelares defina o modo como será garantido o atendimento do interesse público obstado pela suspensão da licitação, bem como as medidas necessárias e adequadas, em face das alternativas possíveis, para o saneamento do processo licitatório.

Nesse passo, o objetivo deste artigo é analisar a hipótese de inconstitucionalidade material e formal dos dispositivos elencados no art. 171, §§1º e 3º, da Lei nº 14.133/2021, por afronta aos arts. 73, 75 e 96, I, “a”, e II, “d” da Constituição da República de 1988 (CR/1988), suscitada na proposta de representação à Procuradoria-Geral da República (PGR), conforme Acórdão nº 2463/2021 do Plenário do Tribunal de

Contas da União (TCU). Isto é, examinar se a inovação legal acerca do controle preventivo das contratações públicas na forma do inciso III do art. 169 da Lei nº 14.133/2021, exercido pelos tribunais de contas como terceira linha de defesa, considerando os deveres e/ou limitações impostos às cortes de contas em razão do estatuído no §1º – limitação temporal no tocante aos processos dos quais decorram providimentos de natureza cautelar e dever de definir o modo como será garantido o atendimento do interesse público obstado pela suspensão da licitação – e §3º – limitação argumentativa no que diz respeito à atribuição no sentido de que o tribunal deve definir as medidas necessárias e adequadas, dentre as alternativas possíveis –, do art. 171 da NLLC contraria o preconizado nos arts. 73, 75 e 96, I, “a”, e II, “d” da CR/1988, com vistas a propiciar melhor compreensão sobre o tema.

2 DO CONTROLE DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NA LEI Nº 14.133/2021

No tocante às inovações inseridas pela NLLC, destaca-se o fato de que essa legislação destina um capítulo para tratar do tema controle, art. 169 a 173, abarcando a gestão de riscos e o controle preventivo. A lei dispõe sobre três linhas de defesa, com o consequente protagonismo assegurado ao controle preventivo, levado a efeito de forma compartilhada por diversos atores, em especial pela Corte de Contas como terceira linha de defesa, nos termos do inciso III do art. 169 do referido diploma legal.

Nesse sentido, Ricardo Schneider Rodrigues (2021, p. 170) discorre sobre a NLLC e a deferência dada aos tribunais de contas, enfatizando o fato de a lei dedicar um capítulo próprio a essa temática, cujas disposições não guardam qualquer relação com a legislação anterior e incorporam a noção de controle compartilhado entre os diversos atores.

Veja-se que, na preleção de Justen Filho (2021, p. 1684-1685), a existência de sistemas de controle com vistas a propiciar “a identificação de limites às atribuições dos exercentes de poder e a fiscalização da correção de sua atuação” é um dos pilares dos regimes democráticos, cuja organização estatal é caracterizada pela sistemática de freios e contrapesos.

Com efeito, a regra contida no art. 169 da NLLC estabelece que as contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, bem como estarão sujeitas às três linhas de defesa, sendo a terceira linha de defesa integrada pelo órgão de controle interno da administração e pelo Tribunal de Contas da União, que efetivamente é o que nos interessa.

No âmbito da NLLC, o controle das contratações públicas reflete a positivação do modelo das três linhas de defesa adotado pela União Europeia e defendido pelo The Institute of Internal Auditors (The IIA), conforme asseveram Ferraz e Motta ao apresentarem referido modelo de acordo com o Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO)¹ como sendo:

uma forma simples e eficaz de melhorar a comunicação do gerenciamento de riscos e controle por meio do esclarecimento dos papéis e responsabilidades essenciais. O modelo apresenta um novo ponto de vista sobre as operações, ajudando a garantir o sucesso contínuo das iniciativas de gerenciamento de riscos, e é aplicável a qualquer organização – não importando seu tamanho ou complexidade. (Ferraz; Motta, 2022, p. 522)

A configuração do modelo das três linhas de defesa pelo IIA pode ser assim compreendida:

1 THE COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION – COSO. *Leveraging COSO across the three lines of defense*. Durham (USA), 2015. p. 2. Disponível em: <https://www.coso.org/SitePages/Guidance.aspx>. Acesso em: 3 jun. 2022.

Figura 1 – Modelo das três linhas de defesa do The IIA 2020

O Modelo das Três Linhas do The IIA



Fonte: Adaptado por Instituto dos Auditores Internos do Brasil.

Integram a primeira linha de defesa os servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade. Já a segunda linha é composta pelo assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade e a terceira é integrada pelo órgão de controle interno da administração e pelo tribunal de contas respectivo, conforme incisos I, II e III, respectivamente, do art. 169 da NLLC.

Destaca-se que a NLLC, na terceira linha de defesa, coloca o controle externo na mesma esfera do controle interno, o que pode ser tido como retrocesso e/ou inadequado, vez que na metodologia COSO os auditores externos, reguladores e outros órgãos externos de controle são eventualmente considerados linhas adicionais de defesa. Nesse sentido, Ferraz e Motta sugerem que o mais adequado teria sido prever os tribunais de contas como quarta linha de defesa.

O enquadramento dos Tribunais de Contas na terceira linha junto com o órgão central de controle interno, possui o mérito de lembrar que, na sistemática constitucional, os órgãos de controle interno de cada Poder possuem espaço próprio e autônomo de atuação, conquanto o desenho mais adequado tivesse sido prever os Tribunais de Contas como quarta linha de defesa. (Ferraz; Motta, 2022, p. 523-524)

Nessa mesma linha de raciocínio, Nascimento, Ramos e Lima Filho asseveram que o controle externo necessita atuar de forma independente e objetiva para avaliar a atuação das três linhas de defesa e, por essa razão, seria, na verdade, um retrocesso colocá-lo na mesma esfera que os órgãos de controle interno. Afirmam os autores, nesse sentido, que:

Notavelmente, a lei coloca o Tribunal de Contas da União, Entidade Fiscalizadora Superior (EFS) de controle externo, na mesma esfera que os órgãos de controle interno, sendo de fato esdrúxula e tendo se demonstrado um verdadeiro retrocesso no tocante a este aspecto, pois na realidade há uma necessidade de atuação independente e objetiva para avaliar a atuação das três primeiras linhas de defesa, não subordinada conforme proposto, a fim

de fortalecer sua missão constitucional e não a enfraquecer. (Nascimento; Ramos; Lima Filho, 2022, p. 4978)

É possível inferir essa mesma compreensão na preleção de Motta e Naves (2021, p. 711) quando destacam que “a Constituição configura as Cortes de Contas como órgãos de controle externo, não integrados às rotinas de Administração, com independência para o exercício de suas próprias competências”.

A NLLC trata ainda da responsabilidade pela implementação das práticas atinentes à gestão de riscos e estabelece importantes diretrizes para atuação do controle preventivo que, diga-se, não se confunde com o controle prévio preconizado no art. 53 da Lei nº 14.133/2021.

Nesse passo, Ferraz e Motta (2022, 524-525) advertem que o controle preventivo, conforme *caput* do art. 169, diz respeito a controle concomitante e, como tal, demanda o acompanhamento da execução dos vários atos que compõem o procedimento, de modo a prevenir e/ou evitar práticas irregulares e/ou ilegais. Em consonância com o art. 3º do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, a NLLC prevê ampla acessibilidade aos documentos necessários para a realização das atividades de controle – §2º do art.169 –, o que corrobora a ideia de necessidade de independência e autonomia dos órgãos de controle.

No tocante à gestão de riscos, Nascimento, Ramos e Lima Filho (2022, p. 4979) afirmam que a aplicação desse conceito no âmbito das contratações públicas “possibilitará aos administradores tratar com eficácia as incertezas, bem como os riscos e as oportunidades associadas aos processos de licitação, a fim de melhorar a capacidade de gerar valor”.

Ao lado das diretrizes e ao encontro do disposto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB – Decreto-Lei nº 4.567/1942), com as alterações implementadas pela Lei nº 13.655/2018, Ferraz e Motta (2022, p. 524-525) destacam que a NLLC também estabeleceu critérios para as atividades relacionadas ao controle das contratações públicas, em especial, no que diz respeito às consequências das ações de controle.

A esse respeito, conforme disposto no *caput* do art. 170 da NLLC, e em consonância com o preconizado no art. 19 da Resolução TCU nº 269/2015 – revogada – e ratificado no art. 16 da Resolução TCU nº 308/2019, foram estabelecidos critérios para a seleção das ações de fiscalização, tais como oportunidade, materialidade e relevância de risco. O conceito de cada uma dessas ações foi apresentado por Ferraz e Motta de acordo com as definições do TCU², a saber:

Os critérios mencionados são assim definidos pelo TCU: (a) **relevância**, que indica se o objeto de controle envolve questões de interesse da sociedade, que estão em debate público e são valorizadas; (b) **materialidade**, que indica o volume de recursos que o objeto do controle envolve; (c) **risco**, que é a possibilidade de algo acontecer e ter um impacto nos objetivos de organizações, programas ou atividades governamentais, sendo medido em termos de consequências e probabilidades; (d) **oportunidade**, que indica se é pertinente realizar a ação de controle em determinado momento, considerando a existência de dados e informações confiáveis, a disponibilidade de auditores com conhecimentos e habilidades específicas e a inexistência de impedimento para a sua execução (destaque no original). (Ferraz; Motta, 2022, p. 529)

Ainda sobre o art. 170 da NLLC, Amorim destaca o seu alinhamento às melhores práticas adotadas por alguns órgãos de controle, assim como a uniformização da matéria e padronização mínima dos processos de fiscalização e o diálogo com o art. 22 da LINDB:

2 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Orientações para a seleção de objetos e ações de controle**. Brasília: TCU, Segecex, Secretaria de Métodos e Suporte ao Controle Externo (Semec), 2016.

O art. 170 da NLLCA está alinhado às melhores práticas já adotadas por alguns órgãos de controle e, além de uniformizar a matéria em todo o País e promover a padronização mínima dos processos de fiscalização, tem o mérito: (i) de estimular a cooperação e a coordenação dos controles interorgânicos e interadministrativos, equilibrando interesses das esferas administrativa e controladora; e (ii) de promover o diálogo entre as fontes normativas, especialmente com o art. 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que exige que os órgãos de controle considerem “os obstáculos e dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo” e “as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”. (Amorim, 2022, p. 571)

Marcia Pelegrini (2021, p. 724-725), por sua vez, chama a atenção para o fato de que os órgãos de controle deverão agir nos limites de suas competências, atentando-se, sobretudo, para as disposições elencadas na LINDB, mas frisa que referido dever não deriva de nenhuma inovação da NLLC.

Depreende-se, portanto, que a fiscalização, conforme *caput* do art. 170 da NLLC, deve levar em consideração os resultados obtidos com a contratação, o que implica dizer que a atuação dos órgãos de controle deve abranger juízo de proporcionalidade perante eventuais ofensas ao princípio da legalidade, diretriz que dialoga com a LINDB, “no sentido de impor a avaliação das consequências práticas da decisão do controle, notadamente diante da possibilidade de invalidação de ato ou contrato”, conforme asseveram Ferraz e Motta (2022, p. 529). Esse mesmo raciocínio aplica-se ao inciso III do art. 171 da NLLC, no tocante às atividades de fiscalização pelos órgãos de controle, e sobre o qual Amorim salienta:

Em tais situações, na definição dos objetivos das fiscalizações de obras a serem realizadas, os órgãos de controle devem considerar as finalidades subjacentes às respectivas contratações, direcionando suas preocupações para a avaliação da execução satisfatória das obras públicas, em conformidade com os termos pactuados entre a Administração e particular. (Amorim, 2022, p. 573)

Ainda no que diz respeito às atividades de fiscalização pelos órgãos de controle, o art. 171 da NLLC também preconiza regras que seguem a mesma trilha inaugurada pela LINDB, desta vez referentes à processualidade do exercício das atividades de controle. Sob essa perspectiva, Ferraz e Motta (2022, p. 530) afirmam que a necessidade de considerar as consequências práticas da decisão (art. 20 da LINDB) dialoga com o estatuído no inciso I do art. 171 sob comento, o qual prevê que na fiscalização deverá ser viabilizada “oportunidade de manifestação aos gestores sobre possíveis propostas de encaminhamento que terão impacto significativo nas rotinas de trabalho dos órgãos e entidades fiscalizados”, propiciando que estes disponibilizem subsídios para avaliação prévia da relação entre custo e benefício acerca das referidas proposições.

Complementarmente, Ferraz e Motta (2022, p. 530) pontuam que o disposto no inciso II do art. 171 da NLLC dialoga com o pragmatismo, consequencialismo e motivação consistentes com os arts. 20 e 21 da LINDB. Nesse mesmo sentido, Amorim (2022, p. 573) assinala a compatibilidade da disposição elencada no inciso II do art. 171 da NLLC – parâmetros que orientam a atuação de agentes e membros dos órgãos de controle e fiscalização de forma objetiva e imparcial – com o art. 20 da LINDB, que veda decisões com base em valores abstratos.

Veja-se que a NLLC reconheceu o poder geral de cautela³ dos tribunais de contas e buscou delimitar os contornos de suas atribuições e, para tanto, o §1º do art. 171 determina que, ao suspender cautelarmen-

3 O poder geral de cautela do TCU encontra previsão em seu Regimento Interno (art. 276 do RITCU) e foi reconhecido pelo STF: “PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTELARES. CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO. 1- Os participantes de licitação têm direito à fiel observância do procedimento estabelecido na lei e podem impugná-lo administrativa ou judicialmente. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2- Inexistência de direito líquido e certo. O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões). 3- A decisão encontra-se fundamentada nos documentos acostados aos autos da Representação e na legislação aplicável. 4- Violação ao contraditório e falta de instrução não caracterizadas. Denegada a ordem. (STF, MS 24.510/DF, Rel(a). Min(a). Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004, p. 24)

te o processo licitatório, os tribunais de contas deverão pronunciar-se definitivamente sobre o mérito da irregularidade que tenha dado causa à suspensão, no prazo de 25 dias úteis, prorrogável por igual período, definindo as causas da ordem de suspensão e o modo como será garantido o atendimento ao interesse público obstado pela suspensão da licitação, nos casos de objetos essenciais ou de contratação por emergência.

Nesse sentido, Ferraz e Motta assinalam que a disposição elencada no §1º do art. 171, no que tange à suspensão cautelar do processo licitatório, tem afinidade com o art. 113, *caput* e §2º, da Lei nº 8.666/1993, e indica consonância com a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no MS 24.510/DF. A esse respeito, afirmam os autores:

A regra do §1º do art. 171 da Lei 14.133/2021 [...].

[...]

O dispositivo tem afinidade com o art. 113, *caput* e §2º da Lei no 8.666/1993. E, segue orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal a partir do MS 24.510, no sentido de que os Tribunais de Contas possuem competências para a expedição de medidas cautelares tendentes a sustar procedimentos licitatórios, independentemente da fixação de prazo para o para(sic) o exato cumprimento da lei, em razão da necessidade de conferir eficácia às decisões por ele proferidas. De acordo com o STF a medida cautelar expedida pelos Tribunais de Contas busca fundamento no art. 71, IX, da Constituição, interpretado conforme a teoria dos poderes implícitos. (Ferraz; Motta, 2022, p. 532-533)

Desse modo, na seara do direito administrativo, para Ferraz e Motta (2022, p. 533) o tema foi tratado de forma adequada pelo legislador, visto que o art. 71⁴, inciso X, da CR/1988, assegura competência aos tribunais de contas para sustar atos administrativos – e o procedimento licitatório é uma sucessão de atos administrativos –, ainda que não se lhes reconheça a competência para sustar contratos administrativos, que, no caso, compete ao Poder Legislativo, conforme §1º do artigo referenciado.

Ainda no tocante à disposição do art. 171, §1º, Rodrigues (2021, p. 175) destaca que essa regra limitou, sob o aspecto temporal, os pronunciamentos da referida corte no que diz respeito aos processos de natureza cautelar. Tal fato, para Nascimento, Ramos e Lima Filho, implica grave equívoco e invasão de competência do TCU. Nesse sentido, concluem os autores que:

[...] o novel diploma não seguiu as melhores práticas legislativas, cometendo grave equívoco ao invadir a competência do TCU. No parágrafo primeiro do artigo 171, a NLLC estabelece que, ao suspender cautelarmente o processo licitatório [...]

Para continuar a análise da NLLC, no tocante à atuação do TCU, é necessário considerar que esta Corte apura e julga processos nas mais diversas áreas de aplicação de recursos públicos federais, inclusive utilizando-se de fiscalizações que são planejadas e executadas por ela própria. Segundo o próprio Tribunal, a ordem de julgamentos decorre de critérios internacionais de auditoria, tendo o art. 170 da Lei 14.133/2021 positivado que “Os órgãos de controle adotarão, na fiscalização dos atos previstos nesta Lei, critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco e considerarão as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis e os resultados obtidos com a contratação, observado o disposto no § 3º do art. 169 desta Lei”. O problema não está nos critérios estabelecidos, mas no prazo.

Neste sentido, conforme defendido pela EFS, há possibilidade de que o acatamento do prazo do artigo 171, parágrafo primeiro, resulte em inversão de prioridades, com prejuízo ao interesse público e comprometimento da eficácia e eficiência do controle das contratações

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

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

[...]

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

previsto na nova legislação, estando portanto presentes elementos aptos a comprovar que a expressão “no prazo de 25 (vinte e cinco) dias úteis, contado da data do recebimento das informações” padecente de inconstitucionalidade formal subjetiva, pois a origem do projeto que aprovou a Lei não poderia ser do Parlamento, por violação à reserva de iniciativa legislativa dos Tribunais de Contas para alteração de sua organização e funcionamento. (Nascimento; Ramos; Lima Filho, 2022, p. 4979-4980)

De outro lado, divergindo do entendimento de Nascimento, Ramos e Lima Filho destacado supra, Amorim defende a constitucionalidade dos dispositivos que orientam a atuação dos tribunais de contas na NLLC e aduz:

[...] Portanto, do art. 22, inciso XXVII, da CF/88, advém a competência do legislador nacional para disciplinar a atuação de todos aqueles que desempenham atribuições relacionadas às contratações, o que contempla as esferas administrativa e controladora, inclusive os tribunais de contas.

A alegação de inconstitucionalidade de dispositivos da NLLCA que orientam a atuação dos tribunais de contas sob a justificativa de contrariarem os “arts. 73, caput, e 96, I, ‘a’”, da CF/88 não merece prosperar, pois, assim como os tribunais judiciários exercem competências em conformidade com o direito material e processual editado com base no art. 22 da CF/88, não há óbice de o legislador nacional definir, no direito das contratações públicas, agora com fundamento no art. 22, inciso XXVII, da CF/88, regras materiais e processuais a serem observadas pelos tribunais de contas no exercício de suas competências, o que possibilitará o tratamento uniforme da matéria em todo o País, contribuindo para que todas as atividades subjacentes à contratação estejam sujeitas a regras padronizadas.

Nessa linha, apesar de respeitáveis opiniões divergentes de membros de tribunais de contas, não se coaduna ao arcabouço constitucional, quando se exige “homogeneidade e harmonia nacionais” no tratamento das contratações públicas, interpretação restritiva das competências do legislador consagradas no art. 22, inciso XXVII, da CF/88, e não se depreende, do conteúdo normativo dos arts. 170 e 171 da NLLCA, sob risco de sérios prejuízos à função legiferante do Congresso Nacional, qualquer ingerência nas autonomias funcional, administrativa e financeira dos tribunais de contas, mas simples regras materiais e processuais necessárias para potencializar o alcance das finalidades das contratações públicas, todas conformadoras da atuação das esferas administrativa e controladora. (Amorim, 2022, p. 568)

Para Rodrigues (2021, p. 175), também importa aos tribunais de contas o estabelecimento de um ônus argumentativo, conforme art. 171, §1º, incisos I e II, haja vista o dever imposto no sentido de definir, de forma objetiva, em seus provimentos de natureza cautelar, as causas ensejadoras da suspensão e o modo como será garantido o atendimento do interesse público obstado pela suspensão da licitação, no caso de objetos essenciais ou de contratação por emergência, apesar da especificação do comando já estabelecido no art. 21, *caput*, da LINDB, qual seja, o dever de indicar expressamente as consequências jurídicas e administrativas de sua decisão.

Já o estatuído no §3º do art. 171 da NLLC impõe dever aos tribunais, vez que prevê que a decisão de mérito nos processos cautelares defina as medidas necessárias e adequadas, em face das alternativas possíveis, para o saneamento do processo licitatório. Sobre o referido parágrafo, Rodrigues (2021, p. 175) salienta que a norma se encontra em harmonia com o parágrafo único do art. 20 da LINDB – dever de considerar as possíveis alternativas antes de reconhecer a invalidade –, assim como com o parágrafo único do art. 21 da LINDB, o qual prevê que a decisão de invalidação indique, quando for o caso, as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime, sem prejuízo aos interesses gerais.

Encerrando o capítulo próprio dedicado ao controle, o art. 173 da NLLC indica que os tribunais de contas deverão, por meio de suas escolas de contas, promover eventos de capacitação para os servidores

efetivos e empregados públicos designados para o desempenho de funções essenciais à execução da referida lei, o que para Torres (2021, p. 810) é “uma disposição legal despidianda, uma vez que, há mais de uma década, diversas Escolas de Tribunais de Contas possuem destaque na realização de eventos de capacitação nesta área”.

Em face das considerações precedentes, depreende-se que, se, de um lado, as limitações e/ou deveres mencionados vão ao encontro dos princípios da segurança jurídica, da celeridade, da eficiência, do planejamento e da razoabilidade, elencados em seu art. 5º, de outro, são objetos de questionamento pelo TCU face à previsão privativa assegurada constitucionalmente a tais cortes no sentido de “elaborar seu regimento interno e propor ao Poder Legislativo” a alteração de sua organização ao encontro do estatuído nos artigos 73⁵, 75⁶ e 96⁷, I, “a”, e II, “d” da CR/1988, assim como considerando o princípio da separação e independência dos poderes insculpido no art. 2º da Constituição – atribuição de função típica de gestor aos tribunais.

Considerando a prerrogativa de autonomia e autogoverno assegurada constitucionalmente aos tribunais de contas, é que a inconstitucionalidade das disposições elencadas nos §§1º e 2º do art. 171 da Lei nº 14.133/2021 foi suscitada pelo Tribunal de Contas da União, conforme Acórdão nº 2463/2021, em que restou apresentada proposta no sentido de se promover representação junto à Procuradoria-Geral da República e o encaminhamento de cópia da respectiva representação à Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (Atricon), com vistas ao ajuizamento de ação direta de constitucionalidade (ADI).

3 ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS ATRIBUIÇÕES CONFERIDAS AOS TRIBUNAIS DE CONTAS NA LEI Nº 14.133/2021

3.1 O controle externo exercido pelos tribunais de contas

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, o Tribunal de Contas da União adquiriu nova conformação e novas competências, assim como autonomia administrativa e financeira, e aos seus membros foram conferidas as mesmas prerrogativas e garantias dos membros do Poder Judiciário, tornando-o, assim, órgão totalmente independente em relação a qualquer dos poderes do Estado.

Nesse contexto, o controle externo, no âmbito financeiro, é exercido pelo Tribunal de Contas da União e pelos tribunais de contas dos Estados e Municípios, na forma do art. 70, *caput*⁸, da CR/1988. Isto é, o

5 Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.

[...]

§ 3º Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) [...]

6 Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros.

7 Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos; [...]

II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169: [...]

d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;

III - aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

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

Poder Executivo é controlado e fiscalizado pelo Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas para a apreciação das contas anuais do Executivo.

Como bem destacaram Albuquerque, Medeiros e Feijó (2013, p. 401), o controle externo é “aquele realizado pelo Poder Legislativo, com o auxílio das cortes de contas, compreendendo também um conjunto de atividades, planos, métodos e procedimentos estruturados e integrados”, cujo objetivo é assegurar a isenção dos agentes controladores no que tange à avaliação e comprovação de desvios ou de ajustes.

Sobre o tema, Kildare Gonçalves Carvalho (2010, p. 1279) ensina que, tradicionalmente, nas Constituições democráticas, a fiscalização da atividade financeira e do orçamento cabe ao Poder Legislativo, ou seja, a um órgão distinto do Executivo, o que não exclui o seu dever de autofiscalização mediante sistema de controle interno.

Sob a ótica do direito constitucional, José Afonso da Silva (2005, p. 751) assinala que o controle externo “consiste na atuação da função fiscalizadora do povo, através de seus representantes” e complementa enfatizando que tal atuação se concretiza através do Poder Legislativo, com o auxílio dos tribunais de contas.

Já Carvalho Filho (2014, p. 956) assevera que o controle externo está enquadrado sob o aspecto da extensão e assim destaca que referido controle ocorre mediante atuação de órgão fiscalizador situado em administração diversa daquela de onde a conduta administrativa se originou – por exemplo, o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos do Executivo em ações judiciais ou pelo Tribunal de Contas sobre os atos do Executivo e do Judiciário.

Assim como Carvalho Filho, Uadi Lammêgo Bulos (2003, p. 868) pontua o fato de que o controle externo é exercido por órgão diverso do controlado, ressaltando a sua natureza técnica, assim como a sua finalidade principal de fiscalizar e de, excepcionalmente, atuar em situações de irregularidade.

E Hely Lopes Meirelles (1999, p. 631), por seu turno, destaca que o controle externo é, por excelência, um controle político de legalidade contábil – Legislativo – e financeira – Tribunal de Contas – e, como tal, objetiva comprovar a probidade da administração pública e a regularidade do uso e/ou aplicação dos bens e recursos públicos e da execução orçamentária.

Desse modo, tem-se que a Constituição atribuiu ao Poder Judiciário, no exercício de controle externo da administração pública, a competência para rever os atos administrativos. Há de se considerar ainda o controle externo exercido pelo Ministério Público – controle da função administrativa estatal –, conforme artigos 127, *caput* (defensor de interesses sociais), art. 129, inciso II (defensor de interesses difusos), e art. 129, inciso III (tutor de direitos constitucionais em face dos poderes públicos), todos da Constituição e, o que aqui interessa, o controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União, cujas atribuições se encontram elencadas no art. 71 da CR/1988.

Assim, nos termos dos artigos 70, 71 e 72 da Constituição da República de 1988, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União se dará por meio do controle externo realizado pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas da União (TCU). De acordo com o princípio da simetria, o mesmo ocorre nas outras esferas da administração pública, em que estados e municípios são controlados externamente por suas respectivas assembleias e câmaras legislativas e pelos tribunais de contas estaduais e municipais.

Ao encontro do disposto nos artigos 70, *caput*, parágrafo único, e art. 71, *caput*, incisos I a XI, da CR/1988, a Lei Orgânica (LO) do TCU, instituída pela Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, conforme artigo 1º, incisos I a V, evidencia o caráter fiscalizatório da respectiva Corte de Contas.

Importante citar que a função fiscalizatória atribuída constitucionalmente aos tribunais de contas, como consequência da teoria dos poderes implícitos, compreende a possibilidade de essas cortes determinarem medidas cautelares, conforme se extrai do paradigmático precedente do Supremo Tribunal Federal, MS 24510/DF⁹, de Relatoria da Ministra Ellen Gracie.

Não obstante o Tribunal de Contas da União tenha como uma de suas funções constitucionais auxiliar o Poder Legislativo, Cury Neto (2012) destaca que se trata de um órgão autônomo de matriz constitucional e, como tal, não se vincula a nenhum outro poder instituído.

Seguindo essa mesma linha de pensar, Odete Medauar (2010, p. 404) afirma que, em razão das próprias normas constitucionais, é impossível considerar referido tribunal como subordinado ou inserido na estrutura do Poder Legislativo.

Corroborando a ideia de autonomia e de autogoverno das cortes de contas, Alexandre de Moraes (2011, p. 450) preleciona que “o Tribunal de Contas da União é um órgão auxiliar e de orientação do Poder Legislativo, embora a ele não subordinado, praticando atos de natureza administrativo, concernentes, basicamente, à fiscalização”.

Não diverge quanto ao exposto nas considerações de Carlos Ayres Brito (2005b), ao asseverar que a referência organizativo-operacional das cortes de contas não está e/ou decorre do Poder Legislativo, mas sim do Poder Judiciário, equiparando os tribunais de contas aos tribunais judiciários:

A referência organizativo-operacional que a Lei Maior erige para os Tribunais de Contas não reside no Poder Legislativo, mas no Poder Judiciário. Esta a razão pela qual o art. 73 da Carta de Outubro confere ao Tribunal de Contas da União, “no que couber”, as mesmas atribuições que o art. 96 outorga aos tribunais judiciários. Devendo-se entender o fraseado “no que couber” como equivalente semântico da locução *mutatis mutandis*; ou seja, respeitadas as peculiaridades de organização e funcionamento das duas categorias de instituições públicas (a categoria do Tribunal de Contas da União e a categoria dos órgãos que a Lei Maior da República eleva à dignidade de um tribunal judiciário). (Britto, 2005b)

E sob essa perspectiva, Ayres Brito (2005) destaca que, para além de não ser órgão do Poder Legislativo, “não é órgão auxiliar do Parlamento Nacional, naquele sentido de inferioridade hierárquica ou subalteridade funcional”, enfatizando que, em tema de controle, são instituições que atuam com independência e em harmonia recíproca.

3.2 Os fundamentos do Acórdão nº 2463/2021 (TCU)

Pelo teor do Acórdão nº 2463/2021¹⁰ (TCU), de relatoria do Ministro Bruno Dantas, extrai-se que os questionamentos do Tribunal de Contas da União, no tocante à inconstitucionalidade, referem-se ao *caput*, ao §1º e ao inciso II do respectivo parágrafo do art. 171¹¹ da NLLC, assim como ao §3º desse mesmo artigo.

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal do Pleno). Mandado de Segurança (MS) 24510/DF. Relatora: Ministra Ellen Gracie, 19 nov. 2003. **Diário da Justiça**, 19 mar. 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur13476/false>. Acesso: 30 jul. 2022.

10 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2463/2021 - Plenário. Processo TC nº 019.315/2021-0. Relator: Ministro Bruno Dantas, 13 out. 2021.

11 Art. 171. Na fiscalização de controle será observado o seguinte:
[...]

Especificamente quanto ao §1º do art. 171 da NLLC, entende o tribunal que o estabelecimento de dever para que a Corte se pronuncie no prazo 25 dias úteis, prorrogável uma única vez, acerca do mérito que ensejou a suspensão cautelar de licitação interfere no funcionamento e organização dos tribunais de contas. Isto porque, para cumprir referido prazo, os tribunais, conforme consignado pelo relator, “precisarão reorganizar internamente sua força de trabalho, realocando auditores e redirecionando esforços de técnicos e autoridades para análise dos processos que envolvam medidas cautelares em licitações”.¹²

A limitação temporal, na prática, altera as leis orgânicas de todos os tribunais de contas, o que, no entender do TCU, implica invasão de competência de autogoverno das respectivas cortes, haja vista o fato de que os tribunais é que têm legitimidade para tal.

Ainda sobre o referido dispositivo, no relatório do Acórdão nº 2463/2021, restou destacado o fato de que o tribunal julga processos sobre os mais variados assuntos e que a ordem de julgamentos leva em conta os critérios internacionais de auditoria, tais como risco, materialidade, relevância e oportunidade, ao encontro do que preconiza o art. 170 da NLLC. Também, que não se pode confundir urgência de uma medida cautelar com a suposta urgência do mérito do processo. Ademais, por ser tema atinente à sua organização interna, os arts. 159 e 179 do Regimento Interno do TCU, assim como a Resolução TCU nº 259/2014, conforme arts. 21 a 28, já conferem prioridade aos processos que envolvem medidas cautelares.

Em complemento à análise quanto à limitação temporal estatuída no art. 171, §1º, da NLLC, o relator, Ministro Bruno Dantas, argumenta que o prazo de 25 dias úteis seria inexequível no que diz respeito a decisões mais complexas. Para tanto, chama a atenção para o disposto no art. 1º, §3º, da Lei Orgânica do TCU e destaca o teor do art. 27 da Resolução TCU nº 259/2014, o qual prevê que a unidade técnica dispõe de 15 dias, contados do recebimento da resposta enviada pelas partes, para apresentar manifestação quanto aos fundamentos e à manutenção ou não da cautelar, prazo que, face à impossibilidade de cumprimento, poderá ser alterado por proposta da unidade técnica.

Ainda, corroborando a ideia de inviabilidade de atendimento do prazo de 25 dias úteis, o relator destaca que, em razão de o tribunal apurar e julgar processos dos mais variados assuntos, para além de licitações, como no tocante a irregularidades na aplicação de recursos públicos atinentes às mais diversas ações estatais de elevada complexidade, há iminente risco de se comprometer e/ou prejudicar a atuação da Corte de Contas e/ou de frustrar o objetivo da medida cautelar. Isto é, para atender ao prazo de 25 dias úteis para apreciação do mérito de irregularidades objeto de cautelar em processo licitatório, com a qualidade e o rigor técnico que caracterizam a atuação do TCU, corre-se o risco de comprometer e/ou prejudicar outras fiscalizações que também são importantes e urgentes, bem como de frustrar os

§ 1º Ao suspender cautelarmente o processo licitatório, o tribunal de contas deverá pronunciar-se definitivamente sobre o mérito da irregularidade que tenha dado causa à suspensão no prazo de 25 (vinte e cinco) dias úteis, contado da data do recebimento das informações a que se refere o § 2º deste artigo, prorrogável por igual período uma única vez, e definirá objetivamente:

I - as causas da ordem de suspensão;

II - o modo como será garantido o atendimento do interesse público obstado pela suspensão da licitação, no caso de objetos essenciais ou de contratação por emergência.

§ 2º Ao ser intimado da ordem de suspensão do processo licitatório, o órgão ou entidade deverá, no prazo de 10 (dez) dias úteis, admitida a prorrogação:

I - informar as medidas adotadas para cumprimento da decisão;

II - prestar todas as informações cabíveis;

III - proceder à apuração de responsabilidade, se for o caso.

§ 3º A decisão que examinar o mérito da medida cautelar a que se refere o § 1º deste artigo deverá definir as medidas necessárias e adequadas, em face das alternativas possíveis, para o saneamento do processo licitatório, ou determinar a sua anulação.

§ 4º O descumprimento do disposto no § 2º deste artigo ensejará a apuração de responsabilidade e a obrigação de reparação do prejuízo causado ao erário.

12 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2463/2021 - Plenário. Processo TC nº 019.315/2021-0. Relator: Ministro Bruno Dantas, 13 out. 2021.

objetivos pretendidos com a adoção de medida cautelar no âmbito dos tribunais de contas, o que vai de encontro ao disposto no art. 71 da CR/1988.

O relator argumenta ainda que o prazo de 25 dias úteis preconizado pelo art. 171, §1º, da NLLC não pode ser imposto aos tribunais de contas estaduais e municipais, em razão do princípio da simetria expressamente previsto no art. 75, *caput*, da Constituição – a autonomia e autogoverno conferidos ao TCU pelo art. 73 c/c art. 96 da CR/1988 são também prerrogativas dos tribunais de contas estaduais e municipais. Além disso, salienta que referido dispositivo legal não se insere na competência da União para legislar sobre normas de licitação e contratação, conforme disposição elencada no art. 22, XXVII, da CR/1988, vez que não trata de prazo atinente ao processo licitatório, mas sim de prazo para exercício do controle externo.

Assim, como corolário, afirma que ao impor limitação temporal ao TCU, resta configurada inconstitucionalidade formal do art. 171, §1º, da NLLC, haja vista flagrante violação aos arts. 73 c/c 96, I, “a”, e “d”, da CR/1988, conforme entendimento pacífico do STF que confere às cortes de contas as prerrogativas de autonomia e autogoverno, inclusive, no tocante à iniciativa privativa para o processo legislativo atinente à alteração da sua organização e funcionamento. De igual modo, considerando os termos do art. 71 da CR/1988, frisa que resta também caracterizada inconstitucionalidade material, uma vez que prejudica o exercício das atribuições constitucionais das cortes de contas.

Ainda no tocante ao §1º do art. 171 da NLLC, o Tribunal de Contas vislumbra a possibilidade de, subsidiariamente à declaração de inconstitucionalidade, dar-lhe interpretação conforme a CR/1988, fixando o entendimento no sentido de que eventual descumprimento do referido prazo não implica cessação dos efeitos da medida cautelar. Nessa hipótese, deve ser reconhecida a natureza de prazo impróprio. E, nesse sentido, o relator, Ministro Bruno Dantas, argumenta que, da leitura do art. 171 em questão, é possível inferir que o prazo a que se refere o §1º é impróprio, haja vista o fato de que o §4º desse mesmo artigo prevê sanção apenas para o eventual descumprimento do prazo fixado para o órgão ou entidade licitante. Isto é, não há previsão de sanção em caso de descumprimento desse prazo por parte do tribunal.

Por seu turno, quanto ao inciso II do §1º e §3º do art. 171 da NLLC, os quais preconizam que, ao suspender cautelarmente o processo licitatório, caberá à Corte de Contas em seu pronunciamento de mérito, definir objetivamente o “modo como será garantido o atendimento do interesse público obstado” e “as medidas necessárias e adequadas, em face das alternativas possíveis, para o saneamento do processo licitatório”, o relator argumenta que referidos dispositivos estabelecem deveres que impelem o controle interno a extrapolar os limites da sua competência constitucional.

No âmbito desse assunto, sob a ótica do interesse público, o relator, Ministro Bruno Dantas, salienta que, ao lado dos requisitos positivos para a adoção da medida cautelar, quais sejam, perigo de demora e plausibilidade do direito, necessário se faz esclarecer sobre a incidência de eventual perigo da demora inverso, conforme expressa previsão do parágrafo único do art. 22 da Resolução TCU nº 259/2014, todavia, não cabe à referida Corte definir como o interesse público será atendido. Nessa linha de pensar, argui que não cabe ao tribunal definir o modo como o interesse público deve ser atendido, uma vez que tal definição pressupõe juízo de conveniência e oportunidade, atribuições que são atinentes exclusivamente ao administrador público.

À vista disso, nesse acórdão referenciado, entendeu o TCU que, não obstante o tribunal tenha de cuidar para não inviabilizar o atingimento do interesse público ao suspender cautelarmente um processo licitatório, não pode a Corte de Contas substituir o gestor, usurpando sua competência, a fim de determi-

nar a melhor forma para atingir o interesse público. Como corolário, tem-se que o art. 171, §1º, inciso II, da NLLC incorre em inconstitucionalidade formal e material.

Inconstitucionalidade formal subjetiva porque, ao criar dever para o tribunal, interfere na sua organização e funcionamento, desconsiderando as prerrogativas de autonomia e autogoverno deste, no que tange à iniciativa privativa para propor processo legislativo com tal finalidade, caracterizando, portanto, violação aos arts. 73 c/c 96, I, “a”, e II, “d”, da CR/1988. E inconstitucionalidade formal orgânica porque, conforme já mencionado anteriormente relativamente ao §1º do art. 171 da NLLC, a União não dispõe de competência legislativa para estabelecer deveres aos tribunais de contas estaduais e municipais, sobretudo quando não possam ser considerados consequência das normas da CR/1988 aplicáveis em razão do princípio da simetria, o que implica afronta aos arts. 18, 25, *caput*, e §1º, c/c art. 73, 75 e 96 da CR/1988.

De igual modo, no acórdão do TCU restou consignado que referido dispositivo incorre em inconstitucionalidade material, uma vez que impõe aos tribunais de contas a atribuição típica de gestor público e, como tal, estranha à atividade de controle externo, caracterizando, assim, violação ao art. 2º, que trata do princípio da separação dos poderes, e ao art. 71, que dispõe acerca das competências dos tribunais de contas (princípio da simetria), ambos da Constituição.

Nessas mesmas espécies de inconstitucionalidades e pelos mesmos motivos incorre o §3º do art. 171 da NLLC, ao fixar que os tribunais de contas têm o dever de definir “as medidas necessárias e adequadas, em face das alternativas possíveis, para o saneamento do processo licitatório”, haja vista que ao controle externo compete apontar a irregularidade e a necessidade de saneamento, se for o caso, e não praticar ato essencialmente discricionário, de competência exclusiva do gestor público.

Desse modo, conclui o relator que tanto o §1º, inciso II, quanto o §3º, ambos do art. 171 da NLLC são formalmente inconstitucionais por violarem os arts. 18, 25, *caput* e § 1º, c/c art. 73, 75 e 96 da CR/1988, e materialmente inconstitucionais, por violarem os artigos 2º e 71, também da Constituição da República.

3.3 Precedentes jurisprudenciais do STF

Perante o Supremo Tribunal Federal, há jurisprudência no tocante à autonomia e ao autogoverno assegurados constitucionalmente aos tribunais de contas, tal como ao Poder Judiciário, o que compreende competência privativa às cortes de contas para iniciar processo legislativo objetivando alterar sua organização e funcionamento, inclusive no que tange à sua forma de atuação, competências, garantias e deveres.

Em vista disso, destaca-se a decisão proferida no âmbito da ADI nº 4418/TO¹³, em que se discutiu a interferência do Poder Legislativo no poder de autogoverno e na autonomia do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, haja vista a alteração e revogação de dispositivos da Lei estadual nº 1.284/2001 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins) por meio da edição da Lei estadual nº 2.351/2010 (Lei originária de proposição parlamentar) e cujo julgamento foi pela procedência da ação, declarando-se a inconstitucionalidade formal, por vício de iniciativa.

De igual modo, sobressai o julgamento da ADI nº 4643/RJ¹⁴, que analisou a alteração de diversos dispositivos da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, a partir da edição da Lei Com-

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4418/TO. Relator: Ministro Dias Toffoli, 15 dez. 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**, 3 mar. 2017.

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4643/RJ. Relator: Ministro Luiz Fux, 15 maio 2019. **Diário da Justiça Eletrônico**, 3 jun. 2019.

plementar nº 142/2011, de origem parlamentar, em flagrante violação às prerrogativas da autonomia e do autogoverno dos tribunais e contas, matéria afeta a leis de iniciativa privativa dos próprios tribunais.

Do voto do Ministro Luiz Fux – ADI 4643/RJ –, extrai-se ainda o entendimento acerca da extensão da prerrogativa conferida constitucionalmente ao Tribunal de Contas da União e aos tribunais de contas estaduais e municipais, conforme preconiza o art. 75 da CR/1988 e como decorrência lógica da simetria que se projeta em matéria organizacional. Esse mesmo entendimento é também verificado nos precedentes: ADI 4416/PA¹⁵ e ADI 3307/MT¹⁶, respectivamente.

Ainda relativamente à ADI 4643/RJ, a partir da ementa da decisão que deferiu a Medida Cautelar – ADI 4643/RJ MC¹⁷ –, é possível inferir o entendimento no sentido de que compete privativamente aos tribunais de contas – matérias de iniciativa privativa destes – dispor sobre sua forma de atuação, competências, garantias, deveres e organização. Nesse mesmo sentido, destacam-se os precedentes: ADI 789/DF¹⁸, ADI 1994/ES¹⁹ e ADI 3223/SC²⁰.

Em decisão recente, apreciando situação análoga à detectada no âmbito do Acórdão nº 2463/2021, Plenário, do TCU, o STF declarou inconstitucional o prazo de 30 dias fixado pelo art. 2º da Lei nº 10.001/2000 para o Ministério Público adotar providências relativas aos fatos apurados por Comissão Parlamentar de Inquérito ou apresentar justificativas ao Congresso Nacional no caso de omissão, considerando a usurpação da iniciativa privativa do Presidente da República e/ou do Chefe do Ministério Público, conforme ADI 5351/DF²¹, entendimento este que é corroborado pelos seguintes precedentes: ADI 3041/RS²², ADI 5402/PI²³ e ADI 4142/RO²⁴.

3.4 Análise de constitucionalidade dos §§1º e 3º do art. 171 da Lei nº 14.133/2021

Segundo Flávio Martins, em razão da supremacia formal da Constituição sobre as demais leis de um país, tem-se que a análise de constitucionalidade implica a verificação de compatibilidade das leis e dos atos normativos com a Constituição. Nesse sentido, o referido autor assevera que:

A supremacia da Constituição sobre as demais leis conduz a uma superioridade hierárquico-normativa e, com isso, o fato de que todos os atos normativos devem ser compatíveis com a Constituição, material e formalmente, sob pena de serem inválidos. A compatibilidade deve ser material (o conteúdo dos atos deve ser harmonioso com o conteúdo constitucional) e formal (os atos devem ser elaborados conforme os procedimentos estabelecidos pela Lei Maior). (Martins, 2020, p. 450)

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.416/PA. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 6 out. 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, 28 out. 2010.

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade n. 3.307/MT. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 2 fev. 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, 29 maio 2009.

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4643/RJ MC. Relator: Ministro Luiz Fux, 6 nov. 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**, 28 nov. 2014.

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 789/DF. Relator: Ministro Celso de Melo, 26 mai. 1994. **Diário da Justiça**, Brasília, 19 dez. 1994.

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.994/ES. Relator: Ministro Eros Grau, 24 maio 2006. **Diário da Justiça**, 8 set. 2006.

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.223/SC. Relator: Ministro Dias Toffoli, 6 nov. 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**, 2 fev. 2015.

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5351/DF. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, sessão virtual 11 jun. 2021 a 18 jun. 2021 (Ata nº 20, de 21 jun. 2021. DJe nº 127, divulgado em 28 jun. 2021). **Diário da Justiça Eletrônico**, 20 ago. 2021.

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.041/RS. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 10 nov. 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, 1º fev. 2012.

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.402/PI. Relator: Ministro Luiz Fux, 30 ago. 2019. **Diário da Justiça Eletrônico**, 16 set. 2019.

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.142/RO. Relator: Ministro Roberto Barroso, 20 dez. 2019. **Diário da Justiça Eletrônico**, 26 fev. 2020.

Nessa mesma linha de pensar, Alexandre de Moraes (2011, p. 755) afirma que “a ideia de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais”, assim como destaca que o controle da constitucionalidade implica verificar a adequação e/ou a compatibilidade de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição – requisitos formais e materiais.

Note-se que a inconstitucionalidade pode decorrer de omissão ou por ação. A inconstitucionalidade por omissão se caracteriza pela inação do Estado se e quando deixa de cumprir seus deveres (expressos ou implícitos) impostos constitucionalmente – inconstitucionalidade por omissão “por ausência de complemento normativo” ou “por descumprimento do mínimo essencial”. Sobre essa classificação, Flávio Martins destaca:

[...] há na Constituição várias normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo (as normas constitucionais que precisam de complementação, regulamentação). [...] Caso o Estado não faça essas leis, determinadas pela Constituição, está agindo (ou melhor, não agindo) de forma contrária aos ditames constitucionais. (Martins, 2020, p. 465)

Já a inconstitucionalidade por ação – hipótese de inconstitucionalidade mais comum – diz respeito à edição de lei ou de ato normativo que afronta e/ou viola a Constituição, pontua Martins (2020, p. 465). Esta se subdivide em inconstitucionalidade por ação: material e formal. Quanto a isso, o referido autor assevera que ocorre a inconstitucionalidade material “quando o conteúdo da lei ou ato normativo fere a Constituição. Assim, se o conteúdo de uma lei violar as regras ou princípios constitucionais, poderá ser declarado inconstitucional, pelo vício material”.

Já no tocante à inconstitucionalidade formal, Martins (2020, p. 471-474) destaca que esta ocorre quando há vício no processo de criação da norma, ou seja, na sua forma, e se subdivide em inconstitucionalidade formal orgânica (vício de inconstitucionalidade decorrente da incompetência para elaboração da lei ou ato normativo); inconstitucionalidade formal propriamente dita (ocorre quando há um vício no processo de formação da lei, por exemplo, vício de iniciativa – o projeto de lei é elaborado por quem não tem legitimidade para fazê-lo – ou vício formal objetivo, caso haja algum outro vício, irregularidades, nas demais etapas da criação da norma, no seu processo legislativo); e inconstitucionalidade formal por violação a pressupostos objetivos do ato normativo, hipótese em que a lei, ou ato normativo, é feita pela autoridade correta, legítima, respeita integralmente o seu procedimento de criação, contudo, deixa de atender a um requisito objetivo externo.

Ainda sobre a ocorrência de inconstitucionalidade formal e material, em consonância com entendimento de Martins, Luís Roberto Barroso (2012, p. 48) preleciona que a produção de ato legislativo sem a observância das normas de competência ou do procedimento estabelecido para tal ensejará inconstitucionalidade formal. De outro lado, se o conteúdo do ato contrariar norma substantiva da Constituição – regra ou princípio –, ocorrerá inconstitucionalidade material. E, em complemento, no tocante ao vício de forma, Barroso destaca que a inobservância da competência para edição do ato implicará inconstitucionalidade formal orgânica, enquanto a inobservância do devido processo legislativo próprio acarretará inconstitucionalidade formal propriamente dita:

A primeira possibilidade a se considerar, quanto ao vício de forma, é a denominada inconstitucionalidade orgânica, que se traduz na inobservância da regra de competência para a edição do ato. [...] De outra parte, haverá inconstitucionalidade formal propriamente dita se determinada espécie normativa for produzida sem a observância do processo legislativo próprio.

O processo ou o procedimento legislativo completo compreende iniciativa, deliberação, votação, sanção ou veto, promulgação e publicação. O vício mais comum é o que ocorre no tocante à iniciativa das leis. (Barroso, 2012, p. 48-49)

Por sua vez, quanto à inconstitucionalidade material, Barroso (2012, p. 51) assinala que esta diz respeito a uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva, entre a lei ou ato normativo e a Constituição, e que o controle material de constitucionalidade abarca todas as categorias de normas constitucionais, quais sejam: de organização, definidoras de direitos e programáticas.

Esse mesmo entendimento é apresentado por Gilmar Mendes ao distinguir a inconstitucionalidade material e formal a partir da origem do defeito que macula o ato questionado:

Os vícios formais afetam o ato normativo singularmente considerado, sem atingir o seu conteúdo, referindo-se aos pressupostos e procedimentos relativos à formação da lei.

Os vícios formais traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regras de competência. Nesses casos, viciado é o ato nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua formal final.

[...]

Os vícios materiais dizem respeito ao próprio conteúdo ou ao aspecto substantivo do ato, originando-se de um conflito com regras ou princípio estabelecidos na Constituição. (Mendes; Branco, 2012, p. 1108)

No tocante à NLLC, de forma acertada, Anderson Sant'ana Pedra destaca a imprescindibilidade de interpretar os seus enunciados normativos em conformidade com a Constituição:

Indispensável que os enunciados normativos da Lei no 14.133/2021 sejam interpretados em conformidade com a Constituição brasileira de 1988, para que o microsistema das contratações públicas esteja devidamente calibrado com o sistema normativo constitucional brasileiro, notadamente: os direitos e garantias constitucionais (art. 5º.), os objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º.), o pacto federativo (art. 18), a separação de poderes (art.2º), as normas de competência legislativa (art. 22 e 24) e os princípios publicistas (art. 37, Caput e os demais esparsos). (Pedra, 2022, p. 35-36)

Sobre esse aspecto, o art. 22, XXVII²⁵, da CR/1988 estabelece a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, e é com fundamento nesse dispositivo e por entender que tal competência alcança as esferas administrativa e controladora que Amorim (2022, p. 568) defende a constitucionalidade dos artigos da NLLC que orientam a atuação dos tribunais de contas.

De outro lado, também sob o prisma do art. 22, inciso XXVII, da CR/1988, mas de encontro ao entendimento de Amorim, é que o Tribunal de Contas da União questiona a pretensão do legislador federal em impor prazo uniforme e único para todas as cortes de contas (federal, estaduais e municipais), na forma do §1º do art. 171 da NLLC, vez que considera que o estabelecimento de tal prazo não está inserido na competência constitucional da União para legislar sobre normas gerais de licitação. Sobre essa questão, Nascimento, Ramos e Lima Filho seguindo a mesma linha de raciocínio do TCU, no sentido de que há extrapolação do conteúdo normativo e conseqüente invasão de competência da Corte de Contas, advertem:

A Corte demonstra que resta evidenciado, desta maneira, que a pretensão do legislador federal em impor prazo uniforme e único de 25 dias úteis para todos os Tribunais de Contas, de maneira indistinta, encontra óbice no próprio pacto federativo, e não constitui, pela natureza e objetivo da norma do artigo 171, parágrafo primeiro da NLLC, parâmetro constitucional a ser reproduzido pelo legislador do respectivo ente federativo, seja estadual ou municipal.

25 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;

O dispositivo questionado obviamente não está inserido na competência constitucional da União para legislar acerca de normas gerais de licitação, pois considerando que o prazo demarcado trata de parâmetro relacionado ao exercício do controle externo, não faz parte do processo licitatório propriamente dito.

É elogiável que a NLLC tenha inovado em relação à lei 8.666/93 ao instituir um capítulo específico sobre controle das contratações, especialmente com a normatização da necessidade de adoção dos critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco nas fiscalizações por todos os órgãos de controle, sejam internos ou externos, porém não deixa de ser clara a extrapolação do conteúdo normativo para além da autorização constitucional concedida à União para legislar acerca de licitações e contratações públicas. (Nascimento; Ramos; Lima Filho, 2022, p. 4981)

Com efeito, embora haja entendimento doutrinário de que o Tribunal de Contas seja um órgão subordinado ao Poder Legislativo, prevalece o entendimento no sentido de que se trata de um órgão autônomo, conforme inclusive já destacado supra, e que atua em cooperação com o Legislativo por determinação constitucional.

Nesse sentido, vale destacar as competências próprias e privativas do TCU conforme art. 33, § 2º, e art. 71 da CR/1988.

Essa visão de independência e autonomia da Corte de Contas é defendida por José de Ribamar Barreiros Soares (1996, p. 262), que assevera que a fiscalização dos atos da administração pública exige que esta se dê a partir de um órgão administrativo autônomo, que não pertence à estrutura dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, nem tampouco se subordina a qualquer um deles.

Seguindo esse mesmo raciocínio, Carlos Ayres Britto assinala que a Corte de Contas não faz parte do Parlamento:

Feita a ressalva, começo por dizer que o Tribunal de Contas da União não é órgão do Congresso Nacional, não é órgão do Poder Legislativo. Quem assim me autoriza a falar é a Constituição Federal, com todas as letras do seu art. 44, literis: “O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal” (negrito à parte). Logo, o Parlamento brasileiro não se compõe do Tribunal de Contas da União. Da sua estrutura orgânica ou formal deixa de fazer parte a Corte Federal de Contas e o mesmo é de se dizer para a dualidade Poder Legislativo/Tribunal de Contas, no âmbito das demais pessoas estatais de base territorial e natureza federada. (Britto, 2005b)

O Supremo Tribunal Federal consolida esse entendimento, conforme ADI 4.190/RJ MC:

[...] os Tribunais de Contas ostentam posição eminentemente na estrutura constitucional brasileira, não se achando subordinados, por qualquer vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, de que não são órgãos delegatários nem organismos de mero assessoramento técnico. A competência institucional dos Tribunais de Contas não deriva, por isso mesmo, de delegação dos órgãos do Poder Legislativo, mas traduz emanação que resulta, primariamente, da própria Constituição da República.²⁶

De modo que predomina o entendimento no sentido de que os tribunais de contas gozam de autonomia e de autogoverno, justamente por não se subordinarem ao Poder Legislativo e, como tal, possuem iniciativa reservada para deflagrar o processo legislativo sobre a sua organização e funcionamento, ao encontro do estatuído no art. 73, *caput*, c/c art. 75, *caput*, e art. 96, I, alínea “a”, e inciso II, alínea “d”, todos da Constituição.

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.190/RJ MC. Relator: Ministro Celso de Melo, 10 mar. 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, 11 jun. 2010.

Sintetizando a ideia de autonomia do Tribunal de Contas, que corrobora o consignado no Acórdão nº 2463/2021 do TCU, Flávio Martins afirma:

[...] Tanto é verdade essa autonomia do Tribunal de Contas que, como vimos no início deste capítulo, gozam de autonomia de autogoverno, pois podem deflagrar o processo legislativo sobre sua organização e funcionamento: “o Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96”. Como vimos acima, o art. 96, II, fala da iniciativa reservada ao Judiciário sobre organização e remuneração de seus membros, dentre outros temas. Dessa maneira, projeto de lei que versa sobre a organização, funcionamento, remuneração dos membros do Tribunal de Contas será de iniciativa reservada do próprio Tribunal de Contas, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal: “Conforme reconhecido na Constituição de 1988 e por esta Suprema Corte, gozam as Cortes de Contas do país das prerrogativas da autonomia e do autogoverno, o que inclui, essencialmente, a iniciativa reservada para instaurar processo legislativo que pretenda alterar sua organização e seu funcionamento, como resulta da interpretação sistemática dos arts. 73, 75 e 96, II, d, da CR” (ADI 4.418-MC, rel. Min. Dias Toffoli). (Martins, 2020, p. 1334-1335)

Feitas essas breves considerações sobre o controle de constitucionalidade, importante considerar que o relatório do Acórdão nº 2463 do TCU faz referência à ocorrência de inconstitucionalidade formal e material do §1º, II, e §3º do 171 da NLLC. Aqui cabe registro no sentido de que a disposição do §1º do art. 171 da NLLC destoa do estatuído no *caput* do art. 276²⁷ do Regimento Interno do TCU, que prevê a “suspensão do ato ou do procedimento impugnado [...] até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão”.

De modo que, em tese, a fixação, pela NLLC, de prazo para o exercício do controle externo, na forma do §1º do art. 171, implica usurpação da competência privativa dos tribunais de contas para propositura de lei que discipline a sua forma de atuação, funcionamento e organização interna, prevista conforme art. 73, *caput*, c/c art. 96, I, alínea “a”, e inciso II, alínea “d”, todos da Constituição e, em consequência, inconstitucionalidade formal subjetiva²⁸ – vício de iniciativa ou de competência.

Trata-se de compreensão que tem sido reiteradamente afirmada pelo Supremo Tribunal Federal conforme precedentes já destacados, em especial ADI 4.643/RJ, cuja decisão reconhece que os tribunais de contas gozam das prerrogativas de autonomia e de autogoverno, sobretudo, no que diz respeito à iniciativa privativa para instaurar processo legislativo que tenha como objetivo alterar sua organização e funcionamento, e a inobservância de tal prerrogativa implica inconstitucionalidade formal.

Ainda considerando a decisão proferida no âmbito da ADI 4.643/RJ, tem-se que a competência reservada dos tribunais de contas alcança, inclusive, matéria processual, conforme bem asseverou o relator, Ministro Luiz Fux, em seu voto:

[...]

Trata-se, portanto, de saber se leis de iniciativa parlamentar podem disciplinar questões relativas à organização e ao funcionamento das Cortes de Contas em âmbito estadual.

27 Art. 276. O Plenário, o relator, ou, na hipótese do art. 28, inciso XVI, o Presidente, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.443, de 1992. [...]

28 Subespécie de inconstitucionalidade formal. A inconstitucionalidade formal subjetiva (também chamada de vício de iniciativa ou de competência) ocorre quando a iniciativa legislativa prevista é desrespeitada, por exemplo: um projeto de lei complementar que disponha sobre o Estatuto da Magistratura apresentado pelo Procurador Geral da República, em flagrante ofensa ao art. 93, *caput* da Lei Maior. (JUSTILEX, 20 março, 2007). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Vocabulário Jurídico (Tesouro)**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/tesouro/pesquisa.asp#:~:text=Tesouro%3A%20%20um%20tipo%20de,objetivo%20a%20padroniza%C3%A7%C3%A3o%20da%20informa%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 6 jun. 2022.

[...]

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se consolidou no sentido de que as Cortes de Contas ostentam a prerrogativa de iniciativa privativa para instaurar os processos legislativos relativos às matérias previstas no artigo 96, II, da Constituição Federal. Por oportuno, confira-se a ementa dos seguintes acórdãos proferidos em Plenário:

[...]

Deve ser esclarecido o alcance jurídico-constitucional da expressão “propor ao Poder Legislativo respectivo” na dinâmica do processo legislativo. Ao conferir a citada prerrogativa da Corte de Contas de instaurar o processo legislativo, a Constituição assegura o poder de definição dos interesses relativos a determinada matéria que se pretende sejam tutelados pela ordem jurídica mediante lei.

Essa garantia, de natureza inegavelmente política, visa a preservar a autonomia funcional, administrativa e financeira dos tribunais. Especificamente, a autonomia organizacional e administrativa foi assegurada pelo texto constitucional por meio do poder de autogoverno, que assegura a elaboração de suas próprias normas e diretrizes.

É sabido que a autonomia não consiste somente em ter uma normatividade própria, mas em produzir suas normas, sendo certo que os projetos de lei que devem ser propostos ao Poder Legislativo respectivo consubstanciam o instrumento formal da atuação do poder de iniciativa privativa, poder este consistente na escolha dos interesses a serem tutelados pela ordem jurídica.

O interesse e a eventual decisão de submeter os temas à deliberação legislativa são de exclusiva competência dos Tribunais de Contas e não podem ser eliminados nem mesmo substituídos pela de outro órgão ou entidade. Nesse particular, José Afonso da Silva preleciona que “não pode ser eliminada nem mesmo suspensa provisoriamente por outro órgão ou entidade, vale dizer, nem pelo Congresso Nacional no exercício do poder constituinte derivado, sob pena de inconstitucionalidade” (Princípios do processo de formação das leis no direito constitucional. São Paulo: RT, 1964. p. 14 e ss.).

No mesmo sentido, em sede jurisdicional, o Ministro Celso de Mello assentou que “o desrespeito à prerrogativa de iniciar o processo de positivação do Direito, mediante usurpação do poder sujeito à cláusula de reserva, traduz vício jurídico cuja ocorrência reflete típica hipótese de inconstitucionalidade formal, apta a infirmar, de modo irremissível, a própria integridade do ato legislativo eventualmente editado” (ADI 1.381-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJ de 6/6/2003).

Tratando-se de atribuição judicante, a definição do prazo de pagamento ou eventual parcelamento de débitos imputados pelo tribunal, assim como o procedimento a ser exigido quando verificadas irregularidades pela fiscalização exercida pela Corte, constituem aspectos fulcrais da própria decisão, que competem aos julgadores, à luz do caso concreto e de sua sensibilidade. A determinação dos efeitos da imputação por iniciativa alheia à própria Corte configura ingerência desmedida em sua autonomia.

[...]

Destarte, resta claro pela interpretação sistemática da Constituição da República que esse poder foi exclusivamente conferido pelo poder constituinte originário ao Tribunal de Contas da União (artigo 73), quando se tratar de temas concernentes à sua organização, estruturação interna, funcionamento e atribuições.²⁹

Importante citar ainda que no julgamento da ADI 5351/DF, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, em situação análoga e ao encontro dos fundamentos expendidos pelo Tribunal de Contas no Acórdão nº 2463/2021 – violação à iniciativa privativa do Tribunal de Contas para instaurar processo legislativo que pretenda alterações sobre sua organização e seu funcionamento –, o STF entendeu ser inconstitucional a definição de prazo para que o Ministério Público Federal adotasse providências relativas a

29 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4643/RJ. Relator: Ministro Luiz Fux, 15 maio 2019. **Diário da Justiça Eletrônico**, 3 jun. 2019.

fatos apurados em Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) ou apresentasse justificativas ao Congresso Nacional em caso de omissão.

De igual modo, o referido dispositivo da NLLC, em tese, incorre ainda em inconstitucionalidade formal orgânica, haja vista que o disposto no art. 75 da CR/1988, em decorrência do princípio da simetria, assegura que a autonomia e o autogoverno conferidos ao Tribunal de Contas da União também são prerrogativas dos tribunais de contas estaduais e municipais.

Nesse passo, conforme já destacado anteriormente, o voto do Ministro Luiz Fux, conforme ADI 4.643/RJ, evidencia a lógica do princípio da simetria.

Assim, tem-se, em tese, caracterizada inconstitucionalidade formal orgânica, por violação aos arts. 18 e 25, *caput*, e §1º, *c/c* arts. 73, 75 e 96 da Constituição. Aqui há se ser considerado ainda que o estabelecimento de prazo para os tribunais de contas dos entes subnacionais foge à competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, prevista no art. 22, inciso XXVII, da CR/1988, tendo em vista que não se trata de prazo relacionado diretamente ao processo licitatório, mas sim de prazo atinente ao exercício do controle externo.

Ainda, o mencionado disposto legal da NLLC, ao fixar prazo exíguo para o exercício do controle externo – prazo inexecutável para questões complexas e que pode inviabilizar o pleno exercício do controle –, também, em tese, implica inconstitucionalidade material, vez que obsta o pleno exercício de competências expressas do Tribunal de Contas da União, conforme preconizado no art. 71, sobretudo no que tange à competência para fiscalizar, bem como o próprio poder de cautela, fundado na teoria implícita dos poderes.

De forma subsidiária, no tocante ao prazo previsto no §1º do art. 171 da NLLC, o tribunal vislumbra a possibilidade de que lhe seja dada interpretação conforme a CR/1988, fixando o entendimento no sentido de que eventual descumprimento do referido prazo não implica cessação dos efeitos da medida cautelar – reconhecimento da natureza de prazo impróprio.

Sobre esse ponto, no Acórdão nº 2463/2021, o relator, Ministro Bruno Dantas, assinala que, da leitura do art. 171 em questão, é possível depreender que o prazo a que se refere o §1º é impróprio, vez que, conforme §4º desse mesmo artigo, há previsão de sanção apenas para o eventual descumprimento do prazo fixado para o órgão ou entidade licitante.

Quanto à distinção entre prazos próprios e impróprios, é oportuno o registro quanto à preleção de Elpídio Donizetti:

Com relação às consequências processuais, os prazos se subdividem em próprios e impróprios. Próprios são os prazos destinados à prática dos atos processuais pelas partes. Esses, uma vez não observados, ensejam a perda da faculdade de praticar o ato, incidindo o ônus respectivo (preclusão temporal).

Impróprios, a seu turno, são os prazos atinentes aos atos praticados pelo juiz. Diferentemente dos prazos próprios, entende-se que os impróprios, uma vez desrespeitados, não geram qualquer consequência no processo, o que, do ponto vista da efetividade do processo, é lamentável. [...] Podemos citar como exemplos de prazos impróprios os descritos no art. 226 do CPC: prazo de 5 dias para proferir despacho; prazo de 10 dias para as decisões interlocutórias e de 30 dias para as sentenças. (Donizetti, 2017, p. 500)

Divergindo do entendimento consignado pelo TCU no Acórdão nº 2463/2021, no tocante à interpretação de que o prazo indicado no §1º do art. 171 da NLLC constitui prazo impróprio, Torres assevera que a

inobservância do prazo assinalado para o pronunciamento definitivo quanto ao mérito implica a perda de efeito jurídico da suspensão cautelar:

O legislador definiu um prazo máximo 25 (vinte e cinco) dias úteis, prorrogável uma única vez, que se inicia com o recebimento das informações enviadas pelo órgão interessado, conforme regras definidas em seu §2º, para que o Tribunal de Contas se pronuncie definitivamente. Contudo, a Lei não estabelece claramente quais são os efeitos jurídicos decorrentes de eventual omissão do Tribunal de Contas ou de extrapolação desse prazo.

Para que a disposição de prazo não seja reduzida à inutilidade, afrontando a boa exegese, extrapolando o prazo (com a sua possível prorrogação), sem um pronunciamento definitivo do Tribunal de Contas, a suspensão cautelar do processo licitatório deve perder efeito jurídico. Não faria sentido o legislador definir um prazo máximo para tal pronunciamento, sem que o desrespeito a este limite produzisse qualquer efeito. Tal inteligência tornaria inútil a própria definição de prazo estabelecida pelo legislador. (Torres, 2021, p. 808)

Motta e Naves, por sua vez, convergem com o entendimento do Tribunal de Contas da União consignado no Acórdão nº 2463/2021 e assinalam que se trata de prazo impróprio:

Inicialmente, o art. 171, §1º, impõe o prazo de 25 (vinte e cinco) dias úteis para que o Tribunal de Contas aprecie definitivamente o mérito da irregularidade que tenha dado causa à suspensão cautelar do processo licitatório. Trata-se de prazo impróprio, uma vez que não existem consequências jurídicas diretas de seu descumprimento. (Motta; Naves, 2021, p. 729)

Esse também é o entendimento de Ferraz e Motta (2022, p. 534), que afirmam tratar-se de prazo impróprio, haja vista o fato de a lei não impor consequência prática em caso de descumprimento do prazo por parte do tribunal, reforçando, assim, a reduzida utilidade prática do preconizado no referido artigo.

Também quanto ao inciso II do §1º e §3º do art. 171 da NLLC, pelo Tribunal de Contas da União, de acordo com o Acórdão nº 2463/2021, excerto abaixo destacado, restaram verificadas inconstitucionalidades de natureza formal e material por ofensa ao princípio da separação e independência dos poderes. Isto é, cabe ao TCU, ao expedir cautelares, analisar a existência dos pressupostos para tal, quais sejam, “plausibilidade do direito substancial invocado”, “o perigo na demora (risco de dano iminente)” e a “inexistência de perigo da demora inverso”, conforme art. 22 da Resolução TCU nº 259/2014, mas, em razão do princípio da separação e independência dos poderes, previsto no art. 2º da Constituição, as cortes de contas não podem substituir o gestor na definição das melhores estratégias para o atendimento ao interesse público:

41. O TCU, ao expedir cautelares, analisa a existência de três pressupostos, a saber: a plausibilidade do direito substancial invocado, a existência de perigo na demora (risco de dano iminente) e a inexistência de perigo da demora inverso, conforme preconiza o art. 22 da Resolução TCU 259/2014.

42. Expedida essa medida de natureza provisória, não cabe ao TCU definir o modo como o interesse público deve ser atendido ou garantido, atividade tipicamente administrativa, ínsita ao juízo de conveniência e oportunidade do gestor público. Ao fazê-lo, o TCU estaria usurpando a competência do gestor público, no exercício do seu poder discricionário.

[...]

44. Também não cabe ao TCU, ao proferir decisão de mérito, definir as medidas necessárias e adequadas, em face das alternativas possíveis, para o saneamento do processo licitatório, por ser essa atribuição privativa da Administração Pública, e não do controle externo.³⁰

30 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2463/2021-Plenário. Processo TC nº 019.315/2021-0. Relator: Ministro Bruno Dantas. Data da Sessão 13 out. 2021.

E, em complemento, considerando o princípio da segregação de funções, o Ministro Bruno Dantas enfatiza que “não se pode atribuir ao mesmo órgão a função de gestão e o papel de controle externo”.³¹

Aqui é possível argumentar que o diálogo com os dispositivos da LINDB – arts. 20 e 21 – indicam a constitucionalidade do estatuído no inciso II do §1º e §3º do art. 171 da NLLC, contudo, necessário se faz considerar que a interpretação dos dispositivos da LINDB que, diga-se, em alguma medida vêm sendo aplicados no âmbito do TCU³² não pode conduzir a ofensa ao princípio da separação e independência dos poderes.

Isto é, a atuação dos órgãos de controle “não pode gerar uma confusão entre as tarefas de gestor e do controlador, violadora do princípio constitucional da separação de poderes”, conforme bem assinala Oliveira e Halpern (2021). E mais, é preciso levar em conta que, da interpretação conforme a Constituição, ao julgador impõe-se o dever de, ao exigir a correção ou anulação do ato ilícito, fixar prazo proporcional para tanto e evitar o comprometimento de outros direitos ou princípios aplicáveis, e não imposição no sentido de que o controle substitua à gestão.

Assim, considerando a linha de raciocínio acima exposta, em tese, é possível inferir que o inciso II do §1º e §3º do art. 171 da NLLC incorrem em inconstitucionalidade, haja vista a ofensa aos princípios da separação e independência dos poderes, dos quais decorre a competência de autogoverno dos tribunais de contas, assim como em decorrência da proibição de se substituir o gestor na definição das melhores estratégias para o atendimento ao interesse público.

Entretanto, somente a efetiva propositura de ação direta de inconstitucionalidade solucionará as controvérsias acerca da constitucionalidade (ou não) das disposições elencadas no inciso art. 171 da NLLC, o que, até o momento, não ocorreu.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com razão, o controle das contratações públicas recebeu detida atenção na NLLC, haja vista o papel estratégico dessas contratações no atuar da administração pública, em especial, na consecução das políticas públicas e a necessidade de se promover a boa governança com vistas a alcançar resultados em suas dimensões de eficiência, efetividade e eficácia. É nesse contexto que a NLLC delineia novo perfil jurídico para o controle das contratações públicas e o posicionamento dos tribunais de contas, ainda que de forma equivocada, como defendem alguns autores, na terceira linha de defesa, ao lado do órgão de controle interno da administração.

O objetivo aqui proposto foi de avaliar a constitucionalidade (ou não) dos §1º e seu inciso II, assim como do §3º do art. 171 da NLLC, considerando-se a possibilidade de interferência indevida na organização e funcionamento dos tribunais de contas e a atribuição de função típica de gestor público aos respectivos tribunais.

Nesse sentido, não obstante a NLLC tenha positivado o dever de cautela dos tribunais de contas, o estabelecimento de regras que afetam diretamente o funcionamento das respectivas cortes, vez que alteram ritos processuais e estabelecem normas que regulam procedimentos internos dos tribunais de contas na hipótese de suspensão cautelar de processo licitatório, definindo prazos e requisitos para os fundamentos da decisão cautelar e do julgamento de mérito, em tese, usurpa a competência

³¹ *Ibidem*.

³² No que diz respeito à aplicação da LINDB no âmbito do Tribunal de Contas da União, é oportuno destacar o relevante resultado consignado no Relatório de Pesquisa 2021 do Observatório do TCU. Disponível em: https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio_de_pesquisa_observatorio_do_tcu_aplicacaodos_novos_dispositivos_da_lindb_pelo_tcu.pdf. Acesso em: 5 de jun. 2022.

legislativa dos respectivos tribunais, haja vista as prerrogativas constitucionais asseguradas às cortes de contas no tocante à sua autonomia e autogoverno, conforme se depreende dos precedentes jurisprudenciais colacionados.

Isto é, a jurisprudência induz a compreensão de que, em tese, a instituição de prazo de 25 dias úteis prorrogáveis uma única vez implica alteração nas leis orgânicas de todos os tribunais de contas, configurando, portanto, violação à iniciativa privativa das cortes de contas para instaurar processo legislativo que pretenda alterações sobre sua organização e seu funcionamento. Além disso, mostra-se inexecutável em casos de alta complexidade. Isto é, o delineamento constitucional da matéria não deixa dúvida quanto à competência legislativa da União para legislar sobre licitações e contratações públicas, mas, de igual modo, também não deixa dúvida quanto à autonomia e ao autogoverno dos tribunais de contas.

Desse modo, é possível considerar, ao menos em tese, que a disposição do §1º do art. 171 da NLLC implica inconstitucionalidade formal subjetiva decorrente da fixação de prazo para o exercício do controle externo, com a conseguinte usurpação da competência privativa dos tribunais de contas para a propositura de lei que discipline a sua atuação, funcionamento e organização interna, violando, assim, o preconizado no art. 73 c/c art. 96, inciso I, alínea 'a', inciso II, alínea 'd', da Constituição, assim como inconstitucionalidade formal orgânica por violação aos arts. 18, 25, *caput*, e §1º, c/c arts. 73, 75 e 96 da Constituição, bem como inconstitucionalidade material por obstar o pleno exercício das competências expressas elencadas no art. 71 da Constituição.

As disposições elencadas no inciso II do §1º e §3º do art. 171 da NLLC, também, em tese, permitem à compreensão de que há inconstitucionalidades de natureza formal e material por ofensa ao princípio da separação e independência dos poderes previsto no art. 2º da Constituição, uma vez que os tribunais de contas, de fato, não podem (e não devem) substituir o gestor na definição das melhores estratégias para o atendimento ao interesse público – cenário de dependência da gestão pública em relação às decisões dos Tribunais de Contas –, o que não se justifica nem mesmo considerando sua aplicação em conjunto e/ou consonância com as disposições da LINDB.

Dito isso, não obstante seja possível atender à tese de inconstitucionalidade no tocante ao prazo estabelecido para julgamento definitivo por parte do Tribunal de Contas da União, extensivo aos tribunais de outras esferas federativas, situações objetivas de inconstitucionalidade, inclusive, respaldadas pelos precedentes jurisprudenciais destacados, a questão quanto aos efeitos práticos de sua decisão – §§1º, II e 3º, do art. 171 da NLLC –, ainda que se considere a plausibilidade dos argumentos expendidos no Acórdão nº 2463/2021 (TCU), demandam cautela e detida reflexão, sobretudo porque, em determinada medida, já são deveres das cortes de contas considerar em suas decisões as possíveis soluções alternativas e viabilizar a efetividade e o interesse público, com base na LINDB. De modo que eventual decisão sobre esse aspecto terá de considerar que o dever de explicitar o modo de atendimento do interesse público obstado pela suspensão cautelar, necessariamente, precisa resguardar o campo constitucional de atribuição dos gestores públicos.

Em arremate, é possível concluir que o novo regime jurídico inaugurado pela NLLC impôs significativo desafio aos tribunais de contas, uma vez que terão de promover a adequação de suas normas processuais e de fiscalização de atos e contratos, além de tornar mais eficiente sua atuação, a despeito da análise de constitucionalidade das disposições legais que, pelo menos em tese, interferem no funcionamento e organização das respectivas cortes de contas.

Por se tratar de tema relevante e atual no âmbito das contratações públicas e considerando que a ADI, conforme proposição apresentada no Acórdão nº 2463/2021 (TCU), ainda não foi levada a efeito, ainda há muito que se discutir sobre o assunto.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, C.; MEDEIROS, M.; FEIJÓ, P. H. **Gestão de finanças públicas**: fundamento e práticas de planejamento, orçamento e administração financeira com responsabilidade fiscal. 3. ed. Brasília: Gestão Pública, 2013.

AMORIM, R. A. de. Dos critérios a serem adotados pelos órgãos de controle para realização de trabalhos relacionados à execução da Lei nº 14.133 (art. 170, caput). *In*: FORTINI, C.; OLIVEIRA, R. S. L.; CAMARÃO, T. (Coord.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022. v. 2 – Arts. 71 ao 194, p. 571.

BARROSO, L. R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 jan. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. **Diário Oficial da União**, seção 1, p. 13635, 9 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 20 jul. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, p. 9449, 17 jul. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm. Acesso em: 20 jul. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, seção 1, p. 8269, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 30 jul. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, seção 1, p. 1, 18 jul. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em: 30 jul. 2022.

BRASIL. Lei nº 11.079, 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União**, seção 1, p. 6, 31 dez. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm. Acesso em: 30 jul. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. **Diário Oficial da União**, seção 1, edição extra, p. 1, 5 ago. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm. Acesso em: 30 jul. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. **Diário Oficial da União**, seção 1, p. 1, 26 abr. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm. Acesso em: 20 jul. 2022.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**, seção 1, p. 2, 1 abr. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 16 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 789/DF. Relator: Ministro Celso de Melo, 26 mai. 1994. **Diário da Justiça**, Brasília, 19 dez. 1994. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266534>. Acesso em: 5 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.994/ES. Relator: Ministro Eros Grau, 24 maio 2006. **Diário da Justiça**, 8 set. 2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375300>. Acesso em: 5 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade n. 3.307/MT. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 2 fev. 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, 29 maio 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=594658>. Acesso em: 5 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.190/RJ MC. Relator: Ministro Celso de Melo, 10 mar. 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, 11 jun. 2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&page-Size=10&queryString=ADI%204190%20MC-REF&sort=score&sortBy=desc>. Acesso em 5 de jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.416/PA. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 6 out. 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, 28 out. 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=778086>. Acesso em: 5 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.041/RS. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 10 nov. 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, 1º fev. 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1672851>. Acesso em: 5 de jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4643/RJ MC. Relator: Ministro Luiz Fux, 6 nov. 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**, 28 nov. 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7342646>. Acesso em: 5 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.223/SC. Relator: Ministro Dias Toffoli, 6 nov. 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**, 2 fev. 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7637724>. Acesso em: 5 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4418/TO. Relator: Ministro Dias Toffoli, 15 dez. 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**, 3 mar. 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3887732>. Acesso: em 5 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4643/RJ. Relator: Ministro Luiz Fux, 15 maio 2019. **Diário da Justiça Eletrônico**, 3 jun. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4131201>. Acesso em: 5 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.402/PI. Relator: Ministro Luiz Fux, 30 ago. 2019. **Diário da Justiça Eletrônico**, 16 set. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750833030>. Acesso em: 5 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.142/RO. Relator: Ministro Roberto Barroso, 20 dez. 2019. **Diário da Justiça Eletrônico**, 26 fev. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752065652>. Acesso em: 5 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5321/DF. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, sessão virtual 11 jun. 2021 a 18 jun. 2021 (Ata nº 20, de 21 jun. 2021. DJe nº 127, divulgado em 28 jun. 2021). **Diário da Justiça Eletrônico**, 20 ago. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4776631>. Acesso em: 5 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal do Pleno). Mandado de Segurança (MS) 24510/DF. Relatora: Ministra Ellen Gracie, 19 nov. 2003. **Diário da Justiça**, 19 mar. 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur13476/false>. Acesso: 30 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Vocabulário Jurídico (Tesouro)**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/tesouro/pesquisa.asp#:~:text=Tesouro%3A%20%C3%89%20um%20tipo%20de,objetivo%20a%20padroniza%C3%A7%C3%A3o%20da%20informa%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 6 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2463/2021 - Plenário. Processo TC nº 019.315/2021-0. Relator: Ministro Bruno Dantas, 13 out. 2021. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A2463%2520ANOACORDAO%253A2021%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 5 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Orientações para a seleção de objetos e ações de controle**. Brasília: TCU, Segecex, Secretaria de Métodos e Suporte ao Controle Externo (Semec), 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Resolução TCU nº 259, 7 de maio de 2014. **Boletim do Tribunal de Contas da União**, Brasília, ano XLVII, n. 19, 9 jun. 2014. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/ato-normativo/RESOLU%25C3%2587%25C3%2583O%2520259/%2520/score%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 20 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Resolução TCU nº 269, 25 de março de 2015 (Revogada - Resolução TCU nº 308/2019). **Boletim do Tribunal de Contas da União**, Brasília, Boletim Semanal, ano XLVIII, n. 11, p. 1, 30 mar. 2015. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/ato-normativo/RESOLU%25C3%2587%25C3%2583O%2520269/%2520/score%2520desc/4/%2520>. Acesso em: 20 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Resolução TCU nº 308, de 13 de fevereiro de 2019. **Boletim do Tribunal de Contas da União**, ano 52, n. 39, p. 1, 25 fev. 2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/ato-normativo/RESOLU%25C3%2587%25C3%2583O%2520308/%2520/score%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 20 jul. 2022.

BRITTO, C. A. O regime constitucional dos tribunais de contas. In: **O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Fórum, 2005a.

BRITTO, C. A. O regime constitucional dos tribunais de contas. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, a. 5, n. 47, jan. 2005b. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/169047>. Acesso em: 20 jul. 2022.

BULOS, U. L. **Constituição Federal anotada**. 5. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 39/2002. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARVALHO FILHO, J. dos S. **Manual de direito administrativo**. 27 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, K. G. **Direito constitucional**. 16. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CURY NETO, M. **A competência fiscalizatória prévia do Tribunal de Contas nas licitações públicas**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

DI PIETRO, M. S. Z. (Coord.); GUIMARÃES, E.; MOTTA, F.; FERRAZ, L.; MARRARA, T. AMORIM, V. **Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. 2. ed. São Paulo: Forense, 2022.

DONIZETTI, E. **Curso didático de direito processual civil**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FERRAZ, L.; MOTTA, F. Controle das contratações públicas. *In*: DI PIETRO, M. S. Z. (Coord.). GUIMARÃES, E. MOTTA, F. FERRAZ, L. MARRARA, T. AMORIM, V. **Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. 2. ed. São Paulo: Forense, 2022.

FGV DIREITO SP – FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS DE SÃO PAULO. **Relatório de Pesquisa 2021**: aplicação dos novos dispositivos da Lei de Introdução do Direito Brasileiro (LINDB) pelo Tribunal de Contas da União. São Paulo: FGV Direito SP; Confederação Nacional da Indústria, 2021. Disponível em https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio_de_pesquisa_observatorio_do_tcu_aplicacao_dos_novos_dispositivos_da_lindb_pelo_tcu.pdf. Acesso em: 14 fev. 2022.

JUSTEN FILHO, M. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2021.

MARTINS, F. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MEDAUAR, O. **Direito Administrativo moderno**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo**. 24. ed. atualizada por Eurico Andrade de Azevedo *et al.* São Paulo: Malheiros, 1999.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, A. de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 7. ed. atualizada até a EC n. 55-07. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, A. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MOTTA, F.; NAVES, F. de M. R. Processualidade no âmbito das atividades de controle – aprofundamento. *In*: DAL POZZO, A. N.; CAMMAROSANO, M.; ZOCKUN, M. (Coord.). **Lei de Licitações e Contratos Administrativos comentada: Lei 14.133/21**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

NASCIMENTO, S. J. de O.; RAMOS, Y. R. de; LIMA FILHO, R. N. Avanços e retrocessos da nova lei de licitações sob a perspectiva do controle administrativo e a atuação do Tribunal de Contas da União. **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 4969-4987, jan. 2022. Disponível em: <https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/42914>. Acesso em: 5 jun. 2022.

OLIVEIRA, R. C. R.; HALPERN, E. O controle dos tribunais de contas e o art. 171 da Lei 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações). **Zenite**, Doutrina, maio, 2021. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/wp-content/uploads/2021/05/Controle-dos-tribunais-de-contas-e-o-art.-171-da-Lei-13133-2021-Erick-Halpern-Rafael-Oliveira.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2022.

PEDRA, A. S. Microsistema normativo das contratações públicas. In: FORTINI, C.; OLIVEIRA, R. S. L.; CAMARÃO, T. (Coord.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022. v. 1 – Arts. 1º. ao 70. p. 35.

PELEGRINI, M. Artigos 169 a 173. In: DAL POZZO, A. N.; CAMMAROSANO, M.; ZOCKUN, M. (Coord.). **Lei de Licitações e Contratos Administrativos comentada**: Lei 14.133/21. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 718-719.

RODRIGUES, R. S. A Lei n.º 14.133/2021 e os novos limites do controle externo: a necessária deferência dos tribunais de contas em prol da administração pública. **Revista Brasileira de Políticas Públicas** (CEUB – Educação Superior), v. 11, n. 3, 2021. Disponível em: <https://www.cienciasaude.uniceub.br/RBPP/article/view/7895/pdf>. Acesso em: 5 jun. 2022.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOARES, J. de R. B. A natureza jurídica do Tribunal de Contas da União. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 33, n. 132, out-dez. 1996. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176510>. Acesso em: 3 jun. 2022.

THE COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION – COSO. *Leveraging COSO across the three lines of defense*. Durham (USA), 2015. p. 2. Disponível em: <https://www.coso.org/SitePages/Guidance.aspx>. Acesso em: 3 jun. 2022.

THE INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS. **Modelo das três linhas de defesa do IIA 2020**: uma atualização das três linhas de defesa. Florida: The Institute of Internal Auditors - Global, julho 2020. Disponível em: <https://iiabrasil.org.br/korbilload/upl/editorHTML/uploadDireto/20200758glob-th-editorHTML-00000013-20072020131817.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2022.

TORRES, R. C. L. de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 12. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2021.

ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO PARÁ NA AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O CASO DA POLÍTICA ESTADUAL EDUCACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA

PERFORMANCE OF THE PUBLIC MINISTRY OF ACCOUNTS OF PARÁ IN THE EVALUATION OF PUBLIC POLICIES: THE CASE OF THE STATE EDUCATIONAL POLICY TO PROTECT THE RIGHTS OF PEOPLE WITH AUTISM SPECTRUM DISORDER



Silaine Karine Vendramin

Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação de Direito e Desenvolvimento da Amazônia da Universidade Federal do Pará (UFPA). Especialista em Direito Tributário pela universidade Anhanguera-Uniderp. Procuradora do Ministério Público de Contas do Estado do Pará.

Laércio Dias Franco Neto

Doutor e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (PPGD/UFPA). Graduado em Direito pela UFPA.

Sumário: 1. Introdução; 2. O controle externo e a avaliação de políticas públicas; 3. Atuação do Ministério Público de Contas do Estado do Pará na avaliação das políticas públicas; 3.1. A atribuição do Ministério Público de Contas; 3.2. Procedimentos internos de fiscalização; 4. Avaliação da Política Educacional Estadual de Proteção dos Direitos da Pessoa com TEA; 4.1. Planejamento e execução orçamentária; 4.2. Laudo médico e matrícula no Atendimento Educacional Especializado; 4.3. Acompanhantes especializados; 5. Conclusão; Referências.

Resumo: O Ministério Público de Contas (MPC) desempenha papel crucial na avaliação de políticas públicas, visando a transparência, responsabilidade e êxito das ações governamentais. Além de fiscalizar recursos públicos, o MPC analisa resultados e impactos das políticas, indo além da conformidade legal. O estudo enfoca o papel essencial do MPC na promoção de uma administração pública eficiente e responsável, por meio dos seus procedimentos internos de fiscalização e de avaliação de políticas públicas, especialmente no que diz respeito à política estadual de educação de proteção dos direitos das pessoas com Transtorno do Espectro Autista.

Abstract: The Public Prosecution Office within Audit Courts plays a crucial role in the evaluation of public policies, aiming at the transparency, responsibility and success of government actions. In addition to overseeing public resources, the Public Prosecution Office analyzes policy outcomes and impacts, going beyond legal compliance. The study focuses on the essential role of the Public Prosecution Office in promoting an efficient and responsible public administration, through its internal inspection procedures and evaluation of public policies, specially with regard to the state education policy to protect the rights of people with Autism Spectrum Disorder.

Palavras-chave: avaliação; políticas públicas; Ministério Público de Contas.

Keywords: evaluation; public policies; Public Prosecution Office within Audit Courts.

1 INTRODUÇÃO

A avaliação eficaz de políticas públicas é um aspecto crucial para assegurar a transparência, a responsabilidade e o sucesso das ações governamentais em prol do bem-estar da sociedade. Nesse contexto, o papel do Ministério Público de Contas (MPC) ganha destaque como órgão fiscalizador independente, responsável por monitorar e avaliar a utilização dos recursos públicos, bem como a eficácia das políticas implementadas. A análise criteriosa do desempenho das políticas públicas pelo MPC tem lugar estratégico na promoção da governança eficiente e na prevenção de irregularidades que possam comprometer a gestão estatal, uma vez que se verifica se os recursos estão sendo alocados de maneira apropriada e se os resultados obtidos estão alinhados com os objetivos estabelecidos para cada política pública. Em outras palavras, a atuação do MPC na avaliação de políticas públicas transcende a mera fiscalização de gastos, abrangendo uma análise profunda dos resultados alcançados e do impacto social das medidas adotadas, por meio de critérios de eficiência, eficácia e efetividade.

Nesse sentido, a utilização de ferramentas e metodologias adequadas é essencial para a eficácia da avaliação de políticas públicas pelo MPC. A coleta de dados confiáveis, a análise estatística, as pesquisas de campo e a consulta a especialistas são algumas das abordagens utilizadas para embasar as conclusões do MPC do Pará. Além disso, a transparência na divulgação dos resultados contribui para a prestação de contas à sociedade, permitindo que os cidadãos compreendam e participem ativamente do processo de avaliação.

Este artigo se propõe a explorar em maior profundidade os aspectos fundamentais da avaliação realizada pelo MPC do Pará, inclusive os instrumentos e procedimentos utilizados na análise, no que diz respeito à Política Estadual Educacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista (TEA) e às recomendações feitas aos órgãos responsáveis por sua execução.

2 O CONTROLE EXTERNO E A AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Inicialmente, faz-se necessário compreender o ciclo básico das políticas públicas. A literatura sobre o tema costuma apontar a existência de, ao menos, seis estágios constitutivos do ciclo político-administrativo das políticas públicas, a saber: (1) identificação do problema; (2) definição de uma agenda; (3) formulação do desenho da política; (4) tomada da decisão política; (5) implementação da política; e, por fim, (6) seu monitoramento e avaliação (Howlett; Ramesh; Perl, 2013).

A avaliação de políticas públicas constitui, pois, um ciclo interno do seu próprio desenho normativo, sendo etapa indispensável na sua consecução. Na definição de Howlett, Ramesh e Perl (2013, p. 281), as políticas públicas são “o resultado de esforços feitos por governos para alterar aspectos de seu próprio comportamento, ou do comportamento social, a fim de realizar algum fim ou propósito, sendo compostas de arranjos complexos de objetivos e meios para a política”.

Observa-se que desde a identificação do problema, passando pela definição da agenda e pela formulação do desenho da política, há uma interferência imaginativa dos objetivos desejados, os quais precisarão ser periodicamente confrontados por uma análise avaliativa. Trata-se, assim, de um ciclo orientado para a avaliação, *a priori* e *a posteriori*. Tendo isso em vista, em 2018, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) elaborou dois guias práticos de avaliação de políticas públicas (*ex ante* e *ex post*) para auxiliar gestores e técnicos, especialmente do governo federal.

Segundo o referido instituto (2018, p. 72), já na identificação das causas do problema (diagnóstico), deve a administração pública definir: os objetivos (para quê?), o público-alvo (para quem?), os meios

e instrumentos (como?), os atores e arranjos institucionais (por quem?) e as metas (etapas). Logo, uma formulação adequada de política pública contribui para uma melhor avaliação dos seus resultados.

O presente artigo busca abordar a temática sob a ótica do controle externo. Para essa finalidade, nos termos do Referencial de Controle de Políticas Públicas elaborado pelo Tribunal de Contas da União (Brasil, 2020, p. 25), “são consideradas políticas públicas o conjunto de intervenções e diretrizes emanadas de atores governamentais, que visam tratar, ou não, problemas públicos e que requerem, utilizam ou afetam recursos públicos”.

Nessa perspectiva, são classificadas como políticas públicas não somente aquelas que estão explicitamente estabelecidas em documentos normativos, como as que estão em programas e planos governamentais, mas também englobam ações práticas e orientações originadas de agentes políticos e governamentais, mesmo que não estejam formalmente regulamentadas por atos normativos.

A atuação dos tribunais de contas vai além das questões legais e financeiras, englobando também a avaliação das operações dos órgãos públicos no desempenho de suas funções principais, ou seja, na formulação e execução das políticas públicas, em virtude de direta atribuição conferida pela Constituição da República (CR/88), conforme se transcreve abaixo, *in verbis*:

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

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

O artigo 70 da CR/88 estipula que a supervisão abrange os aspectos da legalidade, da economicidade e da legitimidade. Deste modo, não se resume a verificar se determinado gasto público está em acordo com as leis, mas também implica examinar se ele está alinhado com princípios de otimização de recursos e se atende a demandas legítimas.

Não se está buscando retirar do gestor público sua margem discricionária de apreciação na formulação e execução de programas de governo. No entanto, tais decisões precisam ser devidamente justificadas, não apenas com base na legislação que autoriza a despesa, mas também na realização de objetivos que sirvam ao bem público, conferindo-lhes validade.

Como entidades constitucionalmente encarregadas de fiscalizar, os tribunais de contas buscam adotar uma abordagem metodológica internacional definida pela Organização Internacional das Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI), cujo propósito é harmonizar as atividades de supervisão. No Brasil, o Instituto Rui Barbosa (IRB) desempenha o papel de adaptar e organizar diretrizes para os tribunais de contas, por meio das Normas Brasileiras de Auditoria do Setor Público (NBASP), com a finalidade de apoiar essas entidades na avaliação das políticas públicas.

No contexto da temática das políticas públicas, o IRB elaborou a NBASP 9020, correspondente à GUID 9020 - *Evaluation of Public Policies* da INTOSAI, que contém orientações para auxiliar as Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS) a analisar, avaliar e controlar, de maneira independente, os diversos critérios que permitem emitir achados sobre políticas públicas.

Essa norma oferece direcionamento para a abordagem adequada, baseada em princípios científicos e independentes, na condução da avaliação de políticas públicas nos tribunais de contas (IRB, 2020).

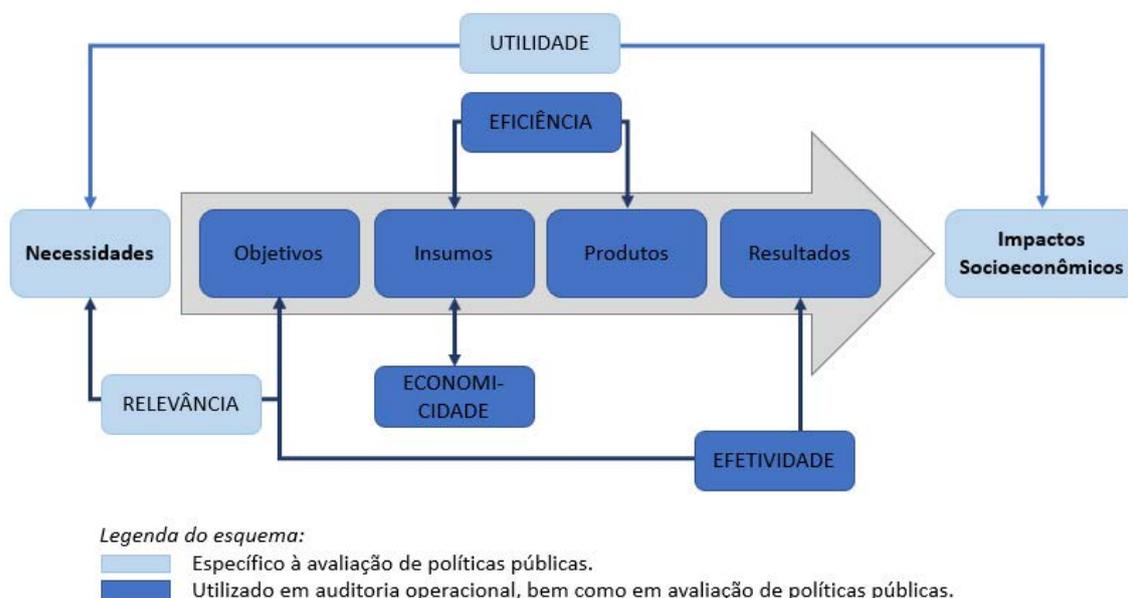
As orientações contidas na NBASP 9020 destacam que a avaliação é uma atividade abrangente que engloba diversas formas de auditoria, incluindo a auditoria operacional. Logo, a auditoria operacional se concentra na análise de economicidade, eficiência e efetividade, enquanto a avaliação de políticas públicas visa avaliar o impacto global de uma política, representando uma abordagem mais ampla que pode se utilizar das ferramentas, métodos ou resultados da auditoria operacional, porém com objetivos distintos.

No âmbito do controle externo, a avaliação de políticas públicas envolve um “exame que objetiva avaliar a utilidade dessa política. Ela analisa seus objetivos, implementação, produtos, resultados e impactos o mais sistematicamente possível, mede seu desempenho visando avaliar sua utilidade” (IRB, 2020, p. 2).

As avaliações conduzidas pelos tribunais de contas em relação às políticas públicas têm um escopo amplo, visando contribuir para um domínio específico da política por meio da análise do planejamento e eficiência, *accountability*, implementação e efetividade de sua execução, produção de conhecimento e fortalecimento institucional.

A NBASP 9020 contém um diagrama com informações sobre as principais questões para a auditoria operacional e a avaliação de política pública, de modo a diferenciá-las.

Figura 1 - Diagrama: auditoria operacional x avaliação de política pública



Fonte: IRB, 2020, p. 8.

A avaliação de políticas públicas engloba a “exame da engenharia institucional e dos traços constitutivos dos programas” (Arretche, 1998), podendo adotar uma abordagem descritiva, com o propósito de aprofundar a compreensão do próprio processo de desenvolvimento das políticas (formulação, implementação e avaliação), ou uma abordagem prescritiva, destinada a oferecer suporte aos elaboradores de políticas ao enriquecer o processo de formulação com conhecimentos relevantes.

No contexto da avaliação de políticas, embora haja diversas abordagens de pensamento, a perspectiva predominante está ligada à noção de monitoramento de desempenho, medição de resultados e avaliação de impactos.

Essas breves considerações não pretendem esgotar o assunto, mas apenas servem como referência sintética para que se possa adentrar na atuação do Ministério Público de Contas nesse processo da avaliação das políticas públicas pelo controle externo, em especial o MPC do estado do Pará.

3 ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO PARÁ NA AVALIAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

3.1 Atribuição do Ministério Público de Contas

O Ministério Público de Contas tem sua origem atrelada à criação do Tribunal de Contas da União. De forma mais específica, o Decreto nº 1.166, de 17 de dezembro de 1892, que regulamentava o artigo 89 da Constituição Federal de 1891, previu a existência de um Ministério Público especial.

Em um estágio subsequente, o Decreto Legislativo nº 392, datado de 8 de outubro de 1896, estabeleceu claramente sua autoridade, atribuindo-lhe o papel de zelar pela conformidade com as leis fiscais e pelos interesses da Fazenda perante o tribunal. Nessa capacidade, o MPC tinha a responsabilidade de oferecer opiniões, tanto verbalmente quanto por escrito, em relação a todos os documentos e procedimentos sujeitos à deliberação da corte. Adicionalmente, o Decreto nº 2.409, datado de 23 de dezembro e elaborado para regular o Decreto Legislativo nº 392, consolidou efetivamente a instituição do MPC.

Hodiernamente, José Afonso da Silva (2004) entende que o artigo 130 da Constituição Federal instituiu um Ministério Público distinto, dedicado a operar em colaboração com os tribunais de contas, como entidade independente em relação ao Ministério Público comum.

Apesar de prever sua existência, a Constituição não adentra em detalhes acerca da sua atribuição. No entanto, a despeito de o MPC não se confundir com o Ministério Público comum, os princípios fundamentais e os objetivos subjacentes da instituição permanecem inalterados: proteger a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais inalienáveis. Com devidas adaptações de interpretação em consideração ao âmbito de atuação específico, as funções institucionais delineadas no artigo 129 da Constituição também se aplicam ao MPC.

Nos termos da previsão constitucional expressa, as principais funções institucionais do MPC incluem: a) garantir que os órgãos públicos e os serviços de relevância pública respeitem efetivamente os direitos consagrados nesta Constituição, adotando as medidas necessárias para sua proteção; b) iniciar investigações e ações nos tribunais de contas visando à salvaguarda do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; c) defender os direitos e interesses das populações indígenas perante os tribunais de contas; d) emitir notificações nos procedimentos administrativos sob sua competência, solicitando informações e documentos para embasá-los, conforme estabelecido na lei complementar do Ministério Público.

Por sua vez, o procurador de contas Stephenson Victer aduz que o MPC inicialmente atua como *custos legis* acerca da jurisdição exercida pelos tribunais de contas:

Nessa toada, o elenco de competências do Tribunal de Contas da União – TCU, presente no art. 71 da CF/1988 e reproduzido, para as Cortes das demais unidades federadas, em suas respectivas Cartas, deve considerar o hábil opinativo do Parquet de Contas, sobressaindo-se as seguintes:

- Emissão de parecer prévio nas contas anuais do correspondente Chefe do Poder Executivo;
- Julgamento das contas anuais dos administradores e ordenadores de despesas;
- Julgamento das contas relativas a transferências voluntárias realizadas; e
- Apreciação, para fins de registro, das admissões de pessoal e das concessões de aposentadorias, reformas e pensões (Victor, 2023, p. 208).

Ao se considerar a Lei Orgânica do MPC do estado do Pará, pode-se visualizar que a atribuição desse órgão vai muito além. Já no artigo 1º da Lei Orgânica do MPC/PA, consta de maneira contundente a disposição do legislador no sentido de positivar a verdadeira intenção constitucional, *in verbis*:

Art. 1º - Ao Ministério Público de Contas do Estado do Pará, compete promover e fiscalizar o cumprimento e a guarda da Constituição e das Leis, no que se referir à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, da competência do Tribunal de Contas do Estado. (Redação dada pela Lei Complementar nº 106, de 21 de julho de 2016)

No artigo 11 da Lei Orgânica, o legislador enumerou de forma expressa, porém não exaustiva, as competências do MPC, que se transcreve abaixo em razão da importância do texto legal, *in verbis*:

Art. 11 - Ao Ministério Público de Contas do Estado do Pará, compete: (Redação dada pela Lei Complementar nº 106, de 21 de julho de 2016)

I - promover a defesa da ordem jurídica, guardando a Constituição e as Leis, fiscalizando sua execução, requerendo perante o Tribunal de Contas do Estado as medidas e providências do interesse da Justiça, da Administração e do Erário Público, bem como outras definidas em Lei ou que decorram de suas funções;

II - fazer-se representar nas sessões do Tribunal de Contas do Estado e dizer do direito, oralmente ou por escrito, sobre os assuntos sujeitos à apreciação do Tribunal, sendo obrigatória a sua audiência nos atos de admissão de pessoal, concessão inicial de aposentadoria, pensão, reforma, prestação ou tomada de contas e outros que a Lei indicar;

III – promover, junto à Procuradoria Geral da Fazenda Estadual ou a qualquer outro órgão indicado por Lei, o ressarcimento devido ao Erário Público pelos débitos e multas fixados pelo Tribunal;

IV - interpor os recursos permitidos em Lei;

V - executar as competências previstas nesta Lei ou em outros diplomas legais.

A atuação fora do âmbito dos processos (*custos legis*) implica uma capacidade de desempenhar um papel proativo e preventivo na fiscalização das contas públicas e na promoção da transparência e legalidade na gestão dos recursos governamentais. Essa atuação envolve as atividades realizadas fora do âmbito dos processos de contas, permitindo que o MPC intervenha de maneira eficaz antes que as irregularidades se consubstanciem.

Nesse sentido, a manifestação de Stephenson Victor corrobora esse entendimento da importância da atuação do MPC além do âmbito dos tribunais de contas:

Sua atuação, contudo, não se esgota nas manifestações exaradas nos processos em curso nos Tribunais de Contas, exercendo ainda o poder-dever de, em face de evidências de irregularidades detectadas em seu mister ordinário ou mediante notícias de fato ou denúncias recebidas, instaurar procedimentos próprios de apuração e, como consequência, eventualmente representar à própria Corte de Contas ou, ainda, ao órgão ministerial da esfera competente, caso se trate de assunto que escape à competência administrativa dos Tribunais de Contas, como nos casos de indícios de ilícitos de natureza civil ou criminal (Victor, 2023, p. 208).

Em resumo, a atuação extrajudicial do MPC desempenha um papel vital na prevenção de irregularidades, na promoção da eficiência administrativa e na proteção dos interesses públicos. Ela vai além da resolução de litígios e se concentra na construção de um ambiente de governança sólida e responsável.

3.2 Procedimentos internos de fiscalização

Para reforçar uma cultura de controle de resultados e de avaliação das políticas públicas, tem o MPC/PA atuado, entre outras formas, por meio de procedimentos administrativos internos de fiscalização.

Referidos procedimentos não excluem o exercício das demais funções institucionais do MPC/PA e ainda permitem uma atuação mais próxima à realidade vigente da implementação da política, bem como maior diálogo com os gestores envolvidos. Nesse sentido, são ferramentas importantes para a conclusão a expedição de ofícios, solicitações diretas de documentos, realização de reuniões e visitas, formação de grupos de atuação conjunta junto aos órgãos ou ao próprio Tribunal de Contas etc.

A regulamentação dos procedimentos de fiscalização ocorreu mediante a Resolução nº 20/2022 – MPC/PA – Colégio, que tem por objeto precisamente os procedimentos informativo, preliminar e de acompanhamento. Referida resolução conceitua, no §1º do artigo 1º, procedimento informativo como “procedimento simplificado de coleta sumária de informações destinado a elucidar atos, fatos e/ou circunstâncias inerentes às atribuições do Ministério Público de Contas do Estado do Pará” (MPC/PA, 2022a, p. 2). Tem como escopo essencialmente a obtenção de informações preliminares, exigindo, inclusive, menor grau de formalidade em seus atos. Ainda assim, pode ser útil para a avaliação de políticas públicas no sentido de realizar uma sondagem prévia com os gestores e investigar a necessidade de avançar, ou não, em maiores diligências.

Por sua vez, conceitua-se procedimento preliminar como, na forma do §2º do artigo 1º da resolução citada, *in verbis*:

[...] instrumento de natureza preliminar, facultativa, administrativa e unilateral, que será instaurado para coletar subsídios necessários à atuação do Ministério Público de Contas do Estado do Pará junto ao sistema estadual de controle externo, servindo como fonte de convencimento funcional e preparação para o exercício das atribuições inerentes às funções institucionais que lhe foram outorgadas pelo ordenamento jurídico.

Distingue-se do procedimento informativo ao possuir maior formalidade (exige, por exemplo, publicação de portaria de abertura no Diário Oficial do estado) e pretensão mais investigatória. Por seu caráter mais aprofundado em relação às diligências empreendidas, pode ser útil em contextos nos quais seja necessário um tempo maior para apurar as informações pertinentes.

Enfim, o procedimento de acompanhamento é conceituado como, nos termos do §3º do artigo 1º da resolução, *in verbis*

[...] instrumento destinado à fiscalização concomitante do desempenho de programas, ações, projetos e atividades administrativas, quanto aos aspectos da economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados, bem como do cumprimento das recomendações expedidas pelo Ministério Público de Contas do Estado do Pará.

É procedimento distinguível, em especial, porque não necessariamente exige um prazo determinado ou levará a conclusões recomendatórias. Ao contrário, o ponto de partida que deflagra o procedimento de acompanhamento pode ser as recomendações expedidas em procedimento prévio (seja informativo ou preliminar). Por seu escopo mais voltado ao monitoramento e acompanhamento, pode ser de grande valia para a avaliação de políticas públicas.

Em geral, portanto, os procedimentos listados – cada qual a seu modo e em momentos distintos (mais voltados à coleta de informações e à expedição de recomendações ou ao acompanhamento propriamente dito da execução de alguma política) – podem ser instrumentos de análise de políticas públicas. Ademais, ao contrário da atuação do MPC/PA nos processos de contas, permite uma ação *pari passu* em relação às atividades dos órgãos e entidades.

Referidos procedimentos podem ser iniciados de modos diversos, que incluem a iniciativa da própria Procuradoria, a provocação de terceiros (no caso dos procedimentos informativo e preliminar), a provocação de órgãos de administração superior do MPC/PA, a determinação do Conselho Superior do MPC/PA (para o procedimento preliminar) e a necessidade de averiguar o cumprimento de recomendações anteriormente expedidas (no procedimento de acompanhamento), na forma dos artigos 3º, 13 e 38 da resolução já mencionada.

Em qualquer caso, mas em especial quando envolver a iniciativa da Procuradoria, há um papel crucial da atuação proativa do órgão ministerial em analisar os instrumentos de planejamento orçamentário (notadamente o PPA e os consequentes relatórios de avaliação divulgados pela SEPLAD) e de políticas públicas (como leis, decretos), bem como em estar em constante atenção aos estudos do Centro de Apoio Operacional do MPC/PA (CAO-MPC/PA), aos registros de execução orçamentária do estado e às veiculações jornalísticas em mídia audiovisual, impressa ou digital que possam ensejar um novo procedimento.

4 AVALIAÇÃO DA POLÍTICA EDUCACIONAL ESTADUAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM TEA

No âmbito do MPC/PA, pode-se utilizar como exemplo de avaliação de políticas públicas o Procedimento Preliminar nº 2022/0115-6, que teve por escopo avaliar a política educacional estadual de proteção dos direitos da pessoa com TEA, inclusive em sua expressão por meio das ações orçamentárias de “Implementação das Ações de Diversidade e Inclusão Educacional” e de “Fortalecimento da Rede de Atendimento da Educação Especial nas Unidades de Referência”.

A partir do escopo inicial, foram estabelecidos como eixos para acompanhamento e análise, que incluíssem, entre outros aspectos relevantes, o planejamento e a execução da política em perspectiva orçamentária, a possível restrição do acesso à segunda matrícula do Atendimento Educacional Especializado (AEE) e a contratação de acompanhantes especializados – sendo este último eixo estipulado como central.

O objetivo do referido procedimento consistia em apurar se os direitos das pessoas com transtorno do espectro autista, previstos na legislação nacional e estadual, bem como sua implementação por meio dos programas estaduais estão sendo devidamente concretizados, nos termos do planejamento orçamentário.

Primeiramente, tem-se que as políticas públicas voltadas às pessoas com autismo, no Brasil, remontam à Constituição da República de 1988, em seu artigo 208, inciso III, que garante o Atendimento Educacional Especializado aos alunos com deficiência, preferencialmente na escolarização regular.

O texto constitucional foi reforçado pelas leis infraconstitucionais que o sucederam, em especial a Lei nº 7.853/1989, que estabeleceu normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas com deficiência e sua efetiva integração social, cujo conteúdo foi reiterado pelo

artigo 54, inciso III,¹ do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (Lei nº 8.069/1990) e pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) (Lei nº 9.394/1996). Não se pode deixar de destacar a importância da ratificação pelo Brasil da Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, com *status* de emenda constitucional.

Posteriormente, como menção específica ao autismo, destaca-se a Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva (PNEEPEI),² e a “Lei do Autismo” (Lei nº 12.764/2012), que estabeleceu ser o autismo uma deficiência para todos os efeitos legais (art. 1º, §2º do referido diploma legal).

No entanto, foi apenas com a Lei nº 12.764/2012 que os autistas efetivamente passaram a ser acolhidos pelas políticas públicas como sujeitos de direitos nas áreas da educação, saúde, assistência social, entre outras, as quais, de fato, precisaram encontrar mecanismos para com essas pessoas atuar.

À Lei do Autismo se seguiram o Decreto nº 8.368/2014, que a regulamentou, tornando obrigatório às escolas regulares de âmbito público receber as crianças e adolescentes com autismo, e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), que demarcou e pormenorizou os direitos das pessoas com deficiência, incluindo-se aí os autistas.

Como visto, trata-se de arcabouço jurídico que se consolidou de forma estruturada, o qual por sua essência e especificidade não comporta ações generalistas. Por esse aspecto, urge seguir na construção e consolidação de uma política estadual a mais próxima possível da realidade das pessoas com TEA, conforme processo já iniciado no estado do Pará.

Nesse sentido, em 21 de maio de 2020, foi sancionada a Lei estadual nº 9.061, que instituiu a Política Estadual de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista (PEPTEA). Trata-se de um grande passo para os autistas, sobretudo porque elaborada com a participação ativa de pais, organizações públicas e privadas, profissionais, professores, entre outros, oportunizando a discussão dos impactos da política com aqueles que lidam diretamente com as pessoas com TEA.

4.1 Planejamento e execução orçamentária

Um dos escopos objeto de questionamento inicial por parte do MPC/PA dizia respeito aos valores previstos e executados referentes à ação orçamentária “12.368.1509.6625 – Implementação das Ações de Diversidade e Inclusão Educacional” no âmbito da LOA 2022, bem como o destaque às despesas mais relevantes dessa rubrica.

No decurso do procedimento, observou-se – a partir de solicitação de documentos e informações à Secretaria – que tal ação não abrange toda a política de inclusão das pessoas com TEA ou mesmo, em perspectiva mais ampla, das pessoas com deficiência à rede pública estadual de ensino. Em verdade, a ação engloba outras políticas, que não foram objeto do procedimento, mas que adentram o escopo da diversidade e da inclusão educacional, sendo mais abrangente do que a educação especial.

Ademais, identificou-se a existência de outra ação específica voltada à educação especial (intitulada “Fortalecimento da Rede de Atendimento da Educação Especial nas Unidades de Referência”), mas que igualmente abrange políticas mais amplas do que a inclusão das pessoas com TEA.

1 Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:
(...)

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

2 Esclareceu qual seria o público-alvo da educação especial: alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento (TGD) (em que está incluído o autismo) e altas habilidades/superdotação.

Por isso, não obstante tenha constituído ponto de partida para o procedimento citado, restringir a análise à mera execução orçamentária da ação de “Implementação das Ações de Diversidade e Inclusão Educacional” ou mesmo da ação “Fortalecimento da Rede de Atendimento da Educação Especial nas Unidades de Referência” impediria uma visão holística, sob a perspectiva orçamentária, a respeito das políticas de inclusão educacionais das pessoas com TEA.

Ademais, a Política Estadual de Proteção dos Direitos da Pessoa com TEA traz como preocupação central a integração das ações de educação, saúde e assistência social voltadas aos autistas. Nesse sentido, a intersectorialidade no desenvolvimento das ações para o atendimento à pessoa com TEA é uma das diretrizes dessa política (art. 4º, I, da Lei estadual nº 9.061/2020).

De modo similar, o Sistema Estadual de Proteção dos Direitos da Pessoa com TEA, instituído por essa política, tem como função básica atuar como elemento integrador dos órgãos que o compõem (art. 7º, I, da Lei estadual nº 9.061/2020).

É preciso, pois, refletir uma estrutura orçamentária integrada de atenção à pessoa com TEA que não apenas envolva todos os órgãos do sistema, mas permita a execução efetiva da Lei estadual nº 9.061/2020, e o seu acompanhamento pelos órgãos de controle, com a possibilidade de mensuração dos resultados ao público-alvo.

No procedimento em comento, entretanto, constatou-se, sob a via orçamentária, a ausência de intersectorialidade entre as ações referentes aos segmentos da educação, saúde e assistência social. Em verdade, a Política Estadual de Proteção dos Direitos da Pessoa com TEA, consagrada mediante a Lei estadual nº 9.061/2020, é centralizada na estrutura da Secretaria de Estado de Saúde (SESPA),³ no que se torna de difícil visualização, inclusive sob a perspectiva orçamentária, as ações articuladas desenvolvidas junto aos demais órgãos envolvidos – como a Secretaria de Educação.

São observadas, portanto, duas questões notáveis quanto à política estadual de proteção dos direitos da pessoa com TEA sob a perspectiva do planejamento orçamentário: a dificuldade em visualizar o planejamento e acompanhar a execução das políticas específicas voltadas aos autistas no segmento da educação; e a aparente ausência de intersectorialidade no planejamento e execução das políticas de educação especial voltadas ao público autista em articulação com os segmentos da saúde e assistência social.

Nesse sentido, no intuito de contribuir com o planejamento das ações relativas às pessoas com deficiência, especificamente com TEA, recomendou-se a criação de subação voltada às pessoas com TEA no escopo da ação orçamentária abrangente destinada à educação especial, com transparência e publicidade *pari passu* por meio dos relatórios, inclusive gerenciais, quanto à execução orçamentária dessa subação.

Ademais, recomendou-se que, em concretização da função de integração do Sistema Estadual de Proteção dos Direitos da Pessoa com TEA, as políticas educacionais estaduais para o público autista sejam planejadas e executadas, inclusive sob o viés orçamentário, em perspectiva intersectorial e complementar com outras Secretarias de Estado.

3 Isto porque o inciso II do art. 8º da Lei Estadual nº 9.061/2020 prevê a SESPA como órgão central do Sistema Estadual de Proteção dos Direitos da Pessoa com TEA, com duas unidades internas – a Coordenadoria Estadual de Políticas para o Autismo (CEPA), responsável pelo planejamento e gestão da PEPTEA; e o Centro Especializado em Transtorno do Espectro Autista (CETEA), responsável pela execução da PEPTEA. Registra-se, no entanto, que a execução da PEPTEA no âmbito do CETEA deve ocorrer, por força do mesmo dispositivo legal, em articulação com os demais órgãos, quais sejam, SEDUC e Secretaria de Assistência Social, Trabalho, Emprego e Renda (SEASTER).

4.2 Laudo médico e matrícula no Atendimento Educacional Especializado

No ordenamento jurídico brasileiro, a educação especial é definida pela Lei nº 9.394/1996, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN), na forma do *caput* do art. 58, como, *in verbis*:

[...] a modalidade de educação escolar oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação.

A educação especial engloba o dever do Estado de garantir a educação escolar pública mediante atendimento educacional especializado, transversal a todos os níveis, etapas e modalidades, preferencialmente da rede regular de ensino, como dispõe o inciso III do art. 4º da LDBEN. A Lei estadual nº 6.170/1998, que regulamenta o sistema de ensino no estado do Pará, reproduziu, no art. 4º, *caput* e inciso III, o dever de garantir atendimento educacional especializado gratuito, preferencialmente na rede regular de ensino.

O AEE é, na forma prevista pelo art. 2º, §1º, alínea I, do Decreto federal nº 7.611/2011, o conjunto de atividades, recursos de acessibilidade e pedagógicos organizados institucional e continuamente, prestado – especificamente quanto aos alunos com deficiência – de modo complementar, como apoio permanente e limitado, no tempo e na frequência dos estudantes às salas de recursos multifuncionais (SRM).

Sob tal escopo, a Resolução MEC CNE/CEB 4/2009 instituiu diretrizes operacionais para o atendimento educacional especializado na educação de nível básico, incluindo o dever de garantir aos discentes com deficiência a matrícula na rede regular de ensino junto à inscrição no AEE, sendo este complementar à escolarização e ofertado em salas de recursos multifuncionais ou em centros específicos para tanto.

No âmbito do estado do Pará, a Instrução Normativa Seduc nº 10/2018 regulamentou os procedimentos que visam ao cadastro de oferta de vagas nas instituições escolares. Instituiu que o AEE seja ofertado obrigatoriamente em turno contrário, sob a segunda matrícula, prioritariamente em sala de recursos multifuncionais das unidades escolares ou em unidades especializadas (art. 55, inciso II), não sendo substitutivo às classes regulares.

Nesse aspecto, importante frisar que a Instrução Normativa de Matrícula nº 001/2022-GAB-SAEN desobrigou, em seu art. 46, a apresentação de laudo médico para dar prosseguimento à matrícula no AEE. Apesar disso, o mesmo dispositivo impõe a orientação e o encaminhamento do estudante e/ou seu responsável, durante a elaboração do Plano de Atendimento Educacional Especializado (PAEE), com vista a providenciar o laudo junto à rede de serviços da área da saúde, demonstrando a relevância do documento enquanto complemento ao Plano de AEE.

A relevância do laudo médico é reforçada pelo fato de que, após a realização da avaliação multidisciplinar pela equipe da Secretaria, que inclui o professor do AEE, o estudante é encaminhado à assistência – por exemplo, junto à equipe de saúde da SESPA – para obter o laudo médico correspondente, que embasará a Segunda Matrícula (AEE), sendo evidenciado que, na prática, a demora na emissão do laudo médico pode trazer empecilhos ao atendimento de cunho pedagógico no âmbito do AEE.

Entretanto, ressalta-se que, em Nota Técnica nº 04/2014-MEC/SECADI/DPEE, o MEC destacou ser prescindível a apresentação de laudo médico para fins de matrícula no AEE, sob pena de cerceamento do direito fundamental à educação das pessoas com deficiência, garantido nos artigos 205 e 208, inciso III, da CR/88.

Acentua o documento do MEC, ademais, que o laudo médico pode ter papel complementar, quando necessário, mas não condicionante do atendimento e do acompanhamento educacional especializado:

Durante o estudo de caso, primeira etapa da elaboração do Plano de AEE, se for necessário, o professor do AEE, poderá articular-se com profissionais da área da saúde, tornando-se o laudo médico, neste caso, um documento anexo ao Plano de AEE. Por isso, não se trata de documento obrigatório, mas, complementar, quando a escola julgar necessário. O importante é que o direito das pessoas com deficiência à educação não poderá ser cerceado pela exigência de laudo médico (Brasil, 2014, p. 3).

Desse modo, a elaboração e execução do plano de AEE devem ser centralizadas nas figuras dos professores do AEE em articulação aos professores do ensino regular, às famílias e aos serviços setoriais da saúde, da assistência social, entre outros. Em outras palavras, devem ser voltadas à perspectiva educacional, não clínica, favorecendo as condições de participação e de aprendizagem do estudante, razão pela qual não se sustenta qualquer entrave de acesso ao AEE sob o argumento de atraso na emissão do laudo técnico, sobretudo porque, mesmo na Instrução Normativa de Matrícula nº 001/2022-GAB-SAEN, não há essa exigência.

O Plano Nacional de Educação (PNE), normatizado por meio da Lei nº 13.005/2014, traz como “Meta 4” a universalização do acesso à educação básica e ao atendimento educacional especializado à população de 4 a 17 anos com deficiência, que inclui as estratégias de criação de centros multidisciplinares de apoio, pesquisa e assessoria, articulados com instituições acadêmicas e integrados por profissionais das áreas de saúde; e de buscar estabelecer condições adequadas para o sucesso educacional, em colaboração com as famílias e os órgãos públicos de assistência social, saúde e proteção à infância, à adolescência e à juventude.

Por isso, a não obrigatoriedade de exigência do laudo médico, enquanto forma de dirimir eventuais barreiras de acesso ao AEE, em especial para famílias de menor condição financeira, não implica a desnecessidade da colaboração intersetorial com a assistência social e a saúde, por exemplo, quando utilizada como estratégia para pensar subsídios no desenvolvimento da escolarização das pessoas com deficiência e como forma de concretizar a função de integração do Sistema Estadual de Proteção dos Direitos da Pessoa com TEA.

No caso, para a educação especial, e em destaque para os autistas, a emissão de um laudo médico deve ser absorvida como mecanismo de auxílio, no sentido de compreender a diversidade do espectro e identificar a gravidade funcional do aluno, propiciando um atendimento educacional mais alinhado com as suas limitações e potenciais. Um laudo bem estruturado possibilita à equipe do AEE o planejamento do tratamento do aluno com a escolha de terapias complementares que melhor contribuirão para o alcance de sua autonomia e independência. Assim, no sentido de auxílio, o laudo é sempre bem-vindo, mas não como critério limitador de acesso.

Diante disso, recomendou-se à Seduc que não sobreste e/ou condicione o acesso ao AEE à emissão de laudos médicos e/ou diagnósticos em relação aos estudantes com TEA, bem como quanto a todo o público-alvo do AEE. Recomendou-se, ademais, a criação de política integrada com a Secretaria de Saúde objetivando imprimir maior celeridade nos encaminhamentos dos laudos médicos com fim único de apoio profissional na elaboração/planejamento de estratégias de abordagens para desenvolvimento da capacidade de aprender e evoluir do aluno.

4.3 Acompanhantes especializados

Desde a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, elaborada em 2006 e da qual o Brasil se tornou signatário em 2007, o conceito de deficiência sofreu mudanças importantes. Não se trata mais

de uma falha ou limitação no corpo. A deficiência passa a ser caracterizada pelo impedimento/limitação de natureza física, mental, intelectual ou sensorial que reduza ou elimine a capacidade de interação.

Assim, as diversas barreiras que as pessoas com deficiência enfrentam, incluindo os autistas, não se limitam, por exemplo, à falta de rampas ou elevadores; diversos fatores (ou a falta deles) podem obstruir a participação plena e efetiva dessas pessoas na sociedade, configurando obstáculos gigantescos para sua inserção no contexto social.

Dito isso, e colocando luzes no item em questão, a ausência do acompanhante especializado pode definir o tamanho da barreira que uma pessoa autista enfrentará na escola para o processo de aprendizagem e desenvolvimento de habilidades de vida diária.

Nesse sentido, importante frisar que a Lei nº 12.764/2012, ao instituir a Política Nacional de Proteção dos Direitos das Pessoas com Transtorno do Espectro Autista, em seu artigo 3º, parágrafo único, garantiu, nos casos de comprovada necessidade, o direito do discente com TEA (matriculado em escola regular, pública ou particular) de possuir acompanhante especializado em sala de aula. Um avanço normativo, portanto, que não pode ser descurado do planejamento das ações educacionais.

Inobstante esse avanço, remanesce o questionamento acerca de quem é esse acompanhante especializado (ou facilitador), sua especialidade e no que concerne a sua atuação. Nesse aspecto, embora a Lei federal nº 12.764/2012 não tenha delimitado as atribuições do acompanhante especializado, o Decreto nº 8.368/2014 especifica que esse profissional deve estar integrado ao contexto escolar e possuir domínio no acompanhamento de crianças com deficiência e com TEA dentro da escola.

Em ato contínuo, a Lei nº 13.146/2015 instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) e disciplinou sobre o serviço de apoio especializado no inciso XIII do artigo 3º, *in verbis*: “pessoa que exerce atividades de alimentação, higiene e locomoção do estudante com deficiência e atua em todas as atividades escolares, nas quais se fizer necessária, em todos os níveis e modalidades de ensino”.

Assim, apesar de o Decreto nº 8.368/14 e a Lei nº 13.146/2015 conterem um relato sobre as “possíveis” funções do acompanhamento especializado, em nenhum dos documentos há, de forma clara, a especificação da formação para o exercício da função. Ambos os normativos deixam subentendido que a função desse acompanhante seria a de cuidar da higiene pessoal, alimentação, desenvolvimento da linguagem e promover a interação social das pessoas com TEA.

Nessa toada, a recente Lei estadual nº 9.890/2023, que alterou o Plano de Cargos, Carreira e Remuneração dos Profissionais da Educação Básica da Rede Pública de Ensino do Estado do Pará, identifica, no item “b” do inciso III do artigo 4º, a figura do assistente em educação especial e do acompanhante especializado, com atribuições previstas em seu Anexo III.

No contexto apresentado, inobstante a ausência de especificação sobre a formação desses profissionais, o assistente em educação especial, em perspectiva ampla, estaria mais voltado para a supervisão das atividades pedagógicas, enquanto o acompanhante especializado seria aquele que exerce a atividade de cuidador (apoio a locomoção, alimentação e cuidados pessoais) e de mediador (apoio às atividades de comunicação/desenvolvimento da linguagem e interação social). Uma atuação de todo modo relevante diante da necessidade da presença de um profissional qualificado para acompanhamento em sala de aula, notadamente nos primeiros anos de vida, que são cruciais para o desenvolvimento neural da pessoa com TEA. Importante frisar que o acompanhamento precoce, nesse caso, será determinante

para favorecer o sucesso no processo de inclusão do aluno, e estar incluído em uma sala comum sem a presença da figura do facilitador/mediador pode representar uma forma de exclusão.

Segundo a Nota Técnica nº 24/2013/MEC/Secadi/DPEE, que estabeleceu orientações aos Sistemas de Ensino para implementação da Lei nº 12.764/2012, o serviço do acompanhante deve ser compreendido à luz do conceito de adaptação razoável, que, de acordo com o art. 2º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, são, *in verbis*:

[...] as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

Ainda segundo a nota técnica, entre os aspectos que devem ser observados na oferta desse serviço educacional, destaca-se que: a) destina-se aos estudantes que não realizam as atividades de alimentação, higiene, comunicação ou locomoção com autonomia e independência, possibilitando seu desenvolvimento pessoal e social; b) justifica-se quando a necessidade específica do estudante não for atendida no contexto geral dos cuidados disponibilizados aos demais estudantes; c) não é substitutivo à escolarização ou ao atendimento educacional especializado, mas articula-se às atividades da aula comum, da sala de recursos multifuncionais e demais atividades escolares; d) deve ser periodicamente avaliado pela escola, juntamente com a família, quanto a sua efetividade e necessidade de continuidade (Brasil, 2013).

Segundo levantamento apresentado pela Secretaria de Estado de Educação no bojo do procedimento estudado, o quantitativo de pessoas com TEA matriculadas na rede estadual de ensino no ano de 2022 totalizou 2.564 alunos. Trata-se de número expressivo em contraposição à quantidade de acompanhantes contratados, que, segundo informações da Seduc, não havia chegado a 500 em 4 de julho de 2022, embora tenham sido habilitados 1.900 candidatos, os quais – mesmo que contratados em sua integralidade – não corresponderiam à totalidade das pessoas com TEA cadastradas no sistema da Seduc (2.564), menos ainda para todos os alunos com deficiência (13.725). Dessa forma, registra-se déficit na concretização de um direito essencial às pessoas com autismo, que é a presença do acompanhante especializado em sala de aula, sem o qual todos os demais direitos podem restar prejudicados, ante a essencialidade da figura do mediador para o desenvolvimento educacional dessas pessoas.

Identificou-se, ademais, que os acompanhantes especializados foram, no exercício de 2022, estagiários contratados por meio de Processo Seletivo Simplificado (PSS), os quais passaram a compor o quadro de profissionais das escolas estaduais sem a devida experiência para o exercício de suas funções. Essa forma de contratação constitui um contrassenso à PEPTEA, a qual objetiva assegurar a plena efetivação dos direitos e garantias fundamentais das pessoas com TEA mediante um conjunto de ações, entre as quais: a) a responsabilidade do poder público em disponibilizar profissionais especializados no atendimento à pessoa com TEA; e b) o incentivo à formação e capacitação de profissionais especializados no atendimento à pessoa com TEA.

Nesse aspecto, embora a Seduc tenha informado que os estagiários recebem curso de capacitação disponibilizado pela Coees, por meio da plataforma AVA/Cefor, é sabido que, além da provisoriedade da relação de estágio, a contratação desses profissionais deve se dar por meio de concurso público, com a especificação mínima das atribuições adequadas ao exercício das funções, permitindo, desta feita, a seleção dos candidatos mais aptos.

Assim sendo, e objetivando dar maior efetividade à Lei nº 9.061/2020 (PEPTEA), notadamente no âmbito da educação, o MPC/PA emitiu recomendação para que seja promovido, em caráter de urgência,

concurso público para contratação de assistente educacional especial, especificamente acompanhante especializado, nos moldes da Lei nº 9.890/2023 (PCCR/SEDUC).

Ademais, recomendou-se que do edital do concurso conste a definição prévia dos perfis profissionais que se almeja contratar, considerando que o Anexo III do PCCR estabelece as condições necessárias ao bom desempenho do ocupante do cargo e em número proporcional ao percentual de pessoas com TEA matriculadas na rede estadual de ensino.

Por fim, sugeriu-se a realização de convênios para implementação de ações articuladas entre a Sespa, Seduc, Seaster, Escola de Governança Pública do Estado do Pará (EGPA) e universidades estaduais e federais objetivando a capacitação desses profissionais por meio de curso de formação profissional, em caráter eliminatório e classificatório, na forma do artigo 6º da Lei estadual n.º 9.890/2023 e nos moldes preconizados pelo art. 16 da PEPTA.

5 CONCLUSÃO

Ao explorar os aspectos práticos da avaliação de políticas públicas pelo MPC/PA no contexto do estado do Pará, torna-se evidente o papel crucial desempenhado por essa instituição na busca pela transparência, eficiência e eficácia na administração pública. A análise empírica apresentada neste artigo revela que o MPC do Pará não apenas cumpre sua função de fiscalização, mas também se destaca ao considerar aspectos mais amplos da implementação das políticas, como o impacto social e a conformidade com os princípios de boa governança.

A atuação do MPC/PA na avaliação de políticas públicas demonstra sua capacidade de ir além da simples verificação de gastos e de se aprofundar nas complexidades das ações governamentais. Ao adotar abordagens metodológicas abrangentes, como a análise estatística, entrevistas com *stakeholders* e estudos de caso, o MPC do Pará consegue embasar suas conclusões em evidências sólidas. Essa abordagem informada e fundamentada enriquece a sua capacidade de identificar oportunidades de melhoria e sugerir recomendações para o aprimoramento das políticas em vigor.

Em resumo, a análise dos aspectos práticos da avaliação de políticas públicas pelo MPC no estado do Pará revela a grande importância dessa instituição no monitoramento da administração pública. O MPC do Pará se destaca por sua abordagem abrangente, pela utilização de métodos embasados em dados e por sua independência, o que o posiciona como agente de mudança positiva na promoção do interesse público e na construção de um ambiente governamental mais eficaz e responsável. Este estudo oferece visão enriquecedora das práticas do MPC do Pará, ressaltando sua relevância contínua na busca por uma gestão pública mais eficiente e orientada para resultados.

Ainda que exija contínuo amadurecimento, referida atuação proativa do MPC/PA traz como vantagem – em especial em comparação às ações restritas aos processos de contas – a possibilidade de agir *pari passu* à execução da política avaliada e incentivando a perspectiva dialógica junto aos órgãos, de modo que o *Parquet* de Contas passe a atuar não somente sob o olhar punitivo, mas como guia em termos de avaliação da política pública em prol da consecução do resultado objetivado e socialmente desejado.

REFERÊNCIAS

ARRETCHE, Marta. Tendências no estudo sobre avaliação. *In*: RICO, Elizabeth Melo (Org.). **Avaliação de políticas sociais**: uma questão em debate. São Paulo: Cortez, 1998. p. 29-39.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 3, 26 ago. 2009

BRASIL. Decreto nº 7.611, de 17 de novembro de 2011. Dispõe sobre a educação especial, o atendimento educacional especializado e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 12, 18 nov. 2011

BRASIL. Decreto nº 8.368, de 2 de dezembro de 2014. Regulamenta a Lei nº 12.764, de 27 de dezembro de 2012, que institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 3, 3 dez. 2014.

BRASIL. Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 1, 25 out. 1989.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 13563, 16 jul. 1990.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 27833, 23 dez. 1996.

BRASIL. Lei nº 12.764, de 27 de dezembro de 2012. Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista; e altera o § 3º do art. 98 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 1, 28 dez. 2012.

BRASIL. Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 1, 26 jun. 2014.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 2, 7 jul. 2015.

BRASIL. Ministério da Educação. **Nota Técnica nº 04/2014/MEC/SECADI/DPEE**. Brasília, DF: MEC, 2014. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=15898-nott04-secadi-dpee-23012014&category_slug=julho-2014-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 20 ago. 2023.

BRASIL. Ministério da Educação. **Nota Técnica nº 24/2013/MEC/SECADI/DPEE**. Brasília, DF: MEC, 2013. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=13287-nt24-sistem-lei12764-2012&Itemid=30192. Acesso em: 20 ago. 2023.

BRASIL. Ministério da Educação. **Resolução nº 4, de 2 de outubro de 2009**. Institui Diretrizes Operacionais para o Atendimento Educacional Especializado na Educação Básica, modalidade Educação Especial. Brasília, DF: MEC, 2009. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/rceb004_09.pdf. Acesso em: 20 ago. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Referencial de Controle de Políticas Públicas**. Brasília: TCU, 2020. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/EF/22/A4/9A/235EC710D79E7EB7F18818A8/1_Referencial_controle_politicas_publicas.pdf. Acesso em 20 ago. 2023.

DANTAS, Bruno. O risco de “infantilizar” a gestão pública. **O Globo**, Rio de Janeiro, 6 jan. 2018. Opinião. Disponível em: https://oglobo.globo.com/opiniao/o-risco-de-infantilizar-gestao-publica-22258401?utm_source=WhatsApp&utm_medium=Social&utm_campaign=compartilhar. Acesso em: 20 ago. 2023.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. **Avaliação de políticas públicas: guia prático de análise ex ante**. Brasília: Ipea, 2018. v. 1.

INSTITUTO RUI BARBOSA (IRB). **NBASP 9020 – avaliação de políticas públicas: Norma correspondente à “GUID 9020 – Evaluation of Public Policies”**. Brasília: IRB, 2020.

HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. **Política pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integradora**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

PARÁ. Lei Complementar nº 09, de 27 de janeiro de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado do Pará, atualizando a anterior, de nº 1.843, de 30.12.1959. **Diário Oficial do Estado do Pará**, Belém/PA, 28 jan. 1992.

PARÁ. Lei nº 9.061, de 21 de maio de 2020. Institui a Política Estadual de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista - PEPTA, cria o Sistema Estadual de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista e o Conselho da Política Estadual de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista - COPEPTA, dispõe sobre a expedição da Carteira de Identificação da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista – CIPTA, altera a Lei nº 5.838, de 1994. **Diário Oficial do Estado do Pará**, Belém/PA, 22 maio 2020.

PARÁ. Lei nº 9.890, de 13 de abril de 2023. Cria e estrutura as Carreiras de Gestão Governamental, Infraestrutura e Política Educacional e Gestão em Suporte Educacional na Secretaria de Estado de Educação (Seduc); altera a Lei Estadual nº 7.442, de 2 de julho de 2010, que dispõe sobre o Plano de Cargos, Carreira e Remuneração dos Profissionais da Educação Básica da Rede Pública de Ensino do Estado do Pará. **Diário Oficial do Estado do Pará**, Belém/PA, 14 abr. 2023.

PARÁ. Ministério Público de Contas do Estado do Pará. Resolução nº 20 – MPC/PA – Colégio, de 31 de agosto de 2022. Regulamenta, no âmbito do Ministério Público de Contas do Estado do Pará, a instauração e a tramitação do Procedimento Informativo, do Procedimento Preliminar e do Procedimento de Acompanhamento. **Diário Oficial do Estado do Pará**, Belém/PA, 1º set. 2022a.

PARÁ. Secretaria de Estado de Educação. Instrução Normativa nº 1, de 10 de janeiro de 2022. Dispõe sobre normas, procedimentos e cronograma para cadastro de oferta de vagas, pré-matrícula de novos alunos, confirmação de matrícula de novos alunos, rematrícula, transferência de alunos, constituição de turmas, enturmação nas unidades de ensino da rede pública estadual de ensino. **Diário Oficial do Estado do Pará**, Belém/PA, 11 jan. 2022b.

PARÁ. Secretaria de Estado de Educação. Instrução Normativa nº 10, de 09 de novembro de 2018. Regula os procedimentos para cadastro de oferta de vagas, matrícula de alunos novos, confirmação de matrícula, rematrícula, transferência de alunos, formação de turmas, enturmação da rede pública estadual de ensino e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado do Pará**, Belém/PA, 12 nov. 2018.

PARÁ. Secretaria de Estado de Planejamento e Administração. Lei nº 9.496, de 11 de janeiro de 2022. Estima a receita e fixa a despesa do Estado do Pará para o exercício financeiro de 2022. **Diário Oficial do Estado do Pará**, Belém/PA, 12 jan. 2022c.

PARÁ. SEPLAD. **Manual de Monitoramento de Programas e Ações**: Sistema Integrado de Planejamento. Belém, PA: Seplad, 2019. Disponível em: <https://seplad.pa.gov.br/wp-content/uploads/2020/07/Manual-SigPlan-18.06.2020-ok.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2023.

PARÁ. Tribunal de Contas do Estado do Pará. Ato nº 63, de 17 de dezembro de 2012. Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Pará. **Diário Oficial do Estado do Pará**, Belém/PA, 18 dez. 2012.

PINTO, Élide Graziane. 15 anos da LRF: ainda em busca do controle dos resultados das políticas públicas e da qualidade dos gastos públicos. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFD FE**, Belo Horizonte, v. 5, n. 8, p. 69-78, 2016.

SILVA, José Afonso da. O Ministério Público junto aos Tribunais de Contas. **Interesse Público – IP**, Porto Alegre, v. 5, n. 26, p. 255-264, 2004.

VICTER, Stephenson Oliveira. Ministério Público de Contas: estatuto constitucional e perspectivas sob o prisma da autonomia institucional e da independência funcional. **R. Minist. Públ. Contas Est. Pará. - RMPC-PA**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 205-220, 2023.



Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais

Av. Raja Gabaglia, 1315, 5º andar - Luxemburgo - Belo Horizonte - Minas Gerais - CEP 30380-435

Telefone: (31)3348-2628 - email: revistampc@mpc.mg.gov.br

Horário de atendimento ao público: 07:00 às 12:00 e 13:00 às 17:00