

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

Belo Horizonte | v. 5 | n. 9 | jan./jun. 2025

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

## CONSELHO EDITORIAL

Antonio Augusto Junho Anastasia - Universidade Federal de Minas Gerais  
Daniela Mello Coelho Haikal - Universidade Federal de Minas Gerais  
Denilson Feitoza Pacheco - Universidade Federal de Minas Gerais  
Edilson Vitorelli Diniz Lima - Universidade Federal de Minas Gerais  
Élida Graziane Pinto - Fundação Getulio Vargas  
Elke Andrade Soares de Moura - Universidade Federal de Minas Gerais  
Jamile Bergamaschine Mata Diz - Universidade Federal de Minas Gerais  
José Maurício Conti - Universidade de São Paulo  
Juarez Freitas - Universidade Federal de Santa Catarina  
Luís Carlos Balbino Gambogi - Universidade FUMEC  
Luiza Cristina Fonseca Frischeisen - Universidade de Taubaté -UNITAU  
Marcílio Barenco Corrêa de Mello - Universidade do Minho, UMINHO, Portugal  
Maria Coeli Simões Pires - Universidade Federal de Minas Gerais  
Maria Tereza Fonseca Dias - Universidade Federal de Minas Gerais  
Marilda de Paula Silveira - Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP

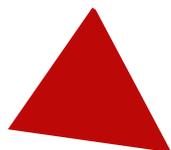
## FICHA CATALOGRÁFICA

Controle em Foco: Revista do MPC-MG.

Ano 5, n. 9 (jan./jun. 2025). Belo Horizonte: Ministério Público de Contas de Minas Gerais, 2025.

Periodicidade semestral (2025).

ISSN Online: 2966-0173



# EDITORIAL

Apresentamos aos profissionais do controle externo e à comunidade acadêmica a 9ª 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 da administração pública.

Gostaríamos de comunicar que foi dado início ao processo de inclusão da revista Controle em Foco em bases de dados (indexadores), com o objetivo de torná-la mais visível e acessível aos pesquisadores. Até o momento, a revista encontra-se indexada nas bases Miguilim, Diadorim, LatinREV e LivRE, e já estamos trabalhando para cumprir os requisitos de tantas outras.

Ainda, desde a 8ª edição, cada artigo, após a publicação, recebe um DOI (*Digital Object Identifier*) específico, a fim de garantir a sua localização permanente na internet e facilitar a sua citação.

Registramos nosso compromisso de contínuo processo de 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**

Lívia Maria Barbosa Salgado

## **SUORTE TI**

Juan Karlos Freitas Diniz

# PARECERISTAS

O Corpo editorial da *Controle em Foco* – Revista do MPC-MG agradece aos pareceristas desta edição que, com dedicação, rigor acadêmico e compromisso ético, contribuíram para a qualificação dos artigos científicos submetidos a esta edição.

O processo de avaliação por pares em sistema duplo cego é fundamental para assegurar excelência, imparcialidade e integridade acadêmica das publicações científicas. Esse trabalho voluntário exige tempo, atenção e conhecimento técnico-jurídico, razão pela qual reiteramos nosso agradecimento pelo empenho de cada avaliador e avaliadora

## **PARECERISTAS AD HOC**

### **Mestres**

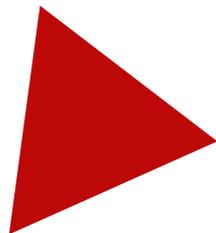
André Canelas Alves - Universidade Federal de Minas Gerais

Bruno Fontenelle Gontijo - Universidade Federal de Minas Gerais

Daniel Martins e Avelar - Universidade Federal de Minas Gerais

### **Doutores**

Renata Vaz Marques Costa Rainho - Universidade Federal de Minas Gerais



# SUMÁRIO

## ARTIGOS DE OPINIÃO

### **Cristina Andrade Melo**

O advérbio “preferencialmente” na nova lei de licitações e contratos administrativos | **PÁGINA 9**

### **Daniel de Carvalho Guimarães**

O contraditório nos processos de registro de atos de pessoal nos Tribunais de Contas | **PÁGINA 16**

### **Elke Andrade Soares de Moura**

O Direito das/nas políticas públicas e os desafios postos ao controle | **PÁGINA 24**

### **Marcílio Barenco Corrêa de Mello**

Acordo de Não Persecução Civil: uma análise crítica na aplicação pelos órgãos de controle externo | **PÁGINA 30**

### **Maria Cecília Borges | Tainá Marques Rabelo**

Da imprescritibilidade em processos de contas com reflexo ambiental | **PÁGINA 35**

### **Sara Meinberg | Lilian Haas**

Avaliação psicológica, exame de higidez mental, teste psicotécnico: impossibilidade de se atribuir caráter classificatório – Lei nº 14.965/2024 | **PÁGINA 40**

## ARTIGOS DE JURISPRUDÊNCIA

**Germana Galvão Cavalcanti Laureano** | A fixação dos subsídios dos vereadores e a interpretação do princípio constitucional da anterioridade | **PÁGINA 47**

**Patrick Bezerra Mesquita | Camila Portella Neves** | Emendas parlamentares e a Constituição: entre a transparência e o controle de resultados | **PÁGINA 52**

## ARTIGOS CIENTÍFICOS

**Andréa Lúcia de Araújo Cavalcanti Ormond** | As agências reguladoras e a missão dos Tribunais de Contas no panorama brasileiro | **PÁGINA 62**

**Estela Sucasas dos Santos** | Fundo público: significado, fundamentos constitucionais e utilização pela administração pública | **PÁGINA 81**

**Filipe Lôbo Gomes | Marcos Nóbrega** | *Shock absorber, traction* e equilíbrio dinâmico dos contratos: pela necessidade de modos adaptativos, não lineares e informados por sistemas complexos para o reequilíbrio contratual | **PÁGINA 102**

**Izabella Lima Diniz | Luísa Santos Paulo** | A subcontratação em contratos públicos: uma análise comparada entre Brasil e Portugal | **PÁGINA 119**

**Pedro Henrique Magalhães Azevedo** | Provocações, questionamentos e análise crítica do art. 167-A da Constituição da República | **PÁGINA 133**

# **Artigos de opinião**

# O ADVÉRBIO “PREFERENCIALMENTE” NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS



## Cristina Andrade Melo

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

Muito se tem escrito e falado a respeito da Lei n. 14.133/2021, a nova lei de licitações e contratos administrativos. Discute-se, nos mais variados fóruns, seus avanços, retrocessos, inovações e perspectivas. Neste breve ensaio, propõe-se uma abordagem incomum a respeito do tema, que passa pela análise gramatical do advérbio “preferencialmente”, bastante presente no texto legal, com a finalidade de perquirir se este revela competência discricionária ou vinculada da administração pública. A interpretação do termo tem impacto em inúmeras situações na prática administrativa de condução de processos licitatórios, bem como no controle do ato administrativo, o que, aliado à escassez doutrinária sobre o tema, justifica a investigação.

Em uma análise comparativa, verificou-se que as Leis n. 8.666/1993 e n. 10.520/2002 empregaram, cada uma, somente uma vez o advérbio “preferencialmente”, e a Lei n. 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), empregou-o duas vezes.

Destoando desse histórico legislativo, a Lei n. 14.133/2021 empregou o advérbio “preferencialmente” em 16 artigos diferentes, como se pode observar no quadro abaixo:

Nº	ARTIGO	TEMA
01	Art. 7º, I	Agentes públicos para o desempenho de funções licitatórias
02	Art. 12, VI	Atos digitais no processo licitatório
03	Art. 17, §2º	Forma eletrônica das licitações
04	Art. 19, I	Centralização de procedimentos de aquisição e contratação de bens e serviços
05	Art. 19, §3º	<i>BIM (Building Information Modelling)</i> para obras e serviços de engenharia e arquitetura
06	Art. 36, §1º, I	Critério de julgamento de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual
07	Art. 40, §1º, I	Catálogo eletrônico de padronização
08	Art. 60, II	Desempate entre propostas – avaliação do desempenho contratual

(continua)

Nº	ARTIGO	TEMA
09	Art. 75, XVIII	Dispensa de licitação – Programa Cozinha Solidária
10	Art. 75, §3º	Procedimento eletrônico para dispensa de pequeno valor
11	Art. 75, §4º	Utilização de cartão de pagamento para compras de pequeno valor
12	Art. 92, §6º	Prazo para resposta do pedido de repactuação de preços
13	Art. 103, §2º	Transferência ao contratado dos riscos que tenha cobertura de seguradoras
14	Art. 158, §1º	Composição da comissão de processo de responsabilização
15	Art. 169, §3º, I	Aperfeiçoamento de controles preventivos e capacitação dos agentes públicos
16	Art. 181, p. u.	Centrais de compras para município com até 10.000 habitantes por consórcios

Fonte: Elaborado pela autora com base na Lei n. 14.133/2021, disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br).

Preferência, segundo o Dicionário Aurélio<sup>1</sup>, significa “1. Ato ou efeito de preferir. 2. Predileção”. Já preferir, conforme o mesmo dicionário, é “1. Dar primazia a, escolher. 2. Ter predileção por. 3. Achar melhor”. No Dicionário Michaelis<sup>2</sup>, preferência é “1. Ação ou efeito de preferir uma pessoa ou coisa a outra; predileção. 2. Manifestação de agrado, atenção ou distinção relativamente a alguém. 3. Condição do que ocupa o primeiro lugar em importância, necessidade, premência etc.; precedência, primado, primazia”.

Conforme Evanildo Bechara<sup>3</sup>, advérbio é a expressão modificadora que, por si só, denota uma circunstância, podendo referir-se a um verbo, a um adjetivo ou a um advérbio (como intensificador). Fazendo referência à Nova Nomenclatura Gramatical Brasileira, Ataliba T. de Castilho<sup>4</sup> ensina que a maioria dos advérbios terminados em “-mente” são considerados advérbios de modo.

Nesse sentido, a utilização do advérbio “preferencialmente” em comandos normativos referentes à função administrativa estatal acaba por modificar o verbo que determina o modo como a ação deve se desenvolver por meio do ato administrativo. Via de consequência, interfere em aspectos importantes deste, notadamente a vinculação e discricionariedade.

Nos relatórios dos projetos de lei que antecederam a promulgação da Lei n. 14.133/2021, não foram encontradas justificativas para a alargada utilização do advérbio “preferencialmente”. Apesar disso, podem ser presumidas algumas razões que levaram o legislador a lançar mão em variados contextos do termo.

Se, por um lado, uma das características marcantes da Lei n. 14.133/2021 é que ela consolida práticas que já existiam na administração, mormente no plano federal, bem como entendimentos pacificados no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU), por outro, a lei trata de normas gerais, a serem aplicadas por entes federativos com capacidades bastante díspares em termos técnicos, operacionais e econômicos.

1 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio** Século XXI: O minidicionário da língua portuguesa. Coordenação de edição: Margarida dos Anjos, Marina Baird Ferreira; lexicografia, Margarida dos Anjos [et al.]. 4. ed. rev. ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

2 PREFERÊNCIA. In: MICHAELIS ON-LINE, Dicionário Brasileiro da Língua Brasileira. São Paulo: Editora Melhoramentos Ltda., 2015. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=prefer%C3%A2ncia>. Acesso em 19 nov. 2024.

3 BECHARA, Evanildo. **Moderna gramática portuguesa**. 37. ed. rev. e amp. 14ª reimpr. Rio de Janeiro: Lucerna, 2004. p. 287.

4 CASTILHO, Ataliba T. de. **Nova gramática do português brasileiro**. 1. ed., 7ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2022. p. 542.

Nesse sentido, a inserção do advérbio “preferencialmente” junto ao verbo núcleo do comando normativo tem o efeito de retirar o caráter obrigatório, peremptório e rígido da obrigação legal, o que beneficia, de forma especial, entes de reduzida estrutura burocrática.

Contudo, mitigar a obrigatoriedade não significa conferir liberdade ao administrador público, no sentido de que este poderia optar por agir de um ou outro modo livremente. O termo, portanto, não pode ser interpretado como mero artifício linguístico, de modo a afastar a ação que o legislador considerou que deve vir em primeiro lugar. Princípio basilar da hermenêutica jurídica orienta-nos no sentido de que a lei não contém palavras inúteis, o que significa que deve ser extraído o sentido de cada palavra e a ela deve ser dada a máxima eficácia possível. Assim, o advérbio “preferencialmente” funcionaria como um qualificador da motivação a ser demonstrada pelo gestor público, como será dissertado mais adiante.

A estratégia também pode ter sido utilizada para amenizar disposições que poderiam ser consideradas normas específicas direcionadas tão somente à União. Como se verá no tópico seguinte, em ao menos dois artigos da Lei n. 14.133/2021, a doutrina especializada tem apontado que as normas, se consideradas gerais, violam a autonomia administrativa dos demais entes federativos por se imiscuírem em questões sobre as quais a Constituição assegura competência a eles, tais como regime de servidores e organização administrativa (art. 7º e art. 181, parágrafo único). Obviamente que a utilização do termo “preferencialmente” não possui o condão de transformar uma norma, que, na essência, é específica, em norma geral, mas, na prática, pode enfraquecer o argumento em questionamentos judiciais, por exemplo.

De modo geral, com relação à alargada utilização do advérbio “preferencialmente” na Lei n. 14.133/2021, a doutrina ocupa-se do assunto quando comenta algum artigo que contenha o citado advérbio, fazendo uma interpretação, no mais das vezes, concentrada no contexto do dispositivo normativo objeto do comentário.

Em pesquisa realizada em livros que comentam a lei de licitações por artigos<sup>567</sup>, Marçal Justen Filho foi o que mais se posicionou a respeito do advérbio “preferencialmente”, abordando-o em subtópicos específicos de sua obra de referência. Em geral, o citado autor manifestou-se pela ausência de discricionariedade – algumas vezes de maneira veemente – para o administrador, pontuando que o agir administrativo dissonante da regra legal que conferiu primazia à ação deve ser sempre justificada.

Até o momento, foi identificado apenas um artigo, que tratasse de forma específica e sistêmica sobre a alargada utilização do advérbio “preferencialmente” no contexto da Lei n. 14.133/2021, de autoria de Hamilton Bonatto e Vivian Aparecida Ciscato Chuchene Bonatto, intitulado “O advérbio ‘preferencialmente’ na Lei n. 14.133, de 2021”, com reflexões interessantes:

Verificando-se essa opção do legislador pela palavra **preferencialmente**, observa-se que ao repeti-la de forma contínua estabelece uma diretriz, uma uniformidade de forma sistemática da utilização desse termo no texto. Nas previsões acima relacionadas, o acréscimo do advérbio, cuja função sintática é modificar o modo como a ação verbal será praticada. (Sic.) Dar preferência a um comportamento significa impor uma condição de primeiro lugar em importância, necessidade, premência. Em outras palavras, houve uma evidente manifesta-

5 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

6 FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima; CAMARÃO, Tatiana (Coord.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos** – Lei n. 14.133, de 1.º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022. v. 1 e 2.

7 TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Comentadas**. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2023.

ção legislativa pela distinção entre a ação prevista e o modo como executá-la, tendendo a um propósito uniformizador com esta utilização.<sup>8</sup>

Observa-se que não há uniformidade na doutrina a respeito da interpretação do advérbio “preferencialmente” na Lei n. 14.133/2021. Há quem refute, como Marçal Justen Filho, que o uso da palavra confira discricionariedade para a administração pública agir na forma que bem entender; há outros que consideram que o termo traz flexibilidade e liberdade para o processo de tomada de decisão do agir administrativo<sup>9</sup> e até quem, a despeito de ser posição isolada, radicaliza a ponto de desconsiderar os dispositivos legais que contêm o mencionado advérbio, por interpretar como mera recomendação<sup>11</sup>.

Os aspectos do ato administrativo da vinculação e discricionariedade são amplamente estudados pela doutrina administrativa, tendo em vista a importância desses conceitos para o agir administrativo e para o controle exercido por outros poderes e órgãos.

De modo geral, entende-se por haver aspecto vinculado no ato administrativo sempre que a própria norma delimitar a ação administrativa com comandos unívocos, de modo a restar ao administrador, na aplicação da norma, apenas um comportamento, que é considerado, de antemão, o melhor possível. Já a discricionariedade encerra inúmeras controvérsias, que ditam os limites do controle jurisdicional, ou pelos tribunais de contas, sobre a função administrativa.

Segundo os autores espanhóis Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, a discricionariedade significa escolha entre “indiferentes jurídicos”, porque qualquer solução adotada seria igualmente justa e correta perante o direito. Em suas palavras:

A discricionariedade é essencialmente uma liberdade de escolha entre alternativas igualmente justas, ou, se se preferir, entre indiferentes jurídicos, porque a decisão geralmente se fundamenta em critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos etc.) não incluídos na Lei e remetidos ao crivo subjetivo da Administração.<sup>12</sup>

Retomando o problema que norteia o presente artigo, questiona-se se a Lei n. 14.133/2021, ao utilizar o advérbio “preferencialmente” de forma recorrente, mais precisamente por 16 vezes, confere discricionariedade ao administrador público na aplicação da norma, isto é, se existe liberdade de escolha entre as opções delineadas pela lei, todas de mesmo valor perante o direito.

Hamilton Bonatto e Vivian Bonatto<sup>13</sup> dissertam que, quando confrontado com os advérbios “exclusivamente” e “facultativamente”, que denotam, sem questionamento, atos ditos vinculados e discricionários, respectivamente, o advérbio “preferencialmente” não se encontra em nenhum desses extremos, pois, se, por um lado, não traduz uma única opção e exclusão das demais, tampouco parece revelar liberdade de escolha entre opções possíveis delineadas pelo legislador. Prosseguem os autores:

8 BONATTO, Hamilton; BONATTO, Vivian Aparecida Ciscato Chuchene. O advérbio “preferencialmente” na Lei nº 14.133, de 2021. **Site Ronny Charles**, seção Artigos, 28 fev. 2024. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/o-adverbio-preferencialmente-na-lei-no-14-133-de-2021/#:~:text=N%C3%A3o%20se%20trata%20de%20liberdade,uma%20a%C3%A7%C3%A3o%20em%20primeiro%20lugar>. Acesso em: 30 jul. 2024. Grifo no original.

9 FURTADO, Madeline Rocha; VIEIRA, Antonieta Pereira. A Lei de Licitações nº 14.133/2021: velhos atores para uma nova lei, afinal quem licita e quem fiscaliza os contratos? **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 21, n. 244, p. 71-85, abr. 2022.

10 GIROTO, Maria Coutinho Ferreira. Considerações sobre a designação de agentes públicos para funções previstas na Lei n. 14.133/21. **Revista Simetria do Tribunal de Contas do Município de São Paulo**. 2021, v. 1, n. 8, p. 28-39. Disponível em: <https://revista.tcm.sp.gov.br/simetria/article/view/99>. Acesso em: 21 nov. 2024.

11 RIGOLIN, Ivan Barbosa. Dispensa por valor (Lei nº 14.133/21, art. 75, I e II, e §§1º a 4º). **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 23, n. 275, p. 13-19, nov. 2024.

12 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; TOMÁS-RAMÓN, Fernández. **Curso de Direito Administrativo**. Revisor técnico: Carlos Ari Sundfeld. Tradutor: José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 467.

13 BONATTO, Hamilton; BONATTO, Vivian Aparecida Ciscato Chuchene. O advérbio “preferencialmente” na Lei nº 14.133, de 2021, *op. cit.*

Quando a Lei nº 14.133, de 2021, utiliza o advérbio *preferencialmente* nos 16 (dezesseis) dispositivos supracitados, sem juízo desta opção do legislador, é preciso aceitar que é exigida a primazia da preferência de uma ação em primeiro lugar. Não há adoção de alternativas. Por conseguinte, ao não ser dada a preferência ao modo apontado para executar a ação prevista, requer-se a justificativa idônea de tal antagonismo, sob pena da caracterização de ilegalidade.

Concorda-se com os citados autores, na medida em que o vocábulo “preferencialmente” não encerra alternativas para o agir administrativo na aplicação da norma. Não está o legislador a disciplinar que, diante de determinada situação, o administrador pode livremente optar entre a solução A ou B e que ambas são de mesmo valor perante o direito (indiferentes jurídicos), porque não o são. O que o legislador pretende é a primazia de determinada ação, que esta seja realizada em primeiro lugar, que seja buscada com precedência em relação a outras ações.

Um exemplo pode ajudar a clarear a questão: quando a lei determina que devem ser designados preferencialmente servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes para atuar nas licitações e contratações públicas, não significa que o administrador possa escolher entre um servidor efetivo ou um servidor comissionado para exercer tais funções, pois as opções não possuem o mesmo valor perante o direito. Dada a preferência legal pelo servidor efetivo – por presumir o legislador que este seja menos sujeito a influências e pressões em área tão sensível à administração pública, como a das compras públicas –, essa condição tem primazia em relação a outras opções (servidor comissionado ou temporário) e, conseqüentemente, um valor maior perante o direito.

Portanto, interpretar o advérbio “preferencialmente” como um vocábulo que confere discricionariedade ao administrador não parece ser a solução mais acertada. Muitos autores rechaçam essa interpretação de forma expressa. Por todos, cite-se Marçal Justen Filho, para quem inexistente liberdade do administrador nas situações em que a Lei n. 14.133/2021 utiliza o mencionado advérbio.

Não havendo discricionariedade, é de se perguntar se se trata de ato vinculado da administração pública, uma vez que, como ensina a expressão em latim, *tertium non datur*. Se é certo que o advérbio “preferencialmente” não possui o mesmo significado de “exclusivamente”, que, quando empregado em textos legais, denota de forma mais potente a conduta que se pretende, não menos certo que o citado vocábulo vincula o agir para a ação que se considera primacial, precedente, prioritária.

Pode-se dizer, portanto, que o advérbio em comento revela um aspecto do ato administrativo vinculado, na medida em que a administração pública, toda vez que se deparar com um comando normativo que disciplina uma conduta de modo preferencial, está vinculada à ação que a lei considerou que deva ser tomada em primeiro lugar, por ser essa a melhor solução possível.

Floralvaldo Dutra de Araújo propõe o seguinte conceito de vinculação, em contraponto à discricionariedade:

A vinculação caracterizará dado aspecto do ato administrativo, sempre que a norma de direito positivo regulá-lo de modo a transparecer que, na consideração axiológica do direito e das circunstâncias em que este se faz aplicável, deve o administrador, ao aplicar essa norma, fazê-lo da melhor maneira possível.<sup>14</sup>

Prosseguindo, o professor ensina que a decisão do administrador está sujeita a controle porque “o ato se acha *vinculado* a uma regra de direito que pede *um só*, pois, o *melhor* comportamento possível”. Adotando esse raciocínio, é inegável concluir que a ação preferencial, definida em todas as 16 oportunidades em que a Lei n. 14.133/2021 empregou o advérbio, é o melhor comportamento possível e deve ser perseguida pelo administrador.

14 ARAÚJO, Floralvaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 65.

Nesse sentido, o vocábulo “preferencialmente” indica mais que uma diretriz, como ensina Ronny Charles; na verdade, indica uma ação vinculada na busca do melhor comportamento possível. Obviamente que a norma não pode ser “mais realista que o rei” e fechar os olhos para situações em que a práxis torna impossível o atendimento do comando preferencial. O agir administrativo que a lei considera preferencial deve ser lido como a regra, de forma que a exceção deve ser motivada de acordo com o contexto local.

O agir administrativo destoante da conduta preferencial disposta na lei exige do administrador público motivação aderente à impossibilidade de cumprimento da ação preferencial ou mesmo à constatação de que a ação preferencial traria algum prejuízo ao interesse público. Por essa razão, pode-se dizer que o próprio comando normativo da nova lei de licitações determina o conteúdo da motivação, característica que a torna qualificada. Voltando ao exemplo da motivação para designação de servidor não efetivo para exercer funções ligadas às contratações públicas, não basta se ater aos atributos profissionais e pessoais do agente, mas sim às características inerentes ao aparato burocrático daquele momento, notadamente ao quadro de pessoal, a fim de justificar que não existe servidor efetivo com capacitação em contratações públicas disponível para atender às demandas do órgão ou entidade e que a abertura de concurso público traria prejuízo ao interesse público em razão da demora. A motivação qualificada revela-se ainda mais essencial em estruturas maiores de órgãos e entidades públicas, como a União, estados ou municípios de grande ou médio porte, pois estes, a princípio, possuem maior disponibilidade de servidores efetivos para exercer funções relacionadas às contratações públicas.

A motivação funciona como instrumento que dialoga com o objetivo do uso reiterado e excessivo do advérbio “preferencialmente” na Lei n. 14.133/2021, que é o de impedir que uma norma geral, que deve ser aplicada pelos três entes da federação, apresente uma solução rígida em uma realidade extremamente desigual entre eles. Na motivação, portanto, o administrador precisa justificar a impossibilidade de seguir a regra disposta no comando normativo ou mesmo que seu cumprimento importaria em prejuízo ao interesse público.

É importante registrar que, dos 16 artigos da Lei n. 14.133/2021 que empregam o advérbio “preferencialmente”, apenas o art. 17, § 2º<sup>15</sup>, estabelece expressamente o dever de motivação do ato que não acolhe a conduta preferencial. Contudo, o dever de motivação deve ser estendido a todos os outros comandos da lei, até mesmo em deferência ao parágrafo único do art. 20 da Lei n. 13.655/2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), segundo o qual “A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”.

Tal conduta não deve ser vista como mais um encargo imposto à burocracia estatal, pois se insere no dever de motivação dos atos administrativos, sejam eles vinculados ou discricionários. É preciso, portanto, esclarecer que a situação fática que tenha motivado o ato é consentânea à finalidade da norma, o que se revela de fundamental importância para o controle do ato, seja ele judicial ou pelos tribunais de contas. Vários autores e entendimentos jurisprudenciais citados neste texto convergem para esse mesmo entendimento, qual seja, a necessidade de motivação do ato administrativo que destoa do agir preferencial.

---

15 Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:

[...]

§ 2º As licitações serão realizadas *preferencialmente* sob a forma eletrônica, admitida a utilização da forma presencial, desde que motivada, devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo.

§ 5º Na hipótese *excepcional* de licitação sob a forma presencial a que refere o § 2º deste artigo, a sessão pública de apresentação de propostas deverá ser gravada em áudio e vídeo, e a gravação será juntada aos autos do processo licitatório depois de seu encerramento.

Em conclusão, entende-se que o vocábulo “preferencialmente” não encerra alternativas para o agir administrativo na aplicação da norma. Não se tratando de discricionariedade, conclui-se, portanto, que o advérbio em comento revela um aspecto do ato administrativo vinculado, na medida em que a administração pública, toda vez que se deparar com um comando normativo que disciplina uma conduta de modo preferencial, está vinculada à ação que a lei considerou que deva ser tomada em primeiro lugar, por ser essa a melhor solução possível.

Nesse sentido, o vocábulo “preferencialmente” indica uma ação vinculada na busca do melhor comportamento possível. O agir administrativo que a lei considera preferencial deve ser lido como a regra, de forma que a exceção deve ser motivada de acordo com o contexto local, a fim de justificar a impossibilidade de seguir a regra disposta no comando normativo ou mesmo que seu cumprimento importaria em prejuízo ao interesse público.

# O CONTRADITÓRIO NOS PROCESSOS DE REGISTRO DE ATOS DE PESSOAL NOS TRIBUNAIS DE CONTAS



**Daniel de Carvalho Guimarães**

Procurador do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais.  
Especialista em Direito Tributário pela PUC Minas.

## INTRODUÇÃO

Este breve texto trata da garantia constitucional do contraditório e o seu grau de aplicação aos processos nos Tribunais de Contas referentes ao registro dos atos de admissão, aposentadoria, reforma e pensão.

A provocação se justifica diante da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) de que não caberia atuação do beneficiário nesse processo por entender como ato complexo o ato de admissão e de concessão, que se aperfeiçoa somente após o exame pelo Tribunal de Contas.

## A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

O artigo 71, III, da Constituição de 1988 (CR/1988) delimita a competência do Tribunal de Contas da União (TCU) para a apreciação da legalidade, para fins de registro, dos atos de admissão de pessoas a qualquer título na administração direta e indireta, e dos atos de aposentadoria, reforma e pensão. A norma excepciona expressamente da competência os atos de nomeação para cargos em comissão e, quanto às aposentadorias, reformas e pensões, as melhorias posteriores que não alterem o fundamento da concessão.

No exame dos processos de registro no Tribunal de Contas da União, o Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência tradicional pela desnecessidade do contraditório, que foi consolidada na Súmula Vinculante nº 3, publicada em 6 de junho de 2007:

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.<sup>1</sup>

O texto aprovado impunha ao TCU o respeito às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa nos processos que pudessem resultar em anulação ou revogação de ato administrativo que beneficiasse o interessado. Porém, expressamente excepcionou a apreciação da legalidade de ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

<sup>1</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 3, de 6 de junho de 2007. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 6 jun. 2007.

Para o STF, o ato de concessão de aposentadoria seria um ato administrativo complexo, que dependeria da manifestação da administração pública de origem, onde o beneficiário era servidor público, e do TCU, para se perfectibilizar.

Esse posicionamento se originou no Recurso em Mandado de Segurança (RMS) nº 3.881, de relatoria do ministro Nelson Hungria. O caso envolvia ato do Poder Executivo estadual que desconstituiu a concessão de disponibilidade financeira concedida a servidor estadual que já havia sido registrado pelo Tribunal de Contas. O STF reconheceu que tal ato seria complexo, que a atuação do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCESP) fazia parte do ato de concessão, por ser um ato complexo, e que não poderia ser desconstituído por ato isolado da administração estadual, que não era hierarquicamente superior ao Tribunal de Contas.

O precedente fundamentou a jurisprudência posterior do STF de que a atuação do TCU no registro comporia o ato de concessão da aposentadoria, reforma e pensão, antes da qual a concessão não estaria acabada. Esse fundamento afastou a aplicação do prazo de cinco anos estabelecido no art. 54 da Lei nº 9.784/1999 para a atuação do Tribunal de Contas e a necessidade de oitiva do beneficiário em contraditório no processo de registro.

Ao longo dos anos após a edição da Súmula Vinculante nº 3, mesmo na primeira hipótese acima, o STF enfrentou a situação fática de demora excessiva na apreciação pelo TCU dos atos de concessão, não raro com denegações de registro feitas após muitos anos desde a passagem do servidor público para a inatividade. Apesar de não reconhecer a aplicação do prazo de cinco anos nem do contraditório prévio à denegação, a Suprema Corte teve de enfrentar a alegação verossímil de violação ao devido processo legal que era perpetrada por uma revisão do ato de aposentadoria muitos anos após e sem a oitiva prévia do prejudicado.

Assim, em 2011, no MS nº 25.116, o STF evoluiu seu entendimento para reconhecer a incidência dos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da dignidade da pessoa humana à situação em que o TCU extrapolar o prazo de cinco anos para análise do ato de concessão. Nesse caso, o Tribunal Supremo reconheceu que o decurso do prazo criaria situação de legítima expectativa ao beneficiário de que o ato de concessão seria definitivo, o que exigiria a abertura do contraditório prévio antes de eventual apreciação, principalmente com a denegação do registro:

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NEGATIVA DE REGISTRO A APOSENTADORIA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.

[...]

3. A inércia da Corte de Contas, por mais de cinco anos, a contar da aposentadoria, consolidou afirmativamente a expectativa do ex-servidor quanto ao recebimento de verba de caráter alimentar. Esse aspecto temporal diz intimamente com: a) o princípio da segurança jurídica, projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e elemento conceitual do Estado de Direito; b) a lealdade, um dos conteúdos do princípio constitucional da moralidade administrativa (caput do art. 37). São de se reconhecer, portanto, certas situações jurídicas subjetivas ante o Poder Público, mormente quando tais situações se formalizam por ato de qualquer das instâncias administrativas desse Poder, como se dá com o ato formal de aposentadoria.

4. A manifestação do órgão constitucional de controle externo há de se formalizar em tempo que não desborde das pautas elementares da razoabilidade. Todo o Direito Positivo é permeado por essa preocupação com o tempo enquanto figura jurídica, para que sua prolongada passagem em aberto não opere como fator de séria instabilidade inter-subjetiva ou mesmo intergrupala. A própria Constituição Federal de 1988 dá conta de institutos que

têm no perfazimento de um certo lapso temporal a sua própria razão de ser. Pelo que existe uma espécie de tempo constitucional médio que resume em si, objetivamente, o desejado critério da razoabilidade. Tempo que é de cinco anos (inciso XXIX do art. 7º e arts. 183 e 191 da CF; bem como art. 19 do ADCT).

5. O prazo de cinco anos é de ser aplicado aos processos de contas que tenham por objeto o exame de legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões. Transcorrido in albis o interregno quinquenal, a contar da aposentadoria, é de se convocar os particulares para participarem do processo de seu interesse, a fim de desfrutar das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (inciso LV do art. 5º).

6. Segurança concedida.<sup>2</sup>

As garantias do contraditório e da ampla defesa continuavam afastadas nos processos de registro de aposentadoria, reforma e pensão em trâmite nos Tribunais de Contas até o decurso de cinco anos. Ou seja, dentro desse prazo, o beneficiário poderia sofrer um revés na sua situação jurídica sem oportunidade de defesa.

No mesmo ano, o STF reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário (RE) nº 636.553, que se transformou no Tema nº 445, em que se discutia a existência ou não de prazo decadencial para que o Tribunal de Contas da União pudesse revisar ato de aposentadoria no exercício de sua competência constitucional de registro prevista no art. 71, III.

Em 2020, o Supremo Tribunal Federal julgou o recurso extraordinário e definiu que o TCU tem o prazo decadencial de cinco anos, contados da chegada do processo para julgar a legalidade dos atos de concessão de aposentadoria, reforma e pensão, para o atendimento aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima.

O ministro relator, Gilmar Mendes, inicialmente repisou a jurisprudência para anular o acórdão do TCU, pois exarado após cinco anos da entrada do ato e sem contraditório prévio. O ministro Edson Fachin divergiu e propôs que o ato de concessão fosse considerado ato simples, sujeito ao controle externo posterior da Corte de Contas federal, atraindo assim a incidência do prazo decadencial de cinco anos previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/1999 em caso de pretensão de negativa de registro.

Em virtude da divergência, o ministro Gilmar Mendes realinhou seu voto para manter a classificação do ato de concessão de aposentadoria como ato complexo, porém reconheceu que deveria ser fixado um prazo para o julgamento de legalidade do ato de concessão pelo TCU. Esse voto foi o vencedor, culminando na seguinte tese aprovada:

Em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, o Tribunal de Contas da União está sujeito ao prazo de 5 anos para o julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, a contar da chegada do processo àquela Corte.<sup>3</sup>

## **O ATO DE CONCESSÃO COMO ATO SIMPLES E A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO NA ATIVIDADE DE CONTROLE PELO TRIBUNAL DE CONTAS**

O Supremo Tribunal Federal manteve a classificação do ato de concessão como complexo, o que afasta a necessidade do contraditório durante o processo de registro dentro do prazo de cinco anos a partir de sua entrada no Tribunal de Contas. O relator assim se manifestou sobre o ponto:

<sup>2</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 10 fev. 2011.

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 26 maio 2020.

Quanto a esse ponto, entendo que merece ser mantida a jurisprudência há muito firmada, no sentido de que a concessão de aposentadoria ou pensão constitui ato administrativo complexo, que somente se aperfeiçoa após o julgamento de sua legalidade pelo Tribunal de Contas.

Nesses termos, por constituir exercício da competência constitucional (art. 71, III, CF/88), tal ato ocorre sem a participação dos interessados e, portanto, sem a observância do contraditório e da ampla defesa.<sup>4</sup>

A competência constitucional para registro não pode ser interpretada como regra que insere a atuação do TCU como parte do ato complexo de concessão de aposentadoria, reforma e pensão. O rol do art. 71 contém competências que representam diversas formas de exercício do controle externo da administração pública pelo Tribunal de Contas.

O ato de controle externo pressupõe a existência de atos, procedimentos e processos autônomos realizados pela administração pública e passíveis de verificação de conformidade (juridicidade), entre outros aspectos, por órgão diverso. O ato de controle não compõe o ato controlado. O ato controlado não depende do controle para ter existência, validade nem eficácia.

Necessário lembrar que a expressão “ato complexo” foi criada pela doutrina para categorizar um tipo de ato de acordo com a formação da vontade. Os exemplos como a nomeação de ministro do Supremo Tribunal Federal e de procurador-geral da República (ato do presidente da República + ato do Senado) não se assemelham ao ato de concessão de aposentadoria, reforma e pensão. Os primeiros apenas passam pelos planos de existência, validade e eficácia após a conjugação dos atos que os integram, enquanto o ato de concessão passa por esses planos a partir de sua publicação.

José dos Santos Carvalho Filho entende a aposentadoria como um fato jurídico-administrativo que precisa se formalizar mediante ato administrativo de autoridade competente. O ato de concessão se sujeita à *apreciação do Tribunal de Contas, a quem incumbe verificar a sua legalidade diante da efetiva consumação do suporte fático do benefício* (art. 71, III, CR/1988). E no que tange à classificação do ato, acrescenta:

Lavra funda divergência a respeito da natureza jurídica do ato de aposentadoria. Para alguns, trata-se de ato complexo formado pela manifestação volitiva do órgão administrativo somada à do Tribunal de Contas. Não nos parece correto semelhante pensamento. Cuida-se, com efeito, de atos administrativos diversos, com conteúdo próprio e oriundo de **órgãos administrativos desvinculados entre si**. No primeiro, a Administração, verificando o cumprimento dos pressupostos normativos, reconhece ao servidor o benefício da inatividade remunerada; no segundo, a Corte de Contas procede à apreciação da legalidade do ato para fins de registro (art. 71, III, CF), o que o caracteriza como ato de controle a posteriori. A jurisprudência atual vem consolidando tal entendimento.<sup>5</sup>

No mesmo sentido posiciona-se Marçal Justen Filho:

Nesse ponto, altera-se o entendimento anteriormente adotado e se reconhece a procedência do raciocínio de Carvalho Filho, no sentido de que a aposentadoria não é um ato complexo. Até a terceira edição, seguia-se o posicionamento tradicional, no sentido de que a aposentadoria se aperfeiçoava mediante a edição de decreto da autoridade mais elevada do Poder conjugada com a aprovação pelo Tribunal de Contas. No entanto e como procedentemente aponta Carvalho Filho, a aposentadoria se aperfeiçoa com a mera emissão do decreto. O ato de aprovação do Tribunal de Contas envolve apenas controle a posteriori sobre a regularidade do ato.

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 26 maio 2020.

5 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 737. Grifos meus.

Essa é a única solução possível em vista do disposto no art. 71, III, da CF/88. O dispositivo trata sobre o registro tanto dos atos de admissão de pessoal como de aposentadoria. Ora, é incontroverso que a admissão não é ato complexo e se aperfeiçoa mediante a atuação isolada da autoridade e que o registro pelo Tribunal de Contas tem natureza de controle.

Idêntica orientação tem de ser admitida, então, em relação à aposentadoria. Não existiria fundamento lógico-jurídico para que as duas categorias de atos, objeto de idêntica disciplina num único dispositivo constitucional, tivessem regime jurídico diverso.<sup>6</sup>

Já na sua origem, o RMS nº 3.881, essa categorização dos atos de aposentadoria, reforma e pensão como atos complexos foi objeto de crítica por Caio Tácito nos comentários que teceu à decisão do STF:

O Tribunal não concede a aposentadoria, reforma ou pensão, nem tão pouco lhes confirma ou ratifica a concessão.

Apenas examina a legalidade do ato, para efeitos financeiros, registrando a despesa correspondente. *Não há, no sentido jurídico estrito, aprovação do ato da administração, mas, apenas, forma de controle da legalidade do ato acabado, cuja executoriedade fica suspensa até que se opere o julgamento do ente fiscalizador.*

(...)

A vontade do Tribunal não integra o ato concessivo, que se consuma na esfera administrativa. A sua análise, circunscrita ao plano da legalidade e visando a garantia do erário, se realiza sobre o ato já praticado pela autoridade administrativa competente.<sup>7</sup>

A realidade dos atos de concessão de aposentadoria, reforma e pensão se impõe sobre a tentativa de enquadramento como ato complexo. Não há regime jurídico em quaisquer das esferas da federação que trate a concessão como um ato sem existência, validade e eficácia até a apreciação pelo competente Tribunal de Contas. Ao contrário, observa-se que a concessão do direito passa a existir, ter validade e produzir seus efeitos a partir de sua publicação. O beneficiário se afasta das atividades laborais, passa à inatividade, recebe seus proventos mensais, sem qualquer embaraço jurídico em virtude da possibilidade de revisão do ato pelo Tribunal de Contas.

Outro aspecto relevante é que o art. 71, III, da CR/1988 prevê a competência do TCU de registro também dos atos de admissão de pessoal a qualquer título. Ou seja, a previsão comum do registro na Constituição atrai a aplicação do mesmo regime jurídico aos atos de admissão e, por conseguinte, a mesma classificação quanto à formação da vontade.

E nesse grupo de atos, fica ainda mais claro como a atuação do Tribunal de Contas não integra o ato de admissão, mas sim uma esfera de controle externo, por ato autônomo e submetido às regras constitucionais e legais existentes para o exercício do controle.

A construção histórica feita pelo STF sobre o ato de concessão como ato complexo apresenta relevante contradição. O relator do Tema nº 445 entendeu inaplicável ao caso o art. 54 da Lei nº 9.784/1999. Por entender que a atuação do TCU era apenas uma das manifestações de vontade necessárias para a formação do ato de concessão, a Suprema Corte não a enxerga como ato de controle, que pressupõe ato, procedimento ou processo prévio da administração pública. Logo, seria uma parte do ato, como é a atuação do Senado na nomeação de um ministro do STF ou do procurador-geral da República, claramente uma construção artificial que não corresponde à realidade.

Nesse sentido, o Tribunal não reconhece a aplicação do art. 54 da Lei nº 9.784/1999, que prevê o prazo de cinco anos para a revisão dos atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis aos destinatários.

6 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 852.

7 TÁCITO, Caio. Revisão administrativa de atos julgados pelo Tribunal de Contas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 53, p. 216-223, jul./set. 1958. Grifos meus.

rios. Porém, a postura é contraditória, porque o STF reconheceu a aplicação do prazo de cinco anos para que o Tribunal de Contas não registre o ato de concessão com base em legislação aplicável por analogia (Decreto nº 20.910/1932 e Lei nº 9.873/1999), em homenagem ao princípio da segurança jurídica, que deve salvaguardar a legítima expectativa do destinatário do ato de concessão. Todo esse exercício hermenêutico apenas para não abandonar a tese do ato complexo, criticada desde o seu nascedouro até hoje, e ao mesmo tempo aplicar prazo para atuação do TCU, fortalecendo a máxima constitucional de que a exceção é a imprescritibilidade.

Apesar do avanço em relação ao prazo, remanesce ponta solta no devido processo quanto à ampla defesa e ao contraditório na atuação do Tribunal de Contas dentro do prazo de cinco anos. Ao manter a tese do ato complexo sem expressa menção ao art. 54 da Lei nº 9.784/1999, o STF nega garantias processuais ao sujeito de direitos se a atuação do TCU culminar em revisão do ato de admissão ou concessão dentro do prazo de cinco anos.

A resistência do Supremo Tribunal parece advir de duas fontes. A primeira é de ordem jurídico-processual: a resistência em superar a jurisprudência consolidada na Súmula Vinculante nº 3. A revisão exigiria nova redação ao enunciado. A segunda é de ordem pragmática: a dificuldade do TCU de apreciar os atos de concessão de aposentadoria, reforma e pensão em tempo hábil, o que se agravaria com a necessidade de garantia da ampla defesa e do contraditório nos processos de registro. Contudo, os obstáculos são superáveis.

Quanto ao primeiro, não há dificuldade em superação de jurisprudência consolidada, o que ocorreu em várias outras matérias, com a fixação de marcos temporais para que a mudança não viole a segurança jurídica. Aliás, o STF andou meio caminho com o reconhecimento do prazo de cinco anos. Bastava seguir um pouco mais para rever a parte final da Súmula Vinculante nº 3.

O segundo obstáculo representa a suposta impossibilidade fática de cumprimento de um dever jurídico de respeito à ampla defesa e ao contraditório, diante da quantidade de processos pendentes de análise no TCU e o fluxo intenso ao longo dos próximos anos. A consideração desses fatos é relevante e imposta ao Poder Judiciário no exercício de sua competência pelo art. 23 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB):

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.<sup>8</sup>

Apesar de reconhecer o vultoso número de processos de registro de concessões em trâmite nos Tribunais de Contas, em especial no TCU, não se deve deixar de decidir de forma coerente e sistemática por receio de que a entidade pública não cumpra a decisão judicial.

É incoerente o STF fixar o prazo de cinco anos para a revisão de atos de concessão, claramente reconhecendo a atividade dos Tribunais de Contas nesse ponto como de controle externo, submetido a prazo, e ao mesmo tempo afastar o caráter processual da atuação ao deixar de exigir o cumprimento das garantias constitucionais de ampla defesa e de contraditório, por uma suposta impossibilidade fática diante do excessivo número de processos pendentes.

8 BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, seção 1, p. 13.635, 9 set. 1942.

Na linha do que está estabelecido no art. 23 da LINDB, é possível propor alternativa. Poderia o Supremo Tribunal ter reconhecido que a atividade do Tribunal de Contas no registro de atos de admissão e de concessão tem caráter de controle externo e, portanto, processual, por envolver situação de litígio em que deve ser garantido o devido processo aos beneficiários atingidos.

A dinâmica de registro permite que se exija o contraditório prévio em parte dos processos em tramitação. Isso porque a administração pública é obrigada pela Constituição a submeter ao Tribunal de Contas todos os atos de concessão de aposentadoria, reforma e pensão. Em princípio, não há apontamento de ilegalidade contra todos os atos de concessão. Os apontamentos podem ser feitos pelas unidades instrutivas do Tribunal de Contas, quando analisam os atos, por provocação de terceiros por denúncias e representações, ou ainda pelo Ministério Público que atua perante o Tribunal de Contas.

Essa realidade demonstra que a maioria dos atos de concessão passam pela instrução sem qualquer indício de ilegalidade nem recebem críticas de terceiros ou do Ministério Público de Contas. Assim, os processos sem apontamentos de ilegalidade e o registro dos atos de concessão podem ser apreciados sem a observância do contraditório e da ampla defesa, porque, por não gerarem qualquer repercussão na esfera jurídica dos beneficiários, não há do que se defender nem o que contradizer.

Por outro lado, havendo no processo a apresentação de indícios de ilegalidade no ato de concessão, por quaisquer das fontes mencionadas, deverá o relator determinar a citação do beneficiário para se defender, somente podendo levar o processo a julgamento em momento posterior. De igual forma, dessa decisão deverá ser intimado o beneficiário para tomar ciência e eventualmente apresentar recurso administrativo.

Se o relator detectar, de ofício, ilegalidade no ato de concessão, mesmo que não tenha sido apontado pelas fontes mencionadas, poderá levá-la em consideração na apreciação do registro desde que garanta ao beneficiário ciência do apontamento e oportunidade para contradizer e se defender, sob pena de nulidade do julgamento.

Essa exigência em determinados processos permitiria que os Tribunais de Contas promovessem a efetividade das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório nos processos de registro dos atos de concessão, com eficiência e dentro do prazo fixado de cinco anos, já que apenas uma parcela dos atos de concessão passaria por esse devido processo legal.

O ministro Edson Fachin fez raciocínio semelhante ao propor o enunciado de tese para o Tema nº 445, prevendo prazo de cinco anos para a pretensão de denegação do registro, restringindo a aplicação desse aspecto do devido processo legal aos casos em que a decisão do Tribunal de Contas puder resultar em prejuízo ao beneficiário:

Aplica-se o prazo decadencial de 5 anos à pretensão de denegação do registro do ato de concessão do benefício de aposentadoria, reforma ou pensão, pelo Tribunal de Contas, salvo comprovada má-fé, iniciando-se o respectivo termo inicial na data da publicação do ato normativo que concede o benefício pela autoridade competente.<sup>9</sup>

Assim, seria possível ao STF, no julgamento do Tema nº 445, ter avançado para superar a tese do ato de concessão como ato complexo e propor a revisão da parte final da Súmula Vinculante nº 3 para determinar a observância do contraditório e da ampla defesa nos processos de registro de aposentadoria, reforma e pensão em que houver apontamento de ilegalidade.

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno - Relator: Min. Gilmar Mendes. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 26 maio 2020.

## CONCLUSÃO

Os atos de concessão de aposentadoria, reforma e pensão são atos administrativos simples, que se aperfeiçoam com a publicação da manifestação da vontade da entidade ou órgão público competente pela concessão, passando a existir, ter validade e gerar efeitos. Por estarem sujeitos ao mesmo tipo de controle pelos Tribunais de Contas, os atos de concessão devem ser definidos quanto à formação da vontade, tal como os atos de admissão, que têm existência a partir da publicação do ato de nomeação.

A apreciação da legalidade dos atos de concessão pelos Tribunais de Contas para fins de registro é atividade de controle externo, consistente na revisão da conformidade de atos administrativos com o ordenamento jurídico. O registro do Tribunal de Contas tem natureza processual e deve respeitar as cláusulas constitucionais referentes ao devido processo legal, não só a segurança jurídica consistente no prazo para a revisão da concessão (negativa de registro), como também o contraditório prévio e ampla defesa pelo beneficiário que pode sofrer repercussão do ato de controle em sua esfera jurídica.

No exame do Tema nº 445, o Supremo Tribunal Federal poderia ter aderido ao voto divergente apresentado pelo ministro Edson Fachin e apresentado proposta de revisão da parte final da Súmula Vinculante nº 3, que exclui da incidência das garantias do contraditório e da ampla defesa os atos de concessão, e considerar que a revisão dos atos de concessão que representarem negativa de registro pelos Tribunais de Contas deve ser submetida ao contraditório prévio.

Essa alternativa leva em consideração a dificuldade prática de mudança da jurisprudência em virtude da quantidade de processos que aguardam apreciação para fins de registro, em especial no TCU, e, em atendimento ao art. 23 da LINDB, exige que as cláusulas constitucionais de contraditório prévio e de ampla defesa apenas deverão incidir sobre aqueles processos em que haja apontamento de ilegalidade ou irregularidade do ato de concessão que possa repercutir na esfera jurídica do beneficiário. Assim, o Tribunal de Contas deverá sempre respeitar tais garantias para negar o registro do ato de concessão, revisando-o de quaisquer formas e prejudicando o beneficiário.

# O DIREITO DAS/NAS POLÍTICAS PÚBLICAS E OS DESAFIOS POSTOS AO CONTROLE



## 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

A temática das políticas públicas, especialmente no que diz respeito à sua efetividade, tem ganhado espaço alargado na pauta atual dos doutrinadores e aplicadores do Direito. Isso porque é por meio da realização das políticas públicas, a tempo e modo adequados, que os direitos fundamentais constitucionalmente previstos, essenciais para garantir uma vida digna a todos, podem, de fato, ser assegurados.

A reflexão acerca do tema requer, entretanto, uma abordagem multifacetada, que inclui, de um lado, a verificação da existência de normatização suficiente da matéria, por meio de regras e princípios capazes de traçar os contornos necessários ao planejamento adequado e à execução eficiente e sustentável das políticas públicas, e, de outro, a efetividade de sua implementação, ou seja, os impactos positivos das ações governamentais, notadamente em áreas sensíveis como educação, saúde, segurança, mobilidade urbana, infraestrutura, entre outras, na qualidade de vida das pessoas. Para além disso, precisa incluir a perspectiva da manutenção dos resultados das políticas públicas implementadas em longo prazo, sob pena de ineficácia das medidas adotadas.

São, pois, inúmeros os fatores que precisam ser enfrentados para a correta e completa tratativa do objeto das políticas públicas e que perpassam, assim, a análise do conjunto normativo que disciplina a matéria — o *Direito das políticas públicas* —, sob a ótica do *Estado regulador*, e aquela atinente ao planejamento e à execução das políticas públicas lastreados no arcabouço normativo desenhado — o *Direito nas políticas públicas* —, sob a ótica do *Estado realizador*. Não bastasse, imprescindível seja considerado o ciclo permanente de monitoramento e avaliação dos resultados alcançados com as políticas públicas concretizadas. Tudo isso sob o influxo do contexto socioeconômico, que exige dos agentes envolvidos apurada sensibilidade para captar as demandas prioritárias de cada momento, definidas em processos democráticos de ampla participação popular que as legitimem, e promover as adaptações necessárias nos projetos realizados ou em curso, de modo a adaptá-los às novas circunstâncias fáticas para que possam continuar a gerar resultado útil.

Percebe-se, assim, que, quando se cogita da avaliação de políticas públicas, em termos de mensuração dos benefícios gerados para a sociedade — seu último e maior propósito —, há uma plêiade de aspectos que precisam ser considerados pelos órgãos de controle, em um processo permanente de confronto da normativa pertinente com a conjuntura fática envolvida e que deve compreender a aferição da observância de princípios como legalidade, legitimidade, economicidade, sustentabilidade e transparência, o que faz com que essa tarefa se torne algo extremamente complexo e desafiador.

## O DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A normativa que regula as políticas públicas em nosso ordenamento jurídico é constituída por um conjunto de princípios, diretrizes e regramentos voltados à formulação, implementação e avaliação das ações governamentais, visando proporcionar o bem-estar da população, o equilíbrio fiscal e o desenvolvimento sustentável. Está delineada em um amplo rol de normas, que incluem, entre outras:

- a Constituição da República;
- a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e possui como pilares a transparência e o controle das ações governamentais, assim como a responsabilização dos seus agentes;
- leis orgânicas e estatutárias, como a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 (Lei do Sistema Único de Saúde), a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), e a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);
- planos nacionais e setoriais, que consistem em instrumentos estratégicos de governo indispensáveis ao estabelecimento de metas e objetivos para a execução de políticas públicas em distintas áreas, podendo-se citar os Planos Nacionais de Segurança Pública, de Educação e de Saúde;
- leis orçamentárias (Plano Plurianual – PPA, Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO e Lei Orçamentária Anual – LOA); e
- normas de execução e monitoramento, a exemplo de portarias e resoluções.

A justificativa para se conceber tão extenso arcabouço normativo destinado a regular o tema das políticas públicas, nas mais distintas áreas, desde a fase de levantamento de prioridades frente à escassez de recursos públicos, seguida do planejamento das ações, assegurando que os recursos sejam utilizados de maneira eficiente, respectiva execução e monitoramento/avaliação dos resultados, está na premência de se garantir organização, transparência e eficácia da atuação governamental rumo à satisfação dos anseios e necessidades dos cidadãos, de forma justa e equitativa.

Tal conjunto normativo garante, ainda, que as políticas públicas estejam pautadas em evidências socioeconômicas e, em especial, em um planejamento estratégico capaz de propiciar o alcance de resultados sustentáveis e duradouros. Afinal, necessário que os fins alcançados possam perdurar ao longo do tempo para preservação dos avanços obtidos em termos de melhoria das condições de vida da sociedade e não impliquem prejuízo às gerações futuras.

Presta-se, também, ao relevante papel de promover a *accountability*, no sentido de “responsividade” dos agentes envolvidos em toda a cadeia procedimental de realização de políticas públicas (critérios para o estabelecimento das ações a serem implementadas, etapas de planejamento, execução e aferição de resultados). Ao prever normas claras e bem definidas para a temática das políticas públicas, o Estado

garante destacado direito fundamental existente em sistemas democráticos de governo, atinente ao dever de prestação de contas de todo aquele que, de alguma forma, manuseie recursos públicos (utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens ou valores públicos, na exata dicção do parágrafo único do art. 70 da Constituição da República de 1988), e que compreende completa informação sobre a forma e os resultados das ações estatais empreendidas. Permite, assim, maior controle sobre o grau de aderência dessas ações ao Direito e aos interesses e necessidades da população, não apenas pelas instituições responsáveis, como também pela sociedade.

## O DIREITO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Uma vez assentada a relevância da existência de normativa bastante e adequada para o estabelecimento do *Direito das políticas públicas*, passamos, então, da abordagem do Estado regulador, para aquela que considera o Estado em movimento, o *Direito nas políticas públicas*, assumindo o papel que justifica a sua atuação em prol e nos limites da promoção das necessidades coletivas, incapazes de serem satisfeitas sem a sua intervenção.

O cumprimento do desiderato estatal depende, na realidade, de vários fatores interligados, a começar pelo fomento da participação ativa dos cidadãos nos processos de tomada de decisão, isto é, nas decisões políticas, ampliando as possibilidades de que as ações implementadas sejam mais bem-sucedidas por resultarem no atendimento dos interesses da sociedade.

Para que as políticas públicas sejam eficazes, imprescindível, ainda, sejam levadas em conta as desigualdades sociais, de forma a garantir acesso igualitário a recursos essenciais como moradia, saúde e educação. Desse modo, equidade social e inclusão são questões que precisam estar na agenda prioritária do planejamento e concretização de políticas públicas.

O desenvolvimento econômico também é fator que repercute diretamente na efetividade de políticas públicas, sendo necessário, pois, o incremento de ações que incentivem a inovação, apoiem as pequenas e médias empresas, capacitem a força de trabalho, promovam a geração de empregos, entre tantas outras iniciativas destinadas a fomentar a economia local e o desenvolvimento nacional.

Some-se a isso a inafastável consideração da sustentabilidade ambiental e econômica das ações governamentais que precisam ser empreendidas para a satisfação das demandas sociais. Não apenas a consecução de resultados que gerem impactos positivos na qualidade de vida das pessoas precisa ser considerada, mas, também, a projeção de políticas capazes de evitar o exaurimento de recursos naturais e de garantir que os benefícios gerados possam se prolongar no tempo.

O bom êxito na realização de políticas públicas passa pela consideração, também, da imprescindibilidade de se promover uma integração setorial entre as medidas necessárias, ou seja, de se realizar o planejamento e a execução de políticas públicas envolvendo diferentes áreas de forma integrada, pois que o sucesso ou o fracasso da implementação de uma refletirá diretamente no resultado de outra. Citem-se como exemplos uma política de segurança pública integrada a outra destinada à assistência social, com o objetivo comum de combater a violência; uma política de saúde pública conjugada com outra da área de educação, focadas na boa formação de profissionais da saúde, por meio de sistema educacional eficiente, para prestação de serviços de qualidade à população.

Mister considerar, de igual modo, que, muitas das vezes, faz-se necessária ação conjugada envolvendo uma atuação intergovernamental, isto é, a colaboração entre diferentes níveis de governo (municipal, estadual e federal) para o alcance, a contento, dos resultados almejados, bem como para se evitar sobreposição ou mesmo desperdício de recursos financeiros, materiais e pessoais com as ações realizadas.

Para dar conta de lidar com todo esse plexo de questões para a implementação de políticas públicas justas, equitativas, sustentáveis e eficazes, é indispensável que o poder estatal disponha de capacidade institucional adequada, ou seja, de infraestrutura com profissionais qualificados e recursos suficientes para execução e fiscalização das ações planejadas e avaliação e monitoramento dos resultados delas decorrentes.

Precisamente nesse cenário se destaca o papel desempenhado pelos órgãos de controle, a quem foi conferida, em linhas gerais, a relevante tarefa de tutelar os interesses da coletividade, assegurando que os recursos públicos sejam empregados de forma legal, legítima e econômica, proporcionando o maior impacto positivo possível, em termos de dignidade de vida para os cidadãos, com os menores esforços financeiros.

## **OS DESAFIOS DO CONTROLE NO MONITORAMENTO E NA AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

O controle das políticas públicas é mecanismo essencial para se garantir a efetividade dos direitos humanos, formalmente densificados na nossa Constituição como direitos fundamentais, bem como para o fortalecimento da democracia. É por meio dele que podem ser asseguradas a eficácia, a eficiência, a equidade e a justiça das ações governamentais realizadas objetivando atender às demandas da sociedade de forma a promover a melhoria da qualidade de vida de todos.

Dentro do arranjo sistêmico consagrado na Constituição da República, foram previstos três grandes nichos de atuação do controle da gestão pública e que podem ser assim classificados:

- controle externo: confiado, em sua acepção estrita, ao Poder Legislativo (na qualidade de representante do povo) e deve ser exercido com o auxílio de órgão técnico especializado, o Tribunal de Contas, junto ao qual funciona o Ministério Público de Contas, consoante previsão conjugada dos artigos 70, 71 e 130 da CR/88;
- controle interno: realizado pelo próprio Poder, órgão ou entidade, por intermédio de sua estrutura (recursos humanos e materiais), para acompanhamento e fiscalização dos atos de sua competência; e
- controle social, popular ou democrático: a cargo de todo e qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato.

Iniciando nossa abordagem por esse último, dada a sua relevância, notadamente no atual estágio de desenvolvimento do nosso processo democrático, mister considerar que a revolução tecnológica abriu portas para a ampliação dos espaços destinados ao exercício da cidadania ativa, inserindo o cidadão nos mais variados processos de fiscalização das políticas públicas, com a disponibilização de informações em tempo real e instrumentos para a provocação da atuação dos órgãos encarregados do controle.

Nesse cenário, é inegável a relevância das leis introduzidas em nosso ordenamento jurídico que consagram regras de materialização do princípio da transparência (Lei Complementar nº 131/2009) e do direito de acesso à informação (Lei nº 12.527/2011). Isso porque não bastam instrumentos e espaços para o exercício do controle pelo cidadão, fazendo-se imprescindível dotá-lo do necessário conhecimento acerca da atividade administrativa diuturnamente desenvolvida.

Ao lado dos controles interno e externo e fornecendo subsídios para maior eficácia fiscalizatória, o controle social afigura-se como arma poderosa, que põe a sociedade na posse de si mesma, no efetivo

exercício da soberania anulado pelo regime representativo, atuando como um corretivo necessário à representação política e contribuindo, de forma decisiva, para a concretização de direitos fundamentais.

Já as instituições a quem foi conferida a nobre missão de controle das políticas públicas, no Estado Democrático de Direito, devem se pautar, para além da necessária legalidade, pela exigência de políticas públicas legítimas, isto é, que resultem na satisfação do interesse comum.

Mensurar aspectos qualitativos junto à aferição de conformidade das políticas públicas não é tarefa simples. Ao contrário, demanda a incursão em diversas áreas do conhecimento e a avaliação conjugada de aspectos normativos e fáticos compreendidos na realidade de cada ato de gestão analisado. Nesse cenário de alta complexidade, não apenas a constituição de equipes multidisciplinares para o exercício do controle faz-se necessária, como também o uso de ferramentas da tecnologia da informação que viabilizem a realização de análises simultâneas de milhares de dados em curto espaço de tempo, o respectivo tratamento e a extração de achados preliminares com base no uso da inteligência artificial, para nortear os trabalhos apuratórios.

Por fim, mister salientar que a relevância não apenas do controle teleológico ou finalístico, isto é, dos resultados alcançados com a execução de determinada política pública, para a verificação de sua conformação ao Direito que a rege, mas, também, de se promover permanente monitoramento desses resultados ao longo do tempo, pode, de fato, contribuir para a permanência de sua eficácia. As políticas públicas precisam ser construídas de modo flexível, permitindo os ajustes necessários para a sua conformação aos diferentes contextos socioeconômicos, de maneira a se adaptarem às novas realidades sociais, tecnológicas e econômicas. Somente assim poderão continuar cumprindo com o objetivo que justificou a sua propositura, de gerar benefícios à sociedade nas mais variadas áreas de suas necessidades. Nesse sentido, ainda que a demanda por novas políticas públicas possa surgir, o processo de avaliação e monitoramento das ações governamentais já implementadas pelas instituições de controle precisa ser permanente, para garantia de sua efetividade.

A tarefa do controle é, pois, grandiosa e bastante desafiadora, envolvendo uma atuação pedagógica, fiscalizatória, corretiva, propositiva e repressiva, desde as etapas inaugurais de aferição das necessidades e anseios sociais em meio a processos democráticos de tomada de decisões até a execução das políticas públicas definidas e consequente avaliação e monitoramento dos resultados alcançados. Uma atuação que precisa se dar no tempo, abrangendo passado, presente e futuro, e abraçar materialmente múltiplos aspectos, como legalidade, legitimidade, economicidade, transparência, sustentabilidade, equidade e justiça social.

## CONCLUSÃO

Retomando as incursões iniciais desta breve reflexão, podemos compreender o porquê de a temática das políticas públicas estar ocupando tamanho espaço na pauta atual de doutrinadores e aplicadores do Direito.

A premissa de que é por meio das políticas públicas que direitos fundamentais podem ser garantidos de forma concreta deixa patente a razão da existência de um acervo normativo extenso e minudente para o estabelecimento do *Direito das políticas públicas*.

De igual modo, a atuação governamental destinada à realização de políticas públicas essenciais à promoção de uma vida digna a todos, em cumprimento ao disposto no art. 1º, III, da Constituição da República, precisa estar ancorada em princípios e regras que conformem o *Direito nas políticas públicas*,

denotando, igualmente, a sua relevância. A abordagem das políticas públicas precisa considerar, portanto, todo esse conjunto normativo que lhe dá suporte.

Os desafios do controle advêm, precisamente, da necessidade de se aferir se as políticas públicas, desde o momento em que foram definidas e planejadas, na fase de diagnóstico e identificação de problemas, até a respectiva execução, avaliação e monitoramento dos resultados produzidos, atendem aos preceitos normativos pertinentes e se foram capazes de gerar impactos positivos e duradouros na promoção do bem-estar coletivo, de maneira justa e equitativa.

Essa avaliação deve partir do pressuposto de que os resultados de uma ação realizada não podem ser mensurados de forma isolada, vez que as políticas públicas se inter-relacionam e influenciam mutuamente. Em outros termos, o resultado da implementação de determinada ação governamental em dada área repercute, em muito, na consecução de objetivos em outros núcleos de direitos fundamentais. Por isso, as políticas públicas precisam ser planejadas de forma coordenada e integrada, envolvendo toda a gama de diretrizes, princípios e regras que regem as mais diversas áreas de atuação governamental (educação, saúde, segurança, infraestrutura, meio ambiente, entre outras).

A efetividade de qualquer política pública, como se vê, não se prende, única e exclusivamente, à sua correta implementação, mas a todo um ciclo contínuo de monitoramento e avaliação sistêmica, acompanhada dos ajustes que se fazem necessários ao longo do tempo em decorrência da alteração do contexto socioeconômico.

Depende, também, da ação efetiva dos órgãos de controle, que assumem enorme responsabilidade com os resultados advindos de todo esse processo, porquanto precisam estar atentos e determinar, a tempo e modo adequados, as ações necessárias para gerar a maximização dos benefícios que com a sua idealização foram buscados. Isso justifica a nova postura do controle nos tempos atuais, que considera, para além da rotina fiscalizatória, corretiva e repressiva, a relevância de um agir pedagógico e propositivo, sob a ótica de controle preventivo, que evita irregularidades e contribui para ampliar o nível de acerto das ações governamentais em benefício de todos.

## ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVIL: UMA ANÁLISE CRÍTICA NA APLICAÇÃO PELOS ÓRGÃOS DE CONTROLE EXTERNO



### Marcílio Barenco Corrêa de Mello

Pós-doutorando em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais. Doutor em Direito Público pela Universidade do Minho/Portugal. Mestre em Fundamentos Constitucionais dos Direitos. Bacharel em Direito. Procurador do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais.

A aprovação da Resolução nº 306, de 11 de fevereiro de 2025, pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), constitui um marco significativo no âmbito da atuação resolutiva dos Ministérios Públicos em relação à improbidade administrativa. Ao regulamentar o artigo 17-B da Lei nº 8.429/1992, essa normativa promove uma importante modernização jurídica ao possibilitar maior segurança jurídica no acordo de não persecução civil (ANPC). Contudo, sua aplicação prática suscita relevantes discussões sobre vantagens, desvantagens, requisitos mínimos, alcance material e aplicação em relação aos demais órgãos de controle externo, em especial Tribunais de Contas e Ministérios Públicos de Contas, mesmo não estando estes submetidos ao controle administrativo e corretivo do CNMP.

Sob aspectos gerais e de fundamento normativo, o acordo de não persecução civil representa um mecanismo de autocomposição pelo qual o Ministério Público brasileiro negocia diretamente com os responsáveis por atos de improbidade administrativa, visando à resolução célere e eficiente do conflito. Entendo terem essência de negócios jurídicos bilaterais de natureza comutativa, fundamentado nas alterações legislativas introduzidas pelas Leis federais nº 13.964/2019 e nº 14.230/2021, sendo instrumento negocial que busca proteger adequadamente o patrimônio público e a moralidade administrativa, resguardando simultaneamente os princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e segurança jurídica.

Como principais vantagens da regulamentação do ANPC pela Resolução CNMP nº 306, aponto a celeridade processual e economia dos recursos públicos. Ao optar pela via consensual, evita-se a longa duração dos processos judiciais relacionados à improbidade administrativa, permitindo que danos ao patrimônio público sejam reparados mais rapidamente, beneficiando diretamente o interesse social relevante tutelado e a recomposição do erário.

Além disso, a resolução possibilita maior flexibilidade e proporcionalidade, permitindo uma resposta sancionatória adequada à gravidade do fato cometido e ao dano efetivamente causado, respeitando a relação de causalidade e a realidade econômica do responsável pela prática do ato danoso. O incentivo à colaboração dos envolvidos, com o compromisso explícito de cooperação e transparência perante o Ministério Público, fortalece a postura institucional e amplia o combate preventivo à corrupção, mantendo laços institucionais baseados em relações duradouras de fiscal e fiscalizado.

Outro benefício relevante diz respeito ao compromisso de melhoria das práticas administrativas nas entidades ou órgãos envolvidos, com a introdução de medidas de governança, auditoria interna e com-

*pliance*, além do incentivo à denúncia interna de irregularidades. Esse aspecto reforça a função educativa, preventiva e corretiva dos acordos negociais, ultrapassando o caráter meramente sancionador de atuação institucional.

Ademais, ao prever a possibilidade de parcelamento dos pagamentos, levando em conta a capacidade financeira do agente causador do dano, estimula a efetividade dos acordos, sem prejuízo à reparação integral do prejuízo causado ao erário público e sem o ajuizamento de ações muitas vezes infrutíferas e despidas de caráter pedagógico-preventivo.

Como requisitos mínimos aplicáveis à celebração do ANPC, a neófito Resolução do CNMP nº 306/2025 estabeleceu claramente os requisitos mínimos para celebração dos acordos, quais sejam: a) existência de indícios suficientes de autoria e materialidade do ato ímprobo; b) compromisso com a cessação imediata da prática ilícita; c) ressarcimento integral do dano causado e devolução de vantagens obtidas indevidamente; d) adequação proporcional das sanções às peculiaridades do caso, observando a gravidade da conduta, o dano causado e o perfil do agente; e) homologação judicial obrigatória, conferindo segurança jurídica ao acordo. Esses requisitos mínimos visam garantir que o acordo não signifique impunidade nem flexibilização indevida na responsabilização de agentes causadores de atos graves de improbidade administrativa.

Embora os Tribunais de Contas brasileiros e Ministérios Públicos de Contas não estejam subordinados administrativamente ao CNMP, nem possam celebrar como legitimados ativos o ANPC para fins da Lei federal nº 8.429/1992, tais órgãos têm o dever de observar o conteúdo material da Resolução nº 306/2025, especialmente considerando a tutela da probidade administrativa, que vincula toda atuação funcional em defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa em sede de controle externo, por si e demais órgãos e entes estatais, vez que norteados no agir pelo princípio da estrita legalidade.

Relembremos que a celebração de termos de compromisso para elidir irregularidades, incertezas jurídicas e situações contenciosas, com a proposição de soluções jurídicas que sejam proporcionais, equânimes, eficientes e compatíveis com os interesses gerais, nos termos do artigo 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), pode prever a recomposição do erário com repercussões diretas em futuros ANPCs, desde que não ocorram situações de repetição de indébito (*bis in idem*).

Desta feita, as promoções da prestação eficiente – em sede de acordos negociais – são indispensáveis para que não gere insegurança jurídica aos celebrantes, com possíveis questionamentos póstumos acerca de deficiência ou insuficiência de reparação de prejuízos causados ao erário público, evitando-se novos conflitos que possam recair sobre a (in)validade do negócio jurídico antecedente celebrado.

De igual modo, a boa-fé objetiva e proteção da confiança impõem que os acordos celebrados tenham eficácia de resolução parcial ou definitiva das lides, evitando-se atuação concomitante ou sobreposta das diversas esferas de controle externo e seus legitimados para celebração.

Assim, espera-se que todos os órgãos de controle externo promovam uma readaptação de suas atuações negociais, respeitado o padrão material estabelecido como mínimo, especialmente quanto aos critérios objetivos que orientam o conteúdo desses acordos celebrados. Não se trata de subserviência a regras do CNMP por entidades que não se subordinam ao Conselho referido, mas de deferência aos poderes constituídos, para que não surjam questionamentos ou tentativas de invalidação de acordos negociais que envolvam reparação do dano ao erário por atos de improbidade administrativa, considerada a possibilidade de atuação de vários órgãos de controle ou entes estatais, de forma isolada ou concertada, para diversas formas de controle: penal, cível ou administrativo.

No que tange a possíveis sanções acumuladas ou isoladamente aplicáveis à espécie, o artigo 3º da resolução autoriza suas aplicações nos termos da Lei federal nº 8.429/1992, entre elas: a) ressarcimento integral do dano patrimonial; b) perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente; c) pagamento de multa civil; d) compromisso de reparação moral coletiva; e) suspensão temporária dos direitos políticos; f) proibição de contratar com o poder público.

Essas sanções serão adequadas à gravidade dos fatos, garantindo a proporcionalidade e efetividade na punição, além de assegurar o caráter dissuasório da medida. Contudo, entre desvantagens e desafios de implementação, temos ainda o risco potencial de percepção pública negativa quanto à aplicação do acordo, interpretado como “negociação da impunidade”. Esse risco exige criteriosa fundamentação pelo Ministério Público ou órgão de controle ao justificar que o acordo atente melhor ao interesse público do que o prosseguimento judicial.

Outro desafio é o equilíbrio entre a independência funcional dos membros do Ministério Público e a necessidade de uniformidade institucional na aplicação desses acordos. A possibilidade de divergências entre membros e órgãos superiores do Ministério Público quanto à pertinência dos acordos pode gerar insegurança jurídica e retardo nas soluções pretendidas.

O prazo de 60 dias para análise pelos órgãos revisores pode também configurar um obstáculo em casos mais complexos, resultando na burocratização das negociações, enfraquecendo justamente o benefício da celeridade, principal objetivo da resolução.

No âmbito dos Tribunais de Contas brasileiros, surgiram as mesas técnicas, os acordos negociais de elisão de irregularidades administrativas e os termos de ajustamento de gestão como instrumentos contemporâneos utilizados para garantir maior eficiência e eficácia no controle externo sobre a Administração Pública.

Essas medidas têm em comum a busca por uma atuação preventiva e consensual, com o intuito de corrigir e evitar irregularidades, reduzindo a necessidade do uso intensivo da via sancionatória tradicional, que inclusive podem dispor sobre a recomposição do dano ao erário, competência deferida constitucionalmente às Cortes de Contas.

As mesas técnicas configuram espaços institucionalizados de diálogo entre o corpo técnico dos tribunais e gestores públicos, visando à orientação preventiva e à solução de dúvidas e problemas práticos, antes mesmo que possam evoluir para irregularidades formais ou elisão de irregularidades materiais. Trata-se de ferramenta de caráter eminentemente colaborativo entre órgão controlador e agente controlado, cujo objetivo primordial é esclarecer e orientar a gestão pública quanto às boas e melhores práticas administrativas, evitando prejuízos e promovendo uma atuação preventiva do controle.

Já os acordos negociais para elisão de irregularidades administrativas são pactuações formais, realizadas entre os órgãos de controle externo e os entes ou órgãos fiscalizados, que estabelecem compromissos mútuos visando à correção imediata de irregularidades ou desvios administrativos ainda em fase inicial. Esses acordos enfatizam a reparação rápida dos erros administrativos, evitando litígios e processos sancionatórios mais complexos e custosos, desde que não se trate de casos que envolvam dolo, fraude ou má-fé.

Já os termos de ajustamento de gestão (TAG), por sua vez, consistem em instrumentos jurídicos disponibilizados pelos Tribunais de Contas junto aos gestores públicos, mediante os quais se estabelecem compromissos concretos para sanar falhas administrativas já detectadas em fiscalizações ou auditorias. Ao celebrar um TAG, o gestor se compromete a adotar medidas específicas e em prazos determinados

para a regularização da situação identificada pelo Tribunal, evitando-se, assim, processos sancionatórios ou judiciais futuros, desde que cumpridos integralmente os compromissos assumidos.

Apesar das vantagens evidentes desses instrumentos, como a prevenção de danos ao patrimônio público, a economia processual e o incentivo à conformidade voluntária, existem também limitações e riscos importantes que merecem atenção. Primeiramente, tais mecanismos não podem ultrapassar os limites constitucionais e legais, especialmente no que diz respeito à indisponibilidade do interesse público e ao dever fiscalizatório dos Tribunais de Contas. Portanto, não são admissíveis acordos ou ajustes em situações que não sanem integralmente desvios graves, atos dolosos, má-fé ou corrupção explícita, sob pena de comprometer a integridade do controle externo.

Além disso, há o risco de flexibilização excessiva das obrigações dos gestores públicos e uma possível banalização das irregularidades, caso os critérios para a utilização dessas ferramentas não estejam bem definidos e transparentes. A utilização recorrente desses instrumentos também pode gerar um risco institucional, incentivando comportamentos negligentes por parte de gestores públicos que poderiam passar a perceber os acordos e termos de ajustamento como alternativas cômodas para corrigir falhas administrativas, em vez de buscar práticas preventivas e diligentes desde o início.

Para que esses instrumentos sejam efetivos e legítimos, é imprescindível que haja regulamentação detalhada e específica, garantindo clareza quanto aos limites e possibilidades desses procedimentos. Além disso, é fundamental assegurar transparência e controle social, divulgando amplamente as condições e os resultados das mesas técnicas, dos acordos negociais e dos TAGs, permitindo que os cidadãos acompanhem e fiscalizem a atuação dos tribunais e gestores envolvidos. Outro aspecto crucial é a existência de critérios objetivos e técnicos que evitem tratamentos diferenciados ou arbitrários entre os jurisdicionados, além de um acompanhamento permanente para monitorar o cumprimento efetivo dos compromissos assumidos.

Assim, embora os instrumentos negociais e consensuais, como as mesas técnicas, os acordos negociais e os termos de ajustamento de gestão, representem avanços significativos na modernização do controle externo da gestão pública, é necessário utilizá-los com prudência, observando limites claros e adotando medidas que garantam a efetividade do controle, a responsabilização adequada dos gestores e, acima de tudo, a proteção do interesse público.

Por todo exposto, em sede de conclusão crítica, a Resolução CNMP nº 306/2025, apesar dos desafios mencionados anteriormente, oferece avanços significativos à atuação do Ministério Público na defesa da probidade administrativa e demais órgãos de controle, destacando-se pela ênfase no diálogo e pela busca efetiva de resultados mais ágeis em benefício da sociedade. Seu maior mérito está na promoção de mecanismos eficientes para a recuperação rápida e efetiva dos prejuízos ao patrimônio público, numa perspectiva contemporânea de onda renovatória de acesso à Justiça e meio adequado à resolução de conflitos.

Para que a aplicação do acordo de não persecução civil alcance o sucesso pretendido, será fundamental que haja uma regulamentação clara e uniforme em todos os órgãos ministeriais, incluindo os Tribunais de Contas e Ministérios Públicos de Contas na esfera de atuação e sanção administrativa, mesmo que não subordinados diretamente ao CNMP. Isso porque poderão tratar de recomposição de danos ao erário e imposição de multa civis e administrativas, tanto quanto o ANPC dispõe, impondo uma atuação concertada, equânime e justa. Além disso, será crucial o desenvolvimento de diretrizes internas específicas para lidar com os casos mais complexos, estabelecendo parâmetros claros sobre os limites e as condições aceitáveis para a composição dos acordos negociais, sob uma égide de estratégia nacional de atuação funcional das várias carreiras que compõem o controle externo brasileiro.

Por fim, com o equilíbrio entre celeridade, proporcionalidade e efetividade, e considerando o aperfeiçoamento contínuo da atuação institucional, a regulamentação dos acordos de não persecução civil e demais instrumentos de recomposição de danos ao erário se consolidarão como meios de fortalecimento da transparência administrativa e da eficiência no combate à corrupção no Brasil, desde que aplicados com critérios claros e fiscalização rigorosa pelos órgãos de controle e suas instâncias de conformação/homologação.

O futuro dependerá, sobretudo, da capacidade institucional do Ministério Público e demais órgãos de controle em harmonizar independência funcional, capacitação de seus membros, uniformização de procedimentos aliada à responsabilidade social em busca da constante melhoria dos instrumentos de proteção ao patrimônio público e moralidade administrativa.

# DA IMPRESCRITIBILIDADE EM PROCESSOS DE CONTAS COM REFLEXO AMBIENTAL



## 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.

## Tainá Marques Rabelo

Pós-graduada em Finanças Públicas pela Escola de Contas e Capacitação Professor Pedro Aleixo, do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela UFMG. Servidora pública do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais.

## OS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO AMBIENTAL COMO FUNDAMENTO DA IMPRESCRITIBILIDADE EM PROCESSOS DE CONTAS COM REFLEXO AMBIENTAL

Com a Constituição da República de 1988 (CR/88), o Direito Ambiental passou a ter *status* de direito fundamental e a receber um tratamento especial, uma vez que a Carta Magna cuidou especificamente do meio ambiente, em seus diferentes aspectos, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo<sup>1</sup>.

Para a tutela do meio ambiente, portanto, surge o Direito Ambiental enquanto ramo jurídico autônomo, que, conforme leciona Édis Milaré<sup>2</sup>, consiste em “um complexo de princípios e normas coercitivas reguladoras das atividades humanas que, direta ou indiretamente, possam afetar a sanidade do ambiente em sua dimensão global, visando à sua sustentabilidade para as presentes e futuras gerações”.

Marcos Paulo de Souza Miranda explica que a divisão do meio ambiente em aspectos que o compõem tem apenas o objetivo de facilitar a identificação da atividade degradante e do bem imediatamente agredido. Nesse sentido, podemos falar em: meio ambiente natural ou físico (CR/88, art. 225), meio ambiente do trabalho (CR/88, art. 200, VIII), meio ambiente artificial ou construído (CR/88, art. 225 e 182) e meio ambiente cultural, este integrado pelo patrimônio histórico-cultural e pelas sínteses culturais que compõem o universo das práticas sociais das relações de intercâmbio entre o homem e a natureza ao longo do tempo (CR/88, art. 216 e 225)<sup>3</sup>.

1 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 6 mar. 2025.

2 MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 258.

3 MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Tutela do patrimônio cultural brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 15.

O Direito Ambiental tem por base diversos princípios fundamentais, que orientam a atuação do Estado e das instituições fiscalizadoras<sup>4</sup>. Por não ser escopo do presente artigo adentrar especificamente em cada um deles, elege-se, para fins da análise que ora se pretende, quatro princípios que conduzem a proteção ambiental e norteiam a aplicação do instituto da responsabilidade civil ambiental. São eles: os princípios da precaução e prevenção, do poluidor-pagador, da reparação integral e da participação ou da cooperação.

Quanto aos *princípios da precaução e prevenção*, Édis Milaré<sup>5</sup> diferencia as expressões semânticas indicando que *prevenção* se refere a riscos ou impactos certos, isto é, já conhecidos pela ciência, enquanto a *precaução* se ocupa de riscos ou impactos incertos, desconhecidos. Apesar dessa diferença, a ideia central de ambos é a de que se devem priorizar medidas que reduzam ou eliminem as causas de ações suscetíveis de afetar a conservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado e a boa qualidade de vida, direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988.

Por sua vez, o *princípio do poluidor-pagador* estabelece que quem causa danos ambientais deve arcar com os custos da reparação ao meio ambiente, que, de acordo com o entendimento de Annelise Monteiro Steigleder<sup>6</sup>, compõe o fundamento inicial da responsabilidade civil ambiental.

O *princípio da reparação integral* assenta que a lesão causada ao meio ambiente deve ser restaurada em sua plenitude<sup>7</sup>, princípio que guarda estreita relação com os da vedação da salvaguarda deficiente e da máxima proteção ambiental.

Por fim, o *princípio da participação ou cooperação* determina a responsabilidade de todos, aí incluído o poder público em suas diferentes esferas e funções, para agir e garantir a proteção ambiental.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro aderiu à obrigação da reparação integral dos danos ambientais, conforme preceitua a CR/88, previsão que já constava da Política Nacional do Meio Ambiente<sup>8</sup>.

Dessa forma, a tutela do meio ambiente deve ser *integral e prioritária*, de modo a garantir que o poder público sempre exerça o dever de agir para, prioritariamente, proteger o meio ambiente e evitar a ocorrência de dano ambiental; e, uma vez que esse aconteça, buscar imediatamente restaurar o equilíbrio ambiental, o que inclui a obrigação permanente de reparação dos danos ambientais e de retorno do meio ambiente ao seu *status quo ante*.

## A IMPRESCRITIBILIDADE DO DANO AMBIENTAL

O Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar o Tema nº 999, consolidou o entendimento de que a pretensão de reparação civil de dano ambiental é imprescritível. Em consonância com a Corte Suprema, o

4 Consolidados nos Enunciados da I Jornada de Direito do Patrimônio Cultural e Natural do Conselho da Justiça Federal – Centro de Estudos Judiciários, 2023. [https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/direito-do-patrimonio-cultural-e-natural/?\\_authenticator=ecdd75147a8b663d9c8abc5ac549d93eed8e44e8](https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/direito-do-patrimonio-cultural-e-natural/?_authenticator=ecdd75147a8b663d9c8abc5ac549d93eed8e44e8). Acesso em: 8 abr. 2025.

5 MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 266.

6 STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental**: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 168.

7 A lesão causada ao meio ambiente deve ser restaurada em sua plenitude ou, em sua impossibilidade, deve-se ao menos garantir a conversão em indenização pecuniária, a ser revertida a fundo de defesa de direitos difusos, devendo os recursos ser destinados à reconstituição dos bens lesados, conforme art. 13 da Lei nº 7.347/1985.

8 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, seção 1, p. 16509, 2 set. 1981.

Superior Tribunal de Justiça (STJ) firmou entendimento no sentido de que a pretensão de reparação do dano ambiental não é atingida pela prescrição, em função da essencialidade do meio ambiente<sup>9</sup>.

Tais precedentes decorrem da natureza difusa e coletiva do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, garantido pelos supracitados dispositivos da Carta de 1988. Outrossim, reforçam que a prescrição não pode ser aplicada às ações que busquem a recomposição do meio ambiente degradado, pois o dano ambiental pode gerar impactos permanentes e irreversíveis. Assim, admitir a prescrição significaria incentivar a degradação e comprometer o direito das presentes e futuras gerações.

Nesse sentido, a imprescritibilidade da pretensão de reparação do dano ambiental impede que a degradação ambiental resulte em impunidade, garantindo que o princípio do poluidor-pagador seja efetivado; bem como protege os direitos das futuras gerações, concretizando os princípios da prevenção e da precaução, além de assegurar que a proteção ambiental não seja enfraquecida pelo decurso do tempo, garantindo o cumprimento dos princípios da máxima proteção ambiental, da reparação integral e da participação.

Portanto, evidencia-se que a imprescritibilidade da pretensão de reparação do dano ambiental não é apenas uma decisão jurídica, mas, sobretudo, uma exigência constitucional e principiológica, o que determina que a proteção do meio ambiente seja plena e contínua, bem como efetivada pelo poder público, inclusive pelos órgãos de controle externo, no exercício de sua competência constitucional.

## **O CONTROLE EXTERNO E A FISCALIZAÇÃO DE INSTRUMENTOS COM IMPACTO AMBIENTAL: CARTA DA AMAZÔNIA DE 2010**

Os Tribunais de Contas desempenham um papel essencial na proteção ambiental, atuando no controle externo das contas públicas atreladas à gestão pública ambiental. Essa competência restou evidente com a edição da Carta da Amazônia, de 2010<sup>10</sup>, elaborada durante o I Simpósio Internacional sobre Gestão Ambiental e Controle de Contas Públicas, que estabeleceu diretrizes para que tais instituições contribuam ativamente para a governança ambiental.

A Carta reconhece que a degradação ambiental compromete a sustentabilidade e os direitos fundamentais das populações. Assim, destaca que os Tribunais de Contas devem, nos limites de suas competências institucionais, avaliar o impacto ambiental das políticas públicas, controlar o uso de recursos destinados à preservação ambiental e auditar contratos administrativos que envolvam exploração de recursos naturais.

Além disso, o documento enfatiza que a atuação dos Tribunais de Contas deve ser precautória e preventiva, e não apenas repressiva. Isso significa orientar gestores públicos na adoção de medidas sustentáveis, impulsionar governos a agir preventivamente e promover as devidas fiscalizações das contas públicas associadas à gestão ambiental de forma regular.

Outro ponto crucial da Carta da Amazônia é a necessidade de garantir a efetividade das normas ambientais. Os Tribunais de Contas devem assegurar que as normas constitucionais, bem como leis ambientais nacionais e internacionais, sejam cumpridas, promovendo auditorias ambientais e responsabilizando gestores públicos por omissões que prejudiquem o meio ambiente.

9 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.641.167/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 20 mar. 2018.

10 Disponível em: [https://www2.tce.am.gov.br/portal/wp-content/uploads/carta\\_da\\_amazonia.pdf](https://www2.tce.am.gov.br/portal/wp-content/uploads/carta_da_amazonia.pdf). Acesso em 7 mar. 2025.

Dessa forma, a Carta da Amazônia reforça que os Tribunais de Contas não são apenas órgãos de fiscalização financeira, mas atores estratégicos na defesa ambiental, contribuindo para a sustentabilidade e a governança ecológica na administração pública, uma vez que possuem o dever-poder de fiscalizar as contas públicas relacionadas à gestão ambiental.

## **IMPRESCRITIBILIDADE EM PROCESSOS DE CONTAS COM REFLEXOS AMBIENTAIS**

Os Tribunais de Contas são órgãos constitucionalmente responsáveis pelo controle externo da administração pública, fiscalizando a aplicação dos recursos públicos, a juridicidade, a eficiência e a economicidade dos atos, contratos administrativos e demais instrumentos públicos. Tradicionalmente, sua atuação está ligada à fiscalização financeira, contábil, orçamentária, patrimonial e operacional da administração pública, de seus agentes e de todos aqueles que façam a gestão de bens e valores públicos, nos termos do art. 70 e seguintes da CR/88.

A busca pela efetividade dos direitos e princípios fundamentais – e, conseqüentemente, do Direito Ambiental e da governança pública – exige que as funções dos Tribunais de Contas abarquem também, nos termos da Carta da Amazônia de 2010, a fiscalização dos recursos públicos que causem qualquer impacto ao meio ambiente, em todas as suas dimensões.

Diante disso, em decorrência da expansão da proteção ambiental, torna-se imperiosa a *interpretação sistemática* do ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso lembra que “o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas”<sup>11</sup>.

Ressalta-se que não se defende ampliação de competência constitucional das Cortes de Contas. O que se propõe, por determinação do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Tema nº 999, é que, caso se verifique, em ato, contrato administrativo ou instrumento congênere apreciado em processos de contas, impactos, reflexos ou danos ambientais coletivos, seja reconhecida a imprescritibilidade dos danos apurados nesses processos. Isso porque, para a consecução das finalidades constitucionais, deve-se realizar uma interpretação efetiva da atuação do controle externo, considerando os princípios informadores do Direito Ambiental e dos precedentes jurisprudenciais das cortes superiores.

Por essa razão, quando um ato ou contrato administrativo resulta, direta ou indiretamente, em dano ambiental, dois desdobramentos devem ser realizados. A primeira reside em que as Cortes de Contas, no âmbito de suas competências constitucionais, avaliem a regularidade dos instrumentos e determinem a responsabilização dos envolvidos, garantindo que as políticas públicas respeitem a legislação ambiental, consubstanciadas em normas constitucionais, infraconstitucionais e internacionais. A segunda consiste em que a imprescritibilidade da pretensão de reparação do dano ambiental coletivo deve ser extensível à imprescritibilidade do dano ao erário nesses casos específicos.

Nesse sentido, ao desempenharem um papel fundamental na fiscalização da aplicação de recursos públicos que possam causar impactos ambientais coletivos, decorrentes de instrumento administrativo irregular, deverão atuar ainda com mais rigor em face dos direitos fundamentais envolvidos, o que implica o reconhecimento da imprescritibilidade em referidos processos de contas.

11 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 127.

Desse modo, em licitações e contratações administrativas ou atos administrativos com impacto ambiental, no que se refere tanto a condutas comissivas quanto a condutas omissivas, a atuação fiscalizatória deve considerar não apenas a juridicidade e economicidade dos gastos públicos, mas, também, a observância das normas ambientais, com o objetivo de assegurar a adequada destinação dos recursos, bem como a proteção do interesse público e dos direitos fundamentais.

A correta destinação de verbas públicas para políticas ambientais é dever do Estado, além de direito da coletividade, e, por essa razão, impõe o dever de fiscalização do Ministério Público de Contas e do Tribunal de Contas, conforme previsto nos artigos 70 e seguintes, 130, 182, 196, 200, VIII, 216 e 225 da CR/88.

Assim, se o objeto do ato ou contrato administrativo analisado pelo Tribunal de Contas causar impacto ambiental coletivo, devido à má gestão dos recursos públicos que acarretem desvio de finalidade ou omissão no cumprimento de determinações, sejam elas ambientais ou contratuais, no âmbito da esfera de atuação das Cortes de Contas, a atuação do controle externo pode ocorrer independentemente do decurso do tempo.

Essa relação, portanto, permite que os Tribunais de Contas exijam a recomposição dos cofres públicos, nos limites de sua competência constitucional, aplicando-se a imprescritibilidade aos processos de contas quando o objeto do ato ou contrato fiscalizado trazer como reflexo dano ambiental.

## CONCLUSÃO

A relação entre os princípios informadores do Direito Ambiental e a imprescritibilidade da pretensão de reparação do dano ambiental é direta e essencial para a proteção do meio ambiente, ou seja, a partir da exegese dos princípios ambientais, extrai-se a fundamentação jurídico-constitucional à tese de que a obrigação de reparar danos ambientais não pode ser limitada pelo tempo.

Ademais, com base em uma interpretação sistemática, entende-se que a aplicação da imprescritibilidade nos processos de contas, quando o objeto de fiscalização é ato ou contrato com reflexo ambiental, é uma medida necessária para garantir a efetividade da proteção ambiental e coibir a impunidade.

Se de atos administrativos, contratos públicos ou instrumentos congêneres resultarem reflexamente degradação ambiental, a atuação fiscalizadora dos Tribunais de Contas, realizada em razão da má gestão administrativa e ambiental, poderá ocorrer a qualquer tempo. Isso porque o interesse tutelado não é apenas patrimonial, mas relacionado a direito fundamental, que envolve a proteção do meio ambiente, um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, em todas as suas dimensões, nos termos da Constituição da República.

Permitir a prescrição nesses casos seria frontalmente contrário aos princípios ambientais e ao próprio papel fiscalizador dos Tribunais de Contas, fragilizando a governança ambiental e comprometendo o direito fundamental ao meio ambiente.

Dessa forma, a imprescritibilidade deve ser aplicada tanto para garantir que os danos ambientais sejam reparados integralmente, independentemente do tempo decorrido desde sua ocorrência, quanto para garantir o ressarcimento dos mal geridos recursos públicos atrelados à gestão ambiental.

# AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA, EXAME DE HIGIDEZ MENTAL, TESTE PSICOTÉCNICO: IMPOSSIBILIDADE DE SE ATRIBUIR CARÁTER CLASSIFICATÓRIO – LEI Nº 14.965/2024



**Sara Meinberg**

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

**Lilian Haas**

Servidora efetiva do TJMG – Técnico Judiciário cedida para o MPC-MG no cargo de Chefe de Gabinete.  
Tem especialização em Direito de Empresa pela Fundação Dom Cabral (pós-graduação *lato sensu*) e em Direito do Comércio Internacional pela University Institute of European Studies – Turin/Itália (pós-graduação *lato sensu*).

A Lei nº 14.965, de 9 de setembro de 2024 – que dispõe sobre as normas relativas a concursos públicos –, inovou ao criar a possibilidade de atribuição de caráter classificatório às provas de avaliação psicológica, exame de higidez mental ou teste psicotécnico.

A referida lei assim estabelece:

Art. 9º As provas do concurso público deverão avaliar os conhecimentos, as habilidades e, quando for o caso, as competências necessárias ao desempenho das atribuições do cargo ou emprego público de modo combinado ou distribuído por diferentes etapas.

§1º As provas poderão ser *classificatórias, eliminatórias ou classificatórias* e eliminatórias, independentemente do seu tipo ou dos critérios de avaliação.

§ 2º Sem prejuízo de outros tipos de prova previstos no edital, são formas válidas de avaliação:

I – de conhecimentos: provas escritas, objetivas ou dissertativas, e provas orais, que cubram conteúdos gerais ou específicos.

II – de habilidades: elaboração de documentos e simulação de tarefas próprias do cargo ou emprego público, bem como testes físicos compatíveis com suas atividades.

III – de competências: *avaliação psicológica, exame de higidez mental ou teste psicotécnico*, conduzido por profissional habilitado nos termos da regulamentação específica. (Grifos nossos.)

Como se observa, a norma não restringiu os tipos de critérios (*classificatórios, eliminatórios ou classificatórios e eliminatórios*) para nenhuma das hipóteses das referidas competências legais supradescritas.

Assim, mediante interpretação literal da lei, constata-se que o legislador deixou ao crivo discricionário do administrador público definir se a avaliação psicológica, o exame de higidez mental e o teste psicotécnico poderão ter caráter *classificatório, eliminatório ou classificatório e eliminatório*.

A controvérsia está justamente em analisar a razoabilidade de se atribuir o critério classificatório à avaliação psicológica, ao exame de higidez mental e ao teste psicotécnico.

A alternativa, a nosso ver, é inviável.

Sabe-se que os critérios eliminatórios e classificatórios são fundamentais nos concursos públicos, pois definem como os candidatos serão avaliados e selecionados para os cargos oferecidos.

Os *critérios eliminatórios* podem ser definidos como aqueles de conhecimentos básicos, essenciais, mínimos e imprescindíveis ao exercício do cargo, na forma de barreiras a serem ultrapassadas. Por se tratarem de condições de habilitação ou aprovação, caso elas não sejam atendidas, resultam na exclusão do candidato do procedimento seletivo. São exemplos: aprovação em provas objetivas, discursivas, orais e práticas, com base em pontuação mínima ou nota de corte, entre outros.

Os *critérios classificatórios* são utilizados para ordenar e categorizar, em classes (como o próprio nome já diz) ou níveis, características padronizadas semelhantes e uniformes.

Essas escalas servirão para avaliar o melhor nível qualitativo do perfil do candidato ideal não eliminado e apto ao cargo. Desse critério, não são mais cobrados os pressupostos necessários e minimamente exigidos para o exercício de determinada função, mas o desiderato almejado é o melhor desempenho de acordo com o perfil desejado para as atribuições do cargo.

Candidatos que não participarem dessa etapa apenas perderão a chance de obter pontuação maior, mas não serão eliminados. Trata-se o critério classificatório de um complemento acessório e secundário às condições objetivas indispensáveis e já analisadas no critério eliminatório, na busca do melhor candidato. É o caso da apresentação de títulos.

Os *critérios eliminatórios e classificatórios* são aqueles em que os candidatos precisam atingir pontuação mínima para não serem eliminados. Atingida essa pontuação, o resultado será considerado para a classificação, conforme supraexplicitado em cada critério.

Antes de se avaliar qual o melhor método escolher para a realização da avaliação psicológica, do exame de higidez mental e do teste psicotécnico, importante destacar que a Constituição da República (art. 37, II) prescreve que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, *de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego*, na forma prevista em lei.

O Decreto federal nº 9.739, de 28 de março de 2019 – que estabelece normas sobre concursos públicos no âmbito da Administração Pública Federal –, empregado aqui a título ilustrativo, conquanto se aplique apenas aos certames realizados no âmbito federal, define a avaliação psicológica e, na mesma linha da Constituição, determina a necessidade de se aferir a *compatibilidade das características psicológicas do candidato com as atribuições do cargo*:

#### Avaliação psicológica

Art. 36. A realização de avaliação psicológica está condicionada à existência de previsão legal específica e estará prevista no edital do concurso público.

§ 1º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se avaliação psicológica o emprego de procedimentos *científicos* destinados a aferir a *compatibilidade das características psicológicas do candidato com as atribuições do cargo*.

§ 2º A avaliação psicológica será realizada após a aplicação das provas escritas, orais e de aptidão física, quando houver.

§ 3º Os requisitos psicológicos para o desempenho do cargo serão estabelecidos previamente, por meio de *estudo científico*:

I – das atribuições e das responsabilidades dos cargos;

II – da descrição detalhada das atividades e das tarefas;

III – da identificação dos conhecimentos, das habilidades e das características pessoais necessários para sua execução; e

IV – da identificação de características restritivas ou impeditivas para o cargo.

§ 4º A avaliação psicológica será realizada por meio do uso de instrumentos de avaliação psicológica capazes de aferir, *de forma objetiva e padronizada, os requisitos psicológicos do candidato para o desempenho das atribuições inerentes ao cargo.*

§ 5º O edital especificará os *requisitos psicológicos* que serão aferidos na avaliação. (Grifos nossos).

No mesmo sentido, a Resolução nº 02/2016 do Conselho Federal de Psicologia – que regulamenta a avaliação psicológica em concurso público e processos seletivos de natureza pública e privada – preceitua:

*Art. 1º A avaliação psicológica para fins de seleção de candidatos (as) é um processo sistemático, de levantamento e síntese de informações, com base em procedimentos científicos que permitam identificar aspectos psicológicos do (a) candidato (a) compatíveis com o desempenho das atividades e profissiografia do cargo.*

§ 1º Para proceder à avaliação referida no *caput* deste artigo, o (a) psicólogo (a) deverá utilizar métodos e técnicas psicológicas que possuam características e normas reconhecidas pela comunidade científica como adequadas para recursos dessa natureza, com evidências de validade para a descrição e/ou predição dos aspectos psicológicos *compatíveis com o desempenho do candidato em relação às atividades e tarefas do cargo.*

Art. 2º Para alcançar os objetivos referidos no artigo anterior, o (a) psicólogo (a) deverá:

I – selecionar métodos e técnicas psicológicas com base nos estudos científicos, que contemplem as atribuições e responsabilidades dos cargos, *incluindo a descrição detalhada das atividades e profissiografia do cargo, identificação dos construtos psicológicos necessários e identificação de características restritivas e/ou impeditivas para o desempenho do cargo;*

II – à luz dos resultados de cada instrumento, proceder à análise conjunta destes de forma dinâmica, *a fim de relacioná-los à profissiografia do cargo, às características necessárias e aos fatores restritivos e/ou impeditivos para o desempenho do cargo;*

III – seguir, em todos os procedimentos relacionados à administração, apuração dos resultados e emissão de documentos, a recomendação atualizada dos manuais técnicos adotados a respeito dos procedimentos de aplicação e avaliação quantitativa e qualitativa;

IV – zelar pelo princípio da competência técnica profissional quando da utilização de testes psicológicos.

Art. 3º O edital do concurso público especificará, de modo objetivo, os construtos/dimensões psicológicas a serem avaliados, devendo ainda detalhar os procedimentos cabíveis para interposição de recursos. (Grifos nossos.)

A avaliação psicológica, o exame de higidez mental e o teste psicotécnico objetivam a verificação das condições psicológicas e mentais condizentes com o cargo pretendido, garantindo que os aprovados estejam habilitados a desempenhar as funções respectivas. Portanto, o mais importante a se avaliar na escolha de um candidato, além dos conhecimentos e habilidades, é a existência de *compatibilidade* entre as suas características psicológicas e as atribuições do cargo.

Nesse sentido, o candidato adequado será aquele que tenha aptidão aferida na avaliação psicológica, no exame de higidez mental e no teste psicotécnico, vale dizer, o mais relevante é garantir que ele tenha

condições psicológicas e traços comportamentais suficientes e apropriados ao perfil pretendido pela Administração Pública.

E, nesses casos, não se exige o máximo do candidato, mas sim o mínimo, ou seja, basta que ele seja *apto*.

Dessa forma, a aptidão do candidato está vinculada à sua capacidade psicológica para o desempenho de suas atribuições, evitando que aqueles sem condições psicológicas compatíveis às exigências do cargo sejam admitidos.

Ao classificá-los, por meio da avaliação psicológica, do exame de higidez mental e do teste psicotécnico, dificilmente, será extraída a proposta real de avaliação equitativa entre os concorrentes. Isso porque o resultado final dessas provas deve ser tomado apenas como elemento de aprovação ou desaprovação no certame, candidato “apto” ou “inapto”. É o que estatui o já mencionado Decreto federal nº 9.739/2019:

*Resultado da avaliação psicológica*

*Art. 37 O resultado final da avaliação psicológica do candidato será divulgado exclusivamente como “apto” ou “inapto”.*

§ 1º Todas as avaliações psicológicas serão fundamentadas e os candidatos terão acesso à cópia de todo o processado envolvendo sua avaliação, independentemente de requerimento específico, ainda que o candidato tenha sido considerado apto.

§ 2º Os prazos e a forma de interposição de recurso acerca do resultado da avaliação psicológica serão definidos pelo edital do concurso.

§ 3º Os profissionais que efetuaram avaliações psicológicas no certame não poderão participar do julgamento dos recursos.

§ 4º Na hipótese de no julgamento do recurso se entender que a documentação e a fundamentação da avaliação psicológica são insuficientes para se concluir sobre as condições do candidato, a avaliação psicológica será anulada e será realizado novo exame por outro profissional. (Grifos nossos.)

Em realidade, não há o “mais apto” ou o “menos apto”. Nessas hipóteses, o que existe é o adequado, o satisfatório. Aptidão psicológica significa saber se há condições de desempenho, tais como capacidades cognitivas, emocionais e de personalidade. Importante apontar, mais uma vez, que o objetivo principal desses exames é verificar se o candidato apresenta as condições psicológicas necessárias para desempenhar as atividades inerentes ao cargo pleiteado.

As mencionadas avaliações psicológicas, precipuamente, não têm, como fim em si mesmas, o intuito de serem utilizadas para diagnosticar eventual transtorno, desvio de comportamento ou de personalidade, mas sim para excluir eventual candidato com inaptidão ao exercício de determinada função. Caso sejam identificadas restrições ou impedimentos, o candidato deve ser eliminado. Essas avaliações devem se enquadrar na categoria eliminação, visto estar desconfigurada a natureza classificatória nesses casos.

Por outro lado, a ausência de impedimentos permite concluir, apenas, que o candidato possui capacidade para exercer as funções do cargo, sem que isso sirva de base para qualquer tipo de classificação adicional. Admitir a linha classificatória à avaliação psicológica, ao exame de higidez mental e ao teste psicotécnico seria tolerar insegurança jurídica, a nosso ver, inadmissível nessa seara.

Não bastasse, no caso da avaliação psicológica, há, também, a dificuldade da aplicação coletiva isonômica e da equiparação da visão subjetiva distinta da linha de interpretação de cada profissional da banca, em casos com mais de um avaliador. Se não houver pertinência objetiva e isonômica entre as análises verificadas por cada examinador, de modo intransponível, o concurso estará fadado à arbitra-

riedade. Dessa forma, considerando a conformação desses exames, e a fim de que não haja qualquer tipo de burla, o critério apenas poderá ser considerado eliminatório, repita-se.

Deixar à feição classificatória a avaliação psicológica, o exame de higidez mental e o teste psicotécnico é também abrir margem para que candidatos idôneos fiquem à mercê de administradores públicos, que podem utilizar-se de expedientes arbitrários ou fraudulentos para deixar de eliminar candidatos ruins, que não atendam ao desempenho esperado e comprometam o exercício das atividades inerentes ao cargo, ao absurdo de classificá-los em detrimento do interesse público com conseqüente e evidente lesão ao erário.

A se permitir o critério classificatório nesses tipos de avaliações, seria igualmente fácil afastar a recomendação ou a não recomendação de ingresso, com conseqüente categorização de amigos ou inimigos sem o necessário perfil para o preenchimento do cargo, por motivo de direcionamentos, discriminações, manipulações, apadrinhamentos, favoritismos e privilégios injustificáveis. A configuração dessas avaliações traz feições puramente eliminatórias e levam a questionar a sua validade na qualidade de instrumento classificatório.

Por conseguinte, a imposição da nova lei relativa à obrigatoriedade de “regulamentação específica”, quanto às provas de competências (avaliação psicológica, exame de higidez mental ou teste psicotécnico), disposta no supratranscrito art. 9º, § 2º, III, da Lei 14.965/2024, há de ser tratada de forma a impedir o critério classificatório das mencionadas provas, a fim de se evitar possíveis abusos.

Anote-se que o edital não pode assumir caráter autônomo normativo. Ele deve estar estritamente vinculado à referida normatização, não podendo criar ou restringir, de maneira inaugural, direitos e obrigações anteriormente não previstos em lei, eis que ele é apenas instrumento para a concretização do concurso.

A regulamentação, obrigatoriamente, precisará conter a especificação daquilo que se busca avaliar no candidato, sob o aspecto material, de forma objetiva, predeterminada e vinculada, com a definição científica de quais são os limites mínimos relevantes o suficiente a fornecer uma base sólida para a interpretação motivada dos resultados para a aprovação ou eliminação respectiva.

Imprescindíveis a particularização e a estipulação prévia e confiável das diretrizes da coleta de dados, bem como dos critérios e parâmetros de aferição das características e atributos específicos alcançáveis e razoáveis a serem avaliados nesses tipos de provas.

Com igual direcionamento, a Resolução nº 31, de 15 de dezembro de 2022, do Conselho Federal de Psicologia — que estabelece diretrizes para a realização de avaliação psicológica no exercício profissional da psicóloga e do psicólogo, regulamenta o sistema de avaliação de testes psicológicos — determina:

Art. 1º Estabelecer diretrizes para a realização de avaliação psicológica no exercício profissional da psicóloga e do psicólogo e regulamentar o sistema de avaliação de testes psicológicos (SATEPSI).

§ 1º A avaliação psicológica é um processo *estruturado* de investigação de fenômenos psicológicos, composto de métodos, técnicas e instrumentos, com o objetivo de promover informações à tomada de decisão, no âmbito individual, grupal ou institucional, com base em demandas, condições e *finalidades específicas*. (Grifos nossos.)

Isso, claro, a fim de se preservar a conseqüente motivação dos atos, para que a competitividade e a seletividade sejam legítimas.

Para que seja resguardada a igualdade de condições entre os candidatos, deverão ser asseguradas a adequação e a pertinência ao objetivo da avaliação psicológica, do exame de higidez mental e do teste psicotécnico, com detalhamento pontual e proporcional das condições psicológicas e temperamentais apropriadas às atribuições peculiares ao exercício da função do cargo respectivo, de forma motivada, a se cumprir, também, o princípio da eficiência.

Inevitável, insista-se, a identificação de critérios balizadores e direcionadores das características próprias almejadas ao perfil do candidato apto a preencher as atribuições do cargo. Instituído-se, de antemão, os parâmetros objetivos pelos quais os candidatos serão avaliados, garantindo-se a efetiva motivação expressa, a ampla defesa, a isonomia e a impessoalidade, o controle dos atos da Administração ficará assegurado, sem ensejar questionamentos acerca das conclusões da indicação ou da contraíndicação, sem risco de judicializações.

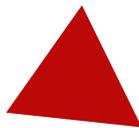
Os resultados dessas avaliações deverão ser pautados em fundamentação racional adequada e pertinente ao exercício do cargo, com transparência, além de serem baseados em elementos objetivos, com possibilidade de ampla defesa e recorribilidade pelos candidatos.

A simples regulamentação sem regramentos pormenorizados, distante da enumeração das condições claras e completas, ausentes os apontamentos das condições psicológicas adequadas e compatíveis à exigência do exercício das funções do cargo, de nada adiantaria e tornaria ineficaz a satisfação plena da legalidade.

Por tudo isso, conclui-se ser infactível atribuir o caráter classificatório à avaliação psicológica, ao exame de higidez mental e ao teste psicotécnico, porque eles, por sua própria natureza, só podem ter cunho eliminatório.

# **Artigos de jurisprudência**

# A FIXAÇÃO DOS SUBSÍDIOS DOS VEREADORES E A INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ANTERIORIDADE



**Germana Galvão Cavalcanti Laureano**

Procuradora do Ministério Público de Contas do Estado de Pernambuco.

## INTRODUÇÃO

Na conformação democrática e republicana do Estado brasileiro, tal como desenhado pelo legislador Constituinte de 1988, as funções inerentes aos Poderes Executivo e Legislativo, em cada ente da Federação, como notório, são desempenhadas por representantes do povo, eleitos periodicamente pelo voto popular.

Nesse cenário, assume especial importância discutir acerca dos aspectos que cercam a remuneração que cabe àqueles que representam os cidadãos. Seja porque são remunerados pelos cofres públicos – alimentados pelos recursos de cada contribuinte brasileiro –, seja porque tal remuneração deve ser condizente com a expressão de suas atribuições.

Ao longo deste texto, procuro demarcar não o instrumento adequado para a definição dos subsídios dos agentes políticos municipais, que, por imperativo constitucional, é a lei de iniciativa da Câmara Municipal (CR/88, art. 29, V e VI), mas tratar sobre o instante propício para tal produção legislativa, sobretudo em relação aos vereadores, em ordem a garantir que a fixação de suas remunerações não seja convertida em instrumento distinto da escorreta contraprestação pecuniária pelos relevantes serviços prestados à coletividade.

## O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ANTERIORIDADE NA FIXAÇÃO/MAJORAÇÃO DOS SUBSÍDIOS DOS VEREADORES

A fixação do subsídio dos agentes políticos municipais – prefeito, vice-prefeito, secretários municipais e vereadores – não configura matéria nova nos ambientes doutrinário e jurisprudencial.

Desde o advento da Constituição da República de 1988, muito já se escreveu e decidiu a respeito, notadamente em relação à escorreta leitura do princípio constitucional da anterioridade, originalmente contemplado no art. 29, V, da Carta<sup>1</sup> para a remuneração de prefeito, vice-prefeito e vereadores, e suprimido a partir da Emenda Constitucional nº 19/1998, com sua retomada para os últimos – e apenas

1 Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

V – remuneração do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Vereadores fixada pela Câmara Municipal em cada legislatura, para a subsequente, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 150, II, 153, III, e 153, § 2.º, I;

V - subsídios do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Secretários Municipais fixados por lei de iniciativa da Câmara Municipal, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I; (Redação dada pela Emenda constitucional nº 19, de 1998)

para eles – com a Emenda Constitucional nº 25/2000, a teor da redação então conferida ao art. 29, VI, da mesma Lei Maior.<sup>2</sup>

De há muito, os operadores do Direito vêm emprestando ao princípio constitucional da anterioridade a leitura que mais se afina com outros princípios e preceitos consagrados pelo Constituinte brasileiro, de sorte a preconizar que a anterioridade não se contenta com a fixação dos subsídios dos vereadores em qualquer momento da legislatura anterior para aquela que lhe sucede, mas reclama, ao contrário, que esse momento anteceda a própria realização do pleito eleitoral, sob pena de se permitir que o vereador que logra a reeleição legisle em causa própria ou em prejuízo aos não aliados, em afronta aos postulados da impessoalidade e da moralidade administrativa.

O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, ao julgar, nos idos de 1999, o Recurso Extraordinário nº 213.524-1/SP, interposto contra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que assentara a necessidade de a definição da remuneração dos vereadores ocorrer antes das eleições municipais, concluiu que o momento propício para a referida fixação “estaria no período que antecede ao pleito”, que “esse enfoque atende a *mens legis* da norma constitucional”, e que, por fim, “longe de conflitar com a Carta da República, a decisão a homenageia”<sup>3</sup>.

É verdade que, desde então, a Suprema Corte exarou outros provimentos em linha diversa, ao argumento de que o art. 29, V, da Carta da República, goza de autoaplicabilidade, não tendo trazido restrição diversa à fixação dos subsídios dos vereadores daquela emergente do princípio da anterioridade, a exemplo do decidido pela sua Primeira Turma nos autos do AI 745.203/SP-AgR<sup>4</sup> e monocraticamente pelo ministro Dias Toffoli nos autos do ARE 766683/ES<sup>5</sup>.

Nada obstante, na esteira do primeiro julgado do Supremo Tribunal Federal, antes referenciado, que confere ao princípio da anterioridade leitura compatível com princípios constitucionais outros, de idêntica envergadura e também oponíveis à Administração Pública, como a impessoalidade e a moralidade, muitas outras deliberações se espraiaram pelo Brasil, seja na órbita dos Tribunais de Contas, seja nas Cortes Judiciárias.

Apenas no Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco (TCE-PE), entre 2008 e 2023, foram julgados oito processos de Consulta<sup>6</sup>, em que foram expedidas orientações aos jurisdicionados na linha do que decidido pela Suprema Corte inicialmente, isto é, no sentido da necessidade de que a fixação dos sub-

2 Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

VI – a remuneração dos Vereadores corresponderá a, no máximo, setenta e cinco por cento daquela estabelecida, em espécie, para os Deputados Estaduais, ressalvado o que dispõe o art. 37, XI; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 1, de 1992)

VI – subsídio dos Vereadores fixado por lei de iniciativa da Câmara Municipal, na razão de, no máximo, setenta e cinco por cento daquele estabelecido, em espécie, para os Deputados Estaduais, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º, 57, § 7º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I; (Redação dada pela Emenda constitucional nº 19, de 1998)

VI - o subsídio dos Vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais em cada legislatura para a subsequente, observado o que dispõe esta Constituição, observados os critérios estabelecidos na respectiva Lei Orgânica e os seguintes limites máximos: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 25, de 2000).

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 213.524-1/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, Data do julgamento: 19.10.1999, DJ: 11.02.2000.

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 745.203/SP-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe: 05.08.2015

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 766683/ES, DJe: 22.09.2017.

6 “Art. 197. O Tribunal de Contas decidirá, em tese, a respeito de Consulta formulada por autoridade competente quanto às dúvidas acerca da interpretação ou aplicação de dispositivos constitucionais, legais e regulamentares concernentes às matérias de sua competência.” Cf. PERNAMBUCO. Tribunal de Contas. Resolução TC nº 0015/2010. Institui o Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. **Diário Oficial do Estado**, 17 nov. 2010.

sídios dos vereadores seja realizada pelas respectivas Câmaras Municipais em cada legislatura para a subsequente, até a data da realização do primeiro turno das eleições municipais<sup>7</sup>.

Não diferente, o Tribunal de Contas do Estado da Paraíba (TCE-PB), reiterando sua orientação quanto à fixação dos subsídios dos vereadores para a legislatura seguinte, emitiu, em 3 de setembro de 2024, ofício circular aos presidentes das Câmaras Municipais daquele estado, para que o ato de fixação fosse editado antes do pleito eleitoral. Tal prática é recorrente no TCE-PB, como demonstram os Ofícios Circulares nºs 021/2016 e 18/2020, emitidos nos exercícios em que se realizaram eleições municipais.

Noutro exemplo, cite-se o Tribunal de Contas dos Municípios do Pará (TCMPA), que, além da determinação para que a fixação dos subsídios ocorra antes das eleições, define que, diante da inércia ou intempestividade legislativa, o valor a ser adotado na legislatura subsequente deve ser o praticado na legislatura que a antecede, conforme Resolução nº 8.961/2008/TCMPA.

No mesmo norte, a deliberação da Corte Especial do Tribunal de Justiça de Pernambuco, ao julgar inconstitucional lei do município de Ibirajuba, que fixara subsídios de vereadores para a legislatura subsequente após a realização das eleições municipais<sup>8</sup>.

Aliás, o mesmo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, ao analisar a fixação dos subsídios dos vereadores de Petrolina para a legislatura 2013/2016, estabelecido por meio da Lei municipal nº 2.517/2012, assentou que a referida fixação após as eleições municipais é inconstitucional, por ofensa aos princípios da moralidade e da impessoalidade<sup>9</sup>.

Citem-se, ainda, decisões exaradas pelos Tribunais de Justiça dos Estados de Minas Gerais, como aquela consubstanciada no Enunciado 55<sup>10</sup>, e do Mato Grosso, nos autos do AI 51629/2014.<sup>11</sup>

Como se vê, trata-se de matéria que, apenas aparentemente, não suscita discussões interpretativas, na medida em que conta com deliberações divergentes no âmbito da própria Suprema Corte, onde tramita – ainda pendente de julgamento – o Recurso Extraordinário 1344400/SP, com repercussão geral reconhecida, acerca da constitucionalidade de lei municipal que preveja revisão geral anual dos subsídios de agentes políticos na mesma legislatura (Tema 1192).

Há que se reconhecer que, diante de tal dissenso, a cada novo ciclo eleitoral a temática tende a ser revisitada pelas instâncias de controle – também decerto em razão da renovação que ocorre nas Casas Legislativas, aliada à falta de profissionalização de sua burocracia, que, no mais das vezes, não é formada por um quadro de assessoria jurídica permanente, que possa dotar os edis de uma consultoria técnica mais qualificada.

7 **1.** - Processo TCE-PE nº 0804309-7, Decisão TC nº 1082/08, Pleno, Cons. Rel. Valdecir Pascoal, julgado em 08.10.2008; **2.** - Processo TCE-PE nº 1306460-5, Acórdão TC nº 1948/13, Pleno, Cons. Rel. Marcos Loreto, julgado em 27.11.2013; **3.** - Processo TCE-PE nº 1501969-0, Acórdão TC nº 0544/15, Pleno, Cons. Rel. Ranilson Ramos, julgado em 29.04.2015; **4.** - Processo TCE-PE nº 1602552-0, Acórdão TC nº 0487/16, Pleno, Cons. Marcos Loreto, julgado em 04.05.2016; **5.** - Processo TCE-PE nº 1602552-0, Acórdão TC nº 0487/16, Pleno, Cons. Rel. Teresa Duere, julgado em 11.05.2016; **6.** - Processo TCE-PE nº 1725548-0; Acórdão TC nº 1116/17, Pleno, Cons. Rel. Ranilson Ramos, julgado em 11.10.2017; **7.** - Processo TCE-PE nº 1721618-7, Acórdão TC nº 0338/17, Pleno, Cons. Rel. Teresa Duere, julgado em 05.04.2017; **8.** - Processo TCE-PE nº 23100042-0, Acórdão TC nº 340/2023, Pleno, Cons. Rel. Carlos Porto, julgado em 08.03.2023.

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 369790-9, Corte Especial, Rel. Desembargador Jones Figueiredo, Data do julgamento: 21.12.2015.

9 PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Apelação Cível 0013732-54.2013.8.17.1130, Terceira Câmara de Direito Público, Rel. Des. Luiz Carlos de Barros Figueiredo, Data do julgamento: 22.05.2018.

10 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Enunciado 55. Órgão Especial, data do julgamento: 27.02.2019.

11 MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. AI 51629/2014. (Desembargadora. Maria Aparecida Ribeiro, Primeira Câmara de Direito Público e Coletivo, Julgado em 03/02/2015, publicado no DJE 10/02/2015, nº 9474, p. 68. Disponível em: <https://sistemadje.tjmt.jus.br/publicacoes/9474-2015.pdf>. Acesso em: 08.04.2025.

Não foi diferente no último ciclo eleitoral, quando o Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco foi instado a reexaminar a questão nos autos do processo de Consulta TC nº 24101204-1.

Daquela feita, porém, ao revés de reafirmar sua consolidada jurisprudência, expressa em, ao menos, oito julgados proferidos ao longo dos últimos quinze anos, deliberou aquela Corte de Contas, por maioria, no sentido da desnecessidade de a fixação dos subsídios dos vereadores para a legislatura subsequente ocorrer antes da realização do primeiro turno das eleições municipais, bastando que se dê até o encerramento da legislatura antecedente, como se colhe do correlato Acórdão TC nº 135/2025<sup>12</sup>.

O voto condutor da referida deliberação invocou como fundamento, de um lado, a revogação do dispositivo da Constituição do Estado de Pernambuco que impunha a fixação dos subsídios dos parlamentares estaduais e municipais sessenta dias antes da realização das respectivas eleições, e, de outro, a possibilidade, reconhecida em decisões do Supremo Tribunal Federal, de fixação e/ou majoração dos subsídios dos vereadores até o final de uma legislatura para a subsequente, “não havendo previsão legal de qualquer vedação ao reajuste posterior ao pleito eleitoral”.

## **A INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E TELEOLÓGICA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ANTERIORIDADE DA FIXAÇÃO/MAJORAÇÃO DOS SUBSÍDIOS DOS VEREADORES**

Em que pese a respeitabilidade da inflexão operada pelo Tribunal de Contas pernambucano, inclusive porque alinhada a precedentes emanados da mais alta Corte de Justiça do país, não me parece, com todas as licenças, que veio a abraçar a corrente exegética que mais se aproxima de uma interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional.

Como já realçado, o princípio da anterioridade está longe de se afigurar um fim em si mesmo. Foi positivado constitucionalmente para assegurar que o ato de fixação/majoração de subsídios de agentes políticos ocorra em ambiente de máxima (ou a máxima possível) imparcialidade, assim traduzido como aquele em que ainda não conhecidos os destinatários da medida de fixação/majoração. Tudo a fim de garantir aos eleitos pelo povo, em expressão de soberania popular, dada a relevância do múnus público a ser assumido, a percepção de remuneração condizente com os elevados misteres a si confiados – nem exacerbada, como um beneplácito autoconcedido ou conferido a aliados, nem menoscabada, como retaliação de adversários políticos.

Se é assim – e é assim – ressay indubioso que sua leitura adequada – ou ao menos aquela que se coaduna com princípios constitucionais outros, como impessoalidade e moralidade administrativa, apenas se dá quando dele se depreende a fixação/majoração dos subsídios para a legislatura subsequente em momento anterior à realização das eleições.

A relevância da moralidade administrativa e da impessoalidade para o tema da fixação de subsídios de agentes políticos é tamanha que há quem defenda que sua ocorrência antes da realização do respectivo pleito eleitoral independe, em verdade, da imposição constitucional da anterioridade, sendo incidência direta daqueles vetores da Administração Pública – a par da razoabilidade<sup>13</sup>.

12 PERNAMBUCO. Tribunal de Contas. Acórdão TC nº 135/2025, Pleno, Rel. p/Acórdão Cons. Eduardo Porto, DOe: 05.02.2025.

13 SANTANA, Joel Eduardo. **Subsídios de agentes políticos municipais**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 59.

Por essa razão, o próprio Supremo Tribunal Federal vem exigindo sua observância também para prefeito e vice-prefeito, com fulcro no art. 29, V, da Lei Maior, que – saliente-se – desde o advento da Emenda Constitucional nº 19/1998 suprimiu a exigência de anterioridade para tais agentes políticos municipais<sup>14</sup>.

Portanto, apegar-se a uma interpretação literal do princípio da anterioridade, olvidando sua razão e propósito, renovando as vênias, é providência que não propicia o atingimento de sua finalidade, deixando de contribuir para a promoção de relações políticas mais isentas, saudáveis e equilibradas, como pretendeu o Constituinte.

Por fim, importa dizer que a exigência em discussão, de fixação/majoração dos subsídios dos vereadores para a legislatura subsequente em momento anterior à realização do pleito eleitoral, tem assento na Constituição da República de 1988, precisamente no princípio da anterioridade, que, como enfatizado, deve ser interpretado conjuntamente com outros princípios reitores da atividade administrativa, como impessoalidade e moralidade administrativa, de modo que a revogação de preceito de Carta estadual que impunha expressamente que a fixação desses subsídios ocorresse antes das eleições não tem o condão, só por si, de afastar tal requisito constitucional de validade da medida de fixação/majoração de subsídios de agentes políticos.

## CONCLUSÃO

Como bem advertiu José Levi Mello do Amaral Júnior<sup>15</sup>, “A Constituição e as leis permitem interpretações em seus próprios termos, o que torna importantes todas as técnicas de interpretação, a começar pela gramatical. Lealdade interpretativa é o primeiro passo para que a Constituição e as leis signifiquem o que constituintes e legisladores votaram, não algo diverso que um intérprete eventualmente possa pretender”.

Cabe, pois, a todo e qualquer operador do Direito que se dispõe a interpretar uma norma enfrentar o desafio de sindicá-la aos propósitos, preservando a efetividade da pretensão legislativa.

Ao conferir concreção ao princípio da anterioridade – que se mantém positivado expressamente no texto constitucional, desde 2000, para os vereadores – não deve o intérprete descurar da finalidade pretendida pelo Constituinte ao instituí-lo, exigindo a fixação dos subsídios dos vereadores de uma legislatura para a outra, que lhe sucede.

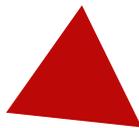
E tal finalidade, como já realçado nestas linhas, não foi outra senão evitar a atividade legislativa em causa própria ou mesmo em detrimento ou em proveito de outrem. Tal objetivo, porém, só pode ser atingido com a fixação/majoração dos subsídios em ambiente de imparcialidade, com o devido distanciamento dos futuros destinatários da medida.

Parece inarredável concluir, portanto, que a escorreita leitura do princípio constitucional da anterioridade para a fixação dos subsídios dos vereadores, ou ao menos aquela que se conforma à sua teleologia e se harmoniza com outros princípios reitores da atividade administrativa, como a moralidade, a imparcialidade e a razoabilidade, é aquela que exige que o ato de fixação/majoração ocorra de uma legislatura para a outra, antes da realização das eleições municipais, como preconizou o Supremo Tribunal Federal nos idos de 2000 e deliberou o Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco ao longo de quinze anos.

14 Cf., por todos, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 229.122/AgR-RS, Segunda Turma, Rel. Ministra Ellen Gracie, Dje: 18.12.08.

15 AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Interpretação e aplicação das normas constitucionais: entre deferência e ativismo, o rigoroso apego à democracia representativa. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 59, n. 235, p. 11-41, jul./set. 2022. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/235/ril\\_v59\\_n235\\_p11](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/235/ril_v59_n235_p11). Acesso em: 8 abr. 2025.

# EMENDAS PARLAMENTARES E A CONSTITUIÇÃO: ENTRE A TRANSPARÊNCIA E O CONTROLE DE RESULTADOS



## **Patrick Bezerra Mesquita**

Procurador de Contas do Ministério Público de Contas do Estado do Pará (MPC-PA).  
Mestre em Direito e Desenvolvimento da Amazônia pela Universidade Federal do Pará (UFPA).  
Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

## **Camila Portella Neves**

Assessora Ministerial do Ministério Público de Contas do Estado do Pará (MPC-PA). Mestra pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Bacharela em Direito pela Universidade da Amazônia (Unama).

Este artigo visa expor resumidamente as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 854 e nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 7688, 7695 e 7697. Com base nessas decisões, refletiremos sobre os possíveis papéis a serem exercidos pelos Tribunais de Contas, para que, no que tange ao trato fiscal das emendas parlamentares, se garanta efetivo controle alocativo e plena harmonização com a Constituição da República (CR/88).

Introduzida nossa questão, cumpre rememorar que a Constituição é o documento inaugural da ordem jurídica do Estado e, por isso, todas as práticas estatais lhe devem alinhamento, sob pena e risco de perderem seu fundamento de validade. Logo, a execução financeira dos orçamentos deve observância irrestrita à Constituição, em especial, às suas partes que tratam da gestão fiscal e financeira do Estado.

Ganha relevo, nesse ponto, que alguns dos prementes objetivos da República brasileira consubstanciam-se na garantia do desenvolvimento nacional, na erradicação da pobreza e da marginalização, e na redução das desigualdades sociais e regionais<sup>1</sup>, e o orçamento público é, provavelmente, o instrumento de maior aptidão no alcance ou distanciamento desse desiderato, por meio da aplicação das verbas arrecadadas (despesa pública), e na definição sobre quais pessoas, em qual intensidade e em quais atividades se pratica o poder tributário do Estado (receita pública).

Dito isso, é preciso reconhecer que as emendas parlamentares encontram respaldo direto na CR/88 (art. 166) e têm como finalidade assegurar a participação efetiva do parlamento – que representa o povo – na formulação orçamentária. Esse importante mecanismo legislativo, em sua essência, permite que os parlamentares atuem de maneira difusa no atendimento às demandas da coletividade que representam, garantindo a alocação dos recursos financeiros indispensáveis para o suprimento de suas necessidades.

1 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

Em âmbito federal, o Regimento Comum do Congresso Nacional<sup>2</sup> estabelece quatro categorias de emendas parlamentares, definidas conforme sua origem: as emendas de comissão (RP-8<sup>3</sup>), propostas pelas comissões permanentes; as emendas de bancada estadual (RP-7), elaboradas pelas bancadas estaduais no Congresso; as emendas individuais (RP-6), apresentadas pelos congressistas em exercício; e as emendas de relator (RP-9), de iniciativa do relator-geral do Projeto de Lei Orçamentária Anual.

Tratem os um pouco de cada uma, a começar pelas emendas individuais.

As emendas individuais alocarão recursos públicos federais em projetos ou atividades de interesse do parlamentar singularmente considerado e podem servir, inclusive, para transferir valores em favor dos demais entes federativos. Essas transferências interfederativas se corporificam de duas maneiras: por intermédio das transferências especiais ou das transferências com finalidade definida.

As transferências especiais, conhecidas como “emendas Pix”, constituem-se em repasse de valores sem necessidade de convênios ou contratos, ou vinculação a qualquer finalidade específica, exatamente o oposto das transferências com finalidade definida. As transferências especiais foram novidade da Emenda Constitucional nº 105, de 2019. Desde seu nascedouro, foi recebida com polêmica, haja vista críticas acerca de possíveis prejuízos ao controle, e aplaudida por figurar como instrumento desburocratizado de descentralização de recursos da União.

Prossigamos. As emendas de bancada estadual buscam viabilizar obras e projetos de infraestrutura de relevância estadual ou distrital. Por sua vez, as emendas de comissão estão voltadas para questões de abrangência nacional e de interesse institucional. Essas duas espécies de emendas são coletivas e estão sempre ligadas a finalidades predefinidas. Também na execução dessas emendas foram detectados problemas, em particular os respeitantes à formalização das decisões que escolheram os projetos beneficiados, e indícios de burla ao seu caráter coletivo por meio de instrumentos de individualização e de fragmentação, o que comprometeria seu caráter estruturante.

Finalmente, as emendas de relator foram criadas com o intuito de dotar o relator-geral do projeto da lei orçamentária dos instrumentos necessários para organizar as alterações propostas ao texto enviado pelo Executivo. Sua função original, portanto, restringia-se à correção de falhas técnicas e à sistematização das despesas de acordo com suas finalidades.

Entre todas as espécies de emendas, apenas as individuais e as de bancada são dotadas da nota de impositividade, quer dizer, são de execução orçamentária e financeira obrigatória, não sujeita à discricionariedade do Poder Executivo. O valor total das emendas individuais não pode exceder 2% da receita corrente líquida apurada no exercício anterior, sendo que metade desse percentual deve ser destinada a ações e serviços públicos de saúde (conforme o art. 166, § 9º, da CR/88). Desses 2%, 1,55% caberão aos deputados federais e 0,45%, aos senadores.<sup>4</sup> No caso das emendas de bancada estadual e do Distrito Federal, o limite é fixado em 1% da mesma base de cálculo.

O controle de constitucionalidade das emendas parlamentares perante o STF começou a ser suscitado em face das emendas de relator, sob a alegação de que elas estavam sendo desvirtuadas, vertendo-se

2 Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/documents/59501/97171143/RCCN.pdf/933b504d-a653-4df5-9329-d4f38c42f64f>. Acesso em: 17 mar. 2025.

3 RP é um código contábil que significa *Resultado Primário* e existe para distinguir se a despesa é ou não financeira, com a finalidade de auxiliar na apuração do resultado primário ou nominal.

4 Na LOA 2024 foram destinados R\$ 19,4 bilhões para as emendas de deputados e R\$ 5,6 bilhões para as emendas de senadores. Como consequência, cada deputado dispôs de R\$ 37.871.585,00 e cada senador, de R\$ 69.634.850,00. Disponível em: <https://www.gov.br/igualdaderacial/pt-br/acesso-a-informacao/assessoria-parlamentar/emendas-parlamentares/ManualdeEmendasParlamentaresdigital.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2025.

em um dos principais meios de alocação de recursos públicos no orçamento federal, sobretudo a partir de 2019, durante a elaboração da Lei Orçamentária de 2020.<sup>5</sup>

O tema ganhou grande destaque em razão de reportagens<sup>6</sup> que expuseram suposto esquema de compra de apoio político, viabilizado pelo uso de recursos oriundos de emendas parlamentares do relator. Segundo as investigações jornalísticas, esse mecanismo permitia que os parlamentares direcionassem verbas provenientes dos cofres da União com grande opacidade, o que dificultava o controle por parte do Tribunal de Contas da União (TCU) e até mesmo da sociedade.

A manobra levou a alcunha de “orçamento secreto”, porquanto não existiam dados mínimos estabelecidos acerca de sua origem ou destinação. Não se sabia – e em parte ainda não se sabe – quem seriam os parlamentares apoiadores das despesas registradas sob o classificador RP-9, que ficavam atribuídas genericamente todas ao relator do orçamento, informação inverídica e sem fidedignidade. Igualmente seriam desconhecidos os critérios adotados para justificar tais gastos, nem se tinha ciência sobre quais obras, serviços ou bens foram adquiridos ou contratados com os referidos recursos, e a que programas e objetivos estariam vinculados.

Diante desse cenário, em junho de 2021, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) propôs a ADPF nº 854, sob o argumento de que as emendas de relator violavam princípios constitucionais, especialmente os da moralidade, da transparência e da impessoalidade.

Em decisão liminar,<sup>7</sup> o Supremo Tribunal Federal ordenou a suspensão da execução dos recursos orçamentários relacionados às emendas de relator (RP-9). Na ocasião, o Tribunal entendeu que pairava sigilo injustificável sobre questões de grande relevância, que, por sua natureza, deveriam ser de acesso público, em especial aos órgãos de controle. Essa falta de transparência foi interpretada como um afastamento dos “ideais republicanos”, conforme destacado pela ministra Rosa Weber, relatora do processo.

A decisão surtiu efeitos práticos imediatos, a justificar a edição do Ato Conjunto das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal nº 1/202<sup>8</sup> e da Resolução do Congresso Nacional nº 2/2021,<sup>9</sup> que introduziram mudanças na forma de execução do RP-9, com o objetivo de ampliar a transparência e a publicidade. Diante da atuação das duas casas do Congresso Nacional, o Supremo Tribunal Federal destravou parcialmente a execução orçamentária de tais emendas,<sup>10</sup> levando em conta os possíveis prejuízos que a suspensão poderia causar ao financiamento de determinados serviços públicos.

5 Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/l13957.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13957.htm). Acesso em: 17 mar. 2025.

6 A primeira menção ao orçamento secreto ocorreu em notícia veiculada pelo jornal *O Estado de São Paulo* (“Estadão”), em maio de 2021, quando se identificou, pela primeira vez, que as emendas de relator estavam sendo utilizadas para pagamento indevido de pavimentação asfáltica (no caso conhecido como “tratoração”): PIRES, Breno. Orçamento secreto de Bolsonaro banca obra de pavimentação sob suspeita. *Estadão*, São Paulo, 11 maio 2021. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/orcamento-secreto-de-bolsonaro-banca-obra-de-pavimentacao-sob-suspeita/?srltid=AfmBOoqbi0ETWHGBRnLu4sOwC2WGKdVIGxH5feeFM-4qhM-H0kUg5q6>. Acesso em: 17 mar. 2025; ORÇAMENTO Secreto: Leia as reportagens do “Estadão” que revelaram o esquema. *Estadão*, São Paulo, 22 out. 2021. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/leia-todas-as-reportagens-sobre-o-orcamento-secreto>. Acesso em: 17 mar. 2025.

7 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15348596971&ext=.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2025.

8 **Ato Conjunto nº 1, de 25 de novembro de 2021.** Dispõe sobre procedimentos para assegurar maior publicidade e transparência à execução orçamentária das despesas classificadas com indicador de Resultado Primário (RP) 9 (despesas discricionárias decorrentes de emenda de Relator-Geral). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/atocon/2021/atoconjunto-1-25-novembro-2021-792047-normaatualizada-cn.html#:~:text=Ato%20Conjunto%201%2F2021&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20procedimentos%20para%20assegurar,emenda%20de%20Relator%2DGeneral>. Acesso em: 17 mar. 2025.

9 CONGRESSO NACIONAL. **Resolução nº 2, de 2021.** Altera disposições da Resolução nº 01/2006-CN, para ampliar a transparência da sistemática de apresentação, aprovação e execução orçamentária referente às emendas de relator-geral. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/rescon/2021/resolucao-2-1-dezembro-2021-792036-publicacaooriginal-164022-pl.html#:~:text=Altera%20disposi%C3%A7%C3%B5es%20da%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA,%C3%A0s%20emendas%20de%20relator%2Dgeral>. Acesso em: 17 mar. 2025.

10 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349083669&ext=.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2025.

Entretanto, em dezembro de 2022, ao julgar o mérito da ADPF 854,<sup>11</sup> entendeu o STF que os recursos alocados sob a rubrica RP-9 são “vinculados a finalidades genéricas, vagas e ambíguas, opondo-se frontalmente a qualquer tentativa de conformação do processo orçamentário às diretrizes constitucionais do planejamento, da transparência e da responsabilidade fiscal”.

Concluiu ainda que:

[...] a partilha secreta do orçamento público operada por meio das emendas do relator configura prática institucional inadmissível diante de uma ordem constitucional fundada no primado do ideal republicano, no predomínio dos valores democráticos e no reconhecimento da soberania popular (CF, art. 1º); inaceitável em face dos postulados constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência (CF, art. 37, caput); inconciliável com o planejamento orçamentário (CF, art. 166) e com a responsabilidade na gestão fiscal (LC nº 101/2000; além de incompatível com o direito fundamental a informação (CF, art. 5º, XXXIII) e com as diretrizes que informam os princípios da máxima divulgação, da transparência ativa, da acessibilidade das informações, do fomento à cultura da transparência e do controle social (CF, arts. 5º, XXXIII, “a” e “b”, 37, caput e § 3º, II, 165-A e Lei nº 12.527/2011, art. 3º, I a V).<sup>12</sup>

Ao examinar o julgado, torna-se evidente a responsabilidade conferida aos poderes públicos de cumprir o dever de ampla transparência na execução orçamentária, bem como a obrigação de divulgar informações completas, precisas, claras e verdadeiras sobre seu conteúdo. Essa divulgação é essencial para a atuação eficaz e tempestiva dos órgãos de controle administrativo interno, das instâncias de fiscalização externa e do acompanhamento exercido pela sociedade civil e pelos cidadãos em geral. À vista do aumento da magnitude material e da importância política das emendas parlamentares, não seria despropositado concluir que sua transparência passou a ser pilar fundamental para a democracia brasileira.

Na teoria dos jogos, classifica-se como jogo de ganha-ganha aquele em que todas as partes podem melhorar suas condições sem que ninguém saia prejudicado. Esse tipo de jogo contrasta com o jogo de soma zero, onde o ganho de um representa a perda do outro. Segundo defendemos, a transparência fiscal das emendas parlamentares é daqueles jogos classificados como de “ganha-ganha”.

Isso porque ganha o público em geral, que passa a ter mais informações para deliberar suas escolhas eleitorais e exercer o controle social, e ganham também os parlamentares, que terão plataforma de exposição clara de seus esforços legislativos de modo a, com o sucesso de suas escolhas alocativas, manter ou angariar ainda mais apoio eleitoral e político. A rigor, o duplo ganho fomentaria comportamento cooperativo entre sociedade e parlamento, onde a vantagem percebida pela primeira reverteria em bônus político ao segundo.

Além da ADPF 854, uma série de outras demandas conexas foi apresentada ao Judiciário, tratando da adequação das emendas parlamentares à Constituição. Essas ações, propostas por diversas entidades, como a Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo (Abraji), a Procuradoria-Geral da República (PGR) e o PSOL, foram registradas como ADIs 7688, 7695 e 7697. Elas abrangem desde objetos mais específicos, como a constitucionalidade das chamadas “emendas Pix”, até outros de caráter mais geral, como o debate sobre a conformidade de toda e qualquer emenda de caráter impositivo. Essas ações de controle concentrado de constitucionalidade, cada uma a seu modo, e dentro do limite de seus pedidos, funcionam hoje como verdadeiro epicentro de verificação da conformidade constitucional da execução das emendas parlamentares com as regras constitucionais fiscais.

11 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357617080&ext=.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2025.

12 *Ibidem*.

Em que pese a firme postura do Supremo Tribunal Federal, é evidente que a Corte enfrenta desafios políticos e institucionais relevantes no assunto. Mesmo após dois anos do reconhecimento da inconstitucionalidade de práticas relacionadas ao denominado “orçamento secreto”, observa-se que os parâmetros de transparência e rastreabilidade das emendas parlamentares não têm sido devidamente observados, a gerar uma profusão de peticionamentos, de deliberações estruturais, de despachos de acompanhamento e de ofícios de informações que visam conferir efetividade à jurisdição constitucional nessa intrincada e delicada questão, cuja sensibilidade política é considerável.

Não deixa de causar espécie que haja tanta resistência em face das decisões do STF,<sup>13</sup> uma vez que, a princípio, a irrestrita obediência fortaleceria a visualização pelo povo acerca das escolhas alocativas dos parlamentares, seus representantes mais diretos. Em outras palavras: o acolhimento das decisões serviria como excelente propaganda da atividade parlamentar.

No entanto, o que se observa é que o apanhado de tais ações, todas sob a relatoria do ministro Flávio Dino, acabou por se transformar em arena fértil para ruídos e fricções institucionais entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, com reflexos na governabilidade do Poder Executivo. O envolvimento direto dos três poderes nessa disputa já sugere a magnitude do desafio.

Um dos pontos culminantes desse embate institucional se consubstanciou na suspensão da execução das emendas individuais até que fossem implementadas regras de transparência e de rastreabilidade dos recursos, decisão tomada na ADI 7.697, que repercutiu sobretudo nas chamadas “emendas Pix”.<sup>14</sup>

A decisão representou, de certo, uma travessia do Rubicão pelo STF, porquanto seu controle jurisdicional, de agora em diante, alargava-se mais e implicava abrupto freio de executoriedade em emenda de caráter impositivo, o que recomendou a adoção de técnicas de consensualidade entre os atores envolvidos.

Entre os vários compromissos firmado perante o STF, o Congresso Nacional aprovou, e o presidente da República sancionou a Lei Complementar nº 210, de 25 de novembro de 2024, que dispôs sobre a proposição e a execução de emendas parlamentares na Lei Orçamentária Anual. A norma visou impor novo grau de transparência e elencou, de maneira taxativa, o que pode ser considerado impedimentos de ordem técnica para justificar a não execução de emendas impositivas.

O STF, embora tenha reconhecido os avanços trazidos pela norma, compreendeu que ela ainda não satisfazia à integralidade os requisitos de transparência e rastreabilidade exigidos pela Corte, motivo pelo qual, no mês seguinte, o ministro Flávio Dino voltou a condicionar a liberação do pagamento das emendas parlamentares ao atendimento de regras atribuídas a cada tipo de emenda, todas elas dispostas na decisão, e algumas não previstas expressamente na recém-aprovada lei.

A título ilustrativo, o STF menciona que a LC 210/2024 não estabeleceu a necessidade de vinculação federativa, de maneira a evitar que parlamentares de uma unidade federativa financiassem projetos de outra, nem vedou o uso de emendas parlamentares para favorecer parentes, seja quando estes ocupam

13 Em recente matéria da *Folha de São Paulo*, datada de 13 de março de 2025, é noticiado que as Mesas da Câmara e do Senado estariam gestando proposta de resolução que criaria a figura da “emenda de líder partidário”. Tal fato foi apontado pelo requerente da ADI 7.697 como possível nova burla às decisões do STF, “Isso porque o texto permite (arts. 45-A, 47 e 48-A) que os parlamentares façam indicações por meio de suas bancadas partidárias, constando apenas a assinatura do líder da sigla, sem identificação do autor original. Trata-se, conforme já denunciado nos autos desta ADI, de “uma nova fase do orçamento secreto”, por meio de um mecanismo que recebeu a alcunha de “emendas dos líderes”, cujo objetivo é o de sempre: “esconder quem é quem nas planilhas de bilhões de reais”.

14 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15369161803&ext=.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2025.

cargos de prefeitos ou vereadores em municípios beneficiados, seja quando têm participação em empresas ou vínculos com entidades privadas que recebem os recursos.<sup>15</sup>

Cá chegando, é digno de atenção que o Supremo, nas mais recentes decisões, tem chamado, em colaboração institucional, os Tribunais de Contas ao exercício do controle das emendas parlamentares. Com efeito, têm sido recorrentes encaminhamentos dirigidos não apenas ao Tribunal de Contas da União, mas também à própria Associação Nacional dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (Atricon).

Não nos deixa mentir o fato de que, na ADPF 854/DF, o STF determinou ao TCU que verificasse se todos os planos de trabalho relativo às “emendas Pix” haviam sido apresentados e registrados na plataforma Transferegov.br. Por sua vez, no bojo da ADI 7697/DF, o STF notificou a Atricon a apresentar números, por estado, referentes ao planejamento ou aos resultados do trabalho realizado pelos Tribunais de Contas dos estados e dos municípios, por meio da Rede Integrar, a respeito da fiscalização das transferências especiais.

Na esteira dessas interlocuções com o STF, o Tribunal de Contas da União aprovou a Instrução Normativa TCU 93/2024,<sup>16</sup> que dispõe sobre a fiscalização, pela corte de contas federal, de recursos alocados aos estados, Distrito Federal e municípios por meio de transferências especiais, conforme previsto no inciso I do art. 166-A da CR/88, com o objetivo de garantir que essas transferências obedecessem aos princípios da transparência e da rastreabilidade.

Parece-nos, realmente, que é o caso de os Tribunais de Contas acudirem com entusiasmo ao chamado de conferir transparência às emendas parlamentares, inclusive voltando seu aparato de fiscalização para averiguar os resultados que estão sendo atingidos mediante os repasses parlamentares, tudo sob a ótica da legalidade, da legitimidade e da economicidade.

Ao nosso sentir, o propósito de atuação dos Tribunais de Contas deve compreender dois flancos.

O primeiro, em perfeito alinhamento às decisões do STF, é de espreitar os olhos fiscalizatórios acerca das “emendas Pix” federais recebidas por estados e municípios. De uma feita que essas verbas acabam por ingressar nos cofres subnacionais com ampla margem de discricionariedade finalística, o julgamento delas caberá aos Tribunais de Contas estaduais (ou municipais, no caso das cidades do Rio de Janeiro e São Paulo).<sup>17</sup> De nada valerá, portanto, o esforço moralizador do STF em Brasília se na ponta não houver atuação igualmente efetiva pelos Tribunais de Contas, de maneira a fechar com êxito o federalismo cooperativo que deve inspirar o controle externo.

O segundo flanco corresponderia a um olhar interno, também inspirado nas iniciativas de controle do Supremo Tribunal Federal, mas desta feita com a perspectiva voltada às emendas parlamentares locais. De fato, muito dos problemas detectados na ADPF 854 e nas ADIs que a seguiram, embora digam respeito às emendas parlamentares federais, replicam-se no âmbito dos estados e dos municípios com

15 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15372536666&ext=.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2025.

16 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa nº 93, de 2024**. Dispõe sobre a fiscalização, pelo Tribunal de Contas da União, de recursos alocados aos estados, Distrito Federal e municípios por meio de transferências especiais, conforme previsto no inciso I do art. 166-A da Constituição Federal. Disponível em: <https://www.gov.br/transferegov/pt-br/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-tcu-no-93-de-17-de-janeiro-de-2024>. Acesso em: 17 mar. 2025.

17 Em igual sentido, por meio do Acórdão nº 518/2023 proferido nos autos do Processo nº 032.080/2021-2, sob a relatoria do ministro Vital do Rêgo, o TCU atribuiu para si o exame da regularidade das condicionantes para os repasses das despesas efetuadas na aplicação de recursos obtidos por meio das emendas ao orçamento. Por outro lado, entendeu ser cabível ao sistema de controle local, incluindo o Tribunal de Contas a cuja jurisdição estiver vinculado o ente federado beneficiado com transferências especiais, a fiscalização sobre a regularidade das despesas efetuadas na aplicação de recursos recebidos. Em outras palavras, a modalidade de transferência especial atrai a competência dos tribunais de contas locais para a fiscalização dos recursos na medida em que os valores transferidos, por disposição constitucional expressa (art. 166-A, §2º, I, CF) pertencem aos entes federados beneficiários.

as emendas de deputados estaduais e dos vereadores municipais. A rigor, estados e municípios têm índices de transparência inferiores aos federais, o que torna a rastreabilidade de emendas parlamentares locais de mais difícil controle, uma vez que ainda mais opacas.

Sem embargo das especificidades regionais, que devem sempre ser consideradas, é de bom grado que o sistema de controle externo local não atue de forma exclusiva no controle das “emendas Pix” federais, mas que aproveite o impulso para esmerilhar também o funcionamento, o controle e os resultados das emendas parlamentares locais, que são financiadas diretamente com verbas cuja jurisdição está sob seus auspícios.

Soaria contraditório, portanto, que o aperfeiçoamento no controle das emendas ficasse restrito às emendas parlamentares federais, uma vez que muito dos vícios detectados pelo STF ao analisar as emendas do Congresso Nacional se repetem ou até mesmo se exponenciam em nível local.

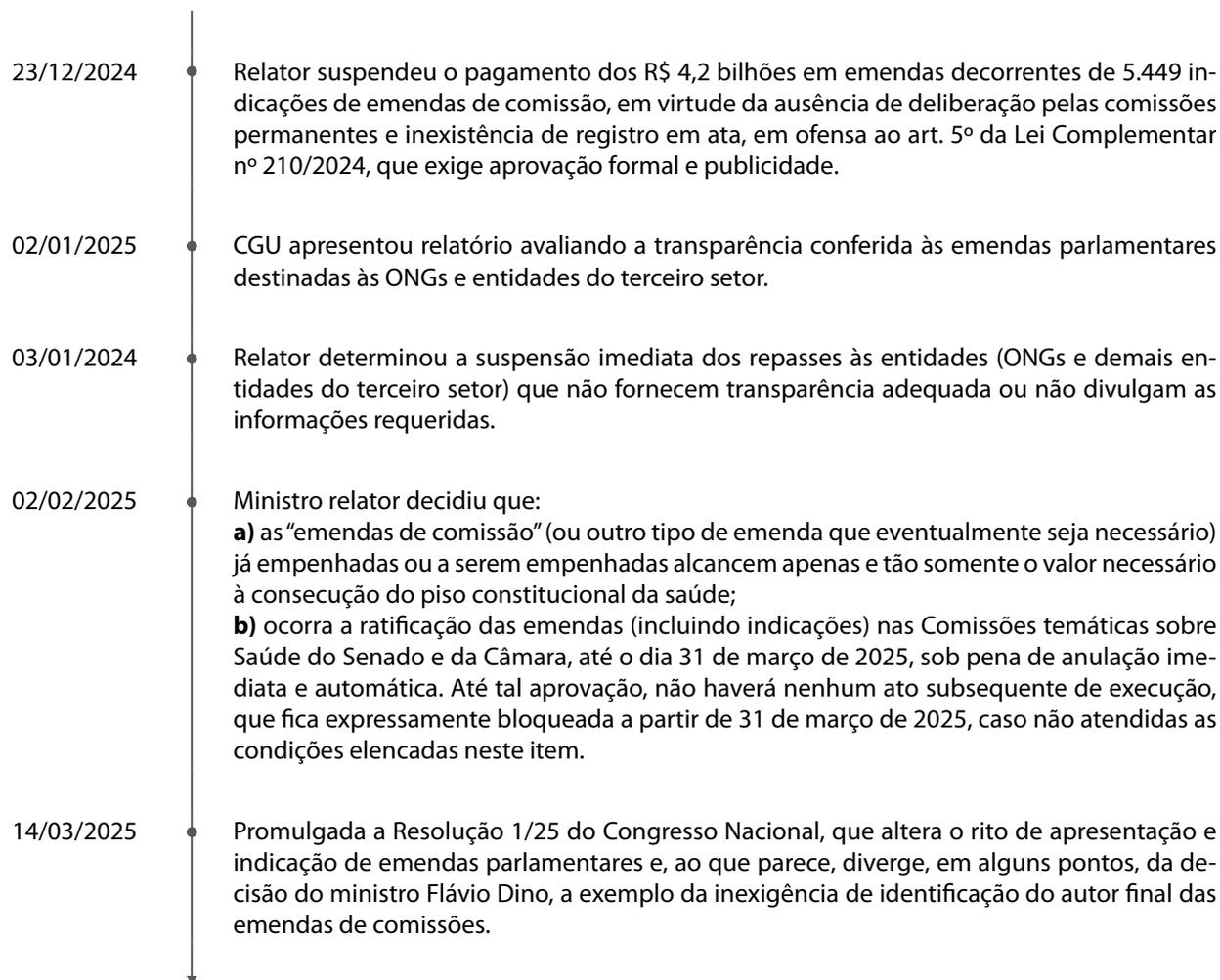
Cabe, portanto, aos Tribunais de Contas locais se esmerarem no efetivo controle das emendas federais Pix direcionadas aos estados e municípios sob sua jurisdição, mas também extraírem da ADPF 854 e ADIs 7688, 7695 e 7697 premissas normativas que inspirem o controle das emendas parlamentares locais, sob o mesmo prisma de transparência ampliada e de controle de resultados, de maneira que forneçam, a partir daí, contributo para o fortalecimento das democracias locais.

Um bom norte prioritário poderia ser a exigência de que também na esfera estadual/municipal haja plataforma eletrônica centralizada das emendas estaduais e municipais. No futuro, as plataformas locais poderiam comungar a operacionalidade com a base de registros federal, a fornecer a todos os cidadãos brasileiros ampla gama de dados acerca das emendas de todo o parlamento brasileiro – em qualquer nível federativo –, inclusive com identificação de principais beneficiários, o que seria excelente retrato das disputas alocativas da democracia brasileira.

Em conclusão, temos que a atuação vanguardista do STF abriu janela de oportunidade valiosa aos Tribunais de Contas para que ampliem sua atuação ao campo material e politicamente relevante do controle sobre as emendas parlamentares, tanto as federais quanto as locais, de modo a contribuir não só com a mais eficaz aplicação do dinheiro público, mas também com a melhor exposição das atividades parlamentares, o que, em última instância, ajuda a maturar a democracia e o senso de representatividade política no país.

## Histórico dos principais marcos processuais\*:

- 14/06/2021 • Propositura da **ADPF 854** pelo PSOL sob o argumento de que as emendas de relator ferem os princípios administrativos previstos na Constituição da República, em especial, pela falta de transparência na indicação de utilização dos recursos.
- 05/11/2021 • Em decisão liminar, a então relatora, ministra Rosa Weber, ordenou a suspensão da execução dos recursos orçamentários relacionados às emendas de relator (RP-9). A decisão foi referendada pelo Tribunal Pleno.
- 06/12/2021 • STF afastou a suspensão determinada na decisão cautelar anteriormente proferida, autorizando a continuidade da execução das despesas classificadas sob o indicador RP-9.
- 19/12/2022 • Julgamento do mérito, declarando incompatíveis com a ordem constitucional brasileira as práticas orçamentárias viabilizadoras do chamado “esquema do orçamento secreto”.
- 25/07/2024 • Abraji propôs a **ADI 7688**, que tem como objetivo averiguar a compatibilidade das chamadas “emendas Pix” com a Constituição da República.
- 01/08/2024 • Em audiência de conciliação com representantes do Governo, do Congresso e de órgãos de controle e fiscalização, o ministro relator, Flávio Dino, determinou que:  
**a)** a CGU realize auditoria de todos os repasses de emendas parlamentares;  
**b)** ONGs e demais entidades do terceiro setor devem informar na internet, com total transparência, os valores oriundos de emendas parlamentares;  
**c)** parlamentares só podem destinar emendas aos estados pelos quais foram eleitos, ficando proibidos, portanto, os repasses a outras unidades de federação;  
**d)** “emendas Pix” devem seguir regras de transparência e garantir mecanismos para permitir o seu rastreio e fiscalização.
- 07/08/2024 • PGR propôs a **ADI 7695** visando discutir a compatibilidade das chamadas “emendas Pix” com a Constituição da República.
- 08/08/2024 • PSOL propôs a **ADI 7697** alegando a incompatibilidade das emendas parlamentares impositivas com o conteúdo da Constituição da República.
- 14/08/2024 • Relator, ministro Flávio Dino, determinou:  
**a)** a suspensão de todas as emendas impositivas apresentadas por congressistas ao orçamento da União até que fossem criadas regras de transparência e rastreabilidade dos recursos, ficando de fora da suspensão os recursos destinados a obras já iniciadas e em andamento ou a ações para atendimento de calamidade pública formalmente declarada e reconhecida; e  
**b)** que a CGU auditasse os repasses dos parlamentares por meio das emendas do orçamento secreto.
- 26/11/2024 • Lei Complementar nº 210/2024, que criou regras para a execução das emendas, foi sancionada pelo presidente Lula.  
(Lei não atende à integralidade dos requisitos de transparência dispostos nas decisões de Dino).
- 02/12/2024 • Relator condicionou o pagamento das emendas parlamentares, determinando que a execução deveria obedecer às regras atribuídas a cada tipo de emenda.

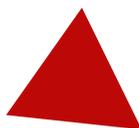


\* atualizado em 18/03/2025.

# **Artigos científicos**

# AS AGÊNCIAS REGULADORAS E A MISSÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO PANORAMA BRASILEIRO

## REGULATORY AGENCIES AND THE MISSION OF COURTS OF ACCOUNTS IN THE BRAZILIAN PANORAMA



Data de submissão: 04.03.2025

Data de aceite: 29.04.2025

### Andréa Lúcia de Araújo Cavalcanti Ormond

Especialista em Direito Público (Constitucional, Administrativo e Tributário) pela PUC-RS. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes. Graduada em Direito e em Letras pela PUC-RJ. Analista judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Ex-advogada parecerista da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. O fenômeno das agências reguladoras; 3. Contextualização no Brasil; 4. Poder político, poder econômico e administração pública; 5. Considerações finais; Referências.

**Resumo:** As agências reguladoras são entes públicos, criados por lei específica, com o objetivo de atuar em serviços públicos estratégicos. A lei fornece *standards* normativos, que devem ser obedecidos. As agências reguladoras gozam de autonomia para regulamentar, fiscalizar e orientar condutas naqueles setores estratégicos. Porém, na qualidade de pessoas jurídicas de direito interno, também se submetem ao controle pelos Tribunais de Contas. Essa fricção entre autonomia e controle é aspecto imprescindível para se compreender as agências reguladoras no Brasil, país em desenvolvimento. Para tanto, o presente artigo científico utiliza o método dedutivo, com aportes de legislação, doutrina e jurisprudência. Extraem-se como resultados da pesquisa: (i) os atos das agências reguladoras são alvo de fiscalização, mas não sobre o seu mérito regulatório; (ii) a regulação no Brasil amadureceu com experiências concretas dos Tribunais de Contas, por meio de mecanismos de fiscalização e *enforcement*; (iii) a segurança e a confiança jurídicas, frutos da interação entre agências e Cortes, são essenciais para a administração pública diante dos agentes econômicos nos mercados regulados. Como conclusão, constata-se que a higidez das contas públicas deve ser buscada com cautela pelas Cortes de Contas, diante da complexidade dos fatores que circundam as agências reguladoras.

**Abstract:** Regulatory agencies are public entities created by specific law to provide strategic public services. The law provides normative standards that must be obeyed. Regulatory agencies enjoy autonomy to regulate, monitor and guide conduct in those strategic sectors. However, as legal entities under domestic law, they are also subject to control by the Courts of Accounts. This friction between autonomy and control is an essential aspect to understand regulatory agencies in Brazil, a developing country. To this end, this scientific article uses the deductive method, with contributions from legislation, doctrine and jurisprudence. The research results are: (i) the acts of regulatory agencies are subject to inspection but not on their regulatory merit; (ii) regulation in Brazil has matured with concrete experiences from the Courts of Accounts, according to inspection and enforcement mechanisms; (iii) legal security and trust, resulting from the interaction between agencies and Courts, are essential for Public Administration vis-à-vis economic agents, in regulated markets. In conclusion, the soundness of public accounts must be sought with attention by the Courts of Accounts, given the complexity of factors that surround regulatory agencies.

**Palavras-chave:** agências reguladoras; Tribunais de Contas; país em desenvolvimento; agentes econômicos.

**Keywords:** independent regulatory agencies; Courts of Accounts; developing country; economic agents.

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo nos permite compreender, entre outros temas, o funcionamento do Poder Executivo. É sabido que possui, em sua função típica, o dever de administrar o Estado. Para tanto, em uma visão otimista, o Executivo bastaria em si mesmo. Um Executivo unitário, nutrido na persona e no chefe supremo, todo-poderoso, onisciente.

Entretanto, a realidade demonstra que a máquina administrativa dialoga e é influenciada por camadas outras de poder: o poder econômico, o poder do conhecimento especializado, o poder da mobilização democrática. As partes que atuam dentro e fora do governo devem, portanto, ser compreendidas, sob pena de se sabotar a continuidade do Estado — e não apenas do próprio governo.

No presente artigo, trataremos das agências reguladoras e de sua convivência institucional com as Cortes de Contas. Na seção 2, analisaremos o fenômeno das agências reguladoras. Trata-se de entes públicos, nascidos da crescente necessidade de um Executivo dialógico, que consiga compreender as intenções dos agentes econômicos e, ao mesmo tempo, regular mercados em prol do interesse público.

As agências reguladoras, porém, não surgiram no Brasil. São oriundas de países com índices de desenvolvimento humano maiores do que os alcançados pelo Brasil. Nesse sentido, convém contextualizar o fenômeno em nosso país, que se apoia em Tribunais de Contas como uma das linhas de defesa dos recursos públicos (seção 3). A fiscalização dos atos das agências reguladoras é aspecto delicado, a revelar a fricção entre a autonomia e o controle que deve existir, saudavelmente, para resguardar a administração pública.

Na seção 4, sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito (AED), veremos como a administração pública lida com o problema da captura regulatória, além de elementos positivos, como inovação e eticidade, que tanto pressionam o século XXI.

Para elaboração do presente artigo, buscamos o método dedutivo — pautado em legislação, jurisprudência e doutrina —, a fim de ponderar sobre os desafios da interação entre agências reguladoras e Cortes de Contas. Convidamos, portanto, à leitura deste panorama brasileiro sobre a matéria.

## 2 O FENÔMENO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Existe questão milenar, nos estudos políticos, sobre a repartição de poderes em um Estado. Em breve síntese, podemos afirmar, com Dalmo de Abreu Dallari, que o aperfeiçoamento da ideia de Estado nos permite concebê-lo “ao mesmo tempo, como um fato social e uma ordem, que procura atingir os seus fins com eficácia e com justiça”.<sup>1</sup> Havendo agrupamento humano, bem provável que haja o Estado, na qualidade de ente supraindividual que organiza as atividades necessárias à subsistência dos conviventes.

Segundo o imaginário iluminista, os poderes de Estado dividem-se em três: Legislativo, Executivo e Judiciário. Convivem harmoniosamente, independentes entre si, com funções típicas — que os caracterizam e distinguem — e funções atípicas. Estas são as funções típicas de um poder e que, atipicamente, os outros as desempenham, com o fim de lhes garantir independência.

Exemplificamos. Em suas relações internas, se o Executivo, para elaborar ato normativo — função típica do Legislativo — ou para aplicar penalidade — função típica do Judiciário —, tivesse de se socorrer nos outros poderes do Estado, não seria um Executivo independente. A dependência dos demais poderes

1 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 2.

estaria à espreita, causando a sensação de incompletude. De outro turno, se apenas o Executivo pudesse realizar a função típica de administrar haveres, o Legislativo e o Judiciário estariam então condenados à dependência do Executivo.

Sobre a concentração de poderes, já no século XVIII, Publius — pseudônimo compartilhado pelos norte-americanos James Madison, Alexander Hamilton e John Jay — nos revela na carta nº 51 — esta, escrita por Madison: deve-se arquitetar “de tal modo a estrutura interna do governo que suas várias partes constituintes possam ser, por suas relações mútuas, instrumentos para a manutenção umas das outras em seus devidos lugares”.<sup>2</sup>

A repartição de poderes trafegou pelos séculos e ancorou no art. 2º da Constituição Federal brasileira de 1988. Trata-se de cláusula pétrea, inafastável pelo constituinte reformador (art. 60, § 4º, III).

À medida que os tempos passam, o Direito, pelo fato mesmo de ser uma ciência social, tem de se adaptar às mudanças nas relações humanas, econômicas, tecnológicas. O mundo contemporâneo trouxe de nichos de experiências e saberes que não conseguem ser pressentidos ou normatizados pelo Estado.

A regulação das relações humanas passa a ser dúctil, fluida, adaptando-se aos contextos e aos atores sociais. No mundo pós-moderno, a velocidade dessa adaptação é imensa, “deixando as relações sociais, políticas, econômicas, financeiras e, conseqüentemente, as jurídicas muitos mais complexas, sofisticadas e erráticas do que eram no passado”.<sup>3</sup>

No Direito Administrativo, temos o exemplo dos contratos de concessão de serviços públicos, que, desde há muito, deixam claro que determinados objetos envolvem *expertise*, recursos e interesses que extrapolam a atuação do Executivo. Para eles, é necessário que o Estado se alie ao particular, através de regramento próprio — citamos, por todas, a embrionária Lei nº 8.987/1995.

Também no âmbito do Direito Administrativo, diga-se o mesmo quanto às agências reguladoras. São irmãs siamesas da constatação, pelo Estado, de que existe complexidade de relações em objetos especializados. Nesses casos, a regulação adapta-se às contingências e, igualmente, fomenta condutas em serviços públicos estratégicos — por exemplo, saúde, recursos hídricos, energia elétrica, telecomunicações, transportes terrestres e aquaviários. Partimos do pressuposto de que as agências terão *expertise* diferenciada, conhecendo melhor os mercados e as conseqüências das tomadas de decisão para as partes interessadas — prestadores do serviço e usuários do serviço.

Todavia, cabe desde logo o alerta. Agências reguladoras não se sobrepõem à ordem estatal. Sujeitam-se à convivência com a sociedade, com os poderes do Estado e, dentre esses, com o braço auxiliador do Legislativo: as Cortes de Contas (CF, art. 71).

Ainda do ponto de vista técnico-jurídico, outro aspecto é fundamental para compreensão das agências reguladoras e de sua interlocução com as Cortes de Contas.

Na doutrina contemporânea, a ideia de legalidade — baseada em normas esparsas e predefinidas — cede terreno à ideia de *juridicidade* — validada no caso concreto, mediante ponderação e com olhos fixos nos princípios e nas regras da Constituição Federal. Gustavo Binembojm afirma que “a lei deixa de ser o fundamento único da atuação do Estado-Administração para tornar-se apenas um dos seus princípios do *sistema de juridicidade* instituído pela Lei Maior”.<sup>4</sup>

2 MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas, 1787-1788**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 349.

3 GARCIA, Flávio Amaral. **A mutabilidade nos contratos de concessão**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 15.

4 BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação e regulação: transformações político-jurídicas, econômicas institucionais do direito administrativo ordenador**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. *E-book*. p. 46-47. Grifos no original.

Se a juridicidade impacta o mito do Legislador onisciente, o mesmo ocorre em relação ao mito do Executivo onisciente. Não se desconhecem, na história política brasileira — anterior e posterior à República —, os desvios e a malversação de recursos públicos.

Em 1967, durante o período de exceção, o Decreto-Lei nº 200 representou um esforço para organizar a administração pública federal. No entanto, adotou um perfil de *Executivo unitário*. O chefe do Executivo com a última palavra, impondo-se aos ministros auxiliares (art. 1º) e aos entes da administração direta e indireta (art. 4º). Não se concebeu um modelo de *Estado policêntrico*, com multiplicidade de vozes internas e externas à administração.

O Decreto-Lei nº 200/1967 foi promulgado antes das crises do petróleo dos anos 1970. Entre as décadas de 1970 e 1980, Alessandro Octaviani e Irene Nohara alertaram para “a opção preferencial da ditadura em financiar o capital externo em vez de suas próprias empresas, [... passando-se] a uma postulação de ‘maior controle’ das empresas e de ‘desburocratização’”.<sup>5</sup>

Após a abertura democrática de 1985, destaca-se o primeiro governo do presidente da República Fernando Henrique Cardoso (1995-1998). Geralmente, cita-se a Reforma Gerencial do Estado — conduzida pelo antigo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (Mare) — como ponto de partida para a criação das agências reguladoras no Brasil.

No entanto, lembra-nos Maria Silvia Zanella di Pietro que “[n]o direito brasileiro, existem, de longa data, entidades com função reguladora, ainda que sem a denominação de agências”.<sup>6</sup> Já houve o Instituto de Defesa Permanente do Café (1923), assim como o Instituto Nacional do Sal (1940), em áreas então consideradas estratégicas para os interesses nacionais.

A novidade das agências reguladoras — no desenho institucional que alcançaram, com o tempo, em nosso país — reside no fato de serem autarquias especiais e autônomas. Elas dilataram as atividades da administração pública, regulando, fiscalizando e sancionando condutas em determinadas áreas da vida nacional. Egon Bockmann Moreira apresenta características do fenômeno.

Com algum esforço de síntese, podem ser apontadas as seguintes competências das agências reguladoras brasileiras: (i) o desenvolvimento e a implementação de normas secundárias que disciplinem o respectivo setor; (ii) a fixação e/ou controle das tarifas e preços das atividades reguladas; (iii) a fixação e/ou controle dos bens e serviços produzidos no âmbito daquela regulação específica; (iv) a promoção e o resguardo da concorrência do respectivo setor; (v) a composição de conflitos entre agentes do setor e entre eles e os consumidores. Mas, talvez, a função que venha a despertar maiores desafios seja a sancionadora: aplicar sanções jurídicas negativas em face do descumprimento de preceitos normativos por parte dos agentes regulados.<sup>7</sup>

As agências reguladoras participam, profundamente, das dinâmicas dos mercados. Convivem com o poder político, o poder econômico (seção 4, *infra*), seus desafios e nuances. Gozam de regime especial e autonomia em relação à pessoa política que a criou — União, estados, Distrito Federal, municípios.

Aqui deparamo-nos com aspecto importante na arquitetura das agências reguladoras. São criadas por lei específica e, por meio desse mecanismo de delegação congressional, recebem *standards*, isto é, conceitos genéricos prévios para sua atuação. À luz dos comandos constitucionais e dentro da moldura de

5 OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. **Estatais**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *E-book*. p. 49-50.

6 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 594.

7 NETO, Floriano de Azevedo Marques; MOREIRA, Egon Bockmann; GUERRA, Sérgio. **Dinâmica da regulação: estudo de casos da jurisprudência brasileira - a convivência dos Tribunais e órgãos de controle com agências reguladoras, autoridade da concorrência e livre iniciativa**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023. *E-book*. p. 358.

lei prévia instituidora, as agências são autônomas. Jamais “absolutamente livres”, mesmo porque, em uma República, nenhum ente, público ou privado, o é.

Passadas décadas de sua existência na administração pública, apenas em 2019 as agências reguladoras receberam diploma próprio em âmbito federal. A Lei nº 13.848 consolidou entendimentos legislativos, jurisprudenciais e doutrinários sobre o tema. Consulte-se o art. 3º, *in verbis*:

Art. 3º A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.

§ 1º Cada agência reguladora, bem como eventuais fundos a ela vinculados, deverá corresponder a um órgão setorial dos Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Pessoal Civil da Administração Federal, de Organização e Inovação Institucional, de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação e de Serviços Gerais.

§ 2º A autonomia administrativa da agência reguladora é caracterizada pelas seguintes competências:

I - solicitar diretamente ao Ministério da Economia:

- a) autorização para a realização de concursos públicos;
- b) provimento dos cargos autorizados em lei para seu quadro de pessoal, observada a disponibilidade orçamentária;
- c) alterações no respectivo quadro de pessoal, fundamentadas em estudos de dimensionamento, bem como alterações nos planos de carreira de seus servidores;

II - conceder diárias e passagens em deslocamentos nacionais e internacionais e autorizar afastamentos do País a servidores da agência;

III - celebrar contratos administrativos e prorrogar contratos em vigor relativos a atividades de custeio, independentemente do valor.

§ 3º As agências reguladoras devem adotar práticas de gestão de riscos e de controle interno e elaborar e divulgar programa de integridade, com o objetivo de promover a adoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção.

A leitura da Lei nº 13.848 deve ser conjugada com o Decreto nº 10.411/2020, que regulamenta instrumento importante, previsto no art. 6º daquela lei: a *análise de impacto regulatório* (AIR). O art. 2º do Decreto define a AIR como, *in verbis*, “procedimento, a partir da definição de problema regulatório, [...] que conterá informações e dados sobre os seus prováveis efeitos, para verificar a razoabilidade do impacto e subsidiar a tomada de decisão”.

Em tempos de governança pública, a AIR é fruto do *consequencialismo econômico*. As agências reguladoras têm a obrigação de ponderar meios e resultados, uma vez que lidam com recursos públicos e multiplicidade de partes e interesses.

A propósito, o consequencialismo havia sido positivado, em 2018, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), por força da Lei nº 13.655/2018. Os artigos 20 e 21, introduzidos na LINDB, passaram a conter diretrizes para as esferas administrativa, controladora e judicial. *In verbis*:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Por sua vez, o consequentialismo na gestão pública também revela o *planejamento* no agir estatal. Agir previamente, e não de modo meramente repressivo. Tal postura fortalece a segurança jurídica e a confiança legítima nos órgãos do Estado.

Sobre o planejamento das empresas estatais — entre elas, as agências reguladoras —, Régis Oliveira comenta que “[n]ão é recomendável que o Estado atue com prejuízo. Mas não se pode afastar situações em que deva assumir o risco (por exemplo: o transporte de população de baixa renda; o Estado pode suportar a conta da tarifa, então rotulada de *social*)”<sup>8</sup>

A seguir, veremos como as agências reguladoras foram sendo amoldadas à realidade brasileira, cujas limitações e oportunidades são diversas daquelas de países com elevado desenvolvimento humano.

### 3 CONTEXTUALIZAÇÃO NO BRASIL

Ausentes dos debates na Assembleia Nacional Constituinte de 1987, as agências reguladoras tiveram sua constitucionalidade confirmada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no *leading case* ADI-MC 1.668-5/DF.<sup>9</sup> Em 1998, por votação majoritária, indeferiu-se o pedido de suspensão cautelar de eficácia ao art. 210 da Lei nº 9.472/1997.

O art. 210 do diploma, ainda hoje vigente, estabelece que o setor regulado das telecomunicações não se submete à regulação ordinária, e sim aos termos daquela lei especial. Como já afirmamos anteriormente, o caráter estratégico do setor de telecomunicações permitiu a criação de órgão regulador na referida lei, que traz os *standards* para suas atividades.

Além da decisão emblemática do STF, outros pontos se destacam para a contextualização das agências reguladoras no ambiente brasileiro.

Na seção anterior, mencionamos a *visão estática sobre o Poder Executivo*. Nesse sentido, a redação original do art. 84, VI, da Constituição previa, *in verbis*:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...] VI - dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei.

A partir da Emenda Constitucional nº 32/2001, adotou-se a figura do decreto autônomo, típico de uma *percepção dinâmica do Executivo*. *In verbis*:

8 OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. *E-book*. p. 256. Grifo no original.

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.668-5/DF**. Rel. Min. Marco Aurélio Mello, j. 20 ago. 1998, DJ 16 abr. 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347202>. Acesso em: 28 fev. 2025.

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...] VI - dispor, mediante decreto, sobre:

- a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;
- b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.

Portanto, mediante autorização constitucional, o chefe do Executivo passou a inovar no ordenamento, desde que não atente contra a reserva de lei e respeite os objetos previstos nas alíneas “a” e “b”, tal como acima transcritas. Temos então a promessa de um Executivo dúctil, adaptável às circunstâncias e atuando no sentido de *eficiência* administrativa (CF, art. 37, *caput*).

Ainda em busca da *juridicidade* na administração pública (seção 2, *supra*), o intérprete há de compatibilizar (i) o art. 37, XIX<sup>10</sup> — sobre leis instituidoras de entes públicos, entre eles, as agências reguladoras —, com (ii) o art. 84<sup>11</sup> — sobre as competências privativas do chefe do Executivo —, (iii) o art. 87<sup>12</sup> — sobre o escopo da atuação dos auxiliares do chefe do Executivo — e (iv) o art. 174<sup>13</sup> — sobre o papel do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica.

Pelo princípio da simetria, essas diretrizes são adotadas, no que compatíveis, por outros entes políticos, e não apenas pela União. Consultem-se, por exemplo, na Constituição do Estado de Minas Gerais, (i) o art. 14, §4º;<sup>14</sup> (ii) o art. 90,<sup>15</sup> (iii) o art. 93<sup>16</sup> e (iv) o art. 231<sup>17</sup>. Interligados, os dispositivos trazem reflexões sobre o vulcão por trás das agências reguladoras no Brasil.

A análise desses arranjos institucionais dá-se em consonância com os fundamentos da “República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, [constituindo-se] em Estado Democrático de Direito” (art. 1º, *caput, in verbis*). Entre os fundamentos, destacamos o inciso IV do mesmo art. 1º, que menciona, *in verbis*, “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

10 *In verbis*: “XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”. Redação dada pela EC nº 19/1998.

11 Composto por vinte e oito incisos, além de parágrafo único.

12 *In verbis*: “Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos. Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei: I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República; II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos; III - apresentar ao Presidente da República relatório anual de sua gestão no Ministério; IV - praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Presidente da República.”

13 *In verbis*: “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

§ 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

§ 3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.”

14 *In verbis*: “Art. 14, § 4º. Depende de lei específica: I – a instituição e a extinção de autarquia, fundação pública e órgão autônomo”.

15 Composto por vinte e oito incisos, além de parágrafo único.

16 O chefe do Executivo estadual é auxiliado por Secretários de Estado. *In verbis*: “Art. 93- O Secretário de Estado será escolhido entre brasileiros maiores de vinte e um anos de idade, no exercício dos direitos políticos, vedada a nomeação daqueles inelegíveis em razão de atos ilícitos, nos termos da legislação federal.” Após esse *caput*, seguem-se quatro parágrafos, acerca de atribuições e de impedimentos.

17 *In verbis*: “Art. 231- O Estado, para fomentar o desenvolvimento econômico, observados os princípios da Constituição da República e os desta Constituição, estabelecerá e executará o Plano Mineiro de Desenvolvimento Integrado, que será proposto pelo Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social e aprovado em lei.” Após esse *caput*, seguem-se cinco parágrafos.

Percebemos que a Carta efetivamente abraçou o sistema capitalista, protegendo a livre iniciativa e, em outros artigos, a propriedade privada (art. 170, II) e a livre concorrência (art. 170, IV). Despido de uma leitura apressada, o capitalismo não é nefasto em si. Ao revés, deve ser incentivado a obedecer aos valores da Constituição, justamente para alcançar objetivos como o da justiça social (CF, art. 3º, I). A respeito, José Afonso da Silva leciona que: “numa ordem econômica destinada a realizar a justiça social, a *liberdade de iniciativa econômica privada* não pode significar mais do que ‘liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo Poder Público.’”<sup>18</sup>

O setor público brasileiro esforça-se para acompanhar as mudanças da pós-modernidade (vide seção 2). As agências reguladoras tentam fazê-lo, na esfera *administrativa*. As novas ferramentas de monitoramento tentam fazê-lo na esfera *controladora*.

A contextualização da experiência regulatória brasileira deve, inexoravelmente, incluir os Tribunais de Contas. Na pós-modernidade, esse fato envolve o “desenvolvimento de metodologias e procedimentos específicos de controle, com utilização mais intensa de ferramentas de tecnologia da informação.”<sup>19</sup>

Sendo o universo on-line ubíquo, as novas ferramentas permitem inclusive a integração de entidades diversas, como o Tribunal de Contas da União (TCU), “as Cortes estaduais e municipais, o controle interno, a Polícia Federal, a Receita Federal etc.”<sup>20</sup>

Assim como existe o plexo de dispositivos constitucionais sobre as agências reguladoras, também existe em relação às Cortes de Contas. Mencionamos o art. 73, §2º — critérios rígidos para escolha dos ministros julgadores —, e sobretudo o art. 71, que estabelece o núcleo duro do TCU, aplicável aos congêneres estaduais e municipais, por simetria (CF, art. 75<sup>21</sup>). Transcrevemos o art. 71, dada a relevância. *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:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

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

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

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;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

18 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 22. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 777.

19 LIMA, Luiz Henrique. **Controle externo: teoria e jurisprudência para os Tribunais de Contas**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. p. 65.

20 *Ibidem*.

21 *In verbis*: “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.”

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 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.

§ 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

O art. 71 da Constituição Federal enumera competências de fiscalização, de auditoria e de sanção, tanto em caráter preventivo quanto repressivo. Demais disso, a Emenda Constitucional nº 19/1998 — já mencionada na seção 2, a propósito dos decretos autônomos — trouxe nova redação ao parágrafo único do art. 70, cujo teor segue, *in verbis*:

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

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária.

Como alertado por Floriano de Azevedo e Juliana de Palma, outro traço aproxima o Tribunal de Contas e as agências reguladoras. O aspecto *operacional* das duas instituições é estranho ao constituinte originário: “[...] jamais o enquadramento constitucional foi arquitetado considerando a dinâmica de controle entre uma Agência Reguladora dotada de autonomia e independência frente ao chefe do Poder Executivo e um TCU com competência operacional”<sup>22</sup>

No caso do TCU, em 1992, a Lei nº 8.443 dispôs sobre sua Lei Orgânica (LOTUCU). No caso das agências reguladoras, apenas em 2019 sobreveio a Lei nº 13.848 (seção 2, *supra*). Por controle “operacional”, entenda-se que o Tribunal de Contas não se resume ao controle contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial (CF, art. 70, *in limine*) sobre “a legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das sub-

22 NETO, Floriano de Azevedo Marques; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Diálogos fora de esquadro: o controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 120, 8 jun. 2020, p. 203-236. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/677/555>. Acesso em: 1 mar. 2025.

venções e renúncia de receitas” (CF, art. 70, *in fine*). O controle operacional dá ensejo ao *monitoramento* dos processos internos das agências reguladoras, isto é, à verificação de terem cumprido ou não metas que, naturalmente, implicam a gestão de recursos públicos (CF, art. 70, § único).

Esse nível de *granularidade* sobre as contas públicas é compreensível no Brasil, de claudicante trajetória democrática. Não à toa, atrai a atuação concomitante do Ministério Público, na qualidade de “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (CF, art. 127, *in verbis*, sendo a mesma redação do art. 119 da Constituição Estadual de Minas Gerais).

Também há de se considerar que, no país, os ajustes macroeconômicos não foram construídos culturalmente, ao longo dos séculos. Foram em boa parte acelerados por organismos multilaterais e internacionais. Tomemos o Consenso de Washington, nos anos 1990: “Esse termo [...] designa o conjunto de políticas liberalizantes recomendadas pelo tesouro norte-americano, pelo Fundo Monetário Internacional e pelo Banco Mundial para países em desenvolvimento”.<sup>23</sup>

Ressaltamos, ainda, quanto às agências reguladoras — no seu formato atualmente em voga —, (i) alie-nígenas ao nosso sistema jurídico, (ii) com ondas históricas de investimentos em áreas estratégicas, desde a primeira, segunda e terceira fases da Revolução Industrial; (iii) detentores, conseqüentemente, de índices maiores de desenvolvimento humano. “[E]nquanto os países membros da OCDE possuem renda *per capita* de US\$30.000,00/ano, no Brasil a renda é de R\$14.000,00/ano.”<sup>24</sup> A *Realpolitik* faz-se presente.

Natural, portanto, que as Cortes de Contas tenham amadurecido *in loco* o exame da regulação brasileira, durante as crises de reputação, os escândalos de corrupção e os casos concretos. O amadurecimento gerou uma *expertise* sólida, utilizando-se, entre outros expedientes: a elaboração de normativos; a reunião de equipes multidisciplinares; o intercâmbio com organismos internacionais.

Nesse sentido, o Acórdão nº 240/2015 do TCU foi paradigmático ao apresentar chaves para a amplitude do controle sobre agências reguladoras e, por consequência, os métodos de fiscalização e *enforcement*.

O acórdão versa sobre auditoria operacional, tendo por objeto a governança regulatória nos setores estratégicos de energia, comunicações e transportes. Foram analisados aspectos como autonomia decisória, transparência e estratégia organizacional das seguintes agências reguladoras: (i) Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); (ii) Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); (iii) Agência Nacional de Aviação Civil (Anac); (iv) Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); (v) Agência Nacional de Comunicações (Anatel); (vi) Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel).

A princípio, pode causar espanto o fato de uma Corte de Contas embrenhar-se na governança das agências — aspecto com muitas ramificações internas, geridas pelas próprias agências. Porém, como visto acima, trata-se de exemplo crasso de investigação operacional, ou seja, sobre os processos e metas de entes que utilizam recursos públicos.

Com efeito, a fiscalização incide no viés operacional, e não no *mérito regulatório* das decisões das agências. As agências detêm o conhecimento necessário para entender as consequências de suas decisões no setor regulado; tanto benéficas quanto prejudiciais, tanto sobre atores públicos quanto privados.

No voto, o ministro relator reportou-se a tema pertinente e controverso: controle sobre atos vinculados e atos discricionários. Destacou que a ponderação dos fatores dá-se *caso a caso*.

23 COUTINHO, Diogo R. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*. p. 59.

24 NETO; MOREIRA; GUERRA, **Dinâmica da regulação**, *op. cit.*, p. 107.

[...] no exercício do controle externo das concessões de serviços públicos, o TCU se defronta com dois tipos de atos praticados pelas agências reguladoras: os vinculados e os discricionários. Quando os atos supostamente irregulares forem do primeiro tipo, ou seja, quando as entidades reguladoras tiverem violado expressa disposição legal, o Tribunal pode determinar correção das irregularidades detectadas. Por outro lado, quando se tratar de atos discricionários, praticados de forma motivada e visando satisfazer o interesse público, esta Corte de Contas pode unicamente recomendar a adoção de providências consideradas por elas mais adequadas. [...]

Contudo, se o ato discricionário sob enfoque contiver vício de ilegalidade ou se tiver sido praticado por autoridade incompetente, se não tiver sido observada a forma devida, se o motivo determinante e declarado de sua prática não existir ou, ainda, se estiver configurado desvio de finalidade, esta Corte de Contas será competente para avaliá-lo e para determinar a adoção das providências necessárias ao respectivo saneamento, podendo, inclusive, determinar a anulação do ato em questão. Assim sendo, será sempre necessária uma análise para determinar a existência de um desses vícios ensejadores da ação corretiva do TCU.<sup>25</sup>

No mesmo voto, o relator identificou fragilidades que podem ser abrigadas sob o conceito de *eticidade*: (i) responsabilização de condutas; (ii) processos decisórios; (iii) políticas de integridade. Aspectos que demonstram a delicadeza da atuação das agências reguladoras, uma vez que são criadas exatamente para travar contato com (poderosos) agentes econômicos e políticos.

#### 4 PODER POLÍTICO, PODER ECONÔMICO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A eticidade não surgiu com a pós-modernidade ou com o Direito Regulatório. Na verdade, a questão que se coloca ao se debater a eticidade em agências reguladoras é mais sutil. Voltemos às seções anteriores. Consequentemente, adotemos a premissa de que a administração pública não é guiada apenas pela lei em sentido estrito, mas sim pela juridicidade (seção 2). Adotemos, ainda, o pressuposto de que a administração pública não consegue ser infensa aos mercados (seção 3).

Desse silogismo, indaga-se: quais são os valores éticos perseguidos pela administração pública? Como é a sociedade — *locus* da eticidade — para a qual a administração pública presta serviços?

Começamos a resposta pelo Decreto federal nº 9.203/2017, que “[d]ispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional”. O diploma não limita a expressão “valor público” ao sentido pecuniário. Pelo contrário, define-o, no art. 2º, II, com evidente caráter axiológico. *In verbis*:

II - valor público - produtos e resultados gerados, preservados ou entregues pelas atividades de uma organização que representem respostas efetivas e úteis às necessidades ou às demandas de interesse público e modifiquem aspectos do conjunto da sociedade ou de alguns grupos específicos reconhecidos como destinatários legítimos de bens e serviços públicos.

O valor público é buscado no âmbito da governança pública, definida como “conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade” (art. 2º, I, *in verbis*). Ou seja, a governança atenta para questões de *ordem política*, que permitem a governabilidade pelo Executivo.

25 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 240/2015**. Plenário. Relator Ministro Raimundo Carreiro, j. 11 fev. 2015, DOU 4 mar. 2015. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-1367612>. Acesso em: 1 mar. 2025.

Convém notar que, no referido decreto, o Executivo federal destrinchou orientações que já vinham sendo debatidas pela doutrina e incorporadas ao estado de arte do TCU — por exemplo, no Acórdão nº 240/2015 (seção 3). Em tempos de sociedade da informação, a governança representa avanços para a administração pública, pois busca valores e, ao mesmo tempo, resultados concretos.

A eticidade, na qualidade de elemento axiológico, “é sem sombra de dúvidas, o valor fundamental para a potencialização da legalidade na Administração Pública”.<sup>26</sup> Afinal, as atividades administrativas convivem com uma polifonia de atores sociais e com a constante disrupção tecnológica.

Somemos ao quadro as incertezas econômicas de um planeta regido por recursos escassos, direitos positivados e vontades infinitas. Todos esses fatores comungam para que a eticidade tenha alcançado destaque no Direito Administrativo.

Por conseguinte, diante da já citada finitude de recursos, o *consequencialismo jurídico-econômico* serve de ingrediente racional para equilibrar a perseguição de valores imateriais. Assim sendo, decisões administrativas baseadas em valores jurídicos abstratos, sem ponderação sobre as consequências práticas (LINDB, art. 21), atentam contra a higidez econômica do Estado.

No âmbito das agências reguladoras, a análise de impacto regulatório é uma ferramenta de gestão que aplica a *ratio* do consequencialismo. O artigo 6º da Lei nº 13.848/2019 dispõe sobre o tema. *In verbis*, grifou-se.

Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.

§ 1º Regulamento disporá sobre o conteúdo e a metodologia da AIR, sobre os quesitos mínimos a serem objeto de exame, bem como sobre os casos em que será obrigatória sua realização e aqueles em que poderá ser dispensada.

§ 2º O regimento interno de cada agência disporá sobre a operacionalização da AIR em seu âmbito.

§ 3º O conselho diretor ou a diretoria colegiada manifestar-se-á, em relação ao relatório de AIR, sobre a adequação da proposta de ato normativo aos objetivos pretendidos, indicando se os impactos estimados recomendam sua adoção, e, quando for o caso, quais os complementos necessários.

§ 4º A manifestação de que trata o § 3º integrará, juntamente com o relatório de AIR, a documentação a ser disponibilizada aos interessados para a realização de consulta ou de audiência pública, caso o conselho diretor ou a diretoria colegiada decida pela continuidade do procedimento administrativo.

§ 5º Nos casos em que não for realizada a AIR, deverá ser disponibilizada, no mínimo, nota técnica ou documento equivalente que tenha fundamentado a proposta de decisão.

O AIR nos traz um vórtice em que o *consequencialismo* — “conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos” (art. 6º, *caput*) — obedece à *eticidade* — busca de diálogo com os atores sociais, por meio da “realização de consulta ou de audiência pública” (art. 6º, §4º). *Eticidade* e *consequencialismo* mesclam-se.

Como já destacado anteriormente, a Lei nº 13.848/2019 consolidou entendimentos amadurecidos durante a trajetória das agências reguladoras no Brasil, desde a década de 1990. Os capítulos I e II abordam

26 FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. **Administração pública digital**: proposições para o aperfeiçoamento do regime jurídico administrativo na sociedade da informação. São Paulo: Foco, 2020. *E-book*. p. 256.

a governança pública, objeto de alerta pelo TCU no Acórdão nº 240/2015 e pelo Executivo no Decreto nº 9.203/2017. Este, no art. 3º, elege como princípios da governança pública (*in verbis*): “I - capacidade de resposta; II - integridade; III - confiabilidade; IV - melhoria regulatória; V - prestação de contas e responsabilidade; e VI - transparência”.

Não é mera coincidência que o art. 6º conste do capítulo I (“Do processo decisório das agências reguladoras”) da Lei nº 13.848/2019, uma vez que envolve a mencionada “capacidade de resposta”, típica da governança pública. O diploma também aborda prestação de contas, controle social, planejamento estratégico, responsabilização de condutas. Antes dos capítulos I e II, o art. 3º, § 3º, dispõe expressamente sobre gestão de riscos e integridade, contra fraudes e corrupção. Ou seja, na qualidade de autarquias em regime especial e com ampla autonomia, as agências reguladoras receberam tratamento sistêmico, como partes integrantes do ordenamento brasileiro.

Passando à Análise Econômica do Direito, encontramos nessa disciplina o conceito de “utilidade” e sua aplicação ao consequencialismo. Em síntese, utilidade é o valor que o agente racional econômico atribui a determinado bem ou serviço. Luiz Fux e Bruno Bodart tomam o conceito de utilidade e o direcionam para a avaliação de políticas públicas. Dessa forma, o instrumental da AED torna possível a *racionalidade econômica* — questão objetiva — para o alcance do *bem-estar* da sociedade — questão subjetiva.

Para que seja possível avaliar os efeitos das políticas públicas no bem-estar da sociedade, faz-se necessário agregar as utilidades individuais em uma escala que represente o plano coletivo, por meio de axiomas que confirmam racionalidade ao resultado dessa operação.<sup>27</sup>

A interação entre racionalidade econômica e o bem-estar da sociedade é pertinente. O mercado, racional e pragmático, convive em simbiose com o Estado — que visa, entre outros fins, à justiça social (seção 2, *supra*). “É impossível traçar uma distinção rígida entre o mercado e o Estado: as duas entidades não existem uma sem a outra. O mercado só cria prosperidade dentro do ‘perímetro protetor’ da lei”.<sup>28</sup>

Em termos juseconômicos, a convivência saudável entre mercado e Estado milita em prol da segurança jurídica e da confiança legítima, aumentando a *reputação institucional* do ente público e diminuindo os custos de transação.

*Custos de transação* existem em todas as etapas das transações econômicas, seja em momento prévio à sua execução — procura e negociação entre as partes —, seja em momento posterior — monitoramento, que inclui a atividade de fiscalização.

Para que a convivência se dê com efetividade, os agentes econômicos precisam receber *incentivos* dinâmicos, e não estáticos. Incentivos não são monolitos, imutáveis como as regras do antigo Direito Administrativo clássico. Em serviços de infraestrutura, o regulador pode adotar, entre outras, a tática *price cap*, que “incentiva a eficiência entre revisões periódicas e busca extrair ganhos de produtividade a cada revisão, enquanto na regulação *franchise bidding* [...] busca capturar tais ganhos no momento do leilão”.<sup>29</sup>

A *cooperação* entre os agentes é essencial para mitigar *assimetrias informacionais*. “[H]á uma assimetria de informação quando, em uma relação entre dois ou mais agentes quaisquer, um deles possui infor-

27 FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*. p. 38.

28 HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. *E-book*. p. 65.

29 BRAGANÇA, Gabriel Godofredo Fiuza de; CAMACHO, Fernando Tavares. **Uma nota sobre o repasse de ganhos de produtividade em setores de infraestrutura no Brasil (fator x)**. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/5424>. Acesso em: 2 mar. 2025.

mações em quantidade ou qualidade superior às da outra parte (e.g. fornecedor com o consumidor em relação ao seu produto)”<sup>30</sup>

É nesse ponto que encontramos resultados deletérios, como a *captura dos reguladores*. A assimetria informacional conduz à referida captura, isto é, à manipulação dos reguladores por interesses privados ou até mesmo por desvios dentro do próprio Estado.

A teoria da captura possui extensa repercussão no setor público. Dentre a miríade de atos, destacamos, em síntese: (i) *revolving door* — “nomeação de dirigentes [...] do mercado privado regulado e [que], depois de cumprirem o mandato nas agências, [retornam] ao setor privado”<sup>31</sup> —; (ii) *seleção adversa* — indução a escolha pública errada —; (iii) *risco moral* — assunção de riscos, sabendo-se que o assuntor não arcará com os custos da decisão —; (iv) *compartilhamento e acesso a informações privilegiadas*.

Dada a relevância da colaboração entre os órgãos públicos, a Lei nº 13.874/2019 incentivou a cooperação entre instituições. O capítulo III (arts. 25/28) trata da cooperação entre agências reguladoras e órgãos de defesa da concorrência. O capítulo IV (arts. 29/30), da cooperação das agências reguladoras entre si. O capítulo V (arts. 31/33), das agências reguladoras com os órgãos de defesa do consumidor e do meio ambiente. O capítulo sexto e último busca um *federalismo participativo* entre os entes políticos, com a interação operacional de agências federais e suas congêneres ou órgãos de regulação *estaduais, distritais e municipais* (capítulo VI, arts. 34/35).

Importante salientar que a ordem econômica prevista na Constituição Federal de 1988 ganha com a concorrência saudável entre os agentes econômicos — excetuada a concorrência, por óbvio, nos monopólios que são nela descritos. A concorrência é *direito difuso* da sociedade. Impacta o seu presente e o seu futuro, como alertado por Paulo Furquim de Azevedo.

Em outras palavras, a existência de um ambiente concorrencial hoje pode implicar ganhos à sociedade no futuro, por desfrutar de novos produtos ou serviços, selecionados pelo ambiente competitivo. [...] A concorrência amplia o valor econômico gerado por uma sociedade, seja por induzir uma melhor alocação e uso eficiente dos recursos, seja por incentivar a inovação e a seleção de formas de produção mais eficientes.<sup>32</sup>

Nesse sentido, a fiscalização das Cortes de Contas pode estimular a regulação em favor da concorrência. Este foi o caso do Acórdão nº 464/2019, sobre o setor aeroportuário brasileiro — mais especificamente, sobre a permissão de operação irrestrita de voos comerciais no Aeroporto da Pampulha, em Belo Horizonte, em virtude da Portaria MTPA (antigo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil) nº 911/2017 e da Resolução Conac (Conselho Nacional de Aviação Civil) nº 2/2017.

Em 2018, em sede cautelar e no Acórdão nº 132/2018 do TCU, o ministro relator analisou o “princípio da liberdade de voo” à luz do ordenamento brasileiro. Salientou que considerações técnicas deveriam ter sido “realizadas em relação aos riscos de impactos negativos para o transporte aéreo local (por exemplo, perda de conectividade, redução ou eliminação de voos internacionais, aumento de preços, queda na qualidade da prestação dos serviços etc.)”<sup>33</sup>. Ante o exposto, concedeu-se medida cautelar, para suspensão dos efeitos da Portaria MTPA nº 911/2017 e da Resolução Conac nº 2/2017.

A medida cautelar veio a ser revogada em 2019, no Acórdão reformador nº 464/2019. Todavia, a revogação foi acompanhada de deveres explícitos, com o fim de mitigar os riscos envolvidos e estimular

30 GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. **A análise econômica do processo civil**. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Foco, 2023. *E-book*. p. 214.

31 NETO; MOREIRA; GUERRA, **Dinâmica da regulação**, *op. cit.*, p. 303-304.

32 AZEVEDO, Paulo Furquim de. Análise econômica da defesa da concorrência. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Direito e economia no Brasil: estudos sobre a Análise Econômica do Direito**. 4. ed. Indaiatuba/SP: Foco, 2021. *E-book*. p. 418.

33 NETO; MOREIRA; GUERRA, **Dinâmica da regulação**, *op. cit.*, p. 187.

competição entre os fornecedores. A postura do órgão controlador adveio da necessidade de os entes públicos melhor fundamentarem as políticas públicas, uma vez que envolvem requisitos soberanos, como analisados ao longo do presente artigo. *In verbis*, grifou-se.

[...] ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão plenária, ante as razões expostas pelo relator, em:

[...] 9.3. informar ao Ministério da Infraestrutura que, sob a perspectiva do Tribunal de Contas da União e diante dos elementos discutidos nestes autos, não há óbices que impeçam a reabertura ou a manutenção das restrições ao Aeroporto da Pampulha, *desde que as escolhas públicas estejam devidamente fundamentadas em elementos técnicos suficientes*;

9.4. *recomendar ao Ministério da Infraestrutura que aperfeiçoe o seu processo decisório com vistas a promover as reflexões necessárias para fundamentação de suas escolhas, mitigando as incertezas características do processo de formulação de políticas públicas, nos termos do Decreto 9.203/2017 e da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*;

9.5. encaminhar cópia desta deliberação à Agência Nacional de Aviação Civil, à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária, ao Ministério da Infraestrutura e ao representante;

9.6. arquivar os presentes autos.<sup>34</sup>

Ressaltamos que o acórdão se reporta ao já citado Decreto federal nº 9.203/2017 — governança pública — e à Lindb — que, a partir de 2018, adotou expressamente o consequentialismo como vetor indispensável para as tomadas de decisões administrativas, controladoras e judiciais.

O arcabouço ora apresentado nos demonstra que diversas inovações administrativas surgiram do controle exercido pelos Tribunais de Contas, como consequência natural da evolução da administração pública brasileira. O Brasil, país em desenvolvimento, deve ser analisado em suas especificidades (seção 3), sob pena de o Estado viver quimeras e não desempenhar, com efetividade, os seus poderes — poderes que, na República, são poderes-deveres.

A administração serve à sociedade. O truísmo pode parecer redundante, mas serve de dístico para o Direito Regulatório, sobretudo na trajetória política do país, sujeita a crises de reputação, fraudes e desvios. Afinal, as tomadas de decisão impactam a sociedade presente e a sociedade futura. E “não temos o direito de escolher a não existência de futuras gerações em função da existência da atual, ou mesmo de as colocar em risco”.<sup>35</sup>

De caráter dinâmico e dotadas de autonomia, as agências reguladoras fiscalizam, auditam e sancionam condutas em setores estratégicos. Devidamente controladas, sem admitir a captura por entes privados ou públicos, contribuem para a robustez da ordem política e econômica.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No imaginário iluminista, o controle dos poderes estatais passou pela definição de funções típicas e atípicas para os ramos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário. Sob esse mecanismo, evitava-se a concentração de poderes em apenas um ramo. Harmoniosos e independentes na Constituição Federal de 1988 (art. 2º), aqueles poderes submeteram-se à evolução do tempo e à complexidade de fatores que não foram antevistos pelo constituinte originário.

34 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 464/2019**. Plenário. Relator Ministro Bruno Dantas, j. 13 mar. 2019, DOU 22 mar. 2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-2326771>. Acesso em: 1 mar. 2025.

35 MAGRANI, Eduardo. **Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade**. Rio de Janeiro: Arquipélago Editorial, 2019. E-book. p. 120.

A atual sociedade da informação, em sua polifonia de vozes e interesses, traz desafios ao Estado, como a disrupção tecnológica e a escassez de recursos. As agências reguladoras, na atual arquitetura jurídica, auxiliam o Estado policêntrico a cumprir deveres em serviços públicos estratégicos. Nessa ordem de ideias, as particularidades da administração pública brasileira devem ser especialmente consideradas. De um turno, tenta-se acompanhar a velocidade das inovações e, de outro, igualmente manobram-se contingências históricas, econômicas e sociais.

Os Tribunais de Contas desenvolveram mecanismos de fiscalização e *enforcement* na regulação brasileira, à luz de experiências concretas. O mérito dos atos regulatórios é preservado sob aspecto estritamente técnico, uma vez que as agências são, por ordem constitucional, submetidas a fiscalização (CF, art. 70).

O Direito Regulatório deixa clara a interface entre política e economia, espalhando-se por todos os entes políticos da federação — União, estados, Distrito Federal e municípios —, agentes públicos e privados. A segurança e a confiança jurídicas são essenciais para que essa imensa rede de interações se desenvolva a contento.

No panorama brasileiro, as Cortes de Contas participam do controle das agências reguladoras, cuja característica de autonomia é atrelada ao conceito de juridicidade, no Direito contemporâneo. A juridicidade conduz o Estado à manutenção da concorrência e à resistência contra a captura regulatória. Trata-se de direitos difusos, fruídos por toda a sociedade. Na medida em que o Legislativo e o Executivo não são oniscientes ou infalíveis, a tomada de decisão regulatória deve, portanto, considerar o largo espectro de impactos sobre aquela sociedade. Há de se mesclar eticidade e consequencialismo, subjetividade e racionalidade, para preservação não apenas do governo, mas do Estado, em suas gerações futuras.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Paulo Furquim de. Análise econômica da defesa da concorrência. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Direito e economia no Brasil**: estudos sobre a Análise Econômica do Direito. 4. ed. Indaiatuba/SP: Foco, 2021. *E-book*, p. 415-456.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação e regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas institucionais do direito administrativo ordenador. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. *E-book*.

BRAGANÇA, Gabriel Godofredo Fiuza de; CAMACHO, Fernando Tavares. **Uma nota sobre o repasse de ganhos de produtividade em setores de infraestrutura no Brasil (fator x)**. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/5424>. Acesso em: 2 mar. 2025.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 1, 5 out. 1988 (Publicação Original). Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 28 fev. 2025.

BRASIL. Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 3, 23 nov. 2017 (Publicação Original). Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/d9203.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9203.htm). Acesso em: 28 fev. 2025.

BRASIL. Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020. Regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 35, 1 jul. 2020 (Publicação Original). Dis-

ponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/decreto/d10411.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10411.htm). Acesso em: 28 fev. 2025.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Coleção de Leis do Brasil**, v. 1, p. 240, 1967 (Publicação Original). Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0200.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm). Acesso em: 28 fev. 2025.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, Eletrônico, seção 1, p. 1, 5 jun. 1998 (Publicação Original). Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm). Acesso em: 28 fev. 2025.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001. Altera dispositivos dos arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 1, 12 set. 2001 (Publicação Original). Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc32.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc32.htm). Acesso em: 28 fev. 2025.

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**, Brasília/DF, seção 1, p. 9449, 17 jul. 1992 (Publicação Original). Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8443.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm). Acesso em: 1 mar. 2025.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 1917, 14 fev. 1995 (Publicação Original). Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8987compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987compilada.htm). Acesso em: 28 fev. 2025.

BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 15081, 17 jul. 1997 (Publicação Original). Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9472.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm). Acesso em: 28 fev. 2025.

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**, Brasília/DF, seção 1, p. 1, 26 abr. 2018 (Publicação Original). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm). Acesso em: 28 fev. 2025.

BRASIL. Lei nº 13.848, de 29 de junho de 2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 1, 26 jun. 2019 (Publicação Original). Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm). Acesso em: 28 fev. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.668-5/DF**. Rel. Min. Marco Aurélio Mello, j. 20 ago. 1998, DJ 16 abr. 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347202>. Acesso em: 28 fev. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 240/2015**. Plenário. Relator Ministro Raimundo Carreiro, j. 11 fev. 2015, DOU 4 mar. 2015. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-1367612>. Acesso em: 1 mar. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 464/2019**. Plenário. Relator Ministro Bruno Dantas, j. 13 mar. 2019, DOU 22 mar. 2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-2326771>. Acesso em: 1 mar. 2025.

COUTINHO, Diogo R. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*.

GARCIA, Flávio Amaral. **A mutabilidade nos contratos de concessão**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. **A análise econômica do processo civil**. 2. ed. Indaiatuba/SP: Foco, 2023. *E-book*.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019. *E-book*.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. **Administração pública digital: proposições para o aperfeiçoamento do regime jurídico administrativo na sociedade da informação**. São Paulo: Foco, 2020. *E-book*.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*.

LIMA, Luiz Henrique. **Controle externo: teoria e jurisprudência para os Tribunais de Contas**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas, 1787-1788**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MAGRANI, Eduardo. **Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade**. Rio de Janeiro: Arquipélago Editorial, 2019. *E-book*.

MINAS GERAIS (Estado). Constituição Estadual de 1989. **Minas Gerais – Diário Legislativo**, Belo Horizonte, p. 39, col. 1, 21 set. 1989. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/atividade-parlamentar/leis/constituicao-estadual>. Acesso em: 1 mar. 2025.

NETO, Floriano de Azevedo Marques; MOREIRA, Egon Bockmann; GUERRA, Sérgio. **Dinâmica da regulação: estudo de casos da jurisprudência brasileira - a convivência dos Tribunais e órgãos de controle com agências reguladoras, autoridade da concorrência e livre iniciativa**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023. *E-book*.

NETO, Floriano de Azevedo Marques; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Diálogos fora de esquadro: o controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 120, p. 203-236, 8 jun. 2020. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/677/555>. Acesso em: 1 mar. 2025.

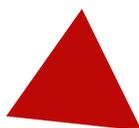
OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. **Estatais**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *E-book*.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. *E-book*.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 22. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

# FUNDO PÚBLICO: SIGNIFICADO, FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E UTILIZAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

## *PUBLIC FUND: MEANING, CONSTITUTIONAL FOUNDATIONS AND USE BY THE PUBLIC ADMINISTRATION*



Data de submissão: 24.04.2025

Data de aceite: 20.05.2025

### **Estela Sucasas dos Santos**

Doutoranda, mestre e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Advogada.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. O uso da expressão “fundo” no texto constitucional; 3. Disciplina dos fundos públicos (fundos especiais); 4. Distinção entre fundos públicos, fundos de investimento e fundos patrimoniais; 5. PEC nº 187/2019: manutenção e extinção de fundos; 6. Considerações finais; Referências.

**Resumo:** O objetivo deste artigo é expor o significado jurídico da expressão “fundo público”, bem como as bases constitucionais para a instituição de tais fundos pela Administração Pública. Além disso, busca-se explicitar a distinção entre fundos públicos e outros tipos de fundos, tais como os fundos de investimento e fundos patrimoniais. Ao final, examina-se a PEC nº 187/2019, que pretende reavaliar a existência de fundos públicos, estabelecendo normas para ratificação ou extinção deles, bem como para destinação de recursos daqueles que sejam eventualmente extintos.

**Abstract:** The aim of this article is to explain the legal meaning of the expression “public fund”, as well as the constitutional foundations for the establishment of such funds by the Public Administration. It also seeks to explain the distinction between public funds and other types of funds, such as investment funds and endowment funds. Finally, PEC No 187/2019 is examined, which aims to reevaluate the existence of public funds, establishing rules for their ratification or extinction, as well as for the allocation of resources of those that are eventually extinguished.

**Palavras-chave:** fundos públicos; Administração Pública; fundos de investimento; fundos constitucionais.

**Keywords:** public funds; Public Administration; investment funds; constitutional funds.

## **1 INTRODUÇÃO**

Por meio de pesquisa dogmática, trabalhando com elementos internos do Direito, a partir da análise de disposições da Constituição Federal, das leis vigentes e até mesmo de leis e decretos não vigentes, neste caso para fins de investigação histórica, busca-se revelar o sentido da expressão “fundo público”, organizando conceitos, fundamentos e características. Empreende-se, ainda, um esforço para identificar quais são os fundos públicos previstos no texto constitucional, bem como se efetivamente estão em funcionamento e com quais objetivos foram instituídos.

Como será evidenciado, a expressão “fundo” pode traduzir múltiplos significados. Dessa forma, “fundo” pode significar capital ou recursos financeiros de uma entidade ou empresa, fundo de investimento regulado por normas de Direito Empresarial ou, ainda, fundo público, instituído em decorrência de disposição constitucional ou de lei específica. Dada a ampla gama de significados possíveis, que, por vezes, podem ser confundidos por agentes de mercado, agentes públicos e juristas, o presente artigo pretende elucidar o que são, afinal, os fundos públicos, diferenciando-os de outros tipos de fundos.

Ao final, faz-se uma análise acerca da Proposta de Emenda Constitucional nº 187/2019, que tramita no Senado Federal e pretende estabelecer um mecanismo de revisão dos fundos públicos existentes, com potencial extinção de diversos deles, liberando recursos oriundos de receitas atualmente vinculadas à consecução de determinados objetivos, para que sejam utilizados pelo poder público de acordo com o que vier a constar dos planos de governo e do orçamento público.

## 2 O USO DA EXPRESSÃO “FUNDO” NO TEXTO CONSTITUCIONAL

Pelo exame da Constituição Federal (1988), observa-se que as normas que trazem a expressão “fundo”, em geral, contêm a previsão de vinculação de receitas, que virão a formar o “fundo”, à consecução de certos objetivos pelo poder público. Já no caso dos fundos de participação dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, a expressão é utilizada para referenciar um instrumento de repartição de arrecadações tributárias da União entre entes da federação.

Fazendo-se um levantamento, mediante a utilização da palavra-chave “fundo”, é possível listar aqueles aos quais o texto constitucional ou o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) faz menção direta ou que, indiretamente, são referenciados a partir dessas características, quais sejam, vinculação de receitas ou repartição de arrecadação tributária. Destacam-se, então, as informações do Quadro 1:

**Quadro 1 - Fundos na Constituição Federal**

Fundo público	Fundamento constitucional	Fundamento infraconstitucional
Fundo partidário	Art. 17, §3º	Lei nº 9.096/1995
Fundo Constitucional do Distrito Federal para manutenção das polícias (civil, penal e militar) e corpo de bombeiros (FCDF)	Art. 21, inciso XIV (redação pela Emenda Constitucional nº 104/2019)	Lei nº 10.633/2002
Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE)	Art. 159, I, a	Lei Complementar nº 62/1989
Fundo de Participação dos Municípios (FPM)	Art. 159, I, “b”, “d”, “e” e “f”	Lei Complementar nº 62/1989
Fundos de Financiamento do Norte (FNO), Nordeste (FNE) e Centro-Oeste (FCO)	Art. 159, I, c	Lei nº 7.827/1989
Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS)	Art. 204	Lei nº 8.742/1993
Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb)	Art. 212 e 212-A (redação da EC nº 108/2020)	Lei nº 14.113/2020
Fundos especiais de fomento à cultura (podendo ser constituídos por estados e DF)	Art. 216, §6º (redação pela Emenda Constitucional nº 42/2003)	
Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT)	Art. 239	Lei nº 7.998/1990

(continua)

Fundo público	Fundamento constitucional	Fundamento infraconstitucional
Fundo do Regime Geral de Previdência Social (FRGPS)	Arts. 249 e 250	Art. 68 da Lei Complementar nº 101/2000
Fundo Nacional de Saúde (FNS)	ADCT, art. 77, §3º	Decreto nº 3.964/2001
Fundos instituídos pelo Poder Judiciário, pelos Tribunais de Contas, pelo Ministério Público, pelas Defensorias Públicas e pelas Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal	ADCT, art. 76-A, parágrafo único, inciso V	

Fonte: elaborado pela autora.

Além dos mencionados no quadro<sup>1</sup>, a Constituição Federal e o ADCT citam outros fundos, como: (i) o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), constituído pelos saldos das contas vinculadas dos trabalhadores; (ii) o Fundo Social de Emergência, instituído para funcionar em certos períodos da década de 1990; e (iii) o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, que foi instituído para vigorar até o ano de 2010.<sup>2</sup> Aqui, cabe esclarecer que esses três fundos não foram inseridos na tabela em razão de particularidades que os afastam das características explicitadas no primeiro parágrafo deste tópico, ou que, de outro modo, justificam sua menção apartada. Nesse sentido, pontua-se que os recursos do FGTS não se originam de arrecadação tributária, tampouco integram o erário ou constituem receitas públicas. O FGTS é um instrumento de poupança compulsória de interesse trabalhista e social. Quanto aos outros dois fundos, observa-se que seus respectivos tempos de funcionamento foram limitados e exauridos.

Há que se destacar também que o art. 249 da Constituição Federal prevê a possibilidade de instituição de fundos previdenciários, pela União, estados, Distrito Federal e municípios, com o objetivo de assegurar recursos para o pagamento de proventos de aposentadoria e pensões concedidas aos servidores públicos e seus dependentes, mediante lei que disponha sobre sua natureza e administração. As regras gerais para instituição desses fundos foram estabelecidas pela Lei nº 9.717/1998. Além deles, para assegurar a adição de benefícios, tanto para servidores públicos quanto para trabalhadores da iniciativa privada em geral, existem os fundos de previdência complementar, conforme previsão dos artigos 40, §14, e 202 da Constituição Federal.<sup>3</sup> Atentando-se para as regulações específicas incidentes sobre esses tipos de fundos, seja no âmbito do regime básico de previdência social, seja no âmbito dos regimes

1 Sobre o Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal, o art. 159 da Constituição dispõe: “A União entregará: I – do produto da arrecadação dos impostos sobre a renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, 50% (cinquenta por cento), da seguinte forma: a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal; b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios; c) três por cento, para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurada ao semi-árido do Nordeste a metade dos recursos destinados à Região, na forma que a lei estabelecer; d) um por cento ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano; e) 1% (um por cento) ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de julho de cada ano; f) 1% (um por cento) ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de setembro de cada ano.” Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 1, 5 out. 1988 (Publicação Original).

2 A Constituição Federal também estabelece, no parágrafo único do artigo 243, que bens de valor econômico apreendidos em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo devem ser confiscados e revertidos a fundo especial com destinação específica, na forma da lei. Atualmente, bens apreendidos em razão do tráfico são revertidos para o Fundo Nacional Antidrogas – Funad (Lei nº 7.560/1986) e há um projeto de lei federal, de nº 1.678/2021, que pretende estabelecer que bens apreendidos em decorrência da exploração de trabalho escravo sejam revertidos ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT).

3 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 701-702.

complementares de previdência privada,<sup>4</sup> não cabe, no escopo do presente estudo, detalhar normas sobre eles aplicáveis. Por sua sujeição a regimes jurídicos próprios, esses fundos também se afastam dos “fundos públicos” que se pretende analisar.

Considerada a menção específica a determinados fundos, a Constituição tratou de regular, de modo mais amplo, no escopo das normas de finanças públicas, a instituição de quaisquer outros fundos, condicionando-a à prévia autorização legislativa. Dessa forma, *in verbis*:

Art. 165, §9º *Cabe à lei complementar:*

I – dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual;

II – estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta bem como condições *para a instituição e funcionamento de fundos*;

III – dispor sobre critérios para a execução equitativa, além de procedimentos que serão adotados quando houver impedimentos legais e técnicos, cumprimento de restos a pagar e limitação das programações de caráter obrigatório, para a realização do disposto nos §§11 e 12 do art. 166.

Art. 167 São *vedados*:

(...)

IX – *a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa.*<sup>5</sup>

Ademais, com o advento da Emenda Constitucional nº 109 de 2021, passou a constar também do art. 167 da Constituição:

Art. 167. São *vedados*:

(...)

XIV – *a criação de fundo público, quando seus objetivos puderem ser alcançados mediante a vinculação de receitas orçamentárias específicas ou mediante a execução direta por programação orçamentária e financeira de órgão ou entidade da administração pública.*<sup>6</sup>

Para além das disposições constitucionais vigentes, a partir de perspectiva histórica, nota-se que os fundos instituídos pela Administração Pública remontam a períodos anteriores à própria Constituição de 1988. Osvaldo Maldonado Sanches expõe:

No plano constitucional, *a perspectiva de vincular receitas a fins determinados e de criar fundos para realizar a gestão de tais vinculações foi tratada, pela primeira vez, na Constituição de 1934, cujos artigos 141, 157 e 177, previram o emprego desses meios para os fins de amparo à maternidade e à infância (art. 141), de desenvolvimento da educação (art. 157, §§1º e 2º) e de defesa contra a seca nos Estados da Região Norte (art. 177).*<sup>7</sup>

Referido autor destaca, ainda, a relevante proliferação de fundos no período de 1967 a 1988 e alguns efeitos negativos desse fenômeno, tais como, sinteticamente: a perda de flexibilidade para a programação governamental; a necessidade de o Tesouro recorrer a empréstimos para suprir seu caixa, enquanto recursos permaneciam represados em fundos; a falta de uniformidade para definir prioridades na aplicação de recursos; o acréscimo de custos operacionais para manutenção da contabilidade dos fundos;

4 CASTRO, Marina Grimaldi de. **A tipicidade do contrato de previdência complementar aberta e o regime jurídico conferido ao patrimônio formado com base nas contribuições realizadas pelos participantes**. 2017. 474 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. p. 60.

5 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, *op. cit.*, grifos meus.

6 *Ibidem*, grifos meus.

7 SANCHES, Osvaldo Maldonado. Fundos federais: origens, evolução e situação atual na administração federal. **Revista de Administração Pública (RAP)**, Rio de Janeiro, v. 36, n. 4, p. 627-670, jul./ago. 2002. p. 630, grifos do original.

objetivos de alguns fundos fixados de modo demasiadamente amplo e dificuldades práticas para o exercício de fiscalização e controle.<sup>8</sup>

Nesse contexto, com o advento da Constituição de 1988, o art. 36 do ADCT previu que fundos até então existentes, salvo algumas exceções, seriam extintos caso não fossem ratificados pelo Congresso Nacional dentro do prazo de dois anos, sinalizando um desejo do constituinte de que se realizasse uma ampla revisão acerca da efetiva necessidade e adequabilidade dos fundos públicos existentes.<sup>9</sup>

Na prática, porém, a previsão do ADCT não surtiu os efeitos esperados. Por exemplo, sem que se realizasse uma revisão criteriosa, a Lei nº 8.173/1991, que dispôs sobre o Plano Plurianual (PPA) para o quinquênio 1991-1995, determinou que fossem recriados temporariamente todos os fundos constantes do orçamento da União para 1990 e 1991, antes extintos em razão do art. 36 do ADCT.<sup>10</sup>

A despeito de recriar os fundos, a Lei do PPA também dispôs que haveria de ser feita uma ratificação posterior pelo Congresso Nacional, em especial, quando editada a lei complementar de que trata o art. 165, §9º, inciso II, da Constituição Federal, anteriormente transcrito, que estabeleceria condições gerais para instituição e funcionamento de fundos. Nessa linha, previu que, no prazo de três meses da publicação da lei complementar, o Poder Executivo encaminharia ao Congresso Nacional um projeto de lei definindo todos os fundos a serem ratificados, todos os fundos a serem extintos e a destinação do patrimônio e recursos remanescentes após extinção.

Com o passar do tempo, sem que tenham sido empreendidos esforços suficientes para a publicação de uma nova lei complementar nos termos previstos na Lei nº 8.173/1991, a doutrina jurídica especializada passou a considerar que a Lei nº 4.320/1964, que instituiu normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos da União, foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 com *status* de lei complementar, contendo disciplina acerca dos fundos públicos, qualificados como “fundos especiais”.

Nessa linha, vale ressaltar importante decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a temática, proferida na ADI nº 1.726-5 (DF). No caso, em síntese, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) pedia, em sede cautelar, que fosse declarada inconstitucional a Medida Provisória nº 1.601/1997, que criava o Fundo de Garantia para Promoção da Competitividade (FGPC).<sup>11</sup>

Fundamentando seu pedido, o PDT afirmou que a medida provisória não seria suficiente para contemplar o requisito de prévia autorização legislativa. O partido defendeu, ainda, que faltava previsão do

8 *Ibidem*, p. 4-5.

9 Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). “Art. 36. Os fundos existentes na data da promulgação da Constituição, excetuados os resultantes de isenções fiscais que passem a integrar patrimônio privado e os que interessem à defesa nacional, extinguir-se-ão, se não forem ratificados pelo Congresso Nacional no prazo de dois anos.” Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, *op. cit.*

10 Lei nº 8.173/1991. “Art. 6º São recriados temporariamente, no período abrangido por esta lei, todos os fundos, constantes dos Orçamentos da União para 1990 e 1991, extintos nos termos do art. 36 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mantidas suas denominações e respectiva legislação em vigor na data de sua extinção. §1º Os fundos recriados nos termos deste artigo serão extintos ao final do primeiro exercício financeiro subsequente à publicação da lei complementar de que trata o art. 165, §9º, da Constituição Federal, caso não tenham sido ratificados pelo Congresso Nacional, através de lei, até o final do sexto mês anterior ao prazo de extinção estabelecido neste parágrafo. §2º No prazo de três meses após a publicação da lei complementar de que trata o art. 165, §9º, da Constituição Federal, o Poder Executivo encaminhará ao Congresso Nacional projeto de lei para tramitação em regime de urgência, definindo: I – todos os fundos a serem ratificados, bem como as alterações que se fizerem necessárias em sua legislação, tendo em vista a adequação à lei complementar de que trata este artigo; II – todos os fundos que serão extintos nos termos deste artigo; III – a destinação do patrimônio e dos recursos remanescentes dos fundos após sua extinção.” Cf. BRASIL. Lei nº 8.173, de 30 de janeiro de 1991. Dispõe sobre o Plano Plurianual para o quinquênio 1991/1995. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 2169, 31 jan. 1991 (Publicação Original).

11 Fundo de natureza contábil que teve como finalidade servir como garantia contra riscos de crédito de instituições financeiras em operações de micro e pequenas empresas e médias empresas exportadoras que utilizassem linhas de financiamento do BNDES. Cf. BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL (BNDES). FGPC - Fundo de Garantia para a Promoção da Competitividade. **Portal do BNDES**. Disponível em: [www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/instituicoes-financeiras-credenciadas/fgpc-fundo-aval](http://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/instituicoes-financeiras-credenciadas/fgpc-fundo-aval). Acesso em: 23 abr. 2025.

fundo na lei orçamentária<sup>12</sup> e que a edição de lei complementar para regular a instituição de fundos, cumprindo os ditames da Constituição, ainda estava pendente.

Em suas razões, o ministro Maurício Corrêa, relator da ADI, destacou que o núcleo do pedido formulado pelo PDT fundava-se na alegação de que o inciso II, §9º, do art. 165 da Constituição exigiria que condições gerais para a instituição de fundos estivessem definidas em lei complementar até então não votada pelo Poder Legislativo. Contudo, a Lei nº 4.320/1964 haveria de ser considerada suficiente, tendo em vista sua recepção pela Constituição com status de lei complementar. Na ocasião, por unanimidade, o STF indeferiu o pedido cautelar formulado pelo PDT. Nas palavras do ministro relator:

*5. Embora a Constituição não se refira a fundos especiais, contudo estão eles disciplinados na lei nº 4.320/64, que se aplica à espécie, e que foi recepcionada pela Carta Política Federal vigente, ao contrário do que alega o Requerente em sua inicial.*

*6. Com efeito, esse diploma legal, utilizando a expressão fundo especial (artigos 71 a 74), nada mais fez do que defini-lo (art. 71), impondo as condições para a sua instituição e funcionamento (artigos 72 a 74).*

(...)

*10. De igual forma acontece com relação ao artigo 167, IX da Carta Federal, que veda a criação de fundos sem prévia autorização legislativa. No caso concretizou-se essa exigência em virtude da edição de medida provisória que tem, nos termos do artigo 62 da Constituição, força de lei. Dir-se-á que a medida provisória seria imprópria para a instituição de fundos, argumento que a meu ver, na hipótese, fica combatido com a sua conversão em lei, pois certa ou erradamente, o Congresso Nacional entendeu preenchidos os critérios da relevância e urgência, convertendo a medida provisória em lei dentro do prazo de 30 dias.*

*11. Afirma, ainda, o Requerente, que não foi respeitado o disposto no artigo 165, §5º, I da Carta Magna, tendo em vista que a Lei Orçamentária da União para o exercício de 1997 - Lei nº 9.438, de 26 de fevereiro de 1997 - não previu o FGPC.*

*12. É óbvio que o preceito constitucional determinando que o Orçamento da União deverá compreender os fundos, só pode referir-se a fundos existentes, uma vez que a Mensagem presidencial, contendo o Projeto de Lei Orçamentária, é preenchida de levantamento de dados concretos da Administração Pública Federal, no âmbito dos três Poderes, por intermédio de seus órgãos técnicos. (...)<sup>13</sup>*

Como se vê, a Lei nº 4.320/1964 assumiu papel relevante na regulação de fundos públicos, utilizando a expressão “fundo especial” para referir-se àqueles formados a partir da vinculação de receitas especificadas à realização de determinados objetivos ou serviços.

*Art. 71. Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação.<sup>14</sup>*

Para Osvaldo Maldonado Sanches, contudo, o conceito de fundo especial, acima delimitado, não é suficiente para abarcar todos os fundos públicos instituídos pela Administração, havendo fundos “atípicos” que não caberiam no referencial da Lei nº 4.320/1964,<sup>15</sup> a exemplo dos Fundos de Participação

<sup>12</sup> No caso, a Lei nº 9.438/1997, que estimou a receita e fixou as despesas da União para o exercício financeiro de 1997.

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1726 MC. Tribunal Pleno, Rel. Maurício Corrêa. Julgamento 16/09/1998. Publicação 30/04/2004. Grifos meus.

<sup>14</sup> BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 3921, 5 maio 1964. Grifos meus.

<sup>15</sup> SANCHES, Osvaldo Maldonado. Fundos federais: origens, evolução e situação atual na administração federal. **Revista de Administração Pública (RAP)**, Rio de Janeiro, v. 36, n. 4, p. 627-670, jul./ago. 2002, p. 9.

dos Estados, que constituem apenas um instrumento de repartição de arrecadação tributária realizada pela União; do Fundo de Recuperação Econômica do Espírito Santo (FUNRES), criado pelo Decreto nº 880/1969, operacionalizado por instituições financeiras oficiais, tal como o Banco do Brasil S.A., com recursos decorrentes de incentivos fiscais, não de dotações orçamentárias; e do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), que, de acordo com a Lei nº 5.537/1968 e Decreto-Lei nº 872/1969, foi criado com personalidade jurídica de autarquia, vinculada ao Ministério da Educação.<sup>16</sup>

*O que se observa, com base em exemplos práticos de “fundos” ou “fundos públicos” para designar instrumentos de gestão de recursos e planejamento para a execução de políticas públicas pela Administração é que não há rigor técnico no uso dessas expressões. Dessa forma, pode-se estar diante de um instrumento de repartição de receitas provenientes da arrecadação da União entre entes da federação (ex.: fundos de participação), com o intuito de promover equilíbrio socioeconômico entre União, estados e municípios; de fundo especial sujeito às disposições da Lei nº 4.320/1964, com objetivos específicos delimitados na lei instituidora do fundo; de entidade autárquica nomeada como “fundo”; entre outros casos.*

Nesse ponto, cabe ressaltar: para que se apreenda com exatidão o significado de “fundo” ou “fundo público”, quando utilizado no âmbito de instrumentos adotados pela Administração Pública, *devem ser analisadas as disposições constantes da lei instituidora em questão. A partir daí, buscam-se as demais normas aplicáveis.*

Em todo caso, há duas características comuns aos fundos públicos que conferem um sentido técnico-jurídico a essa expressão: (i) instituição do fundo mediante autorização legislativa e (ii) a aplicação do regime jurídico de Direito Administrativo ao seu funcionamento, em geral, com a necessária observância de normas orçamentárias e de finanças públicas.

Não há fundo público que possa ser instituído sem prévia autorização legislativa ou da própria Constituição Federal. Ora, em atenção ao princípio da legalidade estrita, que é fundamental para o regime jurídico administrativo, a Administração Pública somente pode fazer aquilo que a lei previamente permite, distintamente dos particulares, que podem fazer tudo o que a lei não proíbe.<sup>17</sup> Ademais, os fundos públicos, na medida em que se traduzem em instrumentos utilizados pela Administração, no âmbito de seu planejamento para fins de concretização de políticas públicas, fazendo uso de receitas e, assim, do orçamento público, sujeitam-se às normas do Direito Financeiro. De igual forma, a gestão de recursos que integram esses fundos está vinculada à atuação de órgão da Administração, de acordo com as disposições que constarem da lei instituidora.

Ainda que se tenha observado o uso frequentemente alegórico da expressão “fundo” para designar diferentes instrumentos, cabe realçar a disciplina dos “fundos especiais”, uma vez que a Lei nº 4.320/1964 foi recepcionada inclusive para efeitos de preencher o conteúdo do ditame constitucional de que fossem estabelecidas condições gerais para a instituição e funcionamento de fundos. É o que se pretende analisar no tópico seguinte.

### **3 DISCIPLINA DOS FUNDOS PÚBLICOS (FUNDOS ESPECIAIS)**

Como realçado, segundo preconiza o art. 71 da Lei nº 4.320/1964, fundos especiais são constituídos pelo produto de receitas especificadas, que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços. Estabeleceu-se, ainda:

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 9. O autor divide os fundos atípicos em cinco categorias, explicando e exemplificando cada uma delas: i) fundos de repartição de receitas, (ii) fundos de redefinição de fontes, (iii) fundos de instrumentalização de transferências, (iv) fundos de incentivos fiscais e (v) fundos por designação.

<sup>17</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 99, 105.

Art. 72. A aplicação das receitas orçamentárias vinculadas a fundos especiais far-se-á através de dotação consignada na Lei de Orçamento ou em créditos adicionais.

Art. 73. Salvo determinação em contrário da lei que o instituiu, o saldo positivo do fundo especial apurado em balanço será transferido para o exercício seguinte, a crédito do mesmo fundo.

Art. 74. A lei que instituir fundo especial poderá determinar normas peculiares de controle, prestação e tomada de contas, sem de qualquer modo, elidir a competência específica do Tribunal de Contas ou órgão equivalente.<sup>18</sup>

Examinando os dispositivos acima, é possível indicar as características fundamentais dos fundos especiais (ou fundos públicos em sentido técnico): (i) a aplicação dos recursos do fundo vinculada a realização de determinados objetivos ou serviços; (ii) a vinculação das receitas aos fundos mediante dotação orçamentária ou créditos adicionais,<sup>19</sup> portanto presente a vinculação a órgão da Administração Pública; (iii) a contabilidade particularizada com destinação do saldo positivo do fundo para ele próprio, no exercício seguinte; e (iv) a existência de uma lei instituidora, contendo regramento sobre o funcionamento do fundo, inclusive podendo estabelecer normas peculiares de controle, prestação e tomada de contas.

Cumpra ressaltar que não se pode vincular receita de impostos aos fundos públicos, considerada a expressa vedação pela Constituição Federal. Segundo estatui o art. 167, inciso IV, é vedada a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, havendo apenas algumas exceções: a repartição do produto da arrecadação dos impostos (por exemplo, por meio dos Fundos de Participação dos Estados, Distrito Federal e Municípios); a destinação de recursos para ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado pela Constituição; e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, também previstas no texto constitucional.<sup>20</sup>

Além da Lei nº 4.320/1964, que regulou a instituição e o funcionamento de fundos, bem como dispôs sobre a gestão de recursos públicos, é importante destacar algumas normas, editadas anteriormente à Constituição de 1988, que indicaram rumos para a programação financeira da União e categorizaram os fundos em contábeis ou financeiros.

Assim, o Decreto-Lei nº 200/1967 determinou ao Ministério da Fazenda, à época, que implementasse a unificação dos recursos movimentados pelo Tesouro Nacional a fim de garantir economia operacional.<sup>21</sup> Algumas décadas mais tarde, o Decreto nº 93.872/1986 estabeleceu regras para que todas as disponibilidades do Tesouro fossem unificadas em Conta Única centralizada, sendo o Banco Central do Brasil o agente financeiro do Tesouro. Apesar das disposições existentes desde o Decreto

18 BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, *op. cit.*, grifos meus.

19 Constituição da República Federativa do Brasil. "Art. 165, §5º A lei orçamentária compreenderá: (...) III – o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público." Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, *op. cit.*

20 Constituição da República Federativa do Brasil. "Art. 167. São vedados: (...) IV – a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, §2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, §8º, bem como o disposto no §4º deste artigo." Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, *op. cit.*

21 Decreto-Lei nº 200/1967. "Art. 92. Com o objetivo de obter maior economia operacional e racionalizar a execução da programação financeira de desembolso, o Ministério da Fazenda promoverá a unificação de recursos movimentados pelo Tesouro Nacional através de sua Caixa junto ao agente financeiro da União." Cf. BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, suplemento, p. 4, 27 fev. 1967 (Publicação Original).

nº 93.872/1986, a unificação das disponibilidades em Conta Única somente se concretizou, integralmente, a partir da Constituição de 1988.<sup>22</sup>

Além da relevância de modernizar e racionalizar os procedimentos para gestão dos recursos financeiros do Tesouro, o Decreto nº 93.872/1986 estabeleceu novas regulações acerca dos fundos especiais, categorizando-os em fundos de natureza “contábil” e fundos de natureza “financeira”. Os primeiros seriam constituídos por disponibilidades financeiras evidenciadas nos registros contábeis do ente da Administração Pública e destinados a atender aos saques efetuados contra o Tesouro Nacional. Já os segundos seriam constituídos mediante a movimentação de recursos de caixa do Tesouro para depósitos em estabelecimentos oficiais de crédito, destinados a atender saques previstos em programação específica.<sup>23</sup>

No mesmo sentido do disposto na Lei nº 4.320/1964, o decreto fixou, então, que a aplicação de receitas vinculadas a fundos especiais contábeis ou financeiros seja realizada por meio de dotação consignada na Lei de Orçamento ou em crédito adicional, ressaltando, ainda, que o saldo financeiro apurado em balanço é passível de utilização por ocasião do próximo exercício. Ademais, a programação para aplicação dos recursos dos fundos deve ser especificada no orçamento antes do início do novo exercício financeiro. Foi expressamente estabelecido que recursos dos fundos não podem ser utilizados para o pagamento de despesas desvinculadas dos objetivos ou serviços fixados na lei instituidora.<sup>24</sup>

Em mais um esforço de saneamento, consignou-se, no âmbito do referido decreto, que todos os fundos especiais deveriam ser cadastrados pela Secretaria do Tesouro Nacional para fins de sua contemplação na programação financeira e que os fundos inativos por mais de dois exercícios financeiros deveriam ser extintos.<sup>25</sup> Por fim, cabe mencionar que foi vedada a constituição de fundos especiais, ou sua manutenção, com recursos originários de dotações orçamentárias da União, em empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, salvo no caso de se tratar de estabelecimento oficial de crédito.<sup>26</sup>

22 BRASIL. Ministério da Fazenda. Gestão da Conta Única. **Portal do Tesouro Nacional**, 19 fev. 2020. Disponível em: [www.gov.br/tesouronacional/pt-br/execucao-orcamentaria-e-financeira/programacao-financeira/gestao-da-conta-unica](http://www.gov.br/tesouronacional/pt-br/execucao-orcamentaria-e-financeira/programacao-financeira/gestao-da-conta-unica). Acesso em: 23 abr. 2025.

23 Decreto nº 93.872/1986. “Art. 71. Constitui Fundo Especial de natureza contábil ou financeira, para fins deste decreto, a modalidade de gestão de recursos do Tesouro Nacional, vinculados por lei à realização de determinados objetivos de política econômica, social ou administrativa do Governo. §1º São Fundos Especiais de natureza contábil, os constituídos por disponibilidades financeiras evidenciadas em registros contábeis, destinados a atender a saques a serem efetuados diretamente contra a caixa do Tesouro Nacional. §2º São Fundos Especiais de natureza financeira, os constituídos mediante movimentação de recursos de caixa do Tesouro Nacional para depósitos em estabelecimentos oficiais de crédito, segundo cronograma aprovado, destinados a atender aos saques previstos em programação específica.” Cf. BRASIL. Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986. Dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, atualiza e consolida a legislação pertinente e dá outras providências. **Coleção de Leis do Brasil**, v. 8, p. 761, 1986.

24 Decreto nº 93.872/1986. “Art. 72. A aplicação de receitas vinculadas a fundos especiais far-se-á através de dotação consignada na Lei de Orçamento ou em crédito adicional. Art. 73. É vedado levar a crédito de qualquer fundo recursos orçamentários que não lhe forem especificamente destinados em orçamento ou em crédito adicional. Art.74. A aplicação de recursos através de fundos especiais constará de programação e será especificada em orçamento próprio, aprovado antes do início do exercício financeiro a que se referir.” E, ainda: “Art. 77. Não será permitida a utilização de recursos vinculados a fundo especial para despesas que não se identifiquem diretamente com a realização de seus objetivos ou serviços determinados.” Cf. BRASIL. Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986, *op. cit.*

25 Nota-se que essa disposição acerca da extinção de fundos inativos também não surtiu o efeito esperado, em razão do que veio a constar do art. 36 do ADCT e da recriação de fundos pela Lei nº 8.173/1991.

26 Decreto nº 93.872/1986. “Art. 75. Somente poderá ser contemplado na programação financeira setorial o fundo especial devidamente cadastrado pela Secretaria do Tesouro Nacional, mediante encaminhamento da respectiva Secretaria de Controle Interno, ou órgão de atribuições equivalentes. Art. 76. Salvo expressa disposição de lei em contrário, aplicam-se à execução orçamentária de fundo especial as mesmas normas gerais que regem a execução orçamentária da União.” E, ainda: “Art. 78. A contabilização dos fundos especiais geridos na área da administração direta será feita pelo órgão de contabilidade do Sistema de Controle Interno, onde ficarão arquivados os respectivos documentos para fins de acompanhamento e fiscalização. Parágrafo único. Quando a gestão do fundo for atribuída a estabelecimento oficial de crédito, a este caberá sua contabilização e remeter os respectivos balanços acompanhados de demonstrações financeiras à Secretaria de Controle Interno, ou órgão de atribuições equivalentes, para fins da supervisão ministerial. Art. 79. O saldo financeiro apurado em balanço de fundo especial poderá ser utilizado em exercício subsequente, se incorporado ao seu orçamento. Art. 80. Extinguir-se-á o fundo especial inativo por mais de dois exercícios financeiros. Art. 81. É vedada a constituição de fundo especial, ou sua manutenção, com recursos originários de dotações orçamentárias da União, em empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, salvo quando se tratar de estabelecimento oficial de crédito.” Cf. BRASIL. Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986, *op. cit.*

Permanecendo aplicáveis as disposições sobre as categorias de fundos “contábeis” e “financeiros”, verifica-se que os primeiros são simples extensões da Conta Única do Tesouro, funcionando como uma unidade orçamentária destinada à consecução de programa de governo, enquanto nos segundos os recursos têm origem na Conta Única do Tesouro, mas são transferidos para instituições oficiais de crédito, incumbidas da tarefa de operacionalizá-los, ainda que permaneçam atrelados à administração direta.<sup>27</sup>

Em suma, por suas finalidades, pode-se observar que os fundos contábeis são os de despesas, custos ou programas, enquanto os fundos financeiros visam à concessão de financiamento ou empréstimos. Por mais que tenham sido categorizados em “fundos contábeis” e “fundos de financiamento”, vale destacar a existência de fundos mistos, aqueles que tanto executam despesas como se destinam a financiamentos.<sup>28</sup>

Levando em conta as normas abordadas, bem como a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF – Lei Complementar nº 101/2000), um grupo de trabalho vinculado à Secretaria de Tesouro Nacional, segundo publicação realizada em 2011, apontou as principais características dos fundos públicos, a saber: (i) as normas gerais de instituição dos fundos devem estar fixadas em lei complementar, destacando-se que a Lei nº 4.320/1964 foi assim recepcionada, inclusive para preencher o conteúdo dessa regulação; (ii) a instituição de fundo público depende de prévia autorização legislativa; (iii) há vedação da vinculação de receita de impostos a fundos; (iv) a programação dos fundos deve estar contemplada em lei orçamentária ou em créditos adicionais; (v) as receitas vinculadas são especificadas; (vi) há vinculação das receitas à realização de determinados objetivos e serviços definidos para os fundos; (vii) podem haver normas peculiares de aplicação, controle, prestação e tomada de contas; (viii) é possível preservar o saldo positivo dos fundos para o exercício seguinte, a crédito do mesmo fundo; (ix) há identificação individualizada dos recursos; (x) as demonstrações contábeis devem ser individualizadas, ainda que permaneçam vinculadas a órgão da Administração; (xi) deve-se obedecer às regras previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal e (xii) os fundos públicos não são dotados de personalidade jurídica.<sup>29</sup>

Considerada a disciplina atualmente existente acerca dos fundos públicos e suas características, explicitadas ao longo deste tópico, também é importante noticiar que passou a tramitar no Congresso Nacional o Projeto de Lei Complementar nº 295/2016, cujo conteúdo abrange normas gerais sobre planejamento, orçamento, fundos, contabilidade, controle e avaliação na administração pública, inclusive alterando a Lei de Responsabilidade Fiscal e revogando a Lei nº 4.320/1964. Outros projetos sobre a mesma temática foram apresentados desde então, culminando com o apensamento do PLP nº 295/2016 e diversos outros ao Projeto de Lei Complementar nº 25/2022. Nos termos deste:

#### Título VI - Dos Fundos Públicos

Art. 48. Constitui fundo público o instrumento criado por lei, sem personalidade jurídica, cujo objetivo é estabelecer a vinculação de um conjunto de recursos à realização de finalidades específicas.

§1º Os fundos públicos são constituídos por seus bens, direitos e obrigações, sujeitando-se às normas de direito financeiro da Administração Pública.

§2º Pertence ao órgão central de administração financeira do respectivo ente a disponibilidade de caixa líquida dos fundos públicos, exceto a referente aos fundos instituídos constitucionalmente ou relativos a regimes de previdência.

27 BASSI, Camilo de Moraes. **Fundos especiais e políticas públicas**: uma discussão sobre a fragilização do mecanismo de financiamento. Texto para discussão/ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Brasília. Rio de Janeiro: Ipea, 2019. p. 15-16.

28 COSTA, Leonardo da Silva Guimarães Martins. **Fundos federais. Abordagem transdisciplinar diante do Projeto da Lei de Finanças Públicas**. Brasília: Tesouro Nacional, 2017. p. 17. (Textos para Discussão nº 29).

29 COSTA, **Fundos federais**, *op. cit.*, p. 10.

§3º No caso de extinção de fundo público, o seu patrimônio será transferido ao órgão ou entidade da Administração Pública responsável pela sua supervisão, exceto o saldo financeiro disponível, que será apropriado pelo órgão central de administração financeira do ente da Federação, sem vinculação específica.

Art. 57. *A lei que instituir fundo público* disporá, no mínimo, sobre:

I – a sua denominação;

II – *os órgãos ou entidades da Administração Pública responsáveis pela sua gestão e supervisão*;

III – o seu objetivo;

IV – a origem de seus recursos;

V – as competências, as atribuições e as regras de governança quanto à gestão e administração dos recursos; e

VI – o seu prazo de vigência.

§1º A execução orçamentária e financeira das receitas e despesas de fundo público deverá ser realizada no sistema integrado de administração financeira e controle do respectivo ente.

§2º A gestão de disponibilidade de caixa de fundo público criado após a publicação desta Lei Complementar deve ser centralizada, observado o princípio de unidade de tesouraria disposto no seu art. 26, §1º, desta Lei Complementar.

§3º É vedada a criação de fundo público quando seus objetivos puderem ser alcançados mediante a vinculação de receitas orçamentárias específicas ou executados diretamente por programação orçamentária e financeira de órgão ou entidade da Administração Pública.

§4º A definição dos agentes operadores e financeiros dos fundos públicos, se houver, e as respectivas remunerações serão norteadas pelo princípio da economicidade, objetivando obter a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Art. 50. *O fundo público será objeto de avaliação periódica quanto à viabilidade de sua manutenção ou extinção*, considerando o disposto no art. 49, §3º, desta Lei Complementar.

§1º Até o terceiro trimestre do primeiro ano do mandato do chefe do Poder Executivo, o órgão ou entidade da Administração Pública responsável pela gestão de fundo deverá elaborar relatório com a avaliação mencionada no caput deste artigo.

§2º Até seis meses após o prazo mencionado no §1º deste artigo, caberá a cada Poder ou órgão a que se refere o art. 1º, §3º, inciso I, alínea "a", da Lei Complementar nº 101, de 2000, elaborar e divulgar relatório consolidado, concluindo pela necessidade de se manter ou extinguir cada um dos fundos públicos sob sua responsabilidade.

§3º Os relatórios mencionados no §2º deste artigo deverão ser submetidos a deliberação do respectivo chefe de Poder ou órgão.

§4º Na hipótese de a deliberação mencionada no §3º deste artigo concluir pela necessidade de extinção de fundo, os chefes dos demais Poderes ou órgão apresentarão propostas, no prazo de trinta dias, ao chefe do Poder Executivo, que consolidará e encaminhará projeto de lei com essa finalidade, para tramitação em regime de urgência.<sup>30</sup>

Como se vê, em caso de aprovação do PLP nº 25/2022, serão criados mecanismos periódicos de avaliação e decisão pela manutenção ou não dos fundos. Quanto aos aspectos gerais de caracterização, não haverá significativa alteração, mas restará resolvida a celeuma em torno do uso da expressão fundo

30 BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei Complementar nº 25/2022**. Estabelece normas gerais de finanças públicas voltadas para a elaboração de planos e orçamento, gestão e controle orçamentário, financeiro e patrimonial e criação e funcionamento de fundos da Administração Pública, altera dispositivos da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a fim de fortalecer a gestão fiscal responsável e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 2022. Grifos meus.

público, uma vez que o projeto deixa de utilizar o termo “especial”, contido na Lei nº 4.320/1964, substituindo-o por “público”.

## 4 DISTINÇÃO ENTRE FUNDOS PÚBLICOS, FUNDOS DE INVESTIMENTO E FUNDOS PATRIMONIAIS

Com regime jurídico próprio, distinto daquele aplicável aos fundos públicos, cumpre esclarecer o que são os fundos de investimento. De acordo com o Código Civil<sup>31</sup>, o fundo de investimento é comunhão de recursos, sob a forma de condomínio de natureza especial, destinado à aplicação em ativos financeiros, bens e direitos. Normas sobre constituição e funcionamento de fundos constam, além das disposições gerais acrescentadas ao Código Civil, de resoluções editadas pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) – em especial, a Resolução CVM nº 175/2022 – e em leis específicas e normas editadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil.<sup>32</sup>

Tendo em vista a natureza de condomínio especial e a expressa disposição legal a respeito, os fundos de investimento não têm personalidade jurídica e estão sujeitos a um regime jurídico de Direito Empresarial que é delimitado a partir da Lei nº 6.385/1976. Essa lei, além de estabelecer as competências da CVM, define certos títulos e contratos como valores mobiliários, a exemplo das cotas de fundos, disciplinando sua emissão, distribuição pública e negociação no mercado, bem como a atuação de agentes envolvidos nesses negócios.

Do ponto de vista formal, o fundo é constituído por prestadores de serviços essenciais – pessoa jurídica que atuará como sua administradora e pessoa física ou jurídica que atuará como gestora da carteira de ativos –, ambos responsáveis pela obtenção de registro perante a CVM<sup>33</sup> e pela elaboração de regulamento, contendo regras essenciais ao funcionamento do fundo.<sup>34</sup> Uma vez constituído, a administradora deverá, em regra, contratar, em nome dele, serviços de tesouraria, controle e processamento de ativos, escrituração de cotas e auditoria independente.<sup>35</sup> Administradora e gestor praticarão, então, conforme as funções de cada um, os atos necessários à distribuição de cotas, ao funcionamento do fundo e à concretização de sua política de investimentos.<sup>36</sup>

Em sua dimensão objetiva, o fundo é o próprio patrimônio formado a partir do conjunto de contribuições dos investidores cotistas, que aportam seus recursos a fim de vê-los geridos por agentes profissionais, com desejada *expertise* para realizar operações no mercado, sendo tais operações variáveis

31 Cf. arts. 1.368-C ao 1.368-F, acrescentados pela Lei nº 13.874/2019, conhecida como “Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”. “Art. 1.368-C, caput. O fundo de investimento é uma comunhão de recursos, constituído sob a forma de condomínio de natureza especial, destinado à aplicação em ativos financeiros, bens e direitos de qualquer natureza.” Cf. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 1, 11 jan. 2002.

32 Exemplos: Lei nº 8.668/1993, que regula os Fundos de Investimento Imobiliários (FII) e os Fundos de Investimento nas Cadeias Produtivas Agroindustriais (Fiagro); e Lei nº 11.478/2007, que regula os Fundos de Investimento em Participações em Infraestrutura e os Fundos de Investimento em Participação na Produção Econômica Intensiva (FIP-IE) em Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação (FIP – P&D).

33 Resolução CVM nº 21/2021. “Art. 1º, §1º o registro de administrador de carteiras de valores mobiliários pode ser requerido em ambas ou em uma das seguintes categorias: I – administrador fiduciário; II – gestor de recursos.” Cf. BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Resolução nº 21, de 25 de fevereiro de 2021. Dispõe sobre o exercício profissional de administração de carteiras de valores mobiliários. **Diário Oficial das União**, Brasília/DF, seção 1, p. 61-68, 26 fev. 2021.

34 Resolução CVM nº 175/2022. “Art. 3º, XXX – prestadores de serviços essenciais: administrador e gestor do fundo. Art. 7º O fundo de investimento deve ser constituído por deliberação conjunta dos prestadores de serviços essenciais, a quem incumbe aprovar, no mesmo ato, o seu regulamento.” Cf. BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Resolução nº 175, de 23 de dezembro de 2022. Dispõe sobre a constituição, o funcionamento e a divulgação de informações dos fundos de investimento, bem como sobre a prestação de serviços para os fundos, e revoga as normas que específica. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, n. 244, seção 1, p. 57-84, 28 dez. 2022.

35 Cf. art. 83 da Resolução CVM nº 175/2022.

36 A administradora é remunerada mediante taxa de administração estabelecida em regulamento. Cf. art. 97 e seguintes da Resolução CVM nº 175/2022. Cabe esclarecer que, como parte do processo de constituição, a administradora deve providenciar a inscrição do fundo no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), pois, ainda que fundos não tenham personalidade jurídica, o cadastro interessa à administração tributária dos entes da federação. Cf. art. 2º e 4º da Instrução Normativa da RFB nº 1.863/2018.

conforme a categoria de fundo e a política de investimentos prevista.<sup>37</sup> Ademais, dentro do fundo pode haver segregação de patrimônios, cada qual vinculado a uma específica classe de cotas, com escrituração contábil própria, como se funcionassem diversos “fundos” dentro de um só.<sup>38</sup>

Nota-se, portanto, que há uma dupla dimensão nos fundos: subjetiva, na medida em que é tratado como sujeito de direitos e deveres, e objetiva, abordando-se o “fundo” como o patrimônio (ou patrimônios, se houver segregação para diferentes classes de cotas) originado por meio da integralização realizada pelos investidores.

Vale realçar que, nos fundos de investimento, a realização dos investimentos de forma coletiva possibilita a diluição de riscos e despesas, além de contar com a atuação de agentes de mercado especializados. As operações podem ser realizadas com montante de recursos mais expressivo, comparativamente à realização de operações individuais por cada investidor. A comunhão de recursos abre, portanto, espaço para novas possibilidades de retorno financeiro.<sup>39</sup>

Partindo dessa breve introdução a respeito dos fundos de investimento, cabe destacar sua sujeição a um regime jurídico próprio, que não se confunde ao regime jurídico de Direito Administrativo ao qual se sujeitam os fundos públicos, regulados pela Lei nº 4.320/1964. A propósito, *ainda que antes da Administração Pública direta ou indireta venham a figurar como cotistas de fundos de investimento, isso, por si só, não os transmuta em fundos públicos.*<sup>40</sup>

Podem ser listadas algumas distinções fundamentais entre fundos de investimento e fundos públicos.<sup>41</sup>

#### Quadro 2 - Distinção entre fundos de investimento e fundos públicos<sup>42</sup>

Aspecto analisado	Fundo de investimento	Fundo público
Constituição	É constituído por prestadores de serviços essenciais, pessoa jurídica autorizada pela CVM a atuar como administradora do fundo e pessoa física ou jurídica autorizada a atuar como gestora da carteira de ativos.	É instituído por lei.
Patrimônio	Formado a partir do conjunto de contribuições dos investidores cotistas, que integralizam cotas, valores mobiliários emitidos pelo fundo.	Formado por recursos do orçamento público, a partir de receitas especificadas na lei instituidora.
Regime jurídico	De Direito Empresarial.	De Direito Administrativo, observadas também normas de Direito Financeiro.

(continua)

37 SANTOS, Estela Sucasas dos. **Fundo de Investimento em Participações – FIP como instrumento de estímulo à inovação**. 2019. 171 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 32.

38 Cf. art. 5º da Resolução CVM nº 175/2022.

39 Nem sempre há efetiva comunhão de recursos, dado que o fundo pode ser exclusivo de um único investidor cotista, observadas determinadas regras estabelecidas pela CVM. Cf. art. 115 da Resolução CVM nº 175/2022.

40 As matérias que podem ser objeto de deliberação pelos cotistas de fundo, em Assembleias Gerais de Cotistas (AGC), são limitadas pela própria regulação da CVM. Afinal, um dos principais propósitos de constituir o fundo é exatamente destinar recursos à gestão e aplicação por agentes profissionais de mercado. Eles é que serão encarregados da administração do fundo e de executar a política de investimentos definida em regulamento.

41 FARIA, Fulvio Machado Faria. Os fundos de investimento imobiliário (FIIs) na Administração Pública: aspectos orçamentários e financeiros. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, p. 55-82, 2018. p. 66-67.

42 A Resolução CVM nº 175/2022 utiliza a expressão “exercício social” para referir-se ao período de doze meses após o qual devem ser levantadas as demonstrações contábeis do fundo. Cf. art. 67 da Resolução CVM nº 175/2022.

Aspecto analisado	Fundo de investimento	Fundo público
Objetivos	Os objetivos são fixados em regulamento elaborado pelos prestadores de serviços essenciais. As aplicações realizadas pelo fundo são definidas com base na política de investimentos prevista, consideradas a categoria de fundo em questão e as normas específicas da CVM aplicáveis.	Os objetivos para destinação dos recursos estão fixados na lei instituidora e deve-se observar a previsão orçamentária.
Vinculação	Não se aplica.	Estão vinculados a órgão da Administração Pública
Gestão de recursos	Realizada por profissionais que atuam em nome do fundo, remunerados por taxa de gestão prevista em regulamento.	Realizada pelo próprio órgão ao qual o fundo está vinculado ou conforme estabelecer a lei instituidora.
Contabilidade	Contabilidade própria, sob responsabilidade dos prestadores de serviços essenciais, observada a regulação imposta pela CVM.	Escrituração contábil particularizada, porém, como parte do órgão ao qual o fundo está vinculado.
Fiscalização	A competência para fiscalizar a operacionalização do fundo de investimento está especialmente concentrada na CVM, podendo haver, ainda, fiscalização pelo CMN e pelo BCB, por exemplo, quando a configuração envolve instituições financeiras como cotistas ou como administradora do fundo.	Normas especiais de fiscalização e controle estão contidas na própria lei instituidora, além da sujeição à fiscalização exercida pelos Tribunais de Contas competentes.
Saldos do exercício (social ou financeiro)	Os saldos, rendimentos e montante de recursos do fundo estão vinculados à consecução de seus objetivos definidos em regulamento, conforme a categoria de fundo e normas da CVM aplicáveis.	Saldos do exercício são mantidos para a consecução de seus objetivos, definidos na lei instituidora, no exercício seguinte.

Fonte: elaborado pela autora.

Não se deve confundir, ainda, os fundos públicos com os fundos patrimoniais disciplinados pela Lei nº 13.800/2019. Estes podem ser constituídos com objetivo de arrecadar, gerir e destinar doações de pessoas físicas e jurídicas de direito privado para programas, projetos e demais finalidades de interesse público.<sup>43</sup>

Os fundos patrimoniais previstos na Lei nº 13.800/2019 não têm natureza de condomínio especial, tal como os fundos regulados pela CVM, cujos investidores são titulares de cotas emitidas pelo fundo, tampouco são fundos públicos (especiais) nos moldes da Lei nº 4.320/1964. No âmbito da Lei nº 13.800/2019, a expressão fundo é utilizada para designar o conjunto de ativos, formado a partir de doações de pessoas físicas e jurídicas privadas, que passa à titularidade de organização gestora, que deve ser pessoa jurídica de direito privado organizada sob a forma de associação ou fundação. Esse conjunto de ativos é, então, destinado a projetos e programas de interesse público, inclusive em parceria com entes da Administração.<sup>44</sup>

43 Lei nº 13.800/2019. "Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a constituição de fundos patrimoniais com o objetivo de arrecadar, gerir e destinar doações de pessoas físicas e jurídicas privadas para programas, projetos e demais finalidades de interesse público. Parágrafo único. Os fundos patrimoniais constituídos nos termos desta Lei poderão apoiar instituições relacionadas à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação, à cultura, à saúde, ao meio ambiente, à assistência social, ao desporto, à segurança pública, aos direitos humanos e demais finalidades de interesse público." Cf. BRASIL, Lei nº 13.800, de 4 de janeiro de 2019. Autoriza a administração pública a firmar instrumentos de parceria e termos de execução de programas, projetos e demais finalidades de interesse público com organizações gestoras de fundos patrimoniais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 1, 7 jan. 2019.

44 Lei nº 13.800/2019. "Art. 2º Para fins do disposto nesta Lei, consideram-se: (...) II – organização gestora de fundo patrimonial: instituição privada sem fins lucrativos instituída na forma de associação ou de fundação privada com o intuito de atuar exclusivamente para um

Conclui-se, portanto, que não se pode confundir o significado de fundo público com os significados de fundo de investimento ou, ainda, de fundo patrimonial, sobretudo tendo em vista o regime jurídico de Direito Administrativo ao qual se sujeitam os fundos públicos.

## 5 PEC Nº 187/2019: MANUTENÇÃO E EXTINÇÃO DE FUNDOS

Estudados aspectos relevantes da regulação incidente sobre fundos públicos e considerada sua distinção relativamente a outros tipos de fundos, tratados no tópico anterior, retomando-se a avaliação de que há muito se discute um mecanismo de revisão sobre os fundos públicos existentes, vale destacar a Proposta de Emenda à Constituição nº 187, de 2019, chamada “PEC da Revisão dos Fundos”, em tramitação no Senado Federal.

Conforme consta de seu texto inicial, a proposta pretende instituir reserva de lei complementar para a instituição de fundos públicos de qualquer natureza, bem como extinguir fundos que não forem ratificados até o final do segundo exercício financeiro subsequente à promulgação da emenda constitucional.

Ainda, segundo a proposta, a ratificação dos fundos existentes pelos poderes legislativos da União, estados, Distrito Federal e municípios, conforme o caso, deverá se dar mediante lei complementar específica *para cada fundo*, excetuando-se os fundos públicos previstos nas Constituições e Leis Orgânicas de cada ente federativo, inclusive no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Abordando o destino dos recursos oriundos dos fundos eventualmente extintos, a proposta indica que parte das receitas desvinculadas possa ser destinada a projetos e programas voltados para a erradicação da pobreza e para investimentos em infraestrutura, sem, contudo, fixar parâmetros para definição dessa “parte”, tampouco estabelecer a obrigatoriedade de tal destinação, mencionando apenas uma possibilidade. Criticamente, avalia-se que, nesse ponto, a proposta original é demasiadamente ampla e poderia conter mecanismos mais específicos para garantir que ao menos parte das receitas desvinculadas dos fundos sejam efetivamente destinadas a objetivos tão caros à sociedade brasileira, tal como a erradicação da pobreza e a realização de investimentos em infraestrutura.

Ademais, durante o período existente entre a promulgação da emenda constitucional e a ratificação dos fundos (no máximo até o final do segundo exercício financeiro subsequente à data da promulgação da emenda), a proposta contempla a utilização do eventual superávit financeiro dos fundos públicos, apurados ao final de cada exercício, para amortização da dívida pública do respectivo ente ao qual o fundo se vincula.<sup>45</sup>

---

fundo na captação e na gestão das doações oriundas de pessoas físicas e jurídicas e do patrimônio constituído; (...) IV – fundo patrimonial: conjunto de ativos de natureza privada instituído, gerido e administrado pela organização gestora de fundo patrimonial com o intuito de constituir fonte de recursos de longo prazo, a partir da preservação do principal e da aplicação de seus rendimentos; (...). Art. 3º, caput. A organização gestora do fundo patrimonial instituirá fundo patrimonial com a finalidade de constituir fonte de recursos de longo prazo para o fomento das instituições apoiadas e para a promoção de causas de interesse público, por meio de instrumentos de parceria e de execução de programas, projetos e demais finalidades de interesse público.” Cf. BRASIL, Lei nº 13.800, de 4 de janeiro de 2019, *op. cit.*

45 PEC nº 187/2019. “Art. 3º Os fundos públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios existentes na data da promulgação desta Emenda Constitucional serão extintos, se não forem ratificados pelos respectivos Poderes Legislativos, por meio de Lei Complementar específica para cada um dos fundos públicos, até o final do segundo exercício financeiro subsequente à data da promulgação desta Emenda Constitucional. §1º Não se aplica o disposto no caput para os fundos públicos previstos nas Constituições e Leis Orgânicas de cada ente federativo, inclusive no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. §2º O patrimônio dos fundos públicos extintos em decorrência do disposto neste artigo será transferido para o respectivo Poder de cada ente federado ao qual o fundo se vinculava. Art. 4º Os dispositivos infraconstitucionais, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, existentes até a data de publicação desta Emenda Constitucional que vinculem receitas públicas a fundos públicos serão revogados ao final do exercício financeiro em que ocorrer a promulgação desta Emenda Constitucional. Parágrafo único. Parte das receitas públicas desvinculadas em decorrência do disposto neste artigo poderá ser destinada a projetos e programas voltados à erradicação da pobreza e a investimentos em infraestrutura que visem a reconstrução nacional. Art. 5º Durante o período a que se refere o caput do art. 3º, o superávit financeiro das fontes de recursos dos

Nas justificações, aponta-se a reavaliação dos fundos públicos existentes como relevante para a modernização e o aperfeiçoamento dos mecanismos de gestão orçamentária e financeira dos entes da federação. Nesse sentido, destaca-se o seguinte trecho:

Na verdade, procura-se, com essa Proposta de Emenda Constitucional, restaurar a capacidade do Estado Brasileiro de definir e ter políticas públicas condizentes com a realidade socioeconômica atual, sem estar preso a prioridades definidas no passado distante, que dada as dinâmicas políticas, sociais, econômicas e demográficas, podem não mais refletir as necessidade [sic] e prioridades da sociedade brasileira no momento atual.<sup>46</sup>

Para a União, segundo as justificativas apresentadas, a PEC possibilitaria a extinção de cerca de 248 fundos, a maioria (165) foram instituídos antes da Constituição de 1988. Com a medida, a União alcançaria a desvinculação imediata de um volume apurado como superávit financeiro da ordem de R\$ 219 bilhões, que poderiam ser utilizados na amortização da dívida pública.<sup>47</sup>

No decorrer da tramitação da proposta, já foram apresentadas diversas emendas, destacando-se a Emenda nº 57, que, avaliando as proposições de emendas anteriores, apresentou um substitutivo, aprovado em 4 de março de 2020. Segundo o substitutivo, fundos públicos criados até 31 de dezembro de 2016 devem ser extintos, salvo ratificação por meio de lei complementar específica, até o final do segundo exercício financeiro subsequente à data da promulgação da emenda constitucional. Excetuam-se, porém, os fundos públicos previstos nas Constituições, Leis Orgânicas e Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; os criados para operacionalizar vinculações de receitas estabelecidas nas Constituições e Leis Orgânicas de cada ente federativo; os destinados a prestação de garantias e avais; ou os fundos previstos no art. 76-A, parágrafo único, inciso V, do ADCT e outros previstos no art. 3º, §1º, do substitutivo.<sup>48</sup>

Além disso, dispositivos infraconstitucionais existentes até a publicação da emenda constitucional que vinculem receitas a fundos públicos que não forem ratificados devem ser revogados no final do segundo exercício subsequente ao de promulgação da emenda, com as receitas desvinculadas sendo destinadas para: projetos e programas de erradicação à pobreza; investimentos em infraestrutura que visem à reconstrução nacional, prioritariamente para implantação de rodovias e ferrovias, além da interiorização de gás natural nacional; projetos e programas de segurança nas fronteiras do Brasil; revitalização da bacia hidrográfica do Rio São Francisco e projetos de pesquisa e desenvolvimento científico, tecnológico e inovação.

Durante o período entre a promulgação da emenda constitucional e o limite para ratificação ou não dos fundos existentes e criados até 31 de dezembro de 2016, o superávit financeiro das fontes de recursos desses fundos do Poder Executivo, apurados ao final de cada exercício, poderá ser destinado à amortização da dívida pública do respectivo ente, excetuando-se dessa aplicação os fundos públicos de fomento e desenvolvimento regionais, operados por instituições financeiras regionais.

---

fundos públicos, apurados ao final de cada exercício, será destinado à amortização da dívida pública do respectivo ente." Cf. BRASIL. Senado Federal. Projeto de Emenda à Constituição nº 187, de 2019, *op. cit.*

46 *Ibidem.*

47 *Ibidem*, justificação da proposta.

48 Substitutivo da PEC nº 187/2019. "Art. 3º, §1º Não se aplica o disposto no caput para os fundos públicos: I – previstos nas Constituições e Leis Orgânicas de cada ente federativo, inclusive no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; II – criados para operacionalizar vinculações de receitas estabelecidas nas Constituições e Leis Orgânicas de cada ente federativo; III – destinados à prestação de garantias e avais; IV – previstos no art. 76-A, parágrafo único, inciso V, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias; V – Fundo Nacional de Segurança Pública (FNSP), Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) e Fundo Nacional Antidrogas (FUNAD); VI – Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FNDCT); e VII – Fundo de Defesa da Economia Cafeeira (FUNCAFÉ)." Cf. BRASIL. Senado Federal. Projeto de Emenda à Constituição nº 187, de 2019, *op. cit.*

Veja-se que, a partir das emendas apresentadas durante a discussão da proposta e do substitutivo aprovado, já foram acrescentadas diversas disposições que excetuam determinados fundos da regra de extinção e, ainda, estabelecem normas mais específicas para a destinação de recursos desvinculados. Atualmente, outras 19 emendas à PEC estão pendentes de análise e votação.

Fazendo-se um levantamento acerca das críticas tecidas ao uso dos fundos como instrumento de gestão de recursos e planejamento para concretização de políticas públicas, para defensores da PEC, os fundos públicos trariam rigidez excessiva à gestão dos recursos, justificando assim a necessidade de reforma.<sup>49</sup> A vinculação de receitas dificultaria uma melhor alocação de recursos conforme necessidades atuais, preferências regionais e mudanças que ocorrem com o tempo e, ainda, “a rigidez orçamentária reduz a probabilidade de ajustes fiscais bem sucedidos, o que pode contribuir para colocar o país em dificuldades fiscais”.<sup>50</sup>

Por outro lado, para os críticos da PEC, poderiam ser realizadas melhorias no funcionamento e regulação dos fundos, mas não partindo de uma proposta de extinção, afinal, o modelo teria trazido bons resultados ao longo de muitos anos.<sup>51</sup> Um dos importantes méritos da vinculação de receitas aos fundos com definição de seus objetivos é abrir caminho para a formulação de políticas públicas de longo prazo, sobretudo considerando a possível manutenção dos saldos positivos para utilização em exercícios seguintes.<sup>52</sup>

Além disso, diversos fundos infraconstitucionais, apesar de instituídos há muito tempo, teriam objetivos que permanecem atuais.<sup>53</sup> Haveria, ademais, um risco de eliminação dos fundos públicos como ferramenta de gestão, ocasionando reconfigurações na disputa por recursos do orçamento, entre entes da federação, parlamentares, atores sociais e de mercado, com potenciais prejuízos para a continuidade de políticas públicas atualmente mantidas pela vinculação de receitas aos objetivos fixados para determinados fundos.<sup>54</sup>

Do mesmo modo que a questão acima pode ser alvo de preocupação, em razão do incremento da disputa por recursos do orçamento, por outro lado, haveria um fortalecimento do papel da Câmara dos Deputados e Senado Federal e dos próprios mecanismos periódicos de previsão orçamentária instituídos pela Constituição Federal.

Por fim, vale notar que a PEC nº 187/2019 foi, de certo modo, “desidratada” pela Emenda Constitucional nº 109/2021, que, acrescentando o inciso XIV ao art. 167 da Constituição, vedou a criação de novos fundos se seus objetivos puderem ser atingidos por outros meios, bem como permitiu o uso de superávit financeiro de fundos para outros fins, em especial nos exercícios de 2022 e 2023, período marcado pela calamidade pública ocasionada pela pandemia de Covid-19.<sup>55</sup>

49 SILVA, Glaucio Fonteles Oliveira. Proposta de Emenda Constitucional nº 187/2019 – A PEC dos Fundos: rigidez orçamentária, vinculação de receita, despesas obrigatórias e dívida pública. **Revista Debates em Economia Aplicada**, n. 2, 15 dez. 2021. p. 7.

50 *Ibidem*, p. 27.

51 *Ibidem*, p. 7.

52 *Ibidem*, p. 12.

53 ABOUCHEDID, Saulo Cabello; RAIMUNDO, Lício da Costa. “Plano Mais Brasil” do Governo Federal. Análise da PEC 187/2019. **Extinção dos fundos públicos**: desorganização do Estado e fragilização das políticas públicas. Fonacate – Fórum Nacional Permanente de Carreiras Típicas de Estado. Brasília, 2020, p. 10.

54 *Ibidem*, p. 33

55 MENDES, Marcos. **Emenda Constitucional nº 109 (PEC Emergencial)**: a fragilidade e a incerteza fiscal permanecem. 2021, p. 20. Disponível em: [https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2021/03/PEC-Emergencial\\_Marcos-Mende\\_mar2021.pdf](https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2021/03/PEC-Emergencial_Marcos-Mende_mar2021.pdf). Acesso em: 24 abr. 2025.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio da pesquisa realizada, observa-se que a expressão “fundo” ou “fundo público” nem sempre é utilizada, mesmo pela Constituição Federal e por normas infraconstitucionais, com rigor técnico jurídico. Assim, recomenda-se a análise estrita da lei ou da norma constitucional que dispõe a respeito ou institui o respectivo fundo para apreender qual o regime jurídico efetivamente aplicável. Por outro lado, o melhor sentido técnico jurídico da expressão “fundo público” parece atrelado ao significado delineado a partir da Lei nº 4.320/1964, que, tendo sido recepcionada com status de lei complementar pela Constituição Federal de 1988, estabeleceu regras gerais para a instituição e funcionamento de “fundos especiais”. Na mesma linha das disposições contidas na Lei nº 4.320/1964, há, inclusive, um projeto de lei complementar que, revogando a primeira, pretende fixar o significado de fundo público, em substituição à expressão “fundo especial”.

Cabe salientar a necessária distinção entre fundos públicos, obrigatoriamente instituídos por lei e sujeitos a regime jurídico de Direito Administrativo, também com observância de normas de Direito Financeiro, e fundos de investimento, regulados com base em regime jurídico próprio de Direito Empresarial e, ainda, fundos patrimoniais, disciplinados pela Lei nº 13.800/2019.

Considerando, historicamente, a instituição de diversos fundos públicos, com a vinculação de receitas especificadas à persecução de objetivos determinados no âmbito de cada um deles, nota-se uma frequente análise crítica e intenção do Poder Legislativo brasileiro de empreender uma revisão acerca dos fundos públicos existentes, dimensionando sua real necessidade, adequabilidade e eficiência para fins de planejamento e sua utilização como instrumento de gestão de recursos públicos pela Administração.

Nesse sentido, destaca-se como uma das mais atuais iniciativas revisionais a PEC nº 187/2019, que tramita no Senado Federal e pretende estabelecer reserva de lei complementar específica para a instituição de cada novo fundo público, bem como extinguir fundos que não forem ratificados segundo regras que estabelece. Ademais, prevê mecanismos para que, temporariamente, o superávit de fundos possa ser utilizado para amortização de dívida pública de ente da federação ao qual o respectivo fundo esteja vinculado.

Do ponto de vista crítico, nota-se que a revisão e eventual extinção de fundos públicos infraconstitucionais pode ser, de fato, uma medida adequada quando o uso desses fundos representa perda de eficiência na gestão de recursos públicos e demasiada rigidez no processo de definição dos programas governamentais, em detrimento das necessidades econômico-sociais mais atuais. Por outro lado, há fundos cujos objetivos são tão relevantes que se justifica a rigidez e a vinculação de receitas, mesmo com a adição de custos referentes à gestão e contabilidade, notadamente quando estão atrelados à consecução de políticas públicas no longo prazo, dado que o saldo positivo dos fundos públicos é, em geral, creditado ao próprio fundo no exercício seguinte.

## REFERÊNCIAS

ABOUCHEID, Saulo Cabello; RAIMUNDO, Lício da Costa. “Plano Mais Brasil” do Governo Federal. Análise da PEC 187/2019. **Extinção dos fundos públicos**: desorganização do Estado e fragilização das políticas públicas. Fonacate – Fórum Nacional Permanente de Carreiras Típicas de Estado. Brasília, 2020.

BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL (BNDES). FGPC - Fundo de Garantia para a Promoção da Competitividade. **Portal do BNDES**. Disponível em: [www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/instituicoes-financeiras-credenciadas/fgpc-fundo-aval](http://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/instituicoes-financeiras-credenciadas/fgpc-fundo-aval). Acesso em: 23 abr. 2025.

BASSI, Camilo de Moraes. **Fundos especiais e políticas públicas**: uma discussão sobre a fragilização do mecanismo de financiamento. Texto para discussão/ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Brasília. Rio de Janeiro: Ipea, 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 1, 5 out. 1988 (Publicação Original). Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 23 abr. 2025.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, suplemento, p. 4, 27 fev. 1967 (Publicação Original). Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0200.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm) Acesso em: 23 abr. 2025.

BRASIL. Lei Complementar nº 62, de 28 de dezembro de 1989. Estabelece normas sobre o cálculo, a entrega e o controle das liberações dos recursos dos Fundos de Participação e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 24777, 29 dez. 1989 (Publicação Original). Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp62.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp62.htm) Acesso em: 24 abr. 2025.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 1, 5 maio 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm) Acesso em: 24 abr. 2025.

BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 3921, 5 maio 1964. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4320.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm) Acesso em: 23 abr. 2025.

BRASIL. Lei nº 7.827, de 27 de setembro de 1989. Regulamenta o art. 159, inciso I, alínea c, da Constituição Federal, institui o Fundo Constitucional de Financiamento do Norte – FNO, o Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste – FNE e o Fundo Constitucional de Financiamento do Centro-Oeste – FCO, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 17361, 28 set. 1989 (Publicação Original). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7827.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7827.htm) Acesso em: 24 abr. 2025.

BRASIL. Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990. Regula o Programa do Seguro-Desemprego, o Abono Salarial, institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 874, 12 jan. 1990 (Publicação Original). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7998.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7998.htm) Acesso em: 24 abr. 2025.

BRASIL. Lei nº 8.173, de 30 de janeiro de 1991. Dispõe sobre o Plano Plurianual para o quinquênio 1991/1995. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 2169, 31 jan. 1991 (Publicação Original). Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8173.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8173.htm) Acesso em: 23 abr. 2025.

BRASIL. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 18769, 8 dez. 1993 (Publicação Original). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm) Acesso em: 24 abr. 2025.

BRASIL. Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, §3º, inciso V, da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 14545, 20 set. 1995 (Publicação Original). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9096.htm) Acesso em: 24 abr. 2025.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 1, 11 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm) Acesso em: 24 abr. 2025.

BRASIL. Lei nº 10.633, de 27 de dezembro de 2002. Institui o Fundo Constitucional do Distrito Federal – FCDF, para atender o disposto no inciso XIV do art. 21 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 1, 30 dez. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10633.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10633.htm) Acesso em: 24 abr. 2025.

BRASIL, Lei nº 13.800, de 4 de janeiro de 2019. Autoriza a administração pública a firmar instrumentos de parceria e termos de execução de programas, projetos e demais finalidades de interesse público com organizações gestoras de fundos patrimoniais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 1, 7 jan. 2019. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/l13800.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13800.htm) Acesso em: 24 abr. 2025.

BRASIL. Lei nº 14.113, de 25 de dezembro de 2020. Regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), de que trata o art. 212-A da Constituição Federal; revoga dispositivos da Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, edição extra – C, p. 1, 25 dez. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.113-de-25-de-dezembro-de-2020-296390151> Acesso em: 24 abr. 2025.

BRASIL. Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986. Dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, atualiza e consolida a legislação pertinente e dá outras providências. **Coleção de Leis do Brasil**, v. 8, p. 761, 1986. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d93872.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d93872.html). Acesso em: 24 abr. 2025.

BRASIL. Decreto nº 3.964, de 10 de outubro de 2001. Dispõe sobre o Fundo Nacional de Saúde e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 19, 11 out. 2001. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2001/d3964.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3964.html). Acesso em: 24 abr. 2025.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Resolução nº 21, de 25 de fevereiro de 2021. Dispõe sobre o exercício profissional de administração de carteiras de valores mobiliários. **Diário Oficial das União**, Brasília/DF, seção 1, p. 61-68, 26 fev. 2021. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/resolucoes/resol021.html>. Acesso em: 24 abr. 2025.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Resolução nº 175, de 23 de dezembro de 2022. Dispõe sobre a constituição, o funcionamento e a divulgação de informações dos fundos de investimento, bem como sobre a prestação de serviços para os fundos, e revoga as normas que especifica. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, n. 244, seção 1, p. 57-84, 28 dez. 2022. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/resolucoes/resol175.html>. Acesso em: 24 abr. 2025.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Gestão da Conta Única. **Portal do Tesouro Nacional**, 19 fev. 2020. Disponível em: [www.gov.br/tesouronacional/pt-br/execucao-orcamentaria-e-financeira/programacao-financeira/gestao-da-conta-unica](http://www.gov.br/tesouronacional/pt-br/execucao-orcamentaria-e-financeira/programacao-financeira/gestao-da-conta-unica). Acesso em: 23 abr. 2025.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Emenda à Constituição nº 187, de 2019**. PEC da Revisão dos Fundos. Institui reserva de lei complementar para criar fundos públicos e extingue aqueles que não forem ratificados até o final do segundo exercício financeiro subsequente à promulgação desta Emenda Constitucional, e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139703>. Acesso em: 24 abr. 2025.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei Complementar nº 25/2022**. Estabelece normas gerais de finanças públicas voltadas para a elaboração de planos e orçamento, gestão e controle orçamentário, financeiro e patrimonial e criação e funcionamento de fundos da Administração Pública, altera dispositivos da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a fim de fortalecer a gestão fiscal responsável e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 2022. Disponível em: [www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicameras/-/ver/plp-25-2022](http://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicameras/-/ver/plp-25-2022). Acesso em: 23 abr. 2025. Projeto foi apensado ao PLP 25/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1726 MC**. Tribunal Pleno, Rel. Maurício Corrêa. Julgamento 16/09/1998. Publicação 30/04/2004. Disponível em: <https://re-dir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347237> Acesso em: 23 abr. 2025.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CASTRO, Marina Grimaldi de. **A tipicidade do contrato de previdência complementar aberta e o regime jurídico conferido ao patrimônio formado com base nas contribuições realizadas pelos participantes**. 2017. 474 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

COSTA, Leonardo da Silva Guimarães Martins. **Fundos federais. Abordagem transdisciplinar diante do Projeto da Lei de Finanças Públicas**. Brasília: Tesouro Nacional, 2017. p. 17. (Textos para Discussão nº 29). Disponível em: <https://publicacoes.tesouro.gov.br/index.php/textos/issue/view/texto29>. Acesso em: 24 abr. 2025.

FARIA, Fulvio Machado Faria. Os fundos de investimento imobiliário (FIIs) na Administração Pública: aspectos orçamentários e financeiros. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, p. 55-82, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MENDES, Marcos. **Emenda Constitucional nº 109 (PEC Emergencial): a fragilidade e a incerteza fiscal permanecem**. 2021. Disponível em: [https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2021/03/PEC-Emergencial\\_Marcos-Mende\\_mar2021.pdf](https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2021/03/PEC-Emergencial_Marcos-Mende_mar2021.pdf). Acesso em: 24 abr. 2025.

SANCHES, Osvaldo Maldonado. Fundos federais: origens, evolução e situação atual na administração federal. **Revista de Administração Pública (RAP)**, Rio de Janeiro, v. 36, n. 4, p. 627-670, jul./ago. 2002.

SANTOS, Estela Sucasas dos. **Fundo de Investimento em Participações – FIP como instrumento de estímulo à inovação**. 2019. 171 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019.

SILVA, Glauco Fonteles Oliveira. Proposta de Emenda Constitucional nº 187/2019 – A PEC dos Fundos: rigidez orçamentária, vinculação de receita, despesas obrigatórias e dívida pública. **Revista Debates em Economia Aplicada**, n. 2, 15 dez. 2021. Disponível em: [www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/redea/article/view/6388](http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/redea/article/view/6388). Acesso em: 24 abr. 2025.

# **SHOCK ABSORBER, TRACTION E EQUILÍBRIO DINÂMICO DOS CONTRATOS: PELA NECESSIDADE DE MODOS ADAPTATIVOS, NÃO LINEARES E INFORMADOS POR SISTEMAS COMPLEXOS PARA O REEQUILÍBRIO CONTRATUAL<sup>1</sup>**

## **SHOCK ABSORBER, TRACTION AND DYNAMIC EQUILIBRIUM OF CONTRACTS: FOR THE NEED FOR ADAPTIVE, NON-LINEAR AND COMPLEX SYSTEMS-INFORMED MODES FOR CONTRACTUAL REBALANCING**



Data de submissão: 22.04.2025

Data de aceite: 08.05.2025

### **Filipe Lôbo Gomes**

Pós-doutorando em Direito pela UFPE e pela Universidade de Coimbra. Doutor em Estado, regulação e tributação indutora pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas (Ufal) e do Cesmac, lecionando na Graduação e no Mestrado. Procurador-Geral do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas.

### **Marcos Nóbrega**

Conselheiro substituto do Tribunal de Contas de Pernambuco (TCE-PE), professor associado IV da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) – Faculdade de Direito do Recife, bacharel, mestre e doutor em Direito pela UFPE, bacharel em Economia pela UFPE, bacharel em Administração pela Universidade Católica de Pernambuco (Unicap). *Visiting scholar* na Harvard Law School, *Senior fellow* na Harvard Kennedy School of Government, professor visitante na Universidade de Lisboa, *visiting scholar* na Singapore Management University e *visiting scholar* no Massachusetts Institute of Technology (MIT).

**Sumário:** 1. Do cenário atual; 2. Dos modelos clássicos ao modelo neoclássico: das dificuldades para a revisão dos contratos em um contexto de autoengano; 3. Propostas de revisão institucional do equilíbrio contratual: a teoria da complexidade como mecanismo de solução; 4. À guisa de conclusão; Referências.

**Resumo:** Este artigo tem como objetivo apresentar novos instrumentos para lidar com o equilíbrio nos contratos administrativos de longo prazo. A nova lei de licitações busca estabelecer um novo modelo, com especial ênfase ao incentivo do planejamento de longo prazo e à sustentabilidade desse planejamento. Aspectos atinentes aos modelos clássicos e neoclássicos de percepção da realidade e suas influências na ideia do equilíbrio serão apresentados como elementos essenciais à revisão dos fundamentos teóricos até então adotados. A teoria da complexidade é introduzida como ponto de guinada da ideia clássica para a reformulação e o pensamento de constructos teóricos adaptados a uma realidade cada vez mais multifacetada e pragmática. Pretende-se, por conseguinte, fomentar o debate acerca do novo marco regulatório do equilíbrio no longo prazo.

**Abstract:** This article aims to present new instruments to deal with the balance in administrative contracts. The new bidding law seeks to establish a new model, with special emphasis on encouraging long-term planning and the sustainability of this planning. Aspects related to the classic and neoclassical models of perception of reality and its influences on the idea of balance will be presented as essential elements for the revision of the theoretical

1 Artigo já publicado em: JUSTEN, Monica Spezia *et al* (Coord.). **Uma visão humanista do Direito:** homenagem ao professor Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2025. v. 3.

foundations hitherto adopted. Complexity theory is introduced as a turning point from the classical idea to the reformulation and thought of theoretical constructs adapted to an increasingly multifaceted and pragmatic reality. It is intended, therefore, to foster the debate about the new regulatory framework of balance in the long term.

**Palavras-chave:** licitações; contratos administrativos; Lei nº 14.133/2021; análise econômica; equilíbrio contratual; sustentabilidade.

**Keywords:** bidding; administrative contracts; Law No 14,133/2021; economic analysis; contractual balance; sustainability.

## 1 DO CENÁRIO ATUAL

A nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021) estabelece o equilíbrio como elemento fundamental da estrutura do contrato e informa os momentos quando o reequilíbrio será possível, alocando para a matriz de risco a internalização dos riscos que hodiernamente se entende como de certeza adequada pelo grau de desenvolvimento da ciência.

Tirante as disposições sobre repactuação e reajuste, merece reportar os seguintes dispositivos da novel Lei de Licitações por seu impacto ao desiderato do presente estudo:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

[...]

XXVII - matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência;

[...]

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.

[...]

§ 2º O contrato deverá refletir a alocação realizada pela matriz de riscos, especialmente quanto:

I - às hipóteses de alteração para o restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato nos casos em que o sinistro seja considerado na matriz de riscos como causa de desequilíbrio não suportada pela parte que pretenda o restabelecimento;

[...]

Art. 103. O contrato poderá identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis e prever matriz de alocação de riscos, alocando-os entre contratante e contratado, mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles a serem compartilhados.

[...]

§ 4º A matriz de alocação de riscos definirá o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em relação a eventos supervenientes e deverá ser observada na solução de eventuais pleitos das partes.

§ 5º Sempre que atendidas as condições do contrato e da matriz de alocação de riscos, será considerado mantido o equilíbrio econômico-financeiro, renunciando as partes aos

pedidos de restabelecimento do equilíbrio relacionados aos riscos assumidos, exceto no que se refere:

I - às alterações unilaterais determinadas pela Administração, nas hipóteses do *inciso I do caput do art. 124 desta Lei*;

II - ao aumento ou à redução, por legislação superveniente, dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato.

[...]

Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Parágrafo único. Será aplicado o disposto no *caput* deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

Art. 152. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade.

Analizados os dispositivos em questão, depreende-se que a matriz de risco internaliza os riscos previstos e presumíveis a integrar a estrutura endógena do contrato, transformando as antes externalidades em condições vinculativas aos participantes. Nesse sentido, deixa claro que ao poder público e aos particulares é possível a divisão na alocação de riscos, tudo com vistas a manter a sustentabilidade da avença.

Nesse passo, fortalecendo esse ideário, a lei de licitações e contratos traz pautas de justiça multiportas que podem ser incorporadas ao contrato como elementos exógenos e vinculantes às partes, deixando clara a opção por mecanismos de consensualização das demandas, tais quais meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

O Supremo Tribunal Federal (STF), muito embora a questão do equilíbrio singre para uma apreciação ordinária e probatória, vaza entendimento sobre sua ideia de equilíbrio, senão vejamos:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. FATO DO PRÍNCIPE. DESEQUILÍBRIO DAS CONDIÇÕES ECONÔMICAS DO CONTRATO. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO. 1. Os fundamentos apontados no recurso não são aptos a alterar a conclusão da decisão agravada. 2. *Conforme já reconhecido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a norma constitucional do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, derivada do princípio da segurança jurídica, busca conferir estabilidade ao ajuste, garantindo à contratada viabilidade para a execução dos serviços, nos moldes que motivaram a celebração do contrato (RE 571.969/DF, Rel<sup>ra</sup>. Min<sup>ra</sup>. Cármen Lúcia)*. 3. *Caracterizado o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, decorrente de nova e imprevisível incidência tributária, é desnecessário perquirir acerca de sua onerosidade excessiva para justificar a reparação dos danos daí decorrentes*. 4. Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, fica majorado em 10% o valor da verba honorária fixada anteriormente, observados os limites legais do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 902910 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 06-11-2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 16-11-2018 PUBLIC 19-11-2018)

Como visto, entende-se que o equilíbrio contratual constitucional tem fundamento no princípio da segurança jurídica, ou seja, na previsibilidade, de maneira a tornar estável o ajuste para que a contratada possa executar seus serviços, dentro do alinhamento de expectativas que motivou originalmente a celebração contratual. Esse é o estado de arte sobre o qual serão lançadas as visagens e propostas deste ensaio.

## 2 DOS MODELOS CLÁSSICOS AO MODELO NEOCLÁSSICO: DAS DIFICULDADES PARA A REVISÃO DOS CONTRATOS EM UM CONTEXTO DE AUTOENGANO

Antes de adentrar no equilíbrio contratual, necessário se torna contextualizar e delimitar quais os problemas a resolver. A análise é importante para a reformulação de postulados clássicos que não conseguem enfrentar a dinamicidade contratual decorrente da incompletude, do longo prazo e do aspecto relacional dos contratos. A grande questão é saber como e por que os contratos de longo prazo se desequilibraram? Quais as formas heterodoxas de pensar o problema do equilíbrio desses contratos? De antemão, pode-se observar que há uma miopia técnica e teórica em relação a esse ponto. O mundo pragmático dos contratos é muito mais complexo, porque se está a tratar de contratos complexos e relacionais,<sup>1</sup> incompletos<sup>2</sup> e resilientes. Esses ângulos da relação do contrato de longo prazo merecem uma atenção especial.

O Direito Administrativo clássico (ou *mainstream*) vem calcado em quatro pilares que precisam ser re-desenhados. Primeiro, a ideia da supremacia do poder público, que precisa ser rediscutida no âmbito de relações entre o Estado e o particular cada vez mais dinâmicas e fluidas. A ideia de supremacia ainda é um mantra que os manuais de Direito Administrativo costumam usar para justificar os poderes extrovertidos do Estado cristalizados nas chamadas cláusulas exorbitantes. Essa reserva de poder do Estado pode (e deve) ser utilizada em situações excepcionais (segurança nacional, por exemplo) não como integrante hodierno entre o poder público e o particular. Assim, é preciso observar que as cláusulas exorbitantes são um risco no contrato carregado pelo particular que o precificará.

O segundo pilar é a ideia de indisponibilidade do interesse público, sobretudo, hoje, com a possibilidade e avanço dos métodos alternativos de resolução de conflito. Nesse ponto, parece que a ideia mais razoável seria considerar que, se o Estado tem a disposição para celebrar contratos, também teria disposição para renegociá-los ou submetê-los à arbitragem.<sup>3</sup> Crê-se que essa é a direção mais adequada para essa discussão. Ocorre, no entanto, que essas duas primeiras âncoras estão sendo rediscutidas no Direito Administrativo atual e têm imensas repercussões nas relações contratuais, muito embora uma análise mais profunda refuja à análise deste texto.

A supremacia e a indisponibilidade do interesse público devem, pois, despir-se dos resquícios de absolutismo, voltando-se para uma ideia de democratização do direito. Desse modo, tal qual entronizado na Lei de Segurança Jurídica, ou na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB), este está muito mais afeto ao conceito de interesse geral, ou seja, aquele que busca um ponto de equilíbrio ideal entre o Estado, o mercado e cidadão. Nesse passo, dentro dessa virada ontológica, tem-se que o Estado cumprirá seu desiderato se compor, dialogar e consensualizar suas ideias perante as instituições de seu país, informado pela eficácia horizontal e vertical dos direitos fundamentais.

1 Nessa acepção, o contrato relacional é aquele cujas partes não reduzem termos fulcrais do seu entendimento a obrigações precisamente estipuladas, porque não podem ou porque não querem, e se remetem a modos informais e evolutivos de resolução da infinidade de contingências que podem vir a interferir na interdependência dos seus interesses e no desenvolvimento das suas condutas, afastando-se da intervenção judicial irrestrita como solução para os conflitos endógenos para privilegiarem o recurso a formas alternativas de conciliação de interesses, seja as que vão emergindo da relação contratual, seja as que são oferecidas pelo quadro das normas sociais. Cf. ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 395.

2 Os *regulatory contracts* qualificam-se como incompletos, categorização essa que decorre de relevante contribuição da Economic Analysis of Law para a teoria geral do contrato. São incompletos porque realisticamente impossibilitados de regular todos os aspectos da relação contratual, o que os torna naturalmente inacabados e com lacunas, que reclamarão uma tecnologia contratual capaz de resolver a infinidade de contingências que poderão surgir durante a sua execução. Cf. GARCIA, Flávio Amaral. *Dispute boards* e os contratos de concessão. In: CUÉLLAR, Leila et al. **Direito Administrativo e alternative dispute resolution**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 166, 171.

3 ARAGÃO, Alexandre. A arbitragem no direito administrativo. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 16, n. 3, p. 19-58, jul./set. 2017.

O terceiro pilar é aquele conjunto de elementos que compõem o chamado contrato clássico, que remonta ao século XIX. Esse contrato é completo, estático, com baixos custos de transação e de curto prazo. É executado de maneira linear e a informação entre as partes é livre e gratuita. Os incentivos são perfeitamente alinhados e os riscos, repartidos de forma simétrica. É claro que esse contrato somente existe em situações muito excepcionais, como em contratos *spot* de curtíssimo prazo. Mesmo assim, é difícil encontrá-lo. Ocorre que essa maneira de dispor sobre a dinâmica contratual ainda é ensinada nos manuais e nas faculdades de direito e – pasmem! – ainda alicerça as decisões administrativas e judiciais. Assim, estamos todos em um mundo do autoengano,<sup>4</sup> ou seja, achamos que os contratos são e se comportam de determinada maneira, mas a realidade insiste em desmentir essas assertivas.

O quarto pilar trata da ideia de equilíbrio e nesse ponto o jurista brasileiro, em boa parte, está em algum lugar do passado, provavelmente no século XVII, com a ideia mecanicista de equilíbrio em sua mente. Assim, é importante superar a ideia de que o equilíbrio é algo como uma balança, ou um pêndulo, e essa ideia, encapsulada pelas noções de contrato clássico do século XIX, formam os postulados do direito *mainstream* dos contratos administrativos. Não é, portanto, o contrato que se pensa existir na realidade. Essa ideia *mainstream* – repete-se a tratar de contratos de longo prazo em contextos cada vez mais densos e em grande medida multidisciplinares. Quanto mais longo é o contrato, mais distorções ele pode assumir, mais ruídos na relação contratual ele estabelece e menos linearidade ele tem. O contrato de concessão, por exemplo, enquadra-se nessa situação. Ele é um contrato dinâmico, de longo prazo, relacional e deliberadamente incompleto, neste último caso por duas razões. Primeiro, por não conseguir prever o futuro, o que gera o aumento de seu custo para a negociabilidade dos eventos que possam ocorrer no futuro. Em segundo aspecto, o custo de transação se torna cada vez mais elevado em extensas negociações contratuais, na busca de se prever todas as suas contingências. Portanto, quanto mais longo o contrato, mais intrinsecamente incompleto ele é. A pergunta mais importante, então: Como prever o futuro?

Daí a importância de redefinir o conceito de equilíbrio. O que é o equilíbrio? Onde é que ele está? Como é que se calcula?

No Brasil, depreende-se da formulação doutrinária haurida a existência de três modelos para a discussão sobre equilíbrio de contratos de longo prazo. O primeiro modelo analisa o equilíbrio de contrato baseado na mecânica e na física clássicas. A segunda abordagem vislumbra o equilíbrio com uma dimensão axiomática e o terceiro modelo vê o equilíbrio de maneira nocional, como uma estabilização das expectativas das partes.

## 2.1 Modelo mecanicista de reequilíbrio econômico-financeiro

É embasado em um sistema simétrico e linear, como um pêndulo que vai e volta para o equilíbrio, existindo uma força invisível que levaria à natural estabilização desse contrato. Portanto, essa abordagem é mecanicista e previsível em muitas circunstâncias. Quer dizer, pode-se ter uma razoável probabilidade de como o contrato se equilibrará no futuro. Isso porque o tempo nessa abordagem mecanicista não tem muita importância, considerando que o agente econômico do futuro é praticamente igual ao agente econômico do presente.<sup>5</sup>

Em análises jurídicas sobre contratos administrativos de longo prazo, tem-se destacado a necessidade de superar paradigmas ultrapassados. Tradicionalmente, a abordagem utilizada era mecanicista, inspirada nos princípios da mecânica clássica, que assume um retorno ao equilíbrio de forma previsível e

4 GIANNETTI, Eduardo. **Autoengano**. São Paulo: Editora de Bolso, 2005.

5 PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas**: tempo, caos e as leis da natureza. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996. p. 11 e ss.

linear. No entanto, tal abordagem mostra-se inadequada diante da complexidade e das dinâmicas não lineares que esses contratos apresentam.

O procedimento tradicional, ancorado no Direito Administrativo *mainstream* – largamente utilizado no Brasil e fortemente influenciado pela doutrina francesa e por autores do século passado –, não atende às exigências dos desafios contratuais da prática administrativa contemporânea. Ele se baseia em conceitos considerados obsoletos, como a simetria e gratuidade das informações, a completude contratual e a aplicação extensiva de cláusulas exorbitantes.

É crucial lembrar que, na doutrina clássica, o desequilíbrio em contratos de longo prazo é frequentemente visto como um sinal de falha. Porém, em contratos com duração de décadas, é irrealista esperar ausência de turbulências ou eventos que provoquem desequilíbrios. Portanto, o desequilíbrio em contratos de longo prazo deve ser tratado como um fenômeno comum, cabendo ao *designer* do contrato garantir sua flexibilidade e resiliência.

O modelo tradicional de reequilíbrio, repete-se, é baseado em equilíbrio econômico mecanicista e considera os contratos sistemas dinâmicos lineares que retornam a um estado de equilíbrio estável, desconsiderando o fator temporal. Esse modelo assume que as preferências e expectativas dos agentes permanecem constantes, o que não se sustenta em um contexto de dinâmicas contratuais não lineares.

Assim, observa-se que o modelo mecanicista de equilíbrio de contratos de longo prazo apresenta várias limitações. Por exemplo, ao utilizar fluxos de caixa projetados descontados para o valor presente, comparam-se cenários distintos, desconsiderando-se mudanças no ambiente e na estratégia dos agentes ao longo do tempo. Além disso, não linearidade nas relações contratuais significa que pequenas variações nas condições iniciais podem causar grandes impactos nos resultados. Essas limitações tornam o modelo inapropriado para lidar com a complexidade e dinâmica dos contratos de longo prazo, que exigem mudanças contínuas e adaptações.

## 2.2 O modelo axiomático do equilíbrio de contratos

A segunda versão é a ideia de que há uma axiomatização. Quer dizer, o equilíbrio nessa segunda visão não é uma questão mecanicista, mas é tratado como um axioma, ou seja, um pressuposto dado sobre o qual o edifício conceitual se instaura.<sup>6</sup> Para fins deste texto, chamar-se-á esse contrato de contrato neoclássico.

É uma discussão que tem relação direta com o modelo de Kennedy Arrow e Gerard Debreu.<sup>7</sup> Então, em contratos mais sofisticados, deixa-se de ter como alicerce o contrato mecanicista e se passa a ter como alicerce o equilíbrio axiológico. Nesse modelo, o equilíbrio vai existir como uma verdade, uma verdade baseada em fundamentos axiomáticos e matemáticos.<sup>8</sup>

O pressuposto axiomático é fundado na visão do modelo de equilíbrio geral. Nessa teoria, o contrato é visto como um simples processo de barganha, esvaziado de conteúdo, sendo, portanto, uma mera formalidade.<sup>9</sup> Os agentes são dotados de racionalidade ilimitada e suas ações são observáveis, verificáveis e não há custo de transação. Esse é o contrato de Arrow-Debreu.

6 PRIGOGINE, *O fim das certezas*, *op. cit.*

7 ARROW, Kenneth Joseph; HAHN, Frank. *General competitive analysis*. San Francisco: Holden Day, 1971.

8 DEBREU, Gérard. The Mathematization of economic theory. *American Economic Review*, v. 81, n. 1, p. 1-7, 1991.

9 WALRAS, Leon [1874]. *Eléments d'économie politique pure, ou théorie de la richesse sociale*. Verlag Düsseldorf: Wirtschaft und Finanzen, 1988. (Fascimile reproduction on the first edition).

A transição da economia para uma abordagem mais formalizada e axiomática influenciou significativamente a análise de contratos administrativos de longo prazo, especialmente no que se refere ao equilíbrio econômico-financeiro desses contratos. Essa ideia de equilíbrio é tratada como um “dado” que deve ser alcançado pela resolução de um conjunto de equações matemáticas.

No século XX, a matemática passou por uma transformação significativa com a adoção da abordagem axiomática, inicialmente aplicada na geometria e em outros ramos. Essa abordagem buscava criar uma base lógica e coerente a partir de axiomas fundamentais, de onde se derivavam teoremas e resultados matemáticos. Durante o século XIX, crises na matemática, como paradoxos na teoria dos conjuntos e novas geometrias não euclidianas, levaram matemáticos a adotar a axiomatização no século seguinte para resolver essas questões e promover uma estrutura organizada para o conhecimento.

No início do século XX, economistas começaram a incorporar métodos matemáticos para formalizar teorias econômicas. A teoria do equilíbrio geral, desenvolvida por Léon Walras e aprimorada por Vilfredo Pareto, foi fundamental nesse processo. A axiomatização na economia implicava a construção de modelos baseados em hipóteses claramente definidas e a derivação de conclusões lógicas dessas hipóteses, de forma similar ao que era feito na matemática.

A ideia de equilíbrio econômico-financeiro em contratos administrativos de longo prazo segue essa mesma lógica de axiomatização. Aqui, o equilíbrio é visto como solução a ser encontrada por meio de um conjunto de equações matemáticas que modelam as diversas variáveis e condições do contrato. Essa abordagem é fortemente influenciada pelo modelo Arrow-Debreu.

Gérard Debreu, em particular, foi uma figura central nesse movimento, e sua obra *Theory of Value*<sup>10</sup> é um marco na axiomatização da teoria econômica. Ele valeu-se do rigor matemático para demonstrar a existência de equilíbrios econômicos, dissociando as interpretações econômicas dos formalismos matemáticos. A abordagem de Debreu exemplificou a transformação da economia em uma disciplina que utiliza estruturas matemáticas abstratas para analisar fenômenos econômicos.

A adoção da axiomatização na matemática e na economia trouxe um novo nível de rigor e clareza, essencial para o desenvolvimento de modelos formais aplicáveis a contratos de longo prazo. Esse movimento transformou a economia em uma ciência centrada em teorias matemáticas, permitindo uma análise mais precisa e estruturada dos fenômenos econômicos e garantindo que o equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos possa ser rigorosamente alcançado por meio de equações bem definidas.

Kenneth Arrow e Gérard Debreu, por meio do modelo de equilíbrio geral, desempenharam um papel crucial na axiomatização da economia. Eles estabeleceram que, sob certas condições, um conjunto de preços pode existir de modo a equilibrar simultaneamente todos os mercados de uma economia. Essa formalização rigorosa, que utiliza conceitos de teoria dos conjuntos e topologia, permitiu que as suposições e conclusões econômicas fossem definidas e provadas com clareza matemática.

A principal contribuição de Arrow e Debreu foi demonstrar que, dadas as preferências dos consumidores e as tecnologias de produção, sempre haverá um equilíbrio de mercado, desde que certas condições sejam atendidas, como a convexidade das preferências e a continuidade das funções de produção. Essas preferências e tecnologias foram assumidas como dados que satisfazem axiomas essenciais, como completude, transitividade e convexidade, garantindo, assim, a existência de um equilíbrio.

10 DEBREU, Gérard. **Theory of Value: an axiomatic analysis of economic equilibrium**. New Haven and London: Yale University Press, 1959.

Essa axiomatização trouxe uma clareza formal inigualável para a estruturação de contratos de longo prazo. Ao definir com precisão as condições para que os contratos sejam eficientes e estáveis, os modelos de Arrow-Debreu fornecem uma base sólida para minimizar riscos e as incertezas ao longo do tempo. A análise de riscos associada a diferentes contratos se tornou mais precisa, permitindo entender melhor como as mudanças nas condições de mercado afetam a viabilidade e a sustentabilidade dos contratos de longo prazo. Além disso, ao aplicar os princípios de equilíbrio geral, garante-se que os contratos de longo prazo sejam orientados para a eficiência de Pareto, onde nenhuma parte melhora sua situação sem prejudicar outra, aspecto crucial para a estabilidade em mercados complexos.

No entanto, ao considerar a crítica fundamentada de Vinícios Klein,<sup>11</sup> percebe-se uma significativa limitação no modelo de Arrow-Debreu. Nesse modelo, os contratos são meramente formais, pois os bens e as contingências são descritos de maneira precisa e perfeita, e os agentes têm racionalidade ilimitada, com ações completamente observáveis e verificáveis, eliminando quaisquer custos de transação. Assim, os contratos Arrow-Debreu, sempre eficientes e completos, tornam-se apenas indicadores do comportamento racional dos agentes, o que não reflete a complexidade das relações contratuais no mundo real.

Entende-se que o modelo de equilíbrio geral, ao ignorar a assimetria de informação e os custos de transação, não contempla a realidade dos contratos administrativos complexos. Ele aponta que, no mundo real, os contratos administrativos são repositórios de assimetrias *ex ante*, em que os contratados incorporam custos adaptativos em seus preços e o governo enfrenta o dilema de elaborar licitações mais complexas ou empurrar as tensões para a fase de execução contratual. Nóbrega e Silva argumentam que o reequilíbrio dos contratos administrativos deve considerar a assimetria informacional e a necessidade de adaptação contínua, destacando que a solução não pode ser apenas técnica, mas deve também envolver consenso e renegociação.<sup>12</sup>

A crítica central de Klein ao modelo de equilíbrio geral reside na sua incapacidade de lidar com a incerteza e a imperfeição da informação, elementos essenciais nas relações contratuais reais. A teoria dos contratos incompletos e a teoria dos incentivos surgem como respostas a essas limitações. A primeira considera a incompletude inevitável dos contratos, enquanto a segunda se concentra em alinhar os objetivos entre principal e agente em um cenário de informação assimétrica. Ambas as teorias representam avanços significativos ao trazer um enfoque mais realista e aplicável à economia dos contratos.

Portanto, embora a axiomatização promovida por Arrow e Debreu tenha revolucionado a análise teórica, a sua aplicação prática em contratos de longo prazo exige a integração de abordagens que considerem a incerteza e a informação imperfeita. Essa integração permite maior eficiência, estabilidade e confiança nas relações econômicas, adaptando-se de forma mais realista às complexidades do mundo atual.

11 KLEIN, Vinícios. **A economia dos contratos**: uma análise microeconômica. São Paulo: CRV, julho 2020.

12 NÓBREGA, Marcos; SILVA, Eric Castro e. A reforma tributária e o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de longo prazo: a inadequação do modelo mecanicista; os pontos focais e a teoria dos múltiplos equilíbrios contratuais. **Revista Brasileiro de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 22, n. 85, p. 9-47, abr./jun. 2024.

## Quadro 1 - Tratamento do contrato no modelo Arrow-Debreu

Aspecto	Modelo Arrow-Debreu
Descrição dos bens	Precisa e perfeita
Racionalidade dos agentes	Ilimitada
Observabilidade das ações	Completa
Custos de transação	Inexistentes
Eficiências dos contratos	Sempre eficiente
Incompletude dos contratos	Inexistente
Função do contrato	Formalidade

Fonte: Síntese do pensamento do Modelo de Arrow-Debreu nas obras mencionadas.

### 2.3 O equilíbrio nocional como mecanismo de estabilização de expectativas

A terceira visão é o tema central deste ensaio. É uma ideia focada em um referencial teórico para explicar como é que as coisas são. A primeira ideia, de um equilíbrio mecanicista, é consolidada por leis e dados. A grande falha desse modelo decorre da desimportância do fator tempo, porquanto o tempo não distorceria o interesse das partes.<sup>13</sup>

Essa tese se desfaz por uma análise contextual, pois as partes mudam o seu comportamento estratégico ao longo do tempo e o modelo mecanicista não capta essa discussão, sendo esse o argumento básico do Direito Administrativo *mainstream*. Assim, surge uma primeira indagação: o equilíbrio é uma narrativa? Pela linha de entendimento mecanicista, é, sim, pois avalia o equilíbrio contratual pelo espectro formal e se distancia do seu espectro material e constitucionalmente referenciado.

No modelo de equilíbrio geral, a segunda ideia, todas as relações são ótimas e idênticas em termos de análise. A imposição é perfeita, não há custos de transação, os contratos não têm incompletude. Se o contrato é sempre eficiente, ele não passa de um indicativo por escrito do comportamento racional e maximizador de cada agente. Esse modelo é baseado na ergodicidade, ou seja, na linearidade.

E é curioso que nesse modelo de ergodicidade o tempo tem uma importância relativa, porque ele não muda os incentivos e as expectativas adaptativas das partes. O contraponto a esse modelo é que fatiamente o ambiente real no qual os contratos de longo prazo são executados é não linear, ou melhor, é não ergódico.<sup>14</sup> As expectativas são adaptativas e portanto os agentes se adaptam às mudanças no ambiente, no “estado de natureza”. Pressupor que todo contrato de longo prazo se desenrole nesse

<sup>13</sup> PRIGOGINE, **O fim das certezas**, *op. cit.*, p. 11 e ss.

<sup>14</sup> “Ergodicidade significa que um sistema é muito insensível às condições iniciais ou perturbações e detalhes da dinâmica, e isso torna mais fácil fazer afirmações universais sobre tais sistemas...” No original: “ergodicity means that a system is very insensitive to initial conditions or perturbations and details of the dynamics, and that makes it easy to make universal statements about such systems...”. Cf. ANDRÁŠIK, Ladislav. Ergodic axiom: the ontological mistakes in economics. **Creative and Knowledge Society - International Scientific Journal**, v. 5, n. 1, p. 47-65, 2015. p. 32. “A ergodicidade em sistemas (de agentes, partículas ou outros elementos) significa que as propriedades e a constituição do sistema geralmente não mudam no espaço e no tempo. Assim, você pode informar com relativa facilidade os estados futuros do sistema. Esses sistemas podem até retornar a *status* anteriores, como um sistema mecânico.” No original: “Ergodicity in systems (of agents, particles, or other elements) means that the properties and the constitution of the system usually do not change over space and time. So you can relatively easily tell future states of the system. Those systems may even return to earlier statuses, much like a mechanical system.” Cf. ELSNER, Wolfram; HEINRICH, Torsten; SCHWARDT, Henning. **The economics of complex economies**: evolutionary, institutional, neoclassical, and complexity perspectives. Oxford: Elsevier, 2015. p. 10.

ambiente de previsibilidade ontológica é o principal ponto de crítica e falha do modelo axiológico. Isso porque, na verdade, os agentes se adaptam estrategicamente ao ambiente e, o que é mais importante, mudam os seus desejos com o passar do tempo.<sup>15 16 17 18</sup>

Imagine um contrato de 30 anos de uma concessão de serviço público com uma negociação 20 anos depois da assinatura do contrato. As partes já aprenderam bastante com o passado, as partes já desejam outra coisa. Sem falar, evidentemente, de componentes adicionais que essa negociação madura estabelece, como o problema do oportunismo e do *hold-up*.

Assim, deve-se ter em mente que o contrato é uma máquina de processamento de informação, de maneira que serve como mecanismo de inventário e ponderação das assimetrias informacionais. A sua boa modelagem facilita o processamento adequado da informação, permitindo uma diminuição da assimetria informacional.

Desse modo, os paradigmas clássicos não dão conta das imperfeições do mundo real. Necessário se torna a construção de um modelo pragmático.

### 3 PROPOSTAS DE REVISÃO INSTITUCIONAL DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL: A TEORIA DA COMPLEXIDADE COMO MECANISMO DE SOLUÇÃO

Como melhor forma de compreender o fenômeno, pensa-se que o referencial teórico adequado está na teoria da complexidade,<sup>19</sup> que para alguns também é chamada de teoria do desequilíbrio.<sup>20</sup> Essa

15 Cf. ELSNER; HEINRICH; SCHWARDT, **The economics of complex economies**, *op. cit.*, p. 9.

16 A verdade é ter apreendido o ser essencial da natureza, tê-la concebido como implicitamente infinita, como o processo mesmo. Cf. POPPER, K. **The open society and its enemies**. Princeton: University Press, 1963.

17 Com efeito, deve-se ter ressalvas a mecanismos reducionistas e simplificadores, pois devem ser consideradas as influências recebidas do ambiente interno e externo, enfrentar a incerteza e a contradição, e conviver com a solidariedade entre os fenômenos existentes. Consoante Morin, a complexidade sempre existiu e se amplia continuamente, aparecendo onde o pensamento simplificador falha. Surge para desvelar que sujeito e objeto estão implicados no mesmo processo, não se constituindo em polos dicotômicos. A teoria da complexidade questiona a forma fragmentada e tradicional de visualização do conhecimento, divergindo dos métodos utilizados pelas correntes do pensamento as quais acreditam que o conhecimento ocorre de forma linear e previsível, por meio de ideias reducionistas e preconcebidas. Cf. MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000. p. 132-133.

18 A ideia central da modelagem baseada em agentes é que muitos (se não a maioria) dos fenômenos no mundo podem ser efetivamente modelados com agentes, um ambiente e uma descrição das interações agente-agente e agente-ambiente. Um agente é um indivíduo ou objeto autônomo com propriedades, ações e possivelmente metas. O ambiente é a paisagem na qual os agentes interagem e pode ser geométrico, baseado em rede ou extraído de dados reais. As interações que ocorrem entre esses agentes ou com o ambiente podem ser bastante complexas. Os agentes podem interagir com outros agentes ou com o ambiente, e não apenas os comportamentos de interação do agente podem mudar com o tempo, mas o mesmo pode acontecer com as estratégias utilizadas para decidir que ação empregar em determinado momento. Essas interações são constituídas pela troca de informações. Como resultado dessas interações, os agentes podem atualizar seu estado interno ou realizar ações adicionais. Cf. WILNSKY, Uri; RAND, William. **An introduction to agent-based modeling: modeling natural, social, and engineered complex systems with netlogo**. Cambridge: MIT Press, 2015. p. 32.

19 O termo “economia da complexidade” foi cunhado por Brian W. Arthur, do Santa Fe Institute (SFI), que liderou o Programa de Economia do SFI no final da década de 1980. No seu sentido mais geral, a economia da complexidade visa resolver problemas que consistem em sistemas complexos em economia no âmbito da ciência da complexidade. Cf. DURMUS, Deniz. Complexity in economics and beyond: Review paper. **Heritage and Sustainable Development**, v. 3, n. 1, p. 34-43, abril 2021. p. 34.

O ponto de vista da economia da complexidade considera os constituintes da economia estruturas de não equilíbrio em constante evolução. Cf. ARTHUR, W. Brian. Complexity economics: a different framework for economic thought. In **Complexity and the Economics**. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 1-22.

20 De fato, ao longo das últimas décadas, nasceu uma nova ciência, a física dos processos de não equilíbrio. Essa ciência levou a conceitos novos, como auto-organização e as estruturas dissipativas, que são hoje amplamente utilizados em áreas que vão da cosmologia até a ecologia e as ciências sociais, passando pela química e pela biologia. A física do não equilíbrio estuda os processos dissipativos, caracterizados por um tempo unidirecional, e, com isso, confere uma nova significação à irreversibilidade. Procedentemente, a flecha do tempo estava associada a processos muito simples, como a difusão, o atrito, a viscosidade. Podia-se concluir que esses processos eram compreensíveis com o auxílio simplesmente das leis da dinâmica. O mesmo não ocorre hoje em dia. A irreversibilidade não aparece mais apenas nos fenômenos tão simples. Ela está na base de um sem-número de fenômenos novos, como a formação de turbilhões, das oscilações químicas ou da radiação a laser. [...] A irreversibilidade [entropia] não pode mais ser identificada com uma mera aparência que desapareceria se tivéssemos acesso a um conhecimento perfeito. Ela é uma condição essencial de comportamentos coerentes em populações de bilhões de bilhões de moléculas. Cf. PRIGOGINE, **O fim das certezas**, *op. cit.*, p. 11.

teoria vê a economia como um sistema não necessariamente em equilíbrio, mas no qual os agentes mudam constantemente suas ações e estratégias em resposta ao estado de natureza e ao aprendizado estratégico.

Nesse aspecto, portanto, a economia pode funcionar sem um ponto de equilíbrio. Quer dizer, superar o postulado clássico de agentes maximizadores perfeitos e com presença de função de utilidade. Esses pressupostos, portanto, não são essenciais à análise da dinâmica contratual.

Evidentemente, nos contratos de longo prazo, nesse novo *approach*, não se pode falar em equilíbrio *ex ante* com base na ideia de *pacta sunt servanda*, porque essa discussão tem como alicerce a ideia da completude contratual. Ora, o pacto estabelecido naquele primeiro momento é um pacto para estabelecer as bases fundamentais.

Na verdade, quando as partes celebram o acordo, estabelecem um *gap de expectativas* e geralmente o retorno ao início não se dá dentro do ideal ergódico, mas num ambiente variável onde podem estar envolvidas perspectivas e frustrações. Portanto, a trajetória temporal do equilíbrio do contrato administrativo de longo prazo é um processo estocástico, não ergódico, não linear.

Assim, a dinâmica do contrato administrativo não pode ficar presa à ilusão de sua inércia estrutural. Por natureza, os desequilíbrios são contingências naturais do passar do tempo. O modelo contratual padrão tem por premissa situações predefinidas, ao passo que num sistema complexo os indivíduos seguem regras mais simples, pois é de sua essência o efeito tempo como suporte constante às manifestações de vontade. Não existe uma tipologia *ex post*, mas uma adaptabilidade orgânica.<sup>21</sup>

Os padrões de equilíbrio mecanicista ou axiomático no modelo Arrow-Debreu demonstram que os indivíduos devem satisfazer os axiomas da racionalidade dos economistas, quando na realidade se sabe que os agentes são parcialmente racionais.

No modelo clássico, os agentes devem otimizar isoladamente, enquanto no modelo de complexidade eles têm informações limitadas. Ainda no modelo clássico, eles entendem a economia em que funcionam, ao passo que no modelo complexo o comportamento agregado está na interação entre os indivíduos.

Como se depreende, toda a questão está encerrada no gerenciamento de informação. Em padrões clássicos, há previsibilidade. No modelo da teoria da complexidade, o que se pode fazer é precaver, pois a certeza é relativa.

### 3.1 Como estabilizar expectativas dos contratos de longo prazo?

Lançadas essas premissas, surge uma nova indagação. Como usar então esse novo modelo? Como estabilizar as expectativas em um ambiente com incerteza, não ergodicidade e carência de informação?

Há várias maneiras de fazê-lo e pode-se dividi-las em propostas de equilíbrio endógeno ou exógeno. O primeiro diz respeito a soluções de *design* contratual que ensejariam mais eficiência para a resolução de desequilíbrios. O equilíbrio exógeno advém de alternativas fora do contrato, mas promovidas por um ambiente institucional adequado e por mecanismos que promovam o reequilíbrio dos contratos sob tensão.

21 NORTH, Douglas C. Desempenho econômico através do tempo. Tradução de Antonio José Maristello Porto. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, FGV, v. 255, p. 13-30, set./dez. 2010. p. 28.

Dessa forma, no mundo real, o equilíbrio é um cálculo que estabiliza expectativas. Isso pode se dar endogenamente, por via de cláusulas contratuais que permitam a estabilização e a adaptabilidade do contrato; ou exogenamente, via renegociação ou métodos de resolução de disputas; ou ainda por um terceiro verificador, como o Judiciário, as cortes de contas ou mesmo a figura de um verificador privado independente. O verificador independente, ou a quem se pretende nominar agente de governança ou agente de equilíbrio, seria o técnico que aferirá o cumprimento das obrigações e dos indicadores, sendo o fiel da balança no momento de aquilatar a remuneração variável paga pelo poder concedente, a exemplo do que ocorre nos contratos longos como os de concessão de serviços públicos. A remuneração, nesse norte, seria adequada ao atingimento de metas e dos indicadores pactuados, influenciando diretamente a matriz de preço e de amortização dos investimentos do parceiro privado.<sup>22 23 24 25</sup>

Como visto, o modelo neoclássico tem agentes homogêneos que possuem estratégias e comportamento previsível ao longo do tempo. No modelo aqui proposto, os agentes são diferentes e mudam seu comportamento estratégico com o tempo, transformando-se e adaptando-se diante das circunstâncias,

22 “O Verificador Independente é uma entidade imparcial, não vinculada à Concessionária e nem ao Estado, que atua de forma neutra e com independência técnica, fiscalizando a execução do contrato e aferindo o desempenho da Concessionária com base no sistema de mensuração e desempenho (indicadores de qualidade) e no mecanismo de pagamento, constantes no edital.” Disponível em: [http://www.parcerias.sp.gov.br/parcerias/docs/manual\\_de\\_parcerias\\_do\\_estado\\_de\\_sao\\_paulo.pdf](http://www.parcerias.sp.gov.br/parcerias/docs/manual_de_parcerias_do_estado_de_sao_paulo.pdf). Acesso em: 30 abr. 2019.

23 “Suas atribuições, estritamente definidas no contrato de concessão, lhe permitem desempenhar o papel de aferidor, mensurador e fiscal independente, responsável por calcular, com base em parâmetros técnicos e objetivos, e lançando mão das melhores práticas de mercado, a nota de desempenho da concessionária.

Havendo discordância de qualquer das partes quanto ao resultado da avaliação do verificador independente, essas deveriam se socorrer dos mecanismos de solução de conflitos previstas nos respectivos instrumentos contratuais, não podendo, qualquer delas descartar de forma unilateral a aferição feita e fazer prevalecer sua vontade.” Cf. SANTO, Bruno Vianna Espírito; BARBOSA, Bianca Rocha; IZAR, João Filipi. O futuro do verificador independente: as recentes decisões do TCU. **Consultor Jurídico**, jun. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-25/opiniao-futuro-verificador-independente/>. Acesso em: 6 jan. 2024.

24 “Muito mais que um simples certificador de que as obrigações contratuais estão sendo cumpridas, o verificador independente deve ser visto como agente essencial para o bom funcionamento da engrenagem das concessões. Sua atuação é fundamental para ajudar na composição de desafios na execução contratual, preenchimento de lacunas, integração entre concedente, concessionária e demais stakeholders.” Cf. COHEN, Isadora; SANTANA, Luísa Dubourcq. O verificador nas concessões rodoviárias e a exigência de creditação pelo Inmetro. **Jota**, jan. 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/infra/o-verificador-nas-concessoes-rodoviaras-e-a-exigencia-de-acreditacao-pelo-inmetro-27012023>. Acesso em: 6 jan. 2024.

25 Como visto, a disciplina regulatória fala em riscos contratuais previstos e presumíveis, com a previsão da matriz de alocação, ou seja, quem será responsável, avaliando a natureza, o beneficiário e aquele que terá melhor capacidade de gerenciá-lo, voltando ao contratado a assunção pelos riscos cobertos pelas seguradoras. Ao falar em riscos contratuais, ele o internaliza como custo, tanto que seus reflexos são estimados na contratação, de maneira que áleas extracontratuais serão resolvidas por outra metodologia. O detalhe regulatório é o de se criar novo ponto de equilíbrio econômico-financeiro, sendo a matriz de risco inserida na estrutura das condições iniciais da proposta. Com a figura do verificador independente, tem-se mais um mecanismo de equilíbrio, de certa maneira exógeno, ou como se defende neste artigo, sendo contratualizado, sê-lo endógeno. Ele faria o acompanhamento concomitante da execução, resolvendo de pronto e de maneira preventiva eventuais litígios em seu Estado inicial. Isso é muito importante em contratos de longa duração, pois o risco do porvir é multidimensional e não se resolveria por técnicas avançadas de cláusulas escalonadas, negociações estruturadas etc.

No caso da matriz como elemento novo de direcionamento do equilíbrio, ela influenciará a renúncia das partes ao reequilíbrio do que foi assumido pela matriz de riscos, excepcionando as alterações unilaterais determinadas pela Administração e as hipóteses de aumento ou redução, por legislação superveniente, dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato dentre diversos outros eventos que possam impactar na matriz de preço inicialmente ajustada.

É um ponto de equilíbrio que, somado à figura de um verificador independente, ou de um agente regulatório neutro, pode fomentar mais um mecanismo de composição e solução das controvérsias surgidas durante a execução contratual. A redução da assimetria informacional na especificação da matriz de risco, então, ganha no verificador independente um meio dinâmico, não estático de retroalimentação e esclarecimento das incompletudes.

A cisão do equilíbrio em contratual e extracontratual é relevante na novel regulação. Nesse passo, então, a matriz revela a limitação da racionalidade e internaliza as externalidades negativas, tornando-a elementos inerentes ao contrato. Os demais eventos imprevisíveis serão resolvidos pela concepção clássica e usual do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos e ou pela mediação concomitante do verificador independente casado com a possibilidade de oferta de soluções técnicas interdisciplinares, transparentes, dialogadas e informadas. Isso, contudo, não revela a sinonímia de que contratual e extracontratual são o mesmo que endógeno e exógeno. Sendo o fenômeno jurídico multifacetado, os fatos, dificuldades e consequências passam a ser considerados, desde que por motivação, como elementos endógenos de qualquer relação, tal qual os artigos 21 e 22 da Lindb. Cf. GOMES, Filipe Lôbo; NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. Por uma revisão do verificador independente. Propostas de redimensionamento funcional e padrões de governança. Não seria o caso de tratá-lo como agente de eficiência privado com poderes estatais ou agente de resolução alternativa de disputas? **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 22, n. 84, p. 9-43, jan./mar. 2024.

de acordo com informações que vão captando. Isso porque está a se lidar com um ambiente de muita incerteza e a teoria da complexidade ganha relevo para entender sistemas dinâmicos, complexos, de longo prazo e os decorrentes de comportamentos imprevisíveis.

Logo, equilíbrio de longo prazo não é estático, evoluindo ao longo do tempo. Assim, sistemas fora do equilíbrio têm a capacidade de evoluir para estados mais complexos e adaptativos. Existe uma adaptabilidade que eles vão encontrar na maneira de aprender novos arranjos ao longo do tempo. O controle não capta isso, o Tribunal de Contas não capta isso e o jurista não consegue perceber a realidade. Em contratos de longo prazo, as partes envolvidas vão se adaptar com suas interações de forma autônoma para otimizar a sustentabilidade do pacto. Nesse sentido, a atenção às condições iniciais dos sistemas dinâmicos é essencial para formular o pacote de expectativas.

Com efeito, nos contratos de longo prazo, especialmente concessões de serviço público, a busca por um equilíbrio único e estático é irrealista e impraticável. Nesse passo, a intenção deve se pautar por um intervalo de “múltiplos equilíbrios” dentro do qual o contrato pode ser considerado sustentável. Essa gama de resultados aceitáveis reconhece a natureza dinâmica dos contratos de longo prazo e a inevitabilidade de mudanças nas condições externas e nas expectativas das partes ao longo do tempo. Para alcançar esse dinamismo contratual, podem ser apresentadas diversas medidas, entre elas:

- a) cláusulas de reequilíbrio: que permitem ajustes preventivos em resposta a eventos que possam desequilibrar o contrato;
- b) monitoramento contínuo e auditorias: permitem acompanhar o desempenho e a conformidade do contrato, identificando desequilíbrios em tempo hábil;
- c) mecanismos alternativos de resolução de disputas: como a arbitragem e mediação, que garantem uma resolução mais rápida e menos custosa de conflitos;
- d) gatilhos de reequilíbrio: permitem reequilíbrios automáticos e periódicos nos contratos, por exemplo, a cada cinco anos, bem como estabelecem vetores ou balizas aos processos de equilíbrio;
- e) reequilíbrio cautelar: permite ajustes preventivos em resposta a eventos com potencial de desestabilizar o contrato.<sup>26</sup>

A teoria do barquinho Klink serve para ilustrar esse ponto, pois argumenta que, devido à complexidade dos contratos de longo prazo e à presença de incertezas, é essencial incorporar mecanismos de renegociação e ajuste contratual. Em outras palavras, assim como um barco precisa de ajustes constantes para navegar em águas turbulentas, os contratos de longo prazo exigem flexibilidade e adaptabilidade para lidar com eventos imprevistos e manter um curso estável.<sup>27</sup>

Nos contratos de longo prazo, duas coisas fundamentais se apresentam como elementos de inflexão: o ruído e a turbulência no relacionamento informacional. A tecnologia começa como um ruído e gera turbulências. Nos setores sensíveis a ela, é essencial a flexibilidade contratual. A dinâmica entre coopera-

26 Cf. NÓBREGA; SILVA, A reforma tributária e o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de longo prazo, *op. cit.*

27 Cf. NÓBREGA, Marcos; TUROLLA, Frederico; VERAS, Rafael. Contratação incompleta de projetos de infraestrutura. **Infrastructure and Urbanism Studies**, 9 jul. 2023. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/372401108\\_Contratacao\\_incompleta\\_de\\_projetos\\_de\\_infraestrutura](https://www.researchgate.net/publication/372401108_Contratacao_incompleta_de_projetos_de_infraestrutura). Acesso em: 3 jun. 2024.

ção e competição é fundamental em sistemas complexos<sup>28 29</sup> e em contratos de longo prazo.<sup>30</sup> É crucial equilibrar esses elementos para promover relações sustentáveis. Se ambos chegarem a uma posição de compensações recíprocas entre cooperação e competição, formularão termos contratuais para dar vazão a esse consenso. A primeira discussão de equilíbrio endógeno é o que é consenso quanto ao modo de estabelecer o equilíbrio. É no *gap* de expectativas que se tem espaço para o consenso.

Desse modo, não são em todas as circunstâncias que o reequilíbrio é necessário, pois se os contratos fossem internalizados para serem cem por cento flexíveis, não teríamos a segurança jurídica esperada.<sup>31</sup> A primeira circunstância é quando o tipo das partes muda e quando há transformação de incentivos contratuais. A segunda é justamente o espaço de renegociações. É o que se chama, em análise econômica do direito, de *optimal bridge* ou de mudanças ótimas de contrato.

Nesses momentos é que se propõe a teoria *shock absorber* e de *traction*, (tracionamento), como mecanismos de equilíbrio dinâmico dos contratos. Nesse passo, faz-se a análise da questão comparando um veículo *off road* com um veículo de passeio. O mecanismo de absorção do impacto de um veículo de passeio é customizado para situações cotidianas e ordinárias. Lado outro, os mecanismos de absorção de veículos *off road* são dotados de modos variáveis a depender das condições do solo em que transitam. Os contratos de longo prazo precisam desses modos dinâmicos de absorção de impacto e se avançaria, de *traction*, tracionamento, pois não há como prever de maneira antecipada o que virá a acontecer no tempo e no espaço. O tracionamento viria para dar o tom da mudança em intensidade da execução ou da otimização dos contratos. Diante da analogia com os veículos quatro por quatro, existem marchas de tração para terrenos mais instáveis e menos instáveis. Essas mesmas circunstâncias fariam com que o veículo, o contrato, recebesse um tracionamento maior quando se encontrasse em ambiente menos instável e menor no sentido contrário. Pensa-se até que o tracionamento poderia ser chamado de *otimizador da eficiência do objeto do contrato*, adaptando-o de dentro as dificuldades exógenas.

Portanto, a ideia de *shock absorber* tem a ver com uma dimensão, a de adaptação a dificuldades tridimensionais de profundidade e comprimento e *traction* para dimensionar a intensidade na qual o contrato iria se adaptando ao longo do tempo, mais rápido ou mais devagar, com mais tração ou menos tração, para que os mecanismos de absorção de choques possam atuar de maneira a manter a unidade na diversidade.

Nesse sentido, entende-se que serão as circunstâncias que determinarão como isso deverá ser. Assim, mecanismos endógenos, como a teoria do barquinho de Klink e a renegociação, e exógenos, como a justiça multiportas (arbitragem, consensualismo etc.) e figuras externas ao contrato, são importantes como modos dinâmicos de avaliar as condições nas quais o contrato se portará. Eles estariam dentro da dimensão do *shock absorber*. Do lado da *traction*, teríamos a antecipação de medidas, a mudança de intensidade, qualidade ou quantidade, a mutabilidade e os níveis nos quais ela evolui. Seria algo muito mais próximo de um mecanismo para se evitar o que chamaríamos de derrapagem contratual, perda

28 "Um sistema complexo [é] um sistema no qual grandes redes de componentes sem controle central e regras simples de operação dão origem a um comportamento coletivo complexo, processamento sofisticado de informações e adaptação via aprendizagem ou evolução." Cf. MITCHELL, Melanie. **Complexity: a guided tour**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

29 "[...] sistemas complexos são sistemas com múltiplos elementos que se adaptam ou reagem ao padrão [agregado]. Através do tempo, através do ajuste e da mudança, à medida que os elementos reagem, o agregado muda; à medida que o agregado muda, os elementos mudam novamente." Cf. ARTHUR, Complexity and the Economy, *op. cit.*

30 Cf. ELSNER; HEINRICH; SCHWARDT, **The economics of complex economies**, *op. cit.*, p. 59-60.

31 Em assim sendo, a incerteza se apresenta como um componente inerente aos contratos de longo prazo, de maneira que é crucial distinguir entre incerteza ambígua, em que a capacidade de previsão é limitada, e incerteza fundamental, em que eventos são imprevisíveis. Enquanto a primeira pode ser mitigada com um bom *design* contratual, a segunda exige flexibilidade para adaptação a eventos imprevisíveis. Cf. NÓBREGA, Marcos; SILVA, Eric Castro e. A reforma tributária e o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de longo prazo, *op. cit.*

do foco ou da finalidade, diante da modificação da intensidade em sua execução ou na dinâmica de seu cumprimento.

A ideia central é de que haja mais modais de *shock absorber* e de *traction* para fazer com que o serviço flua da melhor maneira em prestígio da coletividade. Reconhecer, então, não ergodicidade, expectativas adaptativas, oferta limitada de seguros, mercado maduro de *players*, contratos incompletos, assimetria informacional, bens públicos não rivais, monopólios naturais, custos transacionais e ativos específicos é o caminho para desvelar novos postulados teóricos que a teoria da complexidade pode dar ao direito para amortizar os danos e prejuízos decorrentes do atrito e da fadiga nas relações longas. Ao fim, o que se pretende é garantir a sustentabilidade da relação de longo prazo, ou seja, o *shock absorber* e o *traction* buscam manter o sistema funcional.<sup>32</sup>

Em suma, a chave para a sustentabilidade de contratos complexos e não lineares reside na sua capacidade de adaptação por meio de mecanismos múltiplos de equilíbrio, monitoramento constante e uma abordagem flexível em relação à incerteza. Um bom *design* contratual, portanto, deve priorizar a flexibilidade e a capacidade de adaptação a longo prazo.

#### 4 À GUIA DE CONCLUSÃO

Como visto, superar os modelos clássicos e compreender que os contratos de longa duração são incompletos, complexos, relacionais e resilientes implica a reformulação dos mecanismos de equilíbrio para pensar além. Propõem-se entronizar mecanismos endógenos, como a teoria do barquinho de Klink e a renegociação, e exógenos, como a justiça multiportas (arbitragem, consensualismo etc.). A ideia central é de que esses modais sejam amortecedores, *shock absorber*, que mantenham sustentáveis os serviços e as prestações destinadas à coletividade.

A conclusão deste artigo explora, então, de maneira analítica, a necessidade de uma nova abordagem para o equilíbrio dos contratos administrativos de longo prazo, especialmente no contexto da Lei nº 14.133/2021. São lançadas luzes sobre a inadequação dos modelos tradicionais, como o mecanicista e o axiomático, que falham em capturar a complexidade inerente a esses contratos. Em vez disso, propõe-se uma abordagem que considera tanto fatores endógenos quanto exógenos para a manutenção do equilíbrio contratual.

Os fatores endógenos de equilíbrio referem-se aos mecanismos intrínsecos ao próprio contrato que permitem sua adaptação ao longo do tempo. Nesse passo, a importância da flexibilidade contratual e da capacidade de renegociação são elementos centrais para lidar com a natureza incompleta e relacional dos contratos de longo prazo. A teoria do barquinho de Klink é apresentada como metáfora para essa abordagem adaptativa, onde o contrato, assim como um barco, deve ser capaz de ajustar seu curso em resposta a mudanças nas condições ao longo do tempo. A renegociação contínua e a inclusão de cláusulas contratuais que permitam ajustes dinâmicos são vistas como essenciais para absorver choques e garantir a sustentabilidade do contrato.

Por outro lado, os fatores exógenos referem-se às influências externas ao contrato que podem afetar sua estabilidade e equilíbrio. Enfatizou-se, neste artigo, a importância de um ambiente institucional

32 Calha bem com a ideia acima, a teoria dos sistemas adaptativos complexos: os Sistemas Adaptativos Complexos (SAC) revisam e reordenam constantemente seus componentes como resposta aos estímulos que recebem do ambiente, e como rearranjos advindos das interações entre os agentes, e até mesmo como resposta às situações aleatórias e randômicas. Para Battram, o clima é um sistema complexo, mas uma organização é um sistema adaptativo complexo porque não é só complexo, mas também se adapta ao seu entorno. Ou seja, um SAC aprende cada vez que se reorganiza, e as partes que o compõem não são de todo “gratuitas”, mas estão limitadas por certos vínculos existentes entre elas. Cf. BATTRAM, Arthur. **Navegar por la complejidad**. Barcelona: Granica, 2001. p. 35. Conforme exposto, há a necessidade de mecanismos de absorção e dissipação de instabilidades para que se mantenha a unidade e diversidade inerente aos sistemas complexos.

robusto, que inclui mecanismos como a arbitragem, a mediação e outras formas de resolução alternativa de disputas, para gerenciar desequilíbrios contratuais. Essas abordagens exógenas são vistas como complementares às adaptações endógenas, fornecendo um sistema de “justiça multiportas” que permite às partes resolverem conflitos de maneira eficiente e consensual, sem recorrer necessariamente ao Judiciário. Além disso, o papel de figuras externas, como verificadores independentes ou agentes de governança, é destacado como fundamental para assegurar que os contratos sejam executados de forma a atender às expectativas adaptativas das partes envolvidas.

Ao integrar essas perspectivas endógenas e exógenas, propôs-se neste artigo uma visão de equilíbrio contratual que é dinâmica e pragmática. Em vez de buscar um equilíbrio estático e previsível, a abordagem sugerida reconhece a inevitabilidade da mudança e da incerteza nos contratos de longo prazo, propondo mecanismos que permitam ajustes contínuos e a gestão eficaz dos riscos. Assim, a sustentabilidade dos contratos não é apenas uma questão de prever o futuro, mas de criar sistemas resilientes que possam evoluir e se adaptar às circunstâncias variáveis ao longo do tempo, buscando-se unidade na diversidade.

## REFERÊNCIAS

ANDRÁŠIK, Ladislav. Ergodic axiom: the ontological mistakes in economics. **Creative and Knowledge Society - International Scientific Journal**, v. 5, n. 1, p. 47-65, 2015.

ARROW, Kenneth Joseph; HAHN, Frank. **General competitive analysis**. San Francisco: Holden Day, 1971.

ARAGÃO, Alexandre. A arbitragem no direito administrativo. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 16, n. 3, p. 19-58, jul./set. 2017.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

ARTHUR, Brian. Complexity and the Economy, **Science**, v. 284, n. 5411, p. 107-109, 1999.

ARTHUR, W. Brian. Complexity economics: a different framework for economic thought. In: **Complexity and the Economics**. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 1-22.

BATRAM, Arthur. **Navegar por la complejidad**. Barcelona: Granica, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI-MC 6.424**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 21.05.2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912218>. Acesso em: 27 maio 2020.

COHEN, Isadora; SANTANA, Luísa Dubourcq. O verificador nas concessões rodoviárias e a exigência de creditação pelo Inmetro. **Jota**, jan. 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/infra/o-verificador-nas-concessoes-rodoviarias-e-a-exigencia-de-acreditacao-pelo-inmetro-27012023>. Acesso em: 6 jan. 2024.

DEBREU, Gérard. The Mathematization of economic theory. **American Economic Review**, v. 81, n. 1, p. 1-7, 1991.

DEBREU, Gérard. **Theory of Value: an axiomatic analysis of economic equilibrium**. New Haven and London: Yale University Press, 1959.

DURMUS, Deniz. Complexity in economics and beyond: Review paper. **Heritage and Sustainable Development**, v. 3, n. 1, p. 34-43, april 2021.

ELSNER, Wolfram; HEINRICH, Torsten; SCHWARDT, Henning. **The economics of complex economies: evolutionary, institutional, neoclassical, and complexity perspectives.** Oxford: Elsevier, 2015.

GARCIA, Flávio Amaral. *Dispute boards e os contratos de concessão.* In: CUÉLLAR, Leila *et al.* **Direito Administrativo e alternative dispute resolution.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 161-174.

GELL-MANN, M. **The Quake and the Jaguar.** London: Little Brown and Co., 1994.

GIANNETTI, Eduardo. **Autoengano.** São Paulo: Editora de Bolso, 2005.

GOMES, Filipe Lôbo; NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. Por uma revisão do verificador independente. Propostas de redimensionamento funcional e padrões de governança. Não seria o caso de tratá-lo como agente de eficiência privado com poderes estatais ou agente de resolução alternativa de disputas? **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 22, n. 84, p. 9-43, jan./mar. 2024.

KLEIN, Vinícios. **A economia dos contratos: uma análise microeconômica.** São Paulo: CRV, julho 2020.

MITCHELL, Melanie. **Complexity: a guided tour.** Oxford: Oxford University Press, 2009.

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência.** 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

NÓBREGA, Marcos; SILVA, Eric Castro e. A reforma tributária e o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de longo prazo: a inadequação do modelo mecanicista; os pontos focais e a teoria dos múltiplos equilíbrios contratuais. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 22, n. 85, p. 9-47, abr./jun. 2024.

NOBREGA, Marcos; TUROLLA, Frederico; VERAS, Rafael. Contratação incompleta de projetos de infraestrutura. **Infrastructure and Urbanism Studies**, 9 jul. 2023. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/372401108\\_Contratacao\\_incompleta\\_de\\_projetos\\_de\\_infraestrutura](https://www.researchgate.net/publication/372401108_Contratacao_incompleta_de_projetos_de_infraestrutura). Acesso em: 3 jun. 2024.

NORTH, Douglas C. Desempenho econômico através do tempo. Tradução de Antonio José Maristello Porto. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 255, p. 13-30, set./dez., 2010.

PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza.** Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996.

POPPER, Karl. **The open society and its enemies.** Princeton: Princeton University Press, 1963.

SANTANA, Luísa Dubourcq. O verificador nas concessões rodoviárias e a exigência de creditação pelo Inmetro. **Jota**, jan. 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/infra/o-verificador-nas-concessoes-rodoviaras-e-a-exigencia-de-acreditacao-pelo-inmetro-27012023>. Acesso em: 6 jan. 2024.

SANTO, Bruno Vianna Espírito; BARBOSA, Bianca Rocha; IZAR, João Filipi. O futuro do verificador independente: as recentes decisões do TCU. **Consultor Jurídico**, jun. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-25/opiniao-futuro-verificador-independente/>. Acesso em: 6 jan. 2024.

WALRAS, Leon [1874]. **Eléments d'économie politique pure, ou théorie de la richesse sociale.** Verlag Dürsseldorf: Wirtschaft und Finanzen, 1988. (Fascimile reproduction on the first edition).

WILNSKY, Uri; RAND, William. **An introduction to agent-based modeling: modeling natural, social, and engineered complex systems with netlogo.** Cambridge: MIT Press, 2015.

# A SUBCONTRATAÇÃO EM CONTRATOS PÚBLICOS: UMA ANÁLISE COMPARADA ENTRE BRASIL E PORTUGAL

## ***SUBCONTRACTING IN PUBLIC CONTRACTS: A COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN BRAZIL AND PORTUGAL***



Data de submissão: 20.03.2025

Data de aceite: 22.04.2025

### **Izabella Lima Diniz**

Pós-Graduada *latu sensu* em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Dom Helder. Advogada.

### **Luísa Santos Paulo**

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre e bacharel em Direito pela mesma universidade. Advogada.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Natureza *intuitu personae* do contrato administrativo; 3. A subcontratação no ordenamento brasileiro; 4. A subcontratação na legislação portuguesa; 5. Semelhanças e diferenças da subcontratação entre Portugal e Brasil; 6. Conclusão; Referências.

**Resumo:** Este artigo analisa a subcontratação em contratos públicos, comparando os regimes jurídicos do Brasil e de Portugal. A subcontratação é apresentada como alternativa para promover a eficiência e economicidade na administração pública. Embora sujeito a críticas, é um mecanismo regulamentado em ambos os países, com foco na primazia do interesse público e no fomento a micro e pequenas empresas. No Brasil, a Lei nº 14.133/2021 trouxe inovações significativas, estabelecendo a subcontratação como a regra, permitida a menos que haja vedação expressa no edital, e exigindo a comprovação da capacidade técnica do subcontratado. Em Portugal, o Código dos Contratos Públicos (CCP) também permite a subcontratação, mas a recusa por parte da administração deve ser devidamente motivada por receio de incumprimento. As principais diferenças residem na abordagem da autorização/recusa e no grau de discricionariedade concedido à administração pública. Nota-se, em ambos os ordenamentos, uma tendência à relativização da natureza *intuitu personae* dos contratos administrativos, priorizando a execução eficiente do objeto. O estudo compara essas convergências e divergências, oferecendo uma perspectiva sobre as inovações e desafios na aplicação da subcontratação.

**Abstract:** This article analyzes subcontracting in public contracts, comparing the legal frameworks of Brazil and Portugal. Subcontracting is presented as an alternative to promote efficiency and cost-effectiveness in public administration. Although subject to criticism, it is a regulated mechanism in both countries, with an emphasis on the primacy of the public interest and the promotion of micro and small enterprises. In Brazil, Law No. 14,133/21 introduced significant innovations, establishing subcontracting as the general rule, permitted unless expressly prohibited in the public notice, and requiring proof of the subcontractor's technical capacity. In Portugal, the Public Contracts Code (Código dos Contratos Públicos – CCP) also allows subcontracting, but any refusal by the administration must be properly justified, typically based on concerns of non-performance. The main differences lie in how authorization/refusal is handled and the degree of discretion granted to public authorities. In both legal systems, there is a clear trend toward reducing the weight of the *intuitu personae* nature of administrative contracts, with a focus on the efficient execution of the contractual object. This study compares such convergences and divergences, offering insight into the innovations and challenges surrounding subcontracting in public procurement.

**Palavras-chave:** subcontratação; contratos públicos; eficiência administrativa; Lei nº 14.133/2021; Brasil; Portugal.

**Keywords:** subcontracting; public contracts; administrative efficiency; Law No. 14,133/2021; Brazil; Portugal.

## 1 INTRODUÇÃO

Em um contexto em que os interesses econômicos vigentes pressionam os entes da administração pública a realizarem ações de forma cada vez mais econômica e eficiente, bem como da necessidade de intervenções do poder público que fomentem a competitividade dos Estados, a subcontratação emerge como alternativa viável para o fomento da efetividade e economicidade dos contratos firmados pela administração.

Defensores da prática, tal como Soraya Maurity,<sup>1</sup> sustentam que a exigência de internalização de todos os serviços, em virtude de vedação da terceirização de atividades necessárias à consecução do contrato, inibiria a eficiência alocativa dos contratados. Em especial em contratos de grande vulto e complexidade, o repasse inevitável desse aumento de custo nos preços oferecidos à administração acabaria por afetar o princípio da primazia do interesse público. Por outro lado, seus críticos, tal como Ariely Valério,<sup>2</sup> afirmam que a transferência do contrato administrativo para um terceiro, sem que esse tenha sido aprovado pelo crivo do processo licitatório, implicaria um risco substancial de a atividade prestada não estar de acordo com os parâmetros e requisitos da administração, prejudicando o interesse público.

De toda sorte, independentemente de posições contrárias ou favoráveis, a subcontratação encontra previsão nos ordenamentos jurídicos no mundo todo. No Brasil, a subcontratação é regulamentada principalmente pela Lei nº 14.133/2021, por meio do seu art. 122, que estabelece as diretrizes para sua utilização nos contratos públicos. Outros países, ademais, compreendem a subcontratação como forma válida e eficiente de aumentar a produtividade e efetividade dos contratos administrativos, cabendo aqui um exercício de comparação dos tratamentos conferidos ao instituto para avaliar como a Nova Lei de Licitações e Contratos nº 14.133/2021 (NLLC) avançou em suas disposições.

Elencando-se como contraponto comparativo a legislação de Portugal, em virtude das similaridades jurídicas entre os dois países, percebe-se que ambos os países se dedicam a normatizar o instituto da subcontratação em seus referidos ordenamentos, tendo como norte a primazia do interesse público e a necessidade de garantia da manutenção da proposta mais vantajosa à administração. Ademais, é curioso também notar que, tanto no Brasil quanto em Portugal, a subcontratação possui um viés de fomento às atividades de micro e pequenas empresas, abrindo o mercado para a concorrência entre empresas menores. Contudo, existem diferenças na visão da subcontratação entre os dois países que apontam para uma evolução do instituto na doutrina brasileira, diferenças essas que merecem uma exploração mais detida, de modo a viabilizar uma análise holística das novidades em subcontratação inseridas pela NLLC.

Nesse contexto, o presente estudo destina-se a identificar confluências e divergências entre os regimes jurídicos de subcontratação em contratos públicos do Brasil e de Portugal, acrescentando ao debate sobre a eficiência e a segurança jurídica na utilização da subcontratação como instrumento de execução contratual.

1 MAURITY, Soraya Nouira Y. O princípio da livre subcontratação: uma interpretação do art. 122 da Lei nº 14.133/2020 à luz da administração por resultados. **Revista de Contratações Públicas – RCP**, n. 22, p. 169-195, set. 2022.

2 RIGUEIRA, Ariely Valério; OLIVEIRA, Douglas Luís De. A inconstitucionalidade da subcontratação na prestação de serviços públicos por particulares sem prévia licitação, após lei de terceirização no setor privado. **Revista Ciência Dinâmica**, v. 19, n. 2, p. 1-18, 2021.

## 2 NATUREZA INTUITU PERSONAE DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

O conceito de contrato baseia-se na premissa de que duas partes, por meio de um entendimento mútuo e com objetivos convergentes, podem celebrar um acordo no qual uma se obriga a cumprir certas responsabilidades e a outra assume a obrigação de fornecer a contraprestação correspondente. Dessa forma, o contrato, de maneira geral, surge da ideia de que as partes envolvidas têm a liberdade de estabelecer as condições, os direitos e deveres que regerão sua relação, fundamentadas em seus interesses individuais e no princípio da livre manifestação de vontade. Essa é a base do contrato privado, em que a liberdade contratual é o elemento central, sendo restrita apenas pela legislação, pelos preceitos morais e pelos bons costumes.

Contudo, os contratos que são celebrados pela administração pública possuem tratamento notoriamente diferenciado pelo ordenamento. A administração não contrata para fomentar seus interesses particulares, mas sim estabelece relações contratuais na busca pela realização do interesse público. Nesse sentido, os contratos administrativos estão, via de regra, sujeitos a normas e processos especiais previstos pelas legislações sobre contratação pública, que acabam por restringir a liberdade negocial entre as partes e atribuem à relação contratual uma natureza estritamente vinculada e regulamentada.

Conforme bem esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro,<sup>3</sup> os contratos celebrados pela administração pública dividem-se, quanto ao regime jurídico, em duas modalidades principais: os contratos de direito privado, como a compra e venda, a doação e o comodato, que são regidos pelo Código Civil, mas parcialmente derogados por normas de direito público; e os contratos administrativos, que, por sua vez, se subdividem em duas categorias – aqueles tipicamente administrativos, sem correspondência no direito privado, como a concessão de serviço público, de obra pública e de uso de bem público; e aqueles que, embora tenham paralelo no direito privado, se submetem a regime de direito público, a exemplo do mandato, do empréstimo, do depósito e da empreitada.

Em virtude das restrições estabelecidas pela legislação brasileira aos contratos administrativos, alguns pontos sobre a sua natureza merecem destaque. Em especial, a natureza *intuitu personae* desses contratos. Em suma, durante muito tempo, questionava-se se os contratos administrativos seriam *intuitu personae* – ou seja, firmados apenas com aquela pessoa que se sagrou vencedora de um processo licitatório e, portanto, não passível de ser cedido ou ter seu executor substituído sem que haja a descaracterização do contrato – ou se, lado outro, o mais importante seria concluir o objeto contratado, a fim de atender ao interesse público. Nesse caso, sendo possível que esses contratos sejam cedidos ou subcontratados, uma vez que a pessoa quem está executando o objeto não é o principal, mas sim a execução da avença.

Nesse sentido, percebeu-se uma evolução doutrinária sobre o tema. Há quem ainda entende o contrato administrativo como de natureza *intuitu personae*, uma vez que decorre da relação de confiança entre a administração pública e o contratado. Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>4</sup> ensina que todos os contratos administrativos que exigem licitação possuem natureza *intuitu personae*, ou seja, são celebrados com base nas condições pessoais do contratado, avaliadas durante o processo licitatório. Essa característica justifica a restrição à subcontratação e à transferência do contrato, salvo quando expressamente permitidas no edital e no contrato. Tais limitações reforçam a vinculação do contratado à boa execução do objeto.

Entretanto, e à medida que se avançou, no cenário internacional, a ideia do contrato administrativo enquanto fomento à atividade econômica e incentivadora de determinados setores prioritários e es-

3 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

4 *Ibidem*.

tratégicos, a natureza personalíssima do contrato realizado pela administração pública passou a ser tensionada por alguns doutrinadores.

Egon Bockmann Moreira<sup>5</sup> oferece uma reflexão crítica sobre a ausência do caráter *intuitu personae* nos contratos administrativos, aduzindo que, se diversas empresas competem entre si, oferecendo o mesmo valor a ser repassado à administração, o caráter personalíssimo do contrato perde sua fundamentação. Isso se deve ao fato de que, quando várias empresas possuem a experiência técnica necessária para a execução do objeto da licitação, mas a seleção é feita com base no critério do preço mais vantajoso, fica evidente que não há um vínculo *intuitu personae*. Nesse contexto, a escolha não depende de atributos pessoais ou exclusivos de uma única empresa, mas sim da conveniência e da eficiência econômica para a administração pública.

Tal posicionamento, ademais, foi corroborado em julgamento recente pelo Supremo Tribunal Federal (STF), estabelecendo um novo marco da compreensão dos contratos administrativos e sua característica *intuitu personae* no ordenamento brasileiro. No bojo da ADI nº 2.946/DF,<sup>6</sup> o Supremo entendeu que a característica personalíssima do contrato administrativo refletiria uma transposição meramente mecânica do Direito Administrativo francês. Em seu ponto mais fulcral, o julgado estabelece que o ponto do contrato administrativo é a manutenção da proposta mais vantajosa da administração, independentemente da identidade do contratado, desde que mantidas as condições licitadas e que se certifique que quem assuma o contrato também possa cumprir com as obrigações pactuadas. Conforme se vê:

Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 27, caput e § 1º, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, renumerado pela Lei nº 11.196/05. Transferência da concessão ou do controle societário da concessionária. Alegada violação do art. 175 da Constituição Federal. Vício inexistente. Isonomia e impessoalidade. Princípios correlatos do dever de licitar. Ofensa não configurada. Caráter personalíssimo ou natureza *intuitu personae* dos contratos administrativos. Superação da tese. Finalidades do procedimento licitatório. Seleção da proposta mais vantajosa, com respeito à isonomia e à impessoalidade. Garantia institucional. Possibilidade de alteração contratual objetiva e subjetiva. Concessões públicas. Peculiaridades. Caráter dinâmico e incompleto desses contratos. Mutabilidade contratual. Pressuposto de estabilidade e segurança jurídica das concessões. Finalidade da norma impugnada. Medida de duplo escopo. Transferência da concessão X subconcessão dos serviços públicos. Distinção. Formação de relação contratual nova. Improcedência do pedido. 1. A concepção de que os contratos administrativos ostentam caráter personalíssimo ou natureza *intuitu personae* “reflete uma transposição mecânica do direito administrativo francês anterior ou, quando menos, traduz um regime jurídico não mais existente” (JUSTEN FILHO, Marçal. Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 4, n. 41, maio/2005). 2. Em nosso sistema jurídico, o que interessa à Administração é, sobretudo, a seleção da proposta mais vantajosa, independentemente da identidade do particular contratado ou dos atributos psicológicos ou subjetivos de que disponha. Como regra geral, as características pessoais, subjetivas ou psicológicas são indiferentes para o Estado. No tocante ao particular contratado, basta que tenha comprovada capacidade para cumprir as obrigações assumidas no contrato. (...) (ADI 2946, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 09-03-2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-095 DIVULG 17-05-2022 PUBLIC 18-05-2022)

Ressalta-se que a ADI nº 2.946/DF concluiu pela ausência de caráter personalíssimo nas contratações públicas, reconhecendo a possibilidade de cessão dos contratos. Trata-se, portanto, de importante referência para afirmar que, em regra, os contratos firmados pela administração pública não possuem

5 MOREIRA, Egon Bockmann. **A concessão de serviço público**: breves notas sobre a atividade empresarial concessionária. Rio de Janeiro: Revista de Direito da Procuradoria Geral, Edição Especial, 2012. p. 100-112.

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2946**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em 09 mar. 2022. Publicado no DJe nº 095, de 18 maio 2022.

natureza *intuitu personae*. Tal característica somente se verifica em situações excepcionais, quando a identidade do contratado for determinante para a execução do objeto, como ocorre, por exemplo, na contratação de serviços advocatícios.

Em Portugal, o conceito de contrato administrativo está consagrado no artigo 178 do Código do Procedimento Administrativo (CPA)<sup>7</sup> e no artigo 280 do Código de Contratos Público (CCP), que o define como o acordo de vontades pelo qual é constituída, modificada ou extinta uma relação jurídica administrativa.

Complementarmente, o professor José Manuel Sérvulo Correia<sup>8</sup> descreve o contrato administrativo como um processo próprio de agir da administração pública que cria, modifica ou extingue relações jurídicas, disciplinadas em termos específicos do sujeito administrativo, entre pessoas coletivas da administração ou entre a administração e os particulares.

Ademais, em Portugal, os contratos administrativos não são, em regra, de natureza *intuitu personae*. A característica *intuitu personae* – na qual a identidade do contratado é essencial para a execução do contrato – é excepcional e se aplica apenas quando a prestação contratual exige qualidades pessoais específicas do contratado. Sara Matos<sup>9</sup> traz reflexões sobre o tema da natureza *intuitu personae* do contrato administrativo em Portugal, especialmente quando se fala em contrato de subcontratação.

A autora fundamenta que a vedação à subcontratação deve ser interpretada de forma restritiva, aplicando-se apenas quando estiver claramente demonstrado que o contrato foi celebrado em razão das qualidades pessoais do contratado. Nesses casos, a subcontratação comprometeria a essência da relação contratual, pois transferiria a execução para terceiro que não detém as características que motivaram a adjudicação. Ainda assim, Sara Matos destaca que tais situações são excepcionais no regime jurídico português, uma vez que o CCP adota um modelo de contratação pública que privilegia a objetividade, a concorrência e a execução eficiente dos contratos, não sendo comum a escolha do contratado com base em critérios pessoais. Vejamos:

Reporta-se essa à relação *intuitu personae* em que se fundou o contrato. Não cabendo neste ponto um desenvolvimento da noção de *intuitus personae*, refira-se que essa se reconduz, frequentemente, às capacidades, à idoneidade, qualidades ou características do co-contratante que hajam sido determinantes na adjudicação. Apenas quando essas sejam patentes, isto é, apenas quando o contrato haja sido concluído tendo-as em consideração, estaremos perante casos em relação aos quais se deva excluir, nos termos das referidas disposições do CCP, a admissibilidade da cessão ou da subcontratação. O que, sem dúvida, abrangerá apenas um número tendencialmente circunscrito de contratos.

Revela-se, na verdade, o art. 316.º e o regime que aí se configura, bastante favorável à cessão e à subcontratação, devendo clarificar-se, que a noção de *intuitus personae* é bastante delimitada e em nada se confunde com o princípio de execução pessoal dos contratos, o qual tem um âmbito e um sentido normativo próprio.<sup>10</sup>

Diante do exposto, observa-se que a natureza *intuitu personae* dos contratos administrativos, embora historicamente reconhecida e defendida por parte da doutrina, tem sido relativizada tanto no cenário

7 PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de novembro. Aprova o Código do Procedimento Administrativo. **Diário da República**, 1.ª série, n.º 264, 15 nov. 1991.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro. Aprova o Código dos Contratos Públicos. **Diário da República**, 1.ª série, n.º 20, 29 jan. 2008.

8 DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

9 MATOS, Sara Younis Augusto De. **Da admissibilidade da cessão da posição contratual e da subcontratação e sua autorização pelo contraente público no contexto das relações jurídico-contratuais administrativas**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2012.

10 *Ibidem*, p. 25.

brasileiro quanto no português, com base em uma compreensão mais pragmática e orientada à eficiência da contratação pública.

A tendência contemporânea, consolidada em julgados relevantes como a ADI nº 2.946/DF no Brasil e nas disposições do Código dos Contratos Públicos em Portugal, é a de limitar o reconhecimento dessa característica às hipóteses em que a pessoa do contratado efetivamente constitui elemento essencial para o cumprimento do objeto contratual. Assim, a regra passa a ser a admissibilidade da cessão e da subcontratação, desde que mantidas as condições da licitação e assegurado o interesse público, reafirmando o caráter instrumental dos contratos administrativos e privilegiando a execução eficiente e impessoal do objeto pactuado.

### 3 A SUBCONTRATAÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

A subcontratação no âmbito do Direito brasileiro foi inicialmente normatizada de forma direta pelo Decreto-Lei nº 2.300/1986,<sup>11</sup> que permitiu que partes de obras ou serviços fossem subcontratadas, desde que respeitados os limites estabelecidos pela administração pública. Esse marco legal também introduziu penalidades para casos de subcontratação total ou realização sem autorização prévia, visando ao maior controle e à fiscalização sobre o processo.

Somente em 1967 que o Decreto-Lei nº 200<sup>12</sup> introduziu os primeiros princípios administrativos modernos e incluiu, pela primeira vez, a obrigatoriedade de licitações para contratações públicas. Apesar disso, foi com o Decreto-Lei nº 2.300/1986<sup>13</sup> que a subcontratação foi normatizada diretamente, permitindo que partes da obra ou serviço fossem subcontratadas até os limites admitidos pela administração. Essa regulamentação também introduziu penalidades para subcontratações totais ou realizadas sem autorização prévia, promovendo maior controle sobre o processo.

Posteriormente, a Lei nº 8.666/1993<sup>14</sup> ampliou e detalhou as normas relacionadas à subcontratação, mantendo sua permissão, mas com restrições mais claras. Essa legislação consolidou princípios fundamentais, como transparência e eficiência, sendo reconhecida como um avanço significativo no combate à corrupção e na modernização das práticas administrativas.

As inovações no sistema de subcontratação continuaram com a Lei nº 14.133/2021,<sup>15</sup> que trouxe mudanças importantes ao modernizar as regras de licitações e contratos. Entre as novidades, destacam-se a possibilidade de comprovar a qualificação técnica por meio de atestados de subcontratados em partes específicas do contrato e a eliminação da rescisão contratual como penalidade por subcontratação. Essas alterações refletem uma evolução no sentido de flexibilizar e aprimorar o processo, sem perder de vista a necessidade de controle e responsabilização.

Nesse sentido, a Lei nº 14.133/2021 trouxe, no art. 122, §1º, a necessidade de o contratado apresentar à administração documentação que comprove a capacidade técnica do subcontratado, que será avaliada e juntada aos autos do processo correspondente. Essa exigência legal reforça a preocupação do legisla-

11 BRASIL. Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. **Diário Oficial da União**, seção 1, p. 17673, 25 nov. 1986 (Publicação Original).

12 BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Organiza a Administração Federal. **Diário Oficial da União**, seção 1, suplemento, p. 4, 27 fev. 1967 (Publicação Original).

13 BRASIL. Decreto-Lei nº 2.300/1986, *op. cit.*

14 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 (Publicação Original).

15 BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Institui normas gerais de licitação e contratação para a Administração Pública. **Diário Oficial da União**, seção 1, edição Extra – F, p. 1, 1 abr. 2021 (Publicação Original).

dor em garantir que a execução parcial do contrato, mesmo quando delegada a terceiros, mantenha os padrões técnicos e de qualidade exigidos pela administração.

É importante destacar que a Nova Lei de Licitações e Contratos não define limites percentuais máximos para a subcontratação. Contudo, é comum que os editais estabeleçam tais limites para a subcontratação de parte da obra pela contratada, com a orientação de que a contratada não atue apenas como intermediária do contrato. Assim, os órgãos responsáveis devem ser prudentes e razoáveis ao determinar o limite de percentual máximo permitido.

Acerca da matéria, o professor Marçal Justen Filho leciona que deverão ser respeitadas algumas exigências para a subcontratação, devendo a parte contratada comprovar sua viabilidade e satisfatoriedade:

A subcontratação será admitida nos termos e limites previstos no instrumento convocatório. Ademais, será exigida comprovação da viabilidade e satisfatoriedade da subcontratação. Ainda que não se estabeleça um vínculo direto e imediato entre a Administração e o subcontratado, deverá comprovar-se uma promessa de subcontratação e a idoneidade do possível subcontratado. Para isso será imprescindível que a Administração avalie requisitos que atestem a regularidade no exercício das atividades da subcontratada. Afinal, a subcontratação envolve riscos para a Administração Pública, os quais devem ser minimizados.<sup>16</sup>

Além disso, vale ressaltar que a contratada continuará obrigada a cumprir suas responsabilidades legais e contratuais, ainda que haja subcontratação, considerando que o subcontratado não estará vinculado diretamente à administração. Ao contrário, o subcontratado vincula-se exclusivamente à contratada, que, por sua vez, permanecerá a cargo de todas as obrigações advindas da contratação. Nesse sentido completa o professor Justen Filho:<sup>17</sup> “A subcontratação não produz uma relação jurídica direta entre a Administração e o subcontratado. Não será facultado ao subcontratado demandar contra a Administração por qualquer questão relativa ao vínculo que mantém com o subcontratante.”

Assim, quem responde pelos atos e omissões do subcontratado perante a administração ainda é o contratado. Nessa perspectiva, Jessé Torres Pereira Junior defende ainda na vigência da Lei nº 8.666/1993 que: “Na subcontratação, a contratada incumbe terceiro de realizar partes da obra ou do serviço que lhe foi contratado pela Administração, sem exonerar-se das responsabilidades decorrentes do contrato.”<sup>18</sup>

Atualmente, no Direito brasileiro, embora a subcontratação mantenha um vínculo com o contrato administrativo principal, ela é tratada como um acordo entre as partes envolvidas – a administração pública e o contratado principal. Dessa forma, princípios do direito privado, como a liberdade contratual, a autonomia das partes e a possibilidade de negociação livre das cláusulas, aplicam-se a esse acordo, desde que não conflitem com as disposições e exigências do contrato administrativo original.

No entanto, apesar de a subcontratação ser, em grande parte, regida pelo regime jurídico do direito privado, ela não perde sua conexão com o interesse público e as obrigações decorrentes do contrato administrativo. As partes gozam de liberdade para ajustar os termos do contrato de subcontratação, mas devem sempre respeitar os limites e objetivos do contrato administrativo principal, bem como as normas da legislação pública vigente. Essa dualidade reforça a importância de equilibrar a flexibilidade da subcontratação com a necessidade de garantir a transparência, a eficiência e o cumprimento do interesse público.

16 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 566-567.

17 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 825.

18 PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 489.

Diante dessas considerações, conclui-se que a subcontratação no sistema jurídico brasileiro está condicionada ao cumprimento de requisitos específicos. Entre eles, destacam-se a prévia autorização da administração pública, a justificativa da contratada quanto às razões da subcontratação, a motivação e presença do interesse público, a especificação no edital ou contrato do percentual permitido para subcontratação (com vedação da subcontratação total), a comprovação da idoneidade do subcontratado por meio da apresentação de documentação adequada e a manutenção das responsabilidades da contratada em relação ao cumprimento do objeto contratual pela subcontratada. Esses requisitos visam assegurar que a subcontratação seja utilizada de forma responsável e alinhada aos princípios da administração pública.

## 4 A SUBCONTRATAÇÃO NA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA

Em Portugal, a regulamentação da subcontratação em contratos públicos está prevista principalmente no Código dos Contratos Públicos (Decreto-Lei nº 18/2008),<sup>19</sup> que incorporou as diretrizes da União Europeia, como a Diretiva 2014/24/EU.<sup>20</sup> O CCP trouxe regras detalhadas para a subcontratação, exigindo autorização contratual expressa e garantindo maior controle sobre a qualificação técnica e financeira dos subcontratados. Atualmente, a prática é amplamente aceita, desde que observadas as condições estabelecidas no contrato e respeitados os princípios de transparência e igualdade.

Ainda, em Portugal, o regime jurídico da subcontratação deve estar alinhado à Lei nº 41/2015, de 3 de junho,<sup>21</sup> que introduziu alterações significativas no CCP. Essa lei transpôs para o ordenamento jurídico português as Diretivas 2014/24/UE e 2014/25/UE, ajustando os princípios e normas aplicáveis às contratações públicas para atender às exigências europeias de transparência, concorrência e eficiência. No contexto da subcontratação, a Lei nº 41/2015 estabelece regras específicas que reforçam a supervisão e o controle por parte da entidade adjudicante, especialmente no que diz respeito à qualificação dos subcontratados e à execução das suas obrigações contratuais.

O que se vislumbra do texto legal é que a subcontratação em Portugal é permitida quando não houver restrições contratuais específicas, conforme disposto no artigo 316 do Código de Contratos Públicos, e desde que sejam respeitadas determinadas condições, dispostas nos artigos 318 em diante.

Nesse contexto, o debate sobre a subcontratação em Portugal se afasta da sua possibilidade ou não e parte para um momento posterior, em que se reflete sobre a natureza jurídica desses contratos de subcontratação. Estudiosos como João Filipe Graça defendem que a inclusão de um regime jurídico de direito público não altera a natureza do contrato firmado entre as partes privadas, que permanece sendo um acordo de direito privado. Nessa perspectiva, embora o contrato contenha normas de origem pública, ele continua a ser tratado como um contrato regido pelo direito privado, com base em princípios como a liberdade contratual e a autonomia das partes.

João Filipe Graça<sup>22</sup> expõe que os contratos de subempreitada não podem ser considerados contratos administrativos. Isso ocorre porque a natureza administrativa do contrato de empreitada de obras públicas não se transfere para o contrato de subempreitada, em virtude do princípio da relatividade das relações obrigacionais. Esse entendimento permanece válido, mesmo quando os contratos de subem-

19 PORTUGAL. Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de janeiro. Aprova o Código dos Contratos Públicos. **Diário da República**, 1.ª série, nº 20, 29 jan. 2008.

20 UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à contratação pública e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. **Jornal Oficial da União Europeia**, L 94, p. 65–242, 28 mar. 2014.

21 PORTUGAL. Lei nº 41/2015, de 3 de junho. Procede à primeira alteração ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado pela Lei n. 15/2002, de 22 de fevereiro. **Diário da República**, 1.ª série, nº 107, 3 jun. 2015.

22 GRAÇA, João Filipe. Subcontratação e regime jurídico da atividade de construção. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, v. 3-4, p. 639-669, dez. 2021.

preitada fazem referência, para casos omissos, às disposições que regulam o contrato de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos:

Tendo como base o pressuposto referido, necessária será também a conclusão de que, nos contratos de subempreitada, a regra geral (dado que podem existir entidades privadas a celebrarem contratos no exercício de funções materialmente administrativas), é que não existe o envolvimento de nenhum contraente público(64), nos termos do art. 3.º do CCp. por outras palavras: em regra, não se verifica a existência de um sujeito jurídico que atue no “exercício de um poder de autoridade ou no cumprimento de deveres administrativos com vista à realização do interesse público”(65). Neste sentido, a posição sustentada pela jurisprudência é que os contratos de subempreitada não podem ser qualificados como contratos administrativos(66). De facto, a natureza administrativa do contrato de empreitada de obras públicas não se comunica ao contrato de subempreitada, desde logo por força do princípio da relatividade das relações obrigacionais, entendimento que não é alterado mesmo nos casos em que existe uma remissão, prevista nos contratos de subempreitada, para a integração de casos omissos, para as disposições que regulam o contrato de empreitada de obras públicas no CCp.<sup>23</sup>

Por outro lado, outra corrente – por exemplo, Sara Matos – entende que esses contratos devem ser considerados administrativos, mesmo quando celebrados entre particulares, uma vez que estão relacionados a funções materialmente administrativas e ao interesse público. Nesse sentido:

(...) para assinalar que tendo vindo estes contratos a ser considerados pela doutrina e pela jurisprudência nacionais, como contratos de direito privado, há já algum segmento da doutrina a defender, particularmente no que se refere ao contrato de subempreitada<sup>122</sup>, que esse deve ser considerado contrato administrativo, não obstante seja celebrado entre particulares (o empreiteiro e o subempreiteiro), posição esta para a qual propendemos, essencialmente por estar em causa uma actuação no exercício de funções materialmente administrativas.<sup>24</sup>

Um aspecto relevante sobre a subcontratação em Portugal diz respeito à discricionariedade da administração pública em relação à sua autorização. Conforme o artigo 317 do Código dos Contratos Públicos, a administração só pode recusar a subcontratação ou negar sua autorização durante a execução do contrato quando houver fundado receio de que a subcontratação aumente o risco de incumprimento das obrigações contratuais. Embora existam discussões sobre se a aceitação da subcontratação seria um ato vinculado, não há dúvidas de que a recusa da subcontratação não pode ser imotivada, devendo ser justificada com base em critérios objetivos e no interesse público. Essa abordagem reforça a importância de equilibrar a flexibilidade da subcontratação com a necessidade de garantir o cumprimento das obrigações contratuais e a proteção do interesse público.

## 5 SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS DA SUBCONTRATAÇÃO ENTRE PORTUGAL E BRASIL

Como supracitado, a subcontratação de contratos públicos no Brasil é regulada principalmente pela Lei nº 14.133/2021, que estabelece limites claros e detalhados sobre as condições de subcontratação, incluindo os tipos de serviços que podem ser subcontratados e a quantidade de subcontratados que podem ser envolvidos. Em Portugal, a subcontratação é regulada pelo Código dos Contratos Públicos, especificamente pelo Decreto-Lei nº 18/2008, que fornece diretrizes gerais e impõe maior ênfase na necessidade de autorização formal e documentação comprobatória do subcontratante.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> MATOS, *Da admissibilidade da cessão da posição contratual...*, *op. cit.*, p. 41.

O que se observou é que a principal diferença entre os ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal no que se refere à subcontratação em contratos públicos está na necessidade de autorização por parte da administração e no conceito de ser contrato administrativo ou de direito privado. No Brasil, tem-se o entendimento de que se trata de um contrato privado enquanto, em Portugal, há correntes que defendem tratar-se de um contrato administrativo.

Quanto à autorização expressa, atualmente, a subcontratação sempre será permitida, exceto se o edital trouxer vedação. É importante ressaltar que a Lei nº 8.666/1993 entendia que a subcontratação só seria permitida se a administração trouxesse essa hipótese no edital, conforme o art. 77, VI. Essa visão refletia uma postura mais restritiva, na qual a subcontratação era tratada como uma exceção, dependente de autorização explícita.

No entanto, com o advento da Lei nº 14.133/2021, houve uma mudança significativa nesse entendimento. Isso porque o art. 122 estabeleceu a subcontratação como regra, sendo sempre permitida, exceto quando a administração vedar. Isso sugere que a subcontratação, que antes era excepcional e dependia de autorização prévia, pode se tornar mais comum e passível de simples comunicação à administração.

Em Portugal, assim como ocorre na Lei nº 14.133/2021, é permitida a subcontratação em contratos públicos, tendo a negativa por parte da administração de ser devidamente motivada. Ou seja, a subcontratação é permitida *a priori*, e a administração só pode recusá-la se apresentar justificativas fundamentadas, como o aumento do risco de incumprimento das obrigações contratuais. Essa abordagem reflete uma postura mais flexível e menos discricionária por parte da administração pública portuguesa, assim como se percebe na atual conjuntura do ordenamento jurídico brasileiro.

Percebe-se, portanto, que o Direito brasileiro avançou em direção a uma perspectiva mais alinhada com a adotada em Portugal, passando de uma proibição da subcontratação sem autorização expressa para uma permissão mais ampla, na qual o silêncio da administração pode ser interpretado como aceitação. No entanto, o sistema brasileiro ainda concede maior margem de discricionariedade à administração. Enquanto em Portugal a negativa de subcontratação exige motivação, no Brasil o art. 122, §2º, da Lei nº 14.133/2021 permite que a administração restrinja a subcontratação por meio do edital de contratação.

Enquanto em Portugal o direito subjetivo à subcontratação é do particular, sendo necessário que a administração apresente motivações específicas e claras dentro das possibilidades legais de restrição a esse direito, no Brasil a restrição da subcontratação se encontra dentro do escopo do juízo de conveniência e oportunidade da administração pública, cabendo ao particular, caso entenda cabível, comprovar a ilegalidade da restrição posta pelo ente público no caso. Essa diferença revela que, embora o Brasil tenha evoluído no sentido de flexibilizar a subcontratação, ainda mantém um controle mais rígido e discricionário por parte da administração.

Ademais, enquanto a jurisprudência brasileira tem reconhecido que o contrato administrativo não é necessariamente *intuito personae*, focando-se na garantia da proposta mais vantajosa, o entendimento em Portugal é de que a subcontratação não altera o contrato principal, sendo permitida por se tratar de um contrato de natureza privada incidental ao contrato principal. As diferenças entre os dois sistemas residem no fato de que a legislação portuguesa permite a subcontratação *a priori*, com a possibilidade de negativa apenas quando devidamente motivada, enquanto a legislação brasileira, apesar de ter avançado com a Lei nº 14.133/2021, ainda permite restrições imotivadas por parte da administração. Ou seja, o Brasil tem se aproximado do entendimento de Portugal, mas ainda há nuances em cada ordenamento. Essa distinção e semelhança refletem abordagens distintas em relação ao equilíbrio entre flexibilidade e controle na execução de contratos públicos.

## 6 CONCLUSÃO

Este artigo teve como objetivo analisar a subcontratação em contratos públicos, comparando os regimes jurídicos do Brasil e de Portugal. Em um contexto de busca por maior eficiência e economicidade na administração pública, a subcontratação emerge como alternativa viável, especialmente em contratos complexos, embora enfrente críticas relacionadas a riscos e prejuízos ao interesse público.

A análise evidenciou uma evolução doutrinária e jurisprudencial em ambos os países no que tange à natureza *intuitu personae* dos contratos administrativos. Tradicionalmente vista como personalíssima e restritiva à subcontratação, essa característica tem sido relativizada. A tendência contemporânea, refletida em julgados como a ADI nº 2.946/DF no Brasil e nas disposições do Código dos Contratos Públicos em Portugal, prioriza a manutenção da proposta mais vantajosa e a execução eficiente do objeto contratual, desde que o subcontratado possua capacidade para cumprir as obrigações e o interesse público seja assegurado. A natureza *intuitu personae* é reconhecida apenas em situações excepcionais em que a identidade do contratado é essencial.

No Brasil, a subcontratação evoluiu desde regulamentações iniciais até a Lei nº 14.133/2021, que modernizou as regras e consolidou sua permissão, salvo vedação expressa no edital. A nova lei exige a comprovação da capacidade técnica do subcontratado e mantém a responsabilidade do contratado principal perante a administração. Embora regida em parte por princípios de direito privado no que tange ao acordo entre contratado e subcontratado, a subcontratação não perde sua conexão com o contrato administrativo principal e o interesse público. Requisitos como autorização prévia, justificativa, motivação, especificação no edital ou contrato, comprovação de idoneidade e manutenção das responsabilidades são cruciais.

Em Portugal, a subcontratação é regulada principalmente pelo CCP, que alinha o ordenamento com as diretrizes da União Europeia. A subcontratação é permitida por padrão, e a recusa por parte da administração deve ser devidamente motivada, baseada em fundado receio de incumprimento contratual. Existe um debate doutrinário sobre a natureza jurídica do contrato de subcontratação em Portugal, com algumas correntes defendendo que, mesmo entre particulares, ele pode ter natureza administrativa devido à sua ligação com funções materialmente administrativas e o interesse público, enquanto outras o consideram um contrato de direito privado, mantendo-se a natureza administrativa restrita ao contrato principal.

A comparação entre os dois países revelou convergências e divergências significativas. Ambos os ordenamentos priorizam o interesse público e buscam estimular a participação de empresas subcontratadas. Contudo, a principal diferença reside na abordagem da autorização/recusa. Enquanto em Portugal a subcontratação é a regra, exigindo motivação para a negativa, o Brasil, apesar de ter avançado com a Lei nº 14.133/2021 ao inverter a lógica (permitida exceto se vedada), ainda permite que a administração restrinja a subcontratação no edital sem necessidade de justificativa detalhada nesse momento, concedendo maior discricionariedade. Essa diferença aponta para uma potencial evolução na doutrina brasileira, aproximando-a do modelo português em alguns aspectos, mas mantendo peculiaridades.

Em suma, a subcontratação em contratos públicos é um instituto dinâmico, em constante evolução, que busca conciliar a eficiência administrativa com a segurança jurídica. O estudo comparado entre Brasil e Portugal, notadamente à luz das inovações trazidas pela Lei nº 14.133/2021, demonstra a complexidade e a importância de alinhar a flexibilidade na execução contratual com a necessidade de garantir o cumprimento das obrigações e a primazia do interesse público, contribuindo para o debate sobre a sua utilização como instrumento de execução contratual.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 2.926, de 18 de fevereiro de 1862. Regulamenta disposições relativas ao direito público. **Coleção de Leis do Império do Brasil**, v. 1, pt. II, p. 126, 1862 (Publicação Original). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1862-2926.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1862-2926.htm). Acesso em: 13 ago. 2024.

BRASIL. Decreto nº 4.536, de 3 de abril de 1922. Regulamenta o funcionamento de diversos serviços públicos. **Coleção de Leis do Brasil**, v. 1, p. 62, 1922 (Publicação Original). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1922-4536.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1922-4536.htm). Acesso em: 20 ago. 2024.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Organiza a Administração Federal. **Diário Oficial da União**, seção 1, suplemento, p. 4, 27 fev. 1967 (Publicação Original). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1967-0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1967-0200.htm). Acesso em: 23 ago. 2024.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. **Diário Oficial da União**, seção 1, p. 17673, 25 nov. 1986 (Publicação Original). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1986-2300.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1986-2300.htm). Acesso em: 12 out. 2024.

BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estabelece normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. **Diário Oficial da União**, p. 2745, 23 mar. 1964. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm). Acesso em: 11 set. 2024.

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 (Publicação Original). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Acesso em: 11 set. 2024.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Institui normas gerais de licitação e contratação para a Administração Pública. **Diário Oficial da União**, seção 1, edição Extra – F, p. 1, 1 abr. 2021 (Publicação Original). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2021/l14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2021/l14133.htm). Acesso em: 12 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2946**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em 09 mar. 2022. Publicado no DJe nº 095, de 18 maio 2022. Disponível em: <https://jurishand.com/jurisprudencia-stf-2946-de-18-maio-2022>. Acesso em: 10 ago. 2024.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas S.A, 2014.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. E-book. p.288. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559646784/>. Acesso em: 28 abr. 2025.

FREITAS, Rafael Vêras De. O regime jurídico do ato de transferência das concessões: um encontro entre a regulação contratual e a extracontratual. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, v. 13, n. 50, p. 167-196, abr./jun. 2015.

GRAÇA, João Filipe. Subcontratação e regime jurídico da atividade de construção. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, v. 3-4, p. 639-669, dez. 2021. Disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2021/ano-81-vol-iiiiv-juldez-2021/>. Acesso em: 6 jan. 2025.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 18. ed. São Paulo: Dialética, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2024.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MATOS, Sara Younis Augusto De. **Da admissibilidade da cessão da posição contratual e da subcontratação e sua autorização pelo contraente público no contexto das relações jurídico-contratuais administrativas**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2012.

MAURITY, Soraya Noura Y. O princípio da livre subcontratação: uma interpretação do art. 122 da Lei nº 14.133/2020 à luz da administração por resultados. **Revista de Contratações Públicas – RCP**, n. 22, p. 169-195, set. 2022.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. **A concessão de serviço público**: breves notas sobre a atividade empresarial concessionária. Rio de Janeiro: Revista de Direito da Procuradoria Geral, Edição Especial, 2012. p. 100-112.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O Direito Administrativo no século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PORTUGAL. Lei nº 41/2015, de 3 de junho. Procede à primeira alteração ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado pela Lei nº 15/2002, de 22 de fevereiro. **Diário da República**, 1.ª série, nº 107, 3 jun. 2015. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/LinkAutoComplete?Diploma-LegisId=67377968>. Acesso em: 30 abr. 2025.

PORTUGAL. Código dos Contratos Públicos (CCP): Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de janeiro. **Diário da República**, 1.ª série, nº 20, 29 jan. 2008. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/18-2008-539509>. Acesso em: 30 abr. 2025.

RIGUEIRA, Ariely Valério; OLIVEIRA, Douglas Luís De. A inconstitucionalidade da subcontratação na prestação de serviços públicos por particulares sem prévia licitação, após lei de terceirização no setor privado. **Revista Ciência Dinâmica**, v. 19, n. 2, p. 1-18, 2021.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Subcontratação e cessão de contrato administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 214, p. 145, 1 out. 1998. Disponível em: <https://revistas.direitosbc.br/fdsbc/article/view/613>. Acesso em: 5 jan. 2025.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à contratação pública e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. **Jornal Oficial da União Europeia**, L 94, p. 65–242, 28 mar. 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TX/?uri=CELEX%3A32014L0024>. Acesso em: 30 abr. 2025.

# PROVOCAÇÕES, QUESTIONAMENTOS E ANÁLISE CRÍTICA DO ART. 167-A DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

## PROVOCATION, QUESTIONS AND CRITICAL ANALYSIS OF ARTICLE 167-A OF THE FEDERAL CONSTITUTION



Data de submissão: 10.03.2025

Data de aceite: 22.04.2025

### Pedro Henrique Magalhães Azevedo

Analista de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, atualmente exercendo a função de Diretor de Fiscalização Integrada e Inteligência. Mestre em Administração Pública pela Escola de Governo da Fundação João Pinheiro. Professor da PUC Minas, da Escola de Contas do TCEMG e de cursos abertos e *in company*.

**1.** Introdução; **2.** Destinatários da norma e breve análise de interessados; **3.** Exame das vedações contidas no art. 167-A da Constituição da República; **3.1.** “Vedações facultativas”, discricionariedade do gestor, sanções pessoais e rejeição de contas; **3.2.** Exceções às vedações contidas no art. 167-A da Constituição da República; **4.** Aspecto temporal do cálculo do limite; **5.** Receitas e despesas intraorçamentárias; **6.** Superávit financeiro; **7.** Conclusão; Referências.

**Resumo:** O presente artigo analisa criticamente o art. 167-A da Constituição da República, dispositivo inserido pela Emenda Constitucional nº 109/2021 com o objetivo de estabelecer limites fiscais para estados e municípios com alto comprometimento de receitas correntes. O estudo aborda as diferentes interpretações conferidas pela Secretaria do Tesouro Nacional e pelos Tribunais de Contas, destacando as dificuldades operacionais e os desafios para a implementação uniforme da norma. Questões como a inclusão de transações intraorçamentárias e despesas custeadas com superávit financeiro no cálculo do limite são exploradas, evidenciando os impactos sobre a gestão fiscal. A pesquisa também examina o caráter facultativo das vedações e suas implicações na tomada de decisão dos gestores públicos. Conclui-se que a norma, apesar de representar um avanço na responsabilidade fiscal, necessita de maior uniformidade interpretativa para garantir sua efetividade e previsibilidade.

**Abstract:** This paper critically analyzes Article 167-A of the Federal Constitution, a provision introduced by Constitutional Amendment 109/2021 to establish fiscal limits for states and municipalities with high commitments of current revenues. The study examines the different interpretations provided by the National Treasury Secretariat and Audit Courts, highlighting operational difficulties and challenges for uniform implementation. Issues such as the inclusion of intra-budgetary transactions and expenses funded by financial surpluses in the limit calculation are explored, demonstrating their impact on fiscal management. The research also investigates the optional nature of the restrictions and its implications for public managers’ decision-making. The conclusion suggests that, while the rule represents progress in fiscal responsibility, greater interpretative uniformity is needed to ensure its effectiveness and predictability.

**Palavras-chave:** art. 167-A; responsabilidade fiscal; limites fiscais; orçamento público; Tribunal de Contas; Secretaria do Tesouro Nacional.

**Keywords:** article 167-A; fiscal responsibility; fiscal limits; public budget; Court of Audit; National Treasury Secretariat.

## 1 INTRODUÇÃO

Durante a pandemia de covid-19, a crise sanitária instalada no mundo e, em especial, no Brasil, demandou dos entes federados a adoção de medidas em diversas outras áreas além da saúde. Foram necessárias intervenções legislativas em questões como assistência social, educação e até mesmo nas regras fiscais. Essas, em especial, foram objeto de grande mudança no período.

Inicialmente, ainda no começo da pandemia, estados e municípios trataram de aplicar a redação original do art. 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), que contém medidas de flexibilização para contextos de calamidade pública. Notando que a cláusula de escape não foi suficiente, o Supremo Tribunal Federal (STF) foi acionado a fim de que novas medidas de flexibilização fiscal fossem adotadas. Sobreveio, então, a Emenda Constitucional nº 106/2020, a qual instituiu o chamado “Orçamento de Guerra”. Pouco tempo depois, foi publicada a Lei Complementar nº 173/2020, que trouxe diversas restrições adicionais e outras regras de abrandamento da LRF.

Finalmente, já no primeiro trimestre de 2021, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 109/2021, por meio da qual foram inseridos os arts. 167-A a 167-G no texto permanente da Constituição. Essas regras, na realidade, representaram a consolidação de práticas fiscais que foram bem-sucedidas antes e durante a pandemia, como é o caso das novas medidas de flexibilização em decorrência de calamidade nacional (art. 167-B) e o limite de comprometimento de receitas correntes, também chamado de “poupança corrente” (art. 167-A).

O presente artigo analisará, justamente, as interpretações conferidas pela Secretaria do Tesouro Nacional (STN) e por alguns órgãos de controle externo ao art. 167-A da Constituição da República (CR/1988). Considerando que a aferição do limite compete aos Tribunais de Contas e que o seu cumprimento é condição necessária para a celebração de operações de crédito, o exame dessa norma é necessário em virtude das poucas referências doutrinárias a respeito do tema e, de outro lado, do grande volume de pedidos de certidão protocolizados diariamente nos Tribunais de Contas por municípios interessados em celebrar operações de crédito.

Para a realização da análise crítica da norma, foram levantadas as posições de Tribunais de Contas estaduais, bem como a base dogmática do Direito Financeiro e da Contabilidade Pública. Serão examinados pontos centrais da interpretação do dispositivo constitucional, como o caráter facultativo das vedações estabelecidas pelo art. 167-A, a falta de incentivo direto para a adoção das restrições pelos demais poderes, bem como o cômputo, ou não, das despesas intraorçamentárias e daquelas custeadas com superávit financeiro. A questão a ser enfrentada, ao fim, é se a interpretação do art. 167-A da CR/1988 é uníssona ou ainda dá margem a dúvidas quanto ao alcance da norma.

## 2 DESTINATÁRIOS DA NORMA E BREVE ANÁLISE DE INTERESSADOS

A inserção do art. 167-A da CR/1988 pode ser vista como resultado do movimento de constitucionalização das normas de finanças públicas, iniciado em 2015, com a Emenda Constitucional nº 85/2015, que tratou das emendas parlamentares impositivas, bem como do momento de pandemia, que demandou dos entes federados respostas céleres para a crise sanitária, sem descuidar do aspecto fiscal.

A regra, contudo, não é nova. Desde 2017, a chamada “poupança corrente” (relação entre despesas e receitas correntes) constitui uma das dimensões de análise da capacidade de pagamentos dos estados e municípios – a Capag – para fins de concessão de garantia da União, com base nas portarias do Ministério da Fazenda (e, depois, do Ministério da Economia). Já em 2021, regra bastante semelhante foi

introduzida pela Lei Complementar nº 178/2021 na Lei Complementar nº 159/2017 como requisito para habilitação do estado interessado em aderir ao Regime de Recuperação Fiscal.

Ainda assim, o art. 167-A trouxe nuances próprias, distintas das regras anteriores, que devem ser mais bem analisadas e discutidas. A esse respeito, é importante conferir o inteiro teor da norma e dos seus incisos antes de iniciar o exame propriamente dito:

Art. 167-A. Apurado que, no período de 12 (doze) meses, a relação entre despesas correntes e receitas correntes supera 95% (noventa e cinco por cento), no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, é facultado aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público, ao Tribunal de Contas e à Defensoria Pública do ente, enquanto permanecer a situação, aplicar o mecanismo de ajuste fiscal de vedação da:

I - concessão, a qualquer título, de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração de membros de Poder ou de órgão, de servidores e empregados públicos e de militares, exceto dos derivados de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal anterior ao início da aplicação das medidas de que trata este artigo;

II - criação de cargo, emprego ou função que implique aumento de despesa

III - alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa;

IV - admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, ressalvadas

a) as reposições de cargos de chefia e de direção que não acarretem aumento de despesa

b) as reposições decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios

c) as contratações temporárias de que trata o inciso IX do caput do art. 37 desta Constituição; e

d) as reposições de temporários para prestação de serviço militar e de alunos de órgãos de formação de militares;

V - realização de concurso público, exceto para as reposições de vacâncias previstas no inciso IV deste caput;

VI - criação ou majoração de auxílios, vantagens, bônus, abonos, verbas de representação ou benefícios de qualquer natureza, inclusive os de cunho indenizatório, em favor de membros de Poder, do Ministério Público ou da Defensoria Pública e de servidores e empregados públicos e de militares, ou ainda de seus dependentes, exceto quando derivados de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal anterior ao início da aplicação das medidas de que trata este artigo;

VII - criação de despesa obrigatória;

VIII - adoção de medida que implique reajuste de despesa obrigatória acima da variação da inflação, observada a preservação do poder aquisitivo referida no inciso IV do caput do art. 7º desta Constituição;

IX - criação ou expansão de programas e linhas de financiamento, bem como remissão, renegociação ou refinanciamento de dívidas que impliquem ampliação das despesas com subsídios e subvenções;

X - concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária.

Em primeiro lugar, nota-se que os destinatários da norma são estados e municípios. A União, portanto, não está sujeita a essa regra fiscal. Especificamente, o art. 167-A nomina de forma expressa os três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e os três órgãos independentes (Ministério Público, Tribunal de Contas e Defensoria Pública). A referência clara a todos eles não é em vão, pois, mais adiante, ao tratar das consequências decorrentes da não implementação das medidas do *caput*, o §6º do art. 167-A proíbe o ente federado de receber garantias ou celebrar operações de crédito enquanto todos os poderes e órgãos não tiverem adotado as vedações. Não basta, assim, que o Executivo tenha co-

locado em prática as restrições fiscais para ficar liberado para obter garantias da União. É necessário que o Legislativo também adote as mesmas restrições.

Disso decorre outro ponto: a comprovação da adoção das medidas. Nos termos da Constituição e segundo a STN, ao editar a Nota Técnica SEI nº 57145/2022/ME, “os tribunais de contas serão responsáveis por atestar o percentual da relação entre a receita e a despesa corrente e, caso esse percentual supere 95% (noventa e cinco por cento), atestar a adoção dos mecanismos de ajustes fiscal estabelecidos”<sup>1</sup>.

Ocorre que várias das medidas de vedação são de difícil ateste tempestivo pelos Tribunais de Contas. “Criar despesa obrigatória”, por exemplo, além de ser uma restrição bastante aberta a interpretações (partindo do pressuposto de que o conceito de despesa obrigatória não se confunde com o de despesa obrigatória de caráter continuado, previsto no art. 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal), demandaria dos Tribunais de Contas o monitoramento constante da publicação de leis, resoluções e eventuais atos administrativos normativos de todos os poderes e de todos os seus jurisdicionados. Somente assim é que os órgãos de controle externo poderiam atestar a adoção dos mecanismos de ajuste fiscal.

A complexidade desse monitoramento levou a maioria dos Tribunais de Contas a cumprir sua nova obrigação constitucional de forma um pouco distinta do que se pensou inicialmente: em vez de fazer o acompanhamento contínuo, passou-se a exigir dos jurisdicionados que extrapolassem o limite de despesas e receitas correntes, uma declaração de que ele implementou todas as medidas de restrição. A existência dessas declarações no Direito Financeiro também não é novidade: a própria Lei de Responsabilidade Fiscal prevê a figura da declaração do ordenador de despesa para fins de criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental (art. 16, II, da LRF).

A questão é que a declaração, em si, apenas para o Tribunal de Contas, possui pouca força cogente para os demais órgãos e entidade da administração pública direta e indireta. Por esse motivo, alguns órgãos de controle normatizaram que a declaração deveria ser acompanhada ou mesmo materializada em um decreto do Poder Executivo. O Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul, por exemplo, ao editar a Orientação Técnica aos jurisdicionados – OTJ-TCE/MS nº 03/2021 –, assim se posicionou:

Art. 3º Superado o limite de 95% (noventa e cinco por cento) da relação entre as despesas correntes e as receitas correntes, é facultado aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público, ao Tribunal de Contas e à Defensoria Pública do ente, enquanto permanecer a situação, aplicar as vedações dispostas nos incisos de I a X do art. 167-A da CF/88, como mecanismo de ajuste fiscal.

§1º Para fins de declaração do Tribunal de Contas de que todas as medidas previstas no art. 167-A foram adotadas por todos os Poderes e órgãos nele mencionados, na forma do § 6º do referido dispositivo, na remessa do RREO o Chefe do Poder Executivo deverá encaminhar:

I - declaração, dispondo sobre a eventual aplicação dos mecanismos de ajustes fiscais previstos nos incisos I a X do artigo 167-A da CF/88, englobando todos os Poderes e Órgãos pertencentes ao ente governamental; e

II – ato normativo de vigência imediata que ampara a declaração do Chefe do Poder Executivo.

Ainda assim, nos termos do §6º do art. 167-A da CR/1988, tem-se que a comprovação da adoção das restrições deve se dar por todos os poderes e órgãos independentes. Ou seja, o decreto do Poder Executivo atestando a adoção das medidas restritivas é condição necessária, mas não suficiente, para liberar

1 BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. **Nota Técnica SEI nº 57145/2022/ME**. Dispõe sobre o cálculo e interpretação do art. 167-A da Constituição da República. Disponível em: <https://www.gov.br/tesouro>. Acesso em: 20 fev. 2025.

a celebração de operações de crédito e o recebimento de garantias. Isso porque ele obriga apenas os órgãos do próprio Executivo, não alcançando outros poderes.

No caso dos municípios, é preciso, portanto, que a Câmara Municipal também edite ato próprio formal em que atesta o cumprimento das vedações e, em relação aos estados, é preciso que a Assembleia Legislativa, o Tribunal de Justiça, o Tribunal de Contas – se houver, o Tribunal de Contas do(s) Município(s) –, o Ministério Público e a Defensoria Pública também expeçam atos próprios formais, por meio dos quais comprovem a adoção das medidas. Se um dos poderes ou órgãos independentes deixar de editar o respectivo ato, o ente federado como um todo permanecerá com as restrições.

A esse respeito, o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, na Instrução Normativa nº TC-32/2023, bem delimitou os atos a serem expedidos por cada um dos poderes:

Art. 3º Na hipótese de o ente ter superado o limite de 95% (noventa e cinco por cento) da relação entre as despesas correntes e as receitas correntes, é facultado aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público, ao Tribunal de Contas e à Defensoria Pública do ente, enquanto permanecer a situação, aplicar as vedações dispostas nos incisos de I a X do art. 167-A da CF/88, como mecanismo de ajuste fiscal.

§ 1º Para fins de comprovação, perante o TCE/SC, de que todas as medidas previstas no art. 167-A foram adotadas por todos os Poderes e órgãos nele mencionados, na forma do § 6º do referido dispositivo, o ente deverá comprovar:

I – no caso de municípios:

a) a edição de decreto do Chefe do Poder Executivo que determina a implementação das medidas de ajuste fiscal previstas nos incisos I a X do caput do art. 167-A da CF/88, no âmbito daquele Poder;

b) a edição de ato da Mesa Legislativa que determina a implementação das medidas de ajuste fiscal previstas nos incisos I a X do caput do art. 167-A da CF/88, no âmbito daquele Poder;

II – no caso do Estado:

a) a edição de decreto do Chefe do Poder Executivo que determina a implementação das medidas de ajuste fiscal previstas nos incisos I a X do caput do art. 167-A da CF/88, no âmbito daquele Poder;

b) a edição de ato, por parte dos demais Poderes e órgãos, que determina as medidas de ajuste fiscal previstas nos incisos I a X do caput do art. 167-A da CF/88, no âmbito do respectivo Poder ou órgão.

No mesmo sentido, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais assim se posicionou, na Portaria 87/PRES./2023:

Art. 1º A solicitação de fornecimento da declaração prevista no § 6º do art. 167-A da Constituição da República será remetida ao Presidente do Tribunal de Contas, acompanhada, obrigatoriamente, dos seguintes documentos:

I – declaração subscrita pelo chefe do Poder Executivo quanto às medidas de ajuste fiscal, previstas nos incisos I a X do art. 167-A da Constituição da República, já implementadas por todos os Poderes e órgãos do ente federado;

II – ato normativo de vigência imediata que comprove a adoção das medidas pelo Poder Legislativo;

III – ato normativo de vigência imediata que comprove a adoção das medidas pelo Poder Executivo

Não é comum – embora não haja proibição para tanto – a celebração de operações de crédito tendo por destinatário final do serviço, da obra ou do fornecimento contratados outro poder que não o Executivo.

Diante disso, as restrições de obtenção de garantia e contratação de empréstimos previstas no §6º do art. 167-A da CR/1988 pouco afetam os demais poderes. Ao contrário, implementar as vedações constantes do *caput* do art. 167-A demanda esforço e gera desgastes políticos muito maiores nos gestores dos demais poderes (não se está analisando o aspecto técnico, jurídico ou financeiro da questão).

Verifica-se, portanto, que a norma posta contém pouco estímulo para os chefes dos demais poderes, que não o Executivo, adotarem as vedações, principalmente considerando que elas são facultativas (como se verá adiante) e que os custos em as implementar é substancialmente maior do que eventuais benefícios, que ficam concentrados no Poder Executivo. Para o Executivo, por outro lado, caso pretenda celebrar operações de crédito, é fundamental que os demais poderes sejam conscientizados da importância de adoção das vedações, ainda que eles não sejam diretamente beneficiados por eventuais empréstimos ou garantias.

Noutros termos, a articulação política e a conscientização da adoção, ou não, das medidas de vedação é fundamental para o sucesso da implementação da regra fiscal.

### **3 EXAME DAS VEDAÇÕES CONTIDAS NO ART. 167-A DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA**

#### **3.1 “Vedações facultativas”, discricionariedade do gestor, sanções pessoais e rejeição de contas**

As vedações constantes dos incisos do art. 167-A da CR/1988 também não são de todo novas. Os três primeiros incisos já estavam presentes no ordenamento jurídico brasileiro desde 2000 como vedações impostas aos poderes e órgãos independentes que extrapolassem o limite prudencial de despesas com pessoal, conforme consta do art. 22, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal. Já os incisos IV a VIII são inspirados nas restrições fiscais vigentes durante a pandemia de covid-19, consoante se depreende do art. 8º da Lei Complementar nº173/2020. O inciso X, igualmente, guarda semelhança com uma das restrições aplicáveis ao ente federado durante o Regime de Recuperação Fiscal (art. 8º, IX, da Lei Complementar nº 159/2017).

Apenas no que diz respeito à proibição de criar ou expandir programas e linhas de financiamento, bem como de remir, negociar ou refinanciar dívidas que impliquem ampliação das despesas com subsídios e subvenções, é que o art. 167-A da CR/1988 de fato trouxe nova possibilidade de restrição para estados e municípios que ultrapassem a relação de 95% entre despesas e receitas correntes.

Diferentemente das regras contidas na Lei de Responsabilidade Fiscal ou na Lei Complementar nº 159/2017, as vedações contidas no art. 167-A da CR/1988 são de adoção facultativa pelos poderes e órgãos independentes, ou seja, pode-se optar, ou não, pela implementação das medidas. Ainda que o intuito da regra seja aumentar a poupança corrente do ente federado, a ausência de obrigação expressa em adotar as vedações leva à conclusão de que existe margem de discricionariedade suficiente para que o gestor pondere os custos e os benefícios da adoção, ou não, das vedações.

Em alguns casos, por exemplo, o município pode não ter a necessidade de celebrar operações de crédito no curto espaço de tempo, mas, por outro lado, ter a intenção de adquirir mais materiais de consumo ou de nomear mais servidores – sem que se chegue a uma situação de déficit orçamentário. Nessa situação, dado o caráter facultativo da norma, poderia o gestor optar por não implementar as vedações. Por outro lado, caso a necessidade do município seja contratar empréstimos para uma obra específica, a adoção das medidas de vedação será prioritária para o gestor.

Nesse contexto, caso um dos gestores dos órgãos destinatários do art. 167-A opte por não implementar alguma das vedações, as consequências previstas pela CR/1988 resumem-se (i) à proibição de concessão, por qualquer outro ente da federação, de garantias ao ente envolvido e (ii) à restrição à tomada de operação de crédito por parte do ente envolvido com outro ente da federação, diretamente ou por intermédio de seus fundos, autarquias, fundações ou empresas estatais dependentes, ainda que sob a forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente, ressalvados os financiamentos destinados a projetos específicos celebrados na forma de operações típicas das agências financeiras oficiais de fomento.

É importante destacar que as únicas consequências da não adoção das medidas de vedação são de caráter institucional, isso é, atingem o município ou o estado. Não há na Constituição nem em outra norma sanções pecuniárias de caráter pessoal, voltadas para o gestor que deixou de implementar alguma das vedações. Desse modo, baseando-se no princípio da ausência de pena sem prévia cominação legal, previsto no art. 5º, inciso XXXIX, da CR/1988, aplicável primordialmente no âmbito do Direito Penal – mas extensível, também, ao Direito Administrativo Sancionador –, tem-se não ser possível a aplicação de multas pecuniárias em virtude da opção do gestor de não adotar as vedações contidas no art. 167-A.

Já em relação a eventual rejeição de contas, a situação é um pouco diferente. O conceito de “contas” e, principalmente, o conteúdo e o escopo de análise e emissão de parecer prévio em relação a essas contas variam bastante entre os Tribunais de Contas. Em recente decisão, no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 366, cujo julgamento finalizou em 21 de fevereiro de 2025, o ministro Gilmar Mendes, relator da ação, fez alusão ao artigo de Anelise Florêncio de Menezes e Patrícia Vasconcelos Rocha em que as autoras afirmam que “o parecer prévio elaborado pelo Tribunal de Contas e encaminhado ao Poder Legislativo pertinente consubstancia documento por meio do qual se *explicitam os elementos técnicos* levados em consideração na apreciação das contas anuais do Chefe do Poder Executivo”<sup>2</sup>.

Tais elementos técnicos mencionados pelas autoras tomam como base o objetivo contido no art. 81 da Lei nº 4.320/64 de “verificar a probidade da administração, a guarda e legal emprego dos dinheiros públicos e o cumprimento da Lei de Orçamento”, bem como o que o “desempenho da arrecadação em relação à previsão, destacando as providências adotadas no âmbito da fiscalização das receitas e combate à sonegação, as ações de recuperação de créditos nas instâncias administrativa e judicial, bem como as demais medidas para incremento das receitas tributárias e de contribuições”, a que o art. 58 da Lei de Responsabilidade Fiscal faz referência.

Partindo dessas diretrizes, a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (Atricon) sistematizou, por meio da Resolução 01/2021<sup>3</sup>, o conteúdo mínimo sugerido para os pareceres prévios. Entre os pontos levantados pela associação, destaca-se a “apreciação da execução orçamentária, financeira e fiscal” (item 38.1, III). Mais adiante, a Atricon orienta os Tribunais a emitir opinião adversa quando detectar:

39.2, V – inobservância dos princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais relativos à gestão fiscal responsável, em especial quanto ao(s) ou à(s): a) *equilíbrio financeiro*, aos limites ou condições para inscrição em restos a pagar, dívida pública, operações de crédito, concessão de garantias e despesas com pessoal fixados pelas normas de finanças públicas e pelas resoluções do Senado Federal; [...]. (Grifo nosso)

2 MENEZES, Anelise Florencio de; MAPURUNGA, Patrícia Vasconcelos Rocha. Parecer prévio das contas anuais do Governador: um estudo na evidenciação pelos Tribunais de Contas Estaduais. **Revista Controle: Doutrinas e Artigos**, Fortaleza, v. 14, n. 1, 2016, p. 108-125. p. 108.

3 ATRICON – ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL. **Resolução Atricon nº 01/2021**. Dispõe sobre os parâmetros mínimos para a análise das contas dos Chefes do Poder Executivo pelos Tribunais de Contas. Disponível em: <https://www.atricon.org.br>. Acesso em: 2 fev. 2025.

Ressalta-se que inexistem previsão legal de sanções pecuniárias pessoais para os casos de extrapolação dos limites de despesas com pessoal (art. 20, LRF), de dívida pública (art. 30, LRF), de operações de crédito (art. 32, LRF) e de concessão de garantias (art. 40, LRF). Ainda assim, vários desses pontos, em especial a extrapolação do limite de despesas com pessoal, compõem o escopo de análise e de emissão de parecer prévio pela rejeição das contas na maioria dos órgãos de controle externo. Ou seja, a ausência de expressa previsão legal quanto a sanções de natureza pecuniária pessoal não tem mitigado a competência dos Tribunais de Contas – prevista no art. 71, I, da CR/1988 – de se posicionarem pela rejeição das contas de prefeitos e governadores quando normas de gestão fiscal responsável são descumpridas.

Diante disso, ainda que o art. 167-A da CR/1988 trate de vedações facultativas e não preveja sanções pecuniárias pessoais ao gestor, tal fato não impede eventual emissão de parecer prévio pela rejeição das contas, se o Tribunal de Contas considerar que, no *caso concreto*, a conduta do gestor comprometeu o equilíbrio financeiro e normas jurídicas de gestão fiscal responsável. Obviamente que, para tanto, deverão ser consideradas a discricionariedade do gestor e as suas dificuldades reais, conforme estabelece a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Vale lembrar, a propósito, que o parecer prévio pela rejeição de contas não constitui sanção em sentido estrito, uma vez que não há o exercício do poder punitivo pelo Tribunal de Contas, em sede de parecer prévio.

### **3.2 Exceções às vedações contidas no art. 167-A da Constituição da República**

Como visto, se um dos chefes dos poderes e órgãos independentes deixar de adotar as medidas de vedação, duas restrições institucionais passam a recair sobre o ente federado: (i) proibição de concessão, por qualquer outro ente da federação, de garantias ao ente envolvido e (ii) restrição à tomada de operação de crédito por parte do ente envolvido com outro ente da federação, diretamente ou por intermédio de seus fundos, autarquias, fundações ou empresas estatais dependentes, ainda que sob a forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente, ressalvados os financiamentos destinados a projetos específicos celebrados na forma de operações típicas das agências financeiras oficiais de fomento.

Quanto à primeira restrição, nota-se que a proibição de conceder garantias atinge apenas outros entes federados. Ela não se estende a outras instituições financeiras privadas. Ou seja, a União estaria impedida de conceder garantia em uma operação de crédito celebrada por banco privado com determinado município que tiver descumprido o limite do art. 167-A da CR/1988 e não implementado as vedações. Por outro lado, não há impedimento para que instituição financeira privada atue como garantidora nesse negócio jurídico.

Nota-se, ainda, que o §6º do art. 167-A da CR/1988 não menciona, expressamente, as entidades da administração indireta. Sabe-se que a Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu art. 40, §6º, proíbe as entidades da administração indireta de conceder garantia. No entanto, o §8º desse mesmo artigo exclui as instituições financeiras estatais das regras de garantia aplicáveis aos entes federados. Isso pode levar ao entendimento de que bancos públicos, por exemplo, poderiam – mesmo no caso do §6º do art. 167-A da CR/1988 – conceder garantias a estados e municípios.

Com efeito, a Lei de Responsabilidade Fiscal, ao fazer referência aos entes federados (União, estados, municípios e Distrito Federal), incluiu no conceito “as respectivas administrações diretas, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes” (art. 1º, §3º, I, a, LRF). Assim, se a instituição financeira se enquadrar como dependente – o que, para esse tipo de serviço, tende a ser raro –, a concessão de garantias na hipótese do §6º do art. 167-A estaria vedada. Por outro lado, sendo o banco público

uma estatal *não* dependente, aí as normas de responsabilidade fiscal deixariam de se aplicar a ele por força do art. 1º, §2º, da LRF, tornando um pouco mais segura a interpretação de que tal instituição, por se enquadrar como independente, poderia conceder garantias mesmo na hipótese do §6º do art. 167-A da CR/1988.

Já em relação à restrição de tomada de operação de crédito, a Constituição foi expressa ao mencionar a administração direta, os fundos, as autarquias, fundações e empresas estatais dependentes. Ou seja, quanto a esse ponto, não restam dúvidas: bancos públicos ou outras instituições financeiras da administração indireta que se enquadrarem como estatais não dependentes podem celebrar operações de crédito com entes federados que tiverem extrapolado o limite do art. 167-A da CR/1988 e não implementado as vedações.

Além disso, mesmo diretamente com o ente federado ou com uma estatal não dependente, é possível que o estado ou o município celebre o contrato de empréstimo, desde que o objeto pactuado se enquadre como financiamento destinado a projeto específico e seja celebrado na forma de operação típica das agências financeiras oficiais de fomento.

#### 4 ASPECTO TEMPORAL DO CÁLCULO DO LIMITE

Para cálculo do percentual de despesas e receitas correntes, a CR/1988 fixou que a apuração do percentual tomará como base o período de doze meses. Considerando que a verificação é bimestral, utiliza-se a base móvel, em que, com o passar do tempo, exclui-se o último mês e inclui-se o mais atual. Essa é a mesma forma de cálculo utilizada, por exemplo, para se apurar a Receita Corrente Líquida (RCL) e o limite de despesas com pessoal.

Se, de um lado, manter a base móvel de doze meses, já utilizada para cálculo dos limites de despesa com pessoal, pode tornar a regra mais clara e acessível para os destinatários, de outro, vai na contramão da tendência contemporânea de normas orçamentárias e fiscais que não se limitam a apenas um exercício financeiro.

A doutrina clássica de Direito Financeiro, há tempos, apresenta o princípio da anualidade como uma das normas que orienta a aplicação e a interpretação desse ramo jurídico. Segundo Caldas Furtado, “o princípio da anualidade estabelece que o orçamento deve ser projetado para determinado período”<sup>4</sup>. Na mesma linha, Rosa Júnior sustenta as seguintes razões que fundamentam o referido princípio:

- a) A previsão orçamentária não pode ter uma existência ilimitada, sob pena de ficar fora do alcance da capacidade humana;
- b) Sendo periódico o orçamento, há muito maior controle quanto à sua execução;
- c) O contribuinte está mais protegido, eis que, periodicamente, se pode fazer uma revisão da carga tributária e adaptá-la às necessidades do Estado, que, como se sabe, variam no tempo e no espaço.<sup>5</sup>

Ocorre que, nos últimos 35 anos, tem-se presenciado um movimento de expandir as normas de Direito Financeiro para outros exercícios. Até a promulgação da CR/1988 de 1988, havia apenas duas regras nesse sentido: a reabertura de créditos especiais e extraordinários autorizados nos últimos quatro meses do ano e o chamado “orçamento plurianual”. Com a então nova Constituição, o “orçamento pluri-

4 CALDAS FURTADO, José de Ribamar. **Direito Financeiro**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 88.

5 ROSA JÚNIOR, José Emygdio F. da. **Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário**. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 86.

nual” foi transformado e readaptado no plano plurianual, instrumento mais efetivo e mais completo do que o seu antecessor.

Já no início dos anos 2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal ampliou o escopo de outro instrumento de planejamento: a Lei de Diretrizes Orçamentárias. Os entes federados passaram a ter de estabelecer metas fiscais para o exercício de referência da Lei Orçamentária Anual e para os dois subsequentes. Além disso, a LRF trouxe regras sobre a necessidade de estimativa de impacto orçamentário e financeiro, contemplando dois exercícios financeiros futuros, para renúncias de receitas e para criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental.

As despesas obrigatórias de caráter continuado, conceituadas como aqueles gastos correntes, fruto de atos normativos, que ultrapassam dois exercícios financeiros, também receberam tratamento específico. Finalmente, no campo da despesa com pessoal e da dívida consolidada líquida, a LRF previu a trajetória de retorno aos limites máximos em, no mínimo, dois quadrimestres, o que, em certos casos, ultrapassa um exercício financeiro.

Seguindo essa tendência de regras fiscais plurianuais, a Lei Complementar nº 141/2012, que regulamentou o percentual mínimo de aplicação de recursos em ações e serviços públicos de saúde, também previu a obrigatoriedade de o ente federado aplicar o montante correspondente ao cancelamento de restos a pagar que compôs o índice até o término do exercício seguinte.

Em 2019, a Emenda Constitucional nº 102/2019 inseriu o § 14 no art. 165 da Constituição da República, o qual, de forma inovadora, previu que “a lei orçamentária anual poderá conter previsões de despesas para exercícios seguintes, com a especificação dos investimentos plurianuais e daqueles em andamento”.

Na mesma linha, a Lei Complementar nº 200/2023, que instituiu o chamado “regime fiscal sustentável”, alterou diversos dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal para exigir que o projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias estabeleça metas anuais para três anos para a União, bem como para demonstrar o efeito esperado e a compatibilidade, no período de dez anos, do cumprimento das metas de resultado primário sobre a trajetória de convergência da dívida pública. Soma-se a isso a instituição formal do “marco fiscal de médio prazo”, instrumento de planejamento inspirado no *medium term expenditure framework*, defendido por organismos como o Banco Mundial<sup>6</sup> e o Fundo Monetário Internacional<sup>7</sup>.

A evolução dos últimos 35 anos demonstra que o Brasil saiu do contexto focado no princípio da anualidade e restrito a apenas um exercício financeiro e caminhou para o cenário de plurianualidade das regras fiscais. Isso proporciona visão mais abrangente e atenta à série histórica e à evolução de receitas, despesas e das políticas públicas como um todo.

O indicador do art. 167-A da CR/1988, contudo, parece ter seguido trilha oposta. Isso porque esse percentual já era aplicado, desde 2017, para aferição da Capacidade de Pagamento de Estados e Municípios, a Capag, apurada pela Secretaria do Tesouro Nacional para fins da concessão de garantias pela União, da suficiência de contragarantias e do custo de operações de crédito.

6 OZER, Ceren; STOTSKY, Janet G.; BRUMBY, Jim; MASSAD, Joseph. **Medium-Term Expenditure Frameworks Revisited**. Washington, D.C.: World Bank, 2023. Disponível em: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/099103123092041103/pdf/P1710511d8f0fb01919e381309624bbb7e9.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2025.

7 CURRISTINE, Teresa R.; ADENAUER, Isabell; ALONSO-ALBARRAN, Virginia; GRINYER, John; TEE, Koon Hui; WENDLING, Claude P.; MORETTI, Delphine. **How to Develop and Implement a Medium-Term Fiscal Framework**. Washington, D.C.: International Monetary Fund, 2024. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Publications/imf-how-to-notes/Issues/2024/09/27/How-to-Develop-and-Implement-a-Medium-Term-Fiscal-Framework-555581>. Acesso em: 8 mar. 2025.

A Capag foi instituída pela Portaria nº 501/2017 do Ministério da Fazenda, contemplando, entre os seus indicadores de cálculo, a poupança corrente (despesa corrente dividida pela receita corrente ajustada). Atualmente, ela é regida pela Portaria Normativa MF nº 1.583/2023 e, com pequenos ajustes em relação a 2017, ainda toma como base três indicadores: o endividamento (Dívida Consolidada Bruta dividido pela Receita Corrente Líquida), a liquidez relativa (disponibilidade de caixa bruta menos obrigações financeiras divididos pela receita corrente) e, finalmente, a poupança corrente.

Para fins de verificação da capacidade de pagamento de estados e municípios, atribui-se nota a cada um dos indicadores e, depois, analisando o conjunto das notas dos três indicadores, chega-se à nota final da Capag. Especificamente em relação à poupança corrente – o embrião do art. 167-A da CR/1988 –, a STN atribui nota A se as despesas correntes forem menores do que 85% das receitas correntes; B se elas forem maiores ou iguais a 85% e menor do que 95%; e C se elas forem maiores ou iguais a 95% das receitas correntes.

Esse cálculo, no entanto, não toma como base as despesas e as receitas correntes de um exercício financeiro apenas. Desde 2017, a apuração do indicador de poupança corrente da Capag leva em consideração a média ponderada dos três últimos exercícios, atribuindo peso 0,5 para o exercício mais recente, 0,3 para o segundo mais recente e 0,2 para o último. Essa ponderação, além de estar mais alinhada à tendência contemporânea de expansão das regras fiscais para mais de um exercício financeiro, ainda minimiza o impacto de receitas e despesas extraordinárias ou temporárias em determinado mês (um precatório ou um recurso de acordo, por exemplo), considera a tendência de crescimento ou queda dessas variáveis e dá margens para que o gestor consiga equalizar, da forma como ele achar mais conveniente, a utilização do superávit financeiro.

Ocorre que o art. 167-A da CR/1988, embora tenha aproveitado a mesma base de cálculo, as mesmas variáveis e até o mesmo padrão de notas (já que o §1º do referido artigo ainda estabelece um nível de 85% sem sanções), não adotou a lógica de ponderação dos últimos três exercícios financeiros. Ao contrário, optou pela base móvel de doze meses, que, de um lado, é mais conhecida pelos destinatários (pois está presente no cálculo da RCL e da despesa com pessoal), mas, de outro, não absorve os pontos positivos da base de três exercícios.

Sendo assim, eventos pontuais que geram aumento de receita impactarão substancialmente o índice. Caso se adotasse a base plurianual, esse evento teria o seu impacto amortizado por 50% no primeiro ano, depois 30% e, em seguida, 20%. Ou seja, diluem-se receitas esporádicas no índice, mesmo admitindo que tais excepcionalidades frequentemente aparecem. Da mesma forma, uma grande despesa, por exemplo, com a contratação de serviços de manutenção predial de toda a administração pública teria seu impacto no numerador suavizado caso a forma de cálculo plurianual da Capag fosse adotada, em vez dos doze meses móveis.

De toda sorte, considerando que o Direito Financeiro brasileiro é complexo, por si só, a adoção do cálculo plurianual, em conjunto com outros limites baseados na lógica dos doze meses, poderia gerar grandes dúvidas nos destinatários e comprometer a aplicação da regra constitucional.

## 5 RECEITAS E DESPESAS INTRAORÇAMENTÁRIAS

As transações intraorçamentárias – tanto mediante ingresso (receitas) como mediante saída (despesas) de recursos públicos – são técnicas concebidas para evitar a dupla contabilização de valores no mesmo ente federado. Segundo a 11ª edição do *Manual de contabilidade aplicada ao setor público*, essas transações representam:

operações que resultem de despesas de órgãos, fundos, autarquias, fundações, empresas estatais dependentes e outras entidades integrantes dos orçamentos fiscal e da seguridade social decorrentes da aquisição de materiais, bens e serviços, pagamento de impostos, taxas e contribuições, quando o receptor dos recursos também for órgão, fundo, autarquia, fundação, empresa estatal dependente ou outra entidade constante desses orçamentos, no âmbito da mesma esfera de governo.<sup>8</sup>

As receitas e despesas intraorçamentárias não constam da Lei nº 4.320/1964. Na realidade, elas foram inseridas no ordenamento jurídico-contábil por meio das Portarias Interministeriais STN/SOF nº 688/2005 e 338/2006. A primeira criou a modalidade de aplicação 91 (aplicação direta decorrente de operação entre órgãos, fundos e entidades integrantes dos orçamentos fiscal e da seguridade social) e a segunda, as categorias econômicas 7 e 8 (receita corrente intraorçamentária e receita de capital intraorçamentária). A esse respeito, Albuquerque, Medeiros e Feijó explicam que:

Tendo em vista a necessidade de identificar as operações relacionadas com receitas e despesas no âmbito do próprio ente público, de modo que se anulem os efeitos das múltiplas contabilizações decorrentes de sua inclusão no orçamento para fins de consolidação das contas públicas, bem como para fins de apuração da Receita Corrente Líquida, foi incluída, no âmbito da classificação da despesa, Modalidade de Aplicação '91 – Aplicação Direta Decorrente de Operação entre Órgãos, Fundos e Entidades Integrantes dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social'. Assim, ao realizar uma despesa em que o beneficiário seja uma entidade integrante do próprio ente público que por sua vez deverá integrar os orçamentos fiscal e/ou da seguridade social, a despesa deverá ser classificada na modalidade '91', para que seja identificada como despesa intraorçamentária e a contrapartida na entidade beneficiária será o registro de receita intraorçamentária.<sup>9</sup>

É interessante mencionar que o próprio art. 2º, §2º, da Portaria Interministerial STN/SOF nº 338/2006 é claro ao dispor que “as classificações ora incluídas não constituem novas categorias econômicas de receita, mas especificações das categorias econômicas corrente e capital”. Quando um município arrecada determinado tributo e utiliza os recursos para contratar e pagar por serviços de sua estatal dependente, não deverão ser reconhecidas duas receitas correntes – uma pelo município, fruto do tributo, e outra pela estatal, decorrente do recebimento pelo serviço –, pois assim o mesmo recurso seria contabilizado duas vezes.

Para evitar esse problema, o município registra a receita corrente advinda do tributo (por exemplo: R\$ 1.000.000,00); realiza o empenho no valor de R\$ 200.000,00 para a sua estatal, na modalidade de aplicação 91 (ou seja, uma despesa corrente intraorçamentária); a estatal reconhece a receita corrente intraorçamentária no mesmo valor de R\$ 200.000,00; e, quando efetivamente empregar esses recursos, por exemplo, no pagamento de seus empregados, ela efetuará uma despesa corrente (por exemplo, R\$ 100.000,00). Orçamentariamente, haverá quatro registros: receita corrente de R\$ 1.000.000,00, despesa corrente intraorçamentária de R\$ 200.000,00, receita corrente intraorçamentária de R\$ 200.000,00 e despesa orçamentária de R\$ 100.000,00. Financeiramente, contudo, há apenas R\$ 1.000.000,00 – e não R\$ 1.200.000,00 (soma das receitas orçamentárias e intraorçamentárias).

Com essa técnica, é possível segregar as despesas orçamentárias das intraorçamentárias, impedindo a dupla contabilização do mesmo valor.

Sendo assim, pode-se afirmar que a receita intraorçamentária não constitui nova receita ou novo recurso financeiro, mas, sim, um valor já contabilizado e registrado como receita orçamentária, que,

8 BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional – STN. **Manual de contabilidade aplicada ao setor público**. 11. ed. Brasília, DF: STN, 2023. p. 69. Disponível em: <https://www.gov.br/tesouro>. Acesso em: 14 fev. 2025.

9 ALBUQUERQUE, Claudiano; MEDEIROS, Márcio; FEIJÓ, Paulo Henrique. **Gestão de finanças públicas**. 4. ed. Brasília: Gestão Pública, 2022. v. 1, p. 256.

posteriormente, foi ou será transferido a órgão ou entidade integrante do orçamento fiscal ou da seguridade social. Essa transferência, contudo, quando se aperfeiçoa, não implica, também, dedução do valor original registrado como receita. Mantém-se a receita corrente arrecadada pelo valor bruto e registram-se as transações intraorçamentárias separadamente (mesmo que, sob o prisma financeiro, não tenha havido ingresso de novo recurso).

No que diz respeito à apuração do percentual constante do art. 167-A da Constituição da República, a Secretaria do Tesouro Nacional, ao editar a Nota Técnica SEI 57145/2022/ME, consignou o entendimento de que “as receitas e despesas intraorçamentárias serão consideradas para essa apuração”. Alguns Tribunais de Contas, por outro lado, não compartilharam desse entendimento. O órgão de controle externo do Espírito Santo, por exemplo, ao editar a Nota Técnica SEGEX 005, de 17 de setembro de 2021, adotou as orientações da STN, “exceto quanto a consideração das despesas e receitas intraorçamentárias na base de cálculo”.

Algumas questões surgem quando se analisa essa orientação da STN, sendo a primeira a competência dela própria – como órgão central de contabilidade da União – para normatizar a matéria.

Para essa análise preliminar, é fundamental separar os conceitos de “normas gerais de Direito Financeiro” e “normas gerais de consolidação das contas públicas”. A edição de regras gerais e abstratas sobre Direito Financeiro e Finanças Públicas é de competência concorrente da União, dos estados e do Distrito Federal (art. 24, I, da CR/1988) e deve ser exercida por meio de leis complementares (art. 163, I, da CR/1988).

Já a edição de normas gerais de consolidação das contas públicas foi atribuída ao órgão central de contabilidade da União (art. 50, §2º, da LRF), no caso, a STN, por força do art. 17, I, da Lei nº 10.180/2001. Recentemente, o art. 163-A da CR/1988, incluído pela Emenda Constitucional nº 108/2020, reforçou que os entes federados deverão enviar suas informações e dados contábeis, orçamentários e fiscais, conforme periodicidade, formato e sistema estabelecidos pelo órgão central de contabilidade da União, de forma a garantir a rastreabilidade, a comparabilidade e a publicidade dos dados coletados, os quais deverão ser divulgados em meio eletrônico de amplo acesso público.

A lei complementar é, portanto, o vetor jurídico adequado para impor aos entes federados obrigações e formas de cálculo para apuração de indicadores fiscais, ao passo que instruções normativas, portarias e notas técnicas podem dispor sobre a operacionalização dessas obrigações. Não é possível, assim, à luz das normas constitucionais, que um ato infralegal editado pelo órgão central de contabilidade da União possa impor a estados e municípios regras de cálculo que não encontram respaldo na Constituição ou em leis complementares.

Por esse motivo, as notas técnicas editadas pela STN, quando tratam do art. 167-A, devem ser vistas como *soft law* ou recomendações. Elas podem orientar ou direcionar os municípios e estados quanto à aplicação do indicador fiscal, mas não inovar no ordenamento jurídico. Diante disso, no eventual conflito entre o entendimento da STN e do Tribunal de Contas, prevaleceria a posição do órgão de controle externo, até porque é ele o competente para apurar o indicador e para fiscalizar a gestão fiscal local ou regional.

O segundo ponto diz respeito à dupla contabilização para fins do indicador fiscal do art. 167-A da CR/1988. Como visto, as receitas intraorçamentárias não configuram nova categoria econômica, mas, sim, especificações de uma categoria econômica já existente (corrente ou capital). Ou seja, se se arrecada R\$ 1.000.000,00 e se transfere, por meio de operação intraorçamentária, R\$ 300.000,00 para uma estatal dependente, não se tem R\$ 1.300.000,00 de receita corrente, mas os mesmos R\$ 1.000.000,00 originais.

Ao se adotar o entendimento da Secretaria do Tesouro Nacional constante da Nota Técnica SEI 57145/2022/ME, contabiliza-se o mesmo recurso duas – ou até mais – vezes. Uma quando do ingresso nos cofres públicos e outra quando do reconhecimento da receita na segunda entidade integrante do orçamento fiscal ou da seguridade social, após a transação. O mesmo ocorre com as despesas: computa-se uma despesa no momento da transação intraorçamentária e outra quando da efetiva saída dos recursos dos cofres públicos.

Vale lembrar que a Lei de Responsabilidade Fiscal, ao trabalhar o cálculo de Receita Corrente Líquida, variável frequentemente empregada para aferição de limites fiscais, que, no entanto, não foi adotada no cálculo do art. 167-A da CR/1988, estabeleceu que “a receita corrente líquida será apurada somando-se as receitas arrecadadas no mês em referência e nos onze anteriores, *excluídas as duplicidades*” (art. 2º, §3º, LRF, grifo nosso). Sobre o assunto, confira o que o *Manual de demonstrativos fiscais* da própria STN diz a respeito das duplicidades na RCL:

A boa prática contábil, que prima pela transparência, recomenda que todas as demonstrações sejam apresentadas tanto de forma isolada quanto conjunta (conforme determina a LRF), e em termos brutos, evidenciando cada uma das deduções realizadas. No entanto, no caso do RCL, cabe ao ente da Federação apresentar o seu valor consolidado que servirá de parâmetro para os limites. Nessa consolidação, deverão ser excluídas as duplicidades, as quais não se confundem com as deduções, que devem inicialmente integrar a receita corrente bruta.

Portanto, as receitas intraorçamentárias (contrapartida da modalidade 91) deverão ser excluídas do cálculo por caracterizarem duplicidades, uma vez que representam operações entre entidades integrantes do mesmo orçamento fiscal e da seguridade social. Ou seja, as receitas intraorçamentárias não poderão ser computadas nas linhas referentes às receitas correntes brutas e também não poderão ser deduzidas. Nesse contexto, a contribuição patronal para o Regime Próprio de Previdência dos Servidores – RPPS, por configurar uma duplicidade, não será computada na linha Contribuições e não será deduzida.<sup>10</sup>

Sem a exclusão das duplicidades, conforme ocorre com a RCL, tanto receitas como despesas ficam infladas com recursos que, simplesmente, não existem no plano financeiro. Poder-se-ia pensar, de forma simplista, que a contabilização do mesmo valor a título de transação intraorçamentária no numerador (despesa corrente) e no denominador (receita corrente) representaria soma zero e não traria efeito prático algum. Esse raciocínio, contudo, não procede. Isso porque a razão entre dois números – ou seja, o cálculo percentual da “poupança corrente” – depende não apenas do valor absoluto que se está adicionando ou retirando, mas da porcentagem que esse valor representa em relação ao total.

Caso se acrescente R\$ 15.000,00 (a título de receita intraorçamentária) no denominador – receita corrente – de R\$ 100.000,00, tem-se que foi adicionado 15% do valor inicial. Já se se acrescentar os mesmos R\$ 15.000,00 (a título de despesa intraorçamentária) no numerador – despesa corrente – de R\$ 94.500,00, o percentual de aumento em relação ao valor inicial será de aproximadamente 15,85%. Ao adicionar esse valor tanto no numerador quanto no denominador, o percentual da despesa corrente em relação à receita corrente sai de uma situação de normalidade (94,5%) para 95,22% (superior ao limite máximo do art. 167-A da CR/1988).

Outro ponto a se destacar quanto às transações intraorçamentárias é que nem sempre elas ocorrem no mesmo momento. Ao contrário do que se possa imaginar: uma despesa intraorçamentária não gera, automaticamente, uma receita intraorçamentária. Isso se dá pelo fato de que receitas e despesas são reconhecidas em momentos distintos: receitas no momento da arrecadação e despesas no empenho,

<sup>10</sup> BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional – STN. **Manual de Demonstrativos Fiscais (MDF)** 2024. Brasília, DF: STN, 2024. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br>. Acesso em: 20 fev. 2025. p. 213.

conforme art. 35 da Lei federal nº 4.320/1964. É possível, então, empenhar uma despesa intraorçamentária em determinado mês e só pagá-la em mês subsequente. Com isso, o registro da arrecadação também ficará para o mês seguinte.

Considerando que a base é móvel e composta apenas por doze meses, essa dissociação do momento de reconhecimento entre receitas e despesas intraorçamentárias pode também distorcer o indicador.

Vale lembrar que o Tesouro Nacional, na Nota Técnica SEI 57145/2022/ME, considera que, para fins do cálculo do art. 167-A da CR/1988, devem ser computadas as despesas liquidadas e os restos a pagar não processados inscritos ao fim do exercício financeiro. O fato de se ter adotado o momento da liquidação – embora possa gerar dúvidas quanto à legalidade face ao disposto no art. 35 da Lei federal nº 4.320/1964 – não impacta o raciocínio tecido acima. Isso porque o mais próximo que se pode chegar da equivalência entre despesa e receita intraorçamentária é no efetivo pagamento – desembolso de recurso e reconhecimento do ingresso –, e não na liquidação ou no empenho.

Diante disso, a contabilização das transações intraorçamentárias no cálculo do art. 167-A da CR/1988 tende a trazer mais distorções do que benefícios, na prática.

## 6 SUPERÁVIT FINANCEIRO

O último ponto a título de questionamento diz respeito ao cômputo de despesas correntes custeadas com superávit financeiro de exercícios anteriores no cálculo do limite do art. 167-A da CR/1988.

Sabe-se que o art. 43, §1º, I, da Lei federal nº 4.320/1964 elenca o superávit financeiro apurado em balanço patrimonial do exercício anterior como fonte de recursos para a abertura de créditos adicionais. Ou seja, se, ao fim de um ano, há mais recursos disponíveis em determinada fonte do que obrigações assumidas, esse resultado positivo pode ser utilizado para a realização de despesas nos anos subsequentes, mediante alteração do orçamento.

Ocorre que essa alteração, ao contrário dos créditos adicionais que utilizam o excesso de arrecadação como fonte de recurso, tende<sup>11</sup> a impactar unicamente o lado da despesa quando ocorre o empenho, não afetando a receita, no denominador. Isso porque a receita que tiver dado lastro financeiro para o crédito adicional terá sido reconhecida, mediante a arrecadação, apenas em anos anteriores. Reconhecê-la novamente no momento do empenho implicaria dupla contabilização.

Por outro lado, contabilizar as despesas custeadas com superávit financeiro poderia representar, contraditoriamente, desestímulo à poupança – que, inclusive, dá nome ao indicador. Basta imaginar o caso de um gestor que, em determinado ano, opta por adotar políticas de austeridade a fim de que, no ano seguinte, ele tenha recursos suficientes para executar despesas mais tranquilamente. Se, quando ele for gastar os recursos poupados, a norma impedi-lo de contratar operações de crédito ou trazer inúmeras restrições fiscais pelo simples fato de a receita de base não aparecer no denominador, talvez o melhor caminho seja não poupar. Ou seja, o limite acaba virando meta, o que também não se mostra adequado.

Uma questão antecede a discussão envolvendo o superávit financeiro: é legítimo que o gestor opte por poupar recursos públicos? A pergunta pode parecer óbvia quando se está diante de orçamentos privados, mas, na esfera pública, outros valores devem ser sopesados. Talvez melhor seria se a pergunta

11 Utiliza-se o termo “tende-se” aqui, pois é possível que a receita que dê base ao superávit tenha sido arrecadada dentro dos meses anteriores que compõem a base de cálculo. Uma hora, no entanto, ela sairá da base e a despesa permanecerá. Por exemplo: uma despesa custeada com superávit financeiro em janeiro de 2025. A receita que deu base a esse superávit foi arrecadada em dezembro de 2024. Na apuração do primeiro bimestre (mar/24 – fev/25) e nos próximos quatro bimestres receita e despesa conviverão no percentual. No entanto, no 6º bimestre (jan/25 – jan/26), haverá apenas a despesa, mas não a receita que lhe deu base, aumentando, assim, o percentual.

fosse assim complementada: é legítima a poupança de recursos públicos mesmo quando os percentuais mínimos de manutenção e desenvolvimento do ensino e de ações e serviços públicos de saúde não foram atingidos? É legítimo poupar sem cumprir os pisos do magistério, da enfermagem e dos agentes comunitários de saúde e combate a endemias? Essa escolha é legítima quando grande parte da população vive sem saneamento básico ou marginalizada?

O complemento à pergunta com o viés de políticas públicas transforma a resposta de simples para extremamente complexa. A poupança de recursos públicos, por si só, não é proibida por qualquer norma. Ao contrário, a Lei de Responsabilidade Fiscal, inclusive, impõe a obtenção de superávit primário quando o ente federado extrapolar o limite de endividamento e não reconduzir a dívida no prazo legal (art. 31, §1º, II, da LRF).

Essa exigência legal deve ser lida, contudo, sob as lentes da Constituição, notadamente com base nos valores e princípios fundamentais, de modo que a poupança somente será legítima quando as necessidades básicas da população e os percentuais mínimos de gastos em educação e saúde estiverem cumpridos. De toda sorte, esse ponto merece ser mais bem trabalhado em futuros estudos acadêmicos. Para fins do recorte metodológico do presente artigo, a poupança de recursos públicos existe e os aplicadores do Direito precisam lidar com essa situação.

Sob a óptica dos incentivos, impor a contabilização das despesas custeadas com superávit financeiro no indicador do art. 167-A pode desestimular a geração de superávit financeiro. E, pior, considerando o *trade-off* existente entre as vedações (proibição de contratar operações de crédito e obter garantias) e as restrições fiscais (conceder aumentos, criar cargos, nomear, criar ou reajustar despesas obrigatórias, entre outras), é mais provável que o gestor opte por permanecer com as restrições, já que não há sanção pecuniária pessoal e tais restrições possuem custo político muito menor – perante a população e os demais poderes – do que as vedações.

Aqueles que defendem a contabilização das despesas correntes custeadas com superávit financeiro normalmente se valem dos supostos objetivos do art. 167-A da CR/1988 (que não estão tão claros nem na exposição de motivos do Projeto de Emendas à Constituição<sup>12</sup>), quais sejam: (1) buscar o equilíbrio entre receitas e despesas correntes; (2) impedir o comprometimento de receitas com despesas de caráter continuado; e (3) evitar o aumento do endividamento dos entes federados.

Em relação ao equilíbrio, vale dizer que a doutrina reconhece diversos tipos de equilíbrio: orçamentário, fiscal, intertemporal e intergeracional<sup>13</sup>. O equilíbrio buscado pelo art. 167-A é de curto prazo e o mais simples de todos eles, pois está restrito a um horizonte de apenas doze meses e desconsidera a dinâmica de fluxo de caixa com eventuais superávits e despesas custeadas com esses resultados positivos.

Já em relação ao comprometimento de receitas com despesas de caráter continuado, não se pode confundir gastos correntes com gastos permanentes. Nem toda despesa corrente é obrigatória ou de caráter continuado. Noutros termos: gastar com custeio não significa, necessariamente, comprometer recursos com obrigações que perdurarão no orçamento por longos anos. Sobre isso, o art. 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal é bastante claro ao definir como obrigatória de caráter continuado apenas “a

12 A PEC 186/2019 apenas menciona o seguinte: “Na linha de prover instrumentos para os gestores, também é estabelecidos um conjunto de medidas automáticas de controle de gastos, especialmente de pessoal, para os Estados e Municípios. Considerando a situação de crise fiscal que podem enfrentar estes entes, propõem-se que sempre que a despesa corrente superar 95% da receita corrente, sinalizando que o espaço de receitas mais regulares para financiamento da máquina está reduzido, uma série de medidas ficam disponíveis para o gestor, que se não as adotas abre mão de receber garantias da União para operações de crédito. Esta estrutura permite que a União direcione o seu papel de avalista somente aqueles entes efetivamente comprometidos com sua saúde financeira”.

13 ALBUQUERQUE, Claudiano; MEDEIROS, Márcio; FEIJÓ, Paulo Henrique. **Gestão de finanças públicas**. 4.ed. Brasília: Gestão Pública, 2022. v. 1, p. 193-194.

despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios”.

Gastos com compras de material de expediente, manutenção predial eventual, diárias, serviços de capacitação, publicidade institucional, consultorias, aquisição de medicamentos e combustíveis são rotineiros na Administração Pública, enquadram-se como despesas correntes, mas não como gastos obrigatórios de caráter continuado.

Finalmente, argumenta-se que as vedações e as consequentes restrições do art. 167-A da CR/1988 impediria o endividamento de estados e municípios. Quanto a esse ponto, é importante destacar que, em relação à dívida consolidada, já existem limites específicos – aplicáveis a estados e municípios, mas não à União – para o endividamento total, para as operações de crédito e para garantias, conforme dispõem as Resoluções nº 40 e 43 de 2001, do Senado Federal.

Tais limites, inclusive, já estão suficientemente bem calibrados e não demandariam reforço de nova regra fiscal para essa finalidade. Tanto é assim que, ao analisar os dados do 3º quadrimestre de 2024, referente ao Demonstrativo da Dívida Consolidada Líquida de 4.290 municípios (77% do total) que enviaram suas informações à STN até 6 de março de 2025, nota-se que apenas 16 (0,37% da amostra) estão acima do limite de alerta e 10 (0,23% da amostra) superam o limite máximo (120% da Receita Corrente Líquida). No caso dos estados, somente Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul extrapolaram o limite de alerta. Ou seja, se a justificativa de se incluir as despesas custeadas com superávit no cálculo do art. 167-A da Constituição é conter o endividamento decorrente de operações de crédito, tem-se que as regras fiscais existentes antes da alteração da Constituição já faziam isso com bastante efetividade.

Independentemente de qual caminho seguir, o fato é que a questão foi submetida a dois órgãos de controle – o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCEMG) e o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (TCE/SC) – que se posicionaram de forma diametralmente oposta.

O TCEMG, ao apreciar a Consulta nº 1.116.017, assim se posicionou:

Assim, os recursos que compõem o ativo financeiro do Balanço Patrimonial do exercício anterior podem ser constituídos por receitas correntes ou de capital arrecadadas não apenas no exercício financeiro ou no período de 12 meses já referenciado como base para apuração da relação de que trata o art. 167-A da CR/1988, mas também de receitas correntes ou de capital oriundas de exercícios ou de períodos de apuração anteriores. Vale dizer, existirá uma despesa corrente empenhada com lastro em créditos suplementares ou especiais abertos com recursos do superávit financeiro apurado no Balanço Patrimonial do exercício anterior, sem necessariamente ter uma correspondente receita corrente arrecadada no período de apuração da relação entre despesas correntes e receitas correntes de que trata o art. 167-A da Constituição da República, desvirtuando-se, dessa forma, o objetivo e a própria apuração do indicador previsto no referido dispositivo constitucional<sup>14</sup>.

Considerando esses argumentos, o Tribunal, por maioria, fixou a tese de que:

Na apuração da relação entre despesas correntes e receitas correntes de que trata o art. 167-A da Constituição da República, não devem ser contabilizadas as despesas correntes empenhadas que tiveram como lastro créditos suplementares ou especiais abertos com recursos do superávit financeiro apurado no Balanço Patrimonial do exercício anterior<sup>15</sup>.

14 MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – TCEMG. **Consulta nº 1.116.017**. Relator: Conselheiro Substituto Adonias Monteiro. Belo Horizonte, MG, 2024. Disponível em: <https://www.tce.mg.gov.br>. Acesso em: 22 fev. 2025.

15 MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – TCEMG. **Consulta nº 1.116.017**. Relator: Conselheiro Substituto Adonias Monteiro. Belo Horizonte, MG, 2024. Disponível em: <https://www.tce.mg.gov.br>. Acesso em: 22 fev. 2025.

Para o Tribunal de Contas de Minas Gerais, portanto, as despesas correntes custeadas com superávit financeiro deverão ser deduzidas do indicador do art. 167-A da CR/1988. Por outro lado, o Tribunal de Contas de Santa Catarina considerou que:

O valor do superávit financeiro apurado no exercício anterior não pode ser considerado no resultado do confronto entre as despesas correntes e receitas correntes, para o fim da análise do limite estabelecido no art. 167-A da Constituição Federal, devendo ser obedecida a metodologia de cálculo estabelecida em regulamento próprio editado pela Secretaria do Tesouro Nacional – STN<sup>16</sup>.

Fundamentando sua posição, o órgão de controle assim concluiu:

não só o superávit financeiro engloba outras rubricas das categorias de receita e despesa correntes e de capital, como a sua apuração e utilização deve se dar por fonte vinculada de recursos, inviabilizando a forma pretendida no questionamento apresentado<sup>17</sup>.

A maioria dos Tribunais de Contas têm acompanhado o posicionamento da Secretaria do Tesouro Nacional, mas, em que pese não haver exclusão expressa das despesas custeadas com superávit financeiro do numerador do indicador fiscal, esse tema merece ser mais bem analisado e alvo de maiores reflexões a fim de não se adotar a regra pela regra, em sua literalidade, sem levar em consideração a sua efetividade e o seu sentido.

## 7 CONCLUSÃO

A análise do art. 167-A da CR/1988 evidencia a complexidade das normas fiscais brasileiras e seus desafios interpretativos. A inclusão desse dispositivo constitucional representou um avanço na busca por maior responsabilidade fiscal dos entes subnacionais, mas sua aplicação prática tem gerado questionamentos relevantes, especialmente quanto ao cálculo do limite, à consideração de receitas e despesas intraorçamentárias e ao impacto do superávit financeiro. As diferentes interpretações adotadas pela Secretaria do Tesouro Nacional e pelos Tribunais de Contas demonstram que a norma ainda carece de maior uniformidade e segurança jurídica para sua aplicação.

Além disso, o caráter facultativo das vedações estabelecidas pelo art. 167-A traz uma margem de discricionariedade que pode ser benéfica em determinados contextos, mas também impõe desafios na coordenação entre os poderes e órgãos independentes. A falta de incentivo direto para a adoção das restrições pelos demais poderes compromete a efetividade do mecanismo, especialmente quando a necessidade de operações de crédito recai apenas sobre o Executivo. A articulação política mostra-se essencial para garantir que a norma seja aplicada de maneira equitativa e eficaz.

A análise das transações intraorçamentárias e do impacto do superávit financeiro sobre o cálculo do limite reforça a necessidade de se evitar distorções que possam comprometer a efetividade da norma. A duplicidade na contabilização de receitas e despesas intraorçamentárias, por exemplo, pode artificialmente inflar os indicadores fiscais, levando à aplicação indevida de restrições. Da mesma forma, a inclusão de despesas financiadas com superávit financeiro sem a devida compensação no denominador pode gerar incentivos perversos, desestimulando a poupança e comprometendo o equilíbrio fiscal de longo prazo.

16 SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina – TCE-SC. **Instrução Normativa nº TC-32/2023**. Dispõe sobre a aplicação das vedações do art. 167-A da Constituição da República. Florianópolis, SC, 2023. Disponível em: <https://www.tce.sc.gov.br>. Acesso em: 6 fev. 2025.

17 *Ibidem*.

Por fim, a pluralidade de entendimentos entre os órgãos de controle evidencia a necessidade de maior harmonização interpretativa. O desafio imposto pelo art. 167-A da Constituição não se limita à sua implementação, mas também à sua adaptação à realidade fiscal dos entes federados. Uma regulamentação mais clara e alinhada às boas práticas fiscais pode contribuir para que a norma cumpra seu propósito sem gerar impactos negativos inesperados, garantindo maior previsibilidade e segurança jurídica para os gestores públicos.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Claudiano; MEDEIROS, Márcio; FEIJÓ, Paulo Henrique. **Gestão de finanças públicas**. 4. ed. Brasília: Gestão Pública, 2022. v. 1.

ATRICON – ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL. **Resolução Atricon nº 01/2021**. Dispõe sobre os parâmetros mínimos para a análise das contas dos Chefes do Poder Executivo pelos Tribunais de Contas. Disponível em: <https://www.atricon.org.br>. Acesso em: 2 fev. 2025.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 1, 5 out. 1988 (Publicação Original). Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 23 abr. 2025.

BRASIL. Casa Civil. Emenda Constitucional nº 109, de 15 de março de 2021. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para instituir medidas de ajuste fiscal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, seção 1, p. 4, 16 mar. 2021. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc109.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc109.htm). Acesso em: 9 fev. 2025.

BRASIL. Casa Civil. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF). Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal. **Diário Oficial da União**, seção 1, p. 1, 5 maio 2000. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm). Acesso em: 4 fev. 2025.

BRASIL. Secretaria-Geral. Lei Complementar nº 173, de 27 de maio de 2020. Estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19). **Diário Oficial da União**, seção 1, p. 4, 28 maio 2020. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp173.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp173.htm). Acesso em: 4 fev. 2025.

BRASIL. Secretaria-Geral. Lei Complementar nº 178, de 13 de janeiro de 2021. Dispõe sobre o Programa de Acompanhamento e Transparência Fiscal e o Plano de Promoção do Equilíbrio Fiscal. **Diário Oficial da União**, seção 1, p. 1, 14 jan. 2021. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp178.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp178.htm). Acesso em: 4 fev. 2025.

BRASIL. Casa Civil. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. **Diário Oficial da União**, seção 1, p. 2745, 23 mar. 1964. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4320.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm). Acesso em: 6 fev. 2025.

BRASIL. Senado Federal. Resolução nº 40, de 20 de dezembro de 2001. Estabelece limites para a dívida pública consolidada da União, Estados, Municípios e Distrito Federal. **Diário Oficial da União**, seção 1, p. 6, 21 dez. 2001. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br>. Acesso em: 10 fev. 2025.

BRASIL. Senado Federal. Resolução do Senado Federal nº 43, de 21 de dezembro de 2001. **Diário Oficial da União**, seção 1, p. 1, 26 dez. 2001. Dispõe sobre os limites globais para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br>. Acesso em: 10. fev. 2025.

BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional – STN. **Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público**. 11. ed. Brasília, DF: STN, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/tesouro>. Acesso em: 14 fev. 2025

BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional – STN. **Manual de Demonstrativos Fiscais (MDF) 2024**. Brasília, DF: STN, 2024. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br>. Acesso em: 20 fev. 2025.

BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional – STN. **Nota Técnica SEI nº 57145/2022/ME**. Dispõe sobre o cálculo e interpretação do art. 167-A da Constituição da República. Disponível em: <https://www.gov.br/tesouro>. Acesso em: 20 fev. 2025.

CALDAS FURTADO, José de Ribamar. **Direito Financeiro**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CURRISTINE, Teresa R. *et al.* **How to Develop and Implement a Medium-Term Fiscal Framework**. Washington, D.C.: International Monetary Fund, 2024. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Publications/imf-how-to-notes/Issues/2024/09/27/How-to-Develop-and-Implement-a-Medium-Term-Fiscal-Framework-555581>. Acesso em: 8 mar. 2025.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – TCE-ES. **Nota Técnica SEGEX 005/2021**. Vitória, ES, 2021. Disponível em: <https://www.tcees.gov.br>. Acesso em: 12.fev.2025

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul – TCE-MS. **Orientação Técnica OTJ-TCE/MS nº 03/2021**. Campo Grande, MS, 2021. Disponível em: <https://www.tce.ms.gov.br>. Acesso em: 5 fev. 2025.

MENEZES, Anelise Florencio de; MAPURUNGA, Patrícia Vasconcelos Rocha. Parecer prévio das contas anuais do governador: um estudo na evidenciação pelos Tribunais de Contas Estaduais. **Revista Controle: Doutrinas e Artigos**, v. 14, n. 1, p. 108-125, 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – TCEMG. **Consulta nº 1.116.017**. Relator: Conselheiro Substituto Adonias Monteiro. Belo Horizonte, MG, 2024. Disponível em: <https://www.tce.mg.gov.br>. Acesso em: 22 fev. 2025.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – TCEMG. **Portaria 87/PRES./2023**. Regulamenta a solicitação da declaração prevista no § 6º do art. 167-A da Constituição da República. Belo Horizonte, MG, 2023. Disponível em: <https://www.tce.mg.gov.br>. Acesso em: 22 fev. 2025.

OZER, Ceren; STOTSKY, Janet G.; BRUMBY, Jim; MASSAD, Joseph. **Medium-Term Expenditure Frameworks Revisited**. Washington, D.C.: World Bank, 2023. Disponível em: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/099103123092041103/pdf/P1710511d8f0fb01919e381309624bbb7e9.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2025.

ROSA JÚNIOR, José Emygdio F. da. **Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário**. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina – TCE-SC. **Instrução Normativa nº TC-32/2023**. Dispõe sobre a aplicação das vedações do art. 167-A da Constituição da República. Florianópolis, SC, 2023. Disponível em: <https://www.tce.sc.gov.br>. Acesso em: 6 fev. 2025.



**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](mailto:revistampc@mpc.mg.gov.br)

Horário de atendimento ao público: 07:00 às 12:00 e 13:00 às 17:00