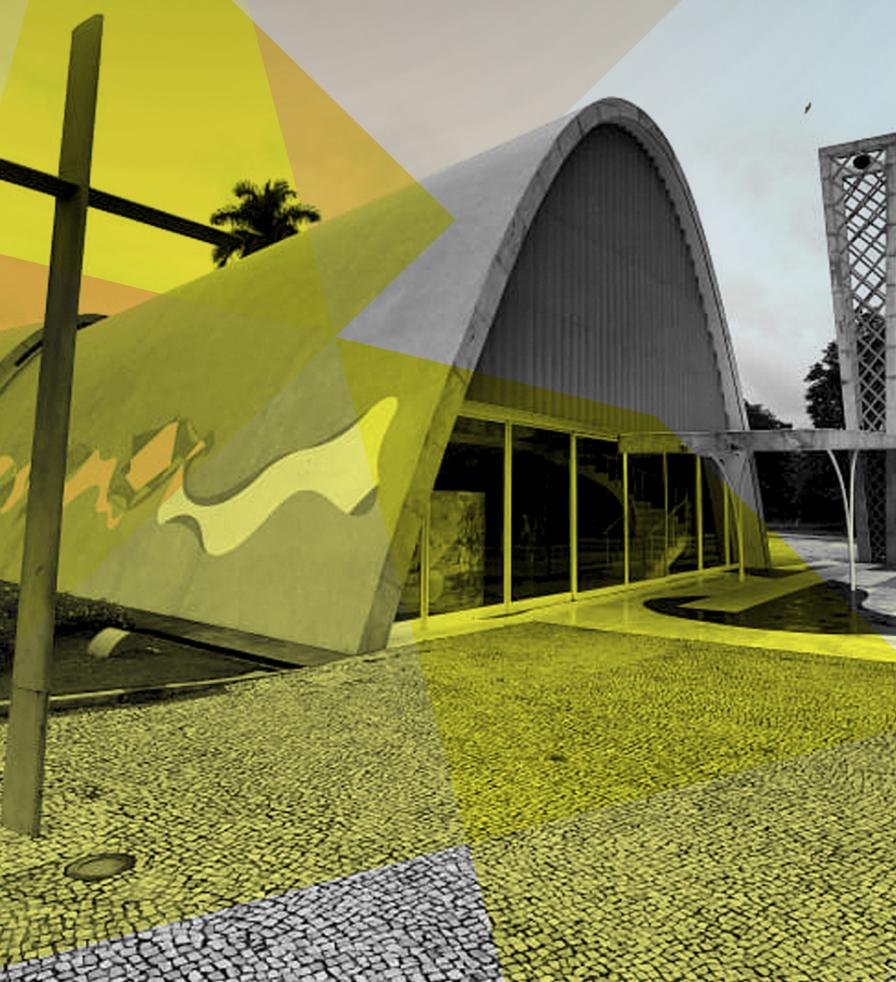


CONTROLE EM FOCO

REVISTA DO MPC-MG

Belo Horizonte | v. 2 | n. 4 | jul./dez. 2022



CONTROLE EM FOCO

REVISTA DO MPC-MG

Belo Horizonte | v. 2 | n. 4 | jul./dez. 2022



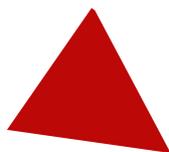


FOTO DA CAPA

Polêmica moderna: Tombamento antecipado e consagração tardia da igreja da Pampulha - Santuário São Francisco de Assis

Foi por causa da aplicação de uma lei, somente por isso. Com apenas cinco anos de construída, em mau estado de conservação, sem uso e prestes a ser demolida a mando de seus proprietários, foi tombada, num ato quase heroico do órgão de proteção federal. Não fosse isso, não existiria desde 1947. Nos dias atuais, quem poderia dizer que estamos nos referindo à Igreja de São Francisco de Assis, bem cultural referencial para a história da arquitetura e das artes visuais, listada como patrimônio cultural da humanidade. Consagrada quase vinte anos depois de sua construção, a motivação desse abandono e rechaço iniciais possui diversas fontes. Em entrevista ao jornal carioca *A Noite*, o então arcebispo, Dom Cabral, argumenta que a obra era mera fantasia de artista, “nada representando além de um bom cálculo de engenharia”. De fato, foi calculada por aquele que hoje é considerado um dos maiores engenheiros calculistas de todos os tempos, Joaquim Cardoso. Contudo, a argumentação de Cabral era depreciativa à obra de Oscar Niemeyer. Além das críticas à arquitetura e à ornamentação, somava-se o argumento de que a obra tinha sido feita com total alienação da paróquia, que só veio a conhecer o projeto depois de implantado. Mitos e lendas se acumularam: “Arquiteto ateu e comunista!”, “A fachada representa a foice e o martelo”, “Um cachorro atrás do altar, sr. Prefeito. É inconcebível!” – essa última fala, atribuída ao arcebispo, foi propagada pelo próprio Juscelino Kubitschek, que viu na controvérsia pública e no escândalo uma maneira de propagar também o seu nome.

Fato indiscutível é que Belo Horizonte possui um dos bens culturais mais emblemáticos e simbólicos, às margens da lagoa da Pampulha. Projetada como capela, passou a ser chamada de igreja, e hoje é um santuário. Sinal de que o valor daquela edificação, até mesmo para a Cúria, passou por um longo processo de entendimento e reconhecimento tanto como arquitetura quanto como templo. Apesar de suas inovadoras linhas sinuosas e cobertura em ondas de concreto armado, que mais lembravam os hangares de dirigíveis em Orly projetados por Eugène Freyssinet, a obra foi concebida com inspirações muito mais próximas e afetas aos mineiros. Niemeyer, moderno à brasileira, volta no tempo e relê as antigas capelas rurais de Minas Gerais. Na Chapelle de Pampulha encontramos elementos que são imperiosos nessas singelas capelas de perdidas paróquias do interior do estado. Temos a nave única ou salão, sacristia lateral, a capela-mor com pé-direito mais alto, a iluminação natural do altar através de óculo, cobertura da porta de entrada da capela, cobertura da edificação também em dois níveis, púlpito, cruzeiro no adro e torre sineira separada do volume principal.

Contudo, na Pampulha, esses elementos aparecem de maneira estilizada ou recriada pelo olhar moderno. O óculo que ilumina o altar vem em forma de janela rasgada na diferença de altura entre as lajes de cobertura da nave e da capela-mor. Os grandes bancos azulejados nas laterais parecem convidar o fiel a assistir às missas em pé, ou sentadinho ali, “quem quiser que leve a cadeira de casa”, como comumente se fazia no século XVIII. O antigo chão de terra batida foi representado por um piso de mármore branco e granito preto paginado com traços orgânicos em referência à rusticidade daquele piso primitivo. Esse mesmo piso

extravasa os limites internos do templo sugerindo que outrora era o mesmo que se encontrava do lado de fora, característica comum às obras modernas, que buscavam integrar os espaços internos e externos.

Neste mesmo ritmo de integração, a cobertura da entrada da capela, outrora em telhado cerâmico, foi traduzida em grande laje inclinada que liga o volume da nave à torre sineira. Em São Francisco de Assis da Pampulha, a torre sineira aparece de maneira invertida, com seção maior na parte mais elevada ao contrário das pontiagudas coberturas cerâmicas em quatro águas, que traziam consigo a influência chinesa, vinda com os artesãos portugueses imigrados de Macau para as Minas. O cruzeiro está presente, com desenho limpo e futurista, cuja seção das peças são em forma de pá de hélice. As treliças, tão comuns nas gelosias barrocas mineiras, aparecem na torre sineira, mas com outra proporção. Aqui não há nada a esconder, o que se quer é ver através.

Comissionada pelo então prefeito Kubitschek, foi pedido que fosse dedicada a São Francisco de Assis, seu santo de devoção. Coincidência ou não, o interior da Igreja de São Francisco de Assis em Diamantina, localizada a poucos metros da casa do político, possui a talha de seu interior toda pintada em vários tons de azul. Porém, em Pampulha, o mestre Niemeyer inverte, transgride e recria. O poder lúdico e informativo da arte pictórica barroca antes presa em requadros e forros apostos foge dessas estruturas e se amalgama à própria arquitetura através de painéis de azulejo e mural parietal de Candido Portinari, composições musivas de Paulo Werneck nas fachadas e o bronze de Ceschiatti que conforma o ambiente do batistério, além da organicidade dos jardins de Roberto Burle Marx reinserindo aquela antiga capela na metrópole. É a arte integrada à arquitetura que tanto caracteriza o Movimento Modernista.

Assim se fez o monumento belo-horizontino, reconhecido legalmente antes mesmo de ser entendido, através de uma consagração alternativa à religiosa. Cômicos desse lapso de tempo entre a apropriação do bem como simbolicamente importante para a população e seu reconhecimento formal, agem, antecipadamente, os órgãos de preservação do patrimônio, pois nem sempre se pode esperar que esse amadurecimento aconteça organicamente. E foi por causa da aplicação de uma lei, somente por isso.

Autores:

Carlos Henrique Bicalho

Felipe C. V. Pires



CULTURA E
TURISMO



**MINAS
GERAIS**

GOVERNO
DIFERENTE.
ESTADO
EFICIENTE.



CONTROLE EM FOCO

revista do MPC-MG

CONSELHO EDITORIAL

Antonio Augusto Junho Anastasia

Daniela Mello Coelho Haikal

Denilson Feitoza Pacheco

Edilson Vitorelli Diniz Lima

Élida Graziane Pinto

Elke Andrade Soares de Moura

Jamile Bergamaschine Mata Diz

José Maurício Conti

Juarez Freitas

Luís Carlos Balbino Gambogi

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen

Marcílio Barenco Corrêa de Mello

Maria Coeli Simões Pires

Maria Tereza Fonseca Dias

Marilda de Paula Silveira

Sebastião Helvecio Ramos de Castro

FICHA CATALOGRÁFICA

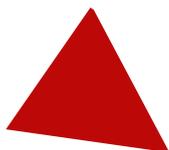
Controle em Foco: Revista do MPC-MG.

Ano 2, n. 4 (jul-dez. 2022). Belo Horizonte: Ministério Público de Contas de Minas Gerais, 2022.

Periodicidade semestral (2022).

ISSN Impresso: 2763-6461

Publicação do 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: faleconosco@mpc.mg.gov.br
Horário de atendimento ao público: 07:00 às 12:00 e 13:00 às 17:00



EDITORIAL

Apresentamos aos profissionais do controle externo e à comunidade acadêmica a 4ª edição da revista **Controle em Foco**, o periódico semestral do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais.

A primeira parte da revista, denominada “Artigos de Opinião”, é composta de artigos escritos pelos procuradores do MPC-MG e traz temas atuais e situações práticas vivenciadas pelo controle externo, tais como restos a pagar no último ano de mandato, questões de Direito intertemporal envolvendo a Lei nº 14.039/2020, efetividade dos direitos fundamentais à luz do novo paradigma de controle, simetria constitucional entre a magistratura e o Ministério Público, legitimidade para a execução de crédito decorrente de multa aplicada por tribunais de contas a agente público municipal e dever de prestar contas.

A seção seguinte, “Artigos de Jurisprudência Comentada”, constitui-se de artigos que fazem uma análise técnica acerca de entendimentos do Supremo Tribunal Federal, tais como a Súmula 347, que, apesar de datar da década de 1960, ainda suscita controvérsias a respeito do controle de constitucionalidade pelos tribunais de contas, e o Tema 1.199 de Repercussão Geral, que traz uma análise descritiva, com detalhamento dos votos dos ministros, no Agravo em Recurso Especial n. 843.989/PR, que entendeu pela irretroatividade parcial da reforma na lei de improbidade promovida pela Lei nº14.230/2021.

Por fim, a terceira seção, destinada aos “Artigos Científicos”, traz importantes reflexões acerca da nova lei de licitações e contratos administrativos (Lei nº 14.133/2021), seja sob o olhar do planejamento nas compras públicas, que tem sido apontado como o vetor da lógica das contratações públicas, seja sob o olhar das normas de Direito Financeiro, que praticamente inaugura um novo enfoque sobre a NLLCA. Ainda, a seção traz interessantes artigos a respeito de uma nova teoria do controle, ao fazer uma releitura das três funções estatais clássicas, sobretudo após o advento da LINDB, e também sobre as emendas parlamentares ao orçamento federal, assunto que está no centro do debate político nacional.

Esperamos que esta 4ª edição possa servir de instrumento de promoção e disseminação do conhecimento, visando fomentar o debate de questões atuais e relevantes para o aperfeiçoamento institucional, bem como das atividades voltadas ao controle externo da administração pública.

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”

CORPO EDITORIAL

EDITORA

Cristina Andrade Melo

COMISSÃO EDITORIAL

Marcela Orro de Freitas Brandão

Maria Tereza Fonseca Dias

REVISÃO

Lílian de Oliveira

COLABORADORES

André Augusto Costa Zocrato

André Luiz de Oliveira Junior

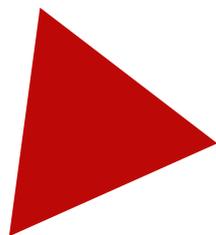
Bruna Gontijo Pellegrino

Lívia Maria Barbosa Salgado

Giovana Almeida

DESIGNER

Vivian de Paula



SUMÁRIO

ARTIGOS DE OPINIÃO

Cristina Andrade Melo

Restos a pagar no último ano de mandato | **PÁGINA 11**

Daniel de Carvalho Guimarães

O Direito Intertemporal e a Lei nº 14.039/2020 sobre a singularidade dos serviços profissionais jurídicos e contábeis | **PÁGINA 16**

Elke Andrade Soares de Moura

Efetividade de direitos fundamentais à luz do novo paradigma de controle da gestão pública | **PÁGINA 21**

Marcílio Barenco Corrêa de Mello

Revisitando a simetria constitucional entre a magistratura e o Ministério Público | **PÁGINA 27**

Maria Cecília Borges

Legitimidade para a execução de crédito decorrente de multa aplicada por TCE a agente público municipal: apontamentos acerca do tema 642 de repercussão geral do STF | **PÁGINA 33**

Sara Meinberg Schmidt de Andrade

Diego Felipe Mendes Abreu de Melo

Res publica e o dever de prestar contas | **PÁGINA 37**

ARTIGOS DE JURISPRUDÊNCIA

Ingo Wolfgang Sarlet | **Luis Henrique Braga Madalena** | **Bernardo Strobel Guimarães Lucas Sipioni Furtado de Medeiros** | O STF decide pela irretroatividade parcial da reforma na lei de improbidade | **PÁGINA 43**

Ricardo Schneider Rodrigues | O STF e o controle de constitucionalidade pelos tribunais de contas: o fim da Súmula nº 347? | **PÁGINA 48**

ARTIGOS CIENTÍFICOS

Daniel Santana Soares | A importância do planejamento das compras públicas: uma abordagem com base na nova lei de licitações e contratos | **PÁGINA 55**

Maria Tereza Fonseca Dias | As normas de finanças públicas nas licitações e contratos administrativos: continuidades e mudanças das alterações promovidas pela Lei nº 14.133/2021 | **PÁGINA 78**

Onofre Alves Batista Júnior | **Reinaldo Belli** | Critérios para um juízo sobre a juridicidade das emendas parlamentares ao orçamento federal: democracia representativa, república e transparência | **PÁGINA 101**

Raquel Melo Urbano de Carvalho | Por uma teoria geral da função de controle | **PÁGINA 119**

Artigos de opinião

RESTOS A PAGAR NO ÚLTIMO ANO DE MANDATO



Cristina Andrade Melo

Procuradora do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais.
Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da UFMG. Diretora-tesoureira da Associação Nacional do Ministério Público de Contas (AMPCON).

Com o intuito de assegurar a responsabilidade na gestão fiscal dos entes federativos, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) estabelece diversas normas de finanças públicas com o objetivo de induzir ações planejadas e transparentes, de modo a prevenir riscos e corrigir desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas.

Um dos riscos capazes de desequilibrar as contas públicas decorre justamente dos denominados “restos a pagar”, que nada mais são do que despesas empenhadas, mas não pagas até o dia 31 de dezembro, distinguindo-se as processadas (liquidadas) das não processadas (ainda não liquidadas), na dicção do art. 36 da Lei nº 4.320/1964.

Imbuído desse espírito, o projeto de lei que acabou se convolvendo na Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) previa, no capítulo que trata da dívida e do endividamento e na seção dos restos a pagar, dois artigos a respeito do assunto. No art. 41¹, estabelecia as despesas que poderiam ser inscritas em restos a pagar. O artigo, entretanto, foi vetado, restando na seção própria apenas o art. 42, segundo o qual:

Art. 42 É vedado ao titular de Poder ou órgão referido no art. 20, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito.

Parágrafo único. Na determinação da disponibilidade de caixa serão considerados os encargos e despesas compromissadas a pagar até o final do exercício.

Obviamente, a responsabilidade na gestão fiscal deve permear todo o período do mandato, mas, especialmente no último ano, a LRF traz uma norma de proteção a mais para as finanças públicas. Vale

1 Art. 41. Observados os limites globais de empenho e movimentação financeira, serão inscritas em Restos a Pagar:

I - as despesas legalmente empenhadas e liquidadas, mas não pagas no exercício;

II - as despesas empenhadas e não liquidadas que correspondam a compromissos efetivamente assumidos em virtude de:

a) normas legais e contratos administrativos;

b) convênio, ajuste, acordo ou congêneres, com outro ente da Federação, já assinado, publicado e em andamento.

§ 1º Considera-se em andamento o convênio, ajuste, acordo ou congêneres cujo objeto esteja sendo alcançado no todo ou em parte.

§ 2º Após deduzido de suas disponibilidades de caixa o montante das inscrições realizadas na forma dos incisos I e II do *caput*, o Poder ou órgão referidos no art. 20 poderá inscrever as demais despesas empenhadas, até o limite do saldo remanescente.

§ 3º Os empenhos não liquidados e não inscritos serão cancelados.

dizer: de maio a dezembro do último ano do mandato, é vedado ao gestor contrair despesa que não possa ser paga com a arrecadação do próprio exercício financeiro ou inscrevê-la em restos a pagar sem suficiente provisão de caixa. Nas palavras de Caldas Furtado, “a aceitação de tal prática negaria toda a finalidade da Lei Complementar nº 101/00 (LRF), que é fazer com que o Poder Público gaste, em cada exercício financeiro, apenas o que arrecade, fato que valoriza a execução orçamentária e financeira do orçamento aprovado para o exercício”².

O objetivo da vedação é bem claro: impedir a transferência de despesa sem lastro para pagamento para a gestão seguinte, prejudicando a implementação das políticas públicas e o adequado funcionamento da Administração Pública pelo governo eleito. A preocupação do legislador teve sua razão de ser, pois a história brasileira, em todos os níveis da federação, é farta em exemplos de gastos eleitoreiros com o objetivo único de convencer e atrair o voto do eleitor, sem preocupação com a gestão fiscal responsável.

Exatamente por isso, os principais destinatários da norma são os prefeitos, governadores e presidentes e, a reboque, de acordo com o dispositivo, o “titular de Poder ou órgão referido no art. 20”, ou seja, também os presidentes de tribunais e parlamentos e chefes de órgãos como ministérios públicos e tribunais de contas.

Contudo, o comando legal do art. 42 da LRF, aparentemente simples, encerra camadas de interpretação e enormes dificuldades para aplicação na prática.

Sobre o momento da ocorrência do fato gerador da obrigação de despesa, é preciso começar dizendo que “contrair obrigação de despesa” não é o mesmo que empenhar despesa. Segundo o art. 58 da Lei nº 4.320/1964, “o empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição”. Como se costuma dizer no Direito Financeiro, o empenho é uma reserva que vincula a dotação de determinados créditos orçamentários para pagamento futuro de obrigação decorrente de contrato, ajuste ou lei. Portanto, pela lógica, primeiro se contrai obrigação de determinada despesa e depois se empenha, liquida e paga. Mas esse entendimento não é consenso na doutrina, havendo quem entenda que a obrigação de despesa equivale à despesa com nota de empenho emitida ou mesmo quem considere contraída a obrigação de despesa quando esta for devidamente liquidada³.

Como nem a Lei nº 4.320/1964 nem a LRF se ocuparam de definir o que deve ser entendido como “contrair obrigação de despesa”, as leis de diretrizes orçamentárias federais vêm disciplinando, ano após ano, o que deve ser entendido como contração de obrigação de despesa para efeito do disposto no art. 42 da LRF. Nesse sentido, a Lei nº 14.436/2022, que fixou para 2023 as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária no âmbito federal, estabeleceu no seu art. 173 que se considera contraída a obrigação no momento da formalização do contrato administrativo ou do instrumento congênere. No parágrafo único, dispôs que, na hipótese de despesas relativas a prestação de serviços já existentes e destinados à manutenção da Administração Pública federal, consideram-se compromissadas apenas as prestações cujos pagamentos devam ser realizados no exercício financeiro, observado o cronograma pactuado.

A obrigação de despesa, portanto, é contraída antes do empenho, quando, por exemplo, o gestor firma um contrato de fornecimento de bens ou prestação de serviço, assina um convênio com previsão de repasses de recursos financeiros a outro ente ou sanciona uma lei concedendo aumento aos servidores públicos.

2 FURTADO, J.R. Caldas. *Direito financeiro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 481-482.

3 Genevieve Gomes e Cleusa Maia apresentam as três correntes doutrinárias que se firmaram a respeito do termo “contração de obrigação de despesa”. Cf. GOMES, Genevieve Aline Zaffani Grablauskas; MAIA, Cleusa Aparecida da Costa. Aspectos relevantes do artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal incidentes sobre as contratações realizadas pelos municípios. *Revista Científica Semana Acadêmica*, Fortaleza, ano MMXIII, n. 000028, 10 jul. 2013. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/artigo/aspectos-relevantes-do-artigo-42-da-lei-de-responsabilidade-fiscal-incidentes-sobre>. Acesso em: 15 ago. 2022.

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCMG) possui posicionamento semelhante com relação ao alcance da expressão “contrair obrigação de despesa” para fins de inscrição de restos a pagar, o que pode ser extraído das Consultas nº 660.552 (08.05.2002) e 751.506 (27.06.2012), as quais possuem caráter normativo e constituem prejulgamento de tese aprovado pelo Pleno, nos termos do disposto no art. 210-A do Regimento Interno (Resolução nº 12/2008).

Por outro lado, as despesas empenhadas nos últimos oito meses, mas que foram geradas em decorrência de obrigações assumidas anteriormente, sejam elas permanentes ou não, não se enquadram na vedação do art. 42 da LRF. Assim, a partir do mês de maio, uma despesa nova pode ser contraída desde que possa ser cumprida integralmente dentro do exercício ou cujas parcelas possam ser pagas no exercício seguinte com suficiente disponibilidade de caixa para esse efeito.

Outro ponto que merece atenção diz respeito à disponibilidade de caixa ao final do exercício. Deve o gestor, antes de contrair qualquer tipo de despesa, além de verificar a adequação orçamentária, conforme previsto no art. 6º, XXIII, alínea *j* da Lei Federal nº 14.133/2021, verificar também a disponibilidade financeira para custear o pagamento do bem ou serviço no próprio exercício ou no exercício seguinte, em caso de pagamento parcelado (obras, por exemplo). Para tanto, é preciso fazer uma projeção de ingressos de recursos e deduzir todos os encargos e despesas compromissadas a pagar até o fim do exercício, o que não é tarefa fácil a depender da grandeza do órgão ou do ente federativo.

É nesse sentido que o Manual de Demonstrativos Fiscais⁴ orienta o gestor, ao assumir uma obrigação de despesa no seu último ano de mandato, a “verificar previamente se poderá pagá-la, valendo-se de um fluxo de caixa que levará em consideração ‘os encargos e despesas compromissadas a pagar até o final do exercício e não apenas nos dois últimos quadrimestres’”.

Das mesmas consultas respondidas pelo TCEMG extrai-se que o alcance da expressão “disponibilidade de caixa” não representa apenas saldo financeiro em conta em determinado momento. A situação é bem mais complexa e deve levar em conta o dinamismo da execução orçamentária ao longo do ano. Assim, o gestor, para assumir uma obrigação nova a partir de 1º de maio no último ano de seu mandato, “deverá valer-se de fluxo financeiro ou de caixa, no qual deverá considerar, como ingresso de recursos, as disponibilidades de caixa em 30 de abril acrescidas da previsão de entrada de recursos financeiros até 31 de dezembro” (Consulta nº 660.552 (08/05/2002)). Do total da projeção do ingresso de recursos financeiros, ou disponibilidade de caixa bruta, deduzirá os “encargos e despesas compromissadas a pagar até o final do exercício”.

Entre as despesas que devem ser deduzidas da *disponibilidade de caixa bruta* inclui-se o pagamento de restos a pagar de anos anteriores, de despesas já liquidadas, de salários dos servidores até o final do ano, de 13º salário, de encargos sociais, de empréstimos bancários, de dívidas com o INSS e outras, de contrapartida de convênios já assinados, de contratos já assinados (vigilância, limpeza, fornecimento de medicamentos, obras, etc.), de despesas de água, luz e telefone previstas e de quaisquer outras obrigações já assumidas ou que o município deva fazer por exigência legal, para apuração de disponibilidade de caixa. O resultado final dessas operações constituirá a *disponibilidade de caixa líquida* a ser considerada para os efeitos da Lei de Responsabilidade Fiscal.

4 BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. Manual de Demonstrativos Fiscais: aplicado à União e aos Estados, Distrito Federal e Municípios / Ministério da Economia, Secretaria do Tesouro Nacional. 12. ed. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, Subsecretaria de Contabilidade Pública, Coordenação-Geral de Normas de Contabilidade Aplicadas à Federação, 2021. p. 624. Disponível em https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9::::9:P9_ID_PUBLICACAO_ANEXO:16584. Acesso em 15 ago. 2022.



Nesse sentido, Bruno Pereira⁵ alerta que “não resta dúvida de que o saldo disponível em Caixa/Bancos/ Aplicações Financeiras deve ser considerado comprometido com todo o Passivo Financeiro da entidade no momento de se apurar a disponibilidade financeira para fins de atendimento do artigo 42 da Lei Complementar 101/2000”.

Lembre-se que os fluxos financeiros devem ser elaborados de forma destacada a depender da vinculação, ou não, do recurso a órgão, fundo ou despesa obrigatória (art. 8º, parágrafo único e art. 50, I, da LRF). Como ensina Caldas Furtado⁶, “Os fluxos financeiros elaborados até o final do exercício para efeito de apurar a capacidade de pagamento necessária para que se possa contrair novas obrigações de despesa, dentro dos últimos oito meses do mandato, devem ser feitos isoladamente, ou seja, um para cada natureza de recurso, sendo que os saldos não devem se compensar”.

Assim, se a disponibilidade de caixa líquida apurada no fluxo financeiro for suficiente para pagar a despesa nova, o gestor poderá assumi-la. Caso contrário, a obrigação de despesa nova não poderá ser assumida, sob pena de o ordenador se sujeitar à responsabilidade administrativa e até mesmo penal.

A própria LRF traz mecanismo ao gestor para corrigir o fluxo financeiro ao longo da execução orçamentária, por exemplo, o art. 9º, que disciplina a obrigação de limitação de empenho e movimentação financeira caso seja verificado ao final de cada bimestre que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas fiscais. Na verdade, como bem alertado no Manual de Demonstrativos Fiscais, a verificação da existência de disponibilidade de caixa para a inscrição em restos a pagar deve acontecer em todos os exercícios.

Ainda, considerando que o primeiro ano da pandemia da Covid-19 coincidiu com o último ano de mandato nos municípios brasileiros, a Lei Complementar nº 173/2020 mitigou alguns dispositivos da LRF em função da situação de anormalidade, entre eles, o art. 42. Segundo seu art. 7º, inciso II, § 1º, na ocorrência de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, enquanto perdurar a situação, será afastada a vedação prevista no art. 42, desde que as despesas sejam destinadas ao combate à calamidade pública.

Em auditoria realizada pelo TCEMG em 2020 sobre a observância do art. 42 da LRF, o conselheiro Cláudio Terrão proferiu voto-vista alertando sobre a dificuldade de fazer projeções a respeito da disponibilidade de caixa no início do período vedado, pois não se sabia, àquela época, a duração da situação de anormalidade:

Nesse contexto de significativa imprevisibilidade, era ainda mais necessário que se realizasse um juízo quanto à projeção de receitas até o final do exercício, a fim de verificar se havia, no momento da assunção das obrigações, legítima expectativa do gestor a respeito da existência de recursos para custear essas despesas. É importante rememorar que, no início da pandemia, em meados de março/abril de 2020, não se sabia se as restrições decorrentes das medidas de isolamento social, durariam 15 (quinze) dias ou um ano.⁷

De fato, qualquer análise envolvendo o art. 42 da LRF no ano de 2020 deve observar a mitigação prevista na LC nº 173/2020, e também o fato de que a projeção das disponibilidades financeiras (estimativa de entrada de receitas deduzidos os encargos e despesas compromissadas a pagar até o fim do exercício)

5 PEREIRA, Bruno Sales. Artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal: os restos a pagar e a gestão financeira pública. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 12 ago. 2015, 04:30. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/44977/artigo-42-da-lei-de-responsabilidade-fiscal-os-restos-a-pagar-e-a-gestao-financieira-publica>. Acesso em: 10 ago 2022.

6 FURTADO, *Direito financeiro, op. cit.*, p. 481-482.

7 TCEMG. Auditoria de Conformidade n. 1.109.977, conselheiro relator Wanderley Ávila, j. 30.08.2022.

para fins de cobertura da despesa nova no próprio exercício ou para inscrição em restos a pagar restou severamente prejudicada em função da imprevisibilidade da duração da pandemia da Covid-19, mormente na sua fase inicial, que coincidiu com os dois quadrimestres do período de vedação.

Portanto, aquilatado o alcance das expressões “contrair obrigação de despesa” e “disponibilidade de caixa”, com a exceção trazida pela LC nº 173/2020 em virtude da situação de calamidade pública ocasionada pela Covid-19, pode-se concluir que a verificação da infração é tormentosa, demandando minuciosa auditoria financeira por parte dos órgãos de controle. Verificada a violação ao preceito do art. 42 da LRF, o gestor se sujeita à responsabilidade administrativa e penal.

No âmbito dos tribunais de contas, a verificação do art. 42 da LRF pode ser feita no bojo de processos de fiscalização, como inspeções e auditorias, ou mesmo em processos de prestação de contas, podendo gerar sanções administrativas, como multa e inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, caso detectada a contratação de despesa nova no período vedado que não possa ser cumprida integralmente dentro do exercício ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para esse efeito.

Quanto à responsabilidade penal, a Lei nº 10.028/2000 acrescentou ao Código Penal alguns crimes contra as finanças públicas, entre eles, o crime de “assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura”. É o que passou a ser previsto no art. 359-C: “Ordenar ou autorizar a assunção de obrigação, nos dois últimos quadrimestres do último ano do mandato ou legislatura, cuja despesa não possa ser paga no mesmo exercício financeiro ou, caso reste parcela a ser paga no exercício seguinte, que não tenha contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos”.

A redação do artigo acrescido ao Código Penal é praticamente uma cópia do art. 42 da LRF, de forma que, no mais das vezes, o Ministério Público fica dependente da verificação da infração administrativa no âmbito dos tribunais de contas para elaboração da denúncia, dado o caráter técnico dos elementos normativos do crime.

O crime exige dolo, isto é, o gestor deve ter contraído despesas tendo plena ciência de que o ente não dispunha de caixa para pagá-las. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça considera prova do dolo as advertências e os alertas emitidos pelo tribunal de contas competente⁸.

A violação ao art. 42 é considerada grave, pois gera desequilíbrio nas finanças, aumenta a dívida pública de curto prazo e transfere para o exercício financeiro seguinte despesas novas que foram contraídas, prejudicando a implementação de políticas públicas por parte do governo eleito ou mesmo de projetos e ações pelo novo dirigente do órgão.

Assim, a gestão pública, em especial no último ano do mandato, impõe um esforço fiscal atento e permanente do administrador, consciente da importância dos mecanismos de controle orçamentário e financeiro impostos pela lei, a fim de que o aumento da dívida pública não comprometa a prestação de serviços públicos à população.

⁸ AgReg no Agravo em REsp n. 1.626.777-SP, Agravo em REsp n. 1.138.718-SP e Agravo em REsp n. 1.792.857-SP.

O DIREITO INTERTEMPORAL E A LEI Nº 14.039/2020 SOBRE A SINGULARIDADE DOS SERVIÇOS PROFISSIONAIS JURÍDICOS E CONTÁBEIS



Daniel de Carvalho Guimarães

Subprocurador-geral do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais.
Especialista em Direito Tributário pela PUC Minas.

INTRODUÇÃO

O objetivo do texto é contribuir para a definição do marco de eficácia da Lei nº 14.039/2020¹, que estabeleceu presunção legal de singularidade dos serviços profissionais prestados por advogados e contadores, se as disposições legais criadas se aplicam ou não a fatos ocorridos antes de sua vigência.

O tema é importante para saber se o controle posterior feito pelos tribunais de contas ou pelo Poder Judiciário deve considerar a nova lei na construção do juízo sobre as condutas que se relacionem a contratações públicas feitas por inexigibilidade que tenham como objeto a prestação de serviços profissionais por advogados ou contadores, ocorridas antes da vigência da nova lei.

O artigo não abordará o tema da inexigibilidade para a contratação de serviços de advogado e contador, apenas a possibilidade ou não de aplicação retroativa da nova lei.

A IRRETROATIVIDADE DAS NORMAS NO DIREITO BRASILEIRO E A JURISPRUDÊNCIA

As normas são feitas para o futuro, não atingindo as situações jurídicas já consolidadas. É o que se extrai do art. 5º, XXXVI, da Constituição da República de 1988 (CR/88), segundo o qual a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

1 Art. 1º. A Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da OAB), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 3º-A:

“Art. 3º-A. Os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.

Parágrafo único. Considera-se notória especialização o profissional ou a sociedade de advogados cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.”

Art. 2º. O art. 25 do Decreto-Lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 1º e 2º:

“Art. 25.

§ 1º Os serviços profissionais de contabilidade são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.

§ 2º Considera-se notória especialização o profissional ou a sociedade de profissionais de contabilidade cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.” (NR)

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

A Constituição utilizou esses conceitos da legislação preexistente no art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Segundo esse dispositivo, a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Ou seja, os atos praticados devem observar o princípio geral do Direito de que o tempo rege o ato (*tempus regit actum*).

Como reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no paradigmático julgado da ADI nº 493², de relatoria do ministro Moreira Alves, “esse preceito constitucional se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva”. Vale a transcrição da ementa:

Ação direta de inconstitucionalidade.

- Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado.

- O disposto no artigo 5, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do STF.

- Ocorrência, no caso, de violação de direito adquirido. A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Por isso, não há necessidade de se examinar a questão de saber se as normas que alteram índice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcançando, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado, sem violarem o disposto no artigo 5, XXXVI, da Carta Magna.

- Também ofendem o ato jurídico perfeito os dispositivos impugnados que alteram o critério de reajuste das prestações nos contratos já celebrados pelo sistema do Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP).

Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 18, “caput” e parágrafos 1 e 4; 20; 21 e parágrafo único; 23 e parágrafos; e 24 e parágrafos, todos da Lei n. 8.177, de 1 de maio de 1991.

O Direito brasileiro determina a aplicação da lei nova aos casos pendentes e futuros, só podendo retroagir para atingir fatos já consumados quando não ofender o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, ou quando o legislador expressamente determinar sua aplicação aos casos pretéritos.

O legislador brasileiro previu algumas exceções à irretroatividade. A mais imponente é o art. 5º, XL, da Constituição de 1988, que estabeleceu que a norma penal não retroagirá salvo para beneficiar o réu, em respeito ao princípio da isonomia na aplicação da lei penal, que impõe ao homem as penas mais gravosas.

Além disso, o art. 106, II³, do Código Tributário Nacional (CTN) previu expressamente que a lei se aplicaria a ato ou fato pretérito não definitivamente quando deixar de defini-lo como infração e quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista ao tempo de sua prática.

As situações concretas que não envolvam normas penais nem tributárias devem seguir a regra da irretroatividade. A jurisprudência dos Tribunais Superiores confirma esse entendimento.

2 BRASIL. STF. ADI 493 / DF. Pleno, Relator: Min. MOREIRA ALVES. Julgamento: 25.06.1992, publicação: 04.09.1992.

3 Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática.



A discussão sobre a aplicação da cláusula constitucional do art. 5º, inciso LV, a situações que envolvam ilícitos de natureza não penal nem tributária chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF) por meio do RE nº 657871⁴. Porém, prevaleceu o voto do relator, ministro Dias Toffoli, que não reconheceu a existência de repercussão geral. Segundo o acórdão, o recurso envolvia matéria eminentemente infraconstitucional, visto que discutia a aplicação do art. 106, II, do CTN sobre a retroatividade da lei posterior mais benéfica à infração de trânsito e que os conceitos de ato jurídico perfeito, coisa julgada e direito adquirido estão descritos na LINDB, e não na Constituição de 1988.

A transcrição da ementa é necessária:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Aplicação retroativa de lei mais benéfica às infrações de trânsito. Exegese das normas de trânsito. Interpretação realizada à luz das normas do Código Brasileiro de Trânsito revogado e do vigente. Matéria eminentemente infraconstitucional. Ausência de repercussão geral.

1. Não apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que discute efeitos de normas de trânsito revogadoras e revogadas.

2. É pacífica a jurisprudência da Corte no sentido de que os conceitos dos institutos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada não se encontram na Constituição Federal, senão na legislação ordinária, mais especificamente na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

3. Ausência de repercussão geral.⁵

Tendo o STF reconhecido o caráter infraconstitucional da matéria, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi provocado a se manifestar sobre a aplicabilidade ou não da norma do art. 106, II, do CTN aos casos envolvendo infração administrativa e sua conseqüente sanção. A jurisprudência firme da Corte é de negar a aplicação retroativa em situação que não envolva a incidência de normas de natureza diversa da penal ou da tributária. Destaquem-se dois julgados da primeira e da segunda turmas do STJ:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. PODER DE POLÍCIA. SUNAB. APLICAÇÃO DE MULTA. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. APLICAÇÃO POR ANALOGIA DE REGRAS DOS DIREITOS TRIBUTÁRIO E PENAL. IMPOSSIBILIDADE. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. ARGUMENTO CONSTITUCIONAL DA ORIGEM. RECURSO ESPECIAL VIA INADEQUADA.

(...)

2. Em segundo lugar, não são aplicáveis à espécie dispositivos do Código Tributário Nacional e do Código Penal porque, embora o especial tenha sido interposto nos autos de execução fiscal, a multa imposta decorre do exercício do poder de polícia pela Administração Pública - infração administrativa.

3. Agravo regimental não provido.⁶

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. MULTA ADMINISTRATIVA. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA PREVISTA NO ART. 106 DO CTN. INAPLICABILIDADE. NATUREZA DA MULTA. MATÉRIA FÁTICA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE COMBATE A FUNDAMENTOS AUTÔNOMOS DO ACÓRDÃO. RAZÕES RECURSAIS DISSOCIADAS. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DAS SÚMULAS N. 283 E 284/STF. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

4 BRASIL. STF. RE 657871. Pleno, Relator: Ministro Dias Toffoli, publicação: 17.11.2014.

5 *Ibidem*.

6 BRASIL. STJ. AgRg no REsp 761191 / RS. Segunda Turma, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 27.05.2009.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Aplica-se, no caso, o Código de Processo Civil de 2015.

II - Esta Corte tem entendimento consolidado no sentido de que não é aplicável, às infrações de natureza administrativa, a previsão da retroatividade da lei mais benéfica, contida no art. 106 do CTN.

(...).

VI - Agravo Interno desprovido.⁷

A NATUREZA JURÍDICA DA NOVA NORMA

Qual seria a natureza jurídica da norma prevista na Lei nº 14.039, de 17 de agosto de 2020?

Trata-se de uma norma de direito público que, a despeito da sua localização legislativa (na Lei Federal nº 8.906/1994 e no Decreto-Lei nº 9.295/1946), prescreve regra de presunção legal, em favor das atividades de advocacia e de contabilidade, de singularidade do serviço, requisito exigido pela então vigente Lei nº 8.666/1993 para a realização de contratação direta pelo Estado sob a modalidade de inexigibilidade.

A Lei nº 8.666/1993, em seu art. 25, II⁸, prevê dois requisitos para permitir a contratação direta por inexigibilidade de serviços técnicos: a) a singularidade do serviço a ser prestado; c) a notória especialização do agente a ser contratado.

A lei nova em análise trouxe uma presunção de singularidade a esses dois tipos de serviços, em razão da qualificação do prestador (advogado e contador), mantendo a necessidade de demonstração da singularidade nos demais casos de serviços técnicos, como de engenharia, tecnologia da informação, entre outros. Logo, não se trata de uma norma de natureza penal.

O objetivo da norma foi alterar o entendimento até então existente, consolidado na jurisprudência dos tribunais de contas e do Superior Tribunal de Justiça, de que não haveria uma presunção legal de singularidade para todo e qualquer serviço jurídico ou contábil para fins de contratação direta pelo Estado por inexigibilidade de licitação. Ou seja, até a Lei nº 14.039/2020, seria necessário demonstrar, caso a caso, o cumprimento desses requisitos. O novo padrão legal seria de presunção da singularidade dos serviços com a demonstração da notória especialização do prestador.

A disciplina do tema da inexigibilidade no Direito Administrativo gera repercussão nas searas do controle externo, da improbidade administrativa e do Direito Penal.

Em relação ao Direito Penal, destaca-se a norma do art. 89 da Lei nº 8.666/1993, que estabelece como crime apenado com detenção de três a cinco anos e multa as condutas de inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei ou de deixar de observar as formalidades pertinentes à inexigibilidade. Na mesma pena incorreria aquele que se beneficiou da inexigibilidade ilegal para celebrar contrato com o poder público.

7 BRASIL. STJ. AgInt no REsp 1954631 / SP. Primeira Turma, Relatora: Ministra Regina Helena Costa, DJe 08.10.2021.

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

(...)

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

(...)

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Esse dispositivo foi revogado pela Lei nº 14.133/2021, que deu lugar ao art. 337-E do Código Penal, segundo o qual é crime apenado com pena de reclusão de quatro a oito anos a conduta de admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei.

As normas penais citadas dependem de normas de outra natureza para completar o seu preceito primário, sobre o tipo penal. Logo, a mudança nos requisitos legais de inexigibilidade, operada pela Lei nº 14.039/2020, que passou a presumir singulares os serviços técnicos de advogados e contadores, pode gerar uma hipótese de retroatividade benéfica. Tendo isso em vista, essa mudança legislativa, orientada pela norma constitucional do art. 5º, XL, deve beneficiar aqueles que tenham participado do contexto delituoso que atraia a incidência dos arts. 89 da Lei nº 8.666/1993 e 337-E do Código Penal.

A eficácia retroativa de que se trata é da nova norma na parte em que altera o preceito primário da norma penal. Não será retroativa a eficácia da norma da Lei nº 14.039/2020 no seu círculo de incidência sobre as situações de fato que envolvam infrações administrativas e atos de improbidade, ilícitos de outra natureza, passíveis de controle externo pelos tribunais de contas e pelo Poder Judiciário, que envolvam o descumprimento da regra legal sobre contratação pública direta por inexigibilidade de licitação.

Ou seja, a nova presunção legal não se aplica à elaboração do juízo de adequação acerca de contratações diretas por inexigibilidade de licitação, ocorridas antes da vigência da Lei nº 14.039/2020, de serviços prestados por advogados ou contadores, quando não houver a demonstração da singularidade caso a caso, para fins de controle externo pelo Tribunal de Contas e pelo Poder Judiciário em caso de improbidade administrativa.

CONCLUSÃO

De acordo com as cláusulas constitucionais do art. 5º, incisos XXXVI e XL, com as regras legais estritas dos art. 6º da LINDB e 106, II, do CTN, na esteira da jurisprudência do STF e do STJ, pode-se afirmar que, com exceção das normas penais que tenham o conteúdo de seu preceito primário alterados pela Lei nº 14.039/2020, a presunção legal nela prevista, de singularidade nos serviços prestados por profissionais de advocacia e contabilidade quando revestidos de notória especialização, deve ser aplicada apenas aos atos praticados a partir da publicação da lei, em 18 de agosto de 2020, sem retroatividade.

EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS À LUZ DO NOVO PARADIGMA DE CONTROLE DA GESTÃO PÚBLICA



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).

A função de controle da gestão pública ganha relevo na estrutura e organização dos Estados modernos de conformação democrática e passa a incorporar, para o seu adequado exercício, instrumentos e estratégias que assegurem não apenas a observância do inafastável princípio da legalidade, mas, especialmente, a concretização de políticas públicas legítimas e sustentáveis, universais e inclusivas, estabelecidas com a participação dos cidadãos, e que sejam capazes de promover a densificação de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados a todos. Esse novo paradigma de controle, que privilegia o aspecto teleológico ou finalístico da fiscalização, buscando a maximização dos resultados alcançados, seja para coibir a prática de corrupção seja para assegurar maior efetividade no emprego dos recursos públicos, encontra terreno fértil na era digital em que vivemos, que permite a conexão entre pessoas e instituições em tempo real, a análise de dados em sistemas de *big data* e o uso da inteligência artificial. São contextos de alta complexidade e grandes desafios, os quais exigem de todos, Estado e sociedade, atuação integrada e célere, diante de um processo incessante de mudanças rápidas e multidimensionais, para que se possa garantir uma vida digna a todos.

Não se pode desconhecer que as salvaguardas constitucionais, por melhor projetadas que sejam, não garantem, por si só, a efetividade do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais dos cidadãos nele assentados. Mister que o exercício do adequado controle da gestão pública seja diário, empreendido não apenas pelas instituições oficiais incumbidas de tal atribuição, mas por toda a sociedade, buscando verificar se a ação administrativa está sendo desenvolvida rumo ao cumprimento da sua finalidade última – a satisfação do interesse coletivo.

A partir dessa compreensão, para o exercício da adequada fiscalização, o agente controlador precisa romper a cápsula da legalidade estrita em que estão previstas as balizas para a conduta do administrador e alcançar uma avaliação que considere a observância de princípios outros, da mesma estatura e relevância, como economicidade, eficiência, moralidade e legitimidade. Somente dessa forma se poderá verificar se o interesse público foi efetivamente atingido, ou seja, se direitos como educação, saúde, segurança, entre outros, foram, de fato, garantidos ou se apenas aspectos formais e quantitativos da aplicação de recursos públicos nesses segmentos foram atendidos.

No Estado Democrático de Direito, o controle da gestão pública deve se pautar, portanto, pela exigência de políticas públicas legítimas, isto é, que resultem na satisfação do interesse comum. Segundo Moreira Neto (2003, p. 67):



Nesse renovado quadro, a gestão fiscal pública se vai tornando, cada vez mais intensamente, a necessária, obrigatória e transparente expressão financeira de políticas públicas legítimas, portanto, consentidas e subsidiárias, que devem, por isso, prever riscos fiscais, e no desempenho das quais, os agentes políticos e administrativos devem atuar com qualidades de prudência, responsabilidade e responsividade, abrindo, em consequência, a todas as cortes de contas, amplas e fascinantes fronteiras nesse novo e delicado, mas superiormente concebido controle fiscal da legitimidade, assim inaugurado.

Mensurar aspectos qualitativos junto à aferição de conformidade da gestão pública não é tarefa simples. Ao contrário, demanda a incursão em diversas áreas do conhecimento e a avaliação conjugada de aspectos 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 a partir do uso da inteligência artificial, para nortear os trabalhos apuratórios.

O novo paradigma para o exercício do controle, na atualidade, requer, portanto, que seja explorada toda a sua potencialidade funcional, sendo capaz, nessa medida, de ser um vetor de transformação da realidade social, contribuindo para maior efetividade de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, bem como para fortalecer o nosso processo democrático em constante (re)construção.

Dentro do arranjo sistêmico de controle previsto em nossa Constituição da República (CR/88), para o desempenho dessa relevante porém difícil tarefa, foram previstas três modalidades de controle da gestão pública: controle externo, controle interno e controle social, popular ou democrático. O primeiro (controle externo), em sua acepção estrita, foi confiado ao Poder Legislativo (na qualidade de representante do povo), incumbindo-lhe o aspecto político do controle, visto que é quem aprova as leis orçamentárias (Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual), cabendo-lhe, portanto, verificar o cumprimento das metas estabelecidas. Esse controle político, que avalia aspectos da macrogestão governamental, é exercido com o auxílio de um órgão técnico especializado, o Tribunal de Contas, consoante previsão conjugada dos artigos 70 e 71 da CR/88, *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.

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União (...)

Junto ao Tribunal de Contas, e somando esforços para a ultimação do controle externo, funciona o Ministério Público de Contas, instituição também de gênese constitucional, prevista no art. 130 da CR/88, a quem compete a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis e, especialmente, na qualidade de ramo ministerial especializado, tutelar direitos fundamentais dos cidadãos mediante a fiscalização de matérias de índole financeira, orçamentária, contábil, operacional e patrimonial, ou, em outras palavras, zelar pelo escorreito manejo das finanças públicas, tanto no que afeta à arrecadação de receitas quanto à realização de dispêndios. Na verdade, a função de *custos legis* de que se incumbem o *Parquet* especial ganhou novos contornos com a Constituição de 1988, adquirindo amplitude e ressignificado. O Ministério Público de Contas de outrora passa, com a normativa constitucional trazida pelo constituinte de 1988, à condição de guardião

da sociedade (*custos societatis*), responsabilizando-se pela garantia de efetividade do ordenamento jurídico, notadamente no que afeta a direitos fundamentais dos cidadãos.

Assim, no exercício do seu múnus, além da função de *custos legis* exercida perante a Corte de Contas por meio da emissão de parecer nos processos que tramitam naquela Corte e da fiscalização do devido processo legal administrativo, compete ao *Parquet* especializado o desempenho de atividade finalística, operada de forma autônoma e independente do Tribunal de Contas, desenvolvida por meio de procedimentos investigatórios instaurados a partir de denúncias ou notícias de fato recebidas, visando combater a corrupção e garantir a execução adequada de políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais.

Além do controle externo estrito senso, foi prevista pelo constituinte outra modalidade de controle, que atua de forma independente, porém em apoio ao primeiro: o controle interno. Definida como aquela que é exercida pelo próprio Poder, órgão ou entidade, utilizando-se de sua estrutura (recursos humanos e materiais) para acompanhamento e fiscalização dos atos que realiza ou pretende realizar, essa forma de controle, além de nortear a conduta do gestor, mediante veto oportuno a condutas que se desviem das trilhas da legalidade, constitui, ao mesmo tempo, um braço forte do controle externo.

Considerando o fato de possuir melhores condições para o acompanhamento cotidiano dos atos praticados, por estar inserido no contexto avaliado, o controlador interno deve fornecer elementos para a atuação precisa e em tempo real do controle externo. Vale salientar que a inobservância dessa obrigação resulta em consequências para o inadimplente, decorrentes da responsabilidade solidária que passa a assumir por força do disposto no § 1º do art. 74 da CR/88, *in verbis*:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

§ 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária. (Grifos meus)

Por último, mas não menos importante, previu o constituinte diversos instrumentos para o exercício do controle social, denominado por alguns de controle popular ou democrático. Entre eles, merece destaque a denúncia de ilegalidades ou irregularidades que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato pode apresentar perante os órgãos de controle externo, notadamente o Tribunal de Contas (art. 74, § 2º, CR/88) e o Ministério Público de Contas.

O instrumento da denúncia constitui um dos mais importantes conectores entre a ação das instituições (Estado) e os cidadãos (sociedade), visto que permite a qualquer pessoa provocar o exercício do controle para adoção das providências legais cabíveis à prevenção ou reparação de danos. Ressalte-se que, no âmbito do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais, o manejo desse instrumento de

provocação do controle pode dar-se de forma anônima, diferentemente quando é utilizado perante o Tribunal de Contas, onde a identificação do denunciante é exigida.

A revolução tecnológica abriu portas para a ampliação dos espaços destinados ao exercício da cidadania ativa, inserindo o cidadão nos processos de controle da gestão pública, disponibilizando informações em tempo real e instrumentos para a provocação da atuação dos órgãos encarregados do controle, que precisam estar porosos às contribuições advindas da sociedade civil.

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.

Ao lado do controle 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 formalmente consignados em nossa Constituição.

O trabalho das instituições precisa ser permanentemente nutrido pela ação legítima do controle social para que alcance melhores resultados. Essa parceria entre instituições e sociedade civil para o controle da gestão pública e combate à corrupção – mal que se apresenta hoje nas mais variadas formas e que assola não só o Brasil, mas todo o mundo – ganhará corpo à medida que se alcançar um maior nível de formação e informação dos cidadãos.

Para além das modalidades de controle estabelecidas, preocupou-se o constituinte de 1988 em minudenciar os aspectos que a fiscalização sobre a conduta do gestor público deve abranger, deixando patente a consideração de que, para o cumprimento dos propósitos democráticos, o controle precisa voltar sua atenção não apenas para a forma e condicionantes para a realização de cada ato, mas, precisamente, para os resultados das ações empreendidas, compreendendo a mensuração da efetividade das políticas públicas realizadas. Nesse sentido foi o regramento estatuído nos artigos 70 e 74 da CR/88, cujos termos se encontram retrotranscritos.

Somente a ação conjugada dessas modalidades de controle (controle externo, controle interno e controle social), abrangendo toda a extensão fiscalizatória que lhes foi reservada, e que compreende a verificação da legalidade, da legitimidade e da economicidade de cada ato de gestão avaliado, de modo a aferir aspectos quantitativos e qualitativos dos dispêndios, poderá resultar no alargamento da efetividade de direitos fundamentais dos cidadãos.

O redesenho do *modus operandi* das instituições incumbidas do controle da gestão pública prevê a inserção de novas práticas fiscalizatórias compartilhadas entre os diversos atores governamentais, contribuindo para a ampliação do espectro do controle (que passa a ser operacionalizado em rede) e viabilizando que seja alcançada a avaliação de efetividade das ações implementadas.

Essa nova postura dos órgãos de controle, para além de resultar no fortalecimento das instituições e, conseqüentemente, do processo democrático, pode contribuir decisivamente para nortear a ação do Estado, desde o momento do planejamento das políticas que precisa concretizar para a consecução do interesse público até a sua fiel execução.

A revolução tecnológica experimentada nos últimos anos tem oferecido recursos que possibilitam o máximo proveito dos instrumentos já inseridos no contexto fiscalizatório das instituições de controle, com o uso dos mecanismos de gestão do conhecimento, juntamente com as novas e avançadas ferramentas disponíveis no âmbito da tecnologia da informação. Descortinou, também, um cenário de possibilidades para inter-relações institucionais simultâneas e céleres, viabilizando o compartilhamento de bancos de dados, informações e *expertises*, de modo a se evitar o retrabalho, proporcionar a redução de dispêndio de recursos públicos e potencializar resultados.

O desenvolvimento de sistemas que permitem o cruzamento de informações dos mais diversos bancos de dados disponíveis e o uso da inteligência artificial para construção de matriz de risco, baseada em critérios de relevância, materialidade e risco, são ferramentas que agregam inteligência e integração aos processos fiscalizatórios e imprimem maior consistência aos parâmetros de seletividade e planejamento das ações de controle.

Diversas ferramentas de inteligência de última geração já demonstraram sua significativa capacidade de produzir conhecimento estratégico e o tratamento de dados de forma célere em sistemas de *big data*, para a identificação de situações sensíveis no âmbito da aferição da responsabilidade fiscal, assim como para a avaliação de políticas públicas, subsidiando a tomada de decisões dos agentes de controle no tempo adequado, visto que permite não apenas o controle de gastos consumados, mas também – e como é o ideal para se inibir que irregularidades e desvios sejam perpetrados – uma fiscalização prévia e concomitante da gestão dos recursos públicos.

Em síntese, o que se observa hoje, na era digital, é que, para além do alargamento da abrangência do controle sobre o vasto universo a ser controlado, de maior celeridade das apurações e adoção das medidas corretivas e de responsabilização em tempo razoável, as barreiras institucionais foram rompidas, havendo maior transparência dos trabalhos e resultados produzidos, o que permite o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis por outras instituições, evitando o dispêndio desnecessário de recursos públicos e, o mais relevante, possibilita maior efetividade de direitos fundamentais, ainda tão distantes de significativa parcela da nossa sociedade.

Essa mudança de paradigma importa na compreensão emancipadora acerca da função de controle da gestão pública no seio do Estado Democrático de Direito, que assegure a efetivação de direitos fundamentais, tutelando a realização de políticas públicas legítimas, isto é, capazes de promover a concretização do interesse coletivo. Uma compreensão constitucionalmente adequada, capaz de romper as amarras construídas à luz de um paradigma há muito superado, centrado no positivismo ortodoxo, engessado em um sistema jurídico composto apenas por regras; que possa superar uma percepção que desconsidere a existência de princípios que, tal como as regras, também integram o ordenamento jurídico, servindo-lhe de fundamento, e cuja leitura conjugada permita que Estado e sociedade, em ação concatenada, se tornem protagonistas de transformações sociais e indução de boas práticas.

Agregando técnicas inovadoras que conciliam integração e inteligência para a otimização dos resultados que buscam alcançar, dentro de um agir célere e estratégico, conseguirão os órgãos de controle dar à sociedade o que ela espera, isto é, que sejam assegurados direitos fundamentais como saúde, educação e segurança, não apenas na letra fria de normas constitucionais e legais, ou simplesmente na realização de uma operação matemática em que se apure percentual mínimo de recursos aplicados em dado núcleo de despesas. O serviço que a sociedade espera dos órgãos de controle das finanças públicas reside em tutelar o interesse público, somente resguardado se exigidos, para além da legalidade dos gastos, que sejam também realizados com economicidade e, especialmente, que sejam legítimos, ou seja, que promovam a satisfação do interesse público.



Em tempos de crise de toda ordem que assola nosso país, sobretudo a crise fiscal, agravada pela crise de integridade, como evidenciam os índices alarmantes de corrupção em todos os níveis e esferas de governo, e, nos últimos tempos, também uma profunda e devastadora crise sanitária com reflexos econômicos, sociais e políticos, é preciso que as instituições de controle se reinventem para dar conta de lidar com desafios complexos, que explorem ao máximo toda a plêiade de atribuições que a lei lhes reservou para desempenhar, com exímio compromisso, seu papel de tutelar direitos fundamentais da sociedade.

Na verdade, os problemas que precisamos enfrentar na atualidade são multidisciplinares e dificilmente poderemos vencê-los sozinhos de forma exitosa. Desse modo, a busca de parcerias com outras instituições para a formação de redes de controle é essencial para que, somando esforços, *expertises* e competências, se possam potencializar as ações empreendidas e, assim, alcançar melhores resultados para a sociedade.

A missão do controle, pois, é das mais nobres, razão pela qual se faz necessária a incessante busca por seu aprimoramento, instituindo novos mecanismos e unindo esforços, seja das instituições que oficialmente dele se encarregam, aí considerados os controles interno e externo, seja por parte dos cidadãos. Somente assim, numa ação de vigilância permanente, integrada e abrangente, as complexidades poderão ser vencidas, os riscos minimizados e o rol de direitos básicos, que foram conquistados e se encontram consolidados na nossa Constituição, materialmente assegurados, cumprindo-se um dos compromissos centrais da República Federativa do Brasil, estabelecido no art. 1º, III, da CR/88: garantir a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal de 1988 (CR/88)*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13.04.2022.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 10. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1992.

FREITAS, Juarez. Direito administrativo e inteligência artificial. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 21, n. 114, p. 15-29, mar./abr. 2019.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos tribunais de contas. In: *O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia*. 7. ed. rev. at. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PORTO, Éderson D. A busca pela eficiência na fiscalização da gestão pública: a utilização de inteligência artificial para aperfeiçoamento do controle das finanças públicas. *Revista de Direito da Empresa e dos Negócios*, v. 1, n. 2, p. 4-31, 2017. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/rden/article/view/15725>. Acesso em: 25.04.2022.

REVISITANDO A SIMETRIA CONSTITUCIONAL ENTRE A MAGISTRATURA E O MINISTÉRIO PÚBLICO



Marcílio Barenco Corrêa de Mello

Doutor em Ciências Jurídicas Públicas pela Universidade do Minho/Portugal, com área de concentração em Direito Administrativo. Mestrado e Licenciatura em Fundamentos dos Direitos Constitucionais pela Universidade Federal de Alagoas/Brasil. Especialista em Direito Processual pela Faculdade de Direito de Maceió (AL)/Brasil. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (RJ)/Brasil. Procurador-Geral do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais/Brasil.

A Constituição da República (CR/88) e a legislação ordinária de regência instituíram um sistema de garantias de caráter institucional e funcional aos magistrados para o exercício da jurisdição de forma independente e imparcial. Nessa mesma perspectiva, foram asseguradas garantias e direitos por via da simetria constitucional entre o regime jurídico atribuído à magistratura e o de membros do Ministério Público brasileiro, em condições de igualdade de tratamento entre as carreiras, com isonomia de vencimentos, garantias, prerrogativas, impedimentos e vantagens. Do seu turno, por norma endoconstitucional, essas mesmas garantias e prerrogativas institucionais são extensíveis aos conselheiros, conselheiros substitutos e integrantes do *Parquet* que funcionam junto aos tribunais de contas brasileiros.

Efetivamente, a Carta Maior de 1988 determinou a equiparação dos membros dos tribunais de contas à magistratura nacional, assegurando-lhes a paridade de garantias, vantagens e prerrogativas.¹ De modo igual, a Constituição do Estado de Minas Gerais estabeleceu a aplicação ao conselheiro do Tribunal de Contas das mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos e subsídio do desembargador.² Na Carta Política Mineira, foi definido que o auditor – atual cargo de conselheiro substituto – tem os mesmos impedimentos e garantias do juiz de direito de entrância mais elevada e, quando em substituição a conselheiro, os mesmos impedimentos e garantias deste.³

A igualdade de tratamento de regimes entre a magistratura nacional e o Ministério Público brasileiro é legítima na aplicação recíproca de normas legais de uma à outra carreira, para fins de disciplina uniforme, isto é, por simetria constitucional. Sob esse aspecto, a *Lex Mater* dispôs que devem ser aplicadas ao Ministério Público, no que couber, as normas de regência da magistratura,⁴ incluindo o equilíbrio de direitos, vantagens e prerrogativas funcionais. Como anota Pedro Lenza, “outrossim, em nítida aproximação com a carreira da Magistratura, o art. 129, § 4º, dispõe que, no que couber, aplica-se ao Ministério Público o disposto no art. 93”.⁵

1 BRASIL. Constituição Federal de 1988 (CR/88). Promulgada em 5 de outubro de 1988. Vide art. 73, *caput*, §§ 3º e 4º; e art. 75. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13.04.2022.

2 MINAS GERAIS (1989). Constituição do Estado de Minas Gerais. 28. ed. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2021. art. 78, § 4º.

3 *Ibidem*, art. 79, § 1º.

4 BRASIL, CR/88, art. 129, § 4º.

5 LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 861.



É importante acrescentar que o Ministério Público de Contas (MPC) é equiparável ao Ministério Público comum (MPU) e ao Ministério Público dos Estados (MPE) –, embora com este não se confunda, sendo-lhe reconhecidos os mesmos direitos e garantias de ordem subjetiva,⁶ para assegurar o exercício de suas funções especializadas no cumprimento das normas financeiras e orçamentárias. Nessa concepção, a Lei Orgânica do TCEMG⁷ dispôs sobre a aplicação aos procuradores do Ministério Público de Contas das disposições da Seção I do Capítulo IV do Título IV da Constituição da República, pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura, bem como dos direitos, garantias, prerrogativas, vedações e regime disciplinar instituídos na Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Valendo-me do escólio do Supremo Tribunal Federal,

(...) se para melhor servir à função de controle externo foi que se deu a assemelhação de prerrogativas entre os Tribunais de Contas e certos órgãos do Poder Judiciário (...), também em homenagem à essa mesma e altaneira função constitucional de controle externo é que se deve reconhecer a equivalência de regime jurídico entre o Ministério Público de Contas e o Ministério Público Geral.⁸

Na mesma direção, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), ao responder à Consulta nº 0.00.000.000843/2013-39, sobre as prerrogativas e funções institucionais do Ministério Público de Contas, deliberou que “seus membros foram contemplados com as mesmas garantias e vedações relativas aos membros das demais unidades e ramos do Ministério Público (CF, art. 130)”. A simetria constitucional entre as carreiras referidas foi também reconhecida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), “sendo necessária a comunicação das vantagens funcionais do Ministério Público, previstas na Lei Complementar 75, de 1993, e na Lei nº 8.625, de 1993, à Magistratura e vice-versa”⁹

Logo, a exemplo do Ministério Público em geral, como também por decorrência da própria simetria com a magistratura, o Ministério Público de Contas dispõe de prerrogativas e garantias de cunho institucional. Sem dúvida, determinadas vantagens e vedações constitucionais são atribuídas imediatamente ao Ministério Público Especial e membros do Tribunal de Contas, incluindo a vitaliciedade; a irredutibilidade salarial; a fixação e escalonamento do subsídio atrelado percentualmente ao dos ministros do Supremo Tribunal Federal; os dias de férias anuais; a distribuição imediata dos processos; a impossibilidade de exercício de outro cargo ou função, salvo magistério; a proibição de dedicar-se à atividade político-partidária; as representações ou gratificações concedidas em razão do exercício das funções de presidente, corregedor e procurador-geral; bem como a indenização por trabalhos extraordinários, entre outros.

Nessa vereda, um caso prático de aplicação da simetria constitucional se encontra na Resolução nº 945/2020 do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao dispor sobre os critérios de compensação de créditos acumulados por magistrados de primeira e segunda instâncias pelos dias que trabalharam a mais, estando em vigor desde a sua publicação, em 16 de novembro de 2020.¹⁰ A norma mencionada foi alterada pela Resolução do Órgão Especial/TJMG nº 958/2021, publicada em 15 de março de 2021, que regulamentou novas hipóteses de dias de crédito de compensação por trabalhos extraordinários de juízes de primeiro grau e desembargadores.¹¹ No conjunto, tais resoluções apresentam diversas situações excepcionais, como a realização de plantão em dia que não há expediente; cooperação; exercício cumulativo de jurisdição; convocação para reunião do Conselho da Magistratura; acúmulo de acervo processual, entre outras.

6 BRASIL, CR/1988, art. 130.

7 MINAS GERAIS. Lei Complementar estadual nº 102/2008 (Lei Orgânica do TCE-MG), art. 30.

8 STF. ADI 2.378.

9 CNJ. Pedido de Providências nº 0002043-22.2009.2.00.0000.

10 TJMG. Resolução do Órgão Especial nº 945/2020.

11 TJMG. Resolução do Órgão Especial nº 958/2021.

Além disso, a Lei Complementar estadual nº 59/2001 – Lei da Organização e Divisão Judiciárias do Estado de Minas Gerais –, com a redação dada pela Lei Complementar estadual nº 157/2021, publicada em 7 de janeiro de 2021, também apresentou regras sobre o trabalho extraordinário de magistrados, com direito a compensação ou indenização pelos dias em que servirem.¹²

É de se verificar que a mesma questão foi regulamentada no âmbito do Ministério Público Estadual (MPE-MG), por meio da Resolução PGJ nº 12/2021, em vigor desde a data de sua publicação no DOE-MPMG, em 10 de março de 2021, com efeitos retroativos ao dia 2 de setembro de 2020.¹³

A matéria também está disciplinada na Resolução PGJ nº 39/2021, publicada em 24 de agosto de 2021, que alterou a Resolução PGJ nº 12/2021, promovendo adequações nos critérios e requisitos para a compensação decorrente do exercício de trabalho extraordinário pelos membros do Ministério Público de Minas Gerais. Em sentido semelhante, dispõe a Lei Complementar estadual nº 34/1994 – Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais –, ao tratar da indenização e da compensação decorrentes de trabalho extraordinário, plantões e cumulação de funções por agentes ministeriais.¹⁴

Os direitos acima delineados são aplicáveis aos procuradores do MPC-MG, como dito anteriormente, seja por força do princípio constitucional da simetria seja por conta da previsão expressa da Lei Complementar estadual nº 102/2008 em seu art. 30 seja, ainda, por força da CR/1988 (art. 130). Assim sendo, passemos a uma breve análise das regras oficiais vigentes sobre compensação de trabalho extraordinário e de trabalho em regime de plantão, aplicáveis simetricamente aos procuradores do Ministério Público de Contas, conselheiros substitutos e conselheiros integrantes do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

Cumpre examinarmos, em primeiro plano, a cumulação de cargos e funções prevista em norma do Ministério Público Comum Estadual.¹⁵ Aqui, a equiparação por equivalência constitucional se dá na acumulação de funções ou de cargo pelo membro do Ministério Público de Contas, no caso de férias, licença-saúde e licença-maternidade de procurador substituído. Quanto à proporção, serão concedidos três dias de crédito para compensação a cada cinco dias úteis, alternados ou consecutivos, de exercício cumulativo em cargo ou função distintos.

No que tange à cumulação de cargos e funções prevista em norma do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais,¹⁶ a equiparação por equivalência constitucional se dá na acumulação de jurisdição de contas por conselheiro e conselheiro substituto em virtude de férias, dias de compensação ou afastamentos do substituído. Quanto à proporção, será concedido um dia de crédito para compensação a cada dia útil de exercício cumulativo com o cargo de atividade típica de jurisdição.

Outra questão relevante consiste na situação de cooperação, prevista no Ministério Público do Estado de Minas Gerais.¹⁷ Aqui, a equiparação por equivalência constitucional se dá na designação, pelo procurador-geral de Contas, de membro do Ministério Público de Contas para cooperar, presencial ou remotamente, no exercício de funções em outro cargo, na mesma ou em unidade diversa daquela em que exerce suas atribuições ordinárias e sem prejuízo delas. Quanto à proporção, será concedido um dia de crédito para compensação a cada quatro dias úteis de exercício de cooperação.

No que diz respeito à cooperação prevista em norma do Tribunal de Justiça,¹⁸ a equiparação por equivalência constitucional se dá na designação de conselheiros e conselheiros substitutos para exercício regular de cooperação em atividade judicante no Tribunal de Contas, sem prejuízo das

12 MINAS GERAIS. Lei Complementar estadual nº 59/2001 - Lei da Organização e Divisão Judiciárias do Estado de Minas Gerais, art. 123, § 3º e art. 313, §§ 1º e 7º.

13 MPE-MG, por meio da Resolução PGJ nº 12/2021,

14 MINAS GERAIS. Lei Complementar estadual nº 34/1994, (art. 72, § 1º; art. 74, § 2º; art. 119, incisos XXII, XXIII, e §§ 6º e 9º; art. 261-A, Parágrafo único e art. 268-A)

15 MPE-MG. Resolução PGJ nº 12/2021, art. 2º, inciso I e art. 3º, alterada pela Resolução PGJ nº 39/2021.

16 TJMG. Resolução do Órgão Especial nº 945/2020, art. 2º, inciso VII.

17 MPE-MG. Resolução PGJ nº 12/2021, art. 2º, inciso II e art. 4º, alterada pela Resolução PGJ nº 39/2021.

18 TJMG. Resolução do Órgão Especial nº 945/2020, art. 2º, inciso IV.



atividades regulamentares. Quanto à proporção, tem-se um dia de crédito para compensação a cada oito votos ou decisões monocráticas na qualidade de relator do processo.

Sobre o acúmulo de acervo processual, previsto em norma do Ministério Público de Minas Gerais,¹⁹ a equiparação por equivalência constitucional se dá nos feitos de atribuição do membro do Ministério Público de Contas, os quais, por critério quantitativo máximo de processos em tramitação para cada procurador, nos termos definidos em ato específico, importem em sobrecarga de trabalho. Quanto à proporção, será concedido um dia de crédito para compensação a cada cinco dias de exercício, alternados ou consecutivos, decorrente do acúmulo de acervo de feitos de atribuição do Ministério Público.

Em seguida, ainda sobre o acúmulo de acervo processual, previsto em norma do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais,²⁰ a equiparação por equivalência constitucional se dá nos feitos de gabinetes de conselheiros ou conselheiros substitutos em que haja sobrecarga de acervo, nomeadamente por critérios quantitativos ou qualitativos, nos termos de portaria da presidência da Corte de Contas. Quanto à proporção, será concedido um dia de crédito para cada cinco dias de exercício, alternados ou consecutivos.

Além disso, sobre o plantão no Ministério Público do Estado de Minas Gerais,²¹ a equiparação por equivalência constitucional se dá na designação de membro do Ministério Público de Contas para realizar plantão, inclusive em eventos diversos, nos fins de semana, feriados, recesso forense, em dias de ponto facultativo ou em dias úteis fora do horário de expediente ordinário. Quanto à proporção, tem-se um dia de crédito para compensação a cada dia não útil de designação, no caso de plantão em período diurno; um dia de crédito para compensação a cada dia útil ou não útil de designação no caso de plantão em período noturno; e meio dia de crédito no caso de períodos fracionados de seis horas que antecedem e sucedem os plantões diurno e noturno.

Vale lembrar, igualmente, o plantão no Tribunal de Justiça,²² com equiparação por equivalência constitucional à hipótese de designação de conselheiro do Tribunal de Contas e conselheiro substituto para realizar plantão, inclusive em eventos diversos, nos fins de semana, feriados, recesso forense, em dias de ponto facultativo ou em dias úteis fora do horário de expediente ordinário. Quanto à proporção, tem-se um dia de crédito no caso de comparecimento a julgamento em decorrência de convocação realizada em período de férias, licença-prêmio ou outros afastamentos autorizados, objetivando atender ao interesse público; um dia de crédito para compensação por plantão em período diurno, a cada dia não útil de designação ou dia útil que anteceda fim de semana, feriado ou suspensão do expediente; e um dia de crédito para compensação por plantão em período noturno, a cada dia (útil ou não útil) de designação.

Ainda, o exercício de coordenação de Procuradorias de Justiça ou de Promotorias de Justiça, prevista em norma do Ministério Público do Estado de Minas Gerais,²³ é equiparável por equivalência constitucional à designação de procurador do Ministério Público de Contas para o exercício da função de gestão da respectiva unidade, sem prejuízo de suas atribuições ordinárias. Quanto à proporção, será concedido um dia de crédito para compensação a cada trinta dias de exercício da função de coordenação, vedada a dupla incidência na mesma hipótese.

Por iguais razões, tem-se o exercício de atuação nas superintendências administrativas do Tribunal de Justiça de Minas Gerais,²⁴ com equiparação por equivalência constitucional à hipótese de designação de conselheiro ou conselheiro substituto para o exercício de atribuição administrativa, sem prejuízo e/ou afastamento de sua jurisdição. Quanto à proporção, serão concedidos seis dias de crédito para compensação por semestre de atuação em atribuição administrativa.

19 MPE-MG. Resolução PGJ nº 12/2021, art. 2º, inciso III e art. 5º, alterada pela Resolução PGJ nº 39/2021.

20 TJMG. Resolução do Órgão Especial nº 945/2020, art. 2º, inciso X, acrescentado pela Resolução do Órgão Especial nº 958/2021.

21 MPE-MG. Resolução PGJ nº 12/2021, art. 2º, inciso IV, e art. 6º.

22 TJMG. Resolução do Órgão Especial nº 945/2020, art. 2º, incisos I, II e III.

23 MPE-MG. Resolução PGJ nº 12/2021, art. 2º, inciso V, e art. 7º, com a redação dada pela Resolução nº 39/2021.

24 TJMG. Resolução do Órgão Especial nº 945/2020, art. 2º, inciso V.

Outrossim, acerca das atividades estratégicas desempenhadas no Ministério Público de Minas Gerais,²⁵ a equiparação por equivalência constitucional se dá no exercício, por membro do Ministério Público de Contas, de cargo ou função de relevância institucional, listados pelo procurador-geral de Contas, caracterizados pelo permanente exercício de atividades estratégicas para a instituição, além daquelas inerentes ao próprio cargo ou função. Quanto à proporção, será concedido um dia de crédito para cada cinco dias de exercício no respectivo cargo ou função, alternados ou consecutivos.

Ademais, no tocante à participação em mutirões no Ministério Público do Estado de Minas Gerais,²⁶ a equiparação por equivalência constitucional ocorre na designação, por ato do procurador-geral de Contas, de membro do Ministério Público de Contas para atuar em mutirões, com dias de compensação a depender da duração.

Por sua vez, acerca do exercício de cargo ou função relevante e singular no Ministério Público do Estado de Minas Gerais,²⁷ a equiparação por equivalência constitucional ocorre na hipótese de exercício, pelo membro do Ministério Público de Contas, de atividade relevante e singular ao serviço ministerial, por designação do procurador-geral, com dias de compensação proporcionais à complexidade, à disponibilidade e à duração da atividade desempenhada.

No que tange ao exercício de qualquer atividade administrativa ou jurisdicional de relevante serviço judiciário, prevista em norma do Tribunal de Justiça,²⁸ a equiparação por equivalência constitucional ocorre no caso de prestação, por conselheiro ou conselheiro substituto, de relevante serviço por designação do conselheiro-presidente. Quanto à proporção, por ocasião da designação, será concedido pelo presidente do Tribunal o quantitativo de dias para compensação.

Prosseguindo, tem-se a convocação para reunião de membro do Colégio de Procuradores, prevista em norma do Ministério Público do Estado de Minas Gerais,²⁹ equiparável por equivalência constitucional ao exercício da função de membro do Colégio de Procuradores do Ministério Público de Contas, sendo previsto um dia de crédito para trinta dias de exercício.

Na sequência, destaca-se a convocação de julgador para sessão do Tribunal Pleno, na forma prevista em norma do Tribunal de Justiça,³⁰ sendo equiparada por equivalência constitucional à participação em sessão ou reunião especial do Pleno por conselheiros ou conselheiros substitutos. Quanto à proporção, será concedido um dia de crédito por participação em sessão do Tribunal Pleno ou reunião especial, limitados a seis dias por semestre.

Por fim, também merece destaque a conversão de dias de compensação em indenização,³¹ aplicável por equivalência constitucional aos membros do Tribunal de Contas e do Ministério Público Especial, no caso de requerimento de conversão de dias de compensação em indenização, a ser pago em trinta dias do pedido.

Todos esses trabalhos extraordinários regulamentados não limitaram o direito de indenização dos dias de compensação já realizados nos últimos cinco anos anteriores às resoluções do Tribunal de Justiça e Ministério Público do Estado de Minas Gerais, isto é, constante de banco de dados dos órgãos.

Diante do exposto, o ordenamento jurídico estabelece a simetria entre as carreiras da magistratura e do Ministério Público, como decorrência da aplicação direta de dispositivo constitucional (art. 129, § 4º).

25 MPE-MG. Resolução PGJ nº 12/2021, art. 2º, inciso VI, e art. 8º, com a redação dada pela Resolução nº 39/2021.

26 *Ibidem*, art. 2º, inciso VII e art. 9º.

27 *Ibidem*, art. 2º, inciso VIII, e art. 10.

28 TJMG. Resolução do Órgão Especial nº 945/2020, art. 2º, inciso VI, c/com § 1º.

29 MPE-MG. Resolução PGJ nº 12/2021, §§ 3º e 4º do art. 3º, acrescentados pela Resolução PGJ nº 39/2021.

30 TJMG. Resolução do Órgão Especial nº 945/2020, art. 2º, inciso VIII.

31 MINAS GERAIS. Lei Complementar estadual nº 157/2021, art. 4º, que alterou os §§ 1º e 7º do art. 313 da Lei Complementar estadual nº 59/2001.



Em razão disso, é reconhecido o paralelismo de direitos e deveres inerentes à garantia do bom exercício das funções institucionais, aplicável aos conselheiros do Tribunal de Contas, conselheiros substitutos e procuradores do Ministério Público Especial, por força de equiparação.

Certamente, revisitando a simetria constitucional das carreiras, sob pena de quebra de paridade institucional e desequilíbrio na autonomia funcional, aos membros do Ministério Público de Contas devem ser consagradas as mesmas garantias, prerrogativas, vantagens funcionais, impedimentos e vencimentos dos magistrados, além da correspondência dos direitos conferidos aos integrantes do Ministério Público comum que atuam perante o Poder Judiciário, assegurando-lhes o exercício pleno e a independência do ofício na esfera de atuação do controle externo, por vontade expressa do legislador constituinte.

LEGITIMIDADE PARA A EXECUÇÃO DE CRÉDITO DECORRENTE DE MULTA APLICADA POR TCE A AGENTE PÚBLICO MUNICIPAL

Apontamentos acerca do Tema 642 de Repercussão Geral do STF



Maria Cecília Borges

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

INTRODUÇÃO

A fiscalização da Administração Pública direta e indireta brasileira, sob os aspectos contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial, é exercida pelo Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas, conforme disciplinado pelos art. 70 a 75 da Constituição da República de 1988 (CR/88). Apesar de inserida em seção da CR/88 referente ao Poder Legislativo, já é pacificado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), nos termos da ADI 4.190-REF-MC/RJ,¹ que a competência institucional dos tribunais de contas traduz emanação que resulta, primariamente, da própria Constituição de 1988.

No âmbito estadual, os tribunais de contas (TCEs) são organizados pelas respectivas Constituições estaduais e, por força do princípio da simetria, insculpido no art. 75 da CR/88, devem observância ao modelo federal. Suas competências, por sua vez, estão elencadas nos art. 71 e seguintes da Carta Magna.

Quanto às sanções que podem ser aplicadas pelas Cortes de Contas, a Constituição da República elenca a imputação de débito e a aplicação de multa, inclusive a multa proporcional ao dano ao erário, na forma do art. 71, inciso VIII, c/c § 3º. Além disso, as decisões condenatórias dos tribunais de contas possuem eficácia de título executivo extrajudicial.

Nesse cenário, diante da possibilidade de aplicação de sanções pecuniárias, notadamente as multas, pelos tribunais de contas, com eficácia de título executivo extrajudicial, surge a questão de qual ente detém a legitimidade para executar o crédito decorrente da multa aplicada. No contexto da nova tese do Supremo Tribunal Federal fixada no Tema 642 de Repercussão Geral, torna-se necessário aferir as singularidades de cada modalidade de multa, a fim de que se proceda a um tratamento jurídico individualizado e se compreenda em qual situação a competência para execução do crédito decorrente da aplicação de multa pelo Tribunal de Contas será do ente municipal.

DA NATUREZA DAS MULTAS APLICADAS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Para elucidar a matéria, importa recorrer à análise feita por Luciano Ferraz, com fincas à distinção e classificação das multas aplicáveis pelos tribunais de contas.² Para o professor, há a *multa-coerção*, que visa conferir eficácia à atuação das Cortes de Contas, uma vez que serve para obrigar agentes públicos

1 BRASIL. STF, ADI 4190 MC-REF, Relator(a): Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 10.03.2010, DJe-105 divulg. 10.06.2010, public. 11-06-2010 EMENT VOL-02405-02 PP-00313 RTJ VOL-00213-01 PP-00436 RT v. 100, n. 911, 2011, p. 379-404.

2 FERRAZ, Luciano. Poder de coerção e poder de sanção dos tribunais de contas – competência normativa e devido processo legal. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 43, n. 2, abr./jun. 2002, p. 129.



e jurisdicionados ao cumprimento de obrigações públicas impostas por lei, de modo a evitar, *v.g.*, embaraços ao exercício das fiscalizações, como descumprimento de diligências ou negar o acesso a informações e documentos.

A *multa-sanção*, por sua vez, dirige-se à punição dos infratores, como nas hipóteses de julgamento de contas irregulares, com ou sem determinação de ressarcimento ao erário. Há ainda quem defenda uma terceira espécie de multa, prevista na parte final do inciso VIII do art. 71 da CR/88: a *multa-ressarcitória*, que decorre de responsabilização-reparação, uma vez que pressupõe a existência de dano ao erário e sua quantificação para fins de ressarcimento, na esteira de Fabrício Motta e Ismar Viana.³ Ou seja, é acessória da imputação de débito decorrente de dano, sendo, portanto, uma multa proporcional ao dano causado ao erário.

Apontadas as espécies de sanções de multa passíveis de serem aplicadas pelos tribunais de contas, com suas particularidades e natureza jurídica, passa-se à análise do julgado em comento.

LEGITIMIDADE PARA PROPOR EXECUÇÃO DAS DECISÕES CONDENATÓRIAS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS: ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O TEMA 642 DE REPERCUSSÃO GERAL DO STF

Embora competente para determinar imputação de débito e aplicação de multa, com eficácia de título executivo extrajudicial, o Tribunal de Contas não detém legitimidade para executar suas decisões, conforme RE nº 223.037/SE, de relatoria do ministro Maurício Corrêa. Por conseguinte, surge a questão acerca de quem detém a legitimidade para executá-las: se o ente da Federação ao qual o respectivo Tribunal de Contas está vinculado ou se o ente da Federação lesado.

No que diz respeito à execução das decisões que imputam débito, pacificou-se a questão de que a legitimidade compete ao respectivo ente da Federação⁴ lesado.⁵ Assim, quando se trata de imputação de débito – ressarcimento ao erário –, deve haver a recomposição do dano sofrido pelo ente público, e o credor da imputação de débito, portanto, seria o ente público lesado.

Já no que diz respeito à execução de multa, durante muito tempo, prevaleceu entendimento de que o título executivo decorrente de aplicação de multa por Tribunal de Contas Estadual deveria ser executado pelo respectivo ente da Federação, ou seja, que se deveria atribuir ao ente político ao qual o Tribunal de Contas integra a legitimidade para cobrança das multas decorrentes da inobservância das regras de gestão pública.

Entretanto, em recente julgado, o Supremo Tribunal Federal, no RE nº 1003433-RJ (Tema 642 de Repercussão Geral), de relatoria do ministro Marco Aurélio, fixou tese no sentido de que o “município prejudicado é o legitimado para a execução de crédito decorrente de multa aplicada por tribunal de contas estadual a agente público municipal, em razão de danos causados ao erário municipal”⁶

Em análise ao julgado em comento, conforme pontuado pelo ministro Gilmar Mendes, seu objeto de discussão consiste em um título executivo formado pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro que, na verdade, se enquadra como multa-coerção, uma vez que aplicada em razão da ausência de envio de dados mensais de fundo municipal a sistema integrado de gestão fiscal do Tribunal de Contas daquele Estado da Federação.

3 MOTTA, Fabrício; VIANA, Ismar. A competência para execução de multas aplicadas pelos Tribunais de Contas. *Revista Consultor Jurídico*, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-16/interesse-publico-competencia-execucao-multas-aplicadas-pelos-tcs>. Acesso em: 12 ago. 2022.

4 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. De quem é a legitimidade para a execução de crédito decorrente de multa aplicada por Tribunal de Contas estadual a agente público municipal? *Buscador Dizer o Direito*, Manaus, 2022. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/a422e60213322845b85ae122de53269f>. Acesso em: 13 ago. 2022.

5 BRASIL. STJ. AgRg no REsp n. 1.181.122/RS, relator Ministro Humberto Martins, relator para acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 6/5/2010, DJe de 21.5.2010.

6 BRASIL. STF. RE 1003433, Relator(a): Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 15.09.2021, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-203 divulg. 11.10.2021, public. 13.10.2022.

Nota-se, portanto, que a multa imposta decorreu de inobservância de determinação da Corte de Contas e do interesse exclusivo da atividade fiscalizatória, não tendo decorrido dano ao erário sofrido pela municipalidade a ser ressarcido. Por isso, em um primeiro momento, é possível inferir que, para o STF, somente o ente federativo lesado possui legitimidade para executar o acórdão do Tribunal de Contas, seja ele de imputação de débito ou de multa. Inclusive, tendo em vista que o STF julgou o tema sob a sistemática da repercussão geral, o Superior Tribunal de Justiça readequou o seu entendimento alinhando-se ao que decidiu a Corte Constitucional.⁷

Entretanto, observa-se ainda a existência de dúvidas sobre a matéria, gerando questionamentos acerca do alcance do julgado, notadamente no que diz respeito às várias naturezas de multa, conforme visto. Ou seja, é necessário verificar se seria possível concluir pelo seu alcance independentemente da natureza da multa. Isso porque, ao se analisar a tese com base no caso concreto, que seria de aplicação de multa-coerção, a parte final de sua redação demonstra uma contradição, ao dispor que “o município prejudicado é o legitimado para a execução de crédito decorrente de multa aplicada por tribunal de contas estadual a agente público municipal, em razão de danos causados ao erário municipal”.

Isto posto, é possível questionar se o Tema 642 de Repercussão Geral deveria, de fato, aplicar-se a todas as espécies de multas.

No que diz respeito à multa-sanção e à multa-coerção, como mencionado pelo ministro Gilmar Mendes em seu voto-vista no RE nº 1003433-RJ, trata-se de sanções cujos propósitos são de contraestímulo para a prática de futuras inobservâncias das normas ou de ferramenta para reafirmação da autoridade das decisões proferidas pelos tribunais de contas.⁸ Não possuem natureza acessória, de acompanhar o principal, uma vez que aprimoram e garantem a autoridade das atividades finalísticas de controle externo, bem como guardam autonomia em relação ao dever de recomposição do erário. Isto é, são multas cuja dosimetria independe de consideração acerca de eventual dano causado ao erário.

Em contrapartida, a multa-ressarcitória, que consiste na multa proporcional ao dano causado ao erário, constitui-se em sanção acessória que deve seguir o principal, ou seja, a imputação de débito (dever de recomposição ao erário), no mesmo sentido dos argumentos trazidos pelo ministro Alexandre de Moraes, que inaugurou a divergência no julgado supracitado. Isso porque se trata de uma multa que decorre diretamente do dano causado aos cofres públicos, possuindo função retributiva aos abusos e desvios praticados em face do erário.

Nessa lógica, a imputação de débito, que é o dever de ressarcimento ao erário e obrigação principal, deve ser executada pelo ente federativo lesado, detentor do interesse direto na recomposição do erário. Logo, quando a multa é aplicada em razão desse ressarcimento ao erário – multa ressarcitória/proporcional ao dano causado ao erário municipal – contra agente público municipal, a legitimidade para a execução do crédito decorrente de multa aplicada por Tribunal de Contas Estadual também seria do município prejudicado, uma vez que consiste em sanção acessória aplicada ao servidor público, no caso, municipal.

Analisando as singularidades das naturezas de cada espécie de multa, bem como o próprio inteiro teor do julgado, seria mais adequada a interpretação no sentido de que somente quanto à multa-ressarcitória é que o ente municipal lesado deveria ter legitimidade para executar o crédito. Isso porque ao ente municipal lesado é atribuída a legitimidade para execução de acórdão do Tribunal de Contas Estadual quando, identificando prejuízo aos cofres públicos municipais, há condenação do agente público municipal a recompor o dano suportado pelo erário.

No mesmo sentido, a decisão que fixa multa-ressarcitória também deveria ser executada pelo ente prejudicado, uma vez que se trata de multa de natureza acessória, isto é, multa proporcional ao dano

7 BRASIL. STJ. AgInt no AREsp n. 926.189/MG, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15.2.2022, DJe de 15.3.2022 (Informativo 725).

8 BRASIL. STF. RE 1003433, Relator(a): Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 15.09.2021, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-203 divulg. 11.10.2021, public. 13.10.2022.

causado, devendo, portanto, acompanhar o principal, que é a imputação de débito acerca do dano ao erário a ser ressarcido. Entretanto, tal interpretação não é extraída de forma singular pela leitura do inteiro teor do acórdão em comento.

Diante das dúvidas suscitadas, conclui-se, portanto, pela necessidade de que seja revisitada a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, haja vista que os argumentos levantados no acórdão não levaram em consideração as distintas naturezas das multas aplicadas pelos tribunais de contas, e, por consectário lógico, não se dispensou tratamento condizente com suas singularidades, natureza jurídica e propriedades distintivas. É imperioso que caiba novamente à Corte Suprema, por meio da hermenêutica constitucional, aplinar os obstáculos que dificultam a tarefa do intérprete, levando em consideração singularidades, natureza jurídica e propriedades distintivas da matéria jurídica que envolve a legitimidade para execução de multas aplicadas pelos tribunais de contas.

RES PUBLICA E O DEVER DE PRESTAR CONTAS



Sara Meinberg Schmidt de Andrade Duarte

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

Diego Felipe Mendes Abreu de Melo

Oficial de Controle Externo. Pós-Graduação em Gestão Pública (especialização)
na Escola de Contas e Capacitação Professor Pedro Aleixo.

O termo *res publica* (“coisa pública”) começou a ser empregado na sociedade romana após a progressiva ascensão da plebe à política de Roma, com a emergência de uma expressão que fosse capaz de designar copropriedade com o povo romano em sentido amplo. Em outras palavras, as lutas históricas da plebe, em especial as Secessões (*secessio plebis*), com a contínua equiparação de direitos desde 495 Antes da Era Comum (AEC), levaram à consolidação da noção de *res populi* (“coisa do povo”) em relação às coisas mantidas para uma utilidade comum e, em seguida, expressão que se tornou gênero para a espécie *res publica*, étimo de República.

Nesse sentido, a primeira investigação formal sobre o termo “república” de que se tem notícia remonta ao orador e político romano Marco Túlio Cícero (3 de janeiro de 106 AEC a 7 de dezembro de 43 AEC): “A *res publica* é a *res populi*. E o povo não é um agrupamento de homens que se congregaram de qualquer forma, mas a congregação de uma multidão associada [*sociatus*] por um *iuris consensus* [consenso jurídico] e *utilitatis communione* [utilidade comum]”.¹

Desde Cícero até tempos não tão remotos, a noção de república passou por diversas ressignificações, sem, no entanto, perder seu núcleo semântico. Na clássica coletânea de textos *The Federalist*, que influenciou sobremaneira a compreensão política e jurídica das Américas sobre Estado, James Madison Jr., na publicação n. 39 (16 de janeiro de 1788), pressupõe à República regras de democracia: “governo republicano é aquele em que todos os poderes procedem direta ou indiretamente do povo, cujos administradores gozam de poder temporário ao arbítrio do povo, ou enquanto bem se portarem”.²

Madison Jr. ainda ressalta que não uma só classe seja favorecida, mas que “a maioria da sociedade tenha parte em tal governo porque, de outro modo, um corpo poderoso de nobres, que exercitasse sobre o povo uma autoridade opressiva, ainda que delegada, poderia reclamar para si a honrosa denominação de república”.³

1 CICERO, Marcus Tullius. *De Re Pvblica*. Livro I, § 39, tradução nossa. Disponível em: <http://www.thelatinlibrary.com/cicero/repub.shtml>. Acesso em: 8 ago. 2022.

2 MADISON JR., James. The Conformity of the Plan to Republican Principles. *The Federalist*, 16 jan. 1788. Disponível em: <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-10-02-0234>. Acesso em: 9 ago. 2022.

3 *Ibidem*.



Se considerarmos ambos os conceitos – com a licença do salto histórico –, o cerne de suas estruturas continua intacto, pois a república exige *iuris consensus, utilitatis communione* e que o povo consiga direta ou indiretamente exercer o domínio sobre a *res publica*. Uma vez que, na república, a administração da coisa pública fica a cargo de pessoas escolhidas nos moldes estabelecidos no *iuris consensus* – descrito, em regra, no texto constitucional e em outras normas jurídicas –, nada mais óbvio que o administrador preste contas dos bens administrados.

O *iuris consensus* expresso no texto normativo estabelece previamente as regras a que o administrador da *res publica* deve se atentar para demonstrar que os bens públicos em sentido lato (recursos financeiros, imóveis, títulos, etc.) foram empregados em conformidade com a *utilitatis communione*, a finalidade pública. O próprio Cícero afirma, no contexto de um caso privado, que, se alguém despreza o Direito (*ius civile*), esse sujeito não só rompe com as instituições, mas com toda a utilidade comum (*utilitatis communione*) e, portanto, com a própria vida em comunidade.⁴

Se, àquela época e naquele contexto histórico, já se entendia que a inobservância das normas jurídicas afetas ao âmbito privado (*ius civile*) abalava a *própria utilidade comum*, hoje, com as profundas mudanças paradigmáticas do Direito e da Política, é certo que, no caso de vínculo jurídico de alçada coletiva e decorrente do exercício de uma relação de poder entre o Estado e seu povo, não basta a inexistência de prescrição negativa de conduta, mas também que o próprio administrador paute suas ações segundo o *iuris consensus* – nominado atualmente como princípio da juridicidade.

Ademais, as decisões do administrador precisam ser apresentadas ao povo de forma que este, legítimo senhor da *res populi*, possa avaliar sua escorreita destinação para a finalidade pública, conforme os parâmetros estabelecidos para a juridicidade dos atos praticados. No Estado brasileiro, as diretrizes sobre a avaliação institucional dessas decisões estão dispostas na Constituição da República, em especial nos artigos 14 a 17 e nos Títulos III e IV. Os parâmetros, detalhes e interpretações necessários para o exercício dessa avaliação encontram-se na legislação infraconstitucional e regulamentos, em especial, os textos normativos atinentes à atividade dos tribunais de contas.

Interessa, pois, considerar o comando geral previsto no art. 70, parágrafo único, da Constituição da República: “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, assuma obrigações de natureza pecuniária”.⁵ Observa-se, assim, que a conformidade da administração da *res publica* com a juridicidade e a finalidade pública em sentido lato deve ser demonstrada pelo próprio administrador para aqueles que são titulares da coisa comum que lhe foi confiada. Em outras palavras, o texto constitucional acabou por estabelecer que compete ao gestor público a obrigação de provar a boa gestão do erário.

Caso o dever constitucional de prestar contas, na forma prevista no ordenamento jurídico, seja inadimplido ou a administração dos bens tenha agido de modo manifestamente contrário ao Direito, surge, por conseguinte, a presunção de que a gestão foi danosa. Entre outros termos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça convencionou nominar essa presunção de dano como *in re ipsa*.⁶ De igual modo, conforme o caso, também emergirá a presunção de culpa para o agente público responsável pela prática do ato danoso ou pela conduta omissiva no dever constitucional de prestar contas. Nesse ponto, deve-se ter em mente que, de forma alguma, imputa-se responsabilidade objetiva ao gestor público inadimplente com o seu dever de prestar contas.

4 CICERO, Marcus Tvlljvs. *Pro Caecina*. § 70. Versão latina de Albert Clark, 1909. Disponível em: <https://www.perseus.tufts.edu/>. Acesso em: 9 ago. 2022.

5 BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

6 AgInt nos EDcl no RMS 45315/SP; AgInt no AREsp 1956291/MG; AgInt no REsp 1580393/RJ; AgInt nos EDcl no AREsp 1589195/SP; AgInt no AREsp 1450600/SP.

Ao passo que na responsabilidade objetiva não interessa apurar o elemento culpa, a hipótese de culpa presumida consiste em espécie do gênero responsabilidade subjetiva. Contudo, nesta última hipótese, é desnecessário, para fins de responsabilização, demonstrar a culpa (*lato sensu*) do agente, pois tal elemento é imprescindível para imputação de dano. Embora o inadimplemento de obrigação de alçada constitucional seja conduta gravíssima, a excepcionalíssima imputação de responsabilidade objetiva, com repercussões processuais relevantes na esfera de direitos fundamentais do administrador – principalmente no âmbito do exercício do contraditório –, somente poderia ter sido prevista pelo Poder Constituinte Originário, que não o fez.

A diferença encontra-se apenas no fato de que a culpa, em situações como as narradas, possui presunção relativa, o que torna ônus do agente desviante demonstrar a regular administração da coisa pública, sob pena de ser responsabilizado. Conquanto, na responsabilidade objetiva, haja pouca margem para que o potencial responsável se defenda, restando, na prática, apenas técnicas de defesa indireta em relação ao elemento culpa, na culpa presumida (modalidade de responsabilidade subjetiva), a defesa pode contrariar (negar) diretamente o fato constitutivo da culpa.

Nessa linha de que condutas desviantes graves – em especial, omissão no dever de prestar contas – implicam presunção de culpa da autoridade responsável, encontra-se também a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, a qual pode ser resumida no seguinte precedente:

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. NÃO COMPROVAÇÃO DA BOA E REGULAR APLICAÇÃO DOS RECURSOS REPASSADOS PELA FUNASA MEDIANTE CONVÊNIO. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO E MULTA.

1. O ônus de comprovar a regularidade na aplicação dos recursos públicos compete ao gestor, por meio de documentação consistente, que demonstre cabalmente a regularidade dos gastos efetuados com os objetivos pactuados, bem assim o nexo de causalidade entre estes e as verbas federais repassadas.
2. Julgam-se irregulares as contas, com a imposição de débito e multa, quando o gestor não comprova o correto emprego dos dinheiros públicos na finalidade para o qual se destinavam.⁷

Portanto, acaso se configure inadimplemento em relação à obrigação de prestar contas, o Estado não só pode, como deve (dever-poder) adotar as medidas necessárias para coagir o gestor a demonstrar a regularidade da gestão da coisa pública e, se for o caso, perseguir a restituição dos recursos ao erário.

Perceba-se que, em termos procedimentais, o argumento fático principal consiste na ausência de prestação de contas ou outro desvio grave quanto à observância da juridicidade. Estabelecida a relação processual com a citação do responsável, cabe-lhe apenas contrariar o fato mediante a prova da regularidade de sua conduta ou contraditar os argumentos jurídicos trazidos: demonstrar que, embora a conduta tenha sido formalmente desviante, a norma jurídica não lhe deve ser aplicada em razão das particularidades do caso ou de argumento de direito ou hermenêutico (“lógica informal”) relevante para o deslinde da matéria.

Sobre este ponto, a lógica formal aplicada ao processo mostra-se de grande relevância para compreender o rito procedimental e a distribuição de ônus da prova nos processos que envolvem prestação de contas, seja os que tramitam no âmbito dos tribunais de contas, seja o encadeamento típico do processo judicial. Por esclarecer a questão no âmbito procedimental, importa apresentar exemplo mencionado em voto do relator proferido no Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 1.012.204, instaurado no Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCMG):

⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Primeira Câmara. *Acórdão n. 0973-04/11-1*. Relator: min. Marcos Bemquerer Costa. Julgado em: 15 fev. 2011. Acesso em: 9 ago. 2022.

Em outras palavras, poder-se-ia sintetizar o argumento nos seguintes termos exemplificativos: 'A' tem obrigação constitucional-legal de prestar contas de patrimônio 'X' a 'B'; 'A' não presta contas a 'B'; 'B' notifica 'A' de sua inadimplência; 'A' permanece inadimplente para com 'B'; 'B' ajuíza ação de prestação de contas contra 'A', reclamando a destinação de 'X'; 'A' não demonstra que prestou contas (contrário da proposição de 'B') nem apresenta prova legítima de escorregada destinação de 'X' (contraditório da universal normativa); 'A' deve indenizar 'B'.

A mesma sistemática, *mutatis mutandis*, se aplica aos processos de contas: o gestor (A) do patrimônio público 'X' deve prestar contas de sua destinação para o Estado (B) na forma prevista em norma própria. Se o gestor (A) queda-se inadimplente, o Estado (B) lhe demanda o cumprimento da obrigação normativa. Operando-se o fato (inadimplência normativa), impõe-se a relação processual a fim de que o gestor (A) possa contrariar o apontamento e, principalmente, contraditar a aplicação da norma, apresentando exceção (justificativa legítima) do direito do Estado (B) de ser indenizado pelo patrimônio 'X'. *Id est*, considerando ser o Estado (B) o credor da obrigação de o gestor (A) prestar contas do patrimônio 'X', é daquele (B) o ônus da prova da ausência de prestação de contas (fato); assim feito, redistribuiu-se a carga probatória para que o gestor (A) demonstre a exceção do dever de indenizar o Estado (B) pelo patrimônio 'X'.⁸

Em que pesem as regras procedimentais atinentes à distribuição do ônus da prova à parte com maior capacidade de suportá-lo, ou mesmo os casos em que a própria lei ou a Constituição tenham fixado previamente a carga probatória (p. ex., art. 70, parágrafo único, da Constituição da República), fato é que a jurisprudência dos tribunais de contas estaduais tem oscilado sobre essa relevante questão processual. Exemplo disso é o já mencionado Incidente de Uniformização de Jurisprudência que tramitou no TCEMG.

Portanto, é importante que, para garantir a efetividade e o cumprimento da missão institucional dos tribunais de contas em uma república, sejam retomadas as bases processuais-constitucionais e político-jurídicas que fundamentam a responsabilização de agentes públicos em face da administração do erário nessa forma de governo.

Não se defende, de forma alguma, a cultura do medo sobre o gestor público. Propõe-se apenas que a conduta mínima esperada por parte de qualquer gestor seja observada: prestação de contas sobre a coisa gerida e responsabilização em caso de inadimplemento dessa obrigação, com as repercussões apontadas pelo ordenamento jurídico. Afinal, por mais que a noção de república seja ressignificada com as mudanças de paradigma do Direito, é preciso tomar o devido cuidado para não dissimular o brocardo absolutista *the king can do no wrong*⁹ para *the king can do wrong, but he can keep calm and hide it from the people*¹⁰.

8 MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 1.012.204. Relator: Cons. José Alves Viana, 10 de julho de 2019. *Diário Oficial de Contas*, 19 set. 2019.

9 "O Rei não erra". Brocardo do direito inglês, largamente utilizado para sintetizar a teoria da irresponsabilidade do monarca: "Além do atributo de soberania, a lei ainda atribui ao Rei, em sua capacidade política, perfeição absoluta. O Rei não erra. (...) O Rei, ademais, não só é incapaz de errar, mas até mesmo de pensar de forma errada; ele nunca pensa em fazer algo impróprio. Nele não há tolice ou fraqueza". Cf. BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*. Livro I, Capítulo 7, tradução nossa. Disponível em: https://avalon.law.yale.edu/subject_menus/blackstone.asp. Acesso em: 11 ago. 2022.

10 "O rei erra, mas sabe ficar calmo e esconder isso do povo" (tradução livre).

Artigos de jurisprudência

STF DECIDE PELA IRRETROATIVIDADE PARCIAL DA REFORMA NA LEI DE IMPROBIDADE¹



Ingo Wolfgang Sarlet

Doutor em Direito pela Ludwig Maximilians-Universität- München. Professor titular da Escola de Direito e dos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito e em Ciências Criminais da Escola de Direito da PUCRS. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS. Coordenador do GEDF (Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Fundamentais - CNPq) e Colíder do Grupo de Pesquisa em Governança Corporativa, Compliance & Proteção de Dados - CNPq. Pós-Doutorado na Universidade de Munique como bolsista e pesquisador do Instituto Max-Planck de Direito Social, Estrangeiro e Internacional (Alemanha), bem como no Georgetown Law Center (Washington DC). Advogado e professor.

Luis Henrique Braga Madalena

Doutor em Filosofia e Teoria do Direito pela Uerj. Mestre em Direito Público pela Unisinos. Vice-diretor financeiro da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Advogado.

Bernardo Strobel Guimarães

Doutor e mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Professor adjunto de Direito Administrativo da PUC-RJ e professor substituto de Direito Econômico da UFPR. Advogado.

Lucas Sipioni Furtado de Medeiros

Advogado e professor.

O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu: as inovações em matéria de improbidade mais favoráveis ao acusado não retroagem, salvo no que toca à norma que extinguiu a improbidade culposa, que retroage somente para atingir os processos em curso e os fatos ainda não processados. Neste texto, o nosso intento é meramente descritivo, designadamente o de explicar tudo o que ficou decidido, com o detalhamento dos votos dos ministros. A decisão ocorreu nos autos do Agravo em Recurso Especial nº 843/989/PR e representou o Tema 1.199 de Repercussão Geral.

Já não é mais novidade que a Lei nº 14.230/2021 provocou profundas mudanças na Lei de Improbidade Administrativa (LIA – Lei nº 8.429/1992). Entre as diversas inovações, três em especial já tiveram sua constitucionalidade questionada no STF: a) o reconhecimento do Ministério Público como o único competente para o ajuizamento da ação de improbidade; b) a supressão da improbidade culposa; c) os novos marcos prescricionais.

Quanto ao primeiro ponto, o ministro Alexandre de Moraes, nos autos das ADIns 7.042/DF e 7.043/DF, decidiu de forma monocrática parte da cautelar requerida para, entre outras determinações, dar interpretação conforme a Constituição ao caput e §§ 6-A, 10-C e 14 do art. 17 da Lei nº 8.429/1992, no sentido de existir uma competência concorrente entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação de improbidade. Portanto, o que se pode afirmar é que voltou a valer a sistemática vigente antes da Lei nº 14.230/2021 até que sobrevenha decisão definitiva do Plenário do STF quanto ao tema, seja confirmando seja revogando a cautelar.

¹ Artigo publicado no site *Consultor Jurídico* (www.conjur.com.br), em 5 de setembro de 2022, e disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-set-05/direitos-fundamentais-stf-irretroatividade-parcial-reforma-lei-improbidade#author>



Já as outras duas inovações mencionadas foram objeto de discussão nos autos do ARE nº 843.989/PR, cujo julgamento se encerrou em 18 de setembro de 2022. Em linhas gerais, a controvérsia girava em torno da definição de eventual (ir)retroatividade das disposições da Lei nº 14.230/2021, em especial, em relação: (1) à necessidade da presença do elemento subjetivo – dolo – para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa; e (2) à aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente.

Em sua manifestação, o procurador-geral da República, Augusto Aras, posicionou-se contra a tese da retroatividade. Segundo ele, entender o contrário representa retrocesso que vai “de encontro à ordem jurídico-constitucional de preservação da probidade e de combate à corrupção”. Nesse sentido, propôs a fixação das seguintes teses: a) as alterações do *caput* do artigo 10 da LIA apenas explicitam a vedação à responsabilidade objetiva do agente, que, sistematicamente, sempre foi proibida no sistema brasileiro, o qual prossegue permitindo a punição do erro grosseiro; b) os novos prazos de prescrição geral e intercorrente previstos pela Lei nº 14.230/2021, para os atos de improbidade administrativa que tenham sido cometidos antes da referida lei, somente são computados a partir da data de sua promulgação.

No julgamento, por maioria, foi firmada a seguinte tese:

- a)** é necessária a comprovação do elemento subjetivo do dolo para a configuração dos atos de improbidade administrativa;
- b)** a norma que aboliu a improbidade culposa não retroage para atingir a coisa julgada, também não tendo incidência durante o processo de execução das penas e seus incidentes;
- c)** a norma que aboliu a improbidade culposa retroage e é aplicável imediatamente aos processos em curso e aos fatos ainda não processados, cabendo ao juízo competente, em qualquer caso, analisar eventual dolo do agente, hipótese em que a ação poderá continuar tramitando;
- d)** o novo regime prescricional é irretroativo e os novos marcos interruptivos começam a correr a partir da publicação da lei, garantindo-se a eficácia dos atos praticados validamente antes da alteração legislativa.

O relator do recurso, ministro Alexandre de Moraes, votou pela irretroatividade das disposições mais benéficas aos acusados. Ele iniciou sua argumentação destacando a natureza civil dos atos e da ação de improbidade administrativa, bem como que o Direito Administrativo Sancionador em nada se confunde com o Direito Penal. Nesse sentido, entendeu que a aplicação ao sistema da improbidade dos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador não implica a aplicação também dos princípios constitucionais penais, entre os quais a retroatividade da lei mais benéfica — inciso XL do artigo 5º da Constituição da República.

Contudo, seguiu ele, nos processos em curso, a regra da irretroatividade atinge somente os atos já praticados. Os atos a serem praticados, por outro lado, devem a ela guardar deferência, de modo que nos processos em andamento não de ser aplicadas as novas disposições em matéria de improbidade, com destaque para a regra que suprimiu a modalidade de improbidade culposa. Mas também aqui há uma exceção: os novos marcos prescricionais. Segundo o ministro, não há o que falar em retroatividade dos novos prazos sob pena de se surpreender o Estado, que, até então, agia regularmente. Em outras palavras, como o Estado não estava inerte com base na lei vigente à época da sua atuação, ele não pode ser considerado inerte com base em uma lei superveniente.

Nesse sentido, propôs a fixação da tese no sentido de que somente a norma que aboliu a improbidade culposa retroage e apenas para atingir os processos em curso. Sua proposta se sagrou vencedora no

juízo, com duas exceções: na proposta original, entendeu o ministro que cabia ao magistrado, na análise do caso concreto, avaliar eventual má-fé ou dolo eventual do agente. A maioria dos ministros da corte, contudo, não concordou com a inclusão da expressão má-fé, na medida em que em momento algum ela é tratada pela lei como um elemento subjetivo caracterizador da improbidade.

Além disso, o relator não votou pela retroatividade da norma, e sim pela não ultratividade da lei antiga, no sentido de que não é a lei nova que retroage, mas a lei antiga que, uma vez revogada, não pode ser utilizada como base para novas condenações – tanto é assim que, nesse ponto, a sua proposta de tese original começava da seguinte forma: “aplicam-se os princípios da não ultratividade e *tempus regit actum*...”. Também aqui ele ficou vencido, votando a maioria do tribunal pela retroatividade da Lei nº 14.230/2021.

Apenas quatro ministros votaram pela irretroatividade total das novas disposições: Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Cármen Lúcia. Os demais, como veremos a seguir, parcial ou integralmente, e alguns com divergências de fundamento, votaram com o relator. Em especial, os ministros André Mendonça, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes votaram no sentido de que a retroatividade da norma que excluiu a modalidade culposa se estende também à coisa julgada.

O ministro André Mendonça abriu a divergência. Segundo ele, a improbidade faz parte do gênero Direito Sancionador, dos quais também são espécies o Direito Penal e o ilícito civil, de modo que nada impede a aplicação dos princípios gerais do direito sancionador ao sistema da improbidade, entre os quais a retroatividade da lei mais benéfica ao acusado. Com base nesse e em outros argumentos, concluiu que a norma que excluiu a modalidade culposa de improbidade retroage (1) para atingir os processos em curso e os fatos ainda não processados e (2) para atingir a coisa julgada, hipótese em que será necessário o manejo da ação rescisória.

Quanto aos novos marcos prescricionais, propôs o ministro as seguintes teses: a) o novo prazo de prescrição intercorrente aplica-se de maneira imediata aos processos em curso, tendo como marco inicial nesses casos a entrada em vigor da Lei nº 14.230/21; b) o novo prazo de prescrição geral tem aplicabilidade imediata aos processos em curso e aos fatos ainda não processados. Contudo, se o prazo já tivesse começado a correr quando da publicação da Lei nº 14.230/21, valeria o prazo da lei antiga, que é de cinco anos, se não, valeria o novo prazo, oito anos.

O ministro Nunes Marques acompanhou o voto do relator quanto à norma que suprimiu a modalidade culposa, divergindo quanto aos novos prazos prescricionais. Para o ministro, os novos prazos retroagem para atingir os processos em curso, inclusive no que toca ao marco do início de contagem dos prazos. Segundo ele, os princípios gerais do direito administrativo sancionador aplicam-se ao sistema da improbidade dada a sua natureza repressiva e sancionatória, além de que a regra constitucional da irretroatividade é uma via de mão única: trata-se de uma garantia do cidadão contra inovações legislativas mais severas, que não pode ser invocada pelo Estado a favor de si mesmo.

Os ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Cármen Lúcia, por outro lado, entenderam que as novas disposições mais benéficas aos acusados não retroagem em nenhum caso, esteja o processo já transitado em julgado ou ainda em curso. Segundo eles, os atos e a ação de improbidade possuem natureza puramente civil, não havendo o que se cogitar, portanto, da aplicação dos princípios constitucionais penais, que devem ser interpretados e aplicados restritivamente.

O ministro Dias Toffoli acompanhou o voto do ministro André Mendonça no que toca à norma que aboliu a improbidade culposa e o voto do ministro Nunes Marques no que toca aos novos marcos prescricionais (retroatividade inclusive quanto ao marco inicial de contagem). Segundo ele, aplica-se ao

sistema de improbidade a mesma lógica que rege o Direito Penal, haja vista o caráter eminentemente repressivo e sancionatório da Lei de Improbidade Administrativa.

O ministro Ricardo Lewandowski votou no mesmo sentido do ministro André Mendonça no que toca à norma que aboliu a modalidade culposa de improbidade, isto é, ela retroage para atingir os processos em curso e os já transitados em julgado, mas divergiu quanto aos novos prazos prescricionais. Nesse último ponto, o ministro Lewandowski votou no sentido de que o novo prazo de prescrição intercorrente começa a correr somente a partir da publicação da lei, ao passo que o novo prazo de prescrição geral retroage para atingir fatos consumados à luz da lei antiga.

O ministro Gilmar Mendes, por sua vez, votou com o relator no sentido de que a norma que aboliu a improbidade culposa retroage somente para atingir os processos em curso — no fundamento, contudo, votou pela tese da retroatividade, e não pela tese da não ultratividade. Quanto aos novos prazos prescricionais, votou no sentido da retroatividade do novo prazo de prescrição geral e no sentido da irretroatividade do novo prazo de prescrição intercorrente, que é aplicável somente às ações ajuizadas após o advento da Lei nº 14.230/2021.

Por fim, o presidente do tribunal, ministro Luiz Fux, seguiu integralmente o voto do relator, inclusive no que toca à tese da não ultratividade da lei antiga.

Em resumo, e considerando somente o resultado das votações (sem entrar no mérito das divergências) e somente quanto aos fundamentos e razões de cada ministro:

a) votaram a favor da retroatividade da norma que excluiu a modalidade culposa de improbidade para atingir os processos em curso os ministros Alexandre de Moraes, André Mendonça, Nunes Marques, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Luiz Fux;

b) votaram a favor da retroatividade da norma que excluiu a modalidade culposa de improbidade para atingir também os processos já transitados em julgado os ministros André Mendonça, Nunes Marques, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes;

c) votaram pela retroatividade do novo prazo de prescrição intercorrente os ministros Nunes Marques de Dias Toffoli – para os demais, o novo prazo começa a correr a partir da vigência da Lei nº 14.230/2021;

d) votaram pela retroatividade do novo prazo de prescrição geral os ministros André Mendonça, Nunes Marques, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, sendo que o primeiro defendeu uma posição alternativa.

Em linhas gerais, as consequências da tese firmada pelo STF são as seguintes:

a) as pessoas que estão sendo processadas exclusivamente pela prática de ato culposo de improbidade devem ser absolvidas, ante a supressão dessa modalidade pela Lei nº 14.230/2021;

b) as pessoas que já foram processadas e executadas, bem como as pessoas que estão sendo atualmente executadas (o processo de conhecimento já se encerrou e o feito está na fase de cumprimento de sentença) não são beneficiadas pelas novas disposições, ainda que tenham sido acusadas somente pela prática de ato de improbidade culposo;

c) os novos prazos prescricionais passam a contar somente a partir da publicação da Lei nº 14.230/2021, de modo que as ações ajuizadas na vigência da lei anterior continuam a respeitar os prazos nela estabelecidos.

Apresentados, em síntese apertada, o julgamento e os votos dos ministros, o que se constata é que a polêmica que já se travava de forma acirrada na doutrina apenas tende a se intensificar, posto que não faltam os que não se conformam com a decisão, controvérsia que, como já se está a visualizar, agora impactará diretamente a aplicação da nova legislação pelo Poder Judiciário, inclusive no que concerne à adequada interpretação da própria decisão da Suprema Corte. Ao fim e ao cabo, cuida-se de tema que nunca permitiu que alguém se pudesse queixar de tédio e não faltarão colunas na ConJur e em todos os meios discutindo a matéria.



O STF E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS: O FIM DA SÚMULA Nº 347?¹



Ricardo Schneider Rodrigues

Pós-Doutorando pelo Grupo de Pesquisas SmartCitiesBr – EACH da Universidade de São Paulo (USP). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Coordenador Adjunto e Professor do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Cesmac (Mestrado). Pesquisador do Grupo de Pesquisa “Direito, Contemporaneidade e Transformações Sociais”, vinculado ao CNPq/Cesmac. Sócio fundador/idealizador e Vice-Presidente do Instituto de Direito Administrativo de Alagoas (IDAA). Procurador do Ministério Público de Contas de Alagoas.

Os tribunais de contas (TCs) têm sido objeto de diversos julgados recentes do Supremo Tribunal Federal (STF) que representam uma significativa mudança em sua jurisprudência tradicional. Alguns dogmas foram revistos e há uma clara sinalização de que as atividades dessas Cortes sofrerão uma profunda alteração.

Há diversos exemplos dessa tendência. Nos mandados de segurança (MSs) nº 32.201/DF, nº 35.512/DF e nº 36.067/DF, o STF passou a aplicar a Lei nº 9.873/99 ao Tribunal de Contas da União (TCU), definindo o regime jurídico da prescrição do seu poder punitivo diante da lacuna normativa sobre o tema no âmbito do controle externo. No Recurso Extraordinário (RE) nº 636.553 (Tema 445), a Suprema Corte passou a estabelecer o prazo de cinco anos para os TCs se manifestarem quanto à legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, a contar da chegada do processo à respectiva Corte de Contas, mitigando, aparentemente, a antiga noção de que se tratava de um ato complexo. Mais recentemente e de forma contundente, no RE nº 636.886/AL (Tema 899), o STF passou a entender que a pretensão de ressarcimento ao erário prescreve no âmbito dos TCs, alterando a jurisprudência que assentia na imprescritibilidade nesses casos.

A próxima virada jurisprudencial que se vislumbra consiste na superação da conhecida Súmula nº 347 do STF, segundo a qual “o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”. Diversas decisões monocráticas vêm, pouco a pouco, sinalizando uma possível alteração desse enunciado. Alguns ministros já expressaram claramente que, à luz da Constituição da República de 1988 (CR), haveria chegado o momento de modificar esse entendimento, forjado sob o regime constitucional anterior. É necessário compreender os argumentos que vêm sendo trazidos a lume no âmbito do STF por sua jurisprudência tradicional e, também, por aqueles que defendem a insubsistência da referida súmula.

No inteiro teor do acórdão proferido no recurso do mandado de segurança nº 8.372/CE, é possível identificar a razão que levou a Corte, à época, a deliberar pela aprovação da Súmula nº 347. No julgamento, ocorrido em 11 de dezembro de 1961, o recurso fora manejado em face de acórdão do Tribunal de Justiça (TJ) que denegou a segurança, mantendo ato do Tribunal de Contas local que havia negado registro ao ato de aposentadoria do impetrante.

¹ Versão do artigo originalmente publicado na *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 123, p. 615-654, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/937>.

O recorrente era delegado de polícia e sua aposentadoria estava fundamentada na Lei estadual nº 4.316/1958. A Procuradoria-Geral da República destacou que a Lei estadual nº 4.418, que tornou sem efeito a Lei estadual nº 4.316/1958, havia sido declarada constitucional pela Suprema Corte anteriormente. Por não existir à época controle concentrado de constitucionalidade, a proclamação da constitucionalidade da referida norma (Lei nº 4.418) ocorreu em sede de controle difuso, à luz da Constituição de 1946. Teria agido corretamente, portanto, o TC local ao negar registro ao ato fundado na Lei nº 4.316/58, porque esta não mais produzia efeitos, por força da Lei nº 4.418.

Ao negar provimento ao recurso, o relator, ministro. Pedro Chaves, embora concordasse com o resultado do julgamento do Tribunal *a quo*, fez uma ressalva expressa quanto à fundamentação nele incorporada. Asseverou expressamente não querer se vincular a uma tese que repelia constantemente.

De fato, o ministro Pedro Chaves, em seu voto, que foi acompanhado pela unanimidade do Pleno do STF, afirmou que a declaração de inconstitucionalidade escapava à competência específica dos tribunais de contas. Sem embargo, entendeu por bem esclarecer, diante do disposto no julgado recorrido, que havia uma distinção entre declarar a inconstitucionalidade e não aplicar leis inconstitucionais, para anunciar expressamente que “esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado”.

Percebe-se, portanto, que o relator não quis se vincular ao entendimento contrário à possibilidade de o Tribunal de Contas recusar a aplicação de norma inconstitucional. Para o ministro Pedro Chaves, não aplicar norma inconstitucional seria uma obrigação e não se confundiria com a declaração da sua inconstitucionalidade.

Esse acórdão serviu de precedente para a edição da Súmula nº 347 do STF, aprovada em 13 de dezembro de 1963. Cabe afirmar, portanto, que o reconhecimento da competência para recusar a aplicação de leis inconstitucionais por qualquer órgão estatal – e não apenas pelo Judiciário – foi o argumento que justificou a edição do enunciado sumular pela Suprema Corte.

É preciso reconhecer a existência de outras interpretações para o referido julgado.² Contudo, embora o caso concreto tratasse apenas da inaplicabilidade, pelo TC, de uma lei que já não produzia efeitos, parece-nos evidente que a Corte reconheceu a necessidade de diferenciar a declaração de inconstitucionalidade da não aplicação de normas inconstitucionais, para chancelar que essa segunda hipótese é *obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado*.

Cristalino, portanto, o entendimento do STF. Tanto assim que esse raciocínio justificou a edição da referida súmula, para assentar claramente que “o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”. O verbo *apreciar* utilizado nesse enunciado não compreende a *declaração* de inconstitucionalidade, mas apenas – insista-se – autoriza a *não aplicar* leis inconstitucionais, no caso concreto, por ser esta uma *obrigação* de qualquer tribunal ou órgão de *qualquer* dos poderes do Estado.

Com a devida vênia das interpretações diferentes da ora exposta, não haveria sentido em aprovar um enunciado sumular com o referido teor, a partir de julgado cujo conteúdo abarcava a citada tese, se não fosse para reconhecer, de forma evidente, a *obrigação* de os tribunais de contas recusarem a aplicação de leis inconstitucionais.

2 Cf. FALCÃO, Valdirene Ribeiro de Souza. O Tribunal de Contas e o controle de constitucionalidade: uma releitura da Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 209-211; e ROSILHO, A. J. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 141.



Após a Constituição de 1988, diversos julgados do STF enfrentaram a questão. A referência não é apenas a julgados envolvendo o TCU, mas também àqueles pertinentes ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e ao Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), pois em relação a esses conselhos, que também não integram o Poder Judiciário, a questão da (im)possibilidade de afastar norma reputada inconstitucional é suscitada.

Do exame integral de diversos julgados,³ isto é, não apenas da ementa e do voto vencedor, mas também dos demais votos e das respectivas notas taquigráficas, percebe-se que em muitos casos os ministros seguem o voto-vencedor por concordarem com o dispositivo da decisão que denega ou concede a segurança – pois, na maioria dos casos, as questões foram analisadas em sede de mandado de segurança –, mas divergem quanto aos fundamentos.

É possível afirmar que a maior parte dos ministros concorda com a possibilidade de que órgãos administrativos, ao exercerem o controle sobre atos administrativos, possam deixar de aplicar uma lei considerada inconstitucional, prevalecendo, no caso concreto, a Constituição (ministro Marco Aurélio, ministro Roberto Barroso, ministro Rosa Weber, ministro Cármen Lúcia, ministro Edson Fachin, ministro Dias Toffoli e ministro Luiz Fux).

Há certa divergência quanto a essa postura ser efetivamente um controle (difuso) de constitucionalidade, terminologia rechaçada pelo ministro Marco Aurélio, por entender que o controle difuso ou concentrado somente estaria ao alcance do Judiciário, não se confundindo com deixar de aplicar normas inconstitucionais. O ministro Roberto Barroso, por sua vez, qualifica essa atuação expressamente como controle incidental. Para o ministro Luiz Fux, não se confunde com controle de constitucionalidade, medida privativa do Judiciário, mas seria mero afastamento de norma inconstitucional, facultado a toda a Administração Pública. Independentemente da terminologia adotada, essa postura é aceita pela maioria dos ministros por diversos fundamentos, que serão apontados a seguir.

Com visão mais estrita sobre o tema, os ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Alexandre de Moraes rechaçam por completo a possibilidade de órgãos administrativos como o CNJ, CNMP ou o TCU exercerem controle concentrado ou difuso de constitucionalidade ou deixarem de aplicar normas ao argumento de que seriam inconstitucionais. Defendem a ausência de competência constitucional para tal atuação, que seria privativa dos órgãos do Judiciário. Todavia, em alguns julgados, em sede de MS, apesar de não ter sido admitido o exercício de tal competência, houve deliberação no sentido da denegação da segurança por entender-se que realmente havia a inconstitucionalidade apontada pelo órgão de controle.

Para o ministro Gilmar Mendes, que inicialmente cogitou a supressão total desse controle por órgãos não jurisdicionais, seria possível permitir que atuassem quando houvesse jurisprudência clara da Corte nesse sentido. Não chega a admitir a realização de controle de constitucionalidade, mas a mera aplicação da jurisprudência do STF em casos em que fosse pacífico o entendimento da Corte sobre a matéria.

Em linhas gerais, os argumentos favoráveis à manutenção da Súmula nº 347 do STF podem ser assim ordenados:

(i) todo órgão estatal, independentemente de integrar ou não o Poder Judiciário, tem competência para deixar de aplicar leis inconstitucionais, de forma incidental, em casos concretos, sem prejuízo do controle judicial, pois o juízo acerca da aplicabilidade ou da constitucionalidade das normas não

³ Na análise desenvolvida, foram examinados os acórdãos destes processos: MS nº 28.141/MT; Agravo Regimental (Ag. Reg.) no MS nº 28.872/DF; MS nº 27.744/DF; MS nº 26.739/DF; Medida Cautelar (MC) no MS nº 25.888; Petição nº 4.656/PB; Recurso no MS nº 8.372/61; Ag. Reg. no MS nº 28.936/DF; Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) nº 1.208.460/GO; Ag. Reg. no MS nº 36.190/DF; MC no MS nº 35.410/DF;

é privativo do Poder Judiciário; não seria possível compelir órgão algum da Administração a observar lei conflitante com a Constituição; quem tem competência para aplicar a lei, sem ser órgão subalterno, deve interpretar a Constituição e, caso entenda existir inconstitucionalidade, não deve aplicar a lei, sob pena de violar a própria Constituição;

(ii) o princípio da supremacia da Constituição autoriza qualquer órgão da Administração a deixar de aplicar lei inconstitucional e implica a ausência de presunção absoluta de constitucionalidade das normas, detendo o Judiciário a primazia, mas não o monopólio da aplicação da Constituição;

(iii) o princípio da segurança jurídica não admite que ato flagrantemente inconstitucional continue produzindo efeitos até que sobrevenha intervenção jurisdicional;

(iv) o princípio da força normativa da Constituição é fortalecido pelo controle dos atos administrativos não apenas pelo Judiciário, mas também pela Administração Pública;

(v) a possibilidade de TCU, CNJ e CNMP não aplicarem lei inconstitucional decorre de um poder implicitamente conferido pela Constituição para que tais órgãos possam fazer valer suas competências constitucionais;

(vi) não constitui controle difuso ou concentrado de constitucionalidade – atividade reservada ao Poder Judiciário – a atuação de órgão administrativo que deixa de aplicar lei em prol da Constituição; no julgado que originou a Súmula nº 347 (RMS nº 8.372/61), diferenciou-se a declaração da inconstitucionalidade de norma, prerrogativa do Judiciário, de seu afastamento por inconstitucionalidade;

(vii) o controle de constitucionalidade possui uma eficácia geral muito mais ampla do que o mero afastamento da norma, pois (a) extirpa a norma do ordenamento em definitivo; (b) repristina os atos anteriores; (c) possibilita a modulação dos efeitos da inconstitucionalidade, disciplinando as relações jurídicas pendentes; e (d) vincula todos os demais poderes públicos;

(viii) a ampliação dos legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade após 1988 não alcançou órgãos autônomos como o TCU, o CNMP ou o CNJ, de modo que a eles não se justificaria a restrição do controle difuso como resultado do maior acesso ao controle concentrado;

(ix) constitui situação aporética reconhecer a incompetência do TC para avaliar a constitucionalidade de lei e, em sede de mandado de segurança impetrado em razão dessa atuação, denegar a segurança para declarar incidentalmente a inconstitucionalidade vislumbrada pelo órgão de contas; e

(x) a interpretação da Constituição por outros atores além do Poder Judiciário vai ao encontro do ideal da sociedade aberta de intérpretes, defendido por Peter Häberle.

As razões contrárias à aplicação da Súmula nº 347, após o advento da Constituição de 1988, são, em síntese, estas:

(i) a competência para apreciar a legalidade de atos administrativos não abrange a apreciação da constitucionalidade do respectivo ato; o exercício do controle de constitucionalidade incidental pelo TCU seria um desrespeito ao Poder Legislativo, usurpação da função jurisdicional, exclusiva do Poder Judiciário, e invasão da competência exclusiva do próprio STF, violando a cláusula pétrea do princípio da separação de poderes; por não exercerem a jurisdição, é vedado a órgãos administrativos, tais como o CNJ, CNMP e o TCU, afastar a aplicação de lei ao argumento de inconstitucionalidade;

(ii) a declaração incidental de inconstitucionalidade seria excepcional e somente permitida aos juízes e tribunais para o pleno exercício de suas funções jurisdicionais, de modo a viabilizar que garantam a supremacia das normas constitucionais no caso concreto;



(iii) a declaração incidental de inconstitucionalidade é uma atuação decorrente do sistema de freios e contrapesos (*check and balances*), inerente à separação de poderes e que não seria extensível a qualquer outro órgão administrativo;

(iv) o TCU não poderia exercer tal controle por não se submeter às regras de freios e contrapesos às quais se submetem o STF: legitimidade taxativa, pertinência temática, cláusula de reserva de plenário, quórum qualificado para modulação dos efeitos, quórum qualificado para edição de súmulas vinculantes etc.;

(v) o entendimento consolidado na ADI nº 221/DF autoriza apenas os chefes dos Poderes Executivo e Legislativo a deixarem de aplicar leis e atos considerados inconstitucionais.

Delineados os argumentos traçados pelo STF ao deliberar acerca da temática do controle de constitucionalidade exercido pelos tribunais de contas, cumpre avaliar qual entendimento deve prevalecer, à luz da noção de juridicidade, sedimentada na doutrina administrativista.

Aqui a questão cinge-se – até pelas limitações a uma análise mais aprofundada de todas as razões suscitadas nos aludidos julgados – a saber se, à luz do princípio da juridicidade, os tribunais de contas, ao exercerem as atribuições elencadas no art. 71 da Constituição, podem deixar de aplicar norma reputada inconstitucional, abarcando a noção de um controle pautado pela juridicidade, nos termos da Súmula nº 347 do STF, ou se a esses tribunais o exercício do controle da atividade administrativa deve ter como norte apenas a legalidade em sentido estrito, sem considerar desdobramentos constitucionais.

Para Moreira Neto, o distanciamento e o descomprometimento do Direito com a vontade da sociedade fizeram ressurgir a legitimidade enquanto valor jurídico, e não somente político. Como forma de superar a limitação imposta por uma legalidade reduzida a mera produção legislativa, teria havido a necessidade de se alcançar uma composição mais ampla de valores, consubstanciada na noção de *juridicidade*. Essa nova percepção teria como fruto não apenas a integração da legalidade com a legitimidade, mas, também, com a antes abandonada noção de licitude. Dessa forma, ter-se-ia assegurado ao Direito um norte ético, sem preterir a conquista moderna da racionalidade, compatibilizando-a com a razoabilidade.⁴

Para Gustavo Binenbojm, a constitucionalização do Direito Administrativo teve o condão de refutar a antiga ideia de que a lei seria o fundamento único e último da atividade administrativa. Para o autor, a compreensão da Constituição como um sistema de regras e princípios passou a constituir o cerne da vinculação administrativa à noção de juridicidade, de modo que a legalidade teria passado a constituir mais um princípio inserido no sistema de normas constitucionais. Desse modo, “passa-se, assim, a falar em um princípio da juridicidade administrativa para designar a conformidade da atuação da Administração Pública ao direito como um todo, e não mais apenas à lei”.⁵ Na mesma trilha, Andreas Krell defende que todo e qualquer ato administrativo, inclusive os atos administrativos discricionários, deve ser controlado não somente por sua legalidade, mas também por sua juridicidade.⁶

Com efeito, Bruno Miragem destaca a evolução da tradicional noção de legalidade no sentido de lei parlamentar, para uma releitura mais abrangente, como juridicidade da ação administrativa, atrelada à ideia de legalidade substancial, centrada na Constituição e no seu sistema de direitos e garantias fundamentais.⁷ Nesse sentido, Juarez Freitas reconhece que “a liberdade administrativa carece de

4 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos: um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 223, p. 1-24, jan./mar. 2001, p. 2; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, Direito e Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 48.

5 BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 125-194, 311-312, grifo nosso.

6 KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 76.

7 MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 214-215.

contrapeso na verticalização da sindicabilidade, voltada preponderantemente à afirmação dos princípios e direitos fundamentais”⁸.

À luz de todo o exposto anteriormente, é possível asseverar que a modificação do paradigma de atuação da Administração Pública – que passou da legalidade estrita para uma atividade condicionada pela Constituição, à luz da concepção de juridicidade – impõe reconhecer também a mudança de paradigma para a fiscalização exercida pelos órgãos de controle da própria Administração Pública. A Constituição deve servir de norte, portanto, não apenas para o exercício da função administrativa, mas igualmente para o controle exercido sobre essa atividade. Afinal, não faria sentido haver duas noções de legalidade: uma como juridicidade, aplicável à atividade administrativa, e outra restrita à lei parlamentar (legalidade estrita), destinada à atividade de controle. Tal descompasso reduziria a força normativa da Constituição e a supremacia das normas constitucionais, pois colocaria como norte da atividade de controle da Administração Pública a lei estrita, e não a própria Constituição, enfraquecendo a noção de eficácia vinculante das normas constitucionais.

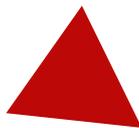
Analisados os julgados do STF sobre a temática à luz do princípio da juridicidade, é possível concluir pela ausência de argumentos que justifiquem a superação da Súmula nº 347 do STF, mormente porque não se atribui a órgão alheio ao Judiciário a possibilidade de efetivar um controle de constitucionalidade que abarque uma declaração formal de incompatibilidade da norma viciada com o texto constitucional. A rigor, assegura-se às Cortes de Contas apenas a possibilidade de fazer valer a Constituição quando, no caso concreto, a lei que seria aplicável afronta de forma direta o texto constitucional. Vedar essa atividade ensejaria a subversão da lógica da hierarquia das normas no ordenamento jurídico, privilegiando-se uma legalidade estrita em detrimento da força normativa e da supremacia das normas constitucionais.

⁸ FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 33.



Artigos científicos

A IMPORTÂNCIA DO PLANEJAMENTO DAS COMPRAS PÚBLICAS: UMA ABORDAGEM COM BASE NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS



Daniel Santana Soares

Advogado, Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos (MG), com especialização em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas) e em Gestão Financeira e Orçamentária Aplicada ao Setor Público pela Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho – Fundação João Pinheiro (MG).

Sumário: 1 Introdução; 2 Conceito, princípios, filosofia e principais tipos de planejamento; 2.1 Conceito de planejamento; 2.2 Princípios do planejamento; 2.3 Filosofias do planejamento; 2.4 A importância do planejamento; 2.5 Tipos de planejamento; 3 A importância do planejamento na Administração Pública; 4. Planejamento nos processos de compras públicas; 4.1 Abordagem do planejamento na Lei nº 14.133/2021; 4.2 Princípios específicos aplicáveis no planejamento das compras públicas: padronização, parcelamento e responsabilidade fiscal; 4.3 Orçamento público: o ponto de partida; 4.4 O Plano Anual de Contratações (PAC); 4.5 Planejamento na fase preparatória; 4.6 Governança, monitoramento e aperfeiçoamento do planejamento pela Administração Pública; 5 Conclusão; Referências.

Resumo: O objetivo deste trabalho consiste na análise da importância do planejamento nas compras públicas e na apresentação de metodologias de planejamento que se amoldam às diretrizes legais, com enfoque na Nova Lei de Licitações e Contratos. Os objetivos específicos passam pela revisão do conceito de planejamento, sua importância e principais metodologias, analisar a importância do planejamento para a administração pública de forma geral, estudar os instrumentos de planejamento instituídos pela Lei nº 14.133/2021, explicar como esses instrumentos de planejamento podem ser utilizados em cada uma das etapas dos processos licitatórios e analisar os benefícios do planejamento para os processos de compras públicas. A metodologia deste estudo, no que se refere à abordagem, será qualitativa. Em relação à natureza, a pesquisa a ser adotada será a básica. Quanto aos objetivos, a presente pesquisa será exploratória. Em relação aos procedimentos técnicos, será realizada pesquisa bibliográfica. A primeira seção do trabalho é destinada à introdução do tema. Na segunda seção será abordado o conceito de planejamento, além dos princípios, filosofia e dos principais tipos de planejamento. Na terceira seção, será discutida a importância do planejamento para a Administração Pública brasileira. Na seção final, será apresentado o planejamento nas compras públicas, com base na Lei nº 14.133/2021. Como resultado do trabalho, foi reafirmada a importância do planejamento para as compras públicas, com potencial de gerar economicidade, eficiência, eficácia e segurança jurídica, garantindo o fornecimento de bens e a prestação de serviços necessários para que as políticas públicas atinjam os seus fins e atendam aos anseios da sociedade.

Abstract: The objective of this work is to analyze the importance of planning in public procurement and to present planning methodologies that conform to legal guidelines, with a focus on the New Law on Bidding and Contracts. The specific objectives include reviewing the concept of planning, its importance and main methodologies, analyzing the importance of planning for public administration in general, studying the planning instruments established by Law 14.133/21, explaining how these planning instruments can be used in each of the stages of the bidding processes and analyze the benefits of planning for public procurement processes. The methodology of this study, with regard to the approach, will be qualitative. In relation to nature, the research to be adopted will be the basic one. As for the objectives, the present research will be exploratory. Regarding the technical procedures, a bibliographic research will be carried out. The first chapter of the work is intended to introduce the topic. In the second chapter, the concept of planning will be discussed, in addition to the principles, philosophy and the main types of planning. In the third chapter, the importance of planning for the Brazilian Public Administration will be discussed. In the fourth and final chapter, planning in public purchases will be presented, based on Law 14.133/2021. As a result of the work, the importance of planning for public purchases was reaffirmed, with the potential to generate economy, efficiency, effectiveness and legal certainty, guaranteeing the supply of goods and the provision of services necessary for public policies to achieve their ends and meet the aspirations of society.



Palavras-chave: Administração Pública; Planejamento; Licitações.

Keywords: Public Administration; Planning; Government Bids.

1 INTRODUÇÃO

No processo de elaboração do orçamento público, na execução das finanças, na condução dos processos de compras ou na execução das políticas públicas, o administrador público brasileiro, de modo geral, exerce suas funções segundo um roteiro preestabelecido pela legislação ou pelos costumes praticados nos expedientes do órgão público em que está inserido.

Em muitas situações, o agente público deixa de utilizar mecanismos e técnicas de planejamento antes de iniciar a execução das suas atividades. Até mesmo quando a legislação estabelece instrumentos jurídicos para “forçar” os gestores a realizar um mínimo de planejamento, como é o caso das regras orçamentárias instituídas pela Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), tais instrumentos são insuficientes para fomentar a cultura do planejamento no serviço público. O que se observa, nesses casos, é a utilização desses instrumentos como modelos a serem observados, conforme padrões estabelecidos, fazendo-se apenas adequações formais ou de conteúdo, todas elas pequenas e pontuais.

No que se refere especificamente às compras públicas, é comum se observar a instauração de processos licitatórios destinados ao atendimento apenas das necessidades momentâneas de um único órgão/entidade de um ente federativo. Muito frequentemente, os órgãos contratantes não analisam a demanda no longo prazo, o custo envolvido nas aquisições parceladas frente à economia gerada pela compra em escala, a disponibilidade do estoque, a capacidade do almoxarifado, a adequação financeira e orçamentária programática do órgão licitante, o ciclo de vida da contratação, entre outros fatores que deveriam interferir na decisão do gestor antes mesmo de instaurar o procedimento de compra.

As consequências negativas dessa falta de planejamento das aquisições públicas são inúmeras: compras ineficientes, defeituosas e antieconômicas, desperdícios de recursos e bens públicos, início tardio dos processos de compras – que resulta em desabastecimento (produtos e serviços) –, excesso de procedimentos de dispensa de licitação, entre outras.

Portanto, diante dos efeitos negativos que a falta de planejamento pode gerar para a Administração na gestão de seus suprimentos, imprescindível se faz a adoção de técnicas de planejamento para que os gestores possam aplicá-las no âmbito das contratações públicas. Desse modo, será possível prever as compras futuras, definir prioridades, organizar e medir o desempenho das aquisições, visando alcançar eficiência e qualidade nos serviços públicos a serem entregues à população.

Nesse sentido, neste artigo, propõe-se analisar a importância do planejamento nos processos de compras públicas, além de apresentar metodologias de planejamento que se amoldam às diretrizes legais, com enfoque especial na Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, denominada Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC), e estudar os impactos positivos do planejamento nas contratações públicas.

De forma mais específica, busca-se revisar o conceito de planejamento, sua importância e principais metodologias, analisar a importância do planejamento para a Administração Pública de forma geral, estudar os instrumentos de planejamento instituídos pela Lei nº 14.133/2021, explicar como esses instrumentos de planejamento podem ser utilizados em cada uma das etapas dos processos licitatórios e analisar os benefícios do planejamento para os processos de compras públicas.

Ao fim deste estudo, espera-se obter melhor compreensão sobre o tema, de modo a contribuir para a produção acadêmica a respeito do assunto, cuja literatura ainda é bastante escassa, principalmente devido ao fato de a Lei nº 14.133/2021 ter sido promulgada recentemente.

2 CONCEITO, PRINCÍPIOS, FILOSOFIA E PRINCIPAIS TIPOS DE PLANEJAMENTO

2.1 Conceito de planejamento

O planejamento existe desde a antiguidade, porém, enquanto ferramenta de organização, estabelecimento de objetivos, metas e elaboração de plano de ação, tem suas raízes no campo das ciências empresariais. É na administração de empresas que se encontra a maioria dos estudos, artigos, livros, trabalhos, teses e dissertações relacionados ao tema. Por isso, os autores da área do empreendedorismo são as referências básicas na busca de um conceito de planejamento, sua importância e aplicação na sociedade, no âmbito corporativo e nas relações político-sociais.

Para Chiavenato (2008, p. 341), importante autor na área empresarial, “planejamento é a função administrativa que define objetivos e decide sobre os cursos e tarefas necessários para alcançá-los adequadamente”. A partir da análise desse conceito, pode-se inferir que o planejamento é uma função, ou seja, uma tarefa administrativa necessária para se estabelecer objetivos e metas, bem como as ações necessárias para alcançar os resultados almejados.

De acordo com Zampelini (2010, p. 25), “o processo de planejar envolve um modo de pensar que, por sua vez, envolve indagações, que envolvem questionamentos sobre o que fazer, como, quando, quanto, para quem, porque, por quem e onde”.

Como o planejamento diz respeito às ações a serem efetivadas com vistas à consecução dos objetivos de determinada organização, sua implementação precede à execução daquelas ações, de modo a torná-las possíveis, viáveis e eficazes.

Oliveira (2007, p. 6) destaca alguns dos principais aspectos do planejamento:

- Planejamento não diz respeito a decisões futuras, mas às implicações futuras de decisões presentes.
- O planejamento não é um ato isolado, e sim visualizado como um processo de ações inter-relacionadas e interdependentes.
- O processo de planejamento é muito mais importante que seu resultado final.

Finalizando o conceito de planejamento, Chiavenato disserta:

Planejar significa olhar para a frente, visualizar o futuro e o que deverá ser feito, elaborar bons planos e ajudar as pessoas a fazer hoje as ações necessárias para melhor enfrentar os desafios do amanhã. Em outros termos, o planejamento constitui hoje uma responsabilidade essencial em qualquer tipo de organização ou de atividade. O planejamento constitui a função inicial da administração. Antes que qualquer função administrativa seja executada, a administração precisa planejar, ou seja, determinar os objetivos e os meios necessários para alcançá-los adequadamente. (CHIAVENATO, 2008, p. 342)

2.2 Princípios do planejamento

Princípios são matrizes axiológicas que orientam a aplicação de determinados institutos. No caso do planejamento, neste artigo adota-se a padronização de Oliveira (2007, p. 6-10), que dividiu os princípios do planejamento em princípios gerais e específicos, conforme serão detalhados adiante.

2.2.1 Princípios gerais do planejamento

Os princípios gerais do planejamento são:

- *Contribuição aos objetivos da organização em sua totalidade:* Segundo esse princípio, ao se planejar, deve-se sempre ter como meta o alcance dos objetivos da organização em sua totalidade.
- *Precedência do planejamento:* O planejamento deve anteceder a execução de todos os demais expedientes administrativos, de modo a orientá-los quanto ao tempo e modo de execução.
- *Influência e abrangência:* O planejamento deve ser amplo e abranger todas as nuances da instituição, tendo flexibilidade e adaptabilidade suficientes para absorver todas as grandes características e atividades da instituição.
- *Maior eficiência, eficácia e efetividade:* Trata-se de um princípio no qual se aplicam medidas de avaliação da boa gestão, visando maximizar os resultados e minimizar as deficiências. Nesse sentido, eficiência pode ser entendida como fazer as coisas adequadas, resolver problemas, manter os recursos aplicados, reduzir custos. Eficácia, por sua vez, compreende fazer as coisas certas, produzir alternativas criativas, maximizar o uso de recursos, obter resultados, aumentar o lucro no setor privado. Já a efetividade diz respeito à manutenção da organização no mercado ou na sociedade, apresentar resultados positivos, prestar um serviço público de qualidade, no caso de órgãos públicos.

2.2.2 Princípios específicos do planejamento

Os princípios específicos foram formulados tendo como referência principal a visão interativa do planejamento, conforme detalhamento a seguir.

- *Planejamento participativo:* De acordo com esse princípio, o principal benefício do planejamento não seria o seu resultado final, mas o processo de desenvolvimento, mediante a intercomunicação de pessoas, procedimentos, recursos e tecnologias.
- *Planejamento coordenado:* Há a necessidade de uma interdependência de todos os aspectos envolvidos no projeto, para que ele tenha êxito. A independência é desaconselhável, pois todos os planos produzem efeitos em diversas áreas, que, se não estiverem previstas na fase de planejamento, poderão acarretar sérios riscos ao processo como um todo.
- *Planejamento integrado:* Todos os setores e escalões da organização deverão ter seus planejamentos integrados, sendo desaconselhável a coexistência de planos setoriais.
- *Planejamento permanente:* Considerando-se a instabilidade do ambiente gerencial, o qual se encontra sujeito a constantes mudanças, o planejamento deve ser permanente, de modo a absorver as transformações pelas quais a organização poderá vir a passar.

2.3 Filosofias do planejamento

O planejamento pode estar direcionado à estabilidade, com o objetivo de garantir um grau mínimo de satisfação à organização. Pode, também, estar direcionado à melhoria contínua por meio da implementação de medidas amplas de avaliação e desempenho. Pode, ainda, focar o processo de construção em vez do resultado em si, preparando a organização para as incertezas do futuro.

Com base nessas premissas, Oliveira (2007, p. 10-14) classifica as filosofias dominantes no planejamento em três, as quais serão explicadas adiante¹.

¹ Oliveira denomina as três filosóficas de planejamento por: (i) filosofia da satisfação, (ii) filosofia da otimização e (iii) filosofia da adaptação. Ackoff, por sua vez, aborda as mesmas filosofias com denominações distintas, a saber: (i) planejamento conservador, (ii) planejamento otimizador e (iii) planejamento adaptativo (OLIVEIRA, 2007, p. 10-14).

2.3.1 Filosofia da satisfação (planejamento conservador)

Tal filosofia possui como principal objetivo utilizar o planejamento como ferramenta para se atingir um grau mínimo e necessário de resultados, sem se preocupar com o crescimento ou o desenvolvimento da organização. Trata-se de um planejamento direcionado à obtenção de bons resultados, suficientes à estabilidade e à manutenção da situação existente, com ênfase na manutenção dos processos vigentes.

O objetivo principal dessa filosofia é identificar e corrigir os problemas internos, principalmente no aspecto financeiro, visando à garantia da quantidade suficiente de recursos para a manutenção da instituição. A preocupação é direcionada mais à sobrevivência da organização do que ao seu desenvolvimento.

O aspecto positivo dessa filosofia reside no fato de que o planejamento é realizado em pouco tempo, com baixo custo e exigindo menor quantidade de capacitação técnica. Já o aspecto negativo refere-se à quase ausência de ganhos em desenvolvimento e ampliação dos resultados da organização.

2.3.2 Filosofia da otimização (planejamento otimizante)

Trata-se da filosofia direcionada para a adaptabilidade e a inovação, cujas decisões são tomadas com vistas à obtenção dos melhores resultados possíveis para a organização. Tal filosofia baseia-se, geralmente, no emprego de melhorias das práticas vigentes na organização, em um processo de constante aperfeiçoamento.

O planejamento, nesse caso, é utilizado com o emprego de técnicas matemáticas e estatísticas, além de modelos de simulação e pesquisas operacionais. Os objetivos e metas são estabelecidos de forma quantitativa aliados a avaliações de desempenho e constante monitoramento dos resultados.

Possui como aspecto positivo a busca por resultados cada vez mais próximos da perfeição. No lado negativo, destaca-se o risco de se dedicar menor atenção às áreas de recursos humanos e à estrutura organizacional, devido à dificuldade de se analisar quantitativamente os seus dados de desempenho.

2.3.3 Filosofia da adaptação (planejamento adaptativo)

Também denominada de planejamento inovativo, é a filosofia de planejamento voltada para as contingências e direcionadas para o futuro da organização. Tendo como objetivo a neutralização das deficiências localizadas no passado, seu foco é no sentido de se adaptar à volatilidade situacional e às demandas ambientais, preparando-se para os futuros desafios que poderão surgir na instituição.

Dessa forma, a filosofia da adaptação busca o equilíbrio interno e externo da organização, após a ocorrência de um processo de mudança. Seu aspecto positivo é o alto nível de preparo da instituição para lidar com quaisquer tipos de adversidades futuras. Por outro lado, possui como aspecto negativo a ausência de um plano focado em metas quantitativas e resultados econômicos.

2.4 A importância do planejamento

O planejamento possui extrema importância tanto no âmbito pessoal, no que se refere ao planejamento das finanças pessoais e organização do tempo, quanto sob o ponto de vista administrativo e empresarial. Com o planejamento, o administrador volta-se para o futuro, que pode ser promissor ou falho. É a existência de um planejamento bem-feito que definirá o sucesso ou o fracasso de um projeto ou de um empreendimento.



De acordo com Chiavenato (2008, p. 345-347), fatores externos, tais como as regulamentações governamentais, o avanço da tecnologia e as incertezas da economia, bem como fatores internos, tais como a necessidade de operar com maior eficiência e celeridade, além da necessidade de se organizar estruturalmente e reduzir custos, são desafios que o planejamento se propõe a minimizar ou, até mesmo, superar.

Com base nisso, Chiavenato (2008) leciona que podem ser apontados benefícios do planejamento em quatro eixos principais: (i) foco e flexibilidade, (ii) melhoria na coordenação, (iii) melhoria no controle e (iv) administração do tempo.

2.4.1 Foco e flexibilidade

Um planejamento bem-feito consegue aumentar tanto o foco, compreendido como um ponto de convergência dos esforços, quanto a flexibilidade, ou seja, a maleabilidade e a facilidade de adaptações e ajustamentos à medida que o andamento das coisas o requeira.

Chiavenato (2008, p. 346) ensina que “uma organização com foco conhece o que ela faz melhor, conhece as necessidades de seus clientes e conhece como bem servi-las. Uma organização com flexibilidade opera dinamicamente e com um senso do futuro”. O autor explica que o planejamento ajuda o administrador a alcançar o melhor desempenho, porque:

1. *O planejamento é orientado para resultados.* Cria um senso de direção, isto é, de desempenho orientado para metas e resultados a serem alcançados.
2. *O planejamento é orientado para prioridades.* Assegura que as coisas mais importantes receberão atenção especial.
3. *O planejamento é orientado para vantagens.* Ajuda a alocar e a dispor recursos para sua melhor utilização e desempenho.
4. *O planejamento é orientado para mudanças.* Ajuda a antecipar problemas que certamente aparecerão e a aproveitar oportunidades à medida que se defronta com novas situações. (CHIAVENATO, 2008, p. 346)

2.4.2 Melhora na coordenação

O planejamento melhora a coordenação entre os diversos subsistemas e grupos que existem nas organizações.

Em todas as organizações, há objetivos difusos e hierarquizados, os quais são interligados com vistas ao alcance dos objetivos e metas principais. Nesse caso, o planejamento age para coordenar esses objetivos e sincronizá-los com os objetivos superiores da organização, garantindo mais unicidade nos planos que vierem a ser desenvolvidos.

2.4.3 Melhora no controle

O planejamento melhora o controle interno da organização.

O controle interno abrange todos os métodos e procedimentos adotados em uma empresa, a fim de salvaguardar seus ativos, servindo também para verificar a adequação à legalidade e o suporte dos dados contábeis, bem como promover a eficiência operacional.

Nesse caso, o planejamento ajuda a tornar o controle possível, por meio da fixação dos objetivos e da identificação das ações a serem adotadas para que eles sejam alcançados. Assim, a análise dos indicadores relativos ao alcance dos objetivos fixados são um importante parâmetro para que o controle interno possa medir o desempenho da organização, bem como o cumprimento das metas estabelecidas.

2.4.4 Administração do tempo

O planejamento melhora também a administração do tempo.

É um grande desafio atender as responsabilidades e aproveitar as oportunidades que se apresentam no tempo disponível, o qual, todos diriam, encontra-se cada vez mais escasso.

Ademais, os administradores acumulam cada vez mais tarefas e responsabilidades, além de lidar com intempéries que surgem de forma imprevisível. Contudo, para aqueles que seguem um processo de planejamento, o tempo não é um vilão, mas um aliado, pois todas as tarefas corriqueiras já possuem um tempo especificamente destinado para as suas resoluções, havendo, ainda, espaço para se inserir os problemas imprevisíveis, sem que se comprometa o cronograma do planejamento.

2.5 Tipos de planejamento

Em relação aos tipos de planejamento, a doutrina apresenta uma série de classificações diversas, as quais variam de acordo com o autor estudado. Para este estudo, adota-se a classificação proposta por Oliveira (2007), o qual distingue o planejamento de acordo com o nível hierárquico que se analisa, classificando-o em: estratégico, tático e operacional.

No entanto, Oliveira (2007) ressalta que o planejamento integrado entre os vários escalões é importante para que a atividade conjunta garanta a realização dos objetivos propostos para o desenvolvimento e crescimento da organização.

2.5.1 Planejamento estratégico

O planejamento estratégico está relacionado ao processo administrativo, que estabelece uma metodologia para se decidir qual a melhor direção a ser seguida pela organização, com o objetivo de gerar melhor interação com o ambiente e atuando de forma inovadora e diferenciada.

Esse tipo de planejamento refere-se à definição de objetivos e à decisão sobre as ações a serem seguidas para que esses objetivos sejam alcançados, levando-se em conta as condições internas e externas que possam afetar a instituição.

Devido à importância de se decidir sobre os objetivos e metas da organização e definir as ações a serem adotadas para alcançá-los, sua responsabilidade é atribuída aos níveis mais altos da organização.

Patrícia Helena dos Reis (2009, p. 59) explica que o planejamento estratégico pode ser compreendido como uma evolução em relação ao processo tradicional de planejamento, tendo como diferencial a realização de análise prévia do cenário em que se encontra a organização, de modo a permitir sua execução de forma lógica e orientada.

Destaca-se a análise de SWOT, que expõe que o ambiente interno (forças e fraquezas) é resultado de estratégias definidas internamente e controlado pelos dirigentes, permitindo que pontos fortes sejam realçados e pontos fracos minimizados. Já o ambiente externo (oportunidades e ameaças), por estar fora do controle da organização, demanda monitoração e o aproveitamento das oportunidades de forma a permitir o controle das ameaças. Sua utilização no processo de planejamento pode representar um impulso para a mudança cultural da organização. (REIS, 2009, p. 60)

2.5.2 Planejamento tático

O planejamento tático, por sua vez, visa otimizar o resultado de determinada área, e não a organização como um todo. Portanto, esse tipo de planejamento opera com o detalhamento de objetivos, estratégias e políticas estabelecidos no planejamento estratégico, direcionando-se às áreas responsáveis por sua execução.

Esse planejamento é desenvolvido por níveis organizacionais intermediários, pois sua finalidade está relacionada ao uso eficiente dos recursos disponíveis para a obtenção dos objetivos previamente estabelecidos.

2.5.3 Planejamento operacional

O planejamento operacional, por fim, consiste na formalização, mediante documentos escritos, das metodologias de desenvolvimento e implantação previamente estabelecidas. Pode-se dizer que, nesse momento, serão estruturados os planos de ação ou planos operacionais.

Zapellini (2010, p. 33) explica que os planejamentos operacionais correspondem a um conjunto de partes homogêneas do planejamento tático e devem conter em detalhes os:

- recursos necessários para seu desenvolvimento e implantação;
- procedimentos básicos a serem adotados;
- resultados esperados;
- prazos estabelecidos;
- responsáveis por sua execução e implantação.

O estudo dos principais conceitos, princípios, filosofia, além da importância e dos tipos de planejamento é de suma importância para o conhecimento teórico sobre o tema. Com base nesses conteúdos preliminares, pode-se perceber que o planejamento é fundamental para o sucesso de toda e qualquer organização.

Tendo em vista que este estudo pretende analisar o planejamento no âmbito dos processos das compras públicas, questiona-se: qual seria a importância do planejamento no âmbito da Administração Pública? Além disso, como o planejamento foi incorporado à Administração Pública brasileira?

Trata-se de questões importantes, a serem exploradas na próxima seção.

3 A IMPORTÂNCIA DO PLANEJAMENTO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública é responsável pela implantação de políticas públicas que organizam a sociedade, além de exercer o poder de polícia e levar serviços essenciais à população. Toda a atividade pública brasileira é organizada e regulamentada por uma série de normas jurídicas que vão desde a

Constituição da República de 1988 (CR/88), passando por leis emanadas por todos os entes federados e indo até os chamados regramentos infralegais, tais como decretos, portarias, resoluções e instruções normativas. No entanto, a execução das ações e projetos de interesse público passa pela discricionariedade das decisões e pelas rotinas e expedientes administrativos dos órgãos públicos envolvidos.

Nesse sentido, é de fundamental importância a existência de uma cultura de planejamento na Administração Pública, de modo a otimizar as ações, organizar os procedimentos, prever e evitar eventuais problemas e tornar possível o alcance dos objetivos e metas estabelecidos pelos gestores públicos.

Marcos de Souza e Silva (2019, p. 34) explica que o planejamento faz parte do processo intelectual dos gestores públicos, em que pese o fato de esse processo ser aparentemente informal e desestruturado. O autor faz uma ressalva sobre tal conduta, que, se analisada atentamente, apresenta o planejamento como um procedimento errático e sem a necessidade de qualquer método ou lógica de construção, concluindo seu argumento do seguinte modo:

O fato de que planejar não depende de formalismos ou de uma estrutura analítica ou cognitiva definida vai ao encontro de um dos requisitos aqui defendidos, que é a resiliência como orientadora do processo de vida do planejamento realizado. Os eventos supervenientes precisam ser tratados durante a execução de um plano, e muitas das vezes vão encontrar um gestor que não vai dispor de tempo ou equipe treinada para lançar mão de um sistema estruturado e racional de avaliação e modificação da ideia original. Esse gestor vai agir conforme sua intuição, que pode ser entendida como uma reação não estruturada a estímulos que se baseia em todo o capital intelectual e emocional que forma até aquele instante o arsenal cognitivo do indivíduo para orientá-lo para agir. Em outras palavras, o plano não possui todas as respostas, e, ao se impor, a realidade demanda ação que, muitas das vezes, poderá se assemelhar a um improviso, mas que quando associada a um ambiente previamente analisado dentro das rotinas de um processo de planejamento estruturado, terá suas chances de sucesso aumentada devido ao acúmulo proveniente de todas as fases decorridas. (SILVA, 2019, p. 34-45)

É inquestionável o fato de que a adoção de técnicas de planejamento estruturadas, com base em metodologias adequadas, torna os atos administrativos seguros e eficazes. O investimento em programas de capacitação e a contratação de equipe técnica qualificada são imprescindíveis para a correta aplicação das técnicas de planejamento. No entanto, é imprescindível também que os gestores públicos desenvolvam a cultura do planejamento na rotina administrativa, de modo a torná-lo algo trivial e obrigatório nas ações executadas pelos agentes públicos.

Sabendo da importância do tema, o legislador brasileiro criou institutos e procedimentos no intuito de “forçar” o agente público a utilizar o planejamento em questões cruciais para a gestão pública. Trata-se de normas que não só orientam e obrigam o planejamento em determinadas áreas, como também estabelecem os métodos, requisitos e procedimentos a serem executados. Na própria Constituição da República, a palavra “planejamento” aparece doze vezes, demonstrando a sua importância para a organização e o desenvolvimento da sociedade brasileira.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona que a Constituição de 1988 instituiu o que se chamou de “Administração Pública Gerencial” (DI PIETRO, 2020, p. 111). Trata-se de uma evolução dos modelos de Administração Pública patrimonialista e burocrático, que já não se mostravam adequados à evolução da sociedade e aos avanços pelos quais a gestão pública vinha passando. O modelo de Administração Pública Gerencial foi desenvolvido após as reformas administrativas implementadas por Bresser Pereira na década de 1990.

Tais reformas culminaram na Emenda Constitucional 19/1998, que, entre outros aspectos, inseriu a “eficiência” no rol dos princípios aplicados à Administração Pública, previstos no *caput* do artigo 37 da CR/88². Assim, a busca pela eficiência e a adoção de um modelo gerencial de administração pública fundamentam a importância do planejamento na Administração Pública brasileira.

Nesta seção, serão abordadas algumas das normas instituídas pelo ordenamento jurídico brasileiro sobre planejamento na gestão pública.

Inicialmente, pode-se citar como instrumento de planejamento na Administração Pública nacional o Planejamento de Desenvolvimento Nacional, previsto no art. 174 da Constituição. Apesar de depender de legislação complementar, por se tratar de norma constitucional de eficácia limitada, o planejamento de desenvolvimento é um instrumento importantíssimo para o desenvolvimento nacional, considerando-se a necessidade de se alinhar o crescimento econômico às particularidades regionais.

Outra norma de planejamento a ser analisada diz respeito ao planejamento orçamentário, regra instituída pelo art. 165 da Constituição, a qual determina que os entes federados deverão elaborar, por iniciativa legislativa do Poder Executivo, o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA). Trata-se de regra de planejamento orçamentário, cujo detalhamento se encontra previsto na Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), bem como na Lei nº 4.320/1964.

Com base nas leis orçamentárias, o gestor deve, antes de gastar o dinheiro público, planejar os gastos com as políticas de prestação continuada (PPA), passando pelas diretrizes e metas de política fiscal (LDO) até a elaboração do orçamento que será executado no exercício financeiro subsequente (LOA).

Na verdade, antes mesmo de prever a elaboração das leis orçamentárias, o próprio processo político estabelece a necessidade de que os postulantes ao cargo de chefe do Poder Executivo apresentem um plano de governo no processo de candidatura, conforme previsão expressa na Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece as normas gerais para as eleições. Além de possibilitar a análise dos eleitores, o plano de governo é um importante instrumento de planejamento, consistindo no “ponto de partida” para a implementação das propostas apresentadas pelos candidatos, de acordo com as plataformas políticas adotadas por cada partido ou coligação.

Os modelos legislativos de planejamento explanados aqui demonstram a importância do tema para o constituinte e para o legislador. Há, todavia, diversos outros institutos previstos nas legislações federal, estaduais, distritais e municipais, dispondo sobre instrumentos, mecanismos e métodos de planejamento para todos os órgãos públicos, abrangendo diversos atos e ações administrativas.

Assim, uma vez compreendida a importância do planejamento para a Administração Pública e apontados alguns instrumentos de planejamento previstos pela constituição e legislação para os atos administrativos em geral, passa-se à análise dos instrumentos de planejamento estabelecidos pela NLLC para os processos de compras públicas.

² Além da eficiência, há outros princípios específicos aplicados às leis orçamentárias, tais como: unidade, totalidade, universalidade, anualidade ou periodicidade, pureza ou exclusividade orçamentária, especificação, especialização ou discriminação, clareza, programação, regionalização, publicidade e transparência, não vinculação ou não afetação das receitas, equilíbrio orçamentário, legalidade, orçamento bruto, exatidão ou realismo orçamentário e orçamento impositivo (BRASIL, 2020).

4 PLANEJAMENTO NOS PROCESSOS DE COMPRAS PÚBLICAS

4.1 Abordagem do planejamento na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos

No dia 1º de abril de 2021, foi publicada a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021). Com 194 artigos, a legislação foi editada com os objetivos de simplificar os processos de compras públicas, corrigir erros e impropriedades das antigas leis que regulamentavam o tema, incorporar as evoluções ocorridas nos cenários das contratações públicas, abarcando novas tecnologias e institutos, e garantir maior segurança jurídica aos processos licitatórios. Além disso, a nova lei integrou a temática de licitações e contratos, que, ao longo do tempo, foi se dispersando em diversas normas, revogadas expressamente pela Lei nº 14.133/2021, conforme se verá adiante.

A NLLC reuniu institutos previstos nas Leis nº 8.666/1993 (Lei Antiga de Licitações e Contratos), nº 10.520/02 (Lei Geral do Pregão), nº 12.462/2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratações) e demais diplomas normativos que regulavam a matéria. A nova legislação trouxe consigo uma série de novidades no campo das contratações públicas, com a supressão de algumas modalidades (convite, tomada de preços) e a adoção de nova modalidade (diálogo competitivo). Além disso, simplificou alguns procedimentos (ex.: inversão da fase de julgamento para a concorrência pública, padronização das fases para pregão e julgamento, com o julgamento das propostas antes da habilitação), regulamentou a figura dos agentes de contratação, padronizou e centralizou a publicidade dos atos mediante a criação do Portal Nacional da Contratação Pública (PNCP) e alterou normas a respeito dos crimes contra a lei de licitações.

Em artigo sobre a Nova Lei de Licitações e Contratos, Adelson Damasceno (2022) apresenta os pilares da nova lei: governança, profissionalização de recursos humanos, planejamento como regra e cultura da administração, incorporação de tecnologias da informação e implementação de medidas de prevenção de riscos.

No que se refere ao planejamento das compras públicas, a Lei nº 14.133/2021 trouxe significativos avanços, embora, segundo alguns dos poucos estudos publicados sobre o tema, poderia ter avançado um pouco mais. Tal premissa pode ser exemplificada desde o primeiro artigo da lei, a partir da análise da expressão “normas gerais de licitação e contratação”. Tal norma, legal e constitucional, inserida desde o diploma normativo anterior, conforme crítica de Renado Geraldo Mendes (2011, p. 24-29), reflete uma visão simplista do fenômeno da contratação pública, ao reduzi-lo a apenas duas fases (licitação e contrato) e ignorando a fase de planejamento, considerada pelo autor a mais importante do processo de compra pública.

De acordo com Leandro Sarai e Carolna Zancaner Zockun (2021), o pouco enfoque que a lei trouxe para o tema do planejamento acaba por contribuir para que ocorra um processo de *mutação constitucional*, sem que haja alteração no texto normativo, mas com o acréscimo de obrigações decorrentes da sua interpretação pelos órgãos de controle e do Judiciário.

Neste sentido, a expressão “normas gerais de licitação” bem pode ser interpretada como o sentido amplo de licitação, não só como a etapa voltada a dar publicidade ao interesse da Administração e de seleção da melhor proposta, mas sim de todo o processo a isso concernente, incluindo a etapa inicial do planejamento. No mesmo sentido, contratação pode ser entendida não só como aquela decorrente de uma licitação, mas também de uma dispensa ou inexigibilidade. (SARAI; ZOCKUN, 2021, p. 27)

No entanto, em que pese a oportuna crítica dos autores, a Lei nº 14.133/2021 avançou muito no que diz respeito ao planejamento no processo de compras públicas.

Um dos mais relevantes avanços refere-se ao fato de essa legislação ter tratado do planejamento como princípio, expressamente previsto no artigo 5º³, demonstrando uma evolução na compreensão do tema pelo legislador. Antes do advento da nova lei, dispositivos normativos infralegais, principalmente no âmbito da Administração Pública federal, foram pioneiros na adoção de ferramentas de planejamento, as quais foram objeto de constantes aprimoramentos ao longo do tempo⁴. A NLLC incorporou de forma pontual algum desses avanços, com o objetivo de tornar a contratação mais célere, eficaz e juridicamente segura.

Além de elevar o planejamento ao patamar de princípio, a nova lei dispõe acerca do Plano Anual de Contratações (art. 12, inciso VII e §1º), importante ferramenta de planejamento que gera organização e previsibilidade nas contratações públicas.

Outra evolução da NLLC refere-se à participação de interessados na fase de planejamento, conforme se extrai do procedimento de manifestação de interesse (art. 81) e do diálogo competitivo (art. 6º, XLII). Na manifestação de interesse, procedimento incorporado das regras de parceria público-privada, o particular contribui com a elaboração de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções, tendo liberdade para fazer propostas inovadoras, podendo, inclusive, ser restrito a *startups*. No diálogo competitivo, por sua vez, a Administração realiza uma espécie de diálogo com licitantes previamente selecionados com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas para atender às suas necessidades.

A nova lei dispõe, ainda, como se verá adiante, de princípios próprios para o planejamento das compras públicas, além de uma série de outros dispositivos que induzem à cultura do planejamento das licitações. No entanto, a lei poderia avançar ainda mais sobre o tema, como na manutenção da obrigatoriedade do plano de contratações anuais. Espera-se que, diante da elevação do planejamento ao patamar principiológico, haja espaço para a sua normatização tanto no sistema infralegal quanto na regulamentação efetuada pelos órgãos judiciais e de controle.

4.2 Princípios específicos aplicáveis no planejamento das compras públicas: padronização, parcelamento e responsabilidade fiscal

A Lei nº 14.133/2021 inovou ao elevar o planejamento ao patamar de princípio aplicado às licitações e contratos. Além disso, apresenta princípios aplicados especificamente ao planejamento das compras, conforme redação impressa no art. 40, V⁵, os quais serão abordados a seguir.

3 Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

4 Como exemplo destes dispositivos infralegais, podem ser citados:

I- Instrução Normativa SG/MPDG nº 5, de 26 de maio de 2017, que dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional;

II- Instrução Normativa SGD/ME nº 1, de 4 de abril de 2019, que dispõe sobre o processo de contratação de soluções de Tecnologia da Informação e Comunicação – TIC pelos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação – SISP do Poder Executivo Federal; e

III- Instrução Normativa nº 1, de 10 de janeiro de 2019, que dispõe sobre o Plano Anual de Contratações de bens, serviços, obras e soluções de tecnologia da informação e comunicações no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional e sobre o Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações.

5 Art. 40. O planejamento de compras deverá considerar a expectativa de consumo anual e observar o seguinte:

(...) V - atendimento aos princípios: a) da padronização, considerada a compatibilidade de especificações estéticas, técnicas ou de desempenho; b) do parcelamento, quando for tecnicamente viável e economicamente vantajoso; c) da responsabilidade fiscal, mediante a comparação da despesa estimada com a prevista no orçamento.

4.2.1 Princípio da padronização

A padronização, de acordo com Marçal Justen Filho (2019, p. 295), refere-se à catalogação uniforme das especificações de determinados produtos de modo a promover a racionalização da atividade administrativa. Trata-se, portanto, de uma obrigação legal de se promover análise das características dos produtos, observando-se todos os seus aspectos, tais como especificações técnicas, padrão de acabamento, garantia, vida útil, custos, entre outros, culminando em uma catalogação do produto.

Pela redação do art. 40, V, "a", observa-se que o princípio da padronização denota a necessidade da compatibilidade de especificações estéticas, técnicas ou de desempenho. Sob esse aspecto, vale ressaltar que a Lei nº 8.666/1993 vinculava a padronização à compatibilidade de especificações apenas técnica e de desempenho (art. 15, I), enquanto a nova lei agrega a compatibilidade estética ao conceito de padronização.

A respeito da padronização estética, os órgãos de controle já vinham adotando entendimento no sentido de que a Administração Pública poderia levar em conta tal conceito ao padronizar seus produtos⁶.

O objetivo do princípio da padronização é a aquisição de produtos de qualidade, seguros, que "conversem" com os demais produtos adquiridos pelo órgão contratante e atendam a um padrão estético comum, no intuito de prezar pela eficiência administrativa. Porém, o agente público deverá tomar cuidado ao padronizar seus produtos para que não haja prejuízo à competitividade. Para que isso não ocorra, a padronização deverá pautar-se pela razoabilidade, evitando-se especificação exagerada dos produtos, priorizando-se as características essenciais para que se mantenham a qualidade, segurança e padrão estético nas contratações.

4.2.2 Princípio do parcelamento

Analisando-se o contexto histórico da legislação sobre compras e licitações no Brasil, observa-se que nem sempre o parcelamento foi regra. O Decreto-lei nº 2.300/1986⁷, por exemplo, não permitia o parcelamento. Já a Lei nº 8.666/1993⁸ passou a adotar o parcelamento como regra, de modo a ampliar a competitividade.

O objetivo do parcelamento é garantir maior competitividade, na medida em que o fatiamento das compras em tantos itens quanto for tecnicamente viável acarreta a ampliação da participação de empresas interessadas, resultando em maior economia à Administração Pública. Tal entendimento foi consolidado pelo Tribunal de Contas da União (TCU) na edição da Súmula 247, que possui o seguinte teor:

⁶ A alegação principal é a de *padronização*. Nesse sentido o art. 15, inciso I, da Lei 8.666/1993 indica que a *padronização* se refere à compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas. Ou seja, a *padronização* requer também fundamento técnico e não apenas de harmonia *estética* para sua adoção, pois outros produtos similares podem conferir o mesmo efeito, ampliando as possibilidades de aquisições e fornecedores disponíveis. Além disso, ao avaliar os itens licitados, verifica-se diversos modelos diferentes de objetos com a mesma finalidade, a exemplo de poltronas giratórias (itens 69 a 80 do grupo 2 - peça 414, p. 70-71), o que denota uma variedade de especificações incompatível com a alegada *padronização*. (Acórdão nº 2129/2021 – Plenário)

⁷ Art. 7º A execução das obras e dos serviços devem programar-se, sempre, em sua totalidade, previstos seus custos atual e final e considerados os prazos de sua execução. § 1º É proibido o parcelamento da execução de obra ou de serviço, se existente previsão orçamentária para sua execução total, salvo insuficiência de recursos ou comprovada conveniência administrativa. § 1º É proibido o parcelamento da execução de obra ou de serviço, se existente previsão orçamentária para sua execução total, salvo insuficiência de recursos ou comprovado motivo de ordem técnica. § 2º Na execução parcelada, a cada etapa ou conjunto de etapas de obra ou serviço, há de corresponder licitação distinta. § 3º Em qualquer caso, a autorização da despesa será feita para o custo final da obra ou serviço projetado.

⁸ Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: (...) IV - ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade; Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação: (...) § 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispendo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade. (Súmula 247)

Importante registrar que a lei nova, além de elevar o parcelamento à categoria de princípio do planejamento, manteve as diretrizes a serem utilizadas no parcelamento das compras públicas, conforme previsto no art. 15 da Lei nº 8.666/1993: (a) viabilidade da divisão do objeto em lotes; (b) aproveitamento das peculiaridades do mercado local, com vistas à economicidade, sempre que possível, desde que atendidos os parâmetros de qualidade; e (c) dever de buscar a ampliação da competição e de evitar a concentração de mercado (art. 40, § 2º).

Sob esse aspecto, a nova lei inovou ao apresentar outras hipóteses de parcelamento, abandonando o viés puramente econômico, conforme adotado pela Súmula 247 do TCU. Tal hipótese adotada pelo legislador denota o incentivo a políticas de fomento à economia, o que pode ser entendido como o estabelecimento de políticas secundárias, colaterais ou verticais (FABRE, 2015).

A NLLC manteve, ainda, hipóteses em que seria dispensado o parcelamento, quando: (a) a economia de escala, a redução de custos de gestão de contratos ou a maior vantagem na contratação recomendar a compra do item do mesmo fornecedor; (b) o objeto a ser contratado configurar sistema único e integrado e houver a possibilidade de risco ao conjunto do objeto pretendido; e (c) o processo de padronização ou de escolha de marca levar a fornecedor exclusivo (art. 40, § 3º).

Essas hipóteses de não parcelamento, por um lado, trazem mais segurança jurídica aos gestores, pois agora poderão decidir pela licitação em lote único, amparado pela expressa previsão legal nesse sentido. Por outro lado, como o parcelamento foi elevado ao patamar de princípio, imprescindível se faz a justificativa pelo não parcelamento, embasado em uma das hipóteses taxativas do artigo 40, § 3º.

4.2.3 Princípio da responsabilidade fiscal

De acordo com a redação expressa da lei, o princípio da responsabilidade fiscal determina a comparação da despesa estimada na fase de planejamento do processo de compra com aquela prevista no orçamento do órgão licitante.

Todo processo de compra pública, antes de ser instaurado e ainda na fase de planejamento, deve passar pela análise acerca da existência de recursos financeiros e orçamentários para custear a despesa, conforme previsão expressa no artigo 4º, I, alíneas “a”, “b”, “e” e “f”, da Lei de Responsabilidade Fiscal⁹.

Trata-se de outra inovação da NLLC, reiterando a importância de um planejamento amplo nos processos de compra, abarcando não apenas a necessidade de se avaliar todas as características inerentes à aquisição pretendida, como a obrigatoriedade de se analisar a adequação da compra ao orçamento do órgão licitante.

A Lei nº 14.133/2021, ao dispor sobre a vigência dos contratos, estabelece que os instrumentos com prazo superior a um ano deverão observar, a cada exercício financeiro, a disponibilidade orçamentária

9 Art. 4º A lei de diretrizes orçamentárias atenderá o disposto no § 2º do art. 165 da Constituição e: I - disporá também sobre: a) equilíbrio entre receitas e despesas; b) critérios e forma de limitação de empenho, a ser efetivada nas hipóteses previstas na alínea b do inciso II deste artigo, no art. 9º e no inciso II do § 1º do art. 31; c) (VETADO) d) (VETADO) e) normas relativas ao controle de custos e à avaliação dos resultados dos programas financiados com recursos dos orçamentos; f) demais condições e exigências para transferências de recursos a entidades públicas e privadas;

e a previsão no plano plurianual (art. 105, *caput*). Trata-se de norma já prevista na legislação anterior, inovando a NLLC ao dispor sobre a possibilidade de celebração de contrato por até dez anos (art. 108). Além disso, a Administração poderá estabelecer a vigência por prazo indeterminado nos contratos em que seja usuária de serviço público oferecido em regime de monopólio, desde que comprovada, a cada exercício financeiro, a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação (art. 109).

4.3 Orçamento público: o ponto de partida

Quando se trata de planejamento das compras públicas, o primeiro passo a ser dado pelos administradores é compreender o orçamento do órgão licitante. Como apresentado anteriormente, a responsabilidade fiscal foi elevada ao patamar de princípio do planejamento nas compras públicas, demonstrando a importância que o legislador conferiu ao tema na Lei nº 14.133/2021.

A NLLC, ao definir os objetivos da licitação (art. 11), dispõe expressamente que o administrador público é responsável pela adoção de uma política de governança com análise de riscos, controle e alinhada ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias do órgão, com vistas a atingir a eficiência, a eficácia e a efetividade das contratações¹⁰.

Além disso, o plano anual de contratações é incentivado com o objetivo de garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias (art. 12, VII¹¹). Como se vê, os institutos da NLLC se interconectam, uma vez que um influencia a elaboração do outro, e ambos são empregados na busca pelo equilíbrio fiscal e pelo alcance dos objetivos das licitações.

O orçamento público, devido à sua importância e total correlação com as compras, possui regramentos estabelecidos tanto na fase preparatória quanto na fase de execução contratual, além de normas de observância para a elaboração dos termos aditivos contratuais. A adequação das compras às leis orçamentárias não só é obrigatória, como a inobservância dessa regra gera nulidade do ato e responsabilidade do agente que lhe der causa.¹²

Na fase preparatória, o processo licitatório deve ser compatibilizado, entre outros itens técnicos, com o plano anual de contratações e com as leis orçamentárias do órgão licitante¹³. Ademais, a Lei de Responsabilidade Fiscal prevê a necessidade de que todos os processos de compras sejam instruídos com “declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias” (art. 16, II).

Outro ponto que deve ser observado pelo gestor público diz respeito à compatibilização dos prazos de vigência dos contratos ao orçamento do órgão licitante. Todos os contratos e seus respectivos termos aditivos deverão observar a existência de créditos orçamentários disponíveis a cada exercício

10 Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos: (...) Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no caput deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.

11 Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte: (...) VII - a partir de documentos de formalização de demandas, os órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo poderão, na forma de regulamento, elaborar Plano Anual de Contratações, com o objetivo de racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias.

12 Art. 150. Nenhuma contratação será feita sem a caracterização adequada de seu objeto e sem a indicação dos créditos orçamentários para pagamento das parcelas contratuais vincendas no exercício em que for realizada a contratação, sob pena de nulidade do ato e de responsabilização de quem lhe tiver dado causa.

13 Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o Plano Anual de Contratações de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos:

financeiro. Contratos cujo prazo de vigência ultrapassa o exercício financeiro, como prazo de vigência longo, deverão observar, ainda, previsão no plano plurianual.¹⁴

4.4 O Plano Anual de Contratações (PAC)

O Plano Anual de Contratações (PAC) é um instrumento a ser elaborado pelos órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo com o objetivo de racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias. Trata-se de um dos mais importantes instrumentos de planejamento das compras públicas, devido à possibilidade de garantir a previsibilidade e o preparo técnico, logístico e orçamentário do órgão licitante.

Além disso, o Plano Anual de Contratações é responsável pela execução de contratações centralizadas e compartilhadas, a fim de obter economia de escala, padronização de produtos e serviços e redução de custos processuais. Entre os resultados esperados pelo plano estão os de evitar o fracionamento de despesas e sinalizar intenções ao mercado fornecedor, de forma a aumentar o diálogo potencial com o mercado e incrementar a competitividade.

Apesar de ser uma inovação da Lei nº 14.133/2021, o PAC já havia se tornado uma realidade na Administração Pública brasileira muito antes da sua edição. O Tribunal de Contas da União possui diversas decisões recomendando que os planos de contratações sejam incorporados nas políticas de governança dos órgãos públicos, conforme se analisa pelo pioneiro Acórdão TCU nº 2.622/2015:

LEVANTAMENTO. GOVERNANÇA E GESTÃO DAS AQUISIÇÕES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL. ANÁLISE SISTÊMICA DAS OPORTUNIDADES DE MELHORIA. RECOMENDAÇÕES AOS ÓRGÃOS GOVERNANTES SUPERIORES.

(...)

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/92 c/c o art. 250, incisos II e III, do Regimento Interno, ante as razões expostas pelo Relator, em:

(...)

9.2.1.12. executar processo de planejamento das aquisições, contemplando, pelo menos:

9.2.1.12.1. elaboração, com participação de representantes dos diversos setores da organização, de um documento que materialize o plano de aquisições, contemplando, para cada contratação pretendida, informações como: descrição do objeto, quantidade estimada para a contratação, valor estimado, identificação do requisitante, justificativa da necessidade, período estimado para executar a aquisição (e.g., mês), programa/ação suportado(a) pela aquisição, e objetivo(s) estratégico(s) apoiado(s) pela aquisição;

14 Art. 105. A duração dos contratos regidos por esta Lei será a prevista em edital, e deverão ser observadas, no momento da contratação e a cada exercício financeiro, a disponibilidade de créditos orçamentários, bem como a previsão no plano plurianual, quando ultrapassar 1 (um) exercício financeiro.

Art. 106. A Administração poderá celebrar contratos com prazo de até 5 (cinco) anos nas hipóteses de serviços e fornecimentos contínuos, observadas as seguintes diretrizes: I - a autoridade competente do órgão ou entidade contratante deverá atestar a maior vantagem econômica vislumbrada em razão da contratação plurianual; II - a Administração deverá atestar, no início da contratação e de cada exercício, a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação e a vantagem em sua manutenção; III - a Administração terá a opção de extinguir o contrato, sem ônus, quando não dispuser de créditos orçamentários para sua continuidade ou quando entender que o contrato não mais lhe oferece vantagem.

Art. 109. A Administração poderá estabelecer a vigência por prazo indeterminado nos contratos em que seja usuária de serviço público oferecido em regime de monopólio, desde que comprovada, a cada exercício financeiro, a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação.

9.2.1.12.2. aprovação, pela mais alta autoridade da organização, do plano de aquisições;

9.2.1.12.3. divulgação do plano de aquisições na internet;

9.2.1.12.4. acompanhamento periódico da execução do plano, para correção de desvios; (TCU, Acórdão nº 2.622/2015)

No âmbito federal, o Plano Anual de Contratações foi normatizado pela Instrução Normativa nº 1, de 2019. Diversos entes federados também regulamentaram o plano, contribuindo para a sua inserção no texto final da NLLC.

Assim, com a edição da Lei nº 14.133/2021, o PAC passou a existir formalmente no ordenamento jurídico brasileiro, conforme se observa pela leitura do art. 12, VII, *in verbis*:

Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte:

(...)

VII - a partir de documentos de formalização de demandas, os órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo poderão, na forma de regulamento, elaborar Plano Anual de Contratações, com o objetivo de racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias.

§ 1º O Plano Anual de Contratações de que trata o inciso VII do caput deste artigo deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial e será observado pelo ente federativo na realização de licitações e na execução dos contratos.

Apesar do avanço na regulamentação do Plano Anual de Contratações, a NLLC perdeu a oportunidade de torná-lo obrigatório. Isso porque, ao dispor no texto legal que os órgãos responsáveis pelo planejamento “poderão” elaborar o plano anual de contratações, a adoção do plano fica a cargo da discricionariedade dos gestores. Melhor seria se o texto legal dispusesse que os gestores “deverão” elaborar o PAC, tornando obrigatório esse importante instrumento de planejamento na Administração Pública brasileira.

Quando elaborado, o Plano Anual de Contratações deverá ser objeto de compatibilização desde a fase preparatória do processo licitatório (art. 18, *caput*). Além disso, sempre que elaborado, o plano deverá servir como base de análise na elaboração do estudo técnico preliminar (art. 18, §1º, II), de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração.

Portanto, em que pese a não obrigatoriedade do plano anual de contratações, recomenda-se a sua regulamentação pelos entes federados e demais órgãos da Administração Pública, por ser um importante instrumento de planejamento, útil não apenas na fase preparatória dos processos licitatórios, como também na elaboração do orçamento anual dos órgãos públicos, pelo seu potencial de contribuir para reduzir desperdícios e falhas, aprimorar a gestão de aquisições e contratos, e conferir maior realismo à elaboração dos orçamentos.

4.5 Planejamento na fase preparatória

A Lei nº 14.133/2021 representou um avanço e aprofundamento na regulamentação do planejamento na fase preparatória dos processos licitatórios. Tal fato traz consigo o condão de implementar melhorias em todas as fases da contratação, posto que uma fase pré-aquisitiva bem elaborada, com estudos e planejamento bem estruturados, é determinante para o sucesso da licitação.

A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano anual de contratações, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação (art. 18, *caput*).

Além disso, o art. 18 dispõe sobre os requisitos necessários para instaurar o processo licitatório, com foco na descrição do objeto, suas características, condições de entrega e execução, além da justificativa da necessidade da contratação, da elaboração do instrumento convocatório e da minuta do contrato que vier a ser firmado¹⁵.

Outra inovação instituída pela NLLC diz respeito ao estudo técnico preliminar (ETP). Outrora previsto de forma indireta na legislação aplicável aos processos licitatórios¹⁶, o ETP agora torna-se obrigatório na fase preparatória, devendo evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação.

O art. 3º, XX, define o estudo técnico preliminar da seguinte forma, *in verbis*:

XX - estudo técnico preliminar: documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação; (...)

A Lei nº 14.133/2021 dispõe sobre os elementos obrigatórios para a elaboração do ETP, devendo o responsável pelo documento apresentar justificativa quando não contemplar todos os elementos previstos na lei¹⁷. Em se tratando de estudo técnico preliminar para contratação de obras e

¹⁵ Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o Plano Anual de Contratações de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos: I - a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido; II - a definição do objeto para o atendimento da necessidade, por meio de termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo, conforme o caso; III - a definição das condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento; IV - o orçamento estimado, com as composições dos preços utilizados para sua formação; V - a elaboração do edital de licitação; VI - a elaboração de minuta de contrato, quando necessária, que constará obrigatoriamente como anexo do edital de licitação; VII - o regime de fornecimento de bens, de prestação de serviços ou de execução de obras e serviços de engenharia, observados os potenciais de economia de escala; VIII - a modalidade de licitação, o critério de julgamento, o modo de disputa e a adequação e eficiência da forma de combinação desses parâmetros, para os fins de seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, considerado todo o ciclo de vida do objeto; IX - a motivação circunstanciada das condições do edital, tais como justificativa de exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto, e de qualificação econômico-financeira, justificativa dos critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas, nas licitações com julgamento por melhor técnica ou técnica e preço, e justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio; X - a análise dos riscos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual; XI - a motivação sobre o momento da divulgação do orçamento da licitação, observado o art. 24 desta Lei.

¹⁶ Lei 8.666/93 - Art. 6º (...) IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

Lei 10.520/2002 - Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte: (...) III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e

¹⁷ Art. 18 - (...) § 1º O estudo técnico preliminar a que se refere o inciso I do caput deste artigo deverá evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, e conterá os seguintes elementos: I - descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público; II - demonstração da previsão da contratação no Plano Anual de Contratações, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração; III - requisitos da contratação; IV - estimativas das quantidades para a contratação, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, que considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala; V - levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar; VI - estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação; VII - descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso; VIII - justificativas para o parcelamento ou não da contratação; IX - demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis; X - providências a serem adotadas

serviços comuns de engenharia, se demonstrada a inexistência de prejuízo para a aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados, a especificação do objeto poderá ser realizada apenas em termo de referência ou em projeto básico, dispensada a elaboração de projetos (art. 18, § 3º).

Outros institutos de suma importância em se tratando de planejamento da fase preparatória são o termo de referência e o projeto básico. Antes da regulamentação do ETP, esses documentos eram os principais ou, na maioria das vezes, os únicos documentos descritivos na fase preparatória dos procedimentos licitatórios. Agora, com a regulamentação do estudo técnico preliminar, o termo de referência e o projeto básico passam a focar a descrição técnica dos objetos, deixando o estudo da necessidade, a análise da melhor solução a ser adotada e as justificativas sobre elementos jurídicos da contratação para o ETP.

A respeito das definições, a NLLC conceitua o termo de referência da seguinte forma, *in verbis*:

XXIII - termo de referência: documento necessário para a contratação de bens e serviços, que deve conter os seguintes parâmetros e elementos descritivos:

- a) definição do objeto, incluídos sua natureza, os quantitativos, o prazo do contrato e, se for o caso, a possibilidade de sua prorrogação;
- b) fundamentação da contratação, que consiste na referência aos estudos técnicos preliminares correspondentes ou, quando não for possível divulgar esses estudos, no extrato das partes que não contiverem informações sigilosas;
- c) descrição da solução como um todo, considerado todo o ciclo de vida do objeto;
- d) requisitos da contratação;
- e) modelo de execução do objeto, que consiste na definição de como o contrato deverá produzir os resultados pretendidos desde o seu início até o seu encerramento;
- f) modelo de gestão do contrato, que descreve como a execução do objeto será acompanhada e fiscalizada pelo órgão ou entidade;
- g) critérios de medição e de pagamento;
- h) forma e critérios de seleção do fornecedor;
- i) estimativas do valor da contratação, acompanhadas dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, com os parâmetros utilizados para a obtenção dos preços e para os respectivos cálculos, que devem constar de documento separado e classificado;
- j) adequação orçamentária; (...)

Já o projeto básico possui a seguinte conceituação, *in verbis*:

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

pela Administração previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual; XI - contratações correlatas e/ou interdependentes; XII - descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável; XIII - posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina. § 2º O estudo técnico preliminar deverá conter ao menos os elementos previstos nos incisos I, IV, VI, VIII e XIII do § 1º deste artigo e, quando não contemplar os demais elementos previstos no referido parágrafo, apresentar as devidas justificativas.

- a) levantamentos topográficos e cadastrais, sondagens e ensaios geotécnicos, ensaios e análises laboratoriais, estudos socioambientais e demais dados e levantamentos necessários para execução da solução escolhida;
- b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a evitar, por ocasião da elaboração do projeto executivo e da realização das obras e montagem, a necessidade de reformulações ou variantes quanto à qualidade, ao preço e ao prazo inicialmente definidos;
- c) identificação dos tipos de serviços a executar e dos materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como das suas especificações, de modo a assegurar os melhores resultados para o empreendimento e a segurança executiva na utilização do objeto, para os fins a que se destina, considerados os riscos e os perigos identificáveis, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- d) informações que possibilitem o estudo e a definição de métodos construtivos, de instalações provisórias e de condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendidos a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;
- f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados, obrigatório exclusivamente para os regimes de execução previstos nos incisos I, II, III, IV e VII do caput do art. 46 desta Lei; (...)

Ambos os documentos são importantes fontes do planejamento técnico dos processos licitatórios, nos quais a área demandante deverá inserir todas as características dos produtos ou serviços a serem contratados, além do custo estimado da contratação e sua adequação às leis orçamentárias¹⁸.

Estes são os principais institutos criados ou aperfeiçoados pela Lei nº 14.133/2021 no que diz respeito ao planejamento das compras públicas na fase preparatória das licitações. Imprescindível se faz a utilização desses institutos de forma organizada e padronizada pelos órgãos licitantes, adotando-se, sempre que possível, ferramentas consolidadas de planejamento, conforme política de governança adotada pela Administração.

Além disso, outros instrumentos previstos pela NLLC devem ser considerados quando do planejamento das compras, tais como a alocação da matriz de riscos, centralização das compras, adoção de catálogos padronizados, entre outros que possam agregar valor ao planejamento das licitações.

4.6 Governança, monitoramento e aperfeiçoamento do planejamento pela Administração Pública

Como se viu nos tópicos anteriores, a Lei nº 14.133/2021 valorizou de forma expressiva o planejamento nos procedimentos de contratações públicas, elevando-o ao patamar de princípio e instituindo uma série de mecanismos e institutos para auxiliar os gestores públicos na tarefa de licitar de forma planejada. Porém, de nada adianta a lei regulamentar a matéria se não houver uma estrutura administrativa capaz de monitorar, avaliar e aperfeiçoar os processos de compras.

Por isso, cada vez mais se torna imperioso que os administradores públicos adotem uma política de governança capaz de contribuir para a melhoria contínua dos processos administrativos. Segundo

¹⁸ A respeito da diferenciação semântica entre termo de referência e projeto básico, apesar da variação de posições na doutrina e jurisprudência, há um consenso no sentido de que este (projeto básico) destina-se à contratação de obras e serviço de engenharia enquanto aquele (termo de referência) é utilizado para a contratação de bens e serviços comuns.

Luciane Linczuk (2012, p. 99), governança pública não se refere apenas a uma mudança institucional ou de modelo de gestão, muito menos de simples atendimento a normas jurídicas e decisões regulares, mas de uma mudança de mentalidade e comportamento de toda uma sociedade na aplicação quotidiana dos princípios por ela pregados.

Portanto, é imprescindível que a cultura de planejamento não só seja incorporada à política de governança da instituição, como seja inserida na rotina quotidiana dos expedientes dos órgãos responsáveis pelas compras públicas. Mais do que cumprir regras, é preciso que o planejamento seja adotado como uma cultura diária dos órgãos públicos, de modo a naturalizá-la, tornando-se um hábito saudável na Administração Pública.

Para que isso ocorra, há a necessidade de que os servidores responsáveis pelos processos de contratações sejam devidamente treinados mediante capacitação contínua. Isso porque de nada adianta toda a regulamentação estabelecida pela NLLC sem que os órgãos públicos possuam servidores capacitados para lidar com tamanha mudança nos processos licitatórios. Trata-se de um desafio, principalmente para os municípios menores, com população reduzida, baixo orçamento e um corpo de servidores limitado.

Os órgãos de controle possuem papel fundamental nessa questão. Tanto o controle interno quanto o externo precisam estar atentos à importância do planejamento para que haja a conformidade dos processos licitatórios com as normas regulamentares. Para isso, o controle repressivo mostra-se insuficiente, pois não corrige os erros na raiz do problema. É imprescindível que a fiscalização ocorra também de forma preventiva, monitorando a adaptação dos órgãos públicos às políticas de planejamento instituídas pela nova lei e recomendando ações para que os agentes públicos passem a planejar as aquisições de forma correta e permanente.

5 CONCLUSÃO

O planejamento é um tema de extrema importância em todas as áreas de conhecimento. Sua implementação garante a efetividade e a qualidade dos projetos desenvolvidos seja na esfera privada seja na pública. Conhecer as técnicas de planejamento propicia uma melhoria contínua nos processos e garante previsibilidade e eficácia nas ações, além de segurança jurídica aos envolvidos em quaisquer empreendimentos que sejam desenvolvidos.

Na Administração Pública, o planejamento ganha contornos ainda mais importantes devido à necessidade de se aperfeiçoar o trabalho dos gestores nas diversas áreas, desde a elaboração das leis orçamentárias até a execução de políticas públicas. Especificamente em relação aos processos licitatórios, o planejamento gera economicidade, eficiência, eficácia e segurança jurídica, garantindo o fornecimento de bens e a prestação de serviços necessários para que as políticas públicas atinjam os seus fins e atendam aos anseios da sociedade.

Nesse contexto, ao elevar o planejamento ao patamar de princípio aplicado aos processos licitatórios, a Lei nº 14.133/2021 instituiu princípios, institutos e procedimentos destinados aos agentes públicos com o objetivo de inserir o planejamento na rotina dos órgãos responsáveis pela condução dos processos licitatórios. Trata-se de um importante marco na busca pela efetividade dos objetivos da licitação, normatizando não apenas os trâmites burocráticos dos processos, mas focando principalmente a fase preparatória das compras públicas.

A NLLC poderia ter avançado um pouco mais, tornando obrigatórios alguns institutos como o plano anual de compras e a alocação da matriz de risco nos processos. Porém, é inegável que o texto final promulgado é definitivo na sistematização de uma licitação focada não apenas no resultado, mas no caminho a ser percorrido para alcançá-lo.

Aos agentes públicos, resta assimilar as inovações introduzidas pela nova lei, inserindo a cultura de planejamento na rotina dos expedientes administrativos de modo a torná-la uma prática permanente nos processos de compras públicas. Com isso, ganha a sociedade, que contará com toda a estrutura e recursos necessários para o avanço e o pleno desenvolvimento das políticas públicas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986. *Diário Oficial da União*, Brasília, seção 1, p. 17673, 25 nov. 1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm. Acesso em: 27 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Diário Oficial da União*, Brasília, seção 1, p. 8269, 22 jun. 1993 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 16 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. *Diário Oficial da União*, Brasília, seção 1, p. 21801, 1 out. 1997 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso em: 18 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. *Diário Oficial da União*, Brasília, seção 1, p. 1 (retificação), 17 jul. 2001 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 18 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. *Diário Oficial da União*, Brasília, seção 1, p. 1 (retificação), 30 jul. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em: 16 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. *Diário Oficial da União*, Brasília, seção 1, p. 2 (promulgação de vetos), 11 jun. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 4 abr. 2022.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. *Diário Oficial da União*, Brasília, seção 1, p. 5 (veto), 5 maio 2000 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 18 jun. 2022.

BRASIL, Câmara dos Deputados. *Princípios orçamentários*. Elaboração: CONOF/CD - Vander Gontijo (texto base), Eugênio Greggianin e Graciano Rocha Mendes - CONOF/CD; Fonte: Constituição Federal, Lei 101/2000 (LRF), Lei 4.320/64, LDOs. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/cidadao/entenda/cursopo/principios>. Acesso em: 8 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 2622/2015* – Plenário. Relator: Min. Augusto Nardes. Data da sessão: 21/10/2015. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-1539501/NUMACORDAOINT%20asc/0. Acesso em: 27 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 2129/2021* – Plenário. Relator: Min. Benjamin Zymler. Data da sessão: 15/09/2021. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2129%2520ANOACORDAO%253A2021/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 27 jun. 2022.

CHIAVENATO. Chiavenato. *Management* [S.l.]. Disponível em: <https://www.chiavenato.com.br/>. Acesso em: 15 set. 2021.

CHIAVENATO, Idalberto. *Administração geral e pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

DAMASCENO, Adelson Barbosa. Cultura organizacional: o principal desafio da Nova Lei de Licitações para os municípios. *Ribeiro & Damasceno Sociedade de Advogados*, [s.d.]. Disponível em: <https://ribeiroedamasceno.com.br/2022/04/14/cultura-organizacional-o-principal-desafio-da-nova-lei-de-licitacoes-para-os-municipios/#:~:text=DOS%20PILARES%20DA%20NOVA%20LEI%20DE%20LICITA%C3%87%C3%95ES,e%20comunica%C3%A7%C3%A3o%2C%20preven%C3%A7%C3%A3o%20de%20riscos>. Acesso em: 8 jul. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 111.

FABRE, Flávia Moraes Barros Michele. *Função horizontal da licitação e da contratação administrativa*. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.google.com/l?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiDjvv50t34AhW2uZUCHdAFDVwQFnoECAsQAw&url=https%3A%2F%2Fwww.teses.usp.br%2Fteses%2Fdisponiveis%2F2%2F2134%2Ftde-01122015-123928%2Fpublico%2FTESE%20COMPLETA%20FLAVIA%20MORAES%202014.pdf&usq=AOvVaw2aY4C9fyFU43rNJsJvtVNW>. Acesso em: 17 jun. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 19. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MACHADO, Cleiton Duarte, GARDOLINSKI, Maria Terezinha H. Antoniazzi. A importância do planejamento na administração pública e sua influência para um ambiente sustentável. *Cadernos Gestão Pública*, Uninter, v. 9, n. 5, 2016. Disponível em: <https://www.cadernosuninter.com/index.php/gestao-publica/article/view/516/469>. Acesso em: 16 jun. 2022.

MENDES, Renato Geraldo. *Lei de licitações e contratos anotada*. 8. ed. Curitiba: Zênite, 2011.

MICHAELIS. Verbete: planejamento. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/planejamento/>. Acesso em: 16 jun. 2022.

OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. *Planejamento estratégico*. São Paulo: Atlas, 2007.

REIS, Patrícia Helena dos. *Planejamento estratégico e mudança organizacional: o caso do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Mestrado (Administração Pública) – Curso de Mestrado em Administração Pública, Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, 2009. Disponível em: <http://tede.fjp.mg.gov.br/bitstream/tede/173/1/FJP05-000239.pdf>. Acesso em: 1 out. 2022.

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

SILVA, Marcos de Souza e. *Planejamento na Administração Pública: construção de capacidades, aquisição de apoio político e geração de valor público*. Mestrado (Economia) - Programa de Pós-graduação em Políticas Públicas e Desenvolvimento, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.mestrado-profissional.gov.br/sites/images/mestrado/turma3/marcos-de-souza-e-silva.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2022.

ZAPELINI, Wilson Berckembrock. *Planejamento*. 2. ed. rev. atual. Florianópolis: Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Santa Catarina / IFSC, 2010.



AS NORMAS DE FINANÇAS PÚBLICAS NAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Continuidades e mudanças das alterações promovidas pela Lei nº 14.133/2021¹



Maria Tereza Fonseca Dias

Mestre e doutora em Direito pela UFMG. Professora Associada do Departamento de Direito Público da UFMG. Professora Visitante no King's College Londres. Pesquisadora de Produtividade do CNPq. Advogada e consultora.

Sumário: 1 Introdução; 2 Lei nº 14.133/2021: consolidação de normas de licitações e contratos administrativos; 3 Normas de finanças públicas no processo de licitação e contratação administrativa; 3.1 Alcance da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos: fundos especiais, operações de crédito externo, reservas internacionais do país e gestão da dívida pública; 3.1.1 Alcance da lei aos fundos especiais; 3.1.2 Alcance relativo da lei às operações de crédito externo, doações decorrentes de cooperação estrangeira e gestão da dívida pública; 3.1.3 Não incidência do regime da nova lei de licitações: operações de crédito e gestão da dívida pública; 3.2 Adequação da contratação pública à legislação orçamentária e à responsabilidade na gestão fiscal; 3.2.1 Planejamento, preparação e fase interna da licitação; 3.2.2 Formalização e execução dos contratos administrativos; 3.2.3 Controle orçamentário e financeiro das contratações; 3.3 Despesas públicas; 3.3.1 Empenho, liquidação e pagamento; 3.3.2 Despesas de pronto pagamento; 3.4 Exercício financeiro para o estabelecimento dos valores máximos para dispensa de licitação; 4 Conclusões; Referências.

Resumo: Normas sobre finanças públicas sempre estiveram presentes na legislação de licitações e contratos administrativos. Com o advento da Lei nº 14.133/2020, este estudo analisou as regras de Direito Financeiro presentes na nova lei de licitações e contratos administrativos, visando avaliar se houve continuidade ou mudança em relação às legislações anteriores. O trabalho foi desenvolvido sob a vertente descritiva da pesquisa jurídica, com caráter eminentemente diagnóstico e comparativo. O estudo demonstrou que a nova lei reproduziu diversos dispositivos da legislação pretérita. Contudo, houve o recrudescimento das normas de finanças públicas tanto por meio da inclusão de regras quanto do aprimoramento de redação das normas anteriores. Essas normas têm o condão de melhorar o processo de planejamento da contratação pública visando evitar os mais indesejáveis problemas do sistema: obras paradas, interrupção de políticas públicas, irresponsabilidade fiscal e ruptura contratual, notadamente por falta de previsões orçamentárias.

Abstract: Rules on public finances have always been present in public procurement legislation. This paper analyzes the rules of Financial Law present in the Brazilian new act edited by parliament of bidding and public contracts, after coming into effect Act nº 14.133/2020. The main purpose of this paper is to verify whether new legislation shows continuity or change in relation to previous legislation. The research legal design is descriptive and was developed through comparative and qualitative data analysis. The study shows that the new act has reproduced several provisions of the past legislation. However, there has been increase in public finance rules through the inclusion of new legal instruments or the improvement of the wording of previous rules. These rules have the power to improve the management of public procurement in order to avoid the most undesirable problems of the public sector: interrupted projects and public policies, and contractual breach, notably due to lack of budgetary provisions.

Palavras-chave: Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos; Direito Financeiro; Finanças Públicas; Orçamento; Responsabilidade Fiscal

Keywords: New Brazilian Act of Public procurement; Financial Law; Public finances; Budget; Fiscal Liability.

¹ Este trabalho foi produzido em homenagem ao jurista Sérgio D'Andrea Ferreira, por ocasião do III Congresso de Direito Administrativo do Rio de Janeiro, promovido pelo IDARJ, em novembro de 2021. Ao ilustre jurista, registro o reconhecimento pelo exercício do magistério acurado e pelos anos dedicados à magistratura, que lhe permitiram produzir obras que influenciaram as diversas gerações de administrativistas que o sucederam, em todo o País.

1 INTRODUÇÃO

Em que pese não ser o objeto central das licitações e dos contratos administrativos, as normas de finanças públicas sempre estiveram presentes na legislação sobre o tema. Tais normas têm papel relevante no processo de contratação pública nas suas interfaces com a necessidade de planejamento das aquisições, adequação orçamentária e financeira das despesas assumidas nas contratações, no controle dos gastos públicos e, mais recentemente, visando à responsabilidade da gestão fiscal.

Nas leis mais contemporâneas da matéria, tais como o Decreto-Lei nº 2.300/1986 e as normas gerais de licitações editadas após a Constituição da República de 1988 (CR/88) – Lei nº 8.666/1993 e Lei nº 14.133/2021 –, destacam-se as seguintes normas de finanças mais frequentes no âmbito da contratação pública:

- a) determinação de que as licitações e contratações somente possam ser efetuadas quando existir previsão de recursos orçamentários²;
- b) previsão de que a duração dos contratos esteja atrelada à vigência dos créditos orçamentários respectivos³;
- c) previsão das despesas de “pronto pagamento”⁴;
- d) emissão de nota de empenho de despesa como substituta do contrato, nas hipóteses legais previstas⁵.

Haja vista que as normas de finanças públicas contribuem para a contratação administrativa desde o seu planejamento até a execução efetiva dos contratos e o pagamento das despesas assumidas –, entre outros aspectos que serão objeto de discussão neste artigo –, o Direito Financeiro torna-se indispensável no processo de licitação e contratação, sob pena de inviabilizar a execução dos contratos firmados pela Administração Pública.

Diante da entrada em vigor da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021), objetiva-se, neste trabalho, promover uma reflexão acerca das normas de finanças públicas na norma geral de contratação pública visando avaliar se a mais recente lei, nesta matéria, tão somente reproduz os conteúdos normativos anteriores ou se há mudanças e inovações. O que está em discussão não é o papel do Estado por meio das contratações e das finanças públicas⁶, mas o diagnóstico do estágio atual de sua disciplina na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

O texto produzido busca responder as seguintes indagações: Quais normas e conteúdos de Direito Financeiro estão presentes na nova lei de licitações e contratos administrativos? Considerando as normas encontradas, pode-se falar em continuidade ou mudança em relação às legislações anteriores?

2 Cf. art. 6º do DL nº 2.300/1986; art. 7º, § 2º, II, art. 14, art. 65, § 8º da Lei nº 8.666/1993; art. 6º, XXIII, “j”, art. 7º, § 2º, II, art. 11, Parágrafo Único; art. 18, *caput*, art. 40, inciso V, “c”; art. 72, IV; art. 144, § 1º e 2º; art. 150; art. 171, III, da Lei nº 14.133/2021.

3 Cf. art. 47 do DL nº 2.300/1986; art. 57, da Lei nº 8.666/1993 e art. 105 da Lei nº 14.133/2021), inclusive as que tivessem previsão para além de um exercício financeiro. Na dicção do DL nº 2.300/1986, tratava-se de despesas referentes ao “orçamento plurianual”, cujas previsões também foram incluídas na legislação posterior: art. 7º, IV e art. 57, I, da Lei nº 8.666/1993 e art. 106, I e II, da Lei nº 14.133/2021.

4 Cf. art. 50, Parágrafo Único, do DL nº 2.300/86; art. 60, Parágrafo Único, da Lei nº 8.666/1993; e art. 95, § 2º, da Lei nº 14.133/2021.

5 Cf. art. 52, Parágrafo Único, DL nº 2.300/1986; art. 62, *caput* e § 2º, da Lei nº 8.666/1993; e art. 95, *caput*, da Lei nº 14.133/2021.

6 Baleeiro já afirmava que o orçamento programa não visa equilíbrio orçamentário, mas fazer com que este equilibre a economia nacional. Nesse sentido, “sua tarefa é afastar inflações e deflações, mantendo estável e no ponto ótimo a economia, de sorte que os investimentos absorvam toda a poupança sem excedê-la e sem ficarem abaixo dela”. O autor afirmava que o orçamento, por seu aspecto econômico, é estabilizador e amortecedor dos choques da conjuntura e pode concorrer com outras medidas para a modificação das estruturas do país, inclusive no sentido de seu desenvolvimento, como visto anteriormente (BALEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças*. Atualizada por Dejalma de Campos. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.428 e segs). Cf. a discussão acerca dos papéis do orçamento em DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Finanças públicas na pandemia: mudanças legislativa, impacto federativo e desafios para o futuro*. In: SCAFF; Fernando Facury TORRES, Heleno Taveira; DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves (Org.). *A crise do federalismo em estado de pandemia*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021. v. 2, p. 443-466.

Para analisar as normas de finanças públicas existentes na nova lei, toma-se como pressuposto a concepção de Ricardo Lobo Torres, para quem ao Direito Financeiro, enquanto sistema objetivo, incumbe “disciplinar a constituição e a gestão da Fazenda Pública, estabelecendo as regras e procedimentos para obtenção da receita pública e a realização dos gastos necessários à consecução dos objetivos do Estado”.⁷

O presente trabalho foi desenvolvido sob a vertente descritiva da pesquisa jurídica, com caráter eminentemente diagnóstico e comparativo⁸. Quanto aos procedimentos de coleta e análise de dados, efetuou-se uma abordagem de caráter eminentemente qualitativo. Por essa razão, procedeu-se ao levantamento de dados primários (legislações de compras públicas e decisões das Cortes de Contas) e recorreu-se ao uso de dados secundários (estudos e bibliografia sobre o assunto) quando necessário para esclarecimento de conceitos e previsões legais.

Para que as questões propostas fossem respondidas, foram abordados os seguintes conteúdos: a) consolidação das normas de licitação e contratos administrativos pela Lei nº 14.133/2021; b) normas de finanças públicas no processo de licitação e contratação administrativa; c) alcance do regime da nova lei; d) legislação orçamentária; e) normas referentes a despesas públicas.

2 LEI Nº 14.133/2021: CONSOLIDAÇÃO DE NORMAS DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, dispõe sobre as licitações e os contratos administrativos, tendo sido aprovada em 10 de dezembro de 2020, a partir do relatório elaborado pelo ex-senador Antonio Anastasia ao Projeto de Lei nº 4.253/2020. A matéria foi resultado de discussões que remontam ao PLS nº 559/2013, que tramitou na Câmara dos Deputados como PL nº 6.814/2017 até 10 de outubro de 2019.

A nova norma geral de licitações e contratos administrativos editada com base nos artigos 22, inciso XXVII, e 37, inciso XXI, da Constituição de 1988 consolidou diversas legislações sobre o tema, bem como interpretações doutrinárias e jurisprudenciais acerca da sua aplicação.

Na data de sua entrada em vigor, a lei já passou a ser, em tese, integralmente aplicada (art. 194). Contudo, tendo em vista as previsões do seu art. 193, inciso II, a Lei nº 8.666/1993, a Lei nº 10.520/2002 e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462/2011 somente serão revogados após decorridos dois anos da publicação da nova norma, razão pela qual são grandes as chances de que sua integralidade comece a ser efetivamente aplicada após o decurso desse prazo e da revogação das citadas leis. Espera-se que os órgãos e entidades administrativas utilizem esse tempo para treinamento de pessoal, adaptação da organização administrativa e de sistemas eletrônicos, além da discussão das mudanças da nova lei, antes de sua adoção.

A matéria referente aos crimes contra as licitações e os contratos administrativos, por sua vez, alterou o Código Penal e entrou em vigor imediatamente, conforme previsto no art. 178 e 193, inciso I. Importante ainda destacar que, nos termos do art. 190, “o contrato cujo instrumento tenha sido assinado antes da entrada em vigor desta Lei continuará a ser regido de acordo com as regras previstas na legislação revogada”. Isso implica que as leis revogadas ainda terão efeitos futuros enquanto vigente o contrato.

Embora o que se busque com a lei seja harmonizar a legislação acerca das normas de contratação pública até então vigentes, razão pela qual não se trata de proposição legislativa efetivamente inédita ou de caráter disruptivo, não quer dizer que não existam inovações introduzidas no âmbito das normas gerais de licitações e contratos, incluindo as normas de finanças públicas, objeto deste estudo.

7 TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 20. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2018. p. 11.

8 GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020. p. 80.

Em alguns aspectos pontuais, a lei, de fato, inova, sobretudo com a introdução de instrumentos oriundos da experiência legislativa da União Europeia, como é o caso da modalidade de licitação “diálogo competitivo”⁹. Também criou critérios de desempate das propostas¹⁰ e ampliou os princípios aplicáveis às contratações públicas¹¹.

Diversos conteúdos que passaram a ser veiculados em sede de normas gerais¹², contudo, já estavam presentes em outras legislações, como são os casos, a título exemplificativo, das fases do processo de licitação¹³ e dos critérios de julgamento das propostas apresentadas pelos licitantes¹⁴.

Observa-se, ainda, que a lei assimilou instrumentos de gestão e governança das compras públicas que vinham sendo experimentados, notadamente, no âmbito do Governo Federal. Como será visto adiante, o incremento do planejamento da contratação pública repercutiu na introdução de novas normas de finanças públicas visando recrudescer a responsabilidade na gestão fiscal e a melhor integração da geração de despesas com as leis orçamentárias.

Os aspectos positivos da nova legislação dizem respeito: a) ao elevado grau de amadurecimento do texto final, que foi bastante discutido na Câmara dos Deputados, tendo sido objeto de análise prévia de especialistas na matéria; b) à harmonização legislativa, retirando do ordenamento normas esparsas acerca da contratação pública, no intuito de facilitar sua aplicação; c) à assimilação de avanços já experimentados na prática administrativa, como é o caso do pregão e do RDC, podendo tornar mais segura a transição do regime da Lei nº 8.666/1993; d) ao aprimoramento da gestão administrativa da contratação pública, considerando as previsões introduzidas acerca da governança, planejamento, transparência e fase interna da licitação; e) à inclusão de mecanismos de controle visando evitar práticas indesejáveis, como sobrepreço¹⁵ e superfaturamento¹⁶; f) à tentativa de aprimorar as relações contratuais entre setor público e privado, com maior horizontalidade entre as partes e atenuação das

9 De acordo com o art. 6º, inciso XLII, da Lei nº 14.133/2021, o diálogo competitivo é a modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos.

10 De acordo com o art. 60 da Lei nº 14.133/2021, em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem: disputa final, com possibilidade de apresentar nova proposta (inciso I); avaliação do desempenho contratual prévio (inciso II); desenvolvimento, pelo licitante, de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho (inciso III); e desenvolvimento, pelo licitante, de programa de integridade (inciso IV).

11 Houve significativa ampliação dos princípios da licitação no art. 5º da Lei nº 14.133/2021: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, interesse público, probidade administrativa, igualdade, planejamento, transparência, eficácia, segregação de funções, motivação, vinculação ao edital, julgamento objetivo, segurança jurídica, razoabilidade, competitividade, proporcionalidade, celeridade, economicidade e desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Foram previstos os princípios da celeridade, da cooperação, da economicidade e da eficiência nos licenciamentos ambientais de obras e serviços de engenharia licitados e contratados nos termos da nova Lei das Licitações (art. 24, § 6º) e os princípios da padronização e do parcelamento para as licitações de serviços (art. 47).

12 Cf. o conceito de normas gerais em DIAS, Maria Tereza Fonseca; BONIN, Stefânia de Matos. Parcerias da Administração Pública com as organizações da sociedade civil: análise da Lei nº 13.019/2014 como norma geral de contratação pública. In: MUZZI FILHO, Carlos Victor; SABO PAES, José Eduardo (Orgs.). *Relações administrativas bilaterais*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 145-175 (Instituições Sociais, Direito e Democracia, v. 8)

13 De acordo com o art. 17 da Lei nº 14.133/2021, “O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência: I - preparatória; II - de divulgação do edital de licitação; III - de apresentação de propostas e lances, quando for o caso; IV - de julgamento; V - de habilitação; VI - recursal; VII - de homologação. Essas fases já tinham sido previstas na Lei nº 12.462/2011 (RDC).

14 A Lei nº 14.133/2021 introduziu nas normas gerais os seguintes critérios de julgamento, além dos que já estavam previstos na Lei nº 8.666/1993: maior desconto; melhor técnica ou conteúdo artístico; e maior retorno econômico neste último caso exclusivamente para contratos de eficiência (arts. 6º, incisos XXXVIII e XLI; art. 24, Parágrafo Único; art. 33 a 39). Tais critérios, porém, já estavam previstos nos arts. 18, inciso I; art. 18, inciso III e art. 18, inciso V, da Lei nº 12.464/2011 (RDC).

15 Art. 6º, inciso LVI: “sobrepreço: preço orçado para licitação ou contratado em valor expressivamente superior aos preços referenciais de mercado, seja de apenas 1 (um) item, se a licitação ou a contratação for por preços unitários de serviço, seja do valor global do objeto, se a licitação ou a contratação for por tarefa, empreitada por preço global ou empreitada integral, semi-integrada ou integrada; (...)”

16 Art. 6º, inciso LVII: “superfaturamento: dano provocado ao patrimônio da Administração, caracterizado, entre outras situações, por: a) medição de quantidades superiores às efetivamente executadas ou fornecidas; b) deficiência na execução de obras e de serviços de engenharia que resulte em diminuição da sua qualidade, vida útil ou segurança; c) alterações no orçamento de obras e de serviços de engenharia que causem desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor do contratado; d) outras alterações de cláusulas financeiras que gerem recebimentos contratuais antecipados, distorção do cronograma físico-financeiro, prorrogação injustificada do prazo contratual com custos adicionais para a Administração ou reajuste irregular de preços; (...)”

normas referentes às cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos, entre as quais se destaca a introdução de mecanismos para prevenção e resolução de controvérsias, como a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem (art. 151 a 154).

As principais críticas dirigidas à lei referem-se justamente à antítese dos seus aspectos positivos, tais como: a) a aprovação de diploma legal que se mantém excessivamente analítico e extenso; b) o formalismo, tendo em vista que a lei ainda dá acento aos aspectos formais, estruturais, burocráticos e organizacionais da contratação pública, em detrimento da maior flexibilização e celeridade do processo licitatório e da execução contratual; c) premissa de desconfiança dos atores da contratação (gestores e contratados) no exercício de suas funções, podendo vir a reforçar os comportamentos institucionais de gestores, tais como o “imobilismo institucional” ou o “apagão das canetas”; d) a pouca inovação, se considerada a experiência de outros países; e) assegura poucas garantidas aos contratados no processo de aplicação das sanções oriundas do descumprimento do contrato.

As questões ora levantadas não reduzem a importância e a relevância da harmonização legislativa produzida pela nova lei de licitações e contratos administrativos, notadamente pelo fato de consolidar práticas e experiências acumuladas ao longo de décadas.

Conforme será visto a seguir, a mesma situação se coloca diante das normas de finanças públicas.

3 NORMAS DE FINANÇAS PÚBLICAS NO PROCESSO DE LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA

Para avaliar quais normas e conteúdos das normas de finanças públicas estão presentes na nova lei de licitações e contratos administrativos, foi efetuado o levantamento da legislação atual e comparado o seu conteúdo com os das normas gerais de licitação e contratação anteriores (notadamente os da Lei nº 8.666/1993 e, residualmente, da Lei nº 12.462/2011).

Quadro 1

Normas de finanças públicas na legislação de licitações e contratos administrativo e as alterações da Lei nº 14.133/2021

LEI Nº 14.133/2021	LEI Nº 8.666/1993*	TEMA	ALTERAÇÃO DA NORMA ** (S/N/NA)
Art. 1º, II	Art. 1º, Parágrafo Único	Fundos especiais	N
Art. 1º, § 4º	Sem correspondência	Autorização de empréstimo Senado Federal	NA
Art. 1º, § 5º	Sem correspondência	Contratação da gestão das reservas internacionais do país	NA
Art. 3º, I	Art. 121, Parágrafo Único	Operações de crédito interno e externo e gestão da dívida pública	
Art. 6º, XXIII, “j”	Sem correspondência	Adequação orçamentária	NA
Art. 40, V, “c”	Art. 14 (parcialmente)	Responsabilidade fiscal	S (parcialmente)
Art. 72, IV	Sem correspondência	Previsão orçamentária	NA
Art. 75, § 1º, I	Sem correspondência	Exercício financeiro (dispensa de licitação)	NA
Art. 92, VIII	Art. 55, V	Despesa pública	N
Art. 95, § 2º	Art. 60, Parágrafo Único	Pronto pagamento	S
Art. 102, II	Sem correspondência	Empenho	NA

(continua)

LEI Nº 14.133/2021	LEI Nº 8.666/1993*	TEMA	ALTERAÇÃO DA NORMA ** (S/N/NA)
Art. 105	Art. 57 e 57, I (parcialmente)	Exercício financeiro; créditos Orçamentários; plano plurianual	S (parcialmente)
Art. 106, I	Art. 57, I	Plano Plurianual	S
Art. 106, II	Sem correspondência	Exercício financeiro e créditos orçamentários	NA
Art. 109	Sem correspondência	exercício financeiro e créditos orçamentários	NA
Art. 136, IV	Art. 65, § 8º	Empenho de dotações orçamentárias	S
Art. 141	Art. 5º	Pagamento por fonte de recursos	S
Art. 142	Sem correspondência	Pagamento em conta vinculada	NA
Art. 144, § 2º	Art. 10, Parágrafo Único, Lei nº 12.462/2011	Limite orçamentário	N
Art. 146	Art. 55, § 3º	Liquidação de despesa	S
Art. 171, III	Sem correspondência	Controle orçamentário e financeiro	NA
Art. 178 / Art. 337-H CPP	Art. 92	Pagamento	S

Fonte: www.planalto.gov.br

* As referências são, majoritariamente, à Lei nº 8.666/1993. Contudo, também foram feitas indicações da Lei nº 12.462/2011 (RDC)

** (S - Sim / N - Não / NA - Não se aplica, por não haver correspondência com a legislação anterior)

As informações dispostas no quadro permitem observar que as normas de finanças públicas presentes na legislação de licitação e contratos administrativos referem-se a diversos temas do Direito Financeiro, entre os quais: previsão orçamentária dos gastos, existência de créditos orçamentários prévios para a contratação, despesas de pronto pagamento, compatibilidade da licitação e contratação com o plano plurianual e a previsão da vigência dos contratos com a existência dos créditos.

Conforme os dados compilados no quadro, dos 22 dispositivos de finanças públicas presentes na nova lei de licitações e contratos administrativos, 10 não possuem correspondência com a legislação pretérita, o que denota, ao mesmo tempo, a continuidade e a mudança na nova lei, no tocante às normas de Direito Financeiro. Como será detalhado nas próximas seções, outras questões de Direito Financeiro foram introduzidas na nova lei. Tendo isso em vista, as informações do Quadro 1 serão detalhadas a seguir e os dispositivos serão analisados por temas, sem se considerar a sequência em que os dispositivos selecionados apareceram no texto da nova lei.

3.1 Alcance da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos: fundos especiais, operações de crédito externo, reservas internacionais do país e gestão da dívida pública

Esta seção discute as hipóteses, no campo das finanças públicas, do alcance (subjeto e substantivo¹⁷) da Lei nº 14.133/2021, que envolve o dever de licitar e a incidência ou não das normas gerais de licitações e contratos a determinados sujeitos e objetos.

Com exceção do art. 3º, inciso I, foram introduzidas inovações quanto à não subordinação, ao regime da lei, de empréstimos obtidos por agência oficial de cooperação estrangeira ou de organismo de que o Brasil seja parte e contratações relativas à gestão de reservas internacionais do país.

17 Conforme classificação de PEDRA, Anderson Sant'Ana. Art. 1º, Art. 2º e Art. 3º. In: FORTINI, C.; OLIVEIRA, R. S. O.; CAMARÃO, T. (Coords.). *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 29-65.



3.1.1 Alcance da lei aos fundos especiais

Tanto na Lei nº 8.666/1993 (art. 1º, Parágrafo Único) quanto na Lei nº 14.133/2021 (art. 1º, II), foi editada regra segundo a qual os “fundos especiais” devem aplicar o regime da norma geral de licitação e contratação.

O objetivo dessa regra foi o de subordinar ao regime da norma geral uma ampla gama de sujeitos e objetos da contratação pública, de forma que alcance a quase totalidade das despesas públicas, independentemente de sua origem. Conforme previsto em seu art. 1º, a lei visa alcançar os órgãos e entidades da organização administrativa, fundos especiais e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública, de qualquer esfera federativa. Vejam-se os dispositivos abaixo transcritos:

LEI Nº 14.133/2021	LEI Nº 8.666/1993	ALTERAÇÃO DA REDAÇÃO *(S/N/NA)
Art. 1º, II Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e abrang e: (...) II - os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública.	Art. 1º, Parágrafo Único Art. 1º (...) Parágrafo Único - Subordinam-se ao regime desta Lei , além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais , as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.	N

Fonte: www.planalto.gov.br

* (S - Sim / N - Não / NA - Não se aplica)

A inclusão dos “fundos especiais” no alcance do regime das normas gerais de licitações e contratos administrativos pode ser considerada excesso de zelo do legislador diante do receio de que fossem realizadas despesas públicas a partir de recursos afetados em fundos públicos (dotados ou não de personalidade jurídica), sem licitação.

Isso porque os fundos públicos, desde a edição do Código de Contabilidade Pública de 1922¹⁸, têm sido amplamente utilizados pela Administração Pública, tanto pelos governos federais quanto pelos governos subnacionais, como instrumento contábil, orçamentário e financeiro.

Segundo Caio Tácito, em clássico trabalho sobre o tema, fundo público “é patrimônio, constituído de dinheiro, ações ou bens, afetado pelo Estado a determinado fim”¹⁹. Detalhando mais o conceito, o ministro Homero dos Santos, do TCU, definiu fundos especiais como

(...) produto de receitas das mais variadas origens (receitas próprias ou vinculadas, incentivos fiscais, dotações orçamentárias, créditos adicionais, empréstimos internos e externos, doações etc), em área de atuação, finalidade e destinação especial, com vistas à realização de determinados objetivos ou serviços, desenvolvendo atividades específicas e adotando normas peculiares de aplicação e contabilidade.²⁰

Atualmente, os fundos especiais são regulados pela CR/88 e pela Lei nº 4.320/1964, além de serem referenciados na Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF)²¹. De acordo com os arts. 71 a 74 da Lei nº 4.320/1964,

18 Cf. SANCHES, O. M. Fundos federais: origens, evolução e situação atual na administração federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 39, n. 154, abr./jun. 2002.

SELLA, D. M.; ARRUDA, C. C. Fundos especiais. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, Curitiba*, n. 118, p. 76-89, 1996; e BASSI, Camillo de Moraes. Fundos especiais e políticas públicas: uma discussão sobre a fragilização do mecanismo de financiamento. *Texto para discussão nº 2458*. Rio de Janeiro: Ipea, 2019.

19 TÁCITO, Caio. Fundos Especiais - Natureza Jurídica – Registro no Tribunal de Contas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 83, p. 335-341, 1966.

20 SANTOS, Homero. Fundos federais. *Revista do TCU*, Brasília, v. 23, n. 51, p. 21-29, jan./mar. 1992.

21 Nos seguintes dispositivos da Lei Complementar nº 101/2000: art. 1º, § 3º (Devem ser geridos nos moldes das administrações direta e indireta); art. 4º, § 3º, IV (Devem constar na LOA) e art. 48, § 6º (Sua execução orçamentária e financeira será realizada por meio do caixa único do Tesouro).

os fundos precisam necessariamente ser criados com base em prévia autorização legislativa, devendo possuir a) receitas específicas, determinadas em lei; b) gastos vinculados a determinados objetivos; c) estar vinculados a órgão da Administração Direta, entre outras exigências.

Nos termos do art. 72 da citada lei: “A aplicação das receitas orçamentárias vinculadas a fundos especiais far-se-á através de dotação consignada na Lei de Orçamento ou em créditos adicionais”.

Os fundos podem ser contábeis ou financeiros²² e podem ser definidos como “um tipo especial de gestão financeira dos recursos vinculados a determinados objetivos por determinação legal, cujos atos de execução de receitas e despesas devem ser particularizados no sistema de Contabilidade do órgão ao qual se vincula”²³.

A gestão orçamentária e financeira do Estado por meio de fundos públicos nem sempre é vista com bons olhos por estudiosos da matéria²⁴. As críticas não são exclusivas à existência da gestão por meio de fundos, mas exatamente em virtude da sua excessiva proliferação e, notadamente, pela sobreposição de fundos criados por lei, o que em alguma medida dificulta a referida gestão.²⁵

Por outro lado, a principal questão relacionada à necessidade de gestão de recursos públicos por meio de fundos diz respeito ao fato de que, como a discricionariedade de suplementação de dotações orçamentária é muito ampla, no âmbito do Poder Executivo, foi necessário criar fundos para tentar garantir a execução de políticas públicas específicas, sobretudo nas hipóteses de carência de receitas.

A EC nº 109/2021 incluiu duas questões importantes referentes aos fundos públicos que sinalizam para a redução de sua utilização como mecanismo de gestão de recursos financeiros e orçamentários²⁶. Logo, indicam a desnecessidade dessa previsão na norma geral de licitações e contratos administrativos.

Considerando que, a rigor, os fundos especiais não têm personalidade jurídica, não haveria razão para que estivessem abrangidos pelo dever de submissão às normas de licitações e contratos. Porém, considerando que não há apenas essa modalidade de fundos e que podem existir fundos que não são propriamente fundos, mas pessoas jurídicas, como o FNDE – que é autarquia federal – e o FINAME – empresa pública subsidiária do BNDES –²⁷, o legislador optou pela sua inclusão, vez que, ao adotar essas formas jurídicas distintas do fundo especial sem personalidade jurídica, o dever de licitar estaria subentendido pelas demais regras.

22 “Art. 71. Constitui Fundo Especial de natureza contábil ou financeira, para fins deste decreto, a modalidade de gestão de parcela 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.”

23 SANCHES, O. M. Fundos federais: origens, evolução e situação atual na administração federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 39, n. 154, p. 269-299, abr./jun. 2002. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/787/R154-21.pdf?sequence=4>. Acesso em: abr. 2021

24 *Ibidem*, p. 272 e seguintes.

25 Segundo o Plano Mais Brasil, do Ministério da Economia, no âmbito do governo federal, há 281 fundos públicos, com aproximadamente 220 bilhões de reais a eles vinculados. (BRASIL. Ministério da Economia. Apresentação – Plano Mais Brasil: Transformação do Estado - 05/11/2019).

26 A primeira foi a regra inserida no art. 167, inciso XIV, da Constituição, segundo a qual “São vedados: (...) 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”. Também foi introduzida regra transitória no art. 5º da EC 109/2021, segundo a qual: “Até o final do segundo exercício financeiro subsequente à data da promulgação desta Emenda Constitucional, o superávit financeiro das fontes de recursos dos fundos públicos do Poder Executivo, apurados ao final de cada exercício, poderá ser destinado à amortização da dívida pública do respectivo ente”, considerando ainda algumas ressalvas descritas nesse dispositivo.

27 Cf. todos os tipos e modalidades de fundos e seus respectivos exemplos em: BRASIL. Secretaria de Orçamento Federal. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Gestão de fundos governamentais: perspectiva orçamentária*. Brasília: SOF/MPDG, jun. 2017.

Tendo em vista, portanto, as várias formas jurídicas que os fundos especiais adotaram historicamente e o fato de que são regidos por planos próprios de ação e aplicação de recursos públicos²⁸, na nova lei entendeu-se por bem reproduzir o dispositivo que estava contido na legislação pretérita e que já era visto com reservas pela doutrina²⁹.

Assim, acerca da submissão dos fundos especiais ao regime da norma geral de licitação e contratação, não houve alteração no conteúdo do que se estabelece a Lei nº 8.666/1993.

3.1.2 Alcance relativo da lei às operações de crédito externo, doações decorrentes de cooperação estrangeira e gestão da dívida pública

Foram introduzidos novos artigos – inexistentes nas legislações de normas gerais de compras públicas anteriores – dispendo sobre o alcance relativo do regime jurídico nacional nas seguintes hipóteses que envolvem institutos de Direito Financeiro: a) recursos provenientes de empréstimo ou doação de agência oficial de cooperação estrangeira ou de organismo financeiro de que o Brasil seja parte e b) contratações relativas à gestão, direta e indireta, das reservas internacionais do País, inclusive as de serviços conexos ou acessórios a essa atividade. Confira-se a redação dada às normas.

LEI Nº 14.133/2021	LEI Nº 8.666/1993	ALTERAÇÃO DA NORMA *(S/N/NA)
<p>Art. 1º, § 3º e § 4º</p> <p>§ 3º Nas licitações e contratações que envolvam recursos provenientes de empréstimo ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou de organismo financeiro de que o Brasil seja parte, podem ser admitidas:</p> <p>I - condições decorrentes de acordos internacionais aprovados pelo Congresso Nacional e ratificados pelo Presidente da República;</p> <p>II - condições peculiares à seleção e à contratação constantes de normas e procedimentos das agências ou dos organismos, desde que:</p> <p>a) sejam exigidas para a obtenção do empréstimo ou doação;</p> <p>b) não conflitem com os princípios constitucionais em vigor;</p> <p>c) sejam indicadas no respectivo contrato de empréstimo ou doação e tenham sido objeto de parecer favorável do órgão jurídico do contratante do financiamento previamente à celebração do referido contrato;</p> <p>d) (VETADO).</p> <p>§ 4º A documentação encaminhada ao Senado Federal para autorização do empréstimo de que trata o § 3º deste artigo deverá fazer referência às condições contratuais que incidam na hipótese do referido parágrafo.</p>	Sem correspondência	NA
<p>Art. 1º, § 5º</p> <p>Art. 1º (...)</p> <p>§ 5º As contratações relativas à gestão, direta e indireta, das reservas internacionais do País, inclusive as de serviços conexos ou acessórios a essa atividade, serão disciplinadas em ato normativo próprio do Banco Central do Brasil, assegurada a observância dos princípios estabelecidos no caput do art. 37 da Constituição Federal.</p>	Sem correspondência	NA

Fonte: www.planalto.gov.br

* (S - Sim / N - Não / NA - Não se aplica)

Trata-se da incidência normativa das hipóteses descritas, pois nos dois casos se determina a observância dos princípios estabelecidos no *caput* da Constituição de 1988, mesmo tratando-se de possível regramento da legislação estrangeira ou de agências oficiais de cooperação estrangeira ou de organismo financeiro de que o Brasil seja parte.

²⁸ SELLA; ARRUDA, Fundos especiais, *op. cit.*

²⁹ Cf. JUSTEN FILHO, *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, *op. cit.*; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

Neste último caso, o controle da observância dos princípios constitucionais – portanto, da incidência da legislação nacional – será feito pelo Congresso Nacional e pelo presidente da República, se se tratar de acordos internacionais que envolvam a necessidade de realização de compras públicas com recursos recebidos dessas entidades, e pelo Senado Federal, a quem caberá aprovar a autorização dos empréstimos e, simultaneamente, ao regime jurídico das contratações. Não é demais lembrar a competência constitucional privativa do Senado Federal para autorizar operações externas de natureza financeira (art. 52, inciso V) e dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal (art. 52, inciso VII).

Assim, em que pese a relativização do regime jurídico aplicado às contratações com recursos externos – fazendo prevalecer o regime jurídico da agência ou organismo estrangeiro –, submete tal situação às mais altas autoridades do País, do Poder Executivo e Legislativo.

E não deveria ser diferente, pois, considerando ser o Brasil um país com histórico de relações internacionais com agências de fomento estrangeiras, como Fundo Monetário Internacional (FMI), Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e outras, e ainda carente de receitas para o desenvolvimento de suas atribuições constitucionais, não seria plausível a legislação impor o regime de contratação nacional e se perder a possibilidade de acesso a esses recursos.

Quanto às contratações relativas à gestão, direta e indireta, das reservas internacionais, é preciso lembrar que se trata de “ativos do Brasil em moeda estrangeira e funcionam como uma espécie de seguro para o país fazer frente às suas obrigações no exterior e a choques de natureza externa, tais como crises cambiais e interrupções nos fluxos de capital para o país”³⁰. Tais reservas são compostas, principalmente, “por títulos, depósitos em moedas (dólar, euro, libra esterlina, iene, dólar canadense e dólar australiano), direitos especiais de saque junto ao Fundo Monetário Internacional (FMI), depósitos no Banco de Compensações Internacionais (BIS), ouro, entre outros ativos”³¹.

O art. 10, inciso VIII³², da Lei nº 4.595/1964 estabelece, entre as competências privativas do Banco Central do Brasil, ser depositário das reservas internacionais e proceder às operações desses ativos. Assim, a legislação de licitações e contratos administrativos não poderia disciplinar, de forma diversa, as contratações relativas à gestão, direta e indireta, das reservas internacionais do País e dispor que os atos de gestão desses ativos serão disciplinados em ato normativo próprio do Banco Central do Brasil, assegurada a observância dos princípios estabelecidos no *caput* do art. 37 da Constituição da República.

As inovações trazem segurança jurídica aos gestores que lidam com os referidos fundos, visando evitar interpretações equivocadas acerca do regime jurídico que lhes são aplicáveis.

3.1.3 Não incidência do regime da nova lei de licitações: operações de crédito e gestão da dívida pública

Enquanto a legislação pretérita já previa, em suas disposições finais e transitórias, a inaplicabilidade do seu regime para as operações de crédito interno ou externo celebrados pela União ou para a concessão de garantia do Tesouro Nacional³³, a nova lei aprimorou a redação do dispositivo para ampliar as situações em que não incidirá o regime jurídico da legislação de compras públicas.

30 BRASIL. Banco Central do Brasil. *Reservas internacionais*. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/reservasinternacionais>. Acesso em: março, 2022.

31 CARVALHO JÚNIOR, Antônio Carlos Costa d'Ávila. *Estudo Técnico nº 28/2019*: da impossibilidade de utilização das reservas internacionais como fonte de recursos para autorização de despesas orçamentárias (originais ou adicionais). Brasília: Senado Federal, 2019. p. 4.

32 “Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil: (...) VIII - Ser depositário das reservas oficiais de ouro e moeda estrangeira e de Direitos Especiais de Saque e fazer com estas últimas todas e quaisquer operações previstas no Convênio Constitutivo do Fundo Monetário Internacional; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 581, de 14/05/69).”

33 Art. 121, Parágrafo Único, da Lei nº 8.666/1993.

LEI nº 14.133/2021	LEI nº 8.666/1993	ALTERAÇÃO DA REDAÇÃO *(S/N/NA)
Art. 3º, I Art. 3º Não se subordinam ao regime desta Lei: (...) I - contratos que tenham por objeto operação de crédito, interno ou externo, e gestão de dívida pública, incluídas as contratações de agente financeiro e a concessão de garantia relacionadas a esses contratos;	Art. 121, Parágrafo Único Art. 121. (...) Parágrafo único. Os contratos relativos a imóveis do patrimônio da União continuam a reger-se pelas disposições do Decreto-lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, com suas alterações, e os relativos a operações de crédito interno ou externo celebrados pela União ou a concessão de garantia do Tesouro Nacional continuam regidos pela legislação pertinente, aplicando-se esta Lei, no que couber.	S (parcialmente)

Fonte: www.planalto.gov.br

* (S - Sim/ N – Não / NA – Não se aplica)

Ao se analisar o conceito de operação de crédito no âmbito da LRF³⁴, ficam claras as razões dessas previsões na lei geral. Assim, contratos que tenham por objeto as diversas modalidades de operação de crédito, interno e externo, regem-se por normas próprias de contratação, sendo inviável – senão impossível – sua subordinação aos ditames dessa lei.

Quanto à dívida pública, a Secretaria do Tesouro Nacional (STN) é o órgão responsável por administrar as dívidas públicas mobiliária e contratual, interna e externa, de responsabilidade direta e indireta do Tesouro Nacional³⁵. Tanto para a contratação da gestão da dívida – que consiste na emissão de títulos, definição das operações de mercado e atividades correlatas – quanto dos agentes financeiros, concessão de garantia relacionadas a esses contratos e operações de crédito, seria inviável a aplicação do regime da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos.

Conforme consignado na seção anterior, o aprimoramento da redação do dispositivo e o seu reposicionamento na seção inaugural da lei – em vez de incluído nas disposições finais e transitórias – também trazem maior clareza quanto à não incidência da lei geral de licitações e segurança jurídica aos gestores da Secretaria do Tesouro Nacional, visando evitar interpretações equivocadas acerca dos instrumentos de gestão da dívida pública.

3.2 Adequação da contratação pública à legislação orçamentária e à responsabilidade na gestão fiscal

A adequação da contratação pública à legislação orçamentária é o conteúdo mais relevante do Direito Financeiro na legislação de compras públicas, pois, conforme já mencionado, é preciso compatibilizar as despesas geradas pela contratação, com as previsões orçamentárias, notadamente após o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal. Na nova lei de licitações e contratos administrativos, tais regras passam a incidir desde o planejamento das licitações até a formalização da contratação, incluindo a contratação direta, a execução dos contratos e suas eventuais prorrogações, contratos de risco, entre outras inovações, conforme será discutido a seguir.

Acerca dessa questão, podem-se dividir os conteúdos da nova lei em quatro dimensões de incidência da legislação orçamentária na contratação pública, a saber: a) planejamento, preparação e fase interna da licitação; b) formalização e execução dos contratos administrativos; c) controle orçamentário e financeiro das contratações.

³⁴ Art. 29. Para os efeitos desta Lei Complementar, são adotadas as seguintes definições: (...) III - operação de crédito: compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros.”

³⁵ Art. 1º, inciso V, da Portaria nº 285, de 14 de junho de 2018.

Diversos são os dispositivos que tratam desse assunto na nova lei, que detalham melhor a geração de despesas e adéquam o processo de compras ao sistema orçamentário.

3.2.1 Planejamento, preparação e fase interna da licitação

Talvez a explicação mais evidente para o recrudescimento das normas de adequação orçamentária da despesa pública oriunda dos contratos administrativos e a menção à responsabilidade fiscal esteja relacionada às noções de governança nas contratações públicas e à previsão expressa do princípio do planejamento na nova lei (art. 5º, *caput*³⁶).

É preciso registrar que, pela primeira vez no Brasil, a nova norma fez menção à “governança”, que se refere à perspectiva mais vocacionada para o modo de uso da autoridade política, a partir da reformulação das relações entre o Estado e a sociedade e dos objetivos operacionais do Estado, tais como a eficiência da máquina administrativa, novas formas de gestão pública, regulação, controle e participação.³⁷ A governança foi mencionada em duas de suas passagens (art. 11, Parágrafo Único,³⁸ e art. 169, inciso I³⁹). A primeira foi feita em sentido mais abrangente – “governança nas contratações” – e a segunda, em sentido mais estrito – “governança do órgão ou entidade” –, fazendo referência apenas a uma de suas vertentes, que é a gestão da contratação pública pelos órgãos e entidades administrativas.

O princípio do planejamento não possui correspondência com os princípios previstos no art. 3º da Lei nº 8.666/1993 – o que necessariamente passa a traçar diretrizes na sua aplicação e gerar efeitos jurídicos. O planejamento, além da diretriz principiológica, ganhou novos instrumentos para a sua implementação, como o planejamento de compras (art. 40, *caput*⁴⁰); a previsão do plano de contratações anuais (art. 18⁴¹c/c art. 174, § 2º, I⁴²); possibilidade de implantação de matriz de risco (art. 22, § 1º⁴³), elaboração de Estudos Técnicos Preliminares (ETP) detalhados (art. 18, II⁴⁴), entre outros mecanismos.

36 “Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).” (BRASIL, 2021)

37 Cf., entre outros, a revisão dos conceitos de governabilidade e governança, em CAVALHEIRO, Maria Eloisa; JUCHEM, Dionise Magna. Políticas públicas: uma análise mais apurada sobre governança e governabilidade. *Revista Brasileira de História & Ciências Sociais*, ano 1, n. 1, p. 1-11, jul. 2009.

38 “Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos: (...) Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela **governança das contratações** e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no caput deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.”

39 “Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa: I - primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de **governança do órgão ou entidade**; (...).”

40 “Art. 40. O planejamento de compras deverá considerar a expectativa de consumo anual e observar o seguinte: I - condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado; II - processamento por meio de sistema de registro de preços, quando pertinente; III - determinação de unidades e quantidades a serem adquiridas em função de consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas, admitido o fornecimento contínuo; IV - condições de guarda e armazenamento que não permitam a deterioração do material; V - atendimento aos princípios: a) da padronização, considerada a compatibilidade de especificações estéticas, técnicas ou de desempenho; b) do parcelamento, quando for tecnicamente viável e economicamente vantajoso; c) da responsabilidade fiscal, mediante a comparação da despesa estimada com a prevista no orçamento. (...)”

41 “Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos: (...)”

42 “Art. 174. É criado o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), sítio eletrônico oficial destinado à: (...) § 2º O PNCP conterá, entre outras, as seguintes informações acerca das contratações: I - planos de contratação anuais (...)”

43 “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. § 1º A matriz de que trata o caput deste artigo deverá promover a alocação eficiente dos riscos de cada contrato e estabelecer a responsabilidade que caiba a cada parte contratante, bem como os mecanismos que afastem a ocorrência do sinistro e mitiguem os seus efeitos, caso este ocorra durante a execução contratual. (...)”

44 “Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as

Vejam-se os novos dispositivos inseridos nas normas gerais e o aprimoramento do art. 14 da lei de 1993:

LEI Nº 14.133/2021	LEI Nº 8.666/1993	ALTERAÇÃO DA NORMA *(S/N/NA)
Art. 6º, XXIII, “j” Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se: (...) XXIII - termo de referência: documento necessário para a contratação de bens e serviços, que deve conter os seguintes parâmetros e elementos descritivos: (...) j) adequação orçamentária;	Sem correspondência	NA
Art. 40, V, “c” Art. 40. O planejamento de compras deverá considerar a expectativa de consumo anual e observar o seguinte: (...) V - atendimento aos princípios: (...) c) da responsabilidade fiscal, mediante a comparação da despesa estimada com a prevista no orçamento.	Art. 14 Art. 14. Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.	S (parcialmente)
Art. 72, IV Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos: (...) IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;	Sem correspondência	NA

Fonte: www.planalto.gov.br

* (S - Sim / N - Não / NA - Não se aplica)

Como o processo de planejamento das contratações e, conseqüentemente, a fase interna da licitação ganharam protagonismo na nova lei, isso impactou a incidência das normas de finanças públicas no planejamento de compras. Nessa fase há diversas inovações. Em primeiro lugar, ao ser introduzido o termo de referência como um dos documentos de planejamento da contratação, passou-se a exigir que ele contenha, entre outros elementos descritivos, “adequação orçamentária”, ou seja, é preciso indicar que aquela contratação tem previsão na legislação orçamentária, *in casu*, na Lei Orçamentária Anual (LOA).

No mesmo sentido foi a previsão do art. 40, V, “c”, que introduziu a necessidade de observância do princípio da responsabilidade fiscal no planejamento anual de compras – que é também outro instrumento inovador da lei⁴⁵, instituído com o objetivo de racionalizar as contratações. Esse dispositivo reforça as exigências previstas na Constituição de 1988 (art. 167, I e II⁴⁶, e art. 167, § 1º⁴⁷) e na Lei de Responsabilidade Fiscal, considerando o disposto no seu art. 16⁴⁸, de aplicação obrigatória e condição

considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos: (...) I - a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido; (...)

45 Nos termos do art. 12, inciso VII, da Lei nº 14.133/2021: “Art. 12 (...) VII - a partir de documentos de formalização de demandas, os órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo poderão, na forma de regulamento, elaborar plano de contratações anual, com o objetivo de racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias. O plano de contratações anual e o Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional foi regulamentado pelo Decreto nº 10.947, de 25 de janeiro de 2022.”

46 “Art. 167. São vedados: I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual; II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;”

47 “Art. 167 (...) § 1º Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade.”

48 “Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de: I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes; II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.”

LEI Nº 14.133/2021	LEI Nº 8.666/1993	ALTERAÇÃO DA NORMA *(S/N/NA)
Art. 109 Art. 109. A Administração poderá estabelecer a vigência por prazo indeterminado nos contratos em que seja usuária de serviço público oferecido em regime de monopólio, desde que comprovada, a cada exercício financeiro, a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação.	Sem correspondência	NA
Art. 136, IV Art. 136. Registros que não caracterizam alteração do contrato podem ser realizados por simples apostila, dispensada a celebração de termo aditivo, como nas seguintes situações: (...) IV - empenho de dotações orçamentárias.	Art. 65, § 8º Art. 65. - Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: § 8º - A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.	S (Aprimoramento de redação)
Art. 144, § 2º Art. 144. Na contratação de obras, fornecimentos e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no edital de licitação e no contrato. (...) § 2º A utilização de remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela Administração para a contratação.	Art. 10, Parágrafo Único (Lei nº 12.462/2011 - RDC) Art. 10. Na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato. Parágrafo único. A utilização da remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela administração pública para a contratação.	N

Fonte: www.planalto.gov.br

*(S - Sim/ N - Não / NA - Não se aplica)

A disciplina do art. 57, *caput*, da lei de 1993, segundo o qual “a duração dos contratos ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários”, gerou dúvidas na definição dos prazos contratuais que ultrapassassem o ano civil.⁴⁹ A própria legislação previu exceções ao disposto em seu art. 57, acerca da vigência dos créditos orçamentários (art. 57, incisos I a IV), ao estabelecer que não estariam vinculados a essa regra os produtos contemplados nos planos plurianuais⁵⁰, a prestação de serviços contínuos (art. 57, II⁵¹), o aluguel de equipamentos de informática e as hipóteses de contratação direta por dispensa de licitação previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24, notadamente na área da defesa e comprometimento da segurança nacional. Não serão discutidas nesta seção as alterações relacionadas ao conceito e à abrangência de serviços e fornecimentos contínuos, que foram definidos no âmbito da

49 De acordo com o art. 34 da Lei nº 4.320/1964: “o exercício financeiro coincide com o ano civil”.

50 A falta de previsão, no Plano Plurianual, para as despesas que ultrapassassem o exercício financeiro geravam a responsabilidade dos gestores por violação às exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal. Cf., a título de exemplo, o Acórdão nº 1367/2021 – TCU – Plenário, no qual foi decidido que “(...) 9.1.1. o objeto da Concorrência (...), apesar de estar previsto para ser executado ao longo de três exercícios, não consta da Lei 13.971, de 27/12/2019, relativa ao Plano Plurianual 2020-2023, e tampouco tem ação orçamentária específica, uma vez que os recursos previstos para serem destinados ao empreendimento constam de dotação de gestão e manutenção do Poder Executivo, tipo ‘guarda-chuva’, e não de investimento, configurando afronta ao art. 167, § 1º, da Constituição Federal de 1988 e aos arts. 5º, § 5º, e 16, incisos I e II, da Lei Complementar 101, de 4/5/2000”.

51 Na jurisprudência do TCU, na vigência da Lei nº 8.666/1993, foram definidos da seguinte forma: “O caráter contínuo de um serviço (art. 57, inciso II, da Lei 8.666/1993) é determinado por sua essencialidade para assegurar a integridade do patrimônio público de forma rotineira e permanente ou para manter o funcionamento das atividades finalísticas do ente administrativo, de modo que sua interrupção possa comprometer a prestação de um serviço público ou o cumprimento da missão institucional. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 10138/2017 - Segunda Câmara - Relatora: Ana Arraes; Área: Contrato Administrativo - Tema: Prorrogação de contrato - Subtema: Serviços contínuos*).

nova lei na tentativa de afastar os problemas de aplicação das regras anteriores⁵². Para se ter uma ideia das divergências hermenêuticas do artigo em análise, seguem algumas interpretações dadas a esse dispositivo pelos órgãos de controle e pela doutrina: a) como a vigência inicial do instrumento contratual deverá corresponder à do respectivo crédito autorizado, seria irregular a fixação do prazo de vigência inicial superior ao crédito orçamentário autorizado⁵³; b) a execução do contrato no exercício seguinte ultrapassando as quantias estimadas no exercício em que foi formalizado violava a regra vigente⁵⁴; c) ultrapassar o crédito orçamentário em uma contratação é infringência grave ao referido artigo.⁵⁵

Contudo, algumas posições divergentes, embasadas na prática administrativa e nas questões gerenciais dos contratos⁵⁶ e admitidas, com reservas, pelos órgãos de controle, entendiam que também os contratos de caráter não contínuo deveriam seguir a mesma regra, ou seja, poderiam ter prazo de vigência além do exercício financeiro, com a obrigatoriedade de inclusão, a cada ano, dos créditos orçamentários respectivos que fariam face ao pagamento das despesas.

Esta foi a solução adotada na Lei nº 14.133/2021, conforme demonstram, em especial, os artigos 106, I e II, e art. 109, inclusive para contratos com vigência por prazo indeterminado. O desafio dessa solução é a própria dependência de previsão, na Lei Orçamentária Anual, do crédito pelo qual correrá a despesa da execução do contrato, no exercício financeiro seguinte, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica respectiva, nos termos do seu art. 92, inciso VIII, que reproduz regra idêntica da lei de 1993 (art. 55, V). A nova lei acrescentou, apenas, que essa regra também se aplica aos contratos que prevejam remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no edital de licitação e no contrato⁵⁷. Assim, a previsão dos créditos orçamentários demandará a aprovação do Poder Legislativo – o que em determinadas situações pode não ocorrer, ensejando até mesmo a extinção do contrato.⁵⁸

Conforme consignado no art. 136, inciso IV, da nova norma, as alterações do contrato referentes às questões orçamentárias poderão ser realizadas por simples apostila, dispensada a celebração de

52 "Art. 6º (...) XV - serviços e fornecimentos contínuos: serviços contratados e compras realizadas pela Administração Pública para a manutenção da atividade administrativa, decorrentes de necessidades permanentes ou prolongadas; (...)"

53 Representação. Irregular fixação do prazo de vigência contratual em 60 meses. "Encontra-se estabelecido no (...) edital e na (...) minuta do contrato que o prazo de vigência do contrato será de 60 (sessenta) meses, podendo ser prorrogado ou não, de acordo com os critérios da Administração. Em consonância com o art. 57 da Lei 8666/93, a duração dos contratos fica adstrita à vigência do respectivo crédito orçamentário. Assim a vigência inicial do instrumento contratual deverá corresponder à do respectivo crédito autorizado, configurando-se, portanto, como irregular o prazo de duração fixado no edital em 60 (sessenta) meses". (Representação n.º 711879. Rel. Conselheiro Moura e Castro. Sessão do dia 08/08/2006) (MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, edição especial: A Lei nº 8.666/1993 e o TCEMG, 2010. p. 235).

54 Licitação. Duração anual é regra geral. "(...) tendo em vista que as quantias não foram estimadas no contrato e no seu valor total no exercício de 2005, seu curso foi elástico até o exercício seguinte, em desacordo com as regras da legislação vigente, havendo, pois, ilegalidade na contratação. A propósito, Jessé Torres Pereira Júnior assim se posiciona: 'Os créditos orçamentários são anuais; em cada contrato é obrigatória a inserção de cláusula que identifique o crédito orçamentário que responderá pelas respectivas despesas (art. 55, V); logo, como regra geral, a duração dos contratos também será anual. Ainda no dizer do citado mestre, 'A Lei Federal n.º 4.320/64, que consolida as normas gerais de direito financeiro brasileiro, estabelece, em seu art. 34, que o exercício financeiro coincidirá com o ano civil'. Por conseguinte, os contratos da Administração Pública brasileira devem acomodar-se a tais termos inicial e final do exercício financeiro, que são os mesmos do ano civil' (...)" (Licitação n.º 695860. Rel. Auditor Hamilton Coelho. Sessão do dia 28/08/2008) (MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, op. cit., p. 234).

55 "(...) os preceitos instituídos no artigo 57 da Lei de Regência as Licitações vedam a contratação por prazo indeterminado, ficando a duração do contrato adstrita à vigência do crédito orçamentário, que, em regra, segue o exercício financeiro. Este cuidado se deve a prevenir desrespeito à contabilidade municipal, que precisa se pautar por organização e transparência fiscal muito maiores do que as que devem apresentar as entidades privadas, (...) [pois] os gastos administrativos operam-se sob crédito público. Desta feita, omitir o prazo e ultrapassar o crédito orçamentário, em uma contratação, são infringências graves ao artigo 57 da Lei 8.666/93, além de obstaculizarem, seriamente, os controles externo e interno municipal". (Processo Administrativo n.º 688478. Rel. Conselheira Adriene Andrade. Sessão do dia 22/05/2007) (MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, op. cit., p. p. 234)

56 Cf., entre outros, as posições de TORRES, *Leis de Licitações Públicas Comentadas*, op. cit., p. 658-663; FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 245.

57 Art. 144, § 2º, da Lei nº 14.133/2021.

58 "Art. 137. Constituirão motivos para extinção do contrato, a qual deverá ser formalmente motivada nos autos do processo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, as seguintes situações: (...) VIII - razões de interesse público, justificadas pela autoridade máxima do órgão ou da entidade contratante; (...)" (BRASIL, 2021)

termo aditivo, como já estava previsto na legislação anterior. O dispositivo citado admite dispensa de celebração de termo aditivo no caso de “empenho de dotações orçamentárias”⁵⁹. A rigor, contudo, a terminologia adotada na legislação de contratações públicas talvez não seja adequada, considerando as normas gerais de finanças públicas, pois o que o contrato administrativo contém é a indicação do crédito pelo qual correrá a despesa⁶⁰, e não o empenho da despesa⁶¹ em sentido estrito. O empenho da despesa, inclusive, é emitido previamente pela autoridade competente, antes mesmo da sua indicação no contrato, para atender aos ditames da Lei de Responsabilidade Fiscal. De acordo com o art. 16, § 4º⁶² dessa lei, para licitar serviços, fornecimento de bens ou execução de obras, devem ser observadas as regras da geração das despesas.

Diante do exposto, está claro que as mudanças promovidas no âmbito da formalização e execução dos contratos administrativos foram editadas com o objetivo de solucionar os problemas de interpretação da legislação pretérita.

3.2.3 Controle orçamentário e financeiro das contratações

O dispositivo indicado a seguir foi incluído no Título IV, das Irregularidades, Capítulo III – Controle das contratações públicas, que inexistia na legislação anterior. O próprio Capítulo III – com exceção do art. 170, § 4º, da Lei nº 14.133/2021⁶³ – é integralmente novo na legislação de compras públicas.

LEI Nº 14.133/2021	LEI Nº 8.666/1993	ALTERAÇÃO DA NORMA *(S/N/NA)
<p>Art. 171, III</p> <p>Art. 171. Na fiscalização de controle será observado o seguinte: (...)</p> <p>III - definição de objetivos, nos regimes de empreitada por preço global, empreitada integral, contratação semi-integrada e contratação integrada, atendidos os requisitos técnicos, legais, orçamentários e financeiros, de acordo com as finalidades da contratação, devendo, ainda, ser perquirida a conformidade do preço global com os parâmetros de mercado para o objeto contratado, considerada inclusive a dimensão geográfica.</p>	<p>Sem correspondência</p>	<p>NA</p>

Fonte: www.planalto.gov.br

* (S - Sim / N - Não / NA - Não se aplica)

O Capítulo III como um todo visou ampliar não só a fiscalização, mas também a gestão da contratação pública, com base, entre outros, em requisitos orçamentários e financeiros. O art. 169 deu mais poderes

⁵⁹ Art. 136. Registros que não caracterizam alteração do contrato podem ser realizados por simples apostila, dispensada a celebração de termo aditivo, como nas seguintes situações: (...) IV - empenho de dotações orçamentárias.”

⁶⁰ Vide, a título exemplificativo, uma cláusula bastante comum nas minutas e nos contratos administrativos. “CLÁUSULA QUINTA: DA(S) DOTAÇÃO(ÕES) ORÇAMENTÁRIA(S): 5.1. As despesas decorrentes da execução do presente contrato serão acobertadas pelas seguintes dotações orçamentárias: (...)” (BELO HORIZONTE. Secretaria Municipal de Saúde. *Pregão Eletrônico nº 213/2021*. Minuta de Contrato. p. 47.

⁶¹ Conforme regras sobre empenho prevista na Lei nº 4.320/1964, “Art. 58. O empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição. Art. 59 - O empenho da despesa não poderá exceder o limite dos créditos concedidos; Art. 61. Para cada empenho será extraído um documento denominado “nota de empenho” que indicará o nome do credor, a representação e a importância da despesa bem como a dedução desta do saldo da dotação própria. Art. 60. É vedada a realização de despesa sem prévio empenho. § 1º Em casos especiais previstos na legislação específica será dispensada a emissão da nota de empenho. § 2º Será feito por estimativa o empenho da despesa cujo montante não se possa determinar. § 3º É permitido o empenho global de despesas contratuais e outras, sujeitas a parcelamento.”

⁶² “Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de: I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes; II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias. (...) § 4º As normas do caput constituem condição prévia para: I - empenho e licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras; (...)”

⁶³ “Art. 170. Os órgãos de controle adotarão, na fiscalização dos atos previstos nesta Lei, critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco e considerarão as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis e os resultados obtidos com a contratação, observado o disposto no § 3º do art. 169 desta Lei. (...) § 4º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar aos órgãos de controle interno ou ao tribunal de contas competente contra irregularidades na aplicação desta Lei.” Esse dispositivo corresponde, com poucas alterações, ao disposto no art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/1993.

para o exercício de práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, instituindo três linhas de defesa: a) servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade (primeira linha de defesa); b) unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade (segunda linha de defesa); c) ao órgão central de controle interno da Administração e tribunal de contas competente (terceira linha de defesa).

Na relação desse dispositivo com as finanças públicas, não há muito o que dizer, pois a própria Constituição, em seus art. 70 e 74, já previa os critérios orçamentário e financeiro para o exercício do controle externo, exercido pelos tribunais de contas e pelo sistema de controle interno. Quanto aos agentes públicos da primeira e da segunda linha de defesa, pode-se dizer de sua atuação em observância ao princípio da juridicidade / legalidade administrativa, que determina a observância das normas de finanças públicas, sob pena de responsabilização.

3.3 Despesas públicas

3.3.1 Empenho, liquidação e pagamento

A maioria das normas referentes a empenho e pagamento de despesas na nova lei de licitações e contratos administrativos diz respeito ao aprimoramento daquelas que já estavam previstas na lei de 1993⁶⁴, conforme se vê a seguir.

LEI Nº 14.133/2021	LEI Nº 8.666/1993	ALTERAÇÃO DA NORMA *(S/N/NA)
Art. 102, II Art. 102. Na contratação de obras e serviços de engenharia, o edital poderá exigir a prestação da garantia na modalidade seguro-garantia e prever a obrigação de a seguradora, em caso de inadimplemento pelo contratado, assumir a execução e concluir o objeto do contrato, hipótese em que: (...) II - a emissão de empenho em nome da seguradora, ou a quem ela indicar para a conclusão do contrato, será autorizada desde que demonstrada sua regularidade fiscal;	Sem correspondência	NA
Art. 141 Art. 141. No dever de pagamento pela Administração, será observada a ordem cronológica para cada fonte diferenciada de recursos, subdividida nas seguintes categorias de contratos: (...)	Art. 5º Art. 5º Todos os valores, preços e custos utilizados nas licitações terão como expressão monetária a moeda corrente nacional, ressalvado o disposto no art. 42 desta Lei, devendo cada unidade da Administração, no pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, obedecer, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada.	S (Aprimoramento de redação)
Art. 142 Art. 142. Disposição expressa no edital ou no contrato poderá prever pagamento em conta vinculada ou pagamento pela efetiva comprovação do fato gerador. Parágrafo único. (VETADO).	Sem correspondência	NA

(continua)

64 Acerca das questões de finanças públicas referentes à observância da ordem cronológica de pagamentos, pela Administração, para cada fonte diferenciada de recursos (art. 141, da Lei nº 14.133/2021), remete-se aos comentários levantados por Justen Filho. (JUSTEN FILHO, *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas, op. cit.*, p. 1516-1522.)



LEI Nº 14.133/2021	LEI Nº 8.666/1993	ALTERAÇÃO DA NORMA *(S/N/NA)
<p>Art. 146</p> <p>Art. 146. No ato de liquidação da despesa, os serviços de contabilidade comunicarão aos órgãos da administração tributária as características da despesa e os valores pagos, conforme o disposto no art. 63 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.</p>	<p>Art. 55, § 3º</p> <p>Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: (...)</p> <p>§ 3º - No ato da liquidação da despesa, os serviços de contabilidade comunicarão, aos órgãos incumbidos da arrecadação e fiscalização de tributos da União, Estado ou Município, as características e os valores pagos, segundo o disposto no art. 63 da Lei no 4.320, de 17 de março de 1964.</p>	<p>S</p> <p>(Aprimoramento de redação)</p>
<p>Art. 178 / Art. 337-H CPP</p> <p>Modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo</p> <p>Art. 337-H. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do contratado, durante a execução dos contratos celebrados com a Administração Pública, sem autorização em lei, no edital da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade:</p> <p>Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.</p>	<p>Art. 92</p> <p>Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua apresentação:</p> <p>Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.</p>	<p>S</p> <p>(Aprimoramento de redação e redução da pena)</p>

Fonte: www.planalto.gov.br

* (S - Sim/ N – Não / NA – Não se aplica)

Os dispositivos introduzidos nos artigos 102 e 142, referenciados, em que pese serem novidades no âmbito da norma geral de licitação e contratação, já estavam previstos em outras leis ou faziam parte da prática administrativa em alguns entes federativos.

No caso da emissão de empenho em nome de terceiro – em substituição ao contratado –, essa situação já se fazia presente na lei das parcerias público-privadas⁶⁵, para os financiadores dos projetos, em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública.

Na nova lei de licitações, de acordo com o art. 102, inciso II, nas obras e serviços de engenharia, a garantia prestada pelo contratado pode prever a obrigação de a seguradora, em caso de inadimplemento pelo contratado, assumir a execução e concluir o objeto do contrato, hipótese em que a emissão de empenho poderá ser feita em nome da seguradora ou a quem ela indicar. A rigor, a Lei nº 4320/1967 não veda a emissão de empenho a terceiro, pois a sua formulação conceitual é genérica, indicando apenas que se trata de “obrigação de pagamento pelo Estado” (art. 58).

Quanto ao pagamento em conta vinculada ou pela efetiva comprovação do fato gerador, em que pese não constar das normas gerais de licitações e contratos pretéritas, já era prática, por exemplo, na Administração Pública federal.

O Decreto nº 9.507/2018, que disciplina a execução indireta de serviços, mediante contrato na Administração Pública federal – contrato que é comumente denominado “terceirização” –, previu para as contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra a exigência de que os valores destinados ao pagamento de férias, décimo terceiro salário, ausências legais e verbas rescisórias dos empregados da contratada poderão ser pagos de duas formas: a) pela ocorrência do fato gerador ou b) mediante depósito, pela contratante, em conta vinculada específica, aberta em nome da contratada e com movimentação autorizada pela contratante⁶⁶.

⁶⁵ Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: (...) § 2º Os contratos poderão prever adicionalmente: (...) II – a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública; (...)” (Lei nº 11.079/2004)

⁶⁶ “Art. 8º Os contratos de que trata este decreto conterão cláusulas que: (...) V - prevejam, com vistas à garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra: a) que os valores destinados ao paga-

Agora, com a disciplina prevista nas normas gerais, tais mecanismos poderão ser incorporados na prática das terceirizações nas demais entidades federativas.

3.3.2 Despesas de pronto pagamento

Conforme relatado na introdução deste trabalho, as despesas de pronto pagamento estão presentes na legislação desde, ao menos, o Decreto-Lei nº 2.300/1986 e foram mantidas na legislação subsequente, inclusive na atual.

LEI Nº 14.133/2021	LEI Nº 8.666/1993	ALTERAÇÃO DA NORMA *(S/N/NA)
<p>Art. 95, § 2º</p> <p>Art. 95. (...)</p> <p>§ 2º É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras ou o de prestação de serviços de pronto pagamento, assim entendidos aqueles de valor não superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).</p>	<p>Art. 60, Parágrafo Único</p> <p>Art. 60. (...).</p> <p>Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento.</p>	<p>S</p> <p>(parcialmente)</p>

Fonte: www.planalto.gov.br

* (S - Sim/ N - Não / NA - Não se aplica)

As diferenças introduzidas na Lei nº 14.133/2021 referem-se ao aprimoramento da norma para incluir o pagamento por serviços (e não só "pequenas compras") e aumentar o valor inicialmente previsto, que fazia referência ao art. 23, inciso II, "a" (5% do limite da modalidade de licitação convite, que deixou de existir após o advento da nova lei de licitações). Nessas hipóteses, continua cabendo, inclusive, o contrato verbal com a Administração Pública.

3.4 Exercício financeiro para o estabelecimento dos valores máximos para dispensa de licitação

O art. 75, § 1º, inciso I, da Lei nº 14.133/2021 introduziu na norma geral de licitação e contratação uma questão que já havia sido objeto de recomendações dos órgãos de controle⁶⁷ e, portanto, fazia parte da prática administrativa. O objetivo da regra é evitar o fracionamento ilícito dos objetos da licitação visando à dispensa indevida da licitação.

LEI Nº 14.133/2021	LEI Nº 8.666/1993	ALTERAÇÃO DA NORMA *(S/N/NA)
<p>Art. 75, § 1º, I</p> <p>Art. 75. É dispensável a licitação: (...)</p> <p>§ 1º Para fins de aferição dos valores que atendam aos limites referidos nos incisos I e II do caput deste artigo, deverão ser observados:</p> <p>I - o somatório do que for despendido no exercício financeiro pela respectiva unidade gestora; (...)</p>	<p>Sem correspondência</p>	<p>NA</p>

Fonte: www.planalto.gov.br

* (S - Sim/ N - Não / NA - Não se aplica)

mento de férias, décimo terceiro salário, ausências legais e verbas rescisórias dos empregados da contratada que participarem da execução dos serviços contratados serão efetuados pela contratante à contratada somente na ocorrência do fato gerador; ou

b) que os valores destinados ao pagamento das férias, décimo terceiro salário e verbas rescisórias dos empregados da contratada que participarem da execução dos serviços contratados serão depositados pela contratante em conta vinculada específica, aberta em nome da contratada, e com movimentação autorizada pela contratante; (...)"

67 Conforme expresso no seguinte julgado do TCE-MG: "Embora a Lei de Licitação não tenha fixado qual o período (anual ou mensal) que deva ser observado para a utilização do limite permitido para a dispensa da licitação, entende-se que o mesmo vale para todo o exercício financeiro." (MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Processo Administrativo n.º 700749, *op. cit.*, p. 95. Cf. julgados do TCU em TORRES, *Leis de licitações públicas comentadas, op. cit.*, p. 292.

A nova lei passou a prever expressamente o período (exercício financeiro) que deve ser observado para fixar os valores máximos para a contratação direta, considerando o somatório do que for despendido pela unidade gestora com objetos de mesma natureza. Apesar das discussões que a solução ainda pode trazer⁶⁸, a norma buscou dar mais clareza aos critérios para a dispensa em razão do valor das contratações, evitando que os gestores possam se utilizar da contratação direta, com base no art. 75, incisos I e II⁶⁹, sem a observância dos limites definidos em lei.

4 CONCLUSÕES

Enquanto cerca de metade das regras da nova lei analisadas neste texto reproduz os conteúdos das legislações anteriores – ainda que aprimorados –, a outra metade diz respeito a novos dispositivos introduzidos, em sede de normas gerais. Tendo em vista que parte desses novos dispositivos já se encontrava prevista na prática administrativa, em decisões dos órgãos de controle ou até mesmo na interpretação da doutrina, a “continuidade” prevalece, em consonância com o propósito de harmonização legislativa da nova lei. De todo modo, aprimoramentos de redação presentes no novo texto legal trazem segurança jurídica aos gestores na aplicabilidade (ou inaplicabilidade) do regime da nova lei de licitações.

É fato, porém, que o recrudescimento das normas de finanças públicas na legislação de licitações e contratação administrativa – seja pela inclusão de regras seja pelo aprimoramento de redação – tem o condão de melhorar o processo de planejamento dessas contratações, visando evitar os mais indesejáveis problemas do sistema: obras paradas, interrupção de políticas públicas e ruptura contratual, notadamente por falta de previsões orçamentárias.

Há um longo caminho a ser percorrido para compreensão e efetiva aplicação da nova lei. Espera-se que este trabalho possa contribuir com a discussão sobre os efeitos das normas de finanças públicas nas licitações e nos contratos administrativos firmados de agora em diante.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças*. Atualizada por Dejalma de Campos. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BASSI, Camillo de Moraes. Fundos especiais e políticas públicas: uma discussão sobre a fragilização do mecanismo de financiamento. *Texto para discussão nº 2458*. Rio de Janeiro: Ipea, 2019. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9088/1/TD_2458.pdf. Acesso em: abr. 2021.

BELO HORIZONTE. Secretaria Municipal de Saúde. *Pregão Eletrônico nº 213/2021*. Minuta de Contrato. p. 47. Disponível em: https://prefeitura.pbh.gov.br/sites/default/files/estrutura-de-governo/saude/edital_pe213-2021.pdf. Acesso em: mar. 2022.

BRASIL. Banco Central do Brasil. *Reservas internacionais*. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/reservasinternacionais>. Acesso em: mar. 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa (1988)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: mar. 2022.

68 Cf. JUSTEN FILHO, *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*, op. cit.

69 “Art. 75. É dispensável a licitação: (...) I - para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 108.040,82 (cento e oito mil quarenta reais e oitenta e dois centavos), no caso de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores; II - para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 54.020,41 (cinquenta e quatro mil vinte reais e quarenta e um centavos), no caso de outros serviços e compras; (...)”. Ressalte-se que a referência contém os valores atualizados nos termos do Decreto nº 10.922/2021, editado com base no art. 182 da Lei nº 14.133/2021.

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*, seção 1, p. 46 (veto), 5 maio 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Diário Oficial da União*, seção 1, p. 8269 (p. original), 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. *Diário Oficial da União*, seção 1, p. 1 (p. original), 1 abr. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: mar. 2022

BRASIL. Ministério da Economia. Apresentação. *Plano Mais Brasil: Transformação do Estado* (05/11/2019). Disponível em: https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/apresentacoes/2019/apresentacao_pacto_federativo_final_.pdf/view. Acesso em: abr. 2021.

BRASIL. Secretaria de Orçamento Federal. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Gestão de fundos governamentais: perspectiva orçamentária*. Brasília: SOF/MPDG, jun. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 10138/2017- Segunda Câmara - Relatora: Ana Arraes; Área: Contrato Administrativo - Tema: Prorrogação de contrato - Subtema: Serviços contínuos.

CARVALHO JÚNIOR, Antônio Carlos Costa d'Ávila. *Estudo Técnico nº 28/2019: da impossibilidade de utilização das reservas internacionais como fonte de recursos para autorização de despesas orçamentárias (originais ou adicionais)*. Brasília: Senado Federal, 2019.

CAVALHEIRO, Maria Eloisa; JUCHEM, Dionise Magna. Políticas públicas: uma análise mais apurada sobre governança e governabilidade. *Revista Brasileira de História & Ciências Sociais*, ano 1, n. 1, p. 1-11, jul. 2009.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. Finanças públicas na pandemia: mudanças legislativa, impacto federativo e desafios para o futuro. In: SCAFF; Fernando Facury; TORRES, Heleno Taveira; DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves (Org.). *A crise do federalismo em estado de pandemia*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021. v. 2, p. 443-466.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; BONIN, Stefânia de Matos. Parcerias da Administração Pública com as organizações da sociedade civil: análise da Lei nº 13.019/2014 como norma geral de contratação pública. In: MUZZI FILHO, Carlos Victor; SABO PAES, José Eduardo (Orgs.) *Relações administrativas bilaterais*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 145-175 (Instituições Sociais, Direito e Democracia, v. 8)

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2001.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei nº 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Processo Administrativo n.º 700749, Rel. Conselheira Adriene Andrade, Sessão do dia 09/10/2007. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Edição Especial: A Lei nº 8.666/1993 e o TCEMG, 2010. Disponível em: <https://www.tce.mg.gov.br/alei8666eotcemg/>. Acesso em: mar. 2022.



MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, edição especial: A Lei nº 8.666/1993 e o TCEMG, 2010. Disponível em: <https://www.tce.mg.gov.br/alei8666eot-cemg/>. Acesso em: mar. 2022.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. Art. 1º, Art. 2º e Art. 3º. In: FORTINI, C.; OLIVEIRA, R. S. O.; CAMARÃO, T. (Coords.). *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 29-65.

SANCHES, O. M. Fundos federais: origens, evolução e situação atual na administração federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 39, n. 154, abr./jun. 2002. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/787/R154-21.pdf?sequence=4>. Acesso em: abr. 2021.

SANTOS, Homero. Fundos federais. *Revista do TCU*, Brasília, v. 23, n. 51, p. 21-29, jan./mar. 1992.

SELLA, D. M.; ARRUDA, C. C. Fundos especiais. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 118, p. 76-89, abr.-jun. 1996.

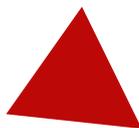
TÁCITO, Caio. Fundos Especiais - Natureza Jurídica – Registro no Tribunal de Contas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 83, p. 335-341, 1966. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/29104/27953>. Acesso em: abr. 2021.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 20. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2018.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

CRITÉRIOS PARA UM JUÍZO SOBRE A JURIDICIDADE DAS EMENDAS PARLAMENTARES AO ORÇAMENTO FEDERAL:

Democracia representativa, república e transparência



Onofre Alves Batista Júnior

Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela UFMG. Pós-doutoramento pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor Associado III de Direito Público da Graduação, Mestrado e Doutorado da UFMG. E-mail: onofrebj@hotmail.com.

Reinaldo Belli

Doutorando (USP) e Mestre (UFMG) em Direito. Advogado e Professor. E-mail: reinaldo@belli.adv.br.

Resumo: Este artigo trata de critérios jurídicos para a aferição de validade de emendas parlamentares à Lei Orçamentária Anual (LOA) da União. Inicialmente é exposto o rito do processo legislativo orçamentário, indicando as espécies de emendas ao orçamento: individuais, de comissão, de bancada e de relator geral. Na sequência, aponta-se a existência de um regulamento constitucional substantivo das emendas, a partir de parâmetros constitucionais vinculantes como república, transparência e democracia. Analisam-se os quatro tipos de emendas sob as óticas do momento de criação do Direito (aprovação legislativa da LOA) e de aplicação do Direito (gestão orçamentária e execução da LOA). Conclui-se ao final por condenar por completo as emendas individuais e qualquer tipo de substituição da autoridade do Poder Executivo na gestão do orçamento, bem como apontam-se critérios que poderiam enriquecer o controle de legalidade das emendas de relator geral.

Abstract: This article deals with legal criteria for the measurement of validity of parliamentary amendments to the Annual Budget Law (LOA - Lei Orçamentária Anual) of the Union. Initially, the rite of the legislative budgetary process is exposed, indicating the kinds of amendments to the budget: individual, committee, bench and general rapporteur. Following, it is pointed out the existence of a substantive constitutional regulation of the amendments, based on binding constitutional parameters such as republic, transparency and democracy. The four types of amendments are analyzed from the perspective of the moment of the law creation (legislative approval of the LOA) and application of the law (budget management and implementation of the LOA). It is concluded at the end by completely condemning the individual amendments and any kind of substitution of the Executive Branch authority in the management of the budget, as well as pointing out criteria that could enrich the control of the amendments legality of the general rapporteur.

Palavras-chave: orçamento; república; transparência; democracia; emendas parlamentares.

Keywords: budget; republic; transparency; democracy; parliamentary amendments.

1 INTRODUÇÃO

A participação parlamentar na análise do que, hodiernamente, se chama “orçamento público” remonta a vários marcos históricos, como o conhecido episódio de pressão nobiliária sobre o rei João sem Terra, em 1215, na Inglaterra, conhecido pelo jargão *no taxation without representation*, pelo qual a proposta de arrecadação pública deveria ser apreciada pelos representantes dos cidadãos (conceito bastante restrito aos nobres, à época).

Desde esse e outros marcos que se poderia eleger – como a *Bill of Rights* de 1689, a Declaração da Virgínia de 1787, a Constituição da Prússia de 1850¹ –, se constata o início de uma participação *parlamentar* na

¹ Cf. OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 513-518.



definição da atividade financeira do Estado, àquela época muito voltada à arrecadação pública, o que se explica pelo objetivo da população de limitar o poder de tributar estatal, a bem da segurança sobre o direito de propriedade.

O gasto público – outro lado da moeda orçamentária – demorou mais tempo para se submeter ao princípio da legalidade tal como hoje se conhece,² em que a participação do parlamento é material e formalmente imprescindível. Surgiu então a doutrina da *autorização orçamentária*, pela qual se entendia que não apenas as receitas públicas deveriam ser autorizadas pelo Poder Legislativo, mas também os gastos públicos.

No Brasil, a supremacia parlamentar na definição dos gastos públicos é veiculada por meio do princípio da legalidade financeira, explícito no art. 167, II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88), que proíbe a implementação de qualquer gasto que não esteja previsto nos créditos orçamentários. Dessa forma, exige-se a aprovação parlamentar da proposta orçamentária, cuja iniciativa legislativa a Constituição reservou exclusivamente ao chefe do Poder Executivo (art. 165, *caput*), que em tese é aquele capaz de visualizar *o todo*, a conjuntura econômica total da Administração Pública e a demanda global da sociedade, fazendo juízos *macrojurídicos*, e não meramente *microjurídicos*.

Se é dado ao parlamento *aprovar*, é evidente que – até mesmo pela teoria dos poderes implícitos – a ele também foi dada a prerrogativa de alterar ou rejeitar a proposta, pois não mais se vive em um contexto em que “o Rei aprova o texto e lavra-se a ata parlamentar”;³ como em França sob o regime absolutista. É dizer: é legítimo, em um Estado Constitucional Democrático, que o Poder Legislativo discorde da proposta encaminhada pelo Poder Executivo e busque aprimorá-la.

O mecanismo pelo qual o Poder Legislativo pode *alterar* a proposta orçamentária é chamado de “emendas parlamentares”, que nada mais são do que sugestões de alteração do texto normativo que, uma vez aprovadas, se incorporam ao texto que será ulteriormente submetido à sanção presidencial. Esse poder de emendar o orçamento não é ilimitado e tem como ponto de partida as chamadas *cláusulas pétreas orçamentárias explícitas* voltadas ao gasto público: pagamento do serviço da dívida, despesas com pessoal, precatórios e seus encargos, e vinculação ao custeio de direitos fundamentais à saúde e à educação.⁴⁻⁵

Mas, dentro dos limites da liberdade do legislador orçamentário brasileiro, quais critérios se deve levar em consideração para formulação de um juízo de juridicidade das emendas parlamentares ao projeto de Lei Orçamentária Anual? Em outras palavras, se as cláusulas pétreas orçamentárias são os limites externos – já que delimitam negativamente a competência para emendar o orçamento –, quais limites *jurídicos internos* se opõem aos parlamentares, no elevado mister de apreciar e emendar o orçamento?

Este artigo busca responder tais indagações, o que será feito em três seções, mediante a seguinte exposição: (i) regulamento procedimental das emendas parlamentares ao orçamento federal; (ii) regulamento constitucional substantivo sobre as emendas parlamentares ao orçamento, analisando-se (ii.a) o momento de criação do Direito, que é a tramitação legislativa do orçamento; e (ii.b) o momento de aplicação do Direito, que é a gestão e a execução orçamentária. Ao final, são (iii) apontadas conclusões.

2 Cf. OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 513-519.

3 OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 518.

4 SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 323-382.

5 Fernando F. Scaff, com a costumeira precisão, também indica como cláusula pétrea orçamentária, neste trecho citado na nota acima, as imunidades tributárias, as quais deixamos de citar nesta passagem por se referirem ao bloqueio orçamentário quanto à previsão de despesas, e não de gastos.

2 REGULAMENTO PROCEDIMENTAL DAS EMENDAS PARLAMENTARES AO ORÇAMENTO FEDERAL

Ao aportar à Casa Legislativa, os projetos de leis orçamentárias, notadamente da Lei Orçamentária Anual (doravante apenas LOA), tem sua tramitação na seguinte sequência, conforme prescrevem artigos 89 a 103 do Regimento Comum do Congresso Nacional (RCCN): (i) leitura da mensagem do presidente da República em sessão conjunta, 48 horas após recebido o projeto pelo presidente do Senado; (ii) constituição de uma Comissão Mista de Orçamento (CMO), com trinta deputados e dez senadores, para análise do projeto, a qual enviará às comissões temáticas permanentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal a parte do projeto que lhes diga respeito para ofertarem parecer; (iii) designação de um **relator parcial** para cada tema do orçamento, num total de dez,⁶⁻⁷ os quais serão responsáveis por analisar os pareceres das Comissões permanentes do Congresso Nacional, e um **relator específico para a receita** do orçamento; (iv) designação de um **relator geral do orçamento**, que apresentará inicialmente seu parecer prévio, que vinculará e orientará a própria elaboração das emendas no curso do processo. Ao final da tramitação na comissão, um relatório conclusivo será apresentado pelo relator geral à CMO, o qual (v) deverá ser aprovado pela maioria dos membros da comissão, iniciando-se pelos representantes da Câmara dos Deputados, devendo a proposta conter a aprovação da maioria dos votos do conjunto dos representantes de cada uma das duas Casas, sob pena de rejeição. Na sequência, (vi) o presidente do Senado Federal deve colocar o projeto em pauta, que será objeto de deliberação em sessão conjunta do Congresso Nacional.

No curso dessa tramitação legislativa, são apresentadas as chamadas emendas parlamentares, a seguir analisadas.

2.1 As espécies de emendas parlamentares ao orçamento federal

O termo “emendas” é genérico e se refere a uma pluralidade de propostas de alteração do texto normativo em debate, nem todas de especial interesse para o estudo vertente. Existem emendas ao texto do projeto, emendas à receita e emendas à despesa. Segundo o art. 37 da Resolução CN nº 1/2006, as espécies de emendas à despesa (estas sim de interesse deste artigo) são: remanejamento, apropriação ou cancelamento.

As **emendas de remanejamento** são aquelas que buscam acrescer ou incluir dotações, indicando como fonte de custeio, exclusivamente, o cancelamento de dotações constantes do projeto, salvo aquelas que componham a chamada reserva de contingência (art. 38, Resolução CN nº 1/2006).

As **emendas de cancelamento** se destinam, apenas, à supressão (por cancelamento) de dotações existentes no projeto.

As **emendas de apropriação** são aquelas que buscam acrescer ou incluir dotações mediante a anulação equivalente de (i) recursos da reserva de recursos a que alude o art. 56 da Resolução CN nº 1/2006;⁸ e/ou (ii) outras dotações definidas no parecer preliminar.

Atente-se para a distinção: estas últimas (de apropriação) possuem uma espécie de “fonte especial” de financiamento, assegurada no âmbito da reserva de recursos ou de outro capítulo análogo do parecer

6 Os temas são os seguintes, de acordo com a Resolução CN nº 1/2006, artigo 26: I – Infraestrutura; II – Saúde; III – Integração Nacional e Meio Ambiente; IV – Educação, Cultura, Ciência e Tecnologia e Esporte; V – Planejamento e Desenvolvimento Urbano; VI – Fazenda, Desenvolvimento e Turismo; VII – Justiça e Defesa; VIII – Poderes do Estado e Representação; IX – Agricultura e Desenvolvimento Agrário; X – Trabalho, Previdência e Assistência Social.

7 Tais posições de destaque são designadas pelo Presidente da Comissão, por indicação dos líderes partidários conforme o critério de proporcionalidade (Resolução CN nº 1/2006, artigos 15 e 16).

8 Art. 56. A Reserva de Recursos será composta dos eventuais recursos provenientes da reestimativa das receitas, da Reserva de Contingência e outros definidos no Parecer Preliminar, deduzidos os recursos para atendimento de emendas individuais, de despesas obrigatórias e de outras despesas definidas naquele Parecer.

preliminar. As primeiras (de remanejamento) não possuem uma disponibilidade preconcebida, carecendo da anulação de uma dotação qualquer constante do projeto. Assim, parece realmente que estas fontes de custeio das emendas de apropriação são dotações reservadas para serem anuladas no bojo da tramitação, em cumprimento à técnica legislativa constitucional de emenda no parlamento, prescrita no art. 166, § 3º, II, da CR/88, que só admite os novos créditos “provenientes de anulação de despesa”. Três agrupamentos de autoridades poderão formular emendas de apropriação, inicialmente: (i) as **comissões permanentes** e as **Mesas da Câmara dos Deputados** e do **Senado Federal**, sempre com cancelamentos e acréscimos em dotações vinculadas a programas de caráter institucional e de interesse nacional, sendo quatro emendas a cada comissão que corresponda a apenas uma subárea orçamentária, das quais duas serão de remanejamento e duas de apropriação, ao passo que serão oito emendas para cada comissão cujo objeto de atuação abranja mais de uma subárea orçamentária, mantida a proporção de metade das emendas do tipo remanejamento e metade do tipo apropriação, aplicando-se este último critério às Mesas Diretores, cada qual com oito emendas (art. 44, Res. CN 1/2006); (ii) as **bancadas estaduais**, que deverão aprovar as propostas de emendas por três quartos dos deputados e dois terços dos senadores de cada Estado e do Distrito Federal (DF), sempre alocando recursos com vistas às necessidades públicas da unidade federativa regional representada, sendo como regra geral uma margem de quinze a vinte emendas de apropriação, e três emendas de remanejamento; (iii) os **parlamentares individualmente**, a cada qual competindo propor 25 emendas de apropriação (art. 49, Res. CN 1/2006), as quais conjuntamente não poderão ultrapassar o valor fixado no relatório preliminar, que por sua vez leva em consideração a divisão de 1,2% da receita corrente líquida prevista no projeto entre os parlamentares, em cumprimento ao art. 166, § 9º, da CR/88.

A Constituição prescreve que a execução de 1,2% da receita corrente líquida do ano anterior em pagamento de emendas individuais é obrigatória, por meio de critérios equitativos, isto é, sem preferências políticas àqueles que são ou não apoiadores do governo (art. 166, §11 e §19). Da mesma forma, 1% é de execução obrigatória para pagamento das emendas das bancadas estaduais (art. 166, § 12).

Interessante notar ainda uma particular restrição da liberdade do legislador orçamentário no poder de emendar o projeto de LOA por meio das bancadas estaduais: se no ano ou nos anos anteriores tiver sido alocada dotação para investimento com previsão superior a um ano de execução, e já tiver sido iniciado, deverá a mesma bancada estadual renovar a emenda para esse específico investimento, a cada exercício, até a conclusão da obra ou investimento (art. 166, § 20, CR/88).

Excetuada tal limitação, bem como os limites explícitos e implícitos listados por Fernando Scaff, impera nesse âmbito uma ampla margem de liberdade do legislador orçamentário para o exercício das chamadas escolhas públicas:

Quem realiza *escolhas públicas* no âmbito orçamentário é quem tem *poder político* para a composição *jusfinanceira* da equação envolvendo receitas, despesas e endividamento – o legislador orçamentário. Por certo, pressupõe conhecimento amplo das necessidades da população e análises multidisciplinares envolvendo diversas variáveis, mas, antes de tudo, pressupõe *decisões políticas* sobre *de quem arrecadar, com quem gastar, e quando e em qual montante se endividar*.⁹(grifos no original)

Aqui surge o espaço orçamentário desta quarta autoridade – ao lado das comissões e seus relatores setoriais, das bancadas estaduais e dos parlamentares individualmente considerados – que detém amplo poder de emendar o orçamento: o **relator geral**. A previsão expressa de sua competência não é constitucional: está apenas na Resolução CN 01/2006. Por essa razão, há quem lhe questione a legitimidade para empreender emendas ao orçamento. Todavia, não parece contrariar a CR/88 nem soa desarrazoado, pelo menos a princípio, que um relator final tenha o poder de apresentar emendas

9 SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual* – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 298.

ao projeto relatado, pois, do contrário, não faria senão uma simples compilação daquilo que outros lhe apresentam, descaracterizando o caráter político e a importância de sua função.

Para que se tenha uma dimensão do valor que se deixa à autoridade do relator geral do orçamento, veja-se o demonstrativo, elaborado com base nos dados fixados no parecer preliminar aprovado para o projeto de lei orçamentária do exercício financeiro de 2021, de relatoria do senador Márcio Bittar, primeiro a respeito desse espaço orçamentário destinado às emendas de apropriação de modo geral:¹⁰

Tabela 1: Composição da reserva de recursos, por origem – artigos 56 e 57 da Resolução CN 01/2006

Fontes	Item do parecer preliminar	Valores
Reestimativa bruta da receita	17.I	R\$ 35.322.359.330
reserva de contingência para atendimento de emendas impositivas individuais	17.II	R\$ 9.670.311.974
reserva de contingência para atendimento de emendas impositivas de bancada estadual	17.III	R\$ 6.674.215.497
cancelamentos prévios, efetuados nas dotações constantes do projeto, antecedentes à atuação dos Relatores Setoriais ¹¹	17.IV	R\$ 1.627.836.061
VALOR TOTAL	17, caput	R\$ 53.294.722.862

Fonte: elaboração própria, com base nos dados fixados no parecer preliminar aprovado para o projeto de lei orçamentária do exercício financeiro de 2021, de relatoria do senador Márcio Bittar.

Veja-se agora, dentro desse espaço orçamentário, o direcionamento fixado no parecer preliminar para cada tipo de emenda:

Tabela 2: Deduções da reserva de recursos para o atendimento de emendas de apropriação

Espécie de emenda	Item do parecer preliminar	Valores
Emendas individuais que destinem recursos para órgãos do Poder Executivo	19.I	R\$ 9.670.311.974
Emendas de bancada estadual de execução obrigatória que destinem recursos para órgãos do Poder Executivo	19.II	R\$ 6.519.432.636
Emendas de relator geral	19.III	R\$ 35.604.978.252
VALOR TOTAL	19, caput	R\$ 51.794.722.862

Fonte: elaboração própria, com base nos dados fixados no parecer preliminar aprovado para o projeto de lei orçamentária do exercício financeiro de 2021, de relatoria do senador Márcio Bittar.

Entre o saldo total da reserva de recursos e o valor que se deduziu para as emendas de apropriação, chegou-se ao saldo de R\$ 1,5 bilhão, os quais, na forma dos artigos 56 e 57 da Resolução CN 01/2006, são objeto de rateio à razão de 25% às emendas próprias de bancada estadual, 55% aos relatores setoriais para atendimento das emendas de bancada estadual e das comissões e, por fim, 20% ao relator geral do orçamento.

¹⁰ Disponível no site da câmara dos deputados: https://www.camara.leg.br/internet/comissao/index/mista/orca/orcamento/OR2021/parpre/Parecer_Preliminar_Alteracao.pdf, acesso em 25 de junho de 2022.

¹¹ Os cancelamentos realizados se referem a diversos órgãos da administração pública federal, e estão disponíveis às fls. 238 em diante do parecer preliminar, no chamado "Anexo II-A", dos quais destaca-se um corte de R\$4.960.110,00 (quatro milhões, novecentos e sessenta mil e cento e dez reais) que estavam previstos para a UFMG – Universidade Federal de Minas Gerais, que fica registrado a título de exemplo, dentre tantos órgãos e entidades federais objeto de tais cortes.



Ou seja, no orçamento 2021, R\$ 35 bilhões foram reservados ao tirocínio político do relator geral, sem uma previsão expressa no Regimento Comum do Congresso Nacional para tanto. O dispositivo que lastreia tal “decote” orçamentário ao relator é o art. 56 da Resolução CN 01/2006, parte final (“outras despesas definidas naquele parecer”).

Tal volume de recursos poderá ser utilizado, de acordo com esse parecer preliminar específico em análise (item 11, alíneas “a” a “v”), nas mais diversas áreas da gestão pública, indicando uma competência do relator geral para alocar recursos por meio de juízos políticos finalísticos, e não apenas por questões afetas à técnica orçamentária.¹²

Por força da decisão cautelar proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na ADPF 854, Dje. de 9 de novembro de 2021, que determinara a suspensão integral da execução de todas as dotações incluídas no orçamento por meio do indicador RP-9, que singulariza as emendas de relator geral do orçamento de natureza alocativa de despesas (e não meramente para ajustes técnicos), o Congresso Nacional *melhorou* a regulamentação do procedimento legislativo de emenda ao orçamento, por meio de dois atos: a Resolução CN 02/2021 e o Ato Conjunto das Mesas da Câmara e do Senado nº 01/2021.

O primeiro dos atos, que alterou a Resolução CN 01/2006, limitou-se a prescrever que (i) o parecer preliminar poderia atribuir ao relator geral a competência para emendar o orçamento para alocação de dotações finalísticas (art. 53, IV) – positivando algo que, como se destacou acima, já era praticado sem fundamento normativo exposto –; (ii) tal poder de emendar o orçamento estaria limitado quantitativamente ao equivalente à soma dos valores das emendas individuais e de bancadas estaduais, os quais, como se sabe, já têm previsão de 1,2% (art. 166, § 11, CR/88) e 1,0% (art. 166, § 12, CR/88) da receita corrente líquida do ano anterior, chegando-se a um limite de 2,2% para o poder de emendar do relator geral (art. 53, parágrafo único); (iii) no plano de execução, o relator poderá “indicar” as programações, a partir de solicitações recebidas de parlamentares, agentes públicos e da sociedade civil, às quais deverá ser dada publicidade (novel art. 69-A).

O segundo, ato das Mesas Diretores, é restrito aos orçamentos de 2020 e 2021, e tende a se apresentar como solução conjuntural adotada para pleitear a revogação da determinação judicial cautelar de suspensão da execução das dotações vinculadas ao identificador RP-9 na ADPF 854, o que logrou êxito, por decisão proferida pela relatora em 9 de dezembro de 2021 naqueles autos. Nesse ato, destaca-se o dever de publicar de forma transparente as indicações de execução que vierem a ser feitas pelo relator (art. 4º), e o detalhamento da execução já realizada (artigos 2º e 3º).

Expostas a realidade normativa e a dimensão financeira da questão, coloca-se a seguinte indagação: a quais critérios jurídicos deveriam se submeter as emendas parlamentares ao orçamento federal?

3 REGULAMENTO CONSTITUCIONAL SUBSTANTIVO DAS EMENDAS PARLAMENTARES: DEMOCRACIA, REPÚBLICA E TRANSPARÊNCIA

É preciso fazer uma diferenciação entre o regime jurídico de tratamento das emendas parlamentares no momento de sua elaboração, na tramitação legislativa (criação do Direito), e aquele do momento de execução administrativa do gasto público (aplicação do Direito). As variabilidades de cada qual das etapas são distintas.

Todavia, uma premissa pode ser estabelecida, por ser comum a ambos os momentos: o orçamento público é uma peça macrojurídica, pois o princípio republicano obriga a consideração do todo – inclusive daqueles não representados ou com pouca expressão política, portanto sem capacidade efetiva de influenciar as deliberações jusfinanceiras.

¹² Para uma análise detalhada do orçamento 2020, sob aspectos legislativos e de execução, ver acórdão do Tribunal de Contas da União da TC 014.922/2021-5, Rel. Min. Walton Alencar.

Seja por imperativo de redução das desigualdades sociais, seja em razão da determinação de diminuição das desigualdades inter-regionais (desigualdade no Estado Federal), ou mesmo para erradicação da pobreza, todos objetivos fundamentais da República brasileira, o orçamento deve realizar justiça distributiva com vistas ao todo, e não ao indivíduo ou ao agrupamento de poder representado.

O orçamento, segundo Fernando Scaff, será republicano se “arrecada mais de quem ganha mais ou possui mais bens, e gasta mais com quem ganha menos ou possui menos bens, de modo a permitir que sejam reduzidas as desigualdades sociais e reduzida a pobreza”.¹³ E, mais importante do que isso para o enfoque aqui trabalhado, “idealmente, o orçamento é o instrumento através do qual se arrecada de toda a sociedade e se gasta em prol de toda a sociedade”.¹⁴

Para cumprir tal desiderato, o orçamento deve realizar escolhas trágicas a partir da consideração *do todo*, e não apenas do *individual* ou *casuística*. Tomado tal pressuposto, cumpre analisar os problemas que o instituto atual das emendas parlamentares ao orçamento carrega consigo, sob o prisma formal (procedimental) e material (substantivo), em dois momentos distintos: criação do Direito (tramitação legislativa do orçamento) e aplicação do Direito (execução administrativa do gasto público).

3.1 Análise do problema na criação do Direito Orçamentário

Há uma evidente tensão entre a liberdade dos parlamentares democraticamente eleitos, que veiculam legitimamente as pretensões de um grupo que o escolheu para representá-lo e, de outro lado, o dever de agir de forma republicana, que por vezes requer a consideração também daqueles que não elegeram o parlamentar.

Casas legislativas, por sua própria natureza, funcionam de acordo com o código primário do funcionamento do poder,¹⁵ pelo qual o maior poder se sobressai ao menor poder, em deliberações democráticas, o que reclama um rito processual preestabelecido, com “regras do jogo” bem claras, respeito à minoria estabelecida, mas com preponderância da vontade da maioria. Embora a democracia representativa pressuponha o respeito pela parte vencida, é preciso proceduralizar essa ideia, porque a mera enunciação do princípio democrático assim modelado não basta para o cumprimento da Constituição do Brasil. Por isso Fernando Scaff bem diferencia *democracia* de *república*, isto é, não basta ao ato parlamentar, inclusive o orçamentário, ser democrático, pois há de ser também republicano.

É que o ato legislativo está vinculado a um dever-ser por todos conhecido, segundo o qual o orçamento deve, acima de tudo, servir aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, em especial à redução das desigualdades sociais e inter-regionais, e à erradicação da pobreza (art. 3º, CR/88).

Há, porém, inúmeras possibilidades na escolha do percurso rumo ao desenvolvimento econômico e social do país, sendo ínsito ao próprio ideal democrático que a pluralidade de propostas seja debatida e deliberada, mesmo que antagônicas. Para a escolha de uma entre tantas opções, o ato de vontade do parlamentar se torna ineliminável. É a partir de um juízo pessoal de cada um dos congressistas que se decide pela aprovação de um ou outro ato.

Como ensina Lourival Vilanova, a vontade estatal é manifestada por agentes titulares de competência outorgada pelo Direito nacional que detêm a prerrogativa de praticar os atos de vontade, que são atos marcados por um substrato volitivo pessoal de seu autor, que os pratica em nome da unidade de poder ou autoridade da qual estão encarregados.¹⁶ Para o autor pernambucano, “o denominado ato-condição, sob esse prisma, aquele cujo suporte fático é ato de vontade”.¹⁷

13 SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual* – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 290-291.

14 SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual* – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 291.

15 Cf. LUHMANN, Niklas. *Power*. In: *Trust and Power*. Edition: Tom Burns and Gianfranco Poggi. Chichester: John Wiley and sons, 1979, p. 114.

16 VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 5ª ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 104-105.

17 VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 5ª ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 104-105.



Aqui reside o amplo campo das paixões, produto da natureza pulsional do ser humano, grande objeto de preocupação de Regis Fernandes de Oliveira, que denuncia: “O Estado outra coisa não é senão o próprio ser humano com uma instância decisória qualificada”.¹⁸ Parlamentares são seres humanos, que carregam em si conflitos internos de toda ordem. Para além disso, o funcionamento da política, historicamente calcada em relações de dominação, conduz a um alargamento do poder por seu titular tanto quanto possível, só contido por outra força de poder equivalente e contrário.

A forma de provimento eleitoral dos deputados e senadores também estimula que estes se diferenciem daqueles que não possuem mandato, demonstrando sua capacidade de alocação de recursos para municípios de sua base eleitoral, em troca de uma “fidelidade” para as próximas eleições, construindo um ciclo vicioso que prejudica o acesso aos cargos eletivos àqueles que não detêm uma estrutura de poder estatal para direcionar recursos públicos.

Mas o ato de poder, no Estado Constitucional Republicano e Democrático brasileiro, submete-se a limites jurídicos – o segundo código, não preponderante, a que se submete o poder político. O controle de juridicidade dos atos legislativos, como regra geral, analisa de forma objetiva a norma veiculada, a partir da priorização de recursos interpretativos que se relacionem sistematicamente com o ordenamento como um todo considerado, ainda que esta não tenha sido a motivação individualizada (“psicológica”) dos parlamentares no momento histórico da deliberação – até porque nem sempre (ou quase nunca) esta análise seria possível.¹⁹

Ao contrário das demais normas legislativas em geral, que detêm um nível de abstração relevante o suficiente para que a vontade histórica do legislador se desprenda do texto de Direito positivo, as dotações orçamentárias indicam órgãos, entidades públicas e até mesmo beneficiários privados dos recursos públicos, estreitando em muito a distância que separa o ato legislativo do ato administrativo.

E, se o ato administrativo tem por um dos seus elementos centrais o dever de *motivação*, para que o controlador possa conhecer os fins a que se destinou, o ato político de deliberação orçamentária, como um ato *sui generis, quase-administrativo*, só poderá ser conhecido (e, portanto, controlado) mediante a motivação das emendas parlamentares, de forma expressa, por aquele que o solicitou.

Assim, o dever de transparência na tramitação legislativa do orçamento se submete a um ônus republicano e democrático mais acentuado do que as demais matérias legislativas em geral, em razão de seu grau de detalhamento e seus efeitos concretos, que o extremam da generalidade das leis em geral, reclamando um regime híbrido de Direito Legislativo e Administrativo, do que decorre a superlativa relevância da motivação das emendas parlamentares.

Entre os quatro tipos de emendas parlamentares de gastos públicos estudados (individual, de bancada estadual, de comissão/de relator setorial e de relator geral), a exigência de motivação pode ser maior ou menor. Sob o prisma do Direito positivo, o dever de motivação das emendas ao orçamento consta dos seguintes dispositivos do Regimento Comum do Congresso Nacional:

(i) as emendas de comissão deverão ser justificadas contendo “elementos, critérios e fórmulas que determinem a aplicação dos recursos, em função da população beneficiada pela respectiva política pública, quando se tratar de transferências voluntárias de interesse nacional” (art. 44, III, Res. CN 01/2006);

(ii) as emendas de bancada estadual deverão justificar, no mínimo: a) os elementos necessários para avaliar a relação custo-benefício da ação pretendida e seus aspectos

18 OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Gastos Públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 53.

19 Há, por sinal, célebre passagem da obra de Eros Roberto Grau (*Porque tenho medo dos juizes*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 83), sobre isso, *in verbis*: “O texto normativo costuma ser mais inteligente do quem o escreveu”.

econômico-sociais; b) o valor total estimado, a execução orçamentária e física acumulada e o cronograma da execução a realizar, em caso de projeto; c) as demais fontes de financiamento da ação e as eventuais contrapartidas (art. 47, V, Res. CN 01/2006).

(iii) As emendas individuais devem ser justificadas observando-se requisitos que vierem a ser aprovados no parecer preliminar (art. 50, parágrafo único).

(iv) As emendas de relator geral não encontram, no Regimento Interno do Congresso Nacional, qualquer dever expresso de motivação.

De saída, nota-se que as emendas de relator, identificáveis no texto normativo pela sigla RP-9, de fato, são aquelas de *menor transparência*, prejudicando qualquer forma de controle do ato parlamentar. As demais emendas, do mesmo modo, exigem justificativas exageradamente genéricas, que cumprem um papel meramente formal e protocolar.

O processo legislativo orçamentário, por surtir efeitos concretos, precisa realmente se submeter a alguns princípios próprios do Direito Administrativo, tal como o dever de procedimentalização dos atos, permitindo a formalização da origem e das razões de solicitação.

Bem ou mal, as emendas de bancada, individual e de comissão possuem autores bem definidos. Diversamente – e como consignado no voto da ministra Rosa Weber na ADPF 854, é impossível saber se cada dotação alocada por emenda do relator geral surgiu por tirocínio unipessoal seu, ou de outros parlamentares, que seriam virtualmente os reais autores da emenda.

Logo, o primeiro passo conducente a um regime de transparência das emendas parlamentares seria restringir a capacidade do relator geral do orçamento de alterar emendas a partir de requerimentos concretos, a serem por qualquer parlamentar – ou mesmo pela sociedade civil – apresentados. Assim, o relator geral enquanto parlamentar continuaria com sua emenda individual, espaço igualmente distribuído entre todos os parlamentares, e teria aptidão também para receber e sopesar os interesses das duas Casas do Congresso Nacional, bem como formular *escolhas públicas* dentre os requerimentos recebidos, motivadamente.

A admissibilidade desses requerimentos, para se evitar casuísmos típicos da dominação dos “amigos do relator”, deveria ser submetida ao recolhimento de um número mínimo de assinaturas de congressistas. Assim o é, por exemplo, para a abertura de CPIs – instrumentos típicos de atuação parlamentar das minorias que compõem a oposição. Da mesma forma, existe um requisito mínimo de assinaturas para viabilizar a iniciativa legislativa popular. O requerimento de emenda de relator ao orçamento não precisa demandar o mesmo número de assinaturas de uma CPI ou projeto de lei de autoria popular. Entretanto, algum critério objetivo, seja ele idêntico ou não, deve ser criado, para que os próprios requerimentos sejam submetidos a um filtro prévio mínimo, em que consensos parlamentares mínimos sejam estabelecidos, agregando alguma generalidade à proposição.

Um segundo passo seria limitar o poder do relator geral com relação às emendas de apropriação quando se tratar apenas de políticas públicas nacionais, tal como ocorre com as emendas de comissão. Enquanto as emendas individuais e de bancada estadual são restritas à unidade da federação pela qual foram eleitos os parlamentares, as emendas de comissão – por serem provenientes de órgãos nacionais (comissões permanentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal) – são sempre nacionais.

Da mesma forma, a autoridade do relator geral do orçamento não é destinada a indicar dotações para o Estado do parlamentar nomeado em tal função, nem tampouco de seus aliados mais próximos. É, antes, necessariamente uma posição de autoridade para deliberações de interesse nacional, sempre sob um juízo *macrojurídico*. Ainda que o investimento seja localizado, a exemplo de grandes equipamentos de integração nacional como portos, aeroportos, rodovias, ferrovias etc., o interesse que lhe informa há de ser nacional. Em outras palavras, a motivação deve guardar pertinência com uma *lógica de políticas públicas nacionais*, o que, por si só, já serve, em alguma medida, para inibir deliberações oligárquicas

e pouco republicanas. O que se almeja, assim, é afastar o vício do *casuismo localizado*, tão usual nas emendas do relator geral, tão pouco republicano, na medida em que prioriza o atendimento localizado em detrimento de políticas públicas estruturais no país.

O terceiro passo rumo a um regime republicano das emendas de relator geral é exigir que as dotações indicadas para políticas de caráter nacional sejam concentradas nas regiões mais necessitadas, para cumprimento do dever de redução das desigualdades sociais e regionais, e erradicação da pobreza. Afinal, estes são objetivos fundamentais da República, que têm caráter vinculante. Nesse sentido, todas as iniciativas do relator geral – sempre de caráter nacional – devem dispor sobre a distribuição regionalizada na Federação (redução das desigualdades inter-regionais) e sobre aqueles que serão os reais destinatários dos recursos públicos, os beneficiários de tais políticas, com foco na pobreza e na redução das desigualdades sociais.

Se, então, todas as emendas tiverem (i) seus reais autores identificados, (ii) interesse público nacional e (iii) priorização daqueles com maior capacidade receptiva²⁰ no território nacional, então se terá uma emenda de relator geral do orçamento mais *republicana*. Afinal, o problema não está no instituto da emenda em si, mas como ela tem sido praticada no Brasil.

As estruturas políticas não podem depender única e exclusivamente da vontade unipessoal dos titulares dos cargos de comando da ocasião – das paixões momentâneas e dos interesses particularizados. Como sustentou há quase duzentos anos David Hume, “é um absurdo que um governo livre e republicano não possua controles providos pela Constituição que influenciem os governantes a agir pelo interesse público.”²¹

Assim, apoiando-se em teóricos como Jeremy Waldron, para quem o trabalho da teoria política deve se ocupar exatamente de pensar a modelagem das instituições de forma a conduzir *tendencialmente* às próprias finalidades dos sistemas jurídicos em que estão inseridas, é preciso reconhecer que a emenda de relator geral carece de uma regulamentação mais densa, e os três pontos acima destacados podem ser importantes e merecem observação, sobretudo porque já são todos dessumíveis de uma interpretação sistemática do ordenamento.

Em relação às emendas parlamentares de comissão, o primeiro e o segundo passos propostos às emendas de relator geral já são observados: sabe-se quem é o autor (a comissão) e sabe-se que devem ser de interesse nacional. Da mesma forma, as emendas de bancada estadual são facilmente identificáveis quanto à autoria e ao caráter de política pública do recurso, pois se destina ao território da unidade federativa regional.

Todavia, as emendas parlamentares individuais não devem ser de caráter estadual, permitindo o seu direcionamento a municípios ou mesmo a entidades privadas, inclusive com finalidade definida, isto é, uma determinação do parlamentar autor da emenda de *como* tal recurso deverá ser gasto. A única limitação se refere ao dever de gastar 50% com ações na área da saúde e a proibição de utilizar os recursos das emendas com pagamento de pessoal ou dívida (art. 166-A, § 1º, I e II, CR/88).

Como toda análise jurídica não pode prescindir da realidade fática, é preciso lembrar que há muito no Brasil a eleição de parlamentares federais, em especial dos deputados federais, é vinculada aos líderes políticos locais, nomeadamente aos prefeitos municipais.²² Dessa forma, há uma estreita ligação entre o direcionamento de recursos orçamentários pelas emendas individuais e a base eleitoral do parlamentar.

20 Conceito cunhado pelo professor Regis Fernandes de Oliveira, que representa o anverso da capacidade contributiva.

21 HUME, David. *Essay two: That politics may be reduced to a science*. In.: Political essays. Bristol Selected Pamphlets, University of Bristol Library, 1862, p. 5.

22 Cf. LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 7 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

Grandes centros urbanos, de elevada densidade populacional, tendem a ser melhor aquinhoados com recursos públicos do que pequenos lugarejos com menos votos.

O próprio juízo político do parlamentar de direcionar os recursos “que lhe são próprios” é voltado para obter um *retorno eleitoral*: destinam-se mais recursos para onde se é mais votado. As emendas, dessa forma, acabam por se tornar uma moeda de troca por votos. Por certo, os parlamentares devem direcionar recursos a regiões cujas necessidades conheçam, logo, onde tenha maior convívio (inclusive político) com a região. Mais do que isso, sob uma lógica de democracia representativa, o deputado possui um mandato de representação propiciado por grupos de interesses e são esses interesses, obviamente, que são por ele defendidos na sua atuação parlamentar, proporcionando uma espécie de “identidade” com o voto que lhe foi confiado. Nesse compasso, um deputado federal mineiro votado na região sul do estado não deve, sob o olhar dos legítimos interesses de seus representados, direcionar suas emendas parlamentares à região norte, onde, hipoteticamente, não recebeu nenhum voto nem possui grande conhecimento de causa quanto às necessidades locais.

Todavia, um olhar mais amplo por sobre a questão, que permita visualizar a forma de distribuição vertical dos recursos públicos no Brasil, permite inferir que essa *roupagem* de democracia representativa acaba por redundar, na verdade, em uma lógica de dominação. Todas as matérias de interesse financeiro *estrutural*, de âmbito nacional, que venham a fortalecer a autonomia financeira dos municípios (base eleitoral dos congressistas) têm sido preteridas.²³

Há, sucessivamente, uma invasão do espaço de liberdade orçamentária das Câmaras Municipais e dos Poderes Executivos Municipais,²⁴ combinado com transferências voluntárias decorrentes de emendas parlamentares (as quais inclusive às vezes acarretam custos financeiros e administrativos, a cargo do município, para serem institucionalizadas). Ou seja, retiram-se sistematicamente da autonomia municipal certas políticas estruturais e permanentes, e inserem-se no casuísmo das emendas parlamentares as transferências voluntárias, por ato de “benevolência” do parlamentar votado na cidade.

Tal estratégia estrutural do Direito Financeiro *prático* do Brasil é claramente vocacionada à dominação, pois cria a dependência, constituindo uma mera forma de “fidelização” eleitoral, colocando o resultado das urnas no centro da decisão política de direcionamento dos recursos, mesmo que as decisões sejam tomadas na contramão das necessidades públicas prioritárias. Portanto, o instituto em si das emendas individuais dificilmente resiste a um “teste de republicanismo”. Parece-nos, de fato, não haver interpretação conforme que “salve” o instituto.

Se, de um lado, não faz sentido exigir do parlamentar que ele direcione recursos públicos para regiões que não contribuam eleitoralmente para seu mandato, é certo também que as emendas de bancada estadual já cumprem o papel de direcionar recursos de forma mais impessoal ao estado da Federação representado pelos congressistas.

Portanto, como não é possível se exigir de uma emenda individual que ela tenha interesse nacional, é evidente que, sob o prisma republicano, a única forma de tornar compatível com o tal princípio o instituto das emendas individuais é torná-las *menos individuais*, isto é, menos personalistas. Em outras palavras, não existe em um Estado republicano possibilidade de se dar guarida a uma espécie de “orçamento *pessoal*” do parlamentar. Minimamente, exige o princípio republicano que as emendas sejam, ao menos, regionais.

Fosse o sistema eleitoral o distrital puro, em que o deputado é exclusivamente o único representante de um distrito, a sua emenda à unidade do Poder Executivo gestor daquele distrito satisfaria alguma lógica

23 Sobre a aprovação de projetos que diminuiriam a autonomia financeira dos entes subnacionais, vale a pena conferir ARRETICHE, Marta T. S. *Democracia, federalismo e centralização no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2012, *passim*.

24 Sobre esse tema, vale conferir BELLI, Reinaldo. *Gastos Públicos e Imunidade Recíproca na Federação brasileira*. Dissertação de Mestrado em Direito defendida na UFMG.



de gestão pública. Todavia, esse não é um mecanismo reconhecido pelo Direito Eleitoral brasileiro, portanto, as decisões unipessoais dos congressistas acabam por resultar altamente dissonantes com a própria estrutura de funcionamento do Congresso Nacional.

A propósito, é da natureza do Poder Legislativo a emanção de atos de poder por meio de deliberações colegiadas. O instituto das emendas parlamentares individuais ao orçamento termina por bloquear a deliberação parlamentar colegiada acerca da alocação de recursos, que não são *do parlamentar*, mas sim *do orçamento federal*, causando realmente o que Élida Graziane veio a chamar de “feudalismo fiscal”.²⁵

Não se está aqui defendendo que os parlamentares que estejam no exercício da função deixem de alocar recursos em prol das comunidades por eles representadas, enquanto estiver em vigor o instituto. No entanto, por todos os ângulos que se veja, as emendas parlamentares individuais, com toda a transparência que possuem, simplesmente não são, por definição, republicanas. E a elas também falta o próprio caráter democrático pelo fato de não serem submetidas à deliberação colegiada do Congresso Nacional, já que a aprovação final consiste em mera formalidade.

Portanto, embora muito se fale atualmente dos absurdos malefícios proporcionados pelas emendas de relator geral, carentes que são de transparência, para que se tenha um orçamento mais isento de graves vícios, as emendas individuais precisam ser abolidas do processo legislativo de feitura dos orçamentos, por serem ofensivas ao princípio republicano.

Como o problema das emendas parlamentares é complexo, utilizada tal expressão enquanto “incerteza no seio de um sistema ricamente organizado”²⁶, também na perspectiva administrativa, de execução das emendas, residem questões jurídicas que merecem destaque de forma separada, a seguir tratadas.

3.2 Análise do problema na aplicação do Direito Orçamentário

Na perspectiva da execução administrativa²⁷ do gasto público, as emendas parlamentares revelam o que a doutrina chama de *normas constitucionais retóricas*.

A Constituição do Brasil prescreve, expressa e textualmente, que a execução das dotações previstas na LOA é obrigatória (art. 165, § 10º, CR/88), encampando a tese da natureza impositiva do orçamento. Da mesma forma, a Lei de Responsabilidade Fiscal prevê, em seu art. 9º, § 2º, que a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LC 101/2000) deve ressaltar os casos em que as despesas previstas no orçamento não se submeterão à limitação de empenho, instrumento utilizado para conter gastos públicos quando a arrecadação não atinge sua previsão inicial. Ou seja, o Direito Financeiro brasileiro já prevê (e essa norma da LC 101/2000 é originária) mecanismos de priorização de despesas públicas.

Não bastassem tais determinações, nos extertores do governo da presidente Dilma Rousseff criou-se a chamada impositividade das emendas parlamentares individuais, por meio da Emenda Constitucional nº 86/2015, inserindo no texto permanente da CR/88 o art. 166, § 11º. Ou seja, reconheceu-se o caráter retórico das normas gerais de impositividade acima descritas, e procurou-se criar uma *impositividade absoluta*, que se diferencia de uma *impositividade relativa* do orçamento como um todo, de modo geral.

Com tal prescrição, deslocou-se para o Poder Legislativo a função típica de *gestor orçamentário* quanto àquelas emendas. Ou seja, se o vício legislativo original reside na individualidade da autoria, a impositividade reforçada na execução da emenda torna mais grave a antijuridicidade, pois privilegia o

25 Cf. GRAZIANE, Élida. Teto constringe soluções coletivas enquanto fomenta feudos fiscais. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-27/contas-vista-teto-constringe-solucoes-coletivas-enquanto-fomenta-feudos-fiscais>. Acesso em 28/06/2022.

26 Cf. MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. 5. ed., Porto Alegre: Sulina, 2015, p. 35.

27 Não constitui objeto deste estudo a execução do gasto público por ordem judicial, separada da análise por guardar particularidades que fugiriam do recorte metodológico proposto.

gasto público relativo a essas verbas em detrimento de outros, sem qualquer juízo finalístico, como se a autoria parlamentar individual tornasse esses gastos os mais importantes da república – o que quase nunca é correto afirmar. São os interesses particularizados, nessa toada, que foram privilegiados.

Fez-se, assim, um especial desvirtuamento das funções do Poder Executivo, provocando a fragmentação do exercício do poder político financeiro no território nacional, em favor de oligarquias políticas. Explica-se.

O poder político é organizado por circunscrições. O Brasil estruturou o núcleo do Poder Executivo de forma individualizada, identificando o chefe democraticamente eleito (prefeito, governador e presidente) como a pessoa hierarquicamente superior na estrutura de poder.

O Poder Legislativo, ao contrário, é responsável colegiadamente pela circunscrição (Câmaras Municipais, Assembleias Legislativas, Câmara Distrital do DF e Congresso Nacional). O único ato constitucionalmente previsto de que se tem notícia praticado individualmente por um parlamentar é a emenda orçamentária individual. O ato legislativo não é composto por uma soma de atos individuais isolados, mas sim por uma proposta originariamente individual, que se torna coletiva, quando é aprovada por um colégio de congressistas.

Isso tem correspondência com a forma de provimento: cargos de chefe do Poder Executivo são majoritários, dependendo de votação em todo o território do ente federativo. Deputados, diversamente, são parlamentares eleitos por várias comunidades. Ou seja, tendencialmente o ato do parlamentar deputado federal se dirige ao seu eleitorado, e não a uma política pública de visão *macrojurídica*, como deveria ser.

Problemas de descoordenação dos gastos públicos, ausência de planejamento e perda de ganho de escala nas políticas públicas são de fácil compreensão e revelam uma evidente inconveniência da permanência de um instituto dessa natureza.

Mas o que se pretende chamar a atenção é o fato de que, ao contrário de ser prova de uma democracia representativa vibrante, a “impositividade absoluta” das emendas parlamentares ao orçamento federal não pode ser analisada de forma desconectada do contexto político, administrativo e eleitoral em que está inserido porque: (i) usurpa-se a competência típica do Poder Executivo de gerir o orçamento; (ii) privilegiam-se parlamentares sob o prisma eleitoral em detrimento daqueles que almejam acessar cargos públicos eletivos, tornando por demais pessoal o manejo do orçamento público, em violação ao art. 37, *caput*, da CR/88; (iii) os autores de tais emendas (em especial os deputados federais) não possuem, por sua própria forma de provimento, um compromisso com a alocação equitativa das emendas de todos eles no território da unidade federada estadual representada, direcionando recursos conforme *votos*, e não conforme *necessidades públicas como um todo consideradas*, podendo ocasionar até mesmo (iv) vácuos territoriais na alocação de emendas individuais naquelas comunidades que não lograram êxito em eleger representantes, o que redundará em um (v) orçamento não republicano, pelo simples motivo de não se favorecer o sopesamento *macrojurídico* (integralidade da unidade federativa representada), deixando-o submetido a uma lógica *microjurídica* de atendimento de bases eleitorais dos parlamentares.

É óbvio que a execução equitativa das emendas parlamentares individuais, sem distinção política de seu beneficiário (se da situação ou da oposição), é uma característica *positiva* no contexto de um instituto originalmente *negativo* sob o prisma republicano. Todavia, essa é uma singela virtude prevista que não é suficiente para conduzir ao atendimento do princípio republicano, pois a ideia central está maculada pela antijuridicidade.

A prática da aplicação das emendas parlamentares de bancada estadual não se difere tanto das emendas parlamentares individuais. Como se sabe, os congressistas de cada bancada estadual dividem entre si

uma espécie de “cota” de emenda estadual e indicam os beneficiários das utilidades públicas escolhidas na deliberação orçamentária. Em Minas Gerais, o mais comum é que emendas dessa natureza sejam utilizadas para aquisição de viaturas da polícia militar ou ambulâncias, tudo isso para fazer pequenos e visíveis “agrados” localizados. Assim, usualmente, o governador do estado convoca uma grande cerimônia, em que os veículos viabilizados são entregues, com pompa e galhardia, aos líderes políticos locais, mantendo-se a velha narrativa de dominação denunciada na década de quarenta do século passado por Victor Nunes Leal.

Nesse sentido, os parlamentares membros da bancada estadual acabam por fazer ingerências no momento da aplicação dos recursos, exercendo condutas típicas de Poder Executivo. É consabido que todas as cidades de Minas Gerais precisam de viaturas policiais e, principalmente, de ambulâncias, para fazer frente às demandas crescentes com saúde e segurança pública. Entretanto, é certo que, dentre os tantos municípios necessitados de tais utilidades, os critérios de escolha dos beneficiários, mediante a indicação dos parlamentares, não correspondem a uma análise macrojurídica adequada acerca das necessidades e da “capacidade receptiva” do município, mas atende a uma lógica *microjurídica* de satisfação de interesses particularizados dos deputados e dos redutos eleitorais do parlamentar. Ainda que o juízo microjurídico realizado pelo parlamentar revele que a localidade por ele atendida precisa dessa utilidade, seria seguro afirmar que, em uma lógica de gestão do orçamento de acordo com a reserva do financeiramente possível, essa seria a localidade, dentre todas, a que *mais precisa* de tal equipamento? Na realidade, os recursos são alocados em razão dos vínculos eleitorais do parlamentar com seu eleitorado. O sistema, assim, perverte a possibilidade de atendimento do melhor interesse público possível.

Não é o ato individual do parlamentar que está em desconformidade com o Direito vigente (ilegalidade), mas, ao contrário, cada deputado ou senador que indica uma localidade está, pelo menos em uma análise mais rasa, no exercício regular do Direito vigente. O equívoco está no próprio Direito vigente, instituído por emenda constitucional, que viola o próprio núcleo essencial de norma (postulado) constitucional – o princípio republicano –, bem como, da mesma forma, o princípio basilar do Direito público que reclama o melhor atendimento possível do interesse público e, ainda, por vias indiretas, por isso, deixando insatisfeitos, em alguma porção, direitos fundamentais dos cidadãos. Portanto, sendo o orçamento republicano um direito fundamental de todos os cidadãos brasileiros, resulta a emenda constitucional que impede seu exercício em uma norma *tendente a abolir direitos e garantias individuais* (art. 60, § 4º, IV, CR/88).

É evidente que a ingerência dos parlamentares na execução do orçamento viola o princípio da separação dos poderes, pois se estão atribuindo competências típicas do Poder Executivo ao Poder Legislativo. Regras de competência estão sendo desrespeitadas, na medida em que o chefe do Poder Executivo é responsável pela gestão macrojurídica de toda a circunscrição política do território, respondendo por eventuais omissões, inclusive judicialmente, mediante a responsabilização do Estado (para não se chegar aos exemplos que atingem até mesmo a pessoa natural do gestor).

O regime de responsabilidade deve sempre estar atrelado à atribuição da competência para o exercício da autoridade – algo que a doutrina germânica bem denomina de *Verwaltungskonnexität*²⁸ (conectividade administrativa). Se o Poder Executivo é o responsável pela execução equitativa, eficiente e republicana das políticas públicas, então é evidente que ele deve ser a autoridade competente para discernir sobre a alocação dos detalhes da gestão orçamentária. Assim também, a ingerência dos parlamentares no direcionamento dos itens adquiridos com emendas de bancada abre caminho para uma violação estrutural do princípio republicano.

28 Cf. FISCHER, Thomas; HIRSCHER, Gerhard; MARGEDANT, Udo; SCHICK, Gehard; WERNER, Horst. *Föderalismusreform in Deutschland – Ein Leit-faden zur aktuellen Diskussion und zur Arbeit der Bundesstaatskommission*. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004, p. 08-15.

Em síntese, uma vez que sobreprincípios constitucionais que constituem cláusulas pétreas são arranhados, pode-se mesmo questionar a constitucionalidade/juridicidade das emendas constitucionais que veicularam a introdução dessas modificações no Direito Constitucional brasileiro.

As emendas de comissão são obrigatoriamente de caráter nacional e demandam uma justificativa para tanto. Então não há, a princípio, uma tendencial violação ao princípio republicano ou ao dever de transparência: a autoria da emenda é pública; há uma vinculação temática da comissão com o objeto de sua emenda, abrindo uma oportunidade de revisão da peça para atendimento à dupla normatividade dos gastos públicos e, eventualmente, melhor sintonizá-la com as leis instituidoras de despesas²⁹ que tenham sido apreciadas por essa mesma comissão; e o objeto da emenda tem de ser de caráter nacional, de forma que o Poder Executivo deve distribuir sua execução equitativamente no território, por meio de política equânime de gastos.

Dentre todas as espécies de emendas, talvez a emenda de comissão tenha o caráter mais próximo (em termos tendenciais) do atendimento ao princípio republicano, porque sua aprovação requer uma deliberação daquele colegiado (inibindo casuísmos pessoais – embora jamais consiga impedi-los por completo), que por sua vez é composto de acordo com a proporcionalidade partidária (portanto, atendendo ao paradigma de democracia representativa adotado pelo Brasil).

Por fim, se observados os requisitos procedimentais já analisados, as emendas de relator geral deixariam de ser chamadas de *orçamento secreto*, pois teriam ampla transparência (e não apenas publicidade), seriam fruto de um acordo parlamentar de um número mínimo de congressistas (diminuindo casuísmos escandalosos) e teriam âmbito nacional (em termos estruturais).

Vícios podem ocorrer, mas as “amarras” procedimentais propostas podem dar ensejo a emendas de relator geral mais republicanas. Quanto à substância da emenda, por ser de caráter nacional, ela obrigatoriamente deverá conter uma relação de correspondência entre a sua motivação *in concreto* e os objetivos fundamentais da república, em especial a “capacidade receptiva” daqueles que serão beneficiários de tais escolhas públicas. Assim, as emendas do relator geral do orçamento não são *de per se* uma anomalia ou algo ruim e antijurídico. Podem ser democráticas e republicanas, a depender da forma como são realizadas e do mérito da escolha pública adotada.

Outro debate, todavia, refere-se à suposta *impositividade* das emendas do relator geral do orçamento, como parece ser uma pretensão atual do Congresso Nacional, que teria sido inserida no texto da Lei de Diretrizes Orçamentárias que orientará a elaboração do orçamento para o exercício de 2023.³⁰ Ora, impositivo o orçamento já é, integralmente. O que se busca é uma blindagem para torná-lo de execução obrigatória, eliminando a possibilidade de que a alegação de “impedimento de ordem técnica devidamente motivado” possa lhe obstaculizar. Aqui, o mesmo debate concernente às emendas parlamentares individuais se apresenta: qual a diferença juridicamente relevante para qualificar tais dotações orçamentárias como “mais importantes” e, portanto, prioritárias, frente às demais? A origem da emenda a tornaria mais nobre?

Novamente, o descolamento da responsabilidade pela prestação dos direitos aos cidadãos (atribuída ao Poder Executivo) da competência para determinar gastos cuja execução se torna de *impositividade absoluta* pode ensejar cenários teratológicos. Assim, por exemplo, gastos com a manutenção de programas como o Auxílio Brasil, direcionado à população de maior “capacidade receptiva”, podem ser preteridos na execução orçamentária, em momentos de arrocho fiscal, em favor da execução de emendas de relator geral que, por mais meritórias que sejam, podem ser vocacionadas à aquisição ou

29 Para uma contextualização dogmática sobre a dupla normatividade dos gastos públicos, que requerem a edição das leis orçamentárias e, também, das leis institutivas de despesas, ver TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Financeiro: Teoria da Constituição Financeira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 396.

30 Como noticiado pela imprensa. Por todos, verificar CNN BRASIL. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/relator-da-ldo-torna-emendas-de-relator-impositivas/>, acesso em 28/06/2022.

o financiamento de itens e serviços que não sejam relevantes ou que não tenham a mesma prioridade, no curso do exercício financeiro em execução.

Em suma, na aplicação do Direito Orçamentário criado pelo ato legislativo (LOA), é seguro afirmar que as emendas parlamentares jamais poderiam ser de execução obrigatória ou privilegiada em face das demais dotações do orçamento, pois o critério “autoria da dotação orçamentária” não pode ser juridicamente relevante à luz do princípio republicano.

Em razão do princípio da separação dos poderes (art. 2º, CR/88), compete ao Poder Executivo a gestão do orçamento e, como poder central responsável por toda a circunscrição política, tem o dever de prestar de forma eficiente e integral as políticas públicas a seu encargo, sempre com vistas ao atendimento otimizado dos objetivos fundamentais da República brasileira. Para tanto, a atribuição de responsabilidade deve estar acompanhada da autoridade necessária, a qual é parcialmente mutilada com a transferência de relevante parcela da gestão orçamentária a 513 deputados federais e 81 senadores.

Por isso, o cerne do problema das emendas parlamentares na execução do orçamento consiste na própria inadequação da participação parlamentar nessa etapa, já que, após a promulgação da Lei Orçamentária, compete essencialmente ao Poder Executivo realizá-la, colocando-se o Poder Legislativo apenas na posição de controlador externo. Essa é a modelagem institucional prevista na CR/88 que foi distorcida com as referidas emendas constitucionais. No Brasil de hoje, todavia, além de o Legislativo criar as leis (aprovar a LOA) e controlar o cumprimento da norma (julgamento das contas do presidente da República), os parlamentares vem assumindo, em alguma porção, a função de executor das normas, ou seja, o Legislativo vem se transformando, em flagrante ofensa ao postulado da separação dos poderes, em órgão criador, executor e controlador do cumprimento das normas orçamentárias. A antijuridicidade é flagrante, sobretudo porque a arquitetura constitucional fundamental do Estado brasileiro é fraudada, além de as emendas constitucionais violarem o sobreprincípio da separação de poderes e o próprio princípio republicano, pelos motivos já lançados acima.

Com isso não se está negando a possibilidade de o parlamentar pleitear junto ao Poder Executivo que uma ou outra localidade seja contemplada pela ação da Administração Pública. Essa parece ser a forma mais acertada de se levar a realidade das demandas sociais a quem realmente tem a competência de gestão do orçamento. Mas o ônus argumentativo de demonstrar a correção ou o equívoco na alocação dos recursos públicos, bem como a responsabilidade pela gestão é do administrador (Poder Executivo), portanto, a ele deve ser garantido o exercício dessa competência e a autoridade para tanto.

Se o administrador age em violação ao princípio republicano no momento de aplicação do orçamento, em conjunto ou não com o parlamentar, está-se diante de outro tipo de antijuridicidade praticada pelo administrador – matéria que não foi objeto deste artigo e que demandaria uma análise do caso concreto. Ao revés, pretendeu-se, aqui, tão somente analisar formas mais amplas de contenção das paixões e interesses particularizados na elaboração e na aplicação do orçamento por parte dos agentes políticos do Poder Legislativo.

CONCLUSÕES

O orçamento é uma norma *macrojurídica* que não deve ser tão genérica a ponto de não impor quaisquer limites ao Poder Executivo, pois deve vinculá-lo a um programa republicano que conduza ao atingimento otimizado dos objetivos fundamentais da República consagrados pelo art. 3º da CR/88. Entretanto, não pode ser tão concreto e detalhado que acabe por favorecer casuísmos na alocação de recursos por meio de emendas individuais ou de relator geral, possibilitando a captura de parcela do orçamento da coletividade em favor de agrupamentos privilegiados, diluindo a responsabilidade pela gestão de todo o país pelo Poder Executivo.

A pretensa *impositividade absoluta* das emendas parlamentares individuais e de bancada estadual viola os princípios da separação dos poderes e republicano, servindo à reprodução de uma lógica de dominação política e eleitoral incompatível com o que se espera de tão relevante ato parlamentar.

Todavia, não se pode condenar de antemão qualquer emenda parlamentar ao orçamento, pois é da essência da democracia e do Estado Democrático de Direito que o Parlamento não se curve diante do Poder Executivo e que efetivamente aprimore o texto que lhe seja apresentado. Assim, o que cabe é propor soluções que possam aprimorar a forma de utilização desses institutos.

Da análise aqui realizada, chegou-se às seguintes sugestões:

- a) Não há critérios procedimentais ou substantivos que possam elidir a antijuridicidade nuclear que macula as emendas parlamentares individuais ao orçamento, devendo ser revogadas do ordenamento jurídico, quer por ofensa ao princípio da separação dos poderes, quer por violação ao princípio republicano;
- b) Emendas de bancada estadual podem ser republicanas e democráticas, observando-se a impossibilidade de os parlamentares terem autoridade para decidir a quem direcionar os recursos no âmbito intrafederativo, isto é, entre os municípios do estado. Para se manter republicana, a emenda parlamentar de bancada deve ter a atuação dos congressistas limitada à sua aprovação, devendo sua gestão ser deixada a cargo do Poder Executivo, sem prejuízo de os atos deste poder serem posteriormente objeto de controle pelos órgãos competentes;
- c) Emendas de comissão ou das mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal são tendencialmente institutos de alteração do orçamento de forma republicana, pois são transparentes, não se impõem frente ao poder de gestão orçamentária do Executivo e são sempre de caráter nacional, inibindo casuísmos típicos de dominação. O desafio então é qualitativo: realizar um controle prévio quanto à qualidade das políticas propostas por tais emendas;
- d) Emendas de relator geral do orçamento não são *per se* antirepublicanas, principalmente se forem a elas impostos os seguintes requisitos: abrangência nacional e institucional, tal como as emendas de Comissão, diminuindo potencialmente casuísmos; procedimentalização da solicitação, formalizando-se de modo transparente o autor do requerimento; limitação das emendas às solicitações que agrupem um montante mínimo de assinaturas de congressistas, ou mesmo de cidadãos, tornando o pleito no mínimo *coletivo* desde a origem.

Estabelecidos tais requisitos no momento de criação do Direito (aprovação legislativa do orçamento), no momento de aplicação do Direito (gestão do orçamento), os parlamentares envolvidos nas emendas aprovadas podem legitimamente pleitear junto às autoridades do Poder Executivo a alocação dos recursos nesta ou naquela atividade ou localidade. Todavia, tais pleitos não podem passar de *reivindicações* dos eleitores representados, pois o ato de autoridade tem de ser reservado àquele que detém a responsabilidade pela prestação dos direitos de forma republicana, equânime no território e mediante uma análise *macrojurídica* das “capacidades receptivas” em jogo. Assim, qualquer tentativa de tornar *absolutamente impositivas* tais dotações redundaria em violação à separação dos poderes e ao princípio republicano.

Enfim, são essas as recomendações gerais que se propõe para firmar balizas mínimas para favorecer a juridicidade das emendas parlamentares ao orçamento federal.

REFERÊNCIAS

ARRETCHE, Marta T. S. *Democracia, federalismo e centralização no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

BELLI, Reinaldo. *Gastos públicos e imunidade recíproca na federação brasileira*. Dissertação de Mestrado em Direito (UFMG, 2021).



BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADPF 854 MC-Ref-Ref*, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-036 DIVULG 22-02-2022 PUBLIC 23-02-2022.

BRASIL, Congresso Nacional. *Resolução nº 001/2006*.

BRASIL, Congresso Nacional, Gabinete do Senador Márcio Bittar. *Parecer Preliminar à LOA 2021*. Disponível em: https://www.camara.leg.br/internet/comissao/index/mista/orca/orcamento/OR2021/parpre/Parecer_Preliminar_Alteracao.pdf, Acesso em: 28/06/2022.

FISCHER, Thomas; HIRSCHER, Gerhard; MARGEDANT, Udo; SCHICK, Gehard; WERNER, Horst. *Föderalismusreform in Deutschland – Ein Leitfaden zur aktuellen Diskussion und zur Arbeit der Bundesstaatskommission*. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004.

GRAU, Eros. *Porque tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

GRAZIANE, Élide. *Teto constrange soluções coletivas enquanto fomenta feudos fiscais*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-27/contas-vista-teto-constrange-solucoes-coletivas-enquanto-fomenta-feudos-fiscais>. Acesso em: 28 jun. 2022.

HUME, David. Essay two: That politics may be reduced to a science. In: *Political essays*. Bristol Selected Pamphlets, University of Bristol Library, 1862.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LUHMANN, Niklas. Power. In.: *Trust and Power*. Edition: Tom Burns and Gianfranco Poggi. Chichester: John Wiley and sons, 1979.

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2015

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Gastos Públicos*. São Paulo: RT, 2012.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Indagações sobre os limites da ação do Estado*. São Paulo: RT, 2015.

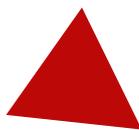
OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Financeiro: Teoria da Constituição Financeira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2015.

POR UMA TEORIA GERAL DA FUNÇÃO DE CONTROLE



Raquel Melo Urbano de Carvalho

Procuradora do Estado de Minas Gerais. Professora de Direito Administrativo.
Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da UFMG.

Sumário: 1 O controle como uma função de Estado: revendo a teoria de Montesquieu; 2 A obrigatoriedade de exercício adequado: o controle é função; 3 A importância do controle; 4 O regime jurídico atualizado do controle: motivação, verdade material e proporcionalidade contemporâneas; 4.1 Mutações na LINDB: um novo paradigma para motivação; 4.1.1 O consequencialismo disruptivo na motivação. As dificuldades reais como mais um elemento da realidade a ser comprovada; 4.2 A verdade material como obrigação: a ampla defesa como consequência jurídica constitucional; 4.3 Proporcionalidade; 5 Riscos do controle; 6 O problema da captura e das externalidades negativas do controle; 6.1 Os custos do controle; 7 Controles “missionários”: o descontrole do controle?; Referências.

Resumo: Este artigo parte da releitura das três clássicas funções estatais para demonstrar a necessidade de reconhecimento da função política e da função de controle como funções autônomas. Em seguida, demonstra a necessidade de desenvolvimento pelo Direito Administrativo de uma teoria geral da função de controle, explicitando os contornos do seu regime jurídico basilar. Assim, passa a desenvolver tais contornos, demonstrando a obrigatoriedade do exercício da atribuição de controle, analisando os impactos das modificações normativas introduzidas na LINDB em busca de definir critérios para realização do controle e demonstrando a complexidade de se chegar ao equilíbrio entre o respeito à capacidade institucional do gestor público e a blindagem dos seus atos contra um controle que dê concretude aos princípios e normas pertinentes. Sob um prisma, defende ser imperioso ao controlador resistir à tentação de agir de forma punitivista como propósito de fazer justiça e salvar o governo da corrupção, devendo exercer suas atribuições fundado na obediência à realidade, à verdade material e à busca pelo motivo verdadeiro do ato de controle, para evitar que o gestor seja paralisado ou substituído pelo controlador. A título de conclusão, defende a lucidez institucional e a responsividade como instrumentos do eficiente exercício do controle, visto ser essa função essencial ao exercício adequado e aperfeiçoamento de todas as atividades do Estado.

Abstract: This article comes from the re-analysis of the three classic state functions to demonstrate the need for recognizing the political function and the control function as autonomous functions. It then demonstrates the need for Administrative Law to develop a general theory of the control function, explaining the contours of its basic legal regime. Thus, it goes on to develop such outlines, demonstrating the mandatory nature of the exercise of the control attribution, analyzing the impacts of the normative modifications introduced in LINDB in an attempt to define criteria for the control and demonstrating the complexity of reaching a balance between respect for the institutional capacity of the public management and the shielding of its acts against a control that gives concreteness to the pertinent principles and norms. Under one prism, it defends that it is imperative for the controller to resist the temptation to act in a punitivist manner with the purpose of doing justice and saving the government from corruption, and that it must exercise its attributions based on obedience to reality, to the material truth and to the search for the true motive of the control act, in order to prevent the management from being paralyzed or replaced by the controller. In conclusion, it defends institutional lucidity and responsiveness as instruments for the efficient exercise of control, since this function is essential to the adequate exercise and improvement of all State activities.

Palavras-chave: Direito Administrativo; Separação dos poderes; Organização do Estado; Controle do ato administrativo; Riscos do controle; Eficiência.

Keywords: Administrative Law; Separation of Powers; State Organization; Control of Administrative Acts; Control Risks; Efficiency.



1 O CONTROLE COMO UMA FUNÇÃO DE ESTADO: REVENDO A TEORIA DE MONTESQUIEU

O Estado tem por tarefa fundamental atender as necessidades da sociedade. Para cumprir tal mister, compõe-se de Poderes definidos como segmentos estruturais em que se divide o poder geral e abstrato decorrente de sua soberania. É assim que persegue determinados fins, com uma série de atividades que desenvolve por meio de seus órgãos e agentes. Trata-se das funções estatais.

No Direito Público, é clássica a lição de que as funções estatais se compreendem como as diversas atividades do Estado, enquanto constituam manifestações ou diversos modos de exercício do Poder Público, visando à consecução de fins públicos. Daí se dizer, com base no magistério de autores como Seabra Fagundes, Diogo Figueiredo Moreira Neto e Maria Sylvia Zanella di Pietro, que, embora o poder estatal seja uno, indivisível e indelegável, ele se desdobra em três funções: legislação, administração e jurisdição.

Nas palavras do saudoso Seabra Fagundes,

O Estado, uma vez constituído, realiza os seus fins através de três funções em que se reparte a sua atividade: *legislação, administração e jurisdição*. A função legislativa liga-se aos fenômenos de formação do direito, enquanto as outras duas, administrativa e jurisdicional, se prendem à fase de sua realização. *Legislar* (editar o direito positivo), *administrar* (aplicar a lei de ofício), e *julgar* (aplicar a lei contenciosamente) são três fases da atividade estatal, que se completam e que a esgotam em extensão. O exercício dessas funções é distribuído pelos órgãos denominados Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário.¹

A *função legislativa* define-se segundo essa doutrina como aquela por meio da qual se institui a ordem jurídica, criando-se as normas legais. Concerne aos fenômenos de formulação das regras de direito pelo Estado. Seu objeto consiste, pois, em elaborar a lei: norma geral (dirige-se a um conjunto indeterminado de pessoas, não a um grupo determinado e certo de indivíduos), abstrata (aplica-se a um número indefinido de fatos que ocorrerão no tempo, não se dirigindo a um caso determinado), obrigatória e inovadora (traz novidade em relação à ordem jurídica preexistente). Daí a doutrina clássica afirmar que legislar é editar o direito positivo.

Com efeito, Seabra Fagundes defende que

Pela função legislativa o Estado edita o direito positivo posterior à Constituição, ou, em termos mais precisos, estabelece normas gerais, abstratas e obrigatórias, destinadas à vida coletiva. O seu exercício constitui, cronologicamente, a primeira manifestação de vitalidade do organismo político estatal.²

Já segundo Eros Roberto Grau, “Norma jurídica é preceito, abstrato e genérico, que se integra no ordenamento jurídico, inovando-o”.³

Parte dos estudiosos refere-se à função executiva como um gênero do qual seriam espécies as funções administrativa e jurisdicional. Seabra Fagundes orienta que, “Enquanto o conceito da função legislativa decorre facilmente do contraste entre os fenômenos de formação do direito e os de realização, o mesmo não sucede com o das funções administrativa e jurisdicional”.⁴ Estaríamos, aqui, diante da atividade dos órgãos do Estado que têm por objeto promover e assegurar o cumprimento das leis, aplicando sanções aos infratores dos preceitos legais. O seu objeto consiste, nessa linha de entendimento, na aplicação do Direito, seja na via administrativa propriamente dita seja na via judicial.

Ainda observando tal raciocínio, tem-se a *função jurisdicional* como a execução coativa da lei descumprida (atividade de substituição), por provocação da parte interessada, de modo a alcançar solução definitiva do conflito de interesses pelo juiz (estranho à lide e, portanto, imparcial).

1 FAGUNDES, Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1950. p. 13-14.

2 *Ibidem*, p. 15.

3 GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 154.

4 FAGUNDES, Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, *op. cit.*, p. 15.

Quadro 1

Função jurisdicional		
Momento	Modo	Finalidade
Situação contenciosa surgida no processo de realização do direito (provocação pela parte interessada).	Interpretação definitiva do direito controvertido (conteúdo do ato jurisdicional segundo Duguit).	Trancamento da situação contenciosa.

Elaborado pela autora.

Nesse sentido, se julgar é aplicar a lei contenciosamente, a *função administrativa* refere-se à execução da lei mediante atos concretos por um órgão estatal que atua como parte das relações (superioridade), independentemente de provocação, para satisfação das necessidades coletivas. Daí suas características de: a) parcialidade: o órgão que exerce é parte nas relações jurídicas que decide (distingue-se, nesse aspecto, da função jurisdicional); b) concretude: aplica a lei aos casos concretos, faltando-lhe a característica da generalidade e abstração (próprias da lei); e c) subordinação, já que está sujeita a controle jurisdicional.

Quadro 2

Função administrativa		
Momento	Modo	Finalidade
<i>Ex officio</i> (iniciativa da própria Administração)	Interpretação provisória da lei (sem definitividade)	Satisfação das necessidades coletivas.

Elaborado pela autora.

É certo que, nessa perspectiva, tem-se originariamente que administrar é aplicar a lei de ofício e a *função administrativa* é aquela pela qual o Estado determina situações jurídicas individuais, concorre para a sua formação e pratica atos materiais. Os atos jurídicos, por meio dos quais se exerce a administração, não criam, assim, o Direito (situação abstrata criada pela lei), mas criam situações jurídicas individuais ou concorrem para sua formação (ex.: certidões, atestados).

Reconhecendo as funções de administrar e de julgar como funções realizadoras do Direito, Seabra Fagundes adverte as diferenças entre ambas:

Mas o *momento* em que é chamada a intervir a função jurisdicional, o *modo* e a *finalidade*, por que interfere no processo realizador do direito, é que lhe dão os caracteres diferenciais. O seu exercício só tem lugar quando exista conflito a respeito da aplicação das normas de direito, tem por objetivo específico removê-lo, e alcança a sua finalidade pela fixação definitiva da exegese.⁵

Também Cretella Júnior busca distinguir jurisdição de administração:

Função de soberania do Estado, *jurisdição* é o poder de declarar o direito aplicável ao fato, objeto do litígio. (...) Se, regra geral, Administração é a *aplicação da lei de ofício*, jurisdição é a aplicação da lei, contenciosamente, mediante provocação. (...) A *função legislativa* é exercida normalmente, sem solicitação dos interessados.

(...)

Em conclusão, *função administrativa*, que, regra geral, é desempenhada pelo Poder Executivo, editando atos administrativos e praticando fatos administrativos, consiste na atividade do Estado, cujo objetivo é o de assegurar funcionamento dos serviços públicos, administrativos, dos atos jurídicos de alcance individual e dos atos materiais; *função jurisdicional*, atividade autônoma que se distingue materialmente das funções legislativas e administrativas, é a função do Estado que consiste em suprimir, em definitivo, as

⁵ *Ibidem*, p. 21-22.



situações contenciosas que surgiram no correr dos fatos de formação e de execução do direito; *função legislativa*, por fim, processo de formação do direito, é o que intervém para a formação da parte geral e pessoal do ordenamento jurídico.⁶

Não é outra a posição da professora Maria Sylvia ao tratar da jurisdição e administração referindo-se ao administrativista italiano Renato Alessi:

b) a **jurisdição** é a emanção de atos de produção jurídica **subsidiários** dos atos primários; nela também o órgão estatal permanece acima e à margem das relações a que os próprios atos se referem;

c) a **administração** é a emanção de atos de produção jurídica **complementares**, em aplicação concreta do ato de produção jurídica primário e abstrato contido na lei; (...)

A essa distinção pode-se acrescentar, com relação às duas últimas funções, a seguinte: a jurisdição atua mediante provocação da parte interessada, razão pela qual é função **subsidiária**, que se exerce apenas quando os interessados não cumpriam a lei espontaneamente; a administração atua independentemente de provocação para que a vontade contida no comando legal seja cumprida e alcançados os fins estatais.⁷

O Direito Administrativo brasileiro segue o entendimento da tripartição das funções segundo o qual as três funções do Estado se distribuem entre os três Poderes do Estado. Estes últimos, na clássica tripartição de Montesquieu, ao tratar do *espírito das leis*, são o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si e com suas funções reciprocamente indelegáveis. Segundo tal posição secular, não existe separação integral, mas separação das funções entre os Poderes imanes e estruturais do Estado.

O constitucionalista José Afonso da Silva faz uma análise sob a perspectiva histórica:

O princípio da separação de poderes já se encontra sugerido em Aristóteles, John Locke e Rousseau, que também conceberam uma doutrina da separação de poderes, que, afinal, em termos diversos, veio a ser definida e divulgada por Montesquieu. Teve objetivação positiva nas Constituições das ex-colônias inglesas da América, concretizando-se em definitivo na Constituição dos Estados Unidos de 1787. Tornou-se, com a Revolução Francesa, um dogma constitucional, a ponto de o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 declarar que não teria constituição a sociedade que não assegurasse a separação de poderes, tal a compreensão de que ela constituiu técnica de extrema relevância para a garantia dos Direitos do Homem, como ainda o é. Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora.⁸

Assim, é comum que se leciona que a cada um dos poderes estatais é atribuída uma função com predominância: a função predominante do Poder Legislativo é a normativa, a do Poder Executivo é a administrativa e a do Poder Judiciário, a jurisdicional. Além das funções normais (funções típicas), cada poder exerce funções que materialmente deveriam pertencer a poder diverso (funções atípicas), sempre mediante autorização expressa da Constituição.

A título de exemplificação, o Poder Legislativo *administra* quando organiza seus serviços internos (art. 51, IV e 52, XIII da CR – ex.: licitação) e *julga* (art. 52, I, da CR: Senado processando e julgando o presidente da República nos crimes de responsabilidade). O Poder Judiciário *administra* (ex.: concessão de licenças e férias-prêmio) e *exerce função normativa* (ex.: elaboração de regimento interno – art. 96, I, “a”, da CR, sendo necessário observar tecnicamente diferença entre lei e ato administrativo normativo). Já o Poder Executivo *exerce também a função normativa* (quando produz normas gerais e abstratas através do poder regulamentar com fulcro no art. 84, IV, da CR ou quando edita medidas provisórias, nos termos do art. 62 da CR, ou mesmo leis delegadas, conforme o art. 68 da CR).

6 CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 23 e 28.

7 PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 83, negrito no original.

8 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 110-113.

A primeira mudança que se propõe em relação a essa teoria é o reconhecimento de uma *função política* correspondente à atividade de governo, ou seja, a uma atividade de ordem superior referida à direção suprema e geral do Estado em seu conjunto e em sua unidade, dirigida a determinar os fins de ação do Estado. Teríamos aqui uma quarta função que parte da doutrina afirma “não ter natureza jurídica”, visto que antecede a edição do ordenamento. A dificuldade de reconhecer a existência dessa função no Brasil decorre até mesmo da preponderância do seu exercício pelo Poder Executivo, o que implica confusão técnica com a atividade administrativa do Estado. Podem-se ponderar, contudo, as seguintes distinções conceituais:

Quadro 3

Governo	Administração
Atividade política e discricionária	Atividade neutra, vinculada à lei
Conduta independente	Conduta hierarquizada
Comanda com responsabilidade constitucional e política, mas sem responsabilidade pela execução.	Executa sem responsabilidade constitucional ou política, mas com responsabilidade técnica e legal pela execução.

Elaborado pela autora.

Percebe-se, diante dessas ponderações iniciais, que a distribuição de competências estatais se dá muito além da partilha de três funções entre três poderes. Se originariamente fazia sentido Montesquieu falar em distribuição das funções de legislar, administrar e julgar entre Legislativo, Executivo e Judiciário, hoje não há dúvida quanto à insuficiência da velha teoria da tripartição dos poderes. Em primeiro plano, as funções são múltiplas, complexas e cada vez mais numerosas. Ademais e principalmente, temos hoje outras funções não mencionadas nessa teoria, como é o caso da função de governo ou política, e a ela se acresce a função de controle, com características uniformes aptas a justificar seu reconhecimento autônomo. Não se ignore, também, quanto à ampliação das noções originárias, visto que é inconcebível falar apenas na “função de legislar” quando se tratar de normatizar as relações jurídicas mediante não só Constituição e leis, mas também, senão com primazia, por decretos, portarias, circulares, instruções normativas e outros atos regulatórios da Administração Pública. Mais do que isso, encarando a própria função de executar as normas do ordenamento em busca do interesse público, é certo que administrar não é algo possível pensando em uma só categoria como o “Poder Executivo”, até pelo fato de o Judiciário e o Legislativo também exercerem tal função administrativa. E o principal é: para administrar realizando tudo aquilo de que a sociedade necessita, várias “repartições internas de feixes de atribuições”, integradas nos diversos poderes com diferentes competências materiais, precisarão atuar de modo eficiente e tempestivo.

Não por outra razão, a doutrina vem se referindo a uma “nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário”⁹, tanto que atualmente se prefere “falar em colaboração de poderes”, com previsão constitucional da cláusula que os prevê “independentes e harmônicos entre si”¹⁰:

A independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais (...)

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.



De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder em sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.¹¹

A crítica se faz até mesmo à expressão *poderes independentes*, que permitiria uma interpretação abusiva da teoria inspiradora da fórmula importada, “pois o que se busca com a separação de poderes é a sua limitação mútua, enquanto que o que se obtém com a sua independência é uma lógica de expansão isolacionista. E com o isolamento podem vir a irresponsabilidade, o privilégio e o abuso”, escreve Mario Brockmann Machado¹². Também os autores contemporâneos observam que, se é verdade que “Montesquieu preocupou-se em conceber um sistema de interferências e limitações recíprocas entre os poderes, de forma que os mesmos se encontrassem harmonicamente equilibrados”, por outro lado, deve-se reconhecer que “não existe nem divisão, nem separação, mas partilha ou colaboração entre os poderes, ou melhor, interpenetração de funções”¹³.

Analisando a partilha entre as diferentes tarefas do Estado, é certo que ganhou espaço a atividade fiscalizatória, com ou sem atividade normativa prévia e, ainda, com ou sem atividade sancionatória posterior. O controle vem sendo exercido não só pelo Poder Judiciário, cuja atuação já era considerada na clássica teoria de Montesquieu. Ganhou espaço a atuação de unidades como tribunais de contas, controladorias, Ministério Público, CPIs, agências reguladoras e outras autarquias, corregedorias e outros órgãos encarregados de fiscalizar pessoas naturais e jurídicas, de direito público e privado. Elas têm em comum o fato de que o seu foco não é prestar um serviço como educação ou saúde à sociedade, mas acompanhar a atuação de um terceiro, preventiva ou repressivamente, de modo a verificar a conformidade da sua tarefa com a ordem jurídica vigente, seja exclusivamente seja cumulando um juízo técnico de conveniência e oportunidade administrativas.

A amplitude do controle assumiu níveis significativos, ao ponto de se afirmar, em dadas circunstâncias, que o controlador pretende se substituir ao legislador e/ou ao administrador, o que implicaria o “descontrole do controle” e um medo de as demais esferas cumprirem seu papel principal.

É curioso que, a despeito da importância da atividade de controle e da uniformidade de determinadas exigências quando do seu exercício, não se fale, ainda, no controle como uma função de Estado. Na verdade, esse feixe de atribuições atualmente é, senão um dos mais relevantes, o principal espaço para se apurar como determinadas ações se desenvolvem ou não, a eventual ocorrência de ilícitos que justifiquem a correção de vícios, com a identificação do que precisa ser sancionado e aperfeiçoado, responsabilizando-se aqueles cujos comportamentos se afastaram da juridicidade vigente.

Propõe-se, assim, uma releitura da tripartição das funções do Estado de Montesquieu muito além da crítica à ideia de separação, mas em sua mutação de modo que estejam expressas a função política e a função de controle, reconhecendo-se a função normativa como gênero de que são espécie a função de legislar, de regulamentar e de regular na esfera administrativa. Diante desse novo quadro, esperam-se a necessária articulação e coordenação efetiva entre os “Poderes do Estado”, de modo que todos os órgãos públicos possam realizar suas competências tornando realidade concreta a ideia do “Estado em rede”¹⁴, sem que o exercício de uma função implique ruir o espaço reservado a outra.

11 *Ibidem*.

12 MACHADO, Mario Brockmann. Separação dos Poderes e controle externo do Judiciário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 9, p. 81-86, out.-dez. 1994.

13 MOTTA, Fabrício. *Função normativa da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 44.

14 “O Estado em Rede, sob denominações diversas, é uma arquitetura político-administrativa de difusão do poder decisório da esfera pública em uma rede articulada de governança, na qual o ente estatal compartilha sua autoridade internamente e com instituições, instâncias, organizações e atores diversos, conexiados por pontos nodais que sustentam múltiplas relações de distensão do poder em lógica pluricêntrica.” É o princípio da coordenação que permite integrar e unificar a ação pública exercida pelos diferentes Poderes “mediante mecanismos de

Espera-se que, com essa articulação e a assunção eficiente dos papéis por cada um dos seus titulares, possa se enfrentar a chamada “crise dos poderes do Estado”, com resgate do sistema de modo que a atividade dos diversos órgãos públicos não seja confundida com autoritarismo, mas com o cumprimento das determinações constitucionais e legais. Segundo Pedro Gonçalves:

Em causa não está apenas a designada crise dos modos de acção pública autoritária (v.g., crise do acto administrativo), *ideia* – mais do que crise efectiva – promovida pelos adeptos da instituição de um modelo de acção pública baseado no contrato. A crise a que nos referimos agora é mais profunda, chegando, em muitas das suas manifestações, a tocar a autoridade enquanto *auctoritas*, minando a idoneidade do sistema para a produção de decisões que se impõem por serem reconhecidas como legítimas: num sistema democrático, a *crise* e o *declínio da autoridade par impor decisões* suscita sérias perplexidades. Perplexidades e angústias resultam, do mesmo modo, da pressentida *incapacidade* dos actores públicos para decidir: reféns de interesses privados organizados, cedem diante de uma pressão sistemática, levada a cabo nos bastidores, que inviabiliza o exercício da autoridade formal para decidir e actuar na protecção do interesse público.¹⁵

Não se acredita, ao contrário do que pontua o competente administrativista português, que o Direito Administrativo “possa pouco” contra a referida crise, inclusive de autoridade. Principalmente em relação à função de controle, entende-se que cabe exatamente ao Direito Administrativo pontuar os pressupostos necessários para que as funções do Estado se realizem de modo efetivo, articuladas e capazes de produzirem os resultados necessários. É ao Direito Administrativo que cabe reconhecer o controle como uma função do Estado e explicitar os contornos do seu regime jurídico basilar, de modo que se identifique uma teoria geral capaz de servir de substrato para todos os atos praticados quando do seu exercício. Isso feito, não há dúvida quanto à possibilidade de se ver reduzidos os problemas nas diversas searas, em especial quanto ao exercício da autoridade pública, a se realizar sem excessos e sem insuficiências.

Adverte-se que o conhecimento dos limites jurídicos a serem observados tem claro potencial de evitar um dos graves vícios da realidade institucional brasileira, a saber, que os poderes pareçam “a cada dia mais harmônicos e menos independentes”¹⁶, numa confusa teia interorgânica e pouco clara das tarefas realizadas, sendo claro o comprometimento da própria credibilidade da função de controle, esse espaço que uma visão bipolar qualifica ora como única esperança ora como o demônio responsável pela ineficiência do Estado.

É preciso superar a captura da estrutura dos diferentes poderes por interesses alheios ao interesse público primário. Um dos primeiros passos nessa árdua tarefa é precisamente saber de qual atribuição do Estado se trata. Assim tornar-se-á possível deixar claro o regime jurídico a que se sujeita cada uma das atividades públicas, buscando o atendimento das normas vigentes e a concreção das suas finalidades.

Fixadas tais premissas aptas a evidenciar a importância de se reconhecer a função de controle como uma função do Estado, passa-se ao exame da obrigatoriedade do seu exercício.

2 A OBRIGATORIEDADE DE EXERCÍCIO ADEQUADO: O CONTROLE É FUNÇÃO

Exercer o controle é um dos poderes que se reconhece ao Estado para atuar em face de particulares e de pessoas públicas. Quaisquer que sejam os poderes em tese, é certo que não podem ser encarados como privilégios, nem como faculdades que podem ser, ou não, exercidas. Consistem em **atribuições** exigíveis quanto às ações ou omissões estipuladas, de forma geral e abstrata, nas normas jurídicas. Tendo sido previsto na lei determinado comportamento estatal, este passa a ser obrigatório e vinculante do agente

compartilhamento de informações e alinhamento de diretrizes e objetivos, evitando sobreposição de competências e duplicação de níveis decisórios”. Cf. PIREZ, Maria Coeli Simões. Transparência e responsabilidade na gestão pública. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 81, n. 4, ano XXIV, out./dez. de 2011, p. 61; 66.

15 GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 1099-1100.

16 MOTTA, *Função normativa da administração pública, op. cit.*, p. 49.

público competente de modo a viabilizar o alcance do bem-estar social. Trata-se de deveres jurídicos a serem cumpridos de modo imperativo, ou seja, está-se diante de atividades de exercício obrigatório.

Nesse sentido, Diogenes Gasparini já pontuava que, ao tratar dos poderes, fala-se em *atribuições*, o que afasta a possibilidade de se cogitar “faculdade, dada a obrigatoriedade do seu exercício. Quem é compelido a cumprir certa obrigação não a exerce a título de faculdade. É atribuição”.¹⁷

De fato, poderes estatais, mesmo quando discricionários no seu conteúdo ou no motivo que os enseja, são vinculados quanto ao dever de agir. Em outras palavras, poder escolher não é o mesmo que poder deixar de escolher. Não é outro o magistério de Antonio Calonge Velazquez:

Do exposto, deve ser ressaltado que a autoridade pública tem natureza de poder-dever. Por sua força decorrem, de uma só vez, poderes de atuação e deveres de atuação. Acarreta para o sujeito titular da autoridade não apenas o poder de atuar, senão também o dever de fazê-lo em função dos interesses que tem confiados. Estes interesses, no caso das autoridades públicas, não pertencem, evidentemente, ao titular da autoridade, mas pertencem ao povo. Assim, as autoridades públicas são poderes fiduciários, são confiados aos poderes públicos para que sejam exercidos devidamente, para realizar os interesses da comunidade política a que servem.¹⁸

Não se pode deixar de mencionar as lúcidas palavras do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello ao tratar, precisamente, da ideia de função para o exercício de poderes:

Tem-se função apenas quando alguém está assujeitado ao dever de buscar, no *interesse de outrem*, o atendimento de certa finalidade. Para desincumbir-se de tal dever, o sujeito de função necessita manejar *poderes*, sem os quais não teria como atender à finalidade que deve perseguir para a satisfação do interesse alheio. Assim, ditos poderes são irrogados, única e exclusivamente, para propiciar o cumprimento do dever a que estão jungidos; ou seja: são conferidos como *meios* impostergáveis ao preenchimento da finalidade que o exercente de função deverá suprir.

Segue-se que tais poderes são *instrumentais*: *servientes* do dever de bem cumprir a finalidade a que estão indissolúvelmente atrelados. Logo, aquele que desempenha função tem, na realidade, *deveres-poderes*. Não ‘poderes’, simplesmente.¹⁹

Sendo o controle uma função do Estado, tem-se claro o seu exercício obrigatório, porquanto se trata de um dever-poder. Daí se defini-lo como prerrogativa de alguns órgãos para consecução dos objetivos públicos. A ideia de prerrogativa não se confunde com a de privilégio, assim como o conceito de função exclui a possibilidade de se reconhecer facultatividade ao titular do controle. Não se está diante de favores nem mesmo de alternativas que possam ser, ou não, utilizadas pelos titulares, conforme a livre vontade dos agentes competentes. Isso até mesmo em se considerando que no exercício de uma função o Estado tem de observar as normas integrantes do regime jurídico administrativo.

Segundo Marçal Justen Filho, “A função consiste na atribuição a um sujeito do encargo de perseguir a satisfação de um interesse ou de um direito que ultrapassa sua órbita individual. Como contrapartida da atribuição desse encargo, o sujeito recebe um poder jurídico, cujo conteúdo e delimitação dependem das circunstâncias”. Sob esse ponto de vista, o conceito de função se complementa pela integração de três aspectos diversos: a) a titularidade alheia do interesse a ser realizado; b) o dever do sujeito de perseguir a realização deste interesse; c) a atribuição de poder jurídico necessário para a realização deste interesse.²⁰

Reitera-se que o titular de uma competência tem uma finalidade que deve necessariamente executar. Afinal, tem uma função, algo a cumprir, um dever a desempenhar, sempre vinculado ao interesse público

17 GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 121-122

18 In: SANCHEZ GOYANES, Enrique (Coord.). *Manual de derecho administrativo*. Madrid: Editorial Colex, 1997. v. 1, p. 110.

19 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 86-87

20 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 50.

primário, pouco importa se na outorga de algo diretamente ao cidadão ou no controle de atividades públicas ou privadas. Retornando ao magistério de Marçal Justen Filho, a função produz subordinação passiva no sentido de que o sujeito tem deveres jurídicos a cumprir. Por um lado, o agente público está sujeito a praticar todas as condutas necessárias e adequadas para promover o atendimento do interesse a ele confiado. Por outro lado, está proibido de assumir qualquer conduta incompatível com ou desnecessária para a realização de seu encargo. Outrossim, os demais integrantes da comunidade não podem se opor nem dificultar o cumprimento do dever público, cabendo-lhes “acatar as determinações emanadas do titular da função, relacionadas com a consecução dos interesses a ele confiado”.²¹

É preciso que os poderes, principalmente os que se outorgam para o exercício da atividade de controle, não sejam consagrados de forma desproporcional com os fins que os justificam, sendo necessária a satisfação do interesse público primário. Se uma função é prevista no ordenamento além ou aquém do que justifica a necessidade coletiva que fundamentou a sua previsão como competência do Estado, ela torna-se arbítrio desarrazoado ou instrumento insuficiente para concretização do interesse social, ambas realidades merecedoras de repúdio pela desconformidade manifesta com o ordenamento jurídico. Ter essa baliza como limite lúcido e impositivo é absolutamente indispensável numa realidade em que o controle é demonizado e santificado em posições radicais distantes do equilíbrio jurídico que se lhe exige.

Vale retomar o ensinamento de Canotilho:

Proibir o excesso não é só proibir o arbítrio; é impor, positivamente, a *exigibilidade, adequação e proporcionalidade* dos actos dos poderes públicos em relação aos fins que eles prosseguem. Trata-se, pois, de um princípio jurídico-material de “justa-medida” (LARENZ).²²

O exercício adequado da função de controle é capaz de afastar os principais vícios no exercício dos poderes administrativos: a insuficiência e o abuso de poder. A *insuficiência* no exercício de uma função atrai as formas de se evitar as omissões estatais previstas no ordenamento de regência, na hipótese de total inércia pública, não se tolerando, ainda, os comportamentos comissivos ilícitos, no caso de ação parcial e insuficiente à luz do ordenamento.

Também o controle pode incorrer no problema do *abuso de poder*, que, segundo a doutrina clássica, se define como gênero de que são espécies excesso de poder ou desvio de poder (desvio de finalidade). Não é difícil vislumbrar hipóteses de excesso de poder quando, no exercício da função de controle, o agente ultrapassa os limites da competência que lhe foi outorgada pelo ordenamento.

Já no *desvio de poder*, o agente controlador utiliza-se da sua competência nos estritos limites em que o ordenamento reconheceu, mas para atingir finalidade diversa da que resulta da lei. O desvio pode ocorrer em relação à finalidade ampla que incide sobre qualquer competência controladora (atendimento do interesse geral), bem como em relação à finalidade restrita (decorre da lei especificamente para aquele dado comportamento de controle).

Explicitando as origens históricas do desvio de poder na atividade administrativa, José Guilherme Giacomuzzi prescreve:

Em nosso país tem-se indicado como *leading case* do desvio de finalidade o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte de 28.7.1948, no qual o Relator, então Desembargador Seabra Fagundes, em mandado de segurança que versava sobre o exercício de poder de polícia no trânsito por parte de autoridade estadual competente, entendeu pela nulidade de ato que não atendia ao fim legal do bom funcionamento do transporte, mas sim objetivava fim estranho (favorecimento de terceiro), por fixar horário para o tráfego intermunicipal de determinada empresa de ônibus que importava prejudicá-la em benefício da empresa concorrente.²³

²¹ *Ibidem*.

²² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 171.

²³ GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 130-131.



A doutrina também reconhece a viabilidade do desvio de poder no exercício da função legislativa. É com base no princípio da razoabilidade das leis que se enfrenta o problema da lei arbitrária, a qual permite *excéss de pouvoir* por parte da autoridade legislativa. Para Mauro Roberto Gomes de Mattos, a jurisprudência passada do STF e a atual fiscalizam a atuação do Legislativo e do Executivo, para que esses poderes não cometam atos revestidos de excessos, com flagrante desvio de poder.

Ninguém, aí inclua-se os Poderes legalmente constituídos – possui a faculdade de rasgar a Constituição, para instituir uma sociedade onde os excessos ou abusos seriam uma constante. O princípio é o de que todos, em especial o Estado, devem comungar da hóstia constitucional, pautando seus atos dentro do encarte legal, sem sentimentos ou posicionamentos ilegais.²⁴

Não só a atividade administrativa e a função legislativa do Estado podem apresentar o vício do desvio de poder, mas também a função de controle exercida pelo Judiciário ou por qualquer outro órgão que assumira essa tarefa. O desafio é, precisamente, entender como em cada situação se desenvolverá o controle adequado, que cumpra a exigência de razoabilidade ou proporcionalidade, princípio incidente sobre qualquer função do Estado. Isso principalmente em face da importância da função de controle na realidade contemporânea, senão vejamos.

3 A IMPORTÂNCIA DO CONTROLE

Já se explicitou que, em se tratando da atividade estatal, no ordenamento, há um conjunto de instrumentos que permite a fiscalização da atividade desenvolvida por particulares, órgãos e entidades públicas, bem como eventual correção, sob o ponto de vista da legalidade e/ou da conveniência administrativa, dependendo da seara em que o controle se exerce.

Não há qualquer dúvida sobre a importância de se consagrar mecanismos eficientes de acompanhamento, orientação e correção dos comportamentos públicos, sendo razoável que pessoas naturais, jurídicas de direito privado, os órgãos dos diversos poderes e outras entidades públicas se sujeitem a diferentes esferas de controle que possam assegurar a conformidade de sua atuação com as normas vigentes. Não se ignore ser de amplo conhecimento a tendência daquele que ao governar ou gerir a atividade estatal abusar dos poderes que lhe são outorgados pela ordem jurídica. É também com o objetivo de evitar tais abusos que o controle se exercer numa finalidade indutiva e repressiva de desvirtuamentos públicos.

Nenhum administrativista ou operador do Direito minimamente lúcido é capaz de defender que um agente público pode exercer suas atribuições blindado de qualquer tipo de avaliação, mesmo porque, como demonstrado, a própria ideia de função lhe impõe um dever a realizar, uma finalidade pública a se alcançar.

Diante da ideia de competências como instrumento de consecução de finalidades, é indispensável o controle de toda a atuação pública, para defesa dos cidadãos, bem como para que se cumpram as normas jurídicas incidentes na espécie. O controle pode ser prévio, concomitante ou posterior ao comportamento público, assim como pode ser interno ou externo ao órgão controlado. Em qualquer das hipóteses, também ele está sujeito a determinadas exigências que consubstanciam o mínimo do regime jurídico que deve ser observado pelo controlador.

24 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O controle dos poderes Executivo e Legislativo pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo*, v. 234, p. 255-259.

4 O regime jurídico atualizado do controle: motivação, verdade material e proporcionalidade contemporâneas

Alguns pressupostos são indispensáveis quando se trata de função do Estado, seja ela a de administrar, seja a função controladora. Entre eles se destacam a motivação, a verdade material com a necessidade de ampla defesa e a proporcionalidade.

4.1 Mutação na LINDB: um novo paradigma para motivação

As mudanç as que a Lei Federal n  13.655/2018 trouxe para a Lei de Introdução  s Normas do Direito Brasileiro (LINDB) repercutiram diretamente em aspectos basilares da função de controle, como as regras que estabeleceram novos parâmetros ao dever de motivar os comportamentos públicos, inclusive os de controle.

Nos termos do artigo 22 da LINDB, a “decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”. Nesse contexto normativo, se as desconformidades de atos administrativos decorrerem das circunstâncias práticas e dificuldades reais enfrentadas no exercício da competência pública, tais elementos que circunscreveram aquela realidade devem ser considerados quando se for classificar algo como lícito ou ilícito, válido ou inválido. A intenção é que não se decida que algo   ilícito, contrário ao Direito, com a invalidação da  decorrente, se no mundo real as circunstâncias práticas indicavam ser aquele o comportamento possível e adequado, conforme o ordenamento então em vigor, além de proteger o interesse público.

Destaque-se que o   1  do artigo 22 da LINDB impõe uma obrigação àquele que, posteriormente, realiza o controle de legalidade do ato que foi praticado antes: no momento em que for se pronunciar sobre eventual desconformidade entre um ato administrativo e o Direito vigente, atente para a realidade que circundava aquele comportamento e para o ordenamento que estava em vigor   época. A ideia é que DEPOIS não se faça uma análise abstrata e completamente divorciada dos limites e das circunstâncias do mundo real em que se atuou ANTES. Para quem realiza controle de legalidade, o comando legal   não ser um “profeta do acontecido” que ignore as condições que restringiam as possibilidades de ação e impedi m um comportamento mais eficiente   época em que exercida a competência.

Em outras palavras: os órgãos de controle interno e externo, inclusive quem realize a autotutela administrativa ou controle judicial, não podem, de uma hora para outra, com base em suposições, afirmar que há vícios, nem podem concluir pela invalidação, sem que se traga ao procedimento elementos que sirvam de suporte para a nova convicção, mas, ao contrário, se havia conformidade com as regras vigentes anteriormente e outra ação não era exigível das partes envolvidas, principalmente do gestor público. Para fazer uso da metáfora levada a efeito pelo doutrinador Lenio Streck, entendimento contrário seria simplesmente sacar uma carta interpretativa da manga aos 46 minutos do segundo tempo, gritar Katchanga Real e, com uma regra nova, desconhecida, pretender virar o jogo que se desenrolava sob outros parâmetros, regulares e atentos às limitações da realidade existente.²⁵

A LINDB deixa evidente a dificuldade que ainda temos, como intérpretes do Direito, de aceitar a complexidade e os limites da linguagem, a exigir sempre a reconstrução do texto diante de realidades específicas e, uma vez feita tal reconstrução, comprometer-se com a estabilidade dos juízos feitos.

Primeiramente, cabe cogitar que qualquer intérprete reconstrói sentidos, tendo em vista significados incorporados ao uso linguístico, a partir de um rastro de significantes da linguagem, em um determinado contexto fático em que se imbricam.

25 STRECK, Lenio Luiz. A Katchanga e o bullying interpretativo no Brasil. *Consultor Jurídico*, 28 jun. 2012. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>. Acesso em: 20 out. 2020.



Humberto Ávila já escrevia

(...) interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados núcleos de sentidos, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual.²⁶

O francês Jacques Derrida, ao tratar desse complexo processo, afirmava necessário “confirmar seu valor, por um ato de interpretação reinstaurador, como se a lei não existisse anteriormente, como se o juiz a inventasse ele mesmo em cada caso”, construindo um “julgamento novamente fresco”, o qual reafirma, re-justifica e reinventa a norma em cada caso.²⁷ Nessa perspectiva, não tem como analisar uma realidade administrativa apenas com uma visão abstrata do seu núcleo em face de uma previsão do ordenamento; é preciso atentar para os aspectos que circundam o comportamento desde a linguagem até os elementos de infraestrutura concreta que limitam a realização da competência do Estado. À obviedade, nesse processo, entre o Direito Administrativo da Constituição, das leis e dos regulamentos e o Direito Administrativo concretizado não pode haver distanciamento em face da própria realidade a que ele se destina. A realidade vincula os limites da reconstrução que balizará a aplicação das normas.

O que a LINDB parece pretender é impedir, definitivamente, que em pleno século XXI se façam juízos teóricos, comprometidos somente com a idealização genérica do texto normativo (p. ex., invocando a “moralidade” e a “economicidade” para falar de um suposto superfaturamento sem análise de todos os itens que compõem o preço pago pela Administração), numa eternização inconveniente do fetichismo da lei, incompatível com os desafios enfrentados pela Ciência Jurídica em um cotidiano de atuação cada vez mais complexo, a exigir respostas adequadas e eficientes. E como assevera Jacques Derrida, “Cada caso é um caso, cada decisão é diferente e requer uma interpretação absolutamente única”, sendo impossível que esta seja sempre garantida por uma regra codificada. Se tal ocorresse, o aplicador da norma seria “uma máquina de calcular; o que às vezes acontece, o que acontece sempre em parte, segundo uma parasitagem irredutível pela mecânica ou pela técnica que introduz a iterabilidade necessária dos julgamentos; mas, nessa medida, não se dirá do juiz que ele é puramente justo, livre e responsável”.²⁸

Cabe, portanto, ao intérprete, seja ele controlador ou administrador no exercício da competência invalidatória, considerar os fatos, ou seja, os elementos concretos da realidade contemporânea ao comportamento público em tese. Trata-se de uma mudança significativa de paradigma e, mais grave, uma transformação que ainda não tem os seus próprios parâmetros compreendidas, com segurança, pela Ciência e por quem aplica as normas. Ainda não se tem definido como e em que medida cogitar das mazelas da função administrativa, as quais variam desde a falta de tempo para o exercício das tarefas mais basilares ao número insuficiente de servidores. Mas alguns pontos são indubitáveis, senão vejamos.

É razoável impedir que se qualifique como “ilícito” de qualquer natureza (contratual, improbidade ou outra esfera) algo que, no momento da atividade administrativa, não ensejava comportamento diverso, tendo em vista as regras vigentes, a praxe administrativa, as dificuldades enfrentadas pela entidade da Administração Pública e o próprio modo de controle exercido. Não é raro que atos de controle realizados anos depois do comportamento realizado considerem alternativas e procedimentos que, no momento da ação, não existiam nem eram cogitáveis. Evitar o julgamento equivocado, no futuro, de atividades que, quando realizadas, se vinculavam a orientações gerais diversas, com amparo da própria Administração, limites reais que obstaculizavam outras hipóteses de ação, é lúcido e jurídico, numa perspectiva ampla de juridicidade administrativa. A LINDB prescreve exatamente que a realidade a se

26 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 25.

27 DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 44.

28 *Ibidem*.

considerar quando da definição da regularidade ou ilicitude da ação administrativa é a do momento em que se atuou, e não a do futuro, a época do controle posterior. Afigura-se claramente positivo colocar tal necessidade como um desafio a ser enfrentado por todo aquele que tem por competência fazer juízo de licitude ou desconformidade com o Direito em relação a comportamentos anteriores.

O cotidiano dos comportamentos públicos deve ser assim considerado, inclusive quanto a praxes vinculantes como “orientação geral”. A esse respeito, a doutrina já vem assentando o objetivo da LINDB de introduzir uma boa dose de pragmatismo e contextualização na interpretação e operação das normas de Direito público. Nesse sentido, Eduardo Jordão adverte que, tradicionalmente, se idealizam condições materiais, factuais e objetivas para que a administração pública realize os ambiciosos projetos de Direito público nacional: no momento da consagração e enunciação dos objetivos e no momento de cobrança dos agentes públicos responsáveis por implementá-los. Tais problemas resultam da própria supervalorização do Direito de que resulta considerar bacharéis como oráculos capazes de desvelar a determinação escondida e específica do ordenamento, eternizando-se uma cultura jurídica idealizada e irrealista. Segundo Jordão, “O projeto quer colocar no centro das preocupações do Direito Administrativo estas limitações materiais e os contextos fáticos que informam a implementação das normas de direito”. De fato, trata-se de uma forma mais realista de interpretar e atuar, exigindo contextualização na hermenêutica do Direito, anulação dos atos, aplicação de sanções e responsabilização dos gestores. O argumento é o de que, na busca do “primado da realidade”, “se o controlador quer se colocar na posição de tomar ou substituir decisões administrativas, é preciso que enfrente também os ônus que o administrador enfrenta”. Para tanto, “O que o projeto requer é que o controlador se imagine na situação do gestor, para compreender as circunstâncias que limitaram as suas escolhas e possibilidades”.²⁹

Igualmente chamando atenção sobre o fato de se buscar afastar uma interpretação estática que não atenta ao distanciamento temporal, Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas denunciam “Juízos que, em razão da morosidade própria à burocracia, são formados sempre, retrospectivamente, muita vez anos após a conduta. O distanciamento temporal, contudo, turva a avaliação, propicia o seu enviesamento. Oblitera circunstâncias que não podem ser desconsideradas pelos órgãos de controle”. Observam que “É, nesse quadrante, que passa a vigorar o art. 22 da Lei nº 13.655/2018”, que incorpora o pragmatismo ao âmbito jurídico:

O *caput* do art. 22 impõe um parâmetro concreto para a avaliação de condutas de modo que o controlador, na avaliação de uma conduta e de sua adstrição ao direito não se limite a interpretar a norma a partir de seus parâmetros semânticos e de valores pessoais e nos quadrantes deontológicos abstratos, mas considerando o contexto fático em que a conduta foi ou teria que ser praticada e os quadrantes mais amplos das políticas públicas (o que envolve não só o dever de atender às demandas da sociedade, mas os instrumentos disponíveis e a realidade orçamentária).³⁰

Exigir que sejam consideradas dificuldades, limites, restrições, circunstâncias práticas da época da atividade administrativa é evolução do sistema normativo, merecendo aplausos a regra do artigo 22 da LINDB quanto a esse aspecto. E é nessa perspectiva que Phillip Gil França adverte para o fato de os controladores precisarem ter em mente esse novo cenário hermenêutico

(...) porque, com o advento da mencionada atualização normativa da LINDB, passa a ser dever dos respectivos órgãos controladores das atividades estatais prontamente estimarem e objetivamente projetarem qual efeito prático e jurídico – negativo ou positivo – prepondera frente à realização de atividades estatais voltadas à promoção de um determinado (ou determinável) interesse público, [uma tarefa que] demanda, sem dúvida, o dispêndio de mais energia e da aplicação de uma racionalidade criativa do operador do Direito. (...) Entretanto, mesmo que da realização do Direito, a partir da nova hermenêutica

29 JORDÃO, Eduardo. Artigo 22: Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, novembro de 2018, p. 65-66; 68-70.

30 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei 13.655/2018 (Lei da Segurança para Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 57; 59.



normatizada pela atualizada LINDB, demande maiores esforços dos controladores da atividade estatal, não resta outra opção ao gestor público senão a adaptação ao novo cenário jurídico estabelecido.³¹

Entre os enunciados do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA) sobre a LINDB, destaca-se a enunciado 13, segundo o qual “A competência para dizer qual é a melhor decisão administrativa é do gestor, não do controlador. O ônus argumentativo da ação controladora que imputa irregularidade ou ilegalidade à conduta é do controlador, estabelecendo-se diálogo necessário e completo com as razões aduzidas pelo gestor”. Anuncia-se, aqui, o respeito àqueles que possuem mais acurada capacidade institucional para fazer juízos técnico-administrativos diante da realidade, o que nos coloca diante da chamada “teoria da deferência”, bem como da “doutrina Chevron” do Direito norte-americano.

Entre nós, já se reconhece que a capacidade institucional envolve a determinação de quem está mais habilitado a produzir melhor decisão em uma matéria específica, devendo ser sopesada de maneira criteriosa, de modo a reconhecer que ao órgão ou à entidade administrativa originário(a) do Executivo a aptidão especial que o torna melhor equipado para decidir determinadas questões fáticas. Nessa porfia, a deferência para centros de decisão administrativa a partir das capacidades e competências das instituições mostra-se como um ideal a se buscar: se houve um processo administrativo e uma fundamentação adequada para a Administração escolher uma dentre várias interpretações plausíveis do ato normativo, o controlador não deve substituir a interpretação plausível do administrador pela sua própria, salvo se aquela não for razoável.³²

A doutrina da deferência, no Brasil, tem o seu exame atrelado à discussão sobre o respeito ao mérito administrativo, prescrevendo-se atualmente que mesmo o controlador interno da Administração Pública deve ser “deferente” (respeitoso) ao juízo de conveniência e oportunidade estatal exercido pelo órgão técnico que originariamente atuou. Diante da LINDB, o que ganha força é o entendimento de que o juízo técnico feito pelo órgão ou gestor que atuou originariamente deve ter primazia em face do controle *a posteriori*, não só no que tange a eventual espaço discricionário. Na verdade, pretende-se que o próprio juízo de legalidade, que considere no momento de aplicação do ordenamento diante da realidade, no momento da atuação que concretiza competências e realiza deveres, tenha primazia em face dos juízos realizados *a posteriori* pelos controladores. O ônus argumentativo que afaste o peso dos limites, dificuldades, restrições e condições de atuação que circundaram o exercício da competência e prática do ato é de quem faz o controle, o que significaria, também nessa etapa de hermenêutica, deferência às decisões administrativas originárias.

4.1.1 O consequencialismo disruptivo na motivação: as dificuldades reais como mais um elemento da realidade a ser comprovada

Originariamente, exigir motivação definia-se como a obrigação de se explicitar o motivo e o fundamento jurídico dos comportamentos públicos. Nessa porfia, considerava-se motivado o comportamento estatal ao agente público indicar qual a situação fática que ensejou a realização de dada competência (pressuposto fático) e quais as normas que lhe serviram de fundamento (pressuposto jurídico).

As mudanças trazidas à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro fixaram a necessidade de serem observados os resultados da ação de controle, inclusive o judicial, tanto quanto se exige do gestor público a atenção às consequências da ação administrativa. A ideia é a de que se pondere não só o cumprimento necessário das regras legais, mas que se considere, ainda, o que resulta da atividade pública, mesmo estando em questão o controle cujo objetivo é a preservação e restauração do sistema.

31 FRANÇA, Phillip Gil. *Ato administrativo, consequencialismo e compliance: gestão de riscos, proteção de dados e soluções para o controle judicial na era da IA*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 129; 131; 143.

32 RIBEIRO, Leonardo Coelho. Presunções do ato administrativo, capacidades institucionais e deferência judicial a priori: um mesmo rosto, atrás de um novo véu? *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 22, ano 4, p. 85-115, jan.-fev. 2010.

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.

Decorre do transcrito dispositivo o dever de o gestor público e o controlador analisarem consequencialmente o que resulta da sua atuação, impondo-se o mesmo ônus para ambos: quem age e quem controla o comportamento anterior. Tem-se claro o objetivo da norma no sentido de impedir o uso de princípios (valores abstratos) sem análise das consequências jurídicas da competência pública, seja de execução, seja de controle, exercida na espécie. A indicação de que é necessário cogitar alternativas de comportamentos estatais ao invalidar um ato administrativo anterior e/ou determinar uma providência específica tem por finalidade impedir que o controlador ou superior hierárquico se limite a afastar um dado vício, sem cogitar do que remanesce cabível na espécie, como alternativa de ação pública. A ideia é a de que, sendo obrigado a ponderar as hipóteses possíveis, diante da realidade administrativa, para especificá-las em cumprimento ao parágrafo único do artigo 20 da LINDB, termine a autoridade ou órgão controlador por refletir se a extinção ou medida tomada é, de fato, a que melhor protege o interesse público.

A preocupação com o resultado das atividades de controle também se torna clara quando se entende descabido que, de súbito, sejam alteradas orientações observadas anteriormente com fulcro no sistema jurídico até então em vigor, com o controle ensejando incidência retroativa de um novo entendimento para extrair como consequência a ilicitude de comportamentos praticados conforme o regramento e orientações gerais vigentes à época, nos termos do parágrafo único do artigo 24 da LINDB.

Aponta-se a dificuldade dos órgãos controladores na análise das consequências das decisões administrativas, tendo em vista a falta de infraestrutura e de elementos indispensáveis à decisão de natureza administrativa. Se de um lado há a necessidade de respeitar a capacidade institucional do gestor público que elaborou, planejou e executa a política pública, praticando atos unilaterais e bilaterais (sim, é preciso evitar excesso nos controles da Administração Pública), por outro lado, não se pode ignorar o risco de blindar as escolhas administrativas da possibilidade de um controle que dê concretude efetiva às normas principiológicas e às regras legais (pelo fato de o órgão sequer ter condições humanas, estruturais, orçamentárias e técnicas para cumprir o dever de exame do artigo 20 da LINDB, refazendo na via controladora o caminho da atividade governamental e administrativo); o resultado possível pode implicar que erros da Administração sejam eternizados pela impossibilidade de cumprir o parágrafo único do artigo 20 da LINDB.

De fato, não é absurdo imaginar, já a uma primeira leitura, que se tornou possível a paralisação das competências de controle diante do não cumprimento da exigência do artigo 20. Afinal, se o controlador não tiver elementos para cogitar as alternativas administrativas de gestão, com especificação das consequências práticas da sua competência, a ele é vedado agir. E, se não agir, em algumas circunstâncias ações ilegais da Administração Pública permanecerão no sistema sem que esteja autorizada a ação repressiva dos órgãos de controle competentes.

A esse propósito, cumpre advertir que, se abusos ocorreram e ocorrem em realidades diversas de controle (reconhecimento inevitável até para evitar a continuidade do vício), a solução não é paralisar, petrificar, nem impedir o controle da Administração Pública, sob pena de abusos no exercício do poder aumentarem significativamente. Daí a necessidade de cautela na atividade hermenêutica do artigo 20 da LINDB, diploma que orienta a interpretação de todo o ordenamento subsequente.

Não se vislumbra que a consequência decorrente do referido dispositivo é simplesmente impedir a atividade de controle (ou mesmo administrativa) quando, de plano, não se mostrar viável indicar as

consequências práticas e alternativas de gestão posteriores à atividade estatal. Ao contrário, é preciso reconhecer, como instrumento de concretude da regra legal, poder de requisição junto à entidade ou órgão da Administração Pública que detenha as informações necessárias, a fim de que possa o controlador (ou o administrador) dar cumprimento ao encargo que lhe é imposto, como condicionante do exercício das suas atribuições. Assim sendo, em vez de o artigo 20 da LINDB paralisar as indispensáveis ações administrativas e de controle, inclusive de natureza judicial, tem-se que o mesmo serve de fundamento ao poder-dever instrutório, de modo a colacionar os elementos técnicos, fáticos e jurídicos indispensáveis para que as atribuições se exerçam com plena juridicidade.

É mister destacar, ainda, a regra do artigo 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

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 expreso 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.

O referido dispositivo reforça a perspectiva disruptiva do controle com relação ao seu propósito consequencialista. Ademais, consagram-se alguns elementos que já integram o regime jurídico administrativo, em especial: a adoção de parâmetros principiológicos decorrentes da eficiência administrativa, bem como o conceito da convalidação dos comportamentos públicos quando houver vícios sanáveis, além da proporcionalidade (subespécie necessidade), que é obrigatória quando se onera alguém com um comportamento estatal (dever de onerar da forma mais suave possível). Contudo, é indispensável cautela necessária em relação a alguns conceitos, bem como atenção a riscos inerentes à hermenêutica pretendida para o citado texto normativo.

Em primeiro plano, “interesse geral” é conceito sem definição sequer doutrinária, já que o Direito Administrativo trabalha, em regra, com ideia de “interesse público”, sendo este ainda objeto de significativas controvérsias entre juristas e tribunais. Ademais, há um risco que não pode ser ignorado, a saber, os possíveis entendimentos oriundos desse dispositivo que defendam a existência de um “dever de convalidação como regra”, não se vislumbrando segurança jurídica nem mesmo quanto à expressão “quando for o caso”.

Não é absurda a possibilidade de se eternizar discussão “invalida ou se mantém pela convalidação?”, tendo em vista o uso de expressões vagas no preceito legal, ao que se acresce a margem de avaliação subjetiva de quais situações não autorizariam ônus ou perdas desproporcionais aos sujeitos atingidos. São vagas as expressões “perdas/ônus anormais ou excessivos”, o que pode ensejar práticas casuísticas, com grande insegurança jurídica.

Sublinhe-se que o quadro pode se agravar, se se cogitar possíveis pressões políticas de gestores, sobre órgãos de controle os quais, ao final, farão interpretação das novas determinações legais. Assim, no lugar de uma saudável exigência de fundamentação concreta e consequencialista dos atos de invalidação e regularização subsequente, é possível o emprego do artigo 21 como um escudo à efetividade da competência anulatória, mediante o simples argumento “os ônus aos sujeitos atingidos são excessivos ou anormais e, por isso, não é cabível falar em invalidação”.

A fim de obstar tais riscos, é preciso também aqui evitar que as condicionantes do dispositivo ensejem interpretação que leve ao não exercício das competências, em especial as de controle. Em algumas circunstâncias, para que as atribuições constitucionais e legais impostas ao Judiciário e a outros órgãos públicos ocorram, será preciso recorrer ao instituto da responsabilidade objetiva do Estado, a fim de

equacionar determinados ônus considerados “excessivos” ou “desproporcionais” com a efetividade do ordenamento, incluídas as competências administrativas, de controle, bem como o *capute* o parágrafo único do artigo 21 da LINDB.

É importante salientar que falar e normatizar o dever de motivação, ainda mais diante de vícios que possam levar a invalidar ou convalidar comportamentos públicos, é essencial e enseja evolução das práticas administrativas e de controle. No entanto, falar e normatizar a motivação de forma dúbia, admitindo como resultado do seu modo de exercício a insuficiência ou até mesmo a ausência do controle de juridicidade, e com o conseqüente não atendimento do ordenamento, pode significar preservar ilicitudes administrativas, o que é claramente indesejado. Com efeito, equívocos nesse espaço podem resultar em uso de um espaço da Ciência Jurídica com claro potencial positivo para permitir resultados que podem ser significativamente danosos à realidade administrativa e social; em alguns casos, piores do que os vícios originários.

Entrevê-se um perigo que se entende necessário não ignorar, qual seja, a proliferação de discussões contínuas sobre tentativa de repressão de ilicitudes com base em regramentos da motivação (princípio nobre) que, alçada a níveis inexecutáveis e não sustentáveis, poderá resultar em prejuízos significativos à própria Administração e à sociedade. Nesse contexto, insiste-se ser incabível negar os riscos inerentes à normatização do dever de motivar nos termos fixados na LINDB.

No tratamento dos problemas do já frágil sistema estatal, especificamente no que tange às novas normas da LINDB, é indispensável que o resultado das interpretações jamais seja a blindagem dos erros e desvios, nem signifique a paralisação de competências de controle e administrativas indispensáveis na realidade brasileira. Para tanto, cabe aos juristas construir, passo a passo, mecanismos que viabilizem o atendimento das finalidades decorrentes das regras introduzidas pela Lei Federal nº 13.655/2018, sem fazer ruir as demais regras constitucionais e legais, valendo-se de institutos vários do Direito público, os quais devem se articular, de modo coordenado, a fim de se alcançar algum significado razoável, bem como efetividade sistêmica do ordenamento.

Referida cautela também se impõe na interpretação do artigo 22 da LINDB, que, na análise fática, impõe ao órgão de controle considerar, meritoriamente:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Nenhum vício existe em impor que a hermenêutica posterior se dê com atenção à realidade presente em que as competências administrativas se exerceram, nem mesmo nas regras que adotam o parâmetro da proporcionalidade quanto ao poder sancionatório do Estado.

Especificamente quanto ao *caput* do artigo 22, o objetivo é impedir que se qualifique como “ilícito” de qualquer natureza (improbidade, disciplinar ou outra esfera) algo que, no momento da atividade administrativa, não admitia decisão diversa, tendo em vista as dificuldades enfrentadas pelo gestor. De fato, não é raro que atos de controle realizados anos depois do comportamento público considerem alternativas que, no momento da ação do Estado, não existiam nem eram cogitáveis. Trata-se do

juízo impiedoso, no futuro, de atividades que, quando realizadas, se sujeitavam a limites reais que obstaculizavam outras hipóteses de ação. A LINDB prescreve que a realidade a se considerar quando da definição da regularidade ou ilicitude do comportamento do Estado é a do momento em que se atuou, e não a do futuro, à época do controle posterior.

Reafirmando a importância do controle e a necessidade de evitar interpretações teratológicas que o torne inócuo na realidade administrativa, observe-se, mais uma vez, que tal essencialidade não é incompatível com a proibição de ofensa às competências dos gestores públicos, à segurança jurídica ou à confiança legítima. Cabe aos operadores, em cada situação concreta, ponderar as circunstâncias fáticas e as consequências advindas da própria competência controladora, evitando a destruição do sistema de acompanhamento e fiscalização da Administração Pública, bem como excessos que tenham por consequência o ruir da atividade administrativa do Estado, com punições descabidas e indevidas.

4.2 A verdade material como obrigação: a ampla defesa como consequência jurídica constitucional

A teoria geral dos atos administrativos implica discussão quanto aos aspectos que servem de base fática e jurídica para atividade pública, bem como coloca sob discussão a prova que viabilize analisar os referidos fundamentos. É preciso assegurar a incidência de tais postulados quando se trata da atividade de controle, sujeita integralmente aos parâmetros do regime jurídico de Direito público.

Não se pode confundir o meio de exteriorização do ato (a forma que, em regra, é escrita) com os instrumentos de prová-lo. De fato, a prova é somente o mecanismo por meio do qual se evidencia que o ato administrativo foi realizado. Assim, um ato escrito pode ser comprovado oralmente, por meio de provas testemunhais ou mesmo de depoimento pessoal de uma das partes interessadas. Isso se dá porque vige, no Direito Administrativo, o princípio da verdade material. Esse princípio impõe ao agente público competente o dever de perseguir a comprovação dos fatos ensejadores de determinado pronunciamento estatal.

Já se anunciou o reforço, pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ao dever de se atentar às circunstâncias concretas que embasam o juízo administrativo e controlador, sendo certo que a motivação obrigatoriamente se vincula às dificuldades reais do gestor (artigo 22 da LINDB).

Ora, se também é dever da Administração controladora reconstruir os fatos que autorizam a sua ação fiscalizatória, os quais não podem ser ignorados em virtude do princípio da realidade, é cabível o uso dos mais amplos meios probatórios que possam tornar seguro e jurídico o juízo a propósito dos comportamentos públicos em tese. Por isso, a doutrina vem afirmando que, quanto à prova do ato administrativo, inclusive o praticado no exercício da função de controle, vige o princípio do informalismo, o qual atribui ao agente público a função de viabilizar ampla produção probatória. Assim, viabiliza-se uma percepção adequada a propósito da realidade administrativa, sob o prisma jurídico e fático.

Na mesma linha de raciocínio, confira-se:

De acordo com o princípio da verdade material (ou real), a instrução probatória do processo administrativo deve ser feita de forma que os autos traduzam a realidade dos fatos com a maior fidelidade possível. Tal tarefa caberá ao administrador, que tem o dever de adotar postura ativa na instrução do feito, seguindo modelo inquisitorial de produção de provas. Logo, o arcabouço regulamentar a que se submete o agente público deve permitir a ampla produção de provas, em prol não apenas dos interesses do administrado, mas como garantia de que a lei será bem aplicada.³³

33 LEAL, Ruy de Ávila Caetano. Princípio da oficialidade e verdade material no processo administrativo previdenciário: comprovação do exercício de atividade rural. Disponível em: <https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/7306308>. Acesso em: 22 jul. 2019.

A autoridade administrativa, na busca da verdade material, não está sujeita a formalismos rígidos ou a obediência a formas sacramentais. Diante da atuação da autoridade administrativa, não vigora o princípio da verdade formal, em que as formas dos atos, prazos, distribuição de ônus de prova e a sistematização dos procedimentos são rigorosamente previstos e obedecidos. Em busca da verdade dos fatos, afastam-se os formalismos em prol da busca da verdade material e correta aplicação do princípio da legalidade.³⁴

Restrições indevidas à amplitude probatória que se exige quanto ao meio de exteriorização do ato administrativo têm sido entendidas como violação de garantias constitucionais: “Ofende o devido processo legal substancial (Carta Magna, art. 5º, LV), por excesso de formalismo e ausência de razoabilidade, a não-concessão de prazo para que a parte autentique a documentação apresentada no processo administrativo”.³⁵ Referida premissa aplica-se especialmente ao ato de controle praticado de forma subsequente aos atos administrativos perfeitos, válidos e eficazes que já se estabilizaram no ordenamento.

A prova da vontade pública exteriorizada quando do exercício do controle interno que altera juízos técnicos administrativos anteriores deve ser, pois, a mais ampla possível, sob pena de supressão do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da obrigação de o controlador apurar base fática sólida para seu comportamento fiscalizatório. Destaca-se a possibilidade ampla de produção probatória como perícia técnica, juntada de documentos, inclusive aqueles resgatados junto a sistemas eletrônicos disponíveis, oitivas de testemunhas, inclusive servidores públicos, entre inúmeros meios de instrução do expediente. Pretender que um controle, seja ele interno ou externo, se dê sem fase destinada à produção probatória dos elementos pertinentes à realidade da execução do pactuado é, definitivamente, fazer letra morta o artigo 5º, LIV e LV da CR.

Nos casos em que ocorre ofensa à amplitude de defesa, com comprometimento do contraditório, o Supremo Tribunal Federal entende violada a Constituição da República,³⁶ o que implica nulidade da conduta administrativa em questão.³⁷ Nessa perspectiva, não é suficiente para a constitucionalidade de qualquer processo administrativo que a Administração comunique ao interessado as razões fáticas com base em que age. É preciso que seja garantida a produção de provas e que haja contraditório durante o trâmite procedimental. Ou seja, é imprescindível que haja alternância de pronunciamentos e que a produção de provas seja ampla na coleta dos elementos fáticos relevantes, ainda mais quando resulta do comportamento de controle, potencialmente, constrição significativa de diversos jurídicos alheios.

Se não se produzir prova do que se afirma como base da vontade expressada pelo órgão de controle, não se utilizando a ampla possibilidade dos diversos meios à disposição das partes, tem-se violação grave à Constituição.

Registre-se ser inadmissível ignorar as garantias constitucionais inerentes ao devido processo legal, vinculantes dos trâmites em controladorias, corregedorias, auditorias e órgãos hierárquicos superiores de pessoas federativas e entidades administrativas. A exigência constitucional do direito de defesa e do contraditório, bem como a própria verdade material não podem ser abolidas em nenhum comportamento estatal, de natureza seja administrativa seja normativa, sendo cada vez mais rigoroso o entendimento dos Tribunais Superiores a esse propósito.

34 FRAGA, Henrique Rocha. *Os princípios da legalidade, da verdade material e do inquisitório perante a atividade administrativa de lançamento tributário*. Disponível em http://rochaefraga.com.br/wp-content/uploads/2017/08/os_principios_da_legalidade_da_verdade_material.pdf. Acesso em: 19 jul. 2019.

35 AMS nº 1999.01.00.102190-7/DF, rel. Juiz Federal Leão Aparecido Alves, 3a Turma Suplementar do TRF da 1a Região, DJU de 18.09.2003, p. 89.

36 “II. Contraditório e ampla defesa: art. 5º, LV, da Constituição: conteúdo mínimo. 1. A garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa tem o conteúdo mínimo: a decisão que o desconhece viola diretamente o art 5º, LV, da Constituição, ainda que se pretenda conforme à lei estadual.” (RE nº 266.397-PR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1a Turma do STF, DJU de 07.05.2004, p. 26)

37 Ag. Regimental no RE nº 211.416-SC, rel. Min. Ellen Gracie, 2a Turma do STF, DJU de 06.08.2004, p. 52.



4.3 Proporcionalidade

É preciso equilíbrio, racionalidade e análise ponderada de qual controle, com quais mecanismos de ação, é cabível diante de uma realidade específica. É preciso normatizar o controle sem o considerar a solução mágica para os problemas do Estado, nem o reputar o único responsável pelos erros da Administração Pública. Cabe-nos realizar estudos, identificar teses, fixar padrão de fiscalização e planejar como ensejar que tipo de controle para qual tipo de atividade administrativa. Ao legislar sobre essa matéria, entre a “ilusão positivista de uma única resposta para todas as perguntas” e o “surto neoconstitucionalista da ampla discricionariedade, inclusive a do controlador”, há de se construir uma alternativa mais adequada à realidade dos órgãos de controle brasileiros, com preocupação sistêmica de um mínimo de equilíbrio e efetividade.

É de bom tom reconhecer que não apenas “atos e contratos da Administração Pública” precisam ser controlados, mas o comportamento do Poder Público como um todo: a) emendas parlamentares que destinam recursos públicos e precisam ter efetivo comprometimento com as determinações constitucionais; b) gestão de pessoal; c) gestão do patrimônio público; d) cumprimento do mínimo a ser aplicado na saúde e na educação; e) gestão de recursos orçamentários à luz do ordenamento jurídico como um todo; f) observância das regras da Lei de Responsabilidade Fiscal, inclusive arrecadação e renúncia de receita; g) regularidade e probidade nas contas dos gestores de recursos públicos e nas contas do governo; h) constitucionalidade de privatizações, bem como de transferências realizadas por concessões, PPPs e outros mecanismos administrativos; i) concepção e implantação de políticas públicas; entre tantos outros aspectos.

No exercício desse controle, é preciso que os diplomas legais não sejam editados aleatoriamente, com determinações não convergentes de instrumentos de fiscalização, consensualização e repressão. A preocupação com a articulação interna e externa, principalmente interinstitucional de controle, deve começar na edição da lei e culminar no cotidiano de atuação desses órgãos públicos. Atuações contraditórias e pulverizadas, sem qualquer estratégia única, somente enfraquecem os órgãos de controle e os torna inimigos da proteção ao interesse público. Modernizar essas esferas implica o trabalho de articulação e coordenação que certamente refletirá na qualidade do trabalho prestado. Para tanto, será preciso superar as resistências internas, implantar uma comunicação ágil e efetiva, mudar as culturas isolacionistas de trabalho, viabilizar a monitorização de processos cujos resultados tenham repercussão em outras instâncias e apostar em manifestações técnicas de especialistas que estejam convencidos da importância da atividade interdisciplinar dos diversos órgãos.

Outrossim, é preciso reforçar a atuação de quem, por natureza institucional, pode atuar preventivamente evitando desvios, fraudes e ilícitos. Nesse contexto, cabe-nos entrar no século XXI. Parte dos estudiosos jurídicos segue vivendo como se a inteligência artificial já não fosse realidade, seja em órgãos de controle como a CGU e o TCU seja em órgãos da Administração municipal (como em Recife) ou estadual (como em São Paulo). Será muito melhor, no lugar de negar a realidade tecnológica, admitir que mais cedo ou muito mais cedo teremos de lidar com algoritmos que definirão como atuar, também o Estado, seja o administrador seja o controlador. É preciso pensar como compatibilizar com garantias constitucionais fundamentais a concepção dos parâmetros que, automatizados, levarão a uma série de decisões com repercussão pública. Se não fizermos isso, a tecnologia seguirá atropelando a Ciência Jurídica e potencialmente servirá como instrumento de eternizar problemas antigos, de fazer surgir novos até hoje impensáveis, sem falar no agravamento de vícios graves, em cujo combate seguimos perdedores.

Pode-se afirmar que o controle é a pior coisa se mal concebido e pior exercido. O mesmo vale para a atividade administrativa. Lei “burra” faz Administração Pública ruim, ainda mais se quem a capturou foram mentes perversas com interesses escusos. Em sentido contrário, caso sejam adotados parâmetros normativos melhores e, assim, seja possível instrumentalizar de uma forma mais “inteligente” os órgãos cujo pessoal trabalha nessas atividades de administrar e controlar, pode ser que em algum tempo sejam alcançados melhores resultados.

5 RISCOS DO CONTROLE

Além dos aspectos já anunciados a recomendar cautela com os riscos inerentes ao controle, não se ignoram as tentativas de, por vezes, utilizá-lo para subjugar determinadas carreiras às vontades governamentais transitórias, seja retirando-lhe a possibilidade de atuação seja reduzindo o seu campo de atividade seja tornando tímido ou até covarde seu campo de atuação. Para tanto, tem-se desde correições convencionais a auditorias extraordinárias sem qualquer fundamento constitucional ou legal e em flagrante ofensa aos limites e, em alguns casos, às prerrogativas institucionais, sem que se ignorem as diversas tentativas de alterar a legislação ou normatização administrativa com o objetivo de reduzir as competências de um dado órgão ou de o submeter à subordinação técnica em relação a outros órgãos do governo.

Não se pode admitir o uso do sistema de controle interno e externo de respeito à ordem jurídica para acuar determinados profissionais, sendo imperioso garantir a primazia do interesse público primário e evitar o incremento de um movimento de judicialização já excessivo na realidade contemporânea. Num tempo em que o novo Código de Processo Civil traz mecanismos de resolução administrativa de conflitos como etapas essenciais à prestação da tutela jurisdicional e que institutos como mediação são previstos como instrumentos eficazes de o Estado atuar com regularidade, é manifesta a responsabilidade de quem exerce uma atividade controladora, a qual deve subserviência à legalidade conforme o ordenamento vigente. Nenhuma atividade de órgão de controle interno ou externo pode ter como resultado o abortamento da efetividade da atuação preventiva, simultânea ou repressiva da ação dos agentes públicos nos limites das normas vigentes.

A competência decisória do Estado, inclusive quando se trata de controle de juridicidade e verificação do conteúdo adequado para atos pertinentes à realização de política pública, deve ser exercida cada vez mais de modo estruturado, não se tolerando quaisquer excessos de órgãos de controle.

A esse respeito, a doutrina brasileira tem advertido sobre os perigos e resultados danosos já consequência dos excessos dos órgãos de controle. O professor paulista Floriano Azevedo Marques Neto, em artigo que se tornou referência na matéria, escreveu:

O controle não é um fim em si mesmo. Ele é um instrumento para o aperfeiçoamento da Administração e para a busca de eficiência e efetividade. A presunção de que o controle valha por si só, como se a mera existência de estruturas de controle seja suficiente para a Boa Administração trai uma visão formalista do controle.

(...) Qualquer controle que, sob o pálio de coibir o desvio ou o desperdício impede a consecução de uma ação administrativa acaba por produzir um efeito contrário àquele que justifica a existência do controle. (...) Do mesmo modo, um sistema de controle que só pune, invalida e impede não será um controle conforme os cânones do Estado Democrático de Direito. (...)

Neste sentido é que se diz que o controle deve ser responsivo ou que deve ter um viés pragmático ou sequencialista. Em uma palavra, qualquer órgão ou agente incumbido do controle (Tribunal, órgão administrativo ou Corte de Contas) deve sempre perquirir e avaliar as consequências da medida de controle antes de adotá-la.³⁸

6 O PROBLEMA DA CAPTURA E DAS EXTERNALIDADES NEGATIVAS DO CONTROLE

Entre os problemas oriundos dessa realidade, é preciso frisar a possibilidade de captura das competências pelo controlador.³⁹ Se se transfere para o órgão de controle a possibilidade de determinar a finalidade a ser alcançada por servidor da Administração Pública, o controlador acaba por se apropriar da

38 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. In: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 207.

39 *Ibidem*, p. 230.



atribuição administrativa. Quem terá a palavra final será o controlador, o que, além de inconstitucional, torna a ação potencialmente viciada de ilegalidades e desvios em face do ordenamento sem esfera de correção possível (não haverá quem controle o controlador), comprometendo o interesse dos cidadãos e do próprio governo. Outrossim, a multiplicidade de mecanismos de controle, diversos e esquizofrenicamente previstos em várias leis das três esferas federativas, pode conduzir a um resultado comum: uma sobreposição que paralisa a efetividade da atividade administrativa, aí então sujeita a controles preventivos e repressivos, não raramente desconexos e contraditórios.

Se nenhuma autoridade administrativa ou órgão público está blindado do controle adequado (e é óbvio que não está, como se já demonstrou), também não é legítimo que se amplie a fiscalização além dos limites do ordenamento, com sofisticação das investidas que buscam reduzir o espaço da sua atuação independente. É preciso não transformar a atividade administrativa do Estado numa atividade sujeita a riscos jurídicos de toda ordem e que, como adverte Fernando Vernalha Guimarães,⁴⁰ leve à desistência de ação, por instinto de autoproteção a demarcar as ações na “zona de conforto”. O que de pior pode acontecer com quem trabalha na Administração Pública é acuar os agentes públicos, de modo que lhes reste somente tentar se proteger e, em situações-limite, aquiescer com projetos cuja conformidade com o ordenamento seja incerta. Sobre essas externalidades negativas, confira-se a lúcida advertência:

É claro que o controle sobre a atividade administrativa é algo imprescindível e inevitável, inclusive aquele de natureza burocrática, uma vez que necessitamos de instrumentos eficazes para inibir condutas arbitrárias, ímprobas e ilegais, assim como para fiscalizar as ações do gestor do interesse coletivo. E é certo também que o controle, por si, gera ineficiências. É da sua essência interferir no funcionamento da atividade administrativa, criando travas e fricções burocráticas (por assim dizer).

O ponto que parece merecer maior reflexão é precisamente a cultura do excesso de controle, que vem gerando efeitos colaterais indesejáveis, favorecendo a proliferação de ineficiências. É necessário perceber, enfim, as “externalidades negativas” do controle, que devem ser consideradas para o fim da calibragem desse sistema.

A cultura pelo excesso de controle tem uma compreensível inspiração em períodos históricos que concentraram eventos de corrupção, marcados pelo trato patrimonialista da coisa pública. A tonificação e densificação do controle da atividade administrativa trazida com a Constituição de 88 surge como resposta à farra de desmandos e frouxidão ética do gestor público historicamente percebida como uma patologia da Administração Pública. Na esteira desse processo, o sistema de controle se renovou e se aperfeiçoou, e passou a ser cultuado como um dos pilares fundamentais da legitimação democrática.

A partir disso, o culto ao controle na atividade administrativa só cresceu e se alastrou. Isso foi bom. Mas a disseminação da cultura do controle não veio acompanhada de ressalvas importantes em relação às tais externalidades negativas que dele podem derivar. Há pelo menos dois aspectos que podem ser percebidos em relação à assimilação acrítica da cultura do controle. Em primeiro lugar, disseminou-se a compreensão de que quanto mais controle, melhor, como se a dose de controle fosse indiferente ao bom funcionamento do aparelho administrativo.⁴¹

6.1 Os custos do controle

Como vem escrevendo o professor da FGV do Rio de Janeiro Eduardo Jordão, especializado na teoria geral do controle, autor de recente obra sobre a matéria,⁴² o controle não é gratuito e seus custos sequer se limitam ao dispêndio de recursos do erário:

40 GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle. *Direito do Estado*, n. 71, 31 jan. 2016. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 19 jul. 2017.

41 *Ibidem*.

42 JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa*. São Paulo: Malheiros, 2016.

Na dimensão mais evidente, o controle, em si, depende do dispêndio de valores públicos relevantes, para fazer rodar a máquina institucional respectiva, seus funcionários e o seu tempo. Mas os custos do controle da administração vão muito além disso. Incluem ainda os ônus gerados ou induzidos pelo controle.

Em primeiro lugar, há os valores incorridos pela administração pública para adequar as suas ações às determinações do controlador. (...)

Em segundo lugar, há os custos sociais decorrentes da postura cautelosa adotada pelo administrador, para precaver-se de eventuais contestações. Não é incomum o argumento de que exigências excessivas dos controladores frequentemente desestimulam a ação pública. Nos Estados Unidos, a doutrina denuncia a ossificação administrativa resultante das severas condições impostas pelos controladores (em fenômeno ali denominado *analysis paralysis*). No Brasil, já é frequente a afirmação de um administrador 'assombrado pelo controlador' ou da consagração de um 'direito administrativo do inimigo', a prejudicar que o administrador público ouse adotar soluções menos ortodoxas, mas claramente conducentes à realização do interesse público.

Em terceiro lugar e enfim, há os ônus públicos decorrentes das opções determinadas pelo controlador, muitas vezes em substituição àquelas do administrador. (...)

A atenção ao elemento dos custos exige que se adicione pragmatismo à análise do controle da administração pública. Se esta atividade é em si custosa (para o controlador) e gera custos adicionais (para o controlado e para a sociedade), então não é possível justificar a sua implementação indiscriminada e sem reservas.

Disto resultam duas consequências dolorosas para a nossa romântica tradição jurídica.

(...) Na visão tradicional, o controle seria sempre socialmente positivo (...) A prática é toda uma outra coisa.

Para começar, o óbvio: assim como os controladores podem corrigir erros, eles também podem desfazer acertos. O controlador não é infalível. Enxergar apenas as possíveis consequências positivas da sua intervenção é adotar concepção idealizada e irrealista da sua atuação. É natural que esta visão seja popular no Direito, já que transfere poder para os seus profissionais. Mas isto não significa que a solução que ela propõe seja socialmente desejável.

No mais, se a intensificação do controle reduz a possibilidade de abusos de poder perpetrados pelo administrador público, por outro lado ela aumenta a possibilidade de abusos cometidos pelo próprio controlador. E, assim como não há razão para crer que apenas o administrador público erra, tampouco há razão para crer que ele possui o monopólio do abuso de poder.

Finalmente, num cenário em que as determinações jurídicas são cada vez mais inexatas e abertas à interpretação, é irreal supor que há respostas corretas para cada questão que é levada ao controlador. Há espaço de liberdade em grande parte das decisões tomadas pelo administrador público. E, se é assim, há um risco de que o controle veicule não a correção de decisões tomadas pela entidade controlada, mas mera substituição de suas escolhas pelas do controlador.

(...) Ao invés desta superioridade a priori, do controlador, é recomendável que se promova uma comparação de capacitações das instituições envolvidas (a autoridade administrativa controlada e a entidade de controle), para modular a intensidade do controle a ser aplicável nos casos concretos. (...) A análise institucional comparativa já é a regra em diversas jurisdições e vem ganhando a atenção também da nossa doutrina. Estes esforços iniciais, no entanto, não podem esconder a necessidade de avançar no debate a propósito dos limites deste enfoque, bem como nas dificuldades de sua operacionalidade concreta (sobre o tema, v. o nosso Controle judicial de uma administração pública complexa, São Paulo, Malheiros, 2016, capítulo 1.2). Além disso, trata-se de enfoque que ainda não tem acolhida entre os controladores – eles que, ao final, terão que tomar este passo de autorrestrição.⁴³

43 *Ibidem*.

7 CONTROLES “MISSIONÁRIOS”: O DESCONTROLE DO CONTROLE?

Vivemos um tempo que nos exige lucidez e firmeza em relação aos pressupostos básicos do Direito e das atividades administrativas, principalmente quanto à função de controle da legalidade administrativa.

Recentemente, estudos doutrinários passaram a tratar do conflito institucional entre órgãos de controle, referindo-se às habituais tentativas de assédio na atuação de controladores e servidores da estrutura administrativa, associadas a ameaças de investigações penais e por órgãos de controle interno, entre outras medidas cujo resultado é o efetivo comprometimento da independência de quem faz e, por vezes, de quem controla.

Clássica a advertência de Odete Medauar no sentido de que “a avaliação dos diversos controles institucionalizados do Brasil revela insuficiências e inefetividades”,⁴⁴ não consubstanciando qualquer aprimoramento técnico ou melhoria avaliatória tentar pressionar agentes públicos que exerceram suas competências, em atividades regulares com fundamento constitucional e legislativo.

Diante dessa realidade, cabe chamar a atenção para o ensinamento do jurista baiano Paulo Modesto:

É preciso evitar o descontrole do controle, a superposição de controles, o retardamento inútil de medidas saneadoras, a falta de motivação de medidas restritivas, a ausência de indicação de alternativas válidas de gestão. Numa palavra, é importante *parametrizar o controle* e oferecer segurança jurídica ao Estado e aos particulares tanto na atividade de controle quanto na atividade de gestão. O *controle não é uma atividade com fim em si mesma; é meio para a realização de fins materiais prezados pela comunidade e meio para garantir a dignidade humana.*⁴⁵

Atentando para essa perspectiva de impedir o “descontrole do controle”, repita-se à exaustão: admitir que órgãos de controle, muitos deles com autoridades máximas que definem a linha de atuação institucional providas em cargos comissionados de recrutamento amplo, possa interferir na atividade de servidores técnicos providos em cargos efetivos após concurso público é admitir a fragilização definitiva da própria Administração Pública e o sacrifício do interesse público primário de alcançar legalidade e eficiência administrativa. Isso porque um sistema assim permitiria que o servidor público com competência para exercer atribuições técnicas sofresse pressões de governantes transitórios que, em dadas circunstâncias, poderiam até mesmo alcançar a redução das garantias institucionais basilares, comprometendo o aperfeiçoamento da atividade sem a qual a malversação de recursos do erário, descabros administrativos e arbitrariedades podem se ampliar sem limites.

Diante de tais perigos, autores como Rodolfo Camargo Mancuso criticam os controles que se tornam “ingerências indevidas”, na sugestiva expressão popular, de “engenheiros de obra feita”, além de também lembrar: “Quem não exerce os seus direitos, certamente não os merece.”⁴⁶ Destarte, sequer é possível aos servidores públicos abrirem mão do seu dever de atuar tecnicamente, nem mesmo lhes é lícito renunciar à proteção que o ordenamento lhes destina, ao fixar os seus misteres. Igualmente, é inadmissível ignorar os riscos de não se viabilizar o exercício responsável do controle, função essencial num sistema de pesos e contrapesos. O equilíbrio a se alcançar que se mostra como um desafio requer outras ponderações, encaixadas na nova realidade da Ciência do Direito e da legislação, como a Lei Federal nº 13.655/2018.

44 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 441.

45 MODESTO, Paulo. O controle público e o fetiche da culpa. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modes-to/o-controle-publico-e-o-fetiche-da-culpa>. Acesso em: 18 jul. 2016.

46 JORDÃO, Eduardo. *Por mais realismo no controle da administração pública*. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Eduardo-Jordao/por-mais-realismo-no-controle-da-administracao-publica>. Acesso em: 17 jul. 2016.

O que se pede dos órgãos de controle interno e externo é que se afastem de medidas que somente causam ineficiência e o não cumprimento dos deveres constitucionais, passando a adotar o controle responsivo. Afinal, como adverte a doutrina, há vários aspectos que precisam ser considerados: (i) a multiplicidade de controles pode levar à ineficiência do próprio controle; (ii) os procedimentos de controle têm custos; e (iii) o controle pelo controle pode levar ao déficit de responsividade. Considerando que a atividade de controle é em si uma atividade administrativa, também deve se submeter ao cânone da economicidade, legalidade e eficiência. Mais que buscar regras e controles em excesso, o desafio é perseguir um sistema de controle que seja constitucional e enseje a efetividade das competências públicas.⁴⁷

Num país em que grassa a corrupção é tentador para qualquer agente público imbuir-se da certeza de que sabe (mesmo o ainda incomprovado) e, inspirado pelo propósito de fazer a Justiça realidade, agir com rigor e sanha punitivista. Precisamos de controladores que resistam à tentação. É preciso obediência à realidade (como princípio), à verdade material (como dever de perseguição e parâmetro da ampla produção probatória na seara do Direito Administrativo) e buscar o motivo verdadeiro (como pressuposto fático do ato administrativo) do ato de controle é imperativo de quem lida cotidianamente com o pior e o melhor da Administração Pública.

8 REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Regimental no RE nº 211.416-SC, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma do STF, DJU de 06.08.2004, p. 52.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 266.397-PR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma do STF, DJU de 07.05.2004, p. 26.

BRASIL. TRF da 1ª Região. AMS nº 1999.01.00.102190-7/DF, rel. Juiz Federal Leão Aparecido Alves, 3ª Turma Suplementar do TRF da 1ª Região, DJU de 18.09.2003, p. 89.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle Jurisdicional do ato administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FAGUNDES, Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1950.

FRAGA, Henrique Rocha. *Os princípios da legalidade, da verdade material e do inquisitório perante a atividade administrativa de lançamento tributário*. Disponível em: <http://rochaefraga.com.br/wp-content/uploads/2017/08/os-principios-da-legalidade-da-verdade-material.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2019.

FRANÇA, Phillip Gil. *Ato administrativo, consequencialismo e compliance*. Gestão de riscos, proteção de dados e soluções para o controle judicial na era da IA. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2002.

⁴⁷ MARQUES NETO, Os grandes desafios do controle da Administração Pública, op. cit., p. 207.



- GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos*. Coimbra: Almedina, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle. *Direito do Estado*, n. 71, 31 jan. 2016. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 19 jul. 2017.
- JORDÃO, Eduardo. Artigo 22: Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, nov. 2018.
- JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa*. São Paulo: Malheiros, 2016.
- JORDÃO, Eduardo. *Por mais realismo no controle da administração pública*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Eduardo-Jordao/por-mais-realismo-no-controle-da-administracao-publica>. Acesso em: 17 jul. 2016.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- LEAL, Ruy de Ávila Caetano. Princípio da oficialidade e verdade material no processo administrativo previdenciário: comprovação do exercício de atividade rural. *Revista da AGU*, ano 10, n. 30, out./2011, p.329-257.
- MACHADO, Mario Brockmann. Separação dos poderes e controle externo do Judiciário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 9, p. 81-86, out.-dez. 1994.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei 13.655/2018 (Lei da Segurança para Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. In: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O Controle dos poderes Executivo e Legislativo pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo*, v. 234, p. 255-259.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MODESTO, Paulo. O controle público e o fetiche da culpa. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/o-controle-publico-e-o-fetiche-da-culpa>. Acesso em: 18 jul. 2016.
- MOTTA, Fabrício. *Função normativa da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- PIRES, Maria Coeli Simões. Transparência e responsabilidade na gestão pública. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 81, n. 4, ano XXIV, p. 61-66, out./dez. 2011,
- RIBEIRO, Leonardo Coelho. Presunções do ato administrativo, capacidades institucionais e deferência judicial a priori: um mesmo rosto, atrás de um novo véu? *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 22, ano 4, p. 85-115, jan.-fev. 2010.
- SANCHEZ GOYANES. Enrique (Coord.). *Manual de derecho administrativo*. Madrid: Editorial Colex, 1997. v. 1.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. A Katchanga e o bullying interpretativo no Brasil. *Consultor Jurídico*, 28 jun. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>. Acesso em: 20 out. 2020.





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: faleconosco@mpc.mg.gov.br

Horário de atendimento ao público: 07:00 às 12:00 e 13:00 às 17:00