

JMPMG JURÍDICO

Edição Patrimônio Público • 2017
ISSN 1809-8673

Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Mala Direta
Postal
9912297003/2012-DR/MG
PGJ
...CORREIOS...



PATRIMÔNIO PÚBLICO
NOTAS TÉCNICAS - 2017
VOLUME 2

ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR

Antônio Sérgio Tonet
Procurador-Geral de Justiça

Paulo Roberto Moreira Caçado
Corregedor-Geral do Ministério Público

Alceu José Torres Marques
Ouvidor do Ministério Público

Márcio Heli de Andrade
Procurador-Geral de Justiça Adjunto Jurídico

Helena Rosa Portes
Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo

Rômulo de Carvalho Ferraz
Procurador-Geral de Justiça Adjunto Institucional

Edson Ribeiro Baeta
Chefe de Gabinete

João Medeiros Silva Neto
Secretário-Geral

Clarissa Duarte Martins
Diretora-Geral

CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Nedens Ulisses Freire Vieira
Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Antônio de Padova Marchi Júnior
Coordenador Pedagógico do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Ana Rachel Brandão Ladeira
Superintendente de Formação e Aperfeiçoamento

João Paulo de Carvalho Gavidia
Diretor de Produção Editorial

FICHA TÉCNICA

Coordenação da publicação: José Carlos Fernandes Júnior

Editoração e diagramação: João Paulo de Carvalho Gavidia
Lucio Guimarães Silva (estágio)

Revisão: Luiz Carlos Freitas Pereira
Rafael Vinicius de Carvalho Picinin (estágio)
Isabella Albuquerque Goncalves (estágio)

Foto da capa: Created by Fanjianhua - Freepik.com

Produzido, editorado e diagramado pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (CEAF), em dezembro de 2017 e janeiro de 2018.



Sumário

Nota Jurídica n.º 20/2017	03
Doação de bem imóvel a particular. Dispensa de licitação. Vício formal de ato administrativo.	
Nota Jurídica n.º 21/2017	08
Fixação de subsídios de agentes políticos.	
Nota Jurídica n.º 22/2017	13
Patrocínio concedido por empresa pública a evento organizado por pessoa jurídica de direito privado.	
Nota Jurídica n.º 23/2017	18
Contratação direta para construção de presídios. Situação emergencial. Dispensa de licitação.	
Nota Jurídica n.º 24/2017	24
Contratação de particular por consórcio público municipal para fornecimento de serviço público aos entes consorciados.	
Nota Jurídica n.º 25/2017	35
Extensão do mecanismo da desvinculação de receitas a Estados e Municípios. Eficácia plena da EC n. 93/2016.	
Nota Jurídica n.º 26/2017	38
Gratificação pelo exercício de atividades extraordinárias junto à Escola do Legislativo Municipal.	
Nota Jurídica n.º 27/2017	40
Controle interno da administração pública municipal.	
Nota Jurídica n.º 28/2017	45
Transporte público. Custo de Gerenciamento Operacional. Natureza jurídica das cobranças.	
Nota Jurídica n.º 29/2017	50
Ação de improbidade administrativa. Descumprimento de decisão judicial. Tutela à saúde.	
Nota Jurídica n.º 30/2017	57
Taxa para emissão de certidão negativa de débito. Inconstitucionalidade. Direito fundamental à gratuidade.	
Nota Jurídica n.º 31/2017	60
Processo seletivo de estágio no Poder Executivo. Critérios objetivos. Ampla divulgação em edital público.	
Nota Jurídica n.º 32/2017	62
Procedimento padrão para escolha de leiloeiros do Detran/MG. Necessidade de licitação.	
Nota Jurídica n.º 33/2017	66
Assessor parlamentar. Cargo em comissão. Assessoramento técnico e político em atividades internas e externas ao parlamento.	

Ementa: Doação de bem imóvel a particular. Previsão na Lei n.º 8.666/93. Dispensa de licitação. Possibilidade. Vício formal do ato administrativo. Convalidação. Possibilidade. Ato inexistente. Convalidação. Impossibilidade.

1 Relatório

Trata-se de consulta formulada pela Dra. Clarissa Gobbo dos Santos, Promotora de Justiça da Comarca de Formiga, questionando a respeito da possibilidade de convalidação de doação de bem imóvel efetivada pela Prefeitura daquele município em favor de um time de futebol.

Relata que o imóvel vem sendo utilizado em favor da comunidade para prática de atividades esportivas, bem como para treinamento dos jogadores daquele clube.

De acordo, ainda, com a consulta, a municipalidade chegou a publicar ato decretando ser tal imóvel de utilidade pública, desapropriando-o, sem, no entanto, promover a formal transferência de sua propriedade para o dito time de futebol e, muito menos, editar lei autorizando aquela doação.

Questiona quanto à possibilidade de regularização da doação, mesmo diante da ausência de lei autorizadora e formal transferência de sua propriedade, e, em caso negativo, a respeito da viabilidade de propositura de ação de nulidade com a consequente retomada do bem para o Município.

Em síntese, é o relatório.

2 Fundamentação

Ao tratar da alienação de bens da Administração Pública, dispõe o art. 17 da Lei de Licitações:

Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I – quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:

(...)

b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas f, h e i;

(...)

§ 1º Os imóveis doados com base na alínea 'b' do inciso I deste artigo, cessadas as razões que justificaram a sua doação, reverterão ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada a sua alienação pelo beneficiário.

Extrai-se, portanto, a imposição das seguintes condições para a alienação de bens imóveis pela administração: autorização legislativa, avaliação prévia e licitação na modalidade de concorrência, dispensando esta última, entre outras situações, no caso de doações.

Marçal Justen Filho, em seus *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, justifica ser a licitação dispensada nos casos enumerados pelas alíneas do inciso I do art. 17 no fato de que as alienações de bens da Administração Pública nem sempre têm fins de natureza econômica ou financeira:

É indispensável assinalar que a alienação de bens pode ser instrumento da realização de duas funções estatais muito distintas. A função própria e direta da alienação consiste na obtenção pela Administração Pública de recursos econômicos (financeiros ou não), por meio da transferência de bens e direitos para terceiros. Quando assim se passa, o Estado se desfaz, temporária ou definitivamente, de bens e direitos, visando à obtenção de contrapartidas econômicas necessárias ao desempenho de suas demais atividades. (...)

Mas a alienação pode se configurar como manifestação do cumprimento de outras funções estatais. Há casos em que a alienação é o meio utilizado pelo Estado para realizar fins específicos e determinados. O Estado não busca obter recursos econômicos, mas influenciar o funcionamento do mercado ou fornecer utilidades aos carentes ou redistribuir a riqueza na sociedade, dentre outras finalidades. Em tais hipóteses, a alienação apresenta uma função indireta, que não reside em obter recursos para os cofres públicos.

(...)

A distinção é extremamente relevante porque o regime jurídico da alienação dos bens públicos será diverso em vista da função buscada. Quando se tratar de alienar bens e direitos para obter recursos patrimoniais, será cabível a licitação (de tipo maior lance). Outro será o regime jurídico quando a alienação do bem ou direito público for um meio para o desempenho de outras funções estatais. Nesse caso, caberá usualmente a contratação direta ou a adoção de procedimentos destinados a assegurar o tratamento isonômico entre os interessados.¹

Assim, caso esteja nos objetivos da Administração Pública a doação de bem imóvel para fomentar uma atividade econômica, o lazer, o esporte ou mesmo para atender a pessoas menos favorecidas no âmbito habitacional, cabível a contratação direta.

Importante observar que a restrição contida na alínea "b" do inciso I do artigo 17 supratranscrito, de doação apenas a órgão ou entidade da administração pública de qualquer esfera de governo, foi limitada pelo Supremo Tribunal Federal aos bens da União, através de medida cautelar proferida nos autos da ADI n.º 927-3². Entendeu a Suprema Corte possível a doação pela Administração dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive a pessoas jurídicas de Direito Privado, como no caso *sub examine*, salvo na hipótese de haver disposição legal em contrário, editada no âmbito do respectivo ente federado.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Editora Dialética, 2010. 14ª edição, p. 227.

² In: redir.stf.jus.br/paginadorpub.paginador.jsp?docTP=AC&docID=346697

Até aqui, como se vê, tratando-se de doação de bem imóvel público voltada ao fomento de uma atividade econômica, de políticas de implementação de moradia a pessoas menos favorecidas ou mesmo ao lazer e o esporte no município, exige-se, em princípio, dois requisitos: autorização legislativa e avaliação prévia.

No entanto, aprofundando-se na especificidade do tema, vejamos também as valorosas lições de Davi Ferreira Botelho³:

A doação de bens públicos imóveis é regulada pelo art. 17, da Lei 8.666/1993, que a permite se cumpridas algumas formalidades: interesse público devidamente justificado, avaliação do imóvel, autorização legislativa, licitação na modalidade concorrência e doação modal (com encargos ou obrigações) e condicional resolutive (com cláusula de reversão). A Lei restringe a dispensa de licitação para a doação a casos de interesse social. Qualquer doação de bem público pressupõe interesse público, a regra legal impõe à Administração que verifique se a doação consiste na melhor opção. Utiliza-se a doação de bens públicos sempre que o interesse público puder indicar ser essa a modalidade de transferência da propriedade mais vantajosa que alguma outra, o que muitas vezes se torna dificultoso, mas não deixa de ser frequente, como no caso de doação de lotes públicos a particulares, pessoas físicas ou jurídicas, em distritos industriais, com encargos de edificação e funcionamento de indústrias, mesmo que tributariamente incentivados, tudo visando oferecer empregos à população local, desenvolvimento da atividade econômica e, ao longo do tempo, propiciar aumento da arrecadação tributária. É regra pacificamente adotada a de que não pode haver doação de imóveis públicos sem a previsão de encargos de interesse público a serem cumpridos pelo donatário com prazo determinado em lei, sob pena de reversão ou retrocessão do bem ao poder público. Faz-se salutar esclarecermos que a doação pura e simples somente pode ocorrer quando o donatário for outro órgão ou entidade da Administração (Art. 17, I, b, Lei nº. 8.666/93).

Obviamente que, além destes requisitos impostos pela Lei de Licitações, indispensável que se atente a Administração Pública para os demais requisitos a que se sujeitam todos os atos administrativos como condição de validade.

Socorrendo-se nas balizadas lições da administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴, observa-se que são elementos do ato administrativo: o sujeito, o objeto, a forma, o motivo e a finalidade.

Em se tratando de doação de bem imóvel de propriedade do município, a autoridade competente para praticar o ato é o Prefeito, titular do Poder Executivo, cabendo a ele, inclusive, a autoria do projeto de lei a ser encaminhado à Câmara de Vereadores visando à imperiosa autorização legislativa.

O objeto deve ser lícito, possível e moral. Considerando-se a previsão pela Lei de Licitações quanto à possibilidade de alienação de bens imóveis mediante doação, não há que se questionar sua licitude. Trata-se, também, de objeto possível, além de moral, na medida em que, ao que se pode depreender das informações contidas no PAAF, não

3 BOTELHO, Davi Ferreira. Doação de Bens Imóveis e Bens Móveis pela Administração Pública. Artigo publicado no sítio www.conaci.org.br. In: <http://conaci.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Davi-Ferreira-Botelho.pdf>

4 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, São Paulo: Editora Atlas, 2011. 24ª edição. P. 204

se denota tratar-se de doação para atender a interesses exclusivamente particulares, mas ao interesse público da população da localidade, visto ser o beneficiário uma entidade esportiva que presta serviços à comunidade, inclusive implementando uma “escola de futebol para crianças”.

Quanto ao motivo, este também se afigura lícito e moral, posto que o ato, a princípio, decorre da necessidade do clube de possuir um imóvel próprio onde possa realizar suas atividades.

A finalidade, entendida esta como o resultado que a Administração Pública quer alcançar por meio do ato administrativo, também se mostra adequada, caso efetivamente seja a intenção atender o interesse público, proporcionando condições e estrutura para que o clube possa realizar suas atividades destinadas ao bem comum.

Finalmente, a este respeito, merece destaque que em palestra proferida no Tribunal de Contas do Município de São Paulo⁵, afirmou a já citada Professora Di Pietro acerca da forma e da formalidade que cercam o ato administrativo:

No que diz respeito à forma, costumo dizer que ela pode ser entendida em dois sentidos: podemos considerar a forma em relação ao ato, isoladamente, e, nesse caso, ela pode ser definida como a maneira como o ato se exterioriza; ele pode ter a forma escrita, verbal, ter a forma de decreto, de resolução, de portaria; o ato é considerado isoladamente. Em outro sentido, a forma pode ser entendida como formalidade que cerca a prática do ato: aquilo que vem antes, aquilo que vem depois, a publicação, a motivação, o direito de defesa; abrange as formalidades essenciais à validade do ato. Seja no caso de desobediência à forma, seja no caso de faltar uma formalidade, o ato vai poder ser invalidado.

Ora, de acordo com as informações apresentadas pela Promotora de Justiça da Comarca de Formiga, apesar da desapropriação do imóvel e sua disponibilização informal para uso do Nacional Esporte Clube, até o momento não se preocupou a municipalidade em buscar lei autorizadora para implementação de qualquer doação, encontrando-se, inclusive, o dito imóvel ainda matriculado no Cartório de Registro de Imóveis em nome do poder público municipal.

Neste cenário, pode-se afirmar, com segurança, que não se está diante de um ato de doação perfeito.

Muito pelo contrário!

De acordo com a lei civil, a transmissão da propriedade imóvel dá-se com a transcrição do título no registro de imóveis. É o teor do art. 1245 do Código Civil:

Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

§ 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

§ 2º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.

Da maneira como se desenvolveu e se desenvolve até o momento toda a celeuma em apreço, não se verifica tratar-se

5 In: www.tcm.sp.gov.br/legislação/doutrina/29a03_10_03/palestra.htm

de um ato de doação, mas uma mera autorização precária de uso, e, mesmo assim, informal, sem qualquer registro/formalização ao que parece.

Ora, inexistindo lei autorizando a doação e muito menos a transcrição do título de doação do imóvel não há que se falar em transferência de propriedade do imóvel público para qualquer ente privado. O imóvel ainda continua inserido no patrimônio do Município.

E mesmo que houvesse um ato administrativo de doação que não atentasse às formalidades legais estaria este sujeito à invalidação.

Neste ponto, merece ser ressaltada a seguinte abordagem ao tema convalidação, da lavra do festeja jurista José dos Santos Carvalho Filho⁶:

A **convalidação** (também denominada por alguns autores de **aperfeiçoamento** ou **sanatória**) é o processo de que se vale a Administração para aproveitar atos administrativos com vícios superáveis, de forma a confirmá-los no todo ou em parte. (...)

O instituto da convalidação tem a mesma premissa pela qual se demarca a diferença entre vícios sanáveis e insanáveis, existente no direito privado. A grande vantagem em sua aceitação no Direito Administrativo é a de poder aproveitar-se atos administrativos que tenham vícios sanáveis, o que frequentemente produz efeitos práticos no exercício da função administrativa. (...)

Há três formas de convalidação. A primeira é a **ratificação**. Na definição de MARCELO CAETANO, 'é o **acto administrativo pelo qual o órgão competente decide sanar um acto inválido anteriormente praticado, suprimindo a ilegalidade que o vicia**'. A autoridade que deve ratificar pode ser a mesma que praticou o ato anterior ou um superior hierárquico, mas o importante é que a lei lhe haja conferido essa competência específica. Exemplo: um ato com vício de forma pode ser posteriormente ratificado com a adoção da forma legal. O mesmo se dá em alguns casos de vício de competência (...)

A segunda é a **reforma**. Essa forma de aproveitamento admite que novo ato suprima a parte inválida do ato anterior, mantendo sua parte válida (...)

A última é a **conversão**, que se assemelha à reforma. Por meio dela a Administração, depois de retirar a parte inválida do ato anterior, processa a sua substituição por uma nova parte, de modo que o novo ato passa a conter a parte válida anterior e uma nova parte, nascida esta com o ato de aproveitamento.

Por outro lado, não se pode ignorar que até mesmo em casos de atos administrativos que padeçam de nulidade absoluta, dependendo da extensão dos efeitos decorrentes da eventual declaração de sua nulidade, têm admitido a doutrina e a jurisprudência pátrias sua permanência voluntária no mundo jurídico. É o que se depreende do seguinte trecho da já invocada palestra prolatada pela Professora Maria Sylvia⁷:

Um outro instituto sobre o qual é importante falar é o da confirmação.

Na confirmação se mantém o ato nulo, não se corrige a ilegalidade, mas se mantém conscientemente o ato como ilegal. Seriam hipóteses assim também excepcionais; eu tenho até medo de falar dessa possibilidade porque pode se fazer mau uso dela, mas o que a doutrina admite é que um ato ilegal pode ser mantido em determinadas circunstâncias, quando da invalidação do ato ilegal possa resultar um prejuízo maior para o interesse público do que da manutenção do ato.

(...)

Normalmente se exige, para a manutenção do ato ilegal, que ele não cause dano ao Erário, que ele não cause dano a direitos de terceiros porque se ele ferir direitos de terceiro, esse terceiro vai impugnar o ato. E exige-se também que a pessoa não tenha agido de má-fé, que o destinatário não tenha agido de má-fé.

Aplicável seria a teoria do fato consumado, como no caso submetido à apreciação do TJDF:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. EDITAL. EXIGÊNCIA. CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO NA DATA DA POSSE. TEORIA DO FATO CONSUMADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Segundo a teoria do fato consumado, a situação fática consolidada pelo decurso do tempo deve ser preservada, sob pena de causar à parte desnecessário prejuízo e afronta ao disposto no art. 462 do CPC.

2. Apesar de a impetrante não preencher todos os requisitos exigidos pelo edital quando nomeada, atualmente ela já se encontra apta a assumir o cargo público.

3. Ordem concedida para manter a impetrante no concurso, confirmando-se, assim, a liminar anteriormente deferida". (TJDFT - Classe do Processo: 2010 00 2 009235-7 MSG - 000923573.2010.807. 0000 - DF - Data de Julgamento: 15/02/2011 - Órgão Julgador: Conselho Especial - Relator: J.J. COSTA CARVALHO) (www.tjdft.jus.br)

Tudo isso tem como alicerce a convicção de que na tutela do patrimônio público não se deve atuar com foco exclusivo no princípio da legalidade estrita, mas sim em respeito também a outros princípios de igual importância para o direito administrativo, como o da supremacia do interesse público, da segurança jurídica e o da boa-fé, que devem ser cuidadosamente sopesados de forma a determinar se a nulidade de um ato deve ou não ser declarada.

O tema é abordado na inovadora teoria da estabilização dos efeitos do ato administrativo viciado, também chamada de estabilização das situações jurídicas, atualmente adotada pelo Supremo Tribunal Federal, que visa proteger o interesse público contra a invalidação de um ato que acabará por gerar maior dano à administração do que a sua própria manutenção no mundo jurídico.

Veja-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. TRÂNSITO EM JULGADO DE FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL AUTÔNOMO: SÚMULA N. 283 DO SUPREMO TRIBUNAL. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

(...) A singularidade extrema do presente caso impõe a prevalência do princípio da segurança jurídica na ponderação com o princípio da legalidade. Não há como fechar os olhos à realidade apresentada nos autos. (...) Conforme se colhe do julgado que se deve ter é que o retorno do servidor ao

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos – Manual de Direito Administrativo – 25ª ed., Ed. Atlas, 2012, São Paulo, pg.162

⁷ In: www.tcm.sp.gov.br/legislação/doutrina/29a03_10_03/palestra.htm

serviço público está sendo permitido apenas em razão de, após sopesar os princípios constitucionais, ter-se optado em dar preferência aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé, em detrimento do princípio da legalidade, tendo em vista o longo período de tempo pelo qual perdurou a situação.”

(642414 RO , Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 15/02/2012, Data de Publicação: DJe-038 DIVULG 23/02/2012 PUBLIC 24/02/2012)

No caso em tela, entretanto, como já exposto, não há como se falar em doação nula ou anulável, mas sim em uma doação inexistente.

Ressalte-se que não se está a fazer vistas grossas ao caso fático apresentado pela douta Promotora de Formiga, a ponto de não reconhecer a ocorrência de um fato jurídico, originado do imbróglio envolvendo o imóvel em questão.

A propósito, merece citação a corrente *Dinamicista*, tendo como um de seus defensores Carvalho Filho⁸ e apontada por muitos como majoritária, segundo a qual fato administrativo refere-se à atividade material no exercício da função administrativa, a produzir efeitos de ordem prática para a Administração Pública, nela espelhando uma alteração dinâmica.

Veja-se que, enquanto no Direito Civil fato jurídico significa o fato capaz de produzir efeitos na ordem jurídica, dele originando ou extinguindo direitos, ao tratarmos de fato administrativo não se perquire a respeito de produção de efeitos jurídicos, ampliando-se a ideia de atividade material no exercício da função administrativa, que busca efeitos de ordem prática para a Administração Pública, denotando um movimento na ação administrativa.

Nesta linha, é seguro afirmar que nem sempre os fatos administrativos têm como fundamento atos administrativos, podendo também advir de condutas administrativas não formalizadas em atos administrativos.

Tudo isto, entretanto, em nada colide com a segura conclusão de que não houve a prática de qualquer ato administrativo legítimo a caracterizar a transferência de propriedade do imóvel em questão para o mencionado time de futebol.

Ora, como sabido, o termo existência refere-se ao cumprimento do ciclo de formação e, neste particular, facilmente afere-se que no caso em apreço não houve o cumprimento integral do ciclo jurídico de formação de uma doação de bem público imóvel para particular.

Aliás, não é demais lembrar que nas sempre claras e precisas lições de Alexandre Mazza⁹, temos como elementos de existência do ato administrativo o conteúdo (aquilo que o ato dispõe, ou melhor, o que o ato decide, enuncia, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica) e a forma (o meio de exteriorização do ato), enquanto que se apresentam como pressupostos de sua existência o objeto (o bem ou a pessoa a que diz respeito o ato) e a referibilidade à função administrativa ou pertinência do ato ao exercício da

8 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25ª edição revista, ampliada e atualizada até a Lei n.º 12.587, de 3-1-2012. São Paulo: Atlas, 2012. Pp. 95/96.

9 MAZZA, Alexandra, *Manual de Direito Administrativo*, 3ª Edição. Editora Saraiva, 2013. p. 216/217.

função administrativa (o ato deve ser imputável ao Estado, no exercício da função administrativa).

Destarte, voltando aos questionamentos apresentados pela promotora consulente e considerando seu relato de que se trata de “doação de um imóvel de propriedade do Município para um time de futebol (...) onde são realizadas atividades esportivas para comunidade e (...) para treinamento”, sendo que “houve a desapropriação do bem por parte do Município por Decreto de Utilidade Pública do bem, (...) posteriormente doado (...), não houve lei autorizativa e (...) não se teve a transferência formal do imóvel, apenas fática”, assim se posiciona este Centro de Apoio Operacional:

1) É possível a regularização dessa doação? Em caso positivo, qual o mecanismo? Em caso negativo, seria viável uma ação de nulidade de doação com a retomada do bem para o Município?

Não tendo havido a prática das formalidades legais necessárias para a transmissão da propriedade do bem imóvel público a particular, este ainda integra o patrimônio do ente municipal.

A utilização de tal imóvel por particular, como no caso em apreço, vem ocorrendo por mera liberalidade da municipalidade, caracterizada pela informalidade e precariedade, de forma que a regularização da situação fática experimentada sujeitar-se-á às seguintes condições e opções:

- **havendo na atualidade o interesse da municipalidade em doar tal imóvel ao mencionado time de futebol e comprovada a presença do interesse público**, caberá a adoção das formalidades previstas no art. 17, I, da Lei de Licitações: avaliação prévia e lei autorizativa da qual conste, inclusive, cláusula de reversão caso o bem deixe de se destinar aos fins que motivaram sua alienação, com posterior lavratura de escritura pública e conseqüente registro no Cartório de Registro de Imóveis;

- **não havendo na atualidade o interesse da municipalidade em doar tal imóvel ao mencionado time de futebol**, caberá ao órgão público municipal a adoção das medidas administrativas e judiciais, visando reaver a posse mansa e pacífica do dito imóvel.

2) Qual a legalidade de doações de imóveis a empresas sem que se tenha o procedimento previsto na Lei 8.666/93? É possível a dispensa de licitação? Em caso positivo, em quais hipóteses? Em caso da doação já ter ocorrido de forma fática (precária) é possível a sua regularização?

São ilegais as doações de imóveis pela administração pública a particulares que não atentem aos comandos da Lei n.º 8.666/93.

Como estatui o próprio art. 17, I, “b” da Lei de Licitações, devidamente comprovado e justificado o interesse público, a licitação é dispensada no caso de doação de bem imóvel voltada ao fomento do emprego, da moradia, de atendimento a pessoas menos favorecidas ou mesmo do lazer e do esporte no município.

Quanto à possibilidade de regularização de “doação precária”, que ora se interpreta como a situação fática apresentada nesta consulta (inexistência de prévia autorização legislativa, de escritura pública e de seu registro no respectivo Cartório de Registro de Imóveis), considera-se respondida

tal indagação no item anterior, ressaltando, no entanto, que em algumas situações diversas, como exposto ao longo da fundamentação da presente nota, há a possibilidade de haver a convalidação do ato administrativo.

Vejamos como exemplo, a situação experimentada ainda em muitos cantos de nossa majestosa Minas Gerais, correspondente a lotes urbanos disponibilizados à população pela municipalidade, ao argumento de implantação de política habitacional, mas sem os cuidados exigidos para a devida formalização daqueles atos, de maneira a assegurar ao cidadão a legítima propriedade do tão sonhado “pedacinho de chão” onde edifica sua morada.

Mais cedo ou mais tarde, tais irregularidades acabam vindo à tona, exigindo, então, novo esforço do poder público para sanar aquilo que, tivesse havido de fato a preocupação com a “boa gestão pública” à época, não teria ocorrido.

Estando diante de doação inexistente e comprovadamente demonstrada na situação fática o interesse público, mesmo assim não haverá que se falar em convalidação. O que não existe não pode ser convalidado.

No entanto, no exemplo posto e considerada inexistente a doação, poderá o poder público regularizar aquela situação, seja providenciando a doação do imóvel, desta vez atentando a todas exigências legais, já exaustivamente narradas nesta peça, seja promovendo a legitimação da posse, atendendo aos preceitos da Lei n.º 11.977/2009, conforme o caso recomendar.

Logicamente que, demonstrando a análise do caso fático tão somente irregularidades de cunho formal, passíveis de serem sanadas, será possível superar o imbróglia através de mera confirmação do ato administrativo.

3 Conclusão

Diante de todo o exposto, respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural, conclui este Centro de Apoio Operacional que:

- a) não se permite doação de bens imóveis públicos para particulares sem a previsão de encargos de interesse público a serem cumpridos pelo donatário com prazo determinado em lei, sob pena de reversão ou retrocessão do bem ao poder público;
- b) a doação de bens imóveis públicos pura e simples somente pode ocorrer quando o donatário for outro órgão ou entidade da Administração (Art. 17, I, b, Lei n.º. 8.666/93);
- c) a simples disponibilização precária e informal de um imóvel público para uso de um particular, não seguida da edição de autorização legislativa, da lavratura da respectiva escritura pública e de seu devido registro no Cartório de Registro de Imóveis, é insuficiente para assegurar ao mínimo a existência de uma doação de bem imóvel público a particular, considerando-se, neste caso, inexistente qualquer ato de transferência da propriedade do imóvel pelo ente público ao particular;

d) uma vez comprovado e devidamente justificado o interesse público, é lícita a doação de bem imóvel público municipal a particular, mediante dispensa de licitação, quando pertinente à políticas públicas de fomento do emprego, da moradia, de atendimento a pessoas menos favorecidas ou mesmo do lazer e do esporte no município.

Remeta-se cópia, via e-mail, ao órgão de execução ministerial solicitante, com posterior arquivamento do presente feito.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 18 de maio de 2017

José Carlos Fernandes Junior
Promotor de Justiça
Coordenador do CAO – Patrimônio Público

EMENTA: Fixação de subsídios de agentes políticos. Regramento Constitucional. Arts. 29, V a VII, e art.29-A da CR/88. Art. 21, parágrafo único, LRF. Inaplicabilidade.

1 Relatório

Aportou neste Centro de Apoio Operacional consulta formulada pelo douto Promotor de Justiça da Comarca de Brasília de Minas, solicitando esclarecimentos acerca da verificação de eventual irregularidade na fixação dos subsídios de agentes políticos do município de Ubaí, promovida pela Lei Municipal n.º 375/2016, tendo em vista inúmeras representações recebidas via Ouvidoria do MPMG, com as seguintes alterações, em síntese:

- a) desproporcionalidade do aumento dos subsídios ao tamanho do município e a atual crise nacional;
- b) afronta ao art. 21, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal; e
- c) ausência de aumento de salários dos servidores municipais há muito tempo, inclusive com redução de benefícios.

2 Fundamentação

Inicialmente cumpre esclarecer que este centro de apoio operacional já se posicionou acerca do regramento legal para a fixação/reajuste dos subsídios dos agentes políticos, nos termos da Nota Jurídica n.º 24/2012.

Com efeito, em relação ao procedimento legislativo para fixação de subsídios de prefeitos, vice-prefeitos e secretários municipais, doutrina e jurisprudência posicionam-se firmes no sentido de que a proposta de lei, aqui interpretada em sentido estrito, é de iniciativa da Câmara Municipal, não havendo necessidade de observância da regra da anterioridade de legislatura, nos termos do art. 29, V, da CF/88, salvo disposição em contrário na respectiva lei orgânica municipal¹⁰.

Quanto à fixação dos subsídios dos vereadores, a competência também é da própria Câmara Municipal.

Apesar de não haver unanimidade quanto ao instrumento cabível para a fixação dos subsídios da edilidade – entendendo alguns que somente lei poderia ser utilizada para tanto –, a jurisprudência e doutrina mais balizadas defendem que resolução e o decreto-legislativo são instrumentos bastantes¹¹.

Outra premissa importante, cravada no art.29, inciso VI, da Carta Magna, refere-se à obrigação do legislativo municipal

de observar a regra da anterioridade de legislatura para fixação dos subsídios dos vereadores.

O limite remuneratório dos agentes políticos municipais – prefeito, vice-prefeito, secretários e vereadores – também é díspar entre os membros do Executivo Municipal e os da Câmara Municipal.

O limite ao subsídio do prefeito é o teto remuneratório previsto no art. 37, XI da CR/88, qual seja o subsídio mensal do Ministro do STF, sendo importante ressaltar que o subsídio do prefeito será o teto remuneratório para a municipalidade.

Já em relação aos vereadores, a Constituição da República, além do respeito ao teto remuneratório municipal (subsídio do Prefeito), também impõe as seguintes diretrizes, cumulativamente:

1. Fixação de subsídios até o limite de 75% dos subsídios percebidos pelos deputados estaduais, segundo parâmetros da população de cada município (art. 29, VI, “a” a “f”, da CR/88);
2. Observância do limite imposto pelo art. 29, VII, da CR/88, que dispõe que o total das despesas com remuneração dos vereadores não poderá ultrapassar 5% da receita do município; e
3. limitações financeiras /orçamentárias contidas no art. 29-A, I a VI, § 1º, CF.

Finalmente, de bom alvitre destacar que, por força do art. 169 da Constituição Federal, impõem-se, ainda, os seguintes limites percentuais da receita corrente líquida previstos no art. 20, III, “a” e “b”, da Lei Complementar n.º 101/2000, com relação à despesa total com pessoal:

- a. 6% para o Legislativo;
- b. 54% para o Executivo.

3 Caso Concreto

O órgão de execução ministerial de Brasília de Minas solicita seja analisada eventual procedência dos fundamentos que balizaram denúncias anônimas contra a fixação, no ano de 2016, dos subsídios dos agentes políticos do município de Ubaí, quais sejam:

- a) desproporcionalidade do aumento dos subsídios ao tamanho do município e a atual crise nacional;
- b) afronta ao art. 21, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal; e,
- c) ausência de aumento de salários dos servidores municipais há muito tempo, inclusive com redução de benefícios.

Passemos, então, à análise de cada um dos questionamentos.

¹⁰ Nesse sentido, confira-se STF, RE 484307, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 17/06/2008, publicado em DJe-119 01/07/2008; ADI 2112 / RJ – Tribunal Pleno – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJ 28/06/2002.

¹¹ Nesse sentido, confira-se STF, RE 763583, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, julgado em 25/09/2013, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-204 DIVULG 14/10/2013 PUBLIC 15/10/2013 e RE 611220, Relator(a):

Min. CELSO DE MELLO, julgado em 03/06/2011, publicado em DJe-119 DIVULG 21/06/2011 PUBLIC 22/06/2011.

3.1 Eventual desproporcionalidade do aumento dos subsídios ao tamanho do município e a atual crise nacional.

A Constituição da República de 1988, em seus arts. 29, incisos V a VII, e 29-A, disciplina a matéria concernente aos subsídios dos agentes políticos municipais.

Em se tratando de prefeito, vice-prefeito e secretários municipais, dispõe claramente que o teto para os subsídios será aquele correspondente ao subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art.37, XI, da CR/88.¹²

Já para o subsídio dos vereadores, além do teto remuneratório municipal (o subsídio do prefeito), a Constituição da República, em seu art.29, VI e VII e art.29-A, estabeleceu também critérios demográficos, financeiros e orçamentários.

Como se observa, além do respeito ao teto remuneratório municipal (subsídio do Prefeito), o primeiro critério é o da gradação dos subsídios levando-se em conta a população local e a remuneração do Deputado Estadual¹³; seguido de critérios financeiros e orçamentários, que vinculam o total das despesas com “remuneração” da edilidade a percentual da receita do município¹⁴, e a imposição de que os gastos do Poder Legislativo municipal, incluindo o subsídio de seus vereadores, obedeça determinado percentual do total da receita tributária e de transferência dos municípios, não podendo, ainda, gastar com a folha de pagamento 70% de sua receita.¹⁵

Percebe-se, portanto, que há limites constitucionais objetivos para a fixação dos subsídios dos agentes políticos municipais, permitindo sua correta aferição.

Como já apontado, a fixação dos subsídios do Prefeito Municipal, Vice-Prefeito e Secretários Municipais não observa o princípio da anterioridade de legislação, **salvo disposição contrária na respectiva lei orgânica**, alicerçada no poder de auto-organização do Município.

(...) Quando a lei fala em fixação de remuneração, em cada legislatura, para a subsequente, necessariamente prevê que tal fixação se dê antes das eleições que renovem o corpo legislativo. **Isso decorre, necessariamente, da ratio essendi do preceito.**(...)” (RE 62594, Relator(a): Min. DJACI FALCAO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/1969, DJ 05-12-1969 PP-*****)

Assim, a regularidade da fixação dos subsídios do Prefeito, Vice-Prefeito e Secretários Municipais de Ubaí, **além da possibilidade da Lei Orgânica prever a submissão ao princípio da anterioridade de legislação**, sujeita-se ao respeito das seguintes limitações:

¹² Art.29, V, CR/88

¹³ Art. 29, VI, “a” a “f” da CR/88 - Fixação de subsídios até o limite de 75% dos subsídios percebidos pelos deputados estaduais, segundo parâmetros da população de cada município; Importa ressaltar que não há automaticidade remuneratória.

¹⁴ 4. Art. 29, VII da CR/88 - o total das despesas com remuneração dos vereadores não poderá ultrapassar 5% da receita do município;

¹⁵ Art.29-A, I a VI e §1º

1) o subsídio do prefeito não pode ultrapassar o subsídio dos ministros do STF;

2) o subsídio do vice-prefeito e secretários municipais submetem-se ao teto remuneratório municipal (subsídio do prefeito); e;

3) o gasto total do Executivo Municipal com pessoal, incluindo os subsídios do Prefeito, Vice-Prefeito e Secretários Municipais, não ultrapasse 54% da receita corrente líquida do município.

Já no caso dos subsídios dos vereadores de Ubaí, cujo município, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), conta com aproximadamente 12.466 habitantes, cumpre verificar, **além do respeito ao princípio da anterioridade de legislação** e do **teto remuneratório municipal**, também as seguintes limitações:

1) não ultrapasse o correspondente a 30% dos subsídios dos Deputados Estaduais (art. 29, inciso VI, b, CF);

2) o total das despesas com a remuneração dos edis não supere 5% da receita do município (art.29, VII, da CF);

3) o total das despesas do Legislativo Municipal, incluindo aquelas suportadas com os subsídios dos vereadores e excluído os gastos com inativos, não ultrapasse 7% do somatório da receita tributária e das transferências previstas no § 5º do art. 153 e nos arts. 158 e 159, da Constituição Federal, efetivamente realizado no exercício anterior (no art.29-A, I, da CF);

4) a folha de pagamento da Câmara Municipal, incluindo o gastos com o subsídio dos vereadores, não ultrapasse 75% de sua receita (art. 29-A, § 1º, CF); e

5) o gasto total do Legislativo Municipal com pessoal, incluindo o subsídio dos vereadores, não ultrapasse 6% da receita corrente líquida do município (art. 169 da CF c.c. art. 20 da LRF).

Como se vê, de toda despicienda qualquer alteração de natureza iminente subjetiva para aferição do correto valor dos subsídios dos agentes políticos municipais, bastando o respeito ao regramento constitucional e à lei orgânica municipal.

3.2 Afronta ao art. 21, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal

Nossa Carta Magna também disciplina o aspecto temporal para a fixação dos subsídios dos agentes políticos municipais.

Conhecido por princípio da anterioridade de legislação e disciplinado no art. 29, inciso VI, da Constituição Federal, tal preceito determina que os subsídios dos vereadores serão fixados em uma legislatura para vigência na próxima.¹⁶

A aplicabilidade do princípio da anterioridade de legislação aos prefeitos, vice-prefeitos e secretários municipais foi suprimida do texto constitucional com advento da EC n.º 19/98, não obstante, como já discutido, a lei orgânica municipal poder trazer tal exigência.

¹⁶ Art.29 (...)

VI – O subsídio dos vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais em cada legislatura para a subsequente, observado o que dispõe esta Constituição, observados os critérios estabelecidos na respectiva Lei Orgânica e os seguintes limites máximos:

A vista disto há posição sustentando a não aplicação da regra contida no art.21, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal¹⁷, qual seja, a impossibilidade do aumento de despesa de pessoal nos 180 dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder.

Isso porque, segundo entendimento já adotado inclusive pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, os limites que visam assegurar o equilíbrio das contas públicas encontram-se disciplinados no art. 29, incisos V, VI e VII, e art. 29-A da Constituição da República de 1988, tratando-se a fixação do subsídio de agentes políticos de ato legislativo vinculado decorrente da norma constitucional.

Consoante o entendimento por este esposado, a fixação de subsídios, aqui questionada, foi efetuada fora do prazo estabelecido no art. 21, da Lei de Responsabilidade Fiscal, o que fulmina de nulidade o ato.

Ora, **em se tratando de fixação de subsídios, evidente é a aplicabilidade do disposto no art. 29, incisos V e VI, da Carta Republicana, onde, não determinado prazo para tanto, revelando-se inalcancável à espécie o preceito contido no art. 21, parágrafo único da LRF.**

Acerca da matéria, já se pronunciou o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, *in verbis*:

“É de mister, porém, distinguir a inexistência de prazo para a fixação do subsídio dos vereadores daquele previsto no art. 21, parágrafo único, da Lei Complementar nº 101/2000, o qual estipula a nulidade do ato de que resulte aumento de despesa com pessoal expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou Órgão referido no art. 20.

A uma, porque na primeira hipótese trata-se de fixação de subsídio, e na segunda, de aumento de despesa com pessoal;

A duas, porque o subsídio fixado somente vigorará na próxima legislatura, enquanto o aumento em final de mandato, no exercício corrente, sendo por isto coibido, gerando nulidade, se ocorrer; e

A três, porque o ato, a que alude o preceito legal, entendo ser singular, ou seja, emanado do próprio ordenador de despesa e, de outro lado, a Resolução instrumento por meio da qual é fixado o subsídio dos vereadores, advém de todos os edis que compõem a Câmara Municipal, sendo, portanto, um ato coletivo.

Considerando, pois, que o dispositivo constitucional de alcance ao caso (art. 29, V e VI, da CF) não estabelece o prazo exato para a fixação do subsídio, como dito, alhures, definido restou, em homenagem ao princípio da moralidade, o dia 30 (trinta) de setembro como a data limite, ou seja, antes das eleições.

Respeitante ao critério de fixação dos subsídios do Prefeito e do Vice-Prefeito, certo é que a legislação em vigor não estipula

um percentual a ser aplicado e sim um limite para fixação, consoante consignado no art. 37, XI, da Lei Maior Federal.

Lado outro, no que pertine à fixação dos subsídios dos vereadores, pontifica José Nilo de Castro:

“O exercício do mandato eletivo municipal, a despeito de ser munus público, é remunerado, nos termos da Constituição, arts. 29, VI, VII e 29-A, de acordo com a nova redação da Emenda Constitucional da Reforma Administrativa (Emenda nº 19/98) e da Emenda nº 25/2000”. (in Direito Municipal Positivo, 5ª edição, Del Rey, págs. 149/150).

Nesse diapasão, ressaí cristalino do art. 29, VI, “b”, da Magna Carta, que o subsídio máximo dos vereadores, em Municípios, como o apelado, corresponderá a 30% (trinta por cento) do subsídio dos deputados estaduais.

Na hipótese dos autos, “constata-se que os valores fixados para a atual legislatura (R\$1.200,00) obedecem determinação constitucional. **E pouco importa que o atual subsídio represente 80% do montante anterior, como alegado pelo Autor, porquanto o legislador constitucional não mencionou percentual, senão limite, calcado naquele previsto para os deputados estaduais**”, conforme bem assinalado no singular veredicto. (grifamos)¹⁸

No mesmo sentido também se posiciona o Tribunal de Justiça de São Paulo. Vejamos:

AÇÃO POPULAR. Município de Pardinho. Subsídios do Prefeito e Vereadores. Leis que os majoraram. Observância da anterioridade exigida pelo artigo 29, VI, da Constituição Federal. Novos valores que não caracterizam excesso. Respeito ao princípio da moralidade. Lesividade não caracterizada. **Sentença que, não obstante isso, julgou procedente a ação para declarar nulas as duas leis municipais em discussão, com base no artigo 21, parágrafo único, da Lei Complementar nº 101/2000. Dispositivo que não se aplica aos Prefeitos e Vereadores. Subsídios cuja fixação é disciplinada pela própria Constituição Federal.** Recurso oficial não conhecido e recursos voluntários improvidos para julgar improcedente a ação.¹⁹ (Grifamos)

Sobre o assunto, a Corte de Contas Mineira possui a jurisprudência a seguir:

Ainda sob o enfoque da Lei de Responsabilidade Fiscal, o parágrafo único de seu art. 21, proíbe nos últimos cento e oitenta dias do final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20 ato que resulte aumento da despesa com pessoal, „in verbis:

“Art. 21. É nulo de pleno direito o ato que provoque aumento de despesa com pessoal e não atenda:

(...)

Parágrafo único. Também é nulo de pleno direito o ato que resulta aumento de despesa com pessoal expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao fim do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20.”

Nesse contexto, infere-se que a intenção do Legislador é impedir que, em final de mandato, o titular de Poder ou órgão, por meio de ato voluntário ou discricionário de cunho político-eleitoral, provoque aumento da despesa com pessoal

17 Art. 21. É nulo de pleno direito o ato que provoque aumento da despesa com pessoal e não atenda:

I – (...)

II – (...)

Parágrafo único. Também é nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20.

18 Trecho do voto do Rel. Desembargador Isalino Lisboa, Apelação nº 1.000.00.294546-7/000, 3a Câmara Cível, TJMG, 25/03/04.

19 Apelação nº 994.07.127258-0- Botucatu, Relator Desembargador Antônio Carlos Villen, 10ª Câmara de Direito Público, julgada em 26/01/2010.

que possa comprometer o orçamento e o equilíbrio fiscal do exercício financeiro subsequente.

Dessa forma, a vedação contida nesse dispositivo, também não se aplica à fixação do subsídio dos agentes políticos municipais pela Câmara de Vereadores feita em cada legislatura para vigorar na subsequente.

É que o ato legislativo que disporá sobre essa matéria não é discricionário ou voluntário. Trata-se, em realidade, de ato vinculado decorrente de norma constitucional preexistente (art. 29, V e VI, CF/88), que outorga competência exclusiva para a Câmara de Vereadores proceder à examinada fixação de subsídios, como visto no início.

(...)

Segundo orientação desta eg. Corte de Contas, em casos análogos, como, por exemplo, na Consulta 694097 [de minha relatoria], em Sessão do dia 1º.6.2005, que cita até decisão do eg. Tribunal de Justiça mineiro nesse mesmo sentido, **a fixação de tais subsídios, se a Lei Orgânica Municipal não fixar outro prazo, deve ocorrer até 30 de setembro do último ano da legislatura, para vigorar na subsequente.**”(grifamos)²⁰

Não obstante a jurisprudência retrotranscrita, com a qual compactua esse Centro de Apoio Operacional, a segunda turma do Superior Tribunal de Justiça tem julgado no sentido de que o reajuste dos subsídios dos agentes políticos deve observância ao art. 21, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA “A”. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO CONSIDERADO VIOLADO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA N. 284 DO STF. CONCLUSÕES DO TRIBUNAL DE ORIGEM. REVISÃO.

IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. ART. 21, PARÁGRAFO ÚNICO. APLICAÇÃO AOS AGENTES POLÍTICOS. NULIDADE DA EXPEDIÇÃO DE ATO NORMATIVO QUE RESULTOU NO AUMENTO DE DESPESA COM PESSOAL NOS 180 DIAS ANTERIORES AO FINAL DO MANDATO DO TITULAR DO RESPECTIVO PODER.

1. Não se pode conhecer do recurso pela alínea “a” do permissivo constitucional no que tange à sustentada falta de adequação da ação civil pública para veicular o pedido formulado na inicial. A ausência de indicação do dispositivo considerado violado atrai a aplicação analógica da Súmula n. 284 do STF.

2. Quanto ao apontado desrespeito ao art. 21, parágrafo único, da Lei Complementar n. 101/00, sob o aspecto (i) da aludida possibilidade de, com base no citado dispositivo, haver aumento de despesas com pessoal no período cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato, bem como (ii) do argumento de que, no presente caso, a fixação dos subsídios dos agentes políticos deu-se em harmonia com o orçamento e aquém dos limites impostos pela lei, a análise de tal questão importaria rever a premissa de fato fixada pelo Tribunal de origem, soberano na avaliação do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que é vedado aos membros do Superior Tribunal de Justiça por sua Súmula n. 7.

3. No mais, note-se que a LC n. 101/00 é expressa ao vedar a mera expedição, nos 180 dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder, de ato que resulte o aumento de despesa com pessoal.

4. Nesse sentido, pouco importa se o resultado do ato somente virá na próxima gestão e, por isso mesmo, não procede o argumento de que o novo subsídio “só foi implantado no mandato subsequente, não no período vedado pela lei”. Em verdade, entender o contrário resultaria em deixar à míngua de eficácia o art. 21, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal, pois se deixaria de evitar os riscos e de corrigir os desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas na próxima gestão.

5. E mais: tampouco interessa se o ato importa em aumento de verba paga a título de subsídio de agente político, já que a lei de responsabilidade fiscal não distingue a espécie de alteração no erário público, basta que, com a edição do ato normativo, haja exasperação do gasto público com o pessoal ativo e inativo do ente público. Em outros termos, a Lei de Responsabilidade Fiscal, em respeito ao artigo 163, incisos I, II, III e IV, e ao artigo 169 da Constituição Federal, visando uma gestão fiscal responsável, endereça-se indistintamente a todos os titulares de órgão ou poder, agentes políticos ou servidores públicos, conforme se infere do artigo 1º, §1 e 2º da lei referida.

6. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido.²¹

Não se ignora que, visando dar um basta aos abusos cometidos pelos administradores públicos, bem como viabilizar economicamente o País, impedindo a gastança desenfreada, estabeleceu a Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000, normas para “a responsabilidade na gestão fiscal”.

Apesar disto, a nosso sentir, s.m.j., a única limitação temporal para o reajuste dos subsídios dos agentes políticos municipais é aquela imposta pela CF/88 em seu art. 29, V e VI, conhecida por princípio da anterioridade de legislatura, bem como as limitações temporais impostas pelas Leis Orgânicas Municipais que, em regra, reproduzem o comando da Constituição Federal, estendendo o princípio da anterioridade de legislatura para a fixação dos subsídios dos prefeitos, vice-prefeitos e secretário municipais.

Data maxima venia, no que pertinente à fixação de subsídios de agentes políticos municipais, a interpretação literal do parágrafo único, do art. 21, da Lei de Responsabilidade Fiscal é suplantada pela interpretação sistemática de nosso ordenamento jurídico, especialmente no âmbito constitucional.

Conforme excerto de decisão do Tribunal de Contas de Minas Gerais retrotranscrito, a intenção do Legislador infraconstitucional (art. 21, parágrafo único, da LRF) “é impedir que, em final de mandato, o titular de Poder ou órgão, por meio de ato voluntário ou discricionário de cunho político-eleitoral, provoque aumento da despesa com pessoal que possa comprometer o orçamento e o equilíbrio fiscal do exercício financeiro subsequente.”

Ora, no que concerne à fixação dos subsídios dos agentes públicos municipais, nossa Carta Magna estabeleceu criteriosos limites financeiros e orçamentários em defesa do equilíbrio financeiro, como já exaustivamente narrado, afastando

20 Trecho do relatório do Conselheiro Moura e Castro, do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, na Consulta n.º 713.166, aprovado em sessão de 27/09/06

21 Resp 1.170.241 – Rel. Min. Mauro Campbell Marques – Julg. 02/12/2010, DJe 14/12/2010

a toda prova, s.m.j., a incidência do comando previsto no art. 21, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

3.3 Ausência de aumento dos salários dos servidores municipais há muito tempo, inclusive com redução de benefícios.

Como já exposto, a fixação dos subsídios dos agentes políticos municipais exige observância dos limites constitucionais.

Por outro lado, uma das inovações da reforma administrativa de 1998 (Emenda Constitucional n.º 19) foi a institucionalização do *princípio da periodicidade*, ou seja, a garantia ao funcionalismo público de que, anualmente, haverá uma revisão geral de seus vencimentos, para cobrir a perda inflacionária medida durante um ano, prevista no inciso X do artigo 37, da Constituição Federal, que assim dispõe:

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

[...]

X — a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada a revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices (grifos acrescidos).

Ocorre que, mesmo não ignorando que os servidores públicos municipais têm direito à revisão geral anual de seus vencimentos, é certo que a fixação dos subsídios dos agentes políticos municipais não está vinculada a qualquer majoração dos vencimentos daqueles.

Aliás, não é demais lembrar que o Supremo Tribunal Federal, a vista de sua reiterada jurisprudência no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia, publicou, em 24/10/2014, a Súmula Vinculante n.º 37, com o seguinte verbete: “**Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia**”²².

4 Conclusão

Diante de todo o exposto, respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural, conclui este centro de apoio operacional que:

- 1) Salvo disposição contrária na Lei Orgânica do Município, inexistente obrigatoriedade de acatamento da regra da anterioridade de legislatura para fixação dos subsídios do prefeito, vice-prefeito e secretários municipais;
- 2) O subsídio do prefeito municipal, que deve observar o teto remuneratório constitucional previsto no art.37, inciso XI da CF, é o teto remuneratório municipal, inclusive em relação aos subsídios dos senhores vereadores;
- 3) A fixação do subsídio de agente político municipal está sujeita às diretrizes expressamente previstas na Constituição

Federal e também àquelas eventualmente dispostas na Lei Orgânica do Município.

4) A limitação imposta pelo parágrafo único do art. 21 da Lei de Responsabilidade Fiscal (vedação do aumento de gastos com pessoal nos 180 dias que antecedem o fim do mandato) não se aplica à fixação dos subsídios dos agentes políticos municipais.

5) A fixação do subsídio de agente político municipal independe de legislação majorando vencimentos de servidores públicos municipais.

Remeta-se cópia, via e-mail, ao órgão de execução ministerial solicitante, com posterior arquivamento do presente expediente.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 7 de junho de 2017

José Carlos Fernandes Junior
Promotor de Justiça
Coordenador do CAO – Patrimônio Público

²² Confira também Nota Jurídica n.º 18/2017, expedida pelo CAOPP.

Ementa: Patrocínio concedido pela Administração Pública. Aplicabilidade da Lei de Licitações. Sujeição da Administração Direta e Indireta à regulamentação estabelecida pelo Poder Executivo Estadual.

1 Relatório

Trata-se de consulta formulada pelo Promotor de Justiça Edson Antenor Lima Paula, então com atribuições na 17ª Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público da Capital, e posteriormente ratificada pelo Promotor de Justiça Francisco Rogério Barbosa Campos, hoje titular daquele órgão de execução, noticiando a tramitação de inquérito civil público em cujo bojo se questiona a concessão de patrocínio por empresa pública a evento organizado por pessoa jurídica de direito privado destinado ao fomento do esporte no Estado.

Foi trazida à baila a Resolução SEGOV n.º 430/2015, que disciplina o patrocínio por órgãos e entidades da administração pública direta e indireta do Estado de Minas Gerais, ressaltando-se que de acordo com a norma, não obstante a empresa pública goze de autonomia administrativa e financeira, teria que se submeter à decisão do Comitê de Patrocínios para a concretização daquele ato.

Diante dos fatos, questiona aquele órgão de execução a este Centro de Apoio Operacional: a) é legal a vinculação das decisões do Comitê de Patrocínio à administração direta e indireta do Estado de Minas Gerais?; b) é legal a concessão de patrocínio mediante inexigibilidade de licitação?; e c) a Resolução SEGOV n.º 430/2015 guarda conformidade com a legislação que rege as licitações?

Em síntese, é o relatório.

2 Fundamentação

2.1 Submissão das empresas públicas à supervisão ministerial

É de trivial sabença que as empresas públicas, pessoas jurídicas de direito privado cujo capital é exclusivamente de titularidade do poder público, são constituídas com o propósito de explorar atividade econômica, de prestar serviços públicos ou de apoio ao próprio Estado e, assim como as autarquias, sociedades de economia mista e fundações públicas, compõem a administração pública indireta.

Desta feita, apesar de detentoras de autonomia administrativa e financeira, incontestemente é sua vinculação à administração pública direta, submetendo-se ao controle da pessoa política responsável pela sua constituição, bem como sua sujeição aos princípios que norteiam a administração pública.

A respeito são as lições de Marçal Justen Filho:

Ser dotada de personalidade jurídica de direito privado não significa ausência de natureza estatal, o que exige instrumentos de controle e vinculação à realização dos valores da democracia republicana. Os recursos econômicos utilizados são, na origem, de titularidade estatal, portanto não podem ser utilizados senão para a realização dos interesses coletivos e para a promoção dos direitos fundamentais. A atribuição de poder econômico para aquela entidade é uma manifestação de poder político estatal, o que significa submissão ao controle inerente à tripartição dos poderes. (...) Nunca poderá operar como se fosse uma empresa puramente privada, para a qual é legítimo buscar o lucro egoístico. A empresa estatal deve visar o lucro, mas esse não é o valor único nem fundamental.

(...)

Mas é inerente à natureza administrativa das empresas estatais a submissão a instrumentos de controle. (...) Trata-se de uma decorrência da natureza societária da entidade estatal. Ela tem *sócio(s)* a quem cabe o poder de controle. Esse poder de controle importa intromissão na vida societária e determinação das soluções a serem adotadas.²³

Neste aspecto, três princípios merecem destaque: o da reserva legal, o da especialidade e o do controle.

De acordo com o princípio da reserva legal, tem-se que a empresa pública só pode ser criada por lei específica, que deverá, ainda, definir suas áreas de atuação; enquanto que do princípio da especialidade decorre a necessidade de ser consignada na lei a atividade a ser exercida pela empresa, não se admitindo finalidade genérica, sem definição precisa do objeto de atuação.

Já o princípio do controle compreende “o conjunto de meios através dos quais pode ser exercida função de natureza fiscalizatória sobre determinado órgão ou pessoa administrativa”²⁴.

Lecionando a respeito, José dos Santos Carvalho Filho ensina que pelo princípio do controle “toda pessoa integrante da Administração Indireta é submetida a controle pela Administração Direta da pessoa política a que é vinculada. (...) Se é a pessoa política que enseja a criação daquelas entidades, é lógico que tenha que se reservar o poder de controlá-la”²⁵.

É por meio do controle que se possibilita ao ente político verificar o cumprimento dos objetivos fixados no ato de criação da empresa pública, com uma atuação harmônica com a política e a programação do Governo e zelo pela obtenção de eficiência administrativa.

A independência de direção das empresas públicas, portanto, não é absoluta. Ela encontra limites dados pela própria legislação de regência e pelos princípios norteadores, no caso, o princípio do controle, chegando até, em situações excepcionais, à possibilidade de intervenção procedida pelo

23 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo* – 7ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2011. Pp. 272, 273.

24 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo* – 20ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmem Juris, 2008. P. 40.

25 *Op. cit.*, p. 40.

ente instituidor nos casos de interesse público, como nas hipóteses de desvio de finalidade, por exemplo.

A Resolução SEGOV n.º 430/2015, objeto da presente consulta, foi editada com o fim de estabelecer regras e procedimentos no tocante às ações de patrocínio pela administração pública direta e indireta do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais, fixando princípios e diretrizes a serem observadas pelo patrocinador, além de criar procedimento próprio a ser observado no caso da celebração do contrato de patrocínio, determinando, inclusive, que seja adotado, preferencialmente, processo de seleção pública de propostas de patrocínio.

Tal norma cria o Comitê de Patrocínios, a princípio, órgão consultivo, cuja principal atribuição é a análise e manifestação sobre as propostas de patrocínio aprovadas pelo patrocinador. O artigo 7º do referido diploma legal estabelece a obrigatoriedade de serem submetidas previamente ao Comitê as propostas de patrocínio de valor igual ou superior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), sendo que sua execução requer a prévia comunicação de conformidade pelo Comitê e a aprovação pela autoridade competente do patrocinador.

Destaque-se que na exposição dos fatos que ensejaram a presente consulta, o Promotor de Justiça relata que conforme as informações prestadas pela empresa pública “a distribuição da verba de patrocínio da administração direta e indireta é afeta ao Comitê de Patrocínio (...) que de fato escolhe os eventos a serem patrocinados”. Ocorre que da leitura da resolução em tela, depreende-se que, por meio de sua edição, o Governo do Estado está apenas a exercer o controle da administração pública direta e indireta, no que pertine especificamente à celebração de contratos de patrocínio, portanto, muito diverso do que fez parecer a informação prestada pela empresa interessada à Promotoria de Justiça.

Como se percebe, o Comitê de Patrocínio não “escolhe” os eventos a serem patrocinados a seu bel prazer.

Com efeito, o diploma normativo estabelece um rol extenso de princípios e critérios a serem observados na análise das propostas de patrocínio, determinando, em seu artigo 9º, que “o comitê atuará com isonomia na análise e manifestação sobre as propostas de patrocínio”.

Ora, como já exposto na Nota Jurídica n.º 10/2017, expedida por este Centro de Apoio Operacional, para Celso Antônio Bandeira de Melo “enquanto os poderes do hierarca são presumidos, os do controlador só existem quando previstos em lei e se manifestam apenas em relação aos atos nela indicados.”²⁶

É a chamada **supervisão ministerial**, prevista no do Decreto-Lei n.º 200/67, que em seu art. 19 assim dispõe: “todo e qualquer órgão da administração federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente...”.

Por sua vez, o art. 26 do citado Decreto delimita o objetivo da supervisão ministerial nos seguintes termos:

Art. 26. No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente:

I - A realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade.

II - A harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade.

III - A eficiência administrativa.

IV - A autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade.

Parágrafo único. A supervisão exercer-se-á mediante adoção das seguintes medidas, além de outras estabelecidas em regulamento:

a) indicação ou nomeação pelo Ministro ou, se fôr o caso, eleição dos dirigentes da entidade, conforme sua natureza jurídica;

b) designação, pelo Ministro dos representantes do Governo Federal nas Assembléias Gerais e órgãos de administração ou controle da entidade;

c) recebimento sistemático de relatórios, boletins, balançes, balanços e informações que permitam ao Ministro acompanhar as atividades da entidade e a execução do orçamento-programa e da programação financeira aprovados pelo Governo;

d) aprovação anual da proposta de orçamento-programa e da programação financeira da entidade, no caso de autarquia;

e) aprovação de contas, relatórios e balanços, diretamente ou através dos representantes ministeriais nas Assembléias e órgãos de administração ou controle;

f) fixação, em níveis compatíveis com os critérios de operação econômica, das despesas de pessoal e de administração;

g) **fixação de critérios para gastos de publicidade, divulgação e relações públicas**;

h) realização de auditoria e avaliação periódica de rendimento e produtividade;

i) intervenção, por motivo de interesse público (grifo e negrito nosso).

Repita-se, o fundamento desse controle está no fato de que toda pessoa da administração indireta está vinculada a determinado órgão da respectiva administração direta. Ou seja, há uma **relação de vinculação, diferentemente do que se vê na relação de subordinação/hierarquização entre a administração pública direta e seus órgãos**, destinada a assegurar o cumprimento dos objetivos fixados em seu ato de criação, com uma atuação harmônica com a política e programação do Governo e zelo pela obtenção de eficiência administrativa.

Por outro lado, também oportuno lembrar, como já exposto na Nota Jurídica n.º 08/2017, igualmente expedida por este Centro de Apoio Operacional, que a administração pública direta compõe-se de órgãos públicos ligados diretamente ao poder central, seja ele federal, estadual, distrital ou municipal, desprovidos de personalidade jurídica própria, patrimônio e autonomia administrativa, encarregados das funções típicas do Estado (funções estatais) e caracterizados pela desconcentração administrativa, que se configura pela distribuição interna de competências dentro de uma

26 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio – Curso de Direito Administrativo – 13ª ed.2001, Ed. Malheiros – São Paulo, pg.117

mesma pessoa jurídica, com o fim de tornar mais eficiente a execução das finalidades administrativas previstas em lei; enquanto que a administração pública indireta, composta pelas autarquias, fundações públicas de direito privado²⁷, sociedades de economia mista e empresas públicas, caracteriza-se pela descentralização administrativa, ou seja, o ente estatal transfere a outra pessoa jurídica pública ou privada o exercício de determinada atividade administrativa.

A execução dos atos administrativos na consecução do interesse público está diretamente relacionada à governança, que é a capacidade de um governo planejar, formular, programar e cumprir funções, relacionando-se intimamente com a ação e a execução de decisões. Refere-se à capacidade administrativa do governo de executar as políticas públicas, ao *modus operandi* das políticas governamentais, bem como ao alcance dos programas de governo, aos aspectos gerenciais e administrativos do Estado.

Destarte, no tocante ao primeiro questionamento apresentado pelo consulente, conclui-se pela inexistência de ilegalidade na previsão contida na Resolução SEGOV n.º 430/2015, no sentido de que as empresas públicas do Estado de Minas Gerais encontram-se vinculadas à decisão do Comitê de Patrocínio quando o repasse de recursos ao patrocinado for igual ou exceder ao montante de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

2.2 Contratos de Patrocínio e Normas de Licitação

O patrocínio é uma espécie de contrato em que uma parte, o patrocinador, se compromete a repassar recursos à outra parte (patrocinado) a fim de subsidiar atividade ou evento geralmente com caráter esportivo, cultural, social, educacional ou de inovação tecnológica, enquanto o patrocinado, como contrapartida, se compromete a divulgar a marca do patrocinador vinculando-a à ação promovida.

Do ponto de vista do patrocinador, portanto, o contrato possui dois fins: o primeiro, que é o fomento à atividade ou evento que seja de interesse coletivo e, em segundo lugar, a divulgação de sua marca. Assim, não se trata de um contrato de publicidade. Há a divulgação da marca, mas o fim primeiro do patrocínio é o fomento à atividade ou evento patrocinado. Configura-se, assim, um contrato *sui generis*, que, portanto, deve estar sujeito a regramento próprio.

Não obstante seu caráter *sui generis*, como todo contrato celebrado pela Administração Pública, o patrocínio deve se submeter às normas de licitação. É o que estabelece, inclusive, expressamente, a Lei n.º 13.303, de 13 de junho de 2016, que dispõe sobre estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

Art. 27. A empresa pública e a sociedade de economia mista terão a função social de realização do interesse coletivo ou

de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação.

(...)

§ 3º A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão celebrar convênio ou contrato de patrocínio com pessoa física ou com pessoa jurídica para promoção de atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais e de inovação tecnológica, desde que comprovadamente vinculadas ao fortalecimento de sua marca, observando-se, no que couber, as normas de licitação e contratos desta Lei.

Como se vê, ao pretender celebrar um contrato de patrocínio, deverá a empresa pública observar as normas de licitação aplicáveis, e, no caso daquelas que compõem a administração pública indireta do Estado de Minas Gerais, também o que dispõe a Resolução SEGOV n.º 430/2015.

Portanto, havendo viabilidade de competição, há que se observar o procedimento licitatório.

Entretanto, nem sempre é o que se verifica nos casos de patrocínio, ao contrário, geralmente as atividades ou eventos sujeitos a patrocínio são singulares, configurando-se, assim, caso de inexigibilidade de licitação.

Acerca do contrato de patrocínio, afirma Diógenes Gasparini:

Em troca do benefício o patrocinador promoverá de algum modo a publicidade de seu interesse, como ocorre quando na camisa de certo time de futebol é estampada sua logomarca ou quando lhe cabe colocar placas publicitárias ou banners nas dependências de uma escola por ele reformada. A contratação, no mais das vezes, independe de prévia licitação, fulcrada que está no caput do art. 25 da Lei Federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Para tanto deve ser demonstrada a inviabilidade de competição e atendidas as exigências do art. 26 desse diploma legal.”

Segundo esta tendência está a manifestação do Tribunal de Contas da União, no acórdão 925/97-7, relatado pelo Ministro Adhemar Ghisi:

7. É despiciendo comentar da inadequação de ser realizado procedimento licitatório quando adotada a decisão de oferecer patrocínio a alguma entidade ou evento. A decisão de patrocinar é personalíssima, adotada exatamente em função da expectativa de sucesso que possa vir a ser alcançado pela respectiva entidade ou evento, trazendo uma maior veiculação do nome do patrocinador. Assim, fica caracterizada a inviabilidade de competição que conduz à inexigibilidade prevista no “caput” do art. 25 do Estatuto das Licitações e Contratos.

8. Nesse mister, impende destacar que a contratação de patrocínio não pode ser confundida com outros serviços comuns de publicidade, aludidos no art. 2º da Lei nº 8.443/92, que devem ser licitados. A licitação será sempre exigível quando houver a contratação de trabalhos técnicos e/ou artísticos que visem à divulgação de determinada idéia ou produto. Na verdade, a idéia de publicidade retratada na Lei nº 8.666/93 diz respeito a um produto final elaborado, e não à simples divulgação do nome de uma instituição. O próprio conceito constante do Regulamento para a execução da Lei nº 4.680/65, que dispôs sobre a profissão de publicitários, diz que essa profissão compreende as atividades daqueles que, em caráter regular e permanente, exercem funções artísticas e técnicas através das quais estuda-se, concebe-se, executa-se e distribui-se propaganda. Logo, a idéia de publicidade constante da Lei nº 8.666/93 não pode

²⁷ Diante do tema aqui enfrentado, consideraremos as fundações públicas de direito público como uma das categorias de autarquias (fundacionais), deixando de lado qualquer abordagem a respeito da celeuma vivenciada na doutrina a respeito.

ser dissociada da existência de criação artística que é, via de regra, a essência das diversas campanhas promocionais. No caso típico de um contrato de patrocínio, entretanto, tal criação artística não existe.

No mesmo sentido se manifestou o Ministro Humberto Souto, ao relatar o acórdão 1.789/98-9, também prolatado pelo TCU:

14. Com relação aos contratos de patrocínio, esses, face as suas características peculiares, podem ser celebrados sem a necessidade de um procedimento licitatório prévio. Tais contratos podem ser ajustados diretamente, com base no art. 25, caput, da Lei 8.666/93, que estabelece a inexigibilidade de licitação quando constatada a inviabilidade de competição, ou então com base no inciso III, do mesmo artigo, quando o patrocínio envolver a contratação de profissional de qualquer setor artístico.

15. É o que ocorre, por exemplo, no patrocínio de uma equipe esportiva, ou de um evento cultural. Nesses casos, não existe possibilidade de fixação de critérios objetivos de seleção, motivo pelo qual a Lei atribuiu ao Administrador a prerrogativa de escolher, justificadamente, aquele que melhor possa atender aos interesses da Administração.

O fato de não se vislumbrar em grande parcela dos patrocínios a viabilidade de competição, o que enquadraria estes contratos como caso de inexigibilidade de licitação, não implica, obviamente, na falsa percepção de que a contratação direta possa se realizada sem qualquer formalidade.

O artigo 30 da Lei nº 13.303/16 dispõe que:

Art. 30. A contratação direta será feita quando houver inviabilidade de competição, em especial na hipótese de:

I - aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo;

II - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

a) estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;

b) pareceres, perícias e avaliações em geral;

c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

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

e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

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

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

§ 2º Na hipótese do caput e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado, pelo órgão de controle externo, sobrepreço ou superfaturamento, respondem solidariamente

pelo dano causado quem houver decidido pela contratação direta e o fornecedor ou o prestador de serviços.

§ 3º O processo de contratação direta será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou do executante;

III - justificativa do preço.

É indispensável, portanto, que haja um procedimento formal de contratação direta, do qual deve constar parecer da assessoria jurídica da empresa e homologação pela autoridade competente (ordenador de despesa), sendo instruído especialmente com as razões da escolha do patrocinado e detalhada justificativa do preço, como recomendado pelo TCU no acórdão n.º 862/2003.

Importante salientar, ainda, que o Tribunal de Contas da União tem entendido que o patrocinado deve prestar contas da aplicação dos recursos ao patrocinador, de forma a ser garantida sua utilização para os fins que foram destinados.

Diante do exposto, vê-se que é possível a contratação direta de patrocínio pela empresa pública, uma vez regularmente demonstrada a inviabilidade de competição em procedimento formal.

2.3 Resolução SEGOV n.º 430/15 e a Lei de Licitações

Como já afirmado anteriormente, a Resolução SEGOV n.º 430/15 foi editada a fim de disciplinar as ações de patrocínio da administração pública direta e indireta do Poder Executivo Estadual, no legítimo exercício do poder de controle.

Referido instrumento normativo estabelece o que pode e o que não pode ser considerado como patrocínio, reforça a aplicabilidade dos princípios constitucionais a que se sujeita a Administração Pública, determina parâmetros e diretrizes para o patrocinador, cria o Comitê de Patrocínios, órgão regulador, e, ainda, institui normas procedimentais para a formalização do contrato.

A fim de garantir a observância do princípio da isonomia e o amplo acesso às oportunidades oferecidas pela Administração, a Resolução, em seu artigo 16, determina que o patrocinador adotará, preferencialmente, processos de seleção pública de propostas de patrocínio, estabelecendo procedimento próprio para tanto.

De fato, como reconhecido pelo próprio Tribunal de Contas da União, é incabível, na maioria das vezes, exigir procedimento licitatório prévio à celebração do contrato de patrocínio, haja vista suas peculiaridades. Assim, vem a Resolução SEGOV n.º 430/15 estabelecer um procedimento a ser observado como forma de assegurar, tanto quanto possível, a igualdade de condições entre possíveis patrocinados ante uma possibilidade de concessão de recursos públicos para este fim.

Da leitura da norma não se vislumbra incompatibilidade com os ditames da Lei n.º 8.666/93 ou da Lei n.º 13.030/16. Ao contrário, o artigo 20 da Resolução determina que as disposições da Lei de Licitações devem ser obedecidas, no que couber no caso em concreto.

Nesta linha de raciocínio, denota-se como perfeitamente possível, na celebração de um contrato de patrocínio e no procedimento que o anteceder, a observância tanto dos comandos trazidos pelas Leis 8.666 e 13.030, quanto pela Resolução SEGOV n.º 430/15. Esta última, na verdade, veio estabelecer regramentos extras à formalização do procedimento que culminará na celebração do contrato de patrocínio pela administração pública direta e indireta do Estado de Minas Gerais, como reforço nítido da obrigatoriedade do respeito ao princípio da impessoalidade, inclusive.

A propósito, vejamos o seguinte trecho da Nota Jurídica n.º 07/2017, também expedida por este Centro de Apoio Operacional:

Ora, é sabido que, o art. 22, XXVII, da Constituição Federal prescreve que *“compete privativamente à União legislar sobre: normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios”*.

Como se observa da leitura atenta de tal dispositivo, a competência da União é privativa em relação às normas gerais de licitação e contratação, daí porque tem prevalecido o entendimento de haver, na verdade, uma competência **concorrente** com as demais entidades federativas.

Repetindo as lições de Marçal Justen Filho já apontadas na presente nota jurídica, mas agora focando especificamente neste ponto, temos que: *“As regras que proíbem a conjugação de modalidades licitatórias (art. 22, § 8º) e a adoção de critérios de julgamento distintos (art. 45, § 5º) devem ser interpretadas em termos. Significam que, para as contratações explicitamente disciplinadas no diploma, será vedada a inovação ou conjugação. Quando se tratar de contratação ou outorga diversa daquelas reguladas na parte especial da Lei nº 8.666, poderão cogitar-se de procedimentos específicos e critérios de julgamento peculiares.*

Nesta linha de raciocínio, denota-se como perfeitamente possível, na celebração de um contrato de patrocínio e no procedimento que o anteceder, a observância tanto das Leis 8.666 e 13.030 quanto dos ditames trazidos pela Resolução SEGOV n.º 430/15.

De fato, a resolução em apreço veio estabelecer regramentos extras à formalização do procedimento que culminará na celebração do contrato de patrocínio pela administração pública direta e indireta do Estado de Minas Gerais, com propósito nítido de reforço da obrigatoriedade do respeito, inclusive, ao princípio da impessoalidade, evitando-se tratamento discriminatório.

3 Conclusão

Respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural e considerando o até aqui exposto, conclui este Centro de Apoio Operacional que:

a) No exercício de seu poder/dever de controle permite-se à pessoa política à qual se vincula a empresa pública patrocinadora estabelecer normas procedimentais que garantam a observância dos princípios que regem a Administração Pública e que coadunem com a política e diretrizes estabelecidas pelo Governo, sendo legítimo o exercício deste controle de forma contemporânea por órgão colegiado estabelecido para fiscalizar os atos tendentes à formalização de contratos de patrocínio.

b) uma vez constatada regularmente a inviabilidade de competição, conforme previsto nos artigos 25 da Lei n.º 8.666/93 e 30 da Lei n.º 13.030/16, e observado o procedimento necessário à formalização da contratação direta, é possível a concessão do patrocínio mediante inexigibilidade de licitação.

c) não se vislumbra, obviamente nos limites das alterações expostas pelo órgão de execução consulente, incompatibilidade da norma Resolução SEGOV n.º 430/15 com as Leis 8.666/93 e 13.030/16, sendo que seus ditames devem ser observados em caráter supletivo à dita legislação.

Remeta-se cópia, via *e-mail*, ao órgão de execução ministerial solicitante, com posterior arquivamento do presente feito.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2.017.

José Carlos Fernandes Junior
Promotor de Justiça
Coordenador do CAO – Patrimônio Público

Requerente: Câmara de Prevenção e Resolução de Conflitos

Ementa: Contratação direta para construção de presídios. Situação emergencial. Configuração decorrente da combinação da elevada superlotação carcerária com o descontingenciamento de verbas públicas condicionada a seu efetivo emprego até o final do exercício. Dispensa de licitação. Formalização do procedimento.

1 Relatório:

O presente Procedimento de Apoio à Atividade Fim foi instaurado por provocação do Senhor **Procurador-Geral de Justiça Adjunto Institucional**, a partir de reunião ocorrida em 24 de abril de 2017 na **Câmara de Prevenção e Resolução de Conflitos**, instituída pela Resolução EMG PGJ nº 1, de 11 de setembro de 2015, cujo tema foi o sistema prisional mineiro.

Naquela reunião, onde se fez presente também o coordenador da 17ª Promotoria de Justiça de Belo Horizonte, Doutor Júlio César Luciano, além do coordenador do CAOPP que subscreve esta, pelos representantes do Governo Estadual Mineiro presentes, em especial o Senhor **Advogado-Geral do Estado**, Doutor Onofre Alves Batista Júnior, foi dada ciência da atual disponibilização de recursos financeiros para ampliação da estrutura carcerária do sistema prisional, extremamente necessária e urgente, tendo em vista a situação grave de superlotação carcerária experimentada.

De acordo com os dados fornecidos pela Superintendência de Articulação Institucional e Gestão de Vagas, ligada à Secretaria de Estado de Defesa Social (Subsecretaria de Administração Prisional), grande parcela dos estabelecimentos prisionais mineiros encontra-se superlotada, chegando, em alguns casos, a abrigar mais do dobro de sua capacidade.

Os Centros de Remanejamento do Sistema Prisional do Estado, por exemplo, estão ocupados por 3.826 presos, sendo que sua capacidade total é para 1.617 pessoas. Um total de 4.937 presos ocupam os complexos penitenciários que comportariam 3.463 pessoas. As penitenciárias atualmente abrigam 13.381 presos, enquanto poderiam acolher apenas 7.910. Isto sem falar nos presídios, cujo índice de superlotação chega a 3,38, como é o caso do Presídio de Curvelo.

Em ofício dirigido ao Advogado-Geral do Estado, o **Secretário de Estado Adjunto de Administração Prisional** afirma que “a manutenção da estabilidade do Sistema Prisional está diretamente relacionada à solução da superpopulação carcerária, que poderá ser minimizada com a oferta de cerca de 800 novas vagas, a partir da construção de anexos nas Unidades Prisionais da RMBH”.

No mesmo ofício, afirma o Secretário de Estado Adjunto de Administração Prisional:

Este contexto (*de grave crise econômica e financeira*) público e notório, não inibiu o Governo do Estado em prosseguir no enfrentamento do problema da superlotação carcerária, empregando toda sua capacidade de articulação com os Órgãos da Execução Penal, contando com o apoio do Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, como, por exemplo, na adoção de medidas contempladas no Projeto “Construindo a Liberdade”, atuando com foco nos benefícios legais previstos aos presos do regime semiaberto, bem como o apoio e atuação conjunta com o Poder Judiciário, no Projeto SEEU, que visa a modernização e celeridade com a digitalização dos autos das execuções penais em Comarcas com expressivos volumes de processos dessa natureza.

Há, também, planejamento de ampliação de uso de tornozeleiras eletrônicas, cuja utilização contribui para o problema da superlotação das unidades prisionais.

Entretanto, somente tais articulações e atuação conjunta não bastam para os desejados resultados de curto prazo. É imperativa a construção célere de novas vagas no Sistema Prisional mineiro.

Por certo, a capacidade de investimento do Governo do Estado em melhorias no Sistema Prisional, neste cenário de grave e aguda crise econômica e financeira, não acompanhou a demanda do crescimento considerável da quantidade de prisões ao longo dos últimos anos. Em 2013, a população carcerária em Minas Gerais era de 56.094 presos, em 2014, passou para 61.407, em 2015, 64.744; em 2016 foram 68.291 presos nas carceragens mineiras.

A projeção para 2017 é de 72.576 e para 2018 de 77.164, conforme estado preparado pela equipe da SEAP, levando-se em conta os dados do INFOPEN e a metodologia de cálculo do crescimento exponencial utilizando-se dados existentes consolidados dos anos anteriores.

O Relatório que traça o Breve Contexto das Unidades Prisionais do EMG e RMBH instrui os autos deste PAAF, sendo possível verificar a situação caótica do sistema prisional mineiro através dos dados ali contidos. Instrui ainda este PAAF parecer da Advocacia-Geral do Estado no sentido da viabilidade legal da contratação direta das obras de melhoria e ampliação de unidades prisionais.

Ainda na reunião da Câmara de Prevenção e Resolução de Conflitos, foi trazida à discussão o teor da Medida Provisória 755/2016, que determinou o **descontingenciamento** dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, estipulando que estes valores, liberados aos Estados, deverão ser utilizados até o término do exercício financeiro de sua liberação, sob pena de serem devolvidos, acrescidos da variação da taxa SELIC.

Destacou o Secretário de Estado de Administração Prisional, Doutor Francisco Kupidowski, que há um modelo já aprovado pelo DEPEN (construção em módulos), cujo prazo de entrega aproximado é de 90 (noventa) dias a partir do início das obras.

Em síntese, é o relatório.

2 Fundamentação

2.1 Configuração de Caso de Dispensa de Licitação

O art. 24 da Lei de Licitações, Lei n.º 8.666/1993, enumera, dentre os casos de dispensa de licitação, as situações de emergência ou de calamidade pública, estabelecendo certos aspectos que devem ser observados para que se caracterize a hipótese prevista na lei:

Art. 24. É dispensável a licitação:

[...]

IV – nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento de situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos.

A realização de processo licitatório que anteceda a contratação pelo Poder Público só é dispensável em casos excepcionais determinados taxativamente pela lei. Tais hipóteses revelam que, em tese, a licitação poderia ser realizada, mas que por razões peculiares passa a não ser obrigatória²⁸. Tais razões, no caso do inciso IV do art. 24 supratranscrito, são óbvias. Não seria razoável dar prioridade à realização de processo licitatório em detrimento da segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos ou outros bens, públicos ou particulares. Seria o sacrifício de garantias constitucionais (segurança, integridade física, propriedade) em prol do atendimento à formalidade. A respeito, leciona Marçal Justen Filho:

A emergência consiste em ocorrência fática que produz modificação na situação visualizada pelo legislador como padrão. A ocorrência anômala (emergência) conduzirá ao sacrifício de certos valores se for mantida a disciplina jurídica estabelecida como regra geral. A situação emergencial põe em risco a satisfação dos valores buscados pela própria norma ou pelo ordenamento em seu todo.

No caso específico das contratações diretas, emergência significa necessidade de atendimento imediato a certos interesses. Demora em realizar a prestação produziria risco de sacrifício de valores tutelados pelo ordenamento jurídico. Como a licitação pressupõe certa demora para seu trâmite, submeter a contratação ao processo licitatório propiciaria a concretização do sacrifício a esses valores.²⁹

Como Marçal Justen Filho, o Professor José dos Santos Carvalho Filho, ao tratar da hipótese legal de dispensa de licitação, ressalta tratar-se de situação fática:

Outro caso de dispensa é aquele em que ocorre a calamidade pública, situação, natural ou não, que destrói ou põe em

risco a vida, a saúde ou os bens de certos agrupamentos sociais. Normalmente deriva de fatos naturais, como chuvas torrenciais, alagamentos, transbordamentos de rios e outros fenômenos naturais. Verificada tal situação fática, a licitação se torna dispensável, dada a necessidade de contratação rápida de obras, serviços e compras.³⁰

Há que se ressaltar que a dispensa de licitação em virtude de situação de emergência ou calamidade pública pressupõe o atendimento a certos requisitos que a lei impõe. O legislador, ao prever a calamidade pública ou a situação de emergência como hipóteses de dispensa de licitação, estabeleceu alguns pressupostos para sua caracterização: i) urgência no atendimento à situação; ii) risco de prejuízo ou comprometimento da segurança de pessoas ou bens, públicos ou particulares, iii) suficiência da contratação direta para evitar-se o risco; iv) possibilidade de conclusão das obras ou serviços a serem contratados no prazo máximo de 180 dias contados da ocorrência da emergência ou calamidade.

Destarte, para que se configure a legitimidade da contratação sem prévio procedimento licitatório, deve haver a demonstração concreta e efetiva da potencialidade de dano, de prejuízo irreparável, caso se obedeça aos trâmites normais e legais relativos à licitação. Cabe comprovar-se, ainda, que a contratação direta é o meio adequado, imprescindível e suficiente para eliminar o risco de prejuízo ou comprometimento da segurança de pessoas ou bens, públicos ou privados. A respeito, afirma Marçal Justen Filho:

Se o risco de dano não for suprimido através da contratação, inexistente cabimento da dispensa de licitação. Trata-se, portanto, de expor a relação de causalidade entre a ausência de contratação e a ocorrência de dano – ou, mais precisamente, a relação de causalidade entre a contratação e a supressão do risco de dano.

Em última análise, aplica-se o princípio da proporcionalidade. A contratação deverá ser o instrumento satisfatório de eliminação do risco de sacrifício dos interesses envolvidos. Mas não haverá cabimento em promover contratações que ultrapassem a dimensão e os limites da preservação e realização dos valores em risco.³¹

Neste ponto, há que se considerar que em se tratando do sistema prisional do Estado, a construção de presídios com a verba de que dispõe a Administração não será suficiente à erradicação do problema, como é de notório conhecimento. Entretanto, haverá sua mitigação, na medida do possível, o que atenderia ao comando da norma, até mesmo porque a superlotação carcerária atenta, dentre outros, ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma das importantes pilstras do Estado Democrático de Direito.

Estabelece, ainda, a lei, limitação temporal à contratação direta nos casos de emergência ou calamidade pública: seu objeto poderá referir-se somente aos bens necessários ao atendimento de situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 dias consecutivos e ininterruptos. Tal limitação temporal tem por fim a caracterização da urgência no atendimento à necessidade pública, pressupondo-se que um lapso temporal maior poderia configurar a possibi-

28 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 20ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008. P. 237.

29 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11ª edição. São Paulo: Editora Dialética, 2005. P. 238.

30 Obra citada, p. 240.

31 Obra citada, p. 239.

lidade da realização do procedimento licitatório sem risco de prejuízo à integridade das pessoas ou bens tutelados.

Importante destacar que a doutrina pátria tem se manifestado no sentido de que esta limitação deve ser considerada com ponderação, para que o objetivo da lei não se desvirtue. Nesse sentido afirma Marçal Justen Filho:

A contratação direta deverá objetivar apenas a eliminação do risco de prejuízo, não podendo a execução do contrato superar cento e oitenta dias (vedada a prorrogação) – A prorrogação é indesejável, mas não pode ser proibida. Nesse ponto, a lei deve ser interpretada em termos. A prorrogação poderá ocorrer, dependendo das circunstâncias supervenientes. [...]

[...]

Assim, deve-se reconhecer que a contratação por emergência envolve a ponderação de interesses segundo o princípio da proporcionalidade. As limitações impostas às contratações por emergência têm de ser interpretadas em face do interesse a ser tutelado. Bem por isso, todas as regras do inc. IV são instrumentais da proteção a interesses buscados pelo Estado. Não possuem fim próprio e autônomo. Não podem ser aplicadas sem consideração aos fins buscados e tutelados. Por isso, o próprio limite de 180 dias deve ser interpretado com cautela. Afigura-se claro que tal dimensionamento pode e deve ser ultrapassado, se essa alternativa for indispensável a evitar o perecimento do interesse a ser protegido.

Neste sentido é também o entendimento manifestado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em acórdão prolatado por sua 4ª Turma em 13/11/2012:

A contratação direta e imediata de uma empresa, para a realização de obras emergenciais, é decorrente da própria situação peculiar autorizada pela lei de licitação, e, no caso, o fato de as deteriorações na respectiva rodovia terem ocorrido pelo decurso do tempo, em razão de atos omissivos do DNER no dever de tomar as devidas providências, em tempo, para conservá-la, como reconhece o sentenciante, não é suficiente para afastar a situação emergencial das obras objeto do trecho contratado pelo poder público.

Como se vê, o que fez a Lei de Licitações ao prever como causa de dispensa de licitação a situação de emergência ou calamidade pública foi externar a necessidade de se conferir prioridade a determinados bens e valores juridicamente protegidos pela própria Constituição sobre a formalidade do processo licitatório. É claro que a exigência de licitação tem como fim último assegurar a observância de princípios constitucionais nobres aplicáveis à Administração Pública, entre eles os da impessoalidade, da moralidade pública e da eficiência. Assim, há a necessidade de ponderação entre os valores sujeitos a risco em razão da situação de emergência e os princípios cuja observância é assegurada pela obrigatoriedade da licitação.

Destarte, há que se aplicar a norma contida no inciso IV do art. 24 da Lei n.º 8.666/93 à luz do princípio da razoabilidade, considerando-se as circunstâncias fáticas envolvidas, os riscos às pessoas e bens tutelados e o sacrifício à observância do processo licitatório aplicável em uma situação normal. Isso porque em cada caso a urgência poderá ter uma dimensão diferente, dependendo das circunstâncias

e bens envolvidos. Mais uma vez oportunas as lições do festejado Marçal Justen Filho:

Deve destacar-se que as situações reconduzíveis à hipótese do inc. IV não são idênticas entre si. Em todos os casos, a emergência significará a impossibilidade de aguardar o decurso do prazo normal da licitação. Mas o risco de consumação de danos irreparáveis nunca apresentará dimensão temporal idêntica. Em certas hipóteses, a Administração disporá de alguns dias para promover a contratação. Em outros casos, a contratação deverá ocorrer no prazo de horas (senão minutos).

A avaliação das formalidades cabíveis para produzir a contratação deverá tomar em vista essas circunstâncias. Quanto maior a extensão temporal de que dispuser a Administração, tanto mais extensas e cuidadosas deverão ser as formalidades da Administração para evitar contratação nociva e assegurar a mais ampla participação possível de interessados. Isso significa que, dispondo de alguns dias para formalizar a avença, a Administração deverá obrigatoriamente adotar um procedimento aberto a todos os possíveis interessados, divulgando pelos meios disponíveis o interesse em realizar a contratação, inclusive para o fim de obter propostas diversas. Mas se pode imaginar situação de emergência de tal ordem que todas as formalidades sejam impossíveis de ser atendidas. [...] A hipótese não pode afastar sequer a contratação verbal, a ser formalizada por escrito posteriormente. A tanto não é obstáculo a determinação do art. 60, parágrafo único, da Lei de Licitações, eis que nenhum dispositivo infraconstitucional poderia impedir o cumprimento de deveres de diligência impostos constitucionalmente à Administração Pública.³²

A princípio, a situação objeto da presente nota jurídica não comportaria a contratação direta por dispensa de licitação, uma vez que a emergência já se verifica há bastante tempo, posto que o caos em que se encontra o sistema prisional mineiro não é novo. Em situação semelhante o Tribunal de Contas da União entendeu não ser o caso de contratação direta por dispensa de licitação:

O aumento da população carcerária não é motivo hábil a justificar a dispensa de licitação com base em situação emergencial na construção de complexo penitenciário, uma vez que é possível prever com razoável antecedência quando as instituições prisionais atingirão o limite de detentos que podem abrigar.

(TCU, Plenário. Acórdão 2099/2008)

Entretanto, a conjugação da situação caótica do sistema penitenciário mineiro com a disponibilidade financeira e orçamentária materializada de forma imprevista pela Medida Provisória 755/2016 é, sim, recente. Não obstante a precária situação que experimenta, há muito tempo repita-se, o sistema prisional mineiro, sua superação não se deu ainda a contento por ausência de recursos públicos suficientes (ao menos é o que aponta a avaliação teórica diante dos elementos apresentados ao CAOPP para elaboração desta nota técnica). Surgindo agora a disponibilidade de recursos e a exigência de sua utilização urgente, até o término do presente exercício financeiro, configurada, em tese, está a hipótese de dispensa de licitação.

De fato, há que se ter em conta as peculiaridades do caso concreto, e as possíveis razões da Administração para a demora em contratar os serviços para a construção de uni-

32 Obra citada, p. 242

dades prisionais. Neste sentido é o parecer n.º 15.871/2017, da Advocacia-Geral do Estado:

Aqui, reconhece-se que o *descontingenciamento* do FUNPEN – determinado por decisão judicial recente, materializado em medida provisória editada ao término do ano de 2016 e concretizado neste exercício financeiro – é fator que retirou do gestor estadual a possibilidade de planejamento. Caracterizando, em razão da limitação temporal que permeia a aplicação dos recursos, situação de urgência que, aliada à situação do Sistema Penitenciário mineiro e ao incremento do risco de prejuízos incalculáveis e irreversíveis a pessoas e bens, hipótese em que admitida a contratação direta mediante dispensa.

Para consideração e possível aplicação ao caso em análise, vale trazer à baila o seguinte trecho da Decisão n.º 347/1994, proferida pelo plenário do Tribunal de Contas da União:

“[...] além da adoção das formalidades previstas no art. 26 e seu parágrafo único da Lei n.º 8.666/93, são pressupostos da aplicação do caso de dispensa preconizado no art. 24, IV, da mesma Lei:

a.1) que a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não tenha se originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que ela não possa, em alguma medida, ser atribuída à culpa ou dolo do(s) agente(s) público(s) que tinham o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação; a.2) que exista urgência concreta e efetiva do atendimento a situação decorrente do estado emergencial ou calamitoso, visando afastar risco de danos a bens ou à saúde ou à vida de pessoas; a.3) que o risco, além de concreta e efetivamente provável, se mostre iminente e especialmente gravoso; a.4) que a imediata efetivação, por meio de contratação com terceiro, de determinadas obras, serviços ou compras, segundo as especificações e quantitativos tecnicamente apurados, seja o meio adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente detectado...”

2.2 Procedimento Formal de Dispensa de Licitação

Não obstante a Lei de Licitações excepcionar da regra do prévio procedimento licitatório algumas situações em que o mesmo é dispensado ou inexigível, não deixa o ordenamento jurídico de impor a observância aos princípios da isonomia, da impessoalidade, da moralidade pública, publicidade, eficiência e economicidade. Assim, é imprescindível a formalização da contratação de forma a restar demonstrado no procedimento a conformidade com estes princípios e com as demais normas que regem os contratos administrativos.

O artigo 37 da Constituição Federal, ao tratar das contratações pela Administração Pública, determina:

Art. 37. (...)

(...)

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

econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Assim, uma das condições da contratação pela Administração Pública, mesmo que dispensado ou inexigível o processo licitatório, é o atendimento às exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, o que deve restar demonstrado no procedimento próprio.

Assim, indispensável que conste os documentos da contratada: estatuto ou contrato social da empresa e sua última alteração, CNPJ, RG e CPF do representante legal, certidões negativas de débitos tributários e trabalhistas, documento que comprove não constar das listas de fornecedores impedidos ou suspensos de contratar com o poder público. Deve ser demonstrada e comprovada, ainda, a segurança da contratação, com a juntada das demonstrações contábeis (capital social e índices econômico-financeiros) e de garantias da proposta e da execução do contrato.

Em parecer publicado na Revista Zênite, Benedicto de Tolosa Filho afirma, quanto à habilitação do fornecedor em caso de contratação de obras:

(...)quando o objeto consiste na contratação de obras, as exigências de ordem técnica devem guardar estreita proporção com a maior ou a menor complexidade do empreendimento, quer seja precedida de licitação ou decorra de afastamento da licitação, mesmo que o motivo da dispensa de licitação seja com suporte em situação emergencial, quando ficar demonstrada a urgência de atendimento que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou privados, nos termos do inc. IV do art. 24 da Lei n.º 8.666/93.

Assim, indispensável, num primeiro momento, que a contratada seja inscrita ou registrada na entidade profissional competente, no caso o CREA, que comprove aptidão para o desempenho do objeto do contrato e conte com profissional detentor de atestado de responsabilidade técnica.³³

No processo administrativo de dispensa de licitação deve, ainda, constar o projeto básico aprovado pela autoridade competente e orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de seus custos unitários.

O Tribunal de Contas da União, na decisão n.º 103/1998, proferida nos autos do Processo n.º 013.992/96-1, determinou que conste no processo de inexigibilidade e dispensa o orçamento detalhado em planilhas com a composição de todos os custos unitários a serem contratados, conforme determina o art. 7º, § 2º, II, c/c § 9º da Lei n.º 8.666/93.

Dispõe o art. 26 da Lei n.º 8.666/93:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2o e 4o do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8o desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na

33 TOLOSA FILHO, Benedicto de. *A dispensa de licitação em situação emergencial, as formalidades legais indispensáveis e a posição do Tribunal de Contas da União*. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n.º 230, p.357, abril/2013.

imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Como se vê, além da documentação mencionada anteriormente, o procedimento administrativo de dispensa deve ser instruído com a caracterização da situação emergencial que a justifique. Ressalte-se que a situação de superlotação dos presídios e o constante crescimento do número de presos, não obstante as medidas paralelas que vêm sendo tomadas (tornozeleiras eletrônicas, aumento da celeridade das execuções penais com implantação do processo eletrônico, etc.) não é razão suficiente para justificar a contratação direta, mas sim a combinação desta situação de crise com o *descontingenciamento* dos recursos do FUNPEN e a exigência, estabelecida pela Medida Provisória 755/2016 da utilização dos recursos liberados até o final do exercício em que tiverem sido liberados, no caso do Estado de Minas Gerais, o exercício de 2017.

Indispensável a instrução do processo, ainda, com as razões da escolha do fornecedor ou executante, que, como já se expôs anteriormente, deve ser escolhido da forma mais ampla que permita a situação emergencial, para que se garanta a observância dos princípios da isonomia e da moralidade pública, devendo constar justificativa o menos subjetiva possível para a escolha. É o que recomenda o Tribunal de Contas da União:

(...) restrinja a subjetividade nos processos de dispensa e inexigibilidade de licitação, incluindo nas justificativas para contratação, documentos e/ou estudos técnicos que deem suporte à escolha da empresa e ao preço avençado. (Processo 007.307/2003-4. Acórdão 837/2004. Plenário)

Nesta linha, inarredável a conclusão de que o particular que contrata com a Administração Pública deve atender aos requisitos impostos pela legislação para figurar em um dos polos do respectivo contrato administrativo.

O zelo na análise de tal capacidade se impõe até mesmo como medida de cunho preventivo voltada a minimizar a possibilidade de ocorrência de irregularidades na execução do respectivo contrato, decorrentes exatamente da falta de capacidade do(a) contratado(a) para execução do serviço visado pela Administração Pública.

Desta feita, incontestemente que a formalização do contrato administrativo entre a Administração Pública e o particular seja precedida de cuidados na verificação da habilitação jurídica da capacidade técnica e econômico-financeira, bem como da regularidade fiscal deste (particular).

Aliás, neste ponto, infelizmente não são raras situações experimentadas em que tivesse havido a devida análise da real capacidade técnica do particular contratado jamais se

teria levado avante a respectiva contratação, evitando-se mais a frente percalços lastimáveis na execução do contrato, em franco prejuízo ao interesse público, já que aquele (particular), sem capacidade para executar o serviço, na verdade arvorara-se de verdadeiro “atravessador”, ou melhor, de mero intermediador entre a Administração Pública e o real executor do serviço, quando não demonstra absoluta inaptidão para execução de uma obra, seja descumprindo o calendário estipulado e impondo atrasos ou mesmo abandonando sua execução sem concluí-la, neutralizando os efeitos daquela contratação em relação à urgência que a situação fática experimentada pela sociedade exigia.

Reforçando a importância da comprovação da qualificação técnica de quem se apresenta para ser contratado, muito bem leciona Carlos Pinto Coelho Motta³⁴ no sentido de que *inadmitte-se que a Administração formalize contrato com quem não possa demonstrar, mediante sólida documentação, sua qualificação para o atendimento ao objeto que se anunciou.*

Logicamente que não se deve utilizar tal justificativa com o propósito de limitar indevidamente o espectro de possíveis afluentes, a ponto de violentar, dentre outros, princípios como os da isonomia e da impessoalidade, muito menos se deve ampliar inadvertidamente a abrangência de possíveis contratantes às custas da imposição de uma verdadeira “cegueira” à Administração Pública quanto à qualificação técnica de fato daquele com quem contrata.

E é exatamente visando o equilíbrio entre tais premissas que o art. 30 da Lei de Licitações limita a documentação a ser exigida para comprovação da qualificação técnica, impondo, inclusive, respeito ao princípio da razoabilidade quando da aplicação de tais exigências.

As exigências de qualificação técnica, sejam elas de caráter técnico profissional ou técnico operacional, portanto, não devem ser desarrazoadas a ponto de comprometer a natureza de competição que deve permear os processos licitatórios realizados pela Administração Pública. Devem constituir tão somente garantia mínima suficiente para que o futuro contratado demonstre, previamente, capacidade para cumprir as obrigações contratuais. (TCU – Plenário - TC 034.608/2014-1)

Outra exigência refere-se à imprescindível apresentação da justificativa do preço, de forma transparente e que demonstre a economicidade na contratação do fornecedor escolhido.

Oportuno o seguinte trecho da decisão do processo n.º 017.789/1996-6, do plenário do Tribunal de Contas da União:

(...) como ocorre na licitação, o gestor tem o dever de escolher a proposta mais vantajosa para administração e de justificar devidamente os preços contratados, como obriga o parágrafo único do art. 26 da Lei n.º 8.666/93.

Assim, a Administração Pública, mesmo em casos emergenciais, deve procurar atender ao princípio da eficiência e da economicidade, procedendo, dentro do que o prazo permite, pelo menos a um processo simplificado de coleta de preços, e, caso não seja possível, apresentar justificativa para sua ausência.

34 Eficácia nas Licitações & Contratos, 9ª Edição atualizada, Del Rey, 2002, p. 274/275.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, em seu *Vade Mécum de Licitações e Contratos*, ensina quanto à justificativa do preço:

É sempre importante notar que todas as contratações devem apresentar a justificativa de preço do contrato.

Sendo a base nas licitações a busca da proposta mais vantajosa e o tipo, como regra geral, o menor preço, se o administrador elencar no processo os preços encontrados e contratar o menor, será dispensável justificar o preço.

Antes de proceder a qualquer contratação, a Administração deverá conhecer o total da despesa que, por estimativa, será necessário realizar com o objeto pretendido.

O prévio conhecimento do valor a ser despendido constitui dever inafastável, há muito tempo consagrado na legislação pátria e reiterado em vários dispositivos da Lei n.º 8.666/93.

(...)

Assim, em regra de boa técnica administrativa, quando a autoridade vai deliberar sobre a dispensa ou inexigibilidade de licitação, já consta dos autos a estimativa de preços.

Essa estimativa pode até, dependendo das circunstâncias, ser um documento singelo, informando sumariamente as lojas consultadas, o vendedor contatado e o preço ofertado, podendo inclusive ser feita por telefone ou fac-símile, com registro do número nesse documento, seguindo-se uma apuração da média do valor, por exemplo.

(...)

Embora a praxe da pesquisa junto aos fornecedores seja consagrada, não é o melhor procedimento. A regra que define boa prática é a insculpida no art. 15, V, da Lei n.º 8.666/93: o preço referencial deve ser o praticado no âmbito da Administração Pública. Buscar esse preço elimina distorções como a dos preços da economia informal e evita fornecer informações privilegiadas a fornecedores, pelo simples fato de dar ciência de futuro interesse da Administração.

(...)

A regra inafastável que precisa ficar definida é que a Administração não pode justificar o preço com a mera declaração de que, em virtude da inexigibilidade da licitação verificada na espécie, contratou com o preço cotado pelo único fornecedor, ou único possível contratado. Justificar o preço não é, em absoluto, informar que a Administração se sujeitou ao preço imposto pelo contratado. O sentido do termo é muito mais amplo: justificar o preço é declarar, conforme o que for determinado em cada inciso ou parágrafo do artigo que autoriza a contratação direta, se o valor contratado é compatível com o de mercado, ou se é o preço justo, certo, que uma avaliação técnica encontraria.³⁵

Finalmente, de todo sabido que a contratação direta deve ser ratificada através de ato administrativo da autoridade competente publicado na imprensa oficial, conforme determina o *caput* do art. 26 da Lei de Licitações e entendimento do Tribunal de Contas da União (Processo n.º 550.217/96-7. Decisão 234/1998 – Plenário). Além disso, deverá ser instruída com parecer jurídico que lhe seja favorável. Veja:

(...) instrua os processos de contratação direta segundo os procedimentos estabelecidos no artigo 26, parágrafo único, da Lei 8.666/93, de modo que sejam devidamente formalizados os elementos requeridos pelos incisos I a III desse dispositivo por meio de expedientes específicos e devidamente destacados no processo, caracterizando a motivação do administrador

para a prática dos atos e juntando-se justificativa de preços que demonstre, item a item, a adequação dos preços àqueles praticados no mercado local, assim como parecer jurídico conclusivo que opine inclusive sobre a adequação dos preços unitários propostos pela entidade selecionada. (TCU, 2ª Câmara, Processo 012.067/2001-0, acórdão n.º 690/2005).

3 Conclusão

Assim, respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural e considerando o até aqui exposto, sem caráter vinculante, **conclui** este Centro de Apoio Operacional que, no caso de ampliação e reforma das unidades prisionais do Estado de Minas Gerais, uma vez comprovando-se o estado caótico em que se encontra o sistema prisional, especialmente em decorrência da crescente superlotação carcerária, de maneira a configurar situação emergencial **quando combinado imprescindivelmente** com a noticiada disponibilização de recursos oriundos do descontingenciamento do FUNPEN por determinação da Medida Provisória 755/2016 e sob a condição de sua utilização em curto espaço temporal (até o término do exercício/2017), caracteriza-se, em tese, a situação emergencial autorizativa da contratação direta, nos termos do inciso IV do art. 24 da Lei n.º 8.666/93, exigindo-se, ainda, dentre outras cautelas legais, especial atenção dos órgãos de controle na verificação de haver constado no respectivo procedimento de dispensa:

I) O registro do numerário efetivamente transferido aos cofres públicos estaduais, de sua vinculação ao objeto da contratação pretendida e do termo final para seu emprego sob pena de estorno aos cofres da União;

II) Relatório expondo a superlotação atual do sistema carcerário do Estado de Minas Gerais, inclusive descrevendo o impacto positivo a ser experimentado de fato com a contratação pretendida;

III) Projeto básico aprovado, inclusive explicitando o calendário de execução em conformidade com o limite máximo para emprego do recurso descontingenciado, bem como orçamento detalhado em planilhas com a composição de todos os custos unitários a serem contratados;

IV) Justificativa do preço a ser contratado, inclusive explicitando sua conformidade com os princípios da efetividade e economicidade;

V) As razões da escolha do(a) contratado(a), inclusive explicitando sua conformidade ao princípio da impessoalidade e cuidado na verificação de sua capacidade técnica;

VI) Comprovação do atendimento às exigências impostas aos Estados pelo disposto no parágrafo 3º, do art. 3º, da Lei Complementar nº 79/1994 (nova redação dada pela Medida Provisória nº 755, de 19 de dezembro de 2016); e,

VII) ato administrativo da autoridade competente ratificando a contratação direta e publicado na imprensa oficial.

Finalmente, considerando o numerário de recurso público naturalmente envolvido e a inegável peculiaridade dos fatos, **conclui também** este Centro de Apoio Operacional ser de todo prudente, especialmente diante do princípio da transparência pública, que a autoridade responsável pela

35 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Vade-mécum de Licitações e Contratos*. 3ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2009. Pp. 524, 525.

ratificação da contratação direta encaminhe cópia do respectivo procedimento de dispensa de licitação ao E. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, com solicitação do exame de sua legalidade (art. 113 da Lei de Licitações e art. 71 da Constituição Federal).

Remeta-se cópia desta, via e-mail, ao Senhor Procurador-Geral de Justiça Adjunto Institucional.

Outrossim, considerando por razões óbvias a conveniência de uma atuação institucional preventiva também no âmbito da defesa do patrimônio público, determino a remessa de cópia integral do presente PAAF à coordenadoria da 17ª Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público de Belo Horizonte, a fim de que seja distribuída a um de seus Membros para conhecimento e adoção das medidas que julgar cabíveis (se é que ainda não haja nenhum procedimento específico já em tramitação, a atrair por prevenção).

De outra banda, não demanda muito esforço a conclusão de que a implantação da política de segurança pública exige prévio estudo, com o estabelecimento de diretrizes e metas que orientarão a ação governamental, inclusive com a adoção dos cuidados necessários para evitar duplicidade de atuação, dispersão de recursos, divergência de soluções, dentre outros malefícios impostos pela burocracia.

Em suma, cabe à Administração Pública ser zelosa na fixação de diretrizes e metas necessárias ao atendimento dos direitos do cidadão com boa qualidade e eficiência, e, a partir delas, de maneira harmônica, desenvolver suas atividades, inclusive mantendo-se atenta quanto a possíveis desvios em relação a efetiva finalidade de seus atos, qual seja, do interesse público.

Nesta linha, restando evidente que a lamentável situação experimentada no sistema carcerário do Estado de Minas Gerais não será superada integralmente com a contratação emergencial que ora se noticia, mas tão somente mitigada, claramente se aponta a necessidade de adequação das políticas de segurança pública de forma que ações emergenciais não se tornem a tônica de enfrentamento à superlotação carcerária.

Assim, determino também a remessa de cópia integral do presente expediente ao CAOCrim e ao CAO de Defesa dos Direitos Humanos para o devido conhecimento e eventuais providências cabíveis naquela seara.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 05 de julho de 2.017.

José Carlos Fernandes Junior
Promotor de Justiça
Coordenador do CAO - Patrimônio Público

Nota Jurídica Conjunta n.º 24/2017 – CAOPP/CAOSAUDE

PAAF n.º 0024.17.004365-7

Comarca: Promotoria de Justiça de Betim

Ementa: Contratação de particular por consórcio público municipal para fornecimento de serviço público aos entes consorciados. Contratação administrativa. Possibilidade. Restrições. Diretrizes. Exigência de respeito à Lei de Licitações.

1 Relatório

Trata-se de consulta formulada pela Dra. Ludmila Costa Reis, Promotora de Justiça de Defesa do Patrimônio Público da Comarca de Betim, questionando sobre a possibilidade de contratação de profissionais médicos por meio de empresa subcontratada por consórcio intermunicipal de saúde (CISMEP – Consórcio Intermunicipal de Saúde do Médio Paraopeba, atualmente denominado Instituição de Cooperação Intermunicipal do Médio Paraopeba).

Esse questionamento tem por origem a apresentação àquele Órgão de Execução ministerial, pelo Sindicato dos Médicos de Minas Gerais, de representação afirmando que, no quadro de pessoal do dito consórcio, não há nenhum médico concursado, sendo todos “terceirizados”, com burla ao princípio do concurso público.

Em síntese, é o relatório.

2 Fundamentação

2.1 Introdução

Com efeito, os consórcios públicos constituem negócios jurídicos plurilaterais de direito público, com conteúdo de cooperação mútua entre os pactuantes, de modo que os participantes do ajuste estão voltados para finalidades de interesse comum de todos, situando-se lado a lado na relação jurídica.

Na verdade, constituem-se em estratégia, de iniciativa dos municípios, para realização, em conjunto, da prestação de serviços públicos, como os da saúde, para sua população abrangida. São associações, de natureza pública, que constituem uma forma inovadora de gestão compartilhada que, a cada dia, torna-se mais comum em todo o Brasil.

Ao lado dos convênios de cooperação entre entes federados, outra modalidade associativa, os consórcios públicos estão previstos no artigo 241 da Constituição Federal:

Art. 241. A União, os Estados o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão, por meio de lei, os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à comunidade dos serviços transferidos.

O que os distingue dos convênios *stricto sensu* reside no aspecto de que uma vez acordadas, as partes devem então constituir uma pessoa jurídica, sob a forma de associação pública ou pessoa jurídica de direito privado (artigo 1º, § 1º, da Lei federal n.º 11.107/2005), com personalidade distinta daquela das entidades consorciadas³⁶, com o propósito de facilitar a operacionalização de suas atividades e alcance de seus objetivos.

Conforme preceitua o art. 6º da lei federal n.º 11.107/2005, a personalidade jurídica poderá ser: a) de direito público: no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções, responsável esse documento pela delimitação de seu objeto e de sua finalidade para a qual foi criado (princípio da especialidade); b) de direito privado: mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil³⁷.

Sem adentrar na discussão pertinente a integrar ou não o consórcio público de direito privado a administração pública indireta³⁸, certo é que havendo a opção pela criação de pessoa jurídica de direito público, a associação pública passa a integrar a administração indireta de todas as entidades consorciadas (artigo 6º, §1º).

De todo modo, seja o consórcio público de direito público ou de direito privado, as normas de direito público serão de observância obrigatória no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, esta última regida pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e precedida do devido certame público.

Neste particular, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais assim já decidiu:

[Associações de municípios. Consórcios públicos. Regime de licitação e contratação, de pessoal, de recebimento de recursos.] [...] **O Consórcio Público, criado com prazo de duração determinado ou indeterminado, pode adotar personalidade jurídica de direito público ou de direito privado. Na primeira hipótese, cria-se uma autarquia especial, chamada de “associação pública” e, na segunda, cria-se uma fundação ou uma associação. Em quaisquer dessas hipóteses, os servidores do Consórcio são regidos pelas normas da CLT. [...] por receber e gerir dinheiro público,**

36 Nos convênios *stricto sensu* da associação dos pactuantes não advém a criação de uma nova pessoa jurídica.

37 § 2º No caso de se revestir de personalidade jurídica de direito privado, o consórcio público observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.

38 Não obstante a falta de objetivação legal, doutrina majoritária entende que, mesmo sob direito privado, integra o Consórcio a Administração indireta dos entes participantes, do mesmo modo que as empresas públicas e sociedades de economia mista. Reforça esse entendimento o fato de os *consórcios de direito privado*, mesmo eles, precisarem licitar, celebrar contratos sob a Lei n.º 8.666, admitir pessoal celetista por concurso ou processo seletivo, escriturar seu movimento financeiro nos padrões da Contabilidade Pública, além de prestar contas ao órgão constitucional de controle externo (Tribunal de Contas). TCESP. Manual “O Tribunal e as Entidades da Administração Indireta”. 2012, p. 29. Disponível por meio do sítio eletrônico <https://www4.tce.sp.gov.br/o-tribunal-e-entidades-municipais-da-administracao-indireta>

não têm as associações microrregionais de municípios como fugir da incidência dos princípios constitucionais estatuidos no art. 37 da Constituição da República, devendo contratar pessoal por meio de concurso público e reger-se, nas hipóteses de contratações com terceiros, pela lei que regulamenta a licitação e os contratos administrativos, princípios assecutorios da moralidade administrativa. [...] [Consulta n. 731.118. Rel. Conselheiro Eduardo Carone Costa. Data da sessão 10/12/2008]

Aliás, outro não poderia ter sido o entendimento daquela douta Corte de Contas Mineira, tendo em vista estar toda a administração pública, seja ela direta ou indireta, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, submetida aos princípios constitucionais previstos no artigo 37 da Carta Magna, dentre eles, inclusive, o condicionamento da prévia aprovação em concurso público para investidura em cargo ou emprego público (inciso II).

E por possuir personalidade jurídica autônoma, o consórcio público poderá: a) firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de outras entidades e órgãos do governo; b) promover desapropriações e instituir servidões; c) ser contratado pela administração direta ou indireta dos entes da Federação consorciados, dispensada a licitação; d) emitir documentos de cobrança e exercer atividades de arrecadação de tarifas e outros preços públicos; e) outorgar concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos mediante autorização prevista no contrato de consórcio público.

De outra banda, a Lei Orgânica da Saúde – Lei federal n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990, no seu artigo 10, previu a possibilidade de os municípios poderem constituir consórcios para desenvolver em conjunto as ações e serviços de saúde que lhes correspondam. Nesse caso, aplica-se aos consórcios administrativos intermunicipais o princípio da direção única, e os respectivos atos constitutivos disporão sobre sua observância. A formação desses consórcios administrativos intermunicipais, nos termos do artigo 18, inciso VII, dessa lei, compete à direção municipal do SUS.

Na prática, essa questão de natureza complexa ainda não foi dirimida com exatidão pelo sistema, não sendo raras notícias dando conta que Chefes do Executivo venham tomando decisão pela formação de consórcios públicos de saúde em falta de sintonia com as diretrizes e princípios do SUS.

Dessa forma, vislumbra-se um hiato institucional entre o SUS e os consórcios de saúde, esses cada vez mais independentes e com regras próprias.

De acordo com a Norma Operacional Básica do Ministério da Saúde em 1996 (MS, 1997a), os Consórcios Intermunicipais de Saúde passaram a ser considerados, no contexto da regionalização e hierarquização da rede de serviços, como sendo estratégias para articulação e mobilização dos municípios, com coordenação estadual, de acordo com características geográficas, demanda, perfil epidemiológico, oferta de serviços e, principalmente, a vontade política expressa pelos diversos municípios de constituírem um consórcio ou estabelecer qualquer outra relação de caráter cooperativo (NOB - SUS no 01/1996 – revogada pela Portaria MS n.º 1.580/2012).

Por sua vez, a Lei Complementar n.º 141, de janeiro de 2012, que, dentre outras, regulamentou o artigo 198, § 3º, da Constituição Federal, dispõe no seu artigo 21 que: “Os Estados e os municípios que estabelecerem consórcios ou outras formas legais de cooperativismo, para a execução conjunta de ações e serviços de saúde e cumprimento da diretriz constitucional de regionalização e hierarquização da rede de serviços, poderão remanejar entre si parcelas dos recursos dos Fundos de Saúde derivadas tanto de receitas próprias como de transferências obrigatórias, que serão administradas segundo modalidade gerencial pactuada pelos entes envolvidos”.

Ao dispor sobre a constituição dos consórcios públicos no âmbito do Estado de Minas Gerais, a Lei Estadual n.º 18.036, de 12 de janeiro de 2009 (art. 6º), estabeleceu que o consórcio público está sujeito à fiscalização contábil, operacional e patrimonial pelo Tribunal de Contas competente, para apreciar contas do Chefe do Poder executivo, representante legal do consórcio, inclusive quanto à legalidade, à legitimidade e à economicidade de despesas, atos, contratos e renúncia de receitas, sem prejuízo do controle externo a ser exercido em razão de cada um dos contratos de rateio.

O controle dos consórcios públicos compreende a fiscalização da organização e funcionamento da entidade, da legalidade dos atos administrativos de natureza financeira e orçamentária, bem como a análise da aplicação de recursos, e será exercido, no caso dos consórcios intermunicipais, pelos conselhos municipais de cada área de atuação da maioria dos municípios envolvidos.

Outro ponto a ser destacado consiste na observância do PDR – Plano Diretor de Regionalização, que visa à adequação aos novos princípios adotados, como economia de escala, acessibilidade viária e geográfica. O objetivo de todo esse plano é garantir o acesso dos cidadãos a todos os níveis, a partir do atendimento o mais próximo possível de sua residência, conforme seja o conjunto de ações e serviços necessários à solução de seus problemas de saúde, em qualquer patamar de atenção. Com isso, os consórcios em saúde, para uma melhor prestação de seus serviços, podem se organizar em municípios localizados em uma mesma microrregião sanitária.

No Estado de Minas Gerais, a discussão sobre o papel técnico-jurídico-assistencial dos Consórcios Intermunicipais de Saúde no SUS se deu pela Resolução SES n.º 67, de 11 de abril de 2003, a partir do Protocolo de Intenções n.º 002/2003, celebrado entre a Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais e o Colegiado dos Secretários-Executivos dos Consórcios de Saúde de Minas Gerais (COSECS-MG).

Dessa forma, a Deliberação CIB-SUS/MG n.º 417, de 21 de fevereiro de 2008 e a Resolução SES/MG n.º 1418, de 21 de fevereiro de 2008, dispõem sobre o processo de credenciamento dos serviços de Consórcios Intermunicipais de Saúde de Minas Gerais. Definiu-se ser da competência da SES/MG o credenciamento dos referidos consórcios, mediante prévia aprovação da Comissão Intergestores Regional (CIR), no caso de municípios consorciados localizados em uma mesma microrregião, da Comissão Intergestores Regional Ampliada (CIRA), no caso de os municípios consorciados se

situarem em mais de uma microrregião, mas dentro de uma mesma macrorregião e da Comissão Intergestores Bipartite (CIB-SUS/MG), no caso de os municípios consorciados se situarem em mais de uma macrorregião.

Nos termos do artigo 8º da Resolução SES-MG n.º 1418/2008, somente serão credenciados pela SES/MG os serviços dos Consórcios Intermunicipais de Saúde que atuem em consonância estrita com os princípios que regem o Sistema Único de Saúde e que redundarem em aumento do atendimento à população.

O Tribunal de Contas de Minas Gerais incentiva a formação de consórcios intermunicipais por considerá-los com potencial enorme para o desenvolvimento de soluções criativas promotoras da otimização da atuação administrativa nesta função de governo, bem como significativos ganhos de escala, de barganha e de desempenho nas contratações. Em parecer referente ao Processo n.º 833.253, do TCE/MG, o conselheiro relator Sebastião Helvécio, assim se pronunciou:

Entendo que, ao se escolher a forma de contratação de profissionais para a área de saúde, o gestor deva, no processo administrativo que a conduza, evidenciar as circunstâncias que o levaram à decisão por uma ou por outra modalidade, demonstrando que buscou a maneira, diante das circunstâncias aferidas, mais econômica e a mais eficiente, dentro das especificidades locais. Não posso deixar de lembrar mais para efeito pedagógico – da possibilidade de formação dos consórcios públicos de saúde, fundados no art. 241 da Constituição Cidadã e na Lei 11.107, previstos, ainda, nos art. 10 e 18, VII, da Lei 8.080/90, a Lei do SUS, os quais se constituem da reunião de municípios para o desenvolvimento de ações e serviços que lhes sejam de interesse comum, revelando potencial enorme para o desenvolvimento de soluções criativas promotoras da otimização da atuação administrativa nesta função de governo, bem como significativos ganhos de escala, de barganha e de desempenho nas contratações.

Conforme Consulta n.º 731.118, relator Conselheiro Antônio Carlos Andrada, o TCEMG entendeu que o consórcio público, independente do regime jurídico adotado, sujeita-se às normas de finanças e contabilidade públicas, à fiscalização pelos Tribunais de Contas, às regras acerca de contratos administrativos, além das exigências de realização de licitações, concursos públicos e prestação de contas.

Conforme ressaltamos, há previsão legal de os consórcios públicos, entre outros, poderem contratar serviços de saúde, inclusive para que possam celebrar contrato de gestão com Organização Social (OS) e termo de parceria com Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) – artigo 5º, inciso XI, do Decreto n.º 6.017, de 17 de janeiro de 2007.

2.2 Do objeto da consulta

Depreende-se de seus atos constitutivos que o CISMED – Consórcio Intermunicipal de Saúde do Médio Paraopeba possui personalidade jurídica de direito público, com natureza de associação pública, sem fins lucrativos e com prazo de duração indeterminado.

Extrai-se, ainda, que o dito consórcio foi criado com a finalidade de promover o desenvolvimento em conjunto de

ações e serviços de saúde, em caráter complementar ao Sistema Único de Saúde – SUS, inserido no contexto da regionalização, da programação pactuada e integrada, da otimização dos recursos e da priorização de utilização destes de acordo com a estratificação de riscos e as necessidades locais, visando suprir as demandas represadas, bem como a insuficiência ou ausência de oferta de serviços e/ou ações de saúde nos entes consorciados, caracterizados como vazios assistenciais, de acordo com o perfil sócio-demográfico e epidemiológico regional, efetivando tudo isso com economia de escala e de escopo.

Dentre os objetivos do CISMEP para os entes consorciados está a aquisição de bens, estruturas e equipamentos, contratação de serviços e execução de obras para uso compartilhado dos entes federados consorciados, bem como gerir, administrar, gerenciar os bens, estruturas, equipamentos e serviços assim adquiridos, contratados ou produzidos, gozando para tal fim da outorga das prerrogativas de governabilidade e governança.

Para cumprir esses objetivos, o consórcio poderá ser contratado pelos entes consorciados, dispensada a licitação, conforme dispõem os artigos 2º, III, da Lei federal n.º 11.107/2005 e 24, XXVI, da Lei federal n.º 8.666/1993; bem como celebrar convênios, contratos e acordos com a iniciativa privada, nos moldes previstos na Lei federal n.º 8.080/1990³⁹.

Observa-se das informações trazidas pelo órgão consulente que o CISMEP vem contratando serviços médicos mediante procedimento licitatório, na modalidade pregão presencial.

Como já exposto na Nota Jurídica n.º 03/20017, expedida pelo CAOPP, sabidamente o vínculo entre a administração pública e o particular, estabelecido por força de contrato administrativo, **em regra precedido de licitação**, diverge, e muito, daquele entre a administração pública e seu agente público no exercício de cargo/emprego público e função pública. Enquanto o primeiro regula-se pelas normas pertinentes ao contrato administrativo, o exercício de cargos, empregos e funções públicas diz respeito especificamente às relações da administração pública com seus agentes, no âmbito de sua estrutura organizacional.

Mais diretamente, no caso de firmamento de um contrato administrativo de prestação de serviço ocorre a delegação da execução daquele serviço a um terceiro, ou melhor, ao contrário de utilizar-se de sua estrutura própria, a administração pública opta por delegar sua execução a terceiro.

Obviamente que não se permite o emprego de tal contratação administrativa com o propósito de burla ao núcleo essencial do princípio do concurso público.

De fato, como muito bem nos ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁰, temos no caso em apreço uma “descentralização administrativa de controle, transferindo a execução de determinados serviços a entes dotados de personalidade jurídica, patrimônio próprio, capacidade de autoadministra-

ção, porém exerce sobre eles fiscalização necessária para assegurar que cumpram os seus fins. O Estado atribui o controle administrativo a determinados órgãos da administração direta, que o exercerão nos limites da lei”.

Desta forma, inegável que a estrutura dos consórcios públicos, de natureza pública (espécie de autarquia), será composta de empregos públicos, em comissão (de livre nomeação/exoneração) e de provimento mediante concurso público.

Nesse ponto, importante ressaltar que os empregos públicos e sua remuneração, bem como os critérios para a revisão dessa remuneração, devem estar previstos no protocolo de intenções, o qual será ratificado por lei de cada um dos entes que pretende se consorciar, tal qual determinado no artigo 4º, inciso IX, da Lei federal n.º 11.107/05 e artigo 22 do Decreto Federal n.º 6.017/07.

Obviamente que diante do modelo associativo do consórcio, não se permite que este, por exemplo, firme convênio específico para contratação de profissionais para atuar exclusivamente na rede de saúde de um determinado município. Abordando com muita propriedade, vejamos trecho do estudo elaborado pela 9ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios da DCEM (Diretoria de Controle Externo dos Municípios) e empregado pelo Conselheiro Wanderley Ávila como motivação *per relationem*, na relatoria da Consulta nº 896.648 – TCE-MG.

Tendo o consórcio de saúde como objetivo geral a gestão associada de serviços públicos, este não pode ser utilizado em atendimento de interesses específicos. O art. 3º do Decreto Federal n. 6.017/2007 elenca os objetivos de interesses comuns, entre eles: o compartilhamento ou uso em comum de instrumentos e equipamentos, a realização de procedimento comum de licitação e de admissão de pessoal, e a gestão e proteção de patrimônio urbanístico, paisagístico ou turístico comum. Havendo previsão no protocolo de intenções ou no contrato de consórcio (art. 4º c/c art. 12 da Lei Federal n. 11.107/05), a gestão e os serviços de saúde de uma determinada especialidade ou programa de saúde poderão ser prestados por meio do consórcio público de saúde, em regime de descentralização de serviço público e em substituição aos entes consorciados, que poderão transferir para o respectivo consórcio o pessoal, os encargos e os bens indispensáveis à execução do serviço, assim como o consórcio poderá contratar o pessoal e os bens necessários às atividades consorciadas. Cumpre ressaltar que o consórcio não poderá firmar convênio específico com os entes consorciados para contratação, por exemplo, dos profissionais médicos para atuar exclusivamente na rede de saúde do município interessado. Neste caso a responsabilidade a ser transferida ao consórcio refere-se à contratação de médicos para atuar na rede pública de saúde do município conveniente, para prestação dos serviços públicos primários de atenção básica em saúde, os quais devem ser assumidos integralmente pelos municípios, conforme previsto na Portaria GM n. 399/2006 do Ministério da Saúde, que elenca as responsabilidades dos municípios. Diante do exposto, depreende-se pela possibilidade da contratação de pessoal, inclusive profissionais médicos, por parte dos consórcios, desde que seja para o atendimento aos interesses comuns dos entes consorciados e não para atender exclusivamente na rede de saúde de município conveniado, procedimento este que vai de encontro ao modelo associativo dos consórcios públicos, conforme inteligência do art. 241 da Constituição Federal e da Lei Federal n. 11.107/05, e configura a transferência indevida da responsabilidade do

39 Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

40 Direito Administrativo, 13ª edição, editora atlas, SP, pg. 398.

município pela contratação de profissionais e pela prestação dos serviços públicos primários de saúde.

Além disso, os entes consorciados poderão ceder servidores, sendo essa prática, aliás, muito utilizada quando certas funções do consórcio envolverem prerrogativas administrativas (por exemplo, o poder de polícia somente pode ser exercido por servidores com vínculo administrativo conhecido como vínculo “estatutário”). Naturalmente que, encerrada a cessão, tal servidor retorna ao órgão público de origem (artigo 23 do Decreto Federal n.º 6.017/07).

Por outro lado, é absolutamente possível que a administração pública (aqui incluído o consórcio público – de direito público – posto que, como associação pública, integra – como visto – a administração pública indireta de todas as entidades consorciadas) venha a optar por delegar a execução de determinada tarefa a terceiro, por meio da celebração de um contrato administrativo de prestação de serviço com um particular.

Logo, de todo evidente, não configura, **por si só**, qualquer ilegalidade o fato de um particular vir a ser contratado administrativamente por um consórcio público (de direito público) para prestar serviços, inclusive na área da saúde.

Isso, no entanto, não significa que sobre tal contratação administrativa não recaia qualquer regramento, muito pelo contrário, sua regularidade alicerça-se em importantes pressupostos gerais, dentre eles:

- a) seja precedida de procedimento licitatório, salvo nas situações excepcionais previstas na Lei federal n.º 8.666/93;
- b) haja efetiva possibilidade de prestação do serviço por quem é contratado.

Quanto à obrigatoriedade de licitação para celebração dos contratos administrativos, dispõe o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal que:

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

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

Destarte, com facilidade, percebe-se que a regra é a de que a contratação com a Administração Pública deve ser precedida de licitação, embora o próprio texto constitucional admita exceção nos casos expressamente previstos na legislação.

A respeito destas exceções, cumpre registrar que, enquanto a inexigibilidade de processo licitatório ocorre nas situações em que se mostra inviável a competição, conforme estabelece o artigo 25 da Lei federal n.º 8.666/93, já na dispensa, essa competição é plenamente possível, sendo facultada a não realização do procedimento nas hipóteses previstas

no rol taxativo constante nos incisos do artigo 24, daquela mesma norma.

Ora, compondo o consórcio público, de natureza pública, a administração pública indireta dos entes consorciados, evidente sua sujeição aos comandos da Lei Federal n.º 8.666/1993, de modo a somente se admitir que contrate com pessoas privadas, sem prévia licitação, nas hipóteses excepcionadas pela legislação pátria.

Inclusive, há expressa previsão de sujeição aos comandos da Lei de Licitações na própria Lei federal n.º 11.107/2005, independentemente da natureza do consórcio público (art. 6º, parágrafo 2º).

Nesta linha, também inarredável a conclusão de que o particular que contrata com o consórcio público deve atender aos requisitos impostos pela legislação para figurar em um dos polos do respectivo contrato administrativo.

O zelo na análise de tal capacidade se impõe até mesmo como medida de cunho preventivo voltada a minimizar a possibilidade de ocorrência de irregularidades na execução do respectivo contrato, decorrentes exatamente da falta de capacidade do(a) contratado(a) para execução do serviço visado pela Administração Pública.

Desta feita, incontestemente que a formalização do contrato administrativo entre o consórcio público e o particular seja precedida de cuidados na verificação da habilitação jurídica da capacidade técnica e econômico-financeira, bem como da regularidade fiscal deste (particular).

Aliás, neste particular, infelizmente não são raras situações experimentadas em que se tivesse havido a devida análise da real capacidade técnica do particular contratado, jamais ter-se-ia levado avante a respectiva contratação, evitando-se, mais à frente, percalços lastimáveis na execução do contrato, em franco prejuízo ao interesse público, uma vez que aquele (particular), sem capacidade para executar o serviço, na verdade arvorara-se de verdadeiro “atravessador”, ou melhor, de mero intermediador entre a Administração Pública e o real executor do serviço.

Como sabido, sem adentrar no embate pertinente à constitucionalidade ou não do art. 72 da Lei de Licitações, certo é que, mesmo admitida a possibilidade de subcontratação e desde que prevista no contrato e no edital, esta jamais poderá abarcar a totalidade do objeto do contrato, sob pena de constituí-la numa imensa porta aberta à fraude.

Neste aspecto, vejamos o seguinte pronunciamento do TCU:

Nos termos do art. 72 da Lei nº 8.666/93, deve ser fixado, no edital, o percentual máximo para subcontratação, quando houver cláusula editalícia de permissividade, devendo essa cláusula existir, apenas, em hipóteses excepcionais, quando a subcontratação for estritamente necessária, devendo ser técnica e circunstanciadamente justificados tanto a necessidade da subcontratação quanto o percentual máximo admitido. (Processo nº 001.645/2004. Acórdão 1.748/2004 – Plenário). Vedando a subcontratação total, veja também Processo nº TC-014.318-95-4. 750.014/96-2.

Isso reforça a importância da comprovação da qualificação técnica de quem se apresenta para ser contratado pois,

como muito bem ensina Carlos Pinto Coelho Motta⁴¹ “inadmitte-se que a Administração formalize contrato com quem não possa demonstrar, mediante sólida documentação, sua qualificação para o atendimento ao objeto que se anunciou”.

Logicamente que não se deve utilizar tal justificativa com o propósito de limitar indevidamente o espectro de possíveis afluentes, a ponto de violentar, dentre outros, princípios como os da isonomia e da impessoalidade, muito menos se deve ampliar inadvertidamente a abrangência de possíveis contratantes às custas da imposição de uma verdadeira “cegueira” à Administração Pública quanto à qualificação técnica de fato daquele com quem contrata.

E é exatamente visando o equilíbrio entre tais premissas que o art. 30 da Lei de Licitações limita a documentação a ser exigida para comprovação da qualificação técnica, impondo, inclusive, respeito ao princípio da razoabilidade quando da aplicação de tais exigências.

As exigências de qualificação técnica, sejam elas de caráter técnico profissional ou técnico operacional, portanto, não devem ser desarrazoadas a ponto de comprometer a natureza de competição que deve permear os processos licitatórios realizados pela Administração Pública. Devem constituir tão somente garantia mínima suficiente para que o futuro contratado demonstre, previamente, capacidade para cumprir as obrigações contratuais. (TCU – Plenário - TC 034.608/2014-1)

Mas focando de maneira ainda mais específica no objeto da presente consulta e sem ignorar que um dos grandes obstáculos no SUS está relacionado à carência e à contratação de profissionais, cumpre destacar de antemão que a celebração de contratos ou convênios pelos entes consorciados com o respectivo consórcio público, objetivando a promoção e o oferecimento de serviços públicos de saúde deve ter sempre caráter complementar, de modo a não acarretar a completa transferência do dever dos próprios municípios em promover os serviços essenciais à comunidade local, nos termos constitucionais e legais.

Nesse particular, imprescindível se faz a explicitação do que se toma de fato pela expressão “**caráter complementar**” da participação da iniciativa privada na execução dos serviços de saúde do SUS, posto que da simples leitura do art. 199 e seu § 1º isso não é possível. Vejamos:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. (...)

Afinal de contas, o caráter complementar está relacionado ao Sistema Único de Saúde como um todo, em relação a cada um dos diferentes níveis de complexidade (baixa, média, alta) ou a cada uma das redes de atenção (rede de atenção primária à saúde, rede de urgência e emergência, rede de atenção psicossocial, rede ambulatorial e hospitalar, etc.)?

Veja-se, ainda, o que dispõe a Lei n.º 8.080:

Art. 4º. (...)

§ 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar.

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Note-se que o citado art. 24 limita-se apenas a explicitar a insuficiência de disponibilidades sem, entretanto, perquirir a respeito de suas causas.

Por outro lado, é consenso que a gestão do SUS é responsabilidade de uma direção única em cada esfera de governo, consoante o art. 198, inciso I, da Constituição Federal. Isso não se discute: a gestão do SUS deve ser integralmente pública, abrangendo planejamento, controle e fiscalização de todas as ações de saúde pública e respectiva utilização dos recursos.

A discussão encerra-se na questão da prestação de serviço pelo SUS, ou melhor dizendo: até que ponto a iniciativa privada pode complementar os serviços de saúde prestados pelo SUS ou até que ponto a execução dos serviços de saúde do SUS pode ser transferida para o setor privado?

Segundo doutrina de Fernando Borges Mânica⁴²:

a delimitação do caráter complementar de participação da iniciativa privada na prestação de serviços públicos de saúde implica a análise do alcance do conteúdo constitucional da complementaridade, a qual deve ter como referencial tanto (i) o texto da Constituição, quanto (ii) as condições históricas, sociais e econômicas atuais e aquelas existentes no momento de elaboração do texto constitucional.

O mesmo autor pontua que, “É tempo de interpretar a ordem constitucional da saúde à luz da *efetivação do respectivo direito*”. E mais: “a interpretação da Constituição deve levar em conta a realidade e deve ter como objeto a máxima efetivação dos direitos fundamentais”.

Com efeito, o art. 196 da Constituição Federal dispõe que a saúde é dever do Estado, mas não refuta de forma absoluta a possibilidade de emprego da celebração de contrato administrativo com particulares. O mesmo se diga do art. 197 e do § 1º, do art. 199, ambos da Constituição Federal.

Obviamente, entretanto, que, no momento em que a administração pública opta por afastar-se da execução de determinados serviços de saúde, transferindo-a para entidades privadas, logicamente que deve, paralelamente, otimizar suas funções de planejamento, desenho da política, regulação, controle e avaliação, uma vez que os agentes privados não substituem as instituições públicas, continuando o poder público responsável constitucionalmente pela garantia da prestação de tais serviços, inclusive zelando para que os cidadãos tenham seus direitos atendidos com qualidade e eficiência.

Daí que, a Comissão Permanente de Defesa da Saúde (COPEDES), do Grupo Nacional de Direitos Humanos (GNDH), do Conselho Nacional de Procuradores Gerais do Ministério

41 Eficácia nas Licitações & Contratos, 9ª Edição atualizada, Del Rey, 2002, p. 274/275.

42 https://webmail.mpmg.mp.br/service/home/~/?auth=co&loc=pt_BR&id=6481&part=2

Público da União e dos Estados, em reunião na cidade de Vitória, nos dias 09 e 10 de junho de 2011, deliberou, em forma de ENUNCIADOS:

Enunciado nº2. “Não é possível a transferência integral da gestão e da execução das ações e serviços de saúde do Primeiro Setor (Estado) para pessoas jurídicas de direito privado, como as Organizações Sociais (OS), as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), ou qualquer outra entidade do Terceiro Setor, pois a saúde é dever do Estado necessitando ser promovida mediante políticas públicas, devendo a iniciativa privada participar do Sistema Único de Saúde (SUS) apenas em caráter complementar”.

Enunciado nº 3. “A complementaridade que possibilita a participação de entidades do Terceiro Setor no Sistema Único de Saúde (SUS), por expressa determinação constitucional e de acordo com a lei de regência (Lei Orgânica da Saúde), exige que o gestor demonstre a impossibilidade fática do Estado garantir diretamente a cobertura assistencial à população de determinada área, com justificativa técnica e epidemiológica, não podendo jamais significar a não responsabilização do Estado, bem como, a mera substituição dos serviços públicos pela iniciativa privada”.

Enunciado nº 5. “A participação complementar da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde (SUS) não pode compreender atos de gestão e administração de unidades públicas ou quaisquer estabelecimentos de saúde com equipamentos, funcionários e recursos públicos, mas apenas a execução de determinadas ações e serviços públicos onde tais unidades não forem suficientes para a cobertura assistencial”.⁴³

Veja que em tais enunciados, mais uma vez, não se delimita o termo “complementar”, optando-se pela reverência apenas ao impedimento da totalidade da transferência dos serviços de atenção básica de saúde.

Portanto, também importante ressaltar que os serviços de atenção básica de saúde constituem-se portas do sistema, ordenadora das demais Redes de Atenção à Saúde (RAS), assim definidas pela Política Nacional de Atenção Básica (PNAB), instituída pela Portaria MS/GM n.º 2.488, de 21 de outubro de 2011; enquanto que, o Decreto n.º 7.508, de 28 de junho de 2011, define, no seu artigo 2º, inciso II, como portas de entrada” os serviços de atendimento inicial à saúde do usuário do SUS, inclusive enumerando, no seu artigo 9º, essas portas de entrada como sendo: a) atenção primária; b) atenção de urgência e emergência; c) atenção psicossocial; d) serviços especiais de acesso aberto.

Já do Parecer em Consulta – Tribunal Pleno, Processo n.º 896.648, Relator Conselheiro Wanderley Ávila, extrai-se a lógica de que todos os municípios são responsáveis pela Atenção Básica, sendo permitida a referência dos demais níveis de complexidade dentro da rede regionalizada e hierarquizada.

Assim, concluiu o TCEMG que a gestão e execução das ações de atenção primária são intransferíveis, devendo ser executadas diretamente pelo serviço público próprio dos municípios. Não obstante, estabeleceu exceção: pela possibilidade dos entes consorciados poderem celebrar convênios e contratos com o respectivo consórcio com vistas à promoção e oferecimento de serviços públicos de saúde nos níveis de baixa, média e alta complexidade, sendo que

na baixa complexidade (atenção básica de saúde) deva o gestor municipal entender que tal procedimento é permitido quando utilizada toda a capacidade instalada dos serviços, comprovada e justificada a necessidade de complementar sua rede e, ainda, se houver a necessidade de sua ampliação e, desde que não implique na transferência do dever dos Municípios em promover os serviços essenciais à comunidade local. (grifo nosso).

Dessa forma, evidente que a lógica do Parecer do TCEMG não se escorou na premissa de impossibilidade absoluta de transferência da Atenção Básica, devido a constituir-se “porta de entrada do sistema”, pelo contrário, externou claramente quando isso poderá ocorrer, em caráter complementar.

Inclusive, na cidade de Uberaba há um exemplo de sucesso de gestão e execução de equipamento de atenção psicossocial promovido por fundação privada: o CAPS Maria Boneca, ou Fundação Gregório Barembliitt, cujo funcionamento e resultados são de conhecimento público e notório das mais variadas autoridades públicas sanitárias e integrantes da sociedade civil, sem que se tenha notícia de qualquer insurreição visando o afastamento daquela Fundação Privada, ao argumento de ser o CAPS Maria Boneca “porta de entrada do sistema”. Ao mesmo tempo, o Município de Uberaba é responsável pela gestão da prestação de serviço em saúde mental, por sua Diretoria de Atenção Psicossocial, a qual planeja, organiza, implementa, controla e avalia os equipamentos de saúde mental que funcionam em rede. E exemplos como este há por certo muitos outros nas “Terras da Alterosa”.

Ademais, é sabido que gerência é a administração de uma unidade ou órgão de saúde (ambulatório, hospital, instituto, fundação etc.), característica do prestador de serviços ao Sistema; por sua vez, gestão é a atividade e a responsabilidade de dirigir um sistema de saúde (municipal, estadual ou nacional), mediante o exercício de funções de coordenação, articulação, negociação, planejamento, acompanhamento, controle, avaliação e auditoria. A criação e o funcionamento desse subsistema municipal possibilitam uma grande responsabilização dos municípios, no que se refere à saúde de todos os residentes em seu território.

A Lei 8.080/90 fixa, no art. 18, a competência da direção municipal do SUS, cabendo-lhe:

- I - planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde;
- II - participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do Sistema Único de Saúde (SUS), em articulação com sua direção estadual;
- III - participar da execução, controle e avaliação das ações referentes às condições e aos ambientes de trabalho;
- IV - executar serviços:
 - a) de vigilância epidemiológica;
 - b) vigilância sanitária;
 - c) de alimentação e nutrição;
 - d) de saneamento básico; e
 - e) de saúde do trabalhador;

⁴³ Disponíveis em nossa página eletrônica www.mp.mg.gov.br (clique em “saúde” e em seguida “Enunciados”) os seguintes:

V - dar execução, no âmbito municipal, à política de insumos e equipamentos para a saúde;

VI - colaborar na fiscalização das agressões ao meio ambiente que tenham repercussão sobre a saúde humana e atuar, junto aos órgãos municipais, estaduais e federais competentes, para controlá-las;

VII - formar consórcios administrativos intermunicipais;

VIII - gerir laboratórios públicos de saúde e hemocentros;

IX - colaborar com a União e os Estados na execução da vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras;

X - observado o disposto no art. 26 desta Lei, celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução;

XI - controlar e fiscalizar os procedimentos dos serviços privados de saúde;

XII - normatizar complementarmente as ações e serviços públicos de saúde no seu âmbito de atuação.

Da mesma maneira, estão assentadas na Norma Operacional Básica do SUS – NOB, publicada no D.O.U. em 06/11/1996, várias responsabilidades da Gestão Plena do Sistema Municipal, no item 15.2.1, dentre as quais, a “Gerência de unidades próprias, ambulatoriais e hospitalares, inclusive as de referência”.

Neste norte, é mister que o Gestor Municipal do SUS, quando do estabelecimento de parcerias visando a administração de Unidades Básicas de Saúde – UBS – não se exima de suas atribuições e responsabilidades decorrentes da Lei Orgânica da Saúde como, por exemplo, fiscalizar como são dispendidos os recursos públicos repassados pela Secretaria Municipal de Saúde, a fim de evitar malversação do dinheiro público e a necessária prestação de contas perante o Poder público municipal.

Ora, no âmbito das normas que disciplinam a administração pública, como a do Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, em especial no seu artigo 6º, é possível identificar os princípios fundamentais da organização administrativa:

I– o planejamento;

II– a coordenação;

III– a descentralização;

IV– a delegação de competência; e

V– o controle.

Como se percebe, não demanda muito esforço a conclusão de que a implantação da política pública de saúde exige prévio estudo, com o estabelecimento de diretrizes e metas que orientarão a ação governamental, inclusive com a adoção dos cuidados necessários para evitar duplicidade de atuação, dispersão de recursos, divergência de soluções, dentre outros malefícios impostos pela burocracia.

Em suma, cabe à Administração Pública ser zelosa na fixação de diretrizes e metas necessárias ao atendimento dos direitos do cidadão com boa qualidade e eficiência e, a partir delas, de maneira harmônica, desenvolver suas atividades.

Da mesma forma, cumpre-lhe a missão de manter-se atenta quanto a possíveis desvios em relação a efetiva finalidade

de seus atos, qual seja, o interesse público, esteja ela executando diretamente o serviço posto à disposição do cidadão ou mesmo quando se vale da contratação administrativa de particular.

Não foi por acaso que o Ministério da Saúde, ao regular a relação do SUS com os prestadores de serviços de saúde privados, por meio da Portaria MS/GM 1034/2010⁴⁴, alterada pela Portaria MS/GM 3114/2010, definiu que os entes públicos podem complementar a oferta com serviços privados de

44 Já revogada pela Portaria GM/MS nº 2.567, de 25 de novembro de 2.016, que traz em seus 14 artigos a seguinte redação:

Art. 1º Esta Portaria dispõe sobre a participação complementar da iniciativa privada na execução de ações e serviços de saúde e o credenciamento de prestadores de serviços de saúde no Sistema Único de Saúde (SUS).

Art. 2º Para efeito desta Portaria, considera-se:

I - chamamento público: ato de chamar, publicamente, prestadores de serviços assistenciais de interesse do SUS, com a possibilidade de credenciá-los;

II - credenciamento: procedimento de licitação por meio do qual a administração pública, após chamamento público para um determinado objeto, celebra contrato de prestação de serviços com todos aqueles considerados aptos, nos termos do art. 25, “caput” da Lei nº 8.666, de 1993;

III - inscrição: preenchimento de formulário próprio disponibilizado pelo ente federado contratante, acompanhado dos documentos previstos no respectivo regulamento, que serão encaminhados à comissão responsável;

IV - cadastro: registro das informações apresentadas junto ao formulário de inscrição, como o nome da entidade, endereço, descrição da atividade econômica, natureza jurídica, entre outros dados que são de interesse da Administração;

V - habilitação: consiste na análise dos documentos entregues no ato de inscrição e parecer emitido por ocasião da visita técnica do ente federado contratante;

VI - inabilitação: situação em que o licitante não se habilita por não preencher qualquer dos requisitos constantes nos artigos 27 a 31 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;

VII - visita técnica para qualificação: inspeção realizada pelo ente federado contratante à entidade cadastrada com o objetivo de identificar e avaliar a capacidade física e operacional e a qualidade das ações e dos serviços prestados, com a emissão de parecer circunstanciado, que fundamentará a decisão acerca da habilitação da entidade;

VIII - convênio: instrumento firmado entre ente público e a instituição privada sem fins lucrativos, quando houver interesse comum em firmar parceria em prol da prestação de serviços assistenciais à saúde.

IX - contrato: ajuste entre órgãos ou entidades de saúde da Administração Pública e particulares, em que há um acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, atinentes à prestação de serviços do SUS;

X - contratação: ato ou efeito de contratar, firmando vínculo formal com a assinatura do instrumento contratual pela credenciada, com publicação do extrato no respectivo Diário Oficial, além da divulgação em meio eletrônico;

XI - documento descritivo: instrumento de operacionalização das ações e serviços planejados de assistência à saúde com as respectivas metas qualitativas e quantitativas, identificando, quando couber, metas relacionadas à gestão, avaliação, ensino e pesquisa, anexado ou parte integrante do termo contratual ou contrato;

XII - fiscalização: verificação do cumprimento das condições descritas no instrumento contratual, nos termos do art. 67 da Lei nº 8.666, de 1993; e

XIII - rescisão contratual: rescisão contratual entre a entidade credenciada e o ente contratante, após regular processo administrativo, com observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Art. 3º Nas hipóteses em que a oferta de ações e serviços de saúde públicos próprios forem insuficientes e comprovada a impossibilidade de ampliação para garantir a cobertura assistencial à população de um determinado território, o gestor competente poderá recorrer aos serviços de saúde ofertados pela iniciativa privada.

§ 1º Na complementação dos serviços de saúde deverão ser observados os princípios e as diretrizes do SUS e as normas técnicas e administrativas aplicáveis.

§ 2º Assegurada a preferência às entidades filantrópicas e sem fins lucrativos e ainda persistindo a necessidade quantitativa dos serviços demandados, o ente público recorrerá às entidades com fins lucrativos.

§ 3º A participação complementar das instituições privadas de assistência à saúde no SUS será formalizada mediante a celebração de contrato ou convênio com o ente público, observando-se os termos da Lei nº 8.666,

assistência à saúde, desde que comprovada a necessidade

de 1993, e da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, de acordo com os seguintes critérios:

I - convênio: firmado entre ente público e a instituição privada sem fins lucrativos, quando houver interesse comum em firmar parceria em prol da prestação de serviços assistenciais à saúde; e

II - contrato administrativo: firmado entre ente público e instituições privadas com ou sem fins lucrativos, quando o objeto do contrato for a compra de serviços de saúde.

§ 4º As entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos deixarão de ter preferência na contratação com o SUS, e concorrerão em igualdade de condições com as entidades privadas lucrativas, no respectivo processo de licitação, caso não cumpram os requisitos fixados na legislação vigente.

§ 5º As entidades filantrópicas e sem fins lucrativos deverão satisfazer, para a celebração de instrumento com a esfera de governo interessada, os requisitos básicos contidos na Lei nº 8.666, de 1993, e no art. 3º da Lei nº 12.101, independentemente das condições técnicas, operacionais e outros requisitos ou exigências fixadas pelos gestores do SUS.

§ 6º Para efeito de remuneração, os serviços contratados deverão utilizar como referência a Tabela de Procedimentos do SUS.

Art. 4º A instituição privada com a qual a Administração Pública celebrará contrato deverá:

I - estar registrada no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES);

II - submeter-se a avaliações sistemáticas pela gestão do SUS;

III - submeter-se à regulação instituída pelo gestor;

IV - obrigar-se a apresentar, sempre que solicitado, relatórios de atividade que demonstrem, quantitativa e qualitativamente, o atendimento do objeto pactuado com o ente federativo contratante;

V - submeter-se ao Sistema Nacional de Auditoria (SNA) e seus componentes, no âmbito do SUS, apresentando toda documentação necessária, quando solicitado;

VI - assegurar a veracidade das informações prestadas ao SUS;

VII - cumprir todas as normas relativas à preservação do meio ambiente; e
VIII - preencher os campos referentes ao contrato no Sistema de Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (SCNES).

Art. 5º A contratação complementar dos prestadores de serviços de saúde se dará nos termos da Lei nº 8.666, de 1993.

§ 1º Desde que justificado pelo gestor competente, será admitido o credenciamento formal das entidades privadas nas hipóteses em que houver necessidade de um maior número de prestadores para o mesmo objeto e a competição entre eles for inviável.

§ 2º No caso do § 1º, serão aplicadas as regras da inexigibilidade de licitação, nos termos do art. 25, "caput", da Lei nº 8.666, de 1993.

Art. 6º O credenciamento das entidades privadas prestadoras de serviços de saúde obedecerá às seguintes etapas:

I - chamamento público, com a publicação de edital e respectivo regulamento;

II - inscrição;

III - cadastro (Certificado de Registro Cadastral - CRC) das entidades interessadas;

IV - habilitação;

V - assinatura do termo contratual; e

VI - publicação do extrato do contrato no Diário Oficial do ente contratante ou jornal local de grande circulação.

Art. 7º Os requisitos para o credenciamento devem estar previstos no respectivo regulamento, garantindo-se isonomia entre os interessados dispostos a contratar pelos valores definidos pelo SUS, constantes, obrigatoriamente, no edital.

Art. 8º O registro de dados cadastrais para credenciamento estará permanentemente aberto a futuros interessados, estabelecidos limites temporais para as contratações.

Art. 9º O edital e o respectivo regulamento do chamamento público deverão ser disponibilizados no Diário Oficial correspondente, em jornais de grande circulação e por meios eletrônicos, contendo o prazo de inscrição.

Art. 10. O ente contratante deverá acompanhar todo o processo de credenciamento, podendo designar comissão especial para este fim.

Art. 11. No caso de contratação por inexigibilidade de licitação, como condição de eficácia dos atos, o gestor do SUS deverá publicar extrato da contratação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, por força do que dispõe o art. 26 da Lei nº 8.666, de 1993.

Art. 12. Os contratos vigentes permanecerão regidos e executados de acordo com as regras do tempo de sua celebração.

Art. 13. Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 14. Fica revogada a Portaria nº 1.034/GM/MS, de 5 de maio de 2010, publicada no Diário Oficial da União nº 85, Seção 1, do dia seguinte, pág.

de complementação dos serviços públicos de saúde e haja a impossibilidade de ampliação de tais serviços.

Vejamos o que dispunha os arts. 8º e 9º daquela portaria:

Art. 8º As instituições privadas de assistência à saúde contratadas ou conveniadas com o SUS devem atender às seguintes condições:

I - manter registro atualizado no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde - CNES;

II - submeter-se a avaliações sistemáticas, de acordo com o Programa Nacional de Avaliação de Serviços de Saúde - PNASS;

III - submeter-se à regulação instituída pelo gestor;

IV - obrigar-se a apresentar, sempre que solicitado, relatórios de atividade que demonstrem, quantitativa e qualitativamente, o atendimento do objeto;

V - atender as diretrizes da Política Nacional de Humanização - PNH;

VI - submeter-se ao Controle Nacional de Auditoria (SNA), no âmbito do SUS, apresentando toda documentação necessária, desde que solicitado;

VII - obrigar-se a entregar ao usuário ou ao seu responsável, no ato da saída do estabelecimento, documento comprobatório informando que a assistência foi prestada pelo SUS, sem custos adicionais para o paciente; e

VIII - garantir o acesso dos conselhos de saúde aos serviços contratados no exercício do seu poder de fiscalização.

Art. 9º Os contratos e convênios firmados deverão atender aos seguintes requisitos:

I - os serviços contratados e conveniados ficam submetidos às normas do Ministério da Saúde e das Secretarias de Saúde dos Estados e Municípios;

II - para efeito de remuneração, os serviços contratados deverão utilizar como referência a Tabela de Procedimentos SUS; e

III - os estabelecimentos deverão ser identificados no contrato pelo código do CNES, de acordo com os dados que constem nesse cadastro.

E foi enfrentando estas e outras questões que o Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão 352/2016 – TCU - Plenário, determinou ao Ministério da Saúde que orientasse todos os entes federativos a observarem as seguintes diretrizes na celebração de ajustes com entidades privadas visando à prestação de serviços de saúde:

9.1.1. a contratação de entidades para disponibilização de profissionais de saúde deve ser precedida de estudos que demonstrem as suas vantagens em relação à contratação direta pelo ente público, com inclusão de planilha detalhada com a estimativa de custos a serem incorridos na execução dos ajustes, além de consulta ao respectivo Conselho de Saúde;

9.1.2. o credenciamento pode ser utilizado para a contratação de profissionais de saúde para atuarem tanto em unidades públicas de saúde quanto em seus próprios consultórios e clínicas, sendo o instrumento adequado a ser usado quando se verifica a inviabilidade de competição para preenchimento das vagas, bem como quando a demanda pelos serviços é superior à oferta e é possível a contratação de todos os

58, e republicada no Diário Oficial da União nº 94, Seção 1, de 19 de maio de 2010, pág 34.

interessados, sendo necessário o desenvolvimento de metodologia para a distribuição dos serviços entre os interessados de forma objetiva e impessoal;

9.1.3. devem ser realizados estudos que indiquem qual sistema de remuneração dos serviços prestados é mais adequado para o caso específico do objeto do ajuste a ser celebrado, levando em consideração que a escolha da forma de pagamento por tempo, por procedimentos, por caso, por capitação ou a combinação de diferentes métodos de remuneração possui impacto direto no volume e na qualidade dos serviços prestados à população;

9.1.4. os processos de pagamento das entidades contratadas devem estar suportados por documentos que comprovem que os serviços foram efetivamente prestados – demonstrando o controle da frequência dos profissionais, os procedimentos realizados, os pacientes atendidos – e que garantam que os impostos, taxas e encargos trabalhistas aplicáveis ao caso foram devidamente recolhidos;

9.1.5. não há amparo legal na contratação de mão de obra por entidade interposta mediante a celebração de termos de compromisso com Oscip ou de instrumentos congêneres, tais como convênios, termos de cooperação ou termos de fomento, firmados com entidades sem fins lucrativos.

Descendo ao caso concreto apresentado, denota-se que o contrato social do CISMEP, ao tratar das suas finalidades e objetivos, define que a instituição visa desenvolver ações e serviços de saúde aos entes federados consorciados, de abrangência microrregional e/ou macrorregional:

Art. 3º - O CISMEP tem como finalidades o desenvolvimento em conjunto, nos entes federados consorciados, de ações e serviços de saúde, em caráter complementar ao Sistema Único de Saúde – SUS, inseridos no contexto da regionalização, da programação pactuada integrada, da otimização dos recursos e da priorização da utilização dos mesmos de acordo com a estratificação de riscos e as necessidades locais, visando suprir as demandas represadas, bem como insuficiências ou ausência de oferta de serviços e/ou ações de saúde nos entes federados consorciados, caracterizados como vazios assistenciais, de acordo com o perfil sócio demográfico, epidemiológico regional, efetivando tudo isto com economia de escala e de escopo. (...)

Art. 4º - Os objetivos do CISMEP para os entes federados consorciados compreendem:

I – Implantar, implementar, e desenvolver serviços assistenciais de abrangência microrregional e/ou macrorregional; [Grifos nossos]

Além disso, contrato do consórcio CISMEP estabelece que para o cumprimento de seus objetivos, ele poderá “celebrar contrato de gestão” com a Administração Pública:

Art. 5º - Para o cumprimento de seus objetivos o consórcio poderá: (...)

VI – Celebrar contrato de Gestão com entes da Administração Pública. Autarquia e fundação qualificada como Agência Executiva, por meio da qual se estabeleçam como objetivos e metas a realização de ações e serviços de saúde, de caráter complementar ao Sistema Único de Saúde – SUS; [Grifos nossos]

A esse respeito, cabe distinguir o âmbito de atuação dos consórcios públicos de saúde e o das organizações sociais (OS), estas disciplinadas pela Lei federal n.º 9637/1998,

porquanto o contrato de gestão trata-se de um instrumento típico de atuação destas.

As organizações sociais (OS) são entidades de direito privado, não governamentais, sem fins lucrativos, que exercem atividades de interesse social e são qualificadas pelo Poder Público para firmar parcerias mediante contrato de gestão, cujas principais características são apontadas no art. 1º da Lei n.º 9637/1998:

Art. 1º. O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.

A jurista Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁵ assim define a organização social:

(...) é a qualificação jurídica dada à pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por iniciativa de particulares, e que recebe delegação do Poder Público, mediante contrato de gestão, para desempenhar serviço público de natureza social. [Grifos nossos]

Deste modo, existem relevantes distinções entre os consórcios públicos e as organizações sociais (OS). Os consórcios públicos, conforme salientado, integram a Administração Pública Indireta de todos os entes que dele participam e que, independente da personalidade jurídica adotada, se sujeitam à incidência de normas de direito público sobre licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal. Por outro lado, as organizações sociais são entidades de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por particulares e qualificadas pelo Poder Público para firmar parcerias mediante contrato de gestão.

Não se desconhece que a Lei dos Consórcios Públicos, Lei Federal n.º 11.107, faz referência ao instituto do contrato de gestão ao tratar das cláusulas necessárias do protocolo de intenções:

Art. 4º São cláusulas necessárias do protocolo de intenções as que estabeleçam:

(...) X – as condições para que o consórcio público celebre contrato de gestão ou termo de parceria; [Grifos nossos]

No entanto, conforme melhor interpretação sistemática, não se pode inferir que esse dispositivo legal autorize o consórcio público qualificar-se como organização social (OS) e firmar parcerias mediante contrato de gestão.

Enquanto instituição integrante da Administração Pública Indireta dos entes consorciados, o referido dispositivo legal possibilita que o consórcio celebre contrato de gestão com organizações sociais (OS) para a execução de atividades complementares ao desenvolvimento de suas finalidades. Portanto, é possível que o consórcio público figure como parte contratante no contrato de gestão com uma organização social, mas não como parte contratada como se fosse uma organização social (OS), uma vez que ambos têm natureza jurídica e características próprias.

45 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 501.

E finalizando abordagem desta nota, não é demais recordar que a criação dos consórcios públicos visa ferramenta de gestão pública para os entes consorciados.

Não se ignora a possibilidade de firmamento de convênios destes com outros entes federativos ou órgãos públicos, mas obviamente dentro dos limites estabelecidos pela Lei n.º 11.107/2005 e pelo Decreto n.º 6.017/2007.

Aliás, a própria Lei n.º 11.107/2005 delimita claramente a área de atuação do consórcio público, de tal forma que, por exemplo, em se tratando de consórcio integrado exclusivamente por município, sua abrangência recairá sobre o território dos entes consorciados. *In verbis*, o artigo 4º, § 1º, I, da Lei n.º 11.107/2005:

Art. 4º (...)

§ 1º Para os fins do inciso III do caput deste artigo, considera-se como área de atuação do consórcio público, independentemente de figurar a União como consorciada, a que corresponde à soma dos territórios:

I - dos Municípios, quando o consórcio público for constituído somente por Municípios ou por um Estado e Municípios com territórios nele contidos;

Assim, plenamente possível que um consórcio público firme convênio com a União ou com o Estado, mas naturalmente tendo seu objeto com inserção no âmbito territorial dos entes consorciados e jamais de municípios diversos, sob pena deste terceiro ver-se travestido de consorciado em flagrante burla às exigências legais.

3 Conclusão

Diante de todo o exposto, ressalvada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural, concluem o CAO Patrimônio Público e o CAO SAUDE que:

1) os entes municipais consorciados podem ceder servidores efetivos ao respectivo consórcio público;

2) o quadro próprio de pessoal do consórcio público é composto de empregos públicos, em comissão (de livre nomeação e exoneração) e de provimento efetivo (concurso público), regido pelo regime celetista.

3) nos termos do que dispõem o art. 241 da Constituição Federal e a Lei Federal n.º 11.107/05, a contratação de pessoal pelo consórcio público deve prestar-se ao atendimento dos interesses comuns dos entes municipais consorciados e não exclusivamente a um determinado município consorciado.

4) é vedado ao consórcio público intermunicipal prestar serviços de saúde para municípios que não sejam regularmente, na forma da lei, consorciados a este.

5) a celebração de contratos ou convênios pelos entes consorciados municipais com o respectivo consórcio público, objetivando a promoção e o oferecimento de serviços públicos de saúde deve ter sempre caráter complementar, vedando-se a completa transferência do dever dos próprios municípios em promover os serviços essenciais à comunidade local, nos termos constitucionais e legais.

6) os serviços de saúde considerados “portas de entrada” do Sistema Único de Saúde, assim considerados no artigo 9º do Decreto n.º 7508, de 28 de junho de 2011, na

forma da Política Nacional de Atenção Básica (PNAB), instituída pela Portaria MS n.º 2488, de 28 de outubro de 2011, de competência constitucional do gestor local do SUS, constituem serviço público essencial e atividade-fim do Poder Público, somente podendo ser objeto de convênios ou contratos, com vistas a promoção e oferecimento de tais serviços, quando utilizada toda a capacidade instalada dos serviços, comprovada e justificada a necessidade de complementar sua rede e, ainda, se houver a necessidade de sua ampliação e, desde que não implique na transferência do dever dos Municípios em promover os serviços essenciais à comunidade local.

7) os serviços de saúde de atenção primária não podem ser transferidos, sendo sua gestão e execução de competência do gestor local do SUS municipal. Constituindo serviço público essencial e atividade-fim do Poder Público, somente podem ser objeto de convênios ou contratos, com vistas à promoção e oferecimento de tais serviços, quando utilizada toda a capacidade instalada dos serviços, comprovada e justificada a necessidade de complementar sua rede e, ainda, se houver a necessidade de sua ampliação e, desde que não implique na transferência do dever dos Municípios em promover os serviços essenciais à comunidade local.

8) é lícita a celebração de contratos ou convênios pelos entes consorciados municipais com o respectivo consórcio público, objetivando a promoção e o oferecimento de serviços públicos de saúde de média e alta complexidade.

9) os consórcios públicos municipais, quando da celebração de ajustes com entidades privadas visando a prestação de serviços de saúde, subordinam-se também às seguintes diretrizes:

9.1. a contratação de entidades para disponibilização de profissionais de saúde deve ser precedida de estudos que demonstrem as suas vantagens em relação à contratação direta pelo ente público, com inclusão de planilha detalhada com a estimativa de custos a serem incorridos na execução dos ajustes, além de consulta ao respectivo Conselho de Saúde;

9.2. devem ser realizados estudos que indiquem qual sistema de remuneração dos serviços prestados é mais adequado para o caso específico do objeto do ajuste a ser celebrado, levando em consideração que a escolha da forma de pagamento por tempo, por procedimentos, por caso, por capitação ou a combinação de diferentes métodos de remuneração possui impacto direto no volume e na qualidade dos serviços prestados à população;

9.3. a formalização de contrato administrativo entre o particular e o consórcio público submete-se aos comandos estabelecidos na Lei federal n.º 8.666/93;

9.3.1. inadmite-se que o consórcio público formalize contrato com quem não possa demonstrar, mediante sólida documentação, sua qualificação para o atendimento ao objeto que se anunciou. O zelo na análise de tal capacidade se impõe até mesmo como medida de cunho preventivo voltada a minimizar a possibilidade de ocorrência de irregularidades na execução do respectivo contrato, decorrentes exatamente da falta de capacidade do(a) contratado(a) para execução do serviço visado pela Administração Pública, posto que se arvorara na verdade de verdadeiro “atravessador”, ou melhor, de mero intermediador entre a Administração Pública e o real executor do serviço.

10) Os consórcios públicos não podem se qualificar como organização social de saúde perante os municípios que os integram, sendo ilegal a cele-

bração de contrato de gestão para gerenciamento de unidades públicas de saúde de seus municípios consorciados. No entanto, enquanto instituição integrante da administração pública indireta dos entes consorciados, poderá celebrar contrato de gestão (parte contratante) com organizações sociais para a execução de atividades complementares ao desenvolvimento de suas finalidades.

Remeta-se cópia, via *e-mail*, ao Órgão de Execução ministerial solicitante, com posterior arquivamento do presente expediente.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte-MG, 7 de julho de 2017

José Carlos Fernandes Junior
Promotor de Justiça
CAO – Patrimônio Público

Gilmar de Assis
Promotor de Justiça
CAO - Saúde

Nota Jurídica n.º 25/2017

PAAF n.º 0024.17.008080-8

Solicitante: 1ª Promotoria de Justiça de Itaúna

Ementa: EC n.º 93/2016 – Extensão do Mecanismo da Desvinculação de Receitas a Estados e Municípios – DREM – Eficácia Plena da EC n.º 93/2016 – Incidência da DREM sobre a COSIP – Interpretação Sistemática da EC n.º 93/2016.

1 Relatório

O presente Procedimento de Apoio à Atividade Fim foi instaurado por provocação da 1ª Promotoria de Justiça da Comarca de Itaúna, por meio de consulta em que se requer a análise de possível desvinculação da COSIP (contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública) à luz da EC n.º 93/2016, que estendeu aos Estados e Municípios o mecanismo da Desvinculação de Receitas, e, sendo possível, se essa desvinculação poderá se dar por meio de decreto.

2 Fundamentação

Em setembro de 2016 o Congresso Nacional promulgou proposta de emenda à constituição dando origem à Emenda Constitucional n.º 93 que estendeu aos Estados e Municípios o mecanismo da desvinculação de receitas, que até então só era autorizado à União.

Nos termos da citada emenda constitucional, Estados e Municípios poderão desvincular de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023, 30% (trinta por cento) de suas receitas advindas de impostos, taxas, multas e outras receitas.

Utilizado pela União desde 1994, o mecanismo de desvinculação de receitas foi instituído pela Emenda de Revisão n.º 1/1994 com o nome de Fundo Social de Emergência (FSE), depois com o nome de Fundo de Estabilização Fiscal (FEF) e, a partir de 2003, com a EC n.º 42, como Desvinculação de Receitas da União (DRU). Tal mecanismo permite que parte das receitas de impostos e contribuições não seja obrigatoriamente vinculada a determinado órgão, fundo ou despesa, possibilitando flexibilização na alocação de recursos.

As anteriores emendas constitucionais que trataram da DRU (42/2003, 56/2007 e 68/2011) autorizavam a União a desvincular de órgão, fundo ou despesa 20% (vinte por cento) da receita com arrecadação de impostos, contribuições sociais e a contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE - Combustíveis).

A atual EC n.º 93/2016 aumentou o percentual de desvinculação de 20% (vinte por cento) para 30% (trinta por cento), porém limitou-a a apenas as contribuições sociais, a CIDE – Combustíveis e taxas.

Nesse ponto importante registrar que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento pela não inconstitucionalidade da desvinculação de receitas incidir sobre as contribuições. Vejamos.

TRIBUTO. Contribuição social. Art. 76 do ADCT. Emenda Constitucional nº 27/2000. Desvinculação de 20% do produto da arrecadação. Admissibilidade. Inexistência de ofensa a cláusula pétreia. Negado seguimento ao recurso. Não é inconstitucional a desvinculação de parte da arrecadação de contribuição social, levada a efeito por emenda constitucional.⁴⁶

Já para Estados e Municípios, a emenda constitucional estabeleceu que a desvinculação será de 30% (trinta por cento) sobre a receita de impostos, taxas, multas e outras receitas correntes, trazendo as exceções de quais receitas não serão abarcadas pela desvinculação.

Tendo em vista a inovação da EC n.º 93, tem-se questionado se a DREM precisaria de regulamentação legislativa.

Tomando-se por paradigma o que ocorre com a DRU desde sua primeira edição em 1994 (Emenda de Revisão n.º 1), cujas Emendas Constitucionais que a prorrogaram ao longo desses 23 anos foram consideradas autoaplicáveis, também a EC n.º 93, no que concerne à desvinculação de receitas de Estados e Municípios, deve ser admitida como autoaplicável, de eficácia plena, não necessitando de regulamentação.

Ora, s.m.j., tal emenda traz em seu bojo todos os elementos imprescindíveis à produção imediata de seus efeitos, não reclamando qualquer normação subconstitucional subsquente.

Desvinculação de Receitas dos Municípios – DRM

A desvinculação de receitas dos municípios foi tratada pela EC n.º 93/2016 nos seguintes termos:

Art. 2º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido dos seguintes arts. 76-A e 76-B:

“Art.76-A (...)”

“Art. 76-B. São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023, **30% (trinta por cento) das receitas dos Municípios relativas a impostos, taxas e multas**, já instituídos ou que vierem a ser criados até a referida data, seus adicionais e respectivos acréscimos legais, e **outras receitas correntes**.”

Parágrafo único. **Excetua-se da desvinculação** de que trata o caput:

I - recursos destinados ao financiamento das ações e serviços públicos de saúde e à manutenção e desenvolvimento do ensino de que tratam, respectivamente, os incisos II e III do § 2º do art. 198 e o art. 212 da Constituição Federal;

II - **receitas de contribuições previdenciárias e de assistência à saúde dos servidores**;

III - transferências obrigatórias e voluntárias entre entes da Federação com destinação especificada em lei;

IV - fundos instituídos pelo Tribunal de Contas do Município.”

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2016. (grifamos)

Tendo sido já pacificado no STF⁴⁷ que as contribuições poderão ser submetidas ao mecanismo da desvinculação de receitas, a questão que se tem colocado é se as contribuições, como a COSIP (Contribuição para o Custeio do Serviço de Iluminação Pública), também poderão ter suas receitas desvinculadas no âmbito municipal, ante a omissão do Poder Constituinte Derivado.

A título de contextualização, a EC n.º 39 de 2002, inseriu no texto constitucional o art. 149-A, por meio do qual criou a COSIP⁴⁸, que é uma contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública.

A COSIP é considerada uma contribuição especial, uma espécie do gênero tributário “Contribuições”, ante sua finalidade específica e vinculada (custeio do serviço de iluminação pública), assim como o é a CIDE – Combustível.

Tal entendimento firmou-se com a decisão do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 573675. Na ocasião, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski, cujo voto foi acompanhado pela maioria dos ministros, considerou a COSIP um novo tipo de contribuição: “a COSIP constitui um novo tipo de contribuição, que foge aos padrões estabelecidos nos arts. 149 e 195 da Constituição Federal. Cuida-se, com efeito, de uma exação subordinada a disciplina própria, qual seja, a do art.149-A da CF, contudo, aos princípios constitucionais tributários, visto enquadrar-se inequivocadamente no gênero tributo”.

Ainda o Ministro Relator no recurso extraordinário citado, consignou que a COSIP é um “tributo *sui generis*, que não se confunde com um imposto, **porque sua receita se destina a finalidade específica**, nem com uma taxa, por não exigir a contraprestação individualizada de um serviço ao contribuinte.⁴⁹”

Tratando-se, portanto, de uma contribuição especial, a COSIP se sujeita ou não ao mecanismo da DRM?

A par da recentíssima introdução do mecanismo da DRM no sistema jurídico, financeiro-orçamentário, divergências de entendimento já se mostram quanto à submissão ou não das contribuições, dentre elas a COSIP, à desvinculação de receitas.

Alguns estudiosos do tema, em uma interpretação literal do caput do art.76-B do ADCT, entendem que o Poder Constituinte Derivado, ao citar que a desvinculação de receitas de Estados e Municípios incidirá sobre impostos, taxas, multas e outras receitas correntes, não citando ex-

47 Nesse sentido os RE 537.610/RE 602.367/RE 614.18/RE 606.569

48 Art.149-A Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art.150, I e III. (ECnº39/2002)

Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o caput, na fatura de consumo de energia elétrica. (EC nº 39/2002)

49 RE 573675 – Rel. Ministro Ricardo Lewandowisk, julgado em 25/03/2009

pressamente as contribuições, quis que essas não fossem abarcadas pelo citado mecanismo de desvinculação.

Outros, entretanto, ao fazer uma interpretação mais sistemática do art.76-B do ADCT, inserido pela EC n.º 93/2016, entendem que as contribuições também serão submetidas ao mecanismo da desvinculação de receitas. Nesse sentido, o entendimento de Paulo Henrique Feijó:

Assim, como regra geral ficam desvinculadas 30% das receitas relativas a impostos, taxas, multas e outras receitas correntes. Cabe uma análise crítica ao texto do caput que inicialmente suscitou dúvidas quanto à abrangência quando estabelece que a DREM incidirá sobre receitas “relativas a impostos, taxas e multas, já instituídos ou que vierem a ser criados até a referida data, seus adicionais e respectivos acréscimos legais, e outras receitas correntes”. Alguns quiseram interpretar que somente poderiam ser desvinculadas as receitas de impostos, taxas, multas e outras receitas correntes numa correlação direta com os classificadores orçamentários da receita:

- 1.1. Receita tributária
- 1.2. Receita de contribuições
- 1.3. Receita patrimonial
- 1.4. Receita agropecuária
- 1.5. Receita industrial
- 1.6. Receita de serviços
- 1.7. Transferências correntes
- 1.9. Outras Receitas Correntes

Tal interpretação na opinião do autor não faz sentido pelos seguintes argumentos:

a) é pouquíssimo provável que o legislador, num texto constitucional, estabelecesse que a desvinculação de receita teria abrangência definida pela classificação orçamentária da receita, regra essa que poderia ser alterada, por exemplo, por Portaria do Poder Executivo Federal. Aliás é o que está acontecendo no momento, pois a Portaria Interministerial STN/SOF 5/2015 mudou a estrutura do classificador da receita, com vigência para os Estados, a partir de 2017 e municípios a partir de 2018, influenciando na classificação, por exemplo das multas e juros de tributos, que antes eram registrados como outras receitas correntes (1.9) e passará para a origem “Receita tributária”(1.1);

b) **se a interpretação do caput fosse restritiva excluiria a incidência da DREM sobre todas as contribuições, o que tornaria descabido excluir, nos artigos 76-A, inciso III e art. 76-B, inciso II, as contribuições previdenciárias e de saúde. Assim, não precisaria o legislador excluir da desvinculação algo que já estaria fora do escopo no caput;**

c) **Considerando que a referência para DREM foi a DRU, e esta sempre incidiu sobre as contribuições, não faria sentido excluir tais receitas, por isso o legislador excluiu da abrangência da DREM apenas as contribuições relacionadas com previdência e saúde dos servidores, pois do contrário haveria tratamento desigual entre os entes federados, considerando que, nesta nova versão da DRU, a União desvinculou tão somente as contribuições;**

d) Por fim, há que se lembrar que muitos dos motivadores da DRU se encaixam na DREM e por isso Estados e Municípios também precisam desatrelar recursos de fontes vinculadas, no intento de reduzir seu elevado endividamento ou aplicar em outras políticas públicas mais

prioritárias do que a área que estava sendo beneficiada com a vinculação anterior.

Do exposto se conclui que no texto do caput da DREM “outras receitas correntes” não exprime o padrão classificatório da receita orçamentária (código 1900.00.00), mas de forma ampla todas as receitas correntes⁵⁰.(grifamos)

A princípio, tal entendimento, s.m.j., é o que se mostra, ao menos por ora, o mais acertado, ou seja, a par da omissão da EC n.º 93 em consignar que a DRM (o mesmo se aplica à DRE) incidirá sobre as contribuições, como a COSIP, a interpretação sistemática sobre a matéria leva a concluir que essas também estarão submetidas ao mecanismo da desvinculação.

3 Conclusão

A EC n.º 93/2016, promulgada em 08/09/2016, estendeu aos Estados e Municípios o mecanismo da desvinculação de receitas já existente no âmbito da União, inserindo no ADCT os arts. 73-A e 73-B.

No âmbito dos Municípios, objeto do nosso estudo, a desvinculação expressamente incidirá sobre impostos, multas, taxas e outras receitas correntes. Entretanto, em uma interpretação sistemática sobre o tema, as contribuições, como a COSIP, também poderão ser abarcadas pela desvinculação.

Finalmente, assim como as emendas constitucionais que instituíram a DRU foram autoaplicáveis desde a sua primeira edição, também a EC n.º 93/2016, que além de prorrogar a DRU, ainda estendeu referido mecanismo aos Estados e Municípios, é autoaplicável, de eficácia plena, não se vislumbrando irregularidade na edição, por si só, de decreto a dispor sobre a matéria, no âmbito municipal.

Destarte, respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural, são estas as ponderações que este Centro de Apoio Operacional julga pertinentes, sem caráter vinculativo.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 16 de agosto de 2017

José Carlos Fernandes Junior
Promotor de Justiça
Coordenador do CAO – Patrimônio Público

50 FEIJÓ, Paulo Henrique – Entendendo a Desvinculação de Receitas de Estados e Municípios (DREM), disponível em <http://www.gestaopublica.com.br/blog-gestao-publica/entendendo-a-desvinculacao-de-receitas-de-estados-e-municipios-drem.html>, acesso em 01/08/2017.

Ementa: Gratificação pelo exercício de atividades junto à Escola do Legislativo Municipal. Funções inerentes ao cargo e funções extras. Remuneração pelo trabalho extraordinário. Imprescindibilidade de previsão legal.

1 Relatório:

Trata-se de consulta formulada pela Dra. Maria Clara Costa Pinheiro de Azevedo, Promotora de Justiça Comarca de Nova Serrana, relacionada à legalidade do pagamento de gratificação ao Procurador Jurídico da Câmara de Vereadores pelo exercício de atividades na Escola Legislativa.

Foram juntadas à consulta a Portaria do Presidente da Câmara Municipal que nomeou os membros do Conselho Curador da Escola do Legislativo, a Resolução que cria referida Escola, Parecer Técnico Jurídico que conclui pela legalidade da concessão da gratificação desde que: 1) seja paga enquanto o referido servidor estiver exercendo atividades adicionais de trabalho técnico, científico ou especial; 2) seja observado o limite de até 50% conforme previsto em Lei; e 3) seja emitido pelo Presidente da Casa o ato normativo próprio autorizando a concessão da referida gratificação. Consta ainda da consulta ofício do Procurador Jurídico da Câmara solicitando o aumento de 20% para 50% do vencimento base pagos a título de gratificação pelo desempenho de funções que extrapolariam suas funções típicas do cargo.

Em síntese, é o relatório.

2 Fundamentação:

Ao analisar a questão trazida à apreciação deste Centro de Apoio Operacional, há que se considerarem dois aspectos: o primeiro, relativo à possibilidade do Procurador Jurídico da Câmara de Vereadores exercer outras funções além daquelas incluídas no rol de atribuições do seu cargo, e o segundo, relativo à remuneração pelo exercício das funções extraordinárias.

Como é sabido, no campo do Direito Privado, tudo o que não é proibido é permitido. Já no Direito Público, o que não é permitido, é proibido. Ao tratar dos princípios básicos da Administração Pública, em seu “Direito Administrativo Brasileiro”, 22ª edição, Malheiros, Hely Lopes Meirelles afirma:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública SÓ É PERMITIDO FAZER O QUE A LEI AUTORIZA. A lei para o particular significa “poder fazer assim”; para o administrador público significa “DEVE FAZER ASSIM”.

Diante desta premissa básica que rege o Direito Administrativo pátrio, tem-se que o servidor público pode exercer outras funções além daquelas próprias do cargo que ocupa, desde que haja previsão legal para tanto.

A respeito de cargos e funções, afirma a Professora Odete Medauar na obra “Direito Administrativo Moderno”, publicado pela Editora dos Tribunais (15ª edição, 2011, p. 282):

Para o desempenho da função pública pode ser atribuído à pessoa um cargo público. Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades, criado por lei em número determinado, com nome certo e remuneração especificada por meio de símbolos numéricos e/ou alfabéticos. Todo cargo implica o exercício de função pública. (...)

A função pública pode ser exercida sem estar revestida da conotação de cargo. Sob esse aspecto, o sentido da expressão se especifica para significar o tipo de vínculo de trabalho em que as atividades são exercidas por pessoas que não ocupam cargos, pois somente detêm funções. (...) Nem todas as funções são criadas por lei, em número certo; muitas decorrem das atividades típicas de cada órgão ou ente administrativo, sem número determinado...

Discorrendo sobre o princípio da legalidade, pilar do Estado Democrático de Direito, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, no Curso de Direito Administrativo (Malheiros, 13ª edição, 2000, p. 76):

Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Donde, administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos meios e formas nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições. Segue-se que a atividade administrativa consiste na produção de decisões e comportamentos que, na formação escalonada do Direito, agregam níveis maiores de concreção ao que já se contém abstratamente nas leis.

Assim, havendo previsão legal, pode o servidor ter agregadas às suas atribuições naturais do cargo novas funções, desde que, obviamente, tal previsão esteja em consonância com todo o sistema jurídico.

O ocupante do cargo de Procurador Jurídico da Câmara dos Vereadores tem as atribuições inerentes a seu cargo, relacionadas à representação jurídica da Câmara, análises jurídicas pertinentes à atividade administrativa do órgão do Poder Legislativo e mesmo a emissão de pareceres acerca dos projetos de lei em tramitação.

Por um lado, depreende-se do conteúdo dos documentos que instruem a consulta objeto da presente nota jurídica que o Estatuto dos Servidores Públicos de Nova Serrana, em seu art. 99, prevê a possibilidade de pagamento de gratificação por adicional de função. Por outro lado, a Resolução da Câmara Municipal n.º 119/2015, que cria a Escola do Legislativo, prevê que o Procurador-Geral é membro integrante do Conselho Curador, enquanto que no § 4º do art. 3º daquele mesmo dispositivo dispõe que “os cargos do Conselho não serão remunerados sendo considerados serviços relevantes”.

Portanto, pelo exercício das funções junto ao Conselho Curador, e dentro do rol de competências deste, não poderá ser remunerado o Procurador-Geral da Câmara. Trata-se de

um *múnus* que, com a edição da Resolução n.º 119/2015, passou a integrar o conjunto de funções atribuídas ao seu cargo. Todavia, caso o Procurador exerça outras atividades alheias à competência do Conselho Curador, mas no interesse da Escola Legislativa, como, por exemplo, o magistério, é possível, em tese, que seja remunerado através de gratificação, desde que devidamente regulamentada.

Como já se afirmou, a todo cargo corresponde um feixe de funções. No caso do exercício pelo servidor público de função além daquelas atribuídas ao cargo em que se encontra investido, há que se considerar se as exerce sem prejuízo das atribuições de seu cargo ou se deixa de exercer aquelas para exercer as novas atribuições. Caso passe a exercer funções com prejuízo de suas atribuições, deverá ser remunerado pelo exercício das novas funções, conforme previsto em lei. Caso as exerça sem prejuízo daquelas atinentes a seu cargo e, ainda, em horário extraordinário, além da jornada de trabalho prevista em lei, é indispensável que haja a remuneração pelas horas extras.

De fato, o artigo 39 da Constituição da República prevê, em seu § 3º, a aplicabilidade aos servidores públicos da garantia assegurada ao trabalhador no art. 7º, XVI, qual seja, a “remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal”.

A jurisprudência reconhece este direito aos servidores públicos. É o que se pode inferir do acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

Apelação Cível nº 1.0024.12.088090-1/001

0880901-90.2012.8.13.0024 (1)

Relator(a): Des.(a) Ana Paula Caixeta

Data de Julgamento: 23/03/2017

Data da publicação da súmula: 28/03/2017

Ementa:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO PROCESSUAL - INDEFERIMENTO DE PROVA - IRRELEVÂNCIA PARA A SOLUÇÃO DA LIDE - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO CONFIGURAÇÃO - DIREITO ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - ESTADO DE MINAS GERAIS - AGENTE DE SEGURANÇA SOCIOEDUCATIVO - VÍNCULO TEMPORÁRIO - NULIDADE - DIREITO LIMITADO AO SALDO DE SALÁRIO - HORA-EXTRA NÃO DEVIDA - VÍNCULO EFETIVO - HORAS-EXTRAS - JORNADA 12X36 - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - **EXTRAPOLADA JORNADA REGULAR LEGALMENTE PREVISTA - DIREITO ÀS HORAS-EXTRAS** - HORÁRIO DE ESTUDANTE - AUSÊNCIA DE PROVA.

- Nos termos do art. 130 do Código de Processo Civil de 1973, vigente na fase de instrução, competia ao Juiz indeferir a produção das provas desnecessárias ou meramente protelatórias, sem que isso configurasse cerceamento de defesa.

- O servidor temporário cujo vínculo é nulo tem direito tão somente ao saldo de salário, não fazendo jus a outros direitos, tais como o adicional de horas-extras.

- O servidor efetivo que excedeu sua jornada de trabalho faz jus à percepção de horas-extras, acrescidas do adicional de 50%.

- A jornada em regime de 12x36 horas, exercida de fato, dá ensejo ao pagamento de horas-extras, caso tenha sido extrapolada a jornada legalmente prevista para o servidor.

- Ausente prova de que o servidor fazia jus ao horário especial de estudante e que este tenha sido desrespeitado pela Administração, ausente o direito a horas-extras em razão do labor em horário regular.

O fundamento do direito à remuneração pelas horas-extras é a vedação ao locupletamento: não pode o Poder Público usufruir do trabalho do servidor sem que lhe retribua por meio de adequada remuneração. Nesta mesma esteira se deve entender a necessidade de remuneração pelo serviço prestado além das atribuições do cargo ocupado pelo servidor, e sem prejuízo destas, desde que, obviamente, esta remuneração esteja prevista em lei.

O artigo 37, inciso X, da Constituição de 1988, determina que a remuneração dos servidores públicos e o subsídio devem ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada a revisão geral anual. Destarte, para que haja a remuneração pela realização de atividades além daquelas atribuídas ao cargo, é imprescindível a previsão em lei específica. A observância do princípio da legalidade no tocante à remuneração dos servidores públicos é indispensável para que se garanta outro princípio: o da impessoalidade.

Em resposta à Consulta n.º 453.082, o Relator Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais afirma, no que foi acompanhado por seus pares:

(...)o pretendido pelo consulente é a instituição de uma gratificação de serviço extraordinário para aqueles servidores do Legislativo Municipal que prestam serviços além da jornada normal de trabalho.

Assim, no primeiro quesito, desde que haja previsão legal e dotação orçamentária própria, e que seja implementada pelos beneficiários da mencionada vantagem a condição factual, isto é, o trabalho em jornada extraordinária, é possível a Câmara instituir a gratificação correspondente a seus servidores. (in Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Edição 2002_11_12_0002.2xt de 03 – Ano)

No caso de servidores que não tenham jornada de trabalho fixada por lei, ainda assim se vislumbra a possibilidade de previsão de pagamento de gratificação por atividade que vá além das atribuições do cargo. O artigo 39, § 1º, da Constituição, prevê que a fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório (e aí se incluem as gratificações de função) deverá observar a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira, os requisitos para a investidura e as peculiaridades do cargo.

O servidor público pode ser remunerado por subsídio, como nos casos do § 4º do art. 39 da Carta Magna, ou ter sua remuneração composta pelo vencimento básico e eventuais vantagens. Essas vantagens são acréscimos pecuniários que se fundamentam em determinadas razões, como tempo de serviço, horas extras, trabalho noturno, etc. Como nos ensina Odete Medauar,

As vantagens pecuniárias mais frequentes são os adicionais e as gratificações. Não se vislumbra com nitidez a diferença substancial entre ambos, daí porque o mesmo tipo de vantagem pode figurar como adicional em determinados estatutos e figurar como gratificação em outros. (...)

Os 'adicionais' mais comuns são os seguintes: a) adicional por tempo de serviço, conferido, em geral, a cada período de cinco anos de trabalho; b) adicional de trabalho noturno (CF, art. 7º, IX, aplicável aos servidores).

As 'gratificações' mais usuais são as seguintes: a) gratificação de gabinete, para quem presta serviços em órgãos de alto escalão; b) gratificação pelo exercício de cargo ou função de chefia, direção, assessoramento; c) gratificação natalina, que é o décimo terceiro salário; d) gratificação por dedicação exclusiva; e) gratificação por tempo integral.

Por sua vez, Regis Fernandes de Oliveira, em "Servidores Públicos" (Malheiros, 2004, p. 72) afirma:

Os 'adicionais' decorrem do tempo de serviço ('ex facto temporis') ou da exigência de conhecimentos especializados ou um regime próprio de trabalho ('ex facto officii). Os primeiros decorrem da só prestação do serviço. Os demais, da recompensa por circunstâncias de desempenho em funções especiais. Na sempre precisa lição de Hely Lopes Meirelles 'o que caracteriza o adicional e o distingue da gratificação é o ser aquele uma recompensa ao tempo de serviço do servidor, ou uma retribuição pelo desempenho de funções especiais que refogem da rotina burocrática, e esta, uma compensação por serviços comuns executados em condições anormais para o servidor, ou uma ajuda pessoal em face de certas situações que agravam o orçamento do servidor.

Nesta toada, resta clara a possibilidade de previsão legal para pagamento de gratificação pelo exercício de atividades extras ou especiais pelos servidores públicos.

Não obstante as solicitações feitas ao órgão de execução ministerial consulente, não pode ser juntada ao expediente eventual legislação que preveja o pagamento ao Procurador-Geral do Município de gratificação pelo exercício de atividades junto à Escola do Legislativo e que não se enquadrem nas atribuições do Conselho Curador. Ressaltamos que é indispensável a existência de norma neste sentido, como, inclusive, foi salientado pelo Consultor Jurídico Vander Lúcio Gomes Penha em seu parecer dirigido à Câmara Municipal de Nova Serrana.

Assim, respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural, são estas as ponderações que este Centro de Apoio Operacional julga pertinentes.

Remeta-se cópia, via *e-mail*, ao órgão de execução ministerial solicitante, com posterior arquivamento do presente feito.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 22 de agosto de 2017

José Carlos Fernandes Junior
Promotor de Justiça
Coordenador do CAO – Patrimônio Público

Nota Jurídica Conjunta nº 27/2017 (CAOPP/CEAT)

PAAF nº 0024.16.018570-8

Comarca: PJ Araxá

Ementa: Controle Interno

1 Relatório

Trata-se de consulta formulada pela Dra. Mara Lúcia Silva Dourado, Promotora de Justiça Comarca de Araxá, relacionada à possibilidade de verificação da efetividade e eficiência do controle interno da administração pública municipal.

A Promotora de Justiça cita dois inquéritos civis instaurados com este objetivo, mais especificamente focados na aplicação de verbas aportadas no Fundo Municipal da Infância e da Adolescência e no Fundo Municipal do Idoso e repassadas para entidades não governamentais.

Em síntese, é o relatório.

2 Fundamentação

O modelo tripartite de poderes, pilar do Estado Democrático de Direito, se funda no sistema de pesos e contrapesos, que garantem a independência de cada poder e o equilíbrio entre eles através do controle que uns exercem sobre os outros.

O controle é exercido através da função legiferante, jurisdicional ou administrativa, sendo que cada uma dessas funções é também exercida no âmbito de cada poder, como forma de controle interno.

De acordo com Marçal Justen Filho,

O controle interno da atividade administrativa é o dever-poder imposto ao próprio Poder de promover a verificação permanente e contínua da legalidade e da oportunidade da atuação administrativa própria, visando a prevenir ou eliminar defeitos ou a aperfeiçoar a atividade administrativa, promovendo as medidas necessárias a tanto.⁵¹

Por sua vez, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, em sua Resolução n.º 10/98, define o controle interno como sistema que compreende as

políticas e procedimentos estabelecidos pela Administração de um órgão/entidade para ajudar a alcançar os objetivos e metas propostas e assegurar, enquanto for praticável, o desenvolvimento ordenado e eficiente das operações, incluindo a adesão às políticas e procedimentos administrativos, a salvaguarda dos ativos, a prevenção e identificação de fraudes e erros, o registro completo e correto das transações.

O exercício deste controle interno dá-se através i) da criação de normas direcionadas à segurança, transparência e eficácia da atividade administrativa, de forma a reduzir os riscos de erros e de fraudes, ii) da gestão comprometida e coerente com o ordenamento jurídico, inclusive no tocante à revisão dos atos administrativos, revogando-os conforme o caso, e

⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2011. P. 1104.

iii) da instauração de correções e processos administrativos disciplinares quando houver prática de atos ilícitos.

Segundo a *International Organization of Supreme Audit Institutions – INTOSAI* - é função do controle interno:

[...] prevenir erros (por exemplo, segregando funções e requisitos para autorizações); detectar erros (por exemplo, estabelecendo padrões de produção para detectar variações nos resultados finais); corrigir erros que tenham sido detectados (por exemplo, cobrando um pagamento a maior feito a um fornecedor); e compensar controles débeis onde os riscos de perda são elevados e se precisam controles adicionais. [...] (Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores - INTOSAI)⁵²

A primeira etapa do controle interno é a regulamentação e o estabelecimento de rotinas para o exercício da atividade administrativa. Esta normatização pode ser estabelecida tanto pelo órgão responsável pela administração quanto pelo responsável pelo controle interno, dependendo do alcance e do grau de especificidade da norma.

Em um segundo momento, há a verificação da existência de vícios nos atos administrativos sujeitos ao controle, o que é realizado, em se tratando especialmente da fiscalização realizada pelo departamento responsável pelo controle interno, por amostragem ou por provocação, a não ser nos casos em que a lei preveja, expressamente, a sujeição do ato à sua aprovação. É o caso, por exemplo, dos procedimentos licitatórios que necessariamente têm que contar com parecer da assessoria jurídica competente.

Por fim, identificando-se algum vício no ato administrativo, é imprescindível a propositura e adoção de medidas necessárias para regularização da situação inadequada.

2.1 Legislação aplicável ao controle interno

Além de caber a cada agente público o cuidado com o controle de seus atos, evitando riscos, revisando atos já praticados e corrigindo eventuais defeitos, é imprescindível que cada poder tenha um sistema de controle interno que fiscalize sua gestão financeira, orçamentária e contábil, além dos demais atos administrativos que sejam praticados pelos agentes públicos. É o que determina o artigo 74 da Constituição, prevendo:

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.

A Constituição estabelece, ainda, o dever do município em instituir um sistema de controle interno:

Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei.

§ 1º O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.

§ 2º O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

§ 3º As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.

§ 4º É vedada a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais.

Por sua vez, a Lei n.º 4.320/64, de caráter nacional que sujeita, portanto, a União, estados e municípios, determina que ao Poder Executivo caberá o exercício do controle interno, sem prejuízo das atribuições do Tribunal de Contas, devendo verificar a legalidade dos atos de execução orçamentária prévia, concomitante e subsequentemente.

Como se vê, a existência de um sistema de controle interno efetivo não é faculdade da administração, mas exigência constitucionalmente estabelecida, cujo funcionamento, mais que qualquer órgão da administração, deve ser eficiente e eficaz, para detectar e corrigir o quanto antes os atos administrativos eivados de vícios.

2.2 Os fins do controle interno

Ao contrário do que imaginado, o sistema de controle interno não deve controlar o gestor, mas realizar o controle para o gestor. O controle interno deve significar segurança para o administrador, colocando à sua disposição informações quanto à adequação dos atos da administração ao planejado e à legislação aplicável, do que se conclui, naturalmente, que o administrador público honesto e bem intencionado há de desejar e perseguir um controle interno dotado da estrutura necessária e adequada ao desempenho de suas funções, balizadas, sempre, pelos princípios republicanos.

O controle interno é, de um lado, mecanismo de diminuição ou até eliminação dos vícios a que está exposta a administração e, de outro, instrumento de garantia da qualidade, da transparência e da eficácia dos atos de gestão; produzindo sensação de confiança na instituição e, ao mesmo tempo, fornecendo elementos para a responsabilização dos agentes que atuam com desvio de conduta (*accountability*).

52 INTOSAI - INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SUPREME AUDIT INSTITUTIONS. **Guia para normas de controle interno**. Trad. Heloísa Garcia Vidal Pinto. Brasília: Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal, 1993. v.19.

A Associação dos Membros dos Tribunais de Contas publicou, em 2014, a Resolução n.º 5 (em anexo) que estabelece diretrizes para adequada estruturação do controle interno das instituições. Da sua introdução, destaca-se:

A institucionalização e a implementação do Sistema de Controle Interno não é somente uma exigência das Constituições Federal e Estadual, mas também uma oportunidade para dotar a Administração Pública de mecanismos que assegurem, entre outros aspectos, o cumprimento das exigências legais, a proteção de seu patrimônio e a otimização na aplicação dos recursos públicos, garantindo maior tranquilidade aos gestores e melhores resultados à sociedade.

Dentro desta perspectiva, ainda estabelece a referida resolução como princípios para a adequada estruturação do sistema de controle interno a observância da relação custo/benefício, qualificação adequada, treinamento e rodízio de funcionários; a fim de que se garanta isenção no exercício da atividade, delegação de poderes, definição de responsabilidades, segregação de funções, instruções devidamente formalizadas, controle sobre as transações, aderência a diretrizes e normas legais e acesso irrestrito às informações dos órgãos administrativos.

E mais, para que se garanta a efetividade e independência do controle interno, dita a resolução aponta ser ideal que seja vinculado diretamente à autoridade máxima da instituição, não podendo estar sujeito, por exemplo, à aprovação de seus pareceres pela assessoria jurídica. Da mesma forma, é recomendável que seja integrado por servidores ocupantes de cargos efetivos, e que possuam nível superior de formação, devendo ser estruturado adequadamente, principalmente no tocante à quantidade de pessoal.

Finalmente, destaca aquela resolução que dentre as atribuições da unidade de Controle Interno, além da realização de auditorias periódicas, estão o auxílio às unidades executoras no mapeamento e gerenciamento de riscos a que estão sujeitos seus processos de trabalho, na identificação das ações objeto de controle e dos responsáveis por essa execução, bem como na seleção dos procedimentos de controle a serem aplicados sobre aquelas ações, devendo orientar, ainda, estas unidades, quanto à normatização, sistematização e padronização de suas rotinas de trabalho, mediante elaboração de manuais e instruções normativas.

2.3 A Lei Anticorrupção

A Lei n.º 12.846/2013 estabeleceu normas que auxiliam o controle externo e o controle interno das instituições, introduzindo a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica e fixando penalidades civis e administrativas no caso da prática de atos contra a administração pública.

Para se garantir a eficácia da legislação em questão, é necessária sua regulamentação no âmbito de cada município. Cabe ao chefe do Poder Executivo esta iniciativa, além de providenciar a inscrição do município no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, e no Cadastro Nacional de Pessoas Punidas – CNEP, através dos quais será possível identificar as empresas com as quais o município não deve contratar.

A cartilha “Como fortalecer sua gestão”, elaborada pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União⁵³, destaca, a respeito da Lei Anticorrupção:

Embora muitos dos seus dispositivos serem autoaplicáveis, ou seja, não precisem de regulamentação, é fundamental que a Lei Anticorrupção seja regulamentada em todos os estados e municípios. Isto porque, com a regulamentação, será possível definir os procedimentos de instauração e julgamento dos processos administrativos; delegar competências, se necessário; estabelecer uma rotina adequada à realidade de cada ente; e, principalmente, mostrar a cada comunidade o comprometimento do ente público com a prevenção e o combate à corrupção.

Certamente, ao regulamentar a Lei Anticorrupção, o estado ou município emitirá um claro sinal de que atos lesivos contra a administração pública não serão tolerados.

Dentro das diretrizes estabelecidas pela referida lei nacional, deve o gestor municipal diligenciar para o treinamento dos servidores públicos para sua aplicação, e incentivar as empresas locais a adotarem programas de integridade.

2.4 Responsabilidade e *accountability*

O termo *accountability* vem tomando grande importância no cenário do ordenamento jurídico pátrio, tanto na esfera privada como na administração pública. Sem tradução exata para o português, seu significado envolve as questões relacionadas à responsabilidade do gestor pela administração, pelo cumprimento da legislação aplicável, pela utilização de mecanismos que assegurem a diminuição de riscos na administração.

Neste contexto, o controle interno se revela como instrumento valioso para a *accountability*, na medida em que através dele podem ser criadas normas regulamentadoras de rotinas administrativas capazes de diminuir as possibilidades de erros, fraudes ou outras irregularidades nos processos de trabalho das instituições, na medida em que o controle interno verifica e revê estes processos e, por fim, na medida em que identifica irregularidades, busca soluções para saná-las e induz a responsabilização dos respectivos agentes.

Outro mecanismo de responsabilização do mau gestor público, cuja estruturação compete ao município, é a corregedoria. A respeito, extrai-se do texto da cartilha “Como implementar uma corregedoria em municípios”, também elaborada pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União:

As medidas de combate à corrupção e de promoção da integridade e da ética são bases fundamentais para uma boa gestão pública. Entretanto, para alcançar o sucesso das medidas preventivas, são necessários mecanismos que garantam seu cumprimento e reprimam eventuais desvios de comportamento. Essa é a função de corregedoria, também conhecida como função de correição.

(...)

Quando aplicadas de forma rápida e justa, as medidas correicionais ajudam a criar uma cultura de integridade, que passa a fazer parte de toda a Administração e, ao fim, da própria

53 <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/transparencia-publica/colecao-municipio-transparente/imagens/como-fortalecer-sua-gestao.png/>

sociedade. Fica evidente que o combate à corrupção deve ser objetivo constante do Estado.⁵⁴

É importante ressaltar que não só o gestor público está sujeito à responsabilização por irregularidades detectadas na sua administração, mas também o responsável pelo sistema de controle interno. De fato, em caso da não adoção das medidas cabíveis frente a uma irregularidade detectada ou detectável está sujeito o responsável pelo controle interno à aplicação de penalidade.

Na oportunidade, cabe recorrer mais uma vez aos ensinamentos de Marçal Justen Filho:

O exercício do controle conduz não apenas à identificação de defeitos ou imperfeições. Essa é uma das etapas do controle. É essencial, ademais disso, que a verificação de um defeito ou de uma insuficiência sejam acompanhadas da adoção ou da proposição de providências compatíveis.

Verificando a existência de um defeito (ilegalidade ou inconveniência) na atividade administrativa, surgirá o dever de o órgão de controle propor a solução a ser adotada. Portanto, a adoção de providências para corrigir os defeitos não é discricionária. A autoridade investida na competência de controle está juridicamente constrangida não apenas a desencadear a atividade de fiscalização. Também lhe incumbe, de modo inafastável, promover as providências cabíveis em face de eventuais irregularidades. A omissão ou a recusa em o fazer configurará infração a deveres funcionais, senão atuação criminosa. (Art. 320 do CP)

O controle interno poderá resultar na correção do defeito, quando tal se inserir na competência do órgão que exercita o dito controle. Em outros casos, caberá ao titular do controle comunicar a existência do defeito às autoridades envolvidas, para que adotem as providências necessárias.⁵⁵

2.5 O controle administrativo da aplicação dos recursos dos fundos municipais

O conselheiro Gilberto Diniz, do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, ao relatar a Consulta n.º 833.221⁵⁶, define fundo como “conjunto de recursos financeiros destinados a finalidade específica ou patrimônio a ser aplicado em projetos ou atividades vinculados a determinado programa de trabalho, em certa área de responsabilidade”. Sendo assim, o fundo deverá, necessariamente, estar vinculado a órgão da administração a que estiver afeto o correspondente objeto de sua constituição.

O fundo caracteriza-se como unidade gestora, se assim o definir a lei que o instituir, ou apenas como unidade orçamentária, não sendo dotado de personalidade jurídica. Não obstante dever ser inscrito no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ, e possuir contabilidade própria, não detém autonomia a ponto de ser reconhecido como possuidor de direitos e deveres próprios. Destarte, invocando mais uma vez as palavras do conselheiro Gilberto Diniz, ao tratar do Fundo Municipal de Saúde, este “sempre estará vinculado a órgão da Administração, cuja respectiva pessoa jurídica

será a titular dos direitos e obrigações decorrentes da aplicação dos recursos que lhe sejam destinados.”

Esta vinculação a determinado órgão da administração sujeita a pessoa jurídica respectiva (a Prefeitura Municipal, por exemplo) à obrigação de exercer o controle relacionado à aplicação dos recursos que constituem o fundo. Para o exercício deste controle, a lei estabelece certos mecanismos que procuram garantir sua efetividade, eficiência e eficácia. Entre estes mecanismos encontra-se a obrigatoriedade da manutenção de registros contábeis em separado, de forma a evidenciar-se a movimentação dos recursos a serem alocados em ações que fundamentam a existência do fundo em questão. Não é necessário que o fundo possua contabilidade própria, entretanto, mesmo que seus registros sejam feitos pelo mesmo setor contábil da pessoa jurídica a que esteja vinculado, estes registros devem ser feitos em contas separadas, a fim de ser possível a clara verificação da aplicação dos recursos.

É importante observar, ainda, que os registros contábeis do fundo devem ser consolidados àqueles do Poder Executivo municipal, a fim de integrarem a prestação de contas a ser apresentada ao Tribunal de Contas. Oportuno o seguinte trecho do acórdão prolatado pelo TCE/MG na já invocada Consulta n.º 833.221/2013:

Segundo o art. 4º da IN TC n. 12, de 2011, as informações contábeis dos fundos especiais, entre os quais se incluem os fundos de saúde, serão consolidadas pela Contabilidade-Geral na unidade administrativa a que estiverem vinculadas, para elaboração da prestação de contas anual do prefeito municipal, a ser remetida ao Tribunal de Contas no prazo e nas condições estabelecidas no aludido ato normativo.

Destarte, as ações praticadas com os recursos do fundo estão sujeitas ao controle interno do município, devendo este, como visto em tópico anterior, planejar mecanismos de controle de riscos, acompanhar a administração e aplicação dos recursos, monitorar as ações praticadas e exercer a revisão e fiscalização posteriores.

3 O controle interno na prática

A estruturação da unidade de controle interno pressupõe o levantamento das efetivas necessidades do órgão, considerados principalmente o volume, a diversidade e a complexidade dos atos administrativos praticados no cotidiano do órgão e o número de servidores envolvidos nestas tarefas.

A diversidade de atos e/ou competências dos setores controlados impactará, inclusive, a formação e a qualificação dos servidores que comporão a unidade de Controle Interno.

Assim, e como o ideal é que a unidade de controle interno examine não só os lançamentos contábeis, mas também os atos administrativos em geral e a movimentação patrimonial, é importante dotá-la de pessoal com a qualificação pertinente, especialmente contadores e, se possível, com especialização em administração pública. De outro lado,

54 <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/transparencia-publica/colecao-municipio-transparente/imagens/como-implementar-uma-corregedoria-em-municipios.png/>

55 *Op. Cit.*, p.1107.

56 Sessão do dia 03/04/2013. Publicado na Revista TCEMG abr/maio/jun/2013.

os aspectos jurídicos dos atos sob exame podem ficar a cargo da procuradoria ou assessoria jurídica do órgão. Ou seja, não é indispensável que a unidade de controle interno tenha em seus quadros profissionais do direito.

É necessário consignar, outrossim, que seja qual for a composição da unidade de controle interno, os servidores nela lotados devem ter conhecimento aprofundado na matéria e perfil voltado para a detecção de irregularidades e vícios nos atos sujeitos à sua apreciação. É incompatível, p.ex., o servidor que não tem firmeza nas suas afirmações e, pior ainda, aquele que se preocupa em não desagradar colegas, porque o controle implica em cotidiana indicação de inconformidades e irregularidades e na eventual responsabilização.

No seu dia a dia, o controle interno deve se dedicar ao exame dos procedimentos de compras e contratações, se não de todas, pelo menos das de maior valor e daquelas que se repetem com alguma frequência, para verificar a observância do caráter competitivo dos certames, a adoção da modalidade própria da licitação e eventuais fracionamentos e, muito importante, se os preços praticados pela administração são compatíveis com os de mercado. Na execução dos contratos, o controle deve ter especial atenção à fase da liquidação da despesa, aquela em que a administração assegura ter recebido o produto ou serviço nas condições e especificações contratadas e qual setor os recebeu. O atestado de recebimento do produto ou serviço deve ser firmado por pelo menos dois servidores, preferencialmente lotados na unidade destinatária, que poderão indicar ao controle interno a sua aplicação final.

De resto, a unidade de controle interno, na medida em que vai detectando inconformidades, irregularidades e vícios, deve expedir orientações e recomendações aos setores envolvidos, indicando a necessidade de melhorias nos fluxos e nos processos de trabalho, tudo para tornar mais segura e transparente a atuação administrativa.

4 Conclusão

Como se viu, a estruturação de um adequado sistema de controle interno não é faculdade do município, mas um dever constitucional. Sendo assim, compete ao Ministério Público – porque entre as suas funções se destaca a de zelar pelo adequado funcionamento dos serviços públicos de relevância – verificar se existe este sistema no município, permanecendo sempre atento quanto ao fato de ser ele efetivo e eficaz.

Em caso da ausência do sistema de controle interno ou de deficiência no seu funcionamento, é cabível a expedição de recomendações ou mesmo o ajuizamento de ações civis públicas e criminais, conforme for o caso, tendo em vista que o Ministério Público não tem, e não pode ter, estrutura de investigação que substitua o controle interno.

Respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural, são estas as ponderações que o Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa do

Patrimônio Público (CAOPP) e a Central de Apoio Técnico (CEAT) julgam pertinentes.

Remeta-se cópia, via e-mail, ao órgão de execução ministerial solicitante, com posterior arquivamento do presente feito.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 04 de setembro de 2017

José Carlos Fernandes Junior
Promotor de Justiça
CAO – Patrimônio Público

Edson de Resende Castro
Promotor de Justiça
CEAT

Ementa: Transporte público. Concessão. Custo de Gerenciamento Operacional. Natureza jurídica não tributária. Inaplicabilidade do artigo 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Equilíbrio contratual. Imprescindibilidade das desonerações obtidas pela concessionária serem consideradas na apuração dos custos do serviço quando de eventuais reajustes/revisões/recomposições da respectiva tarifa que se seguirem as mesmas.

1 Relatório

Trata-se de consulta formulada pelo Dr. Gilberto Osório Resende, titular da 3ª Promotoria de Justiça da Comarca de Divinópolis, acerca da natureza jurídica dos valores cobrados pela municipalidade do concessionário do serviço público de transporte de passageiros a título de CGO – Custo de Gerenciamento Operacional.

O questionamento se mostra relevante já que, com a edição da Lei Municipal n.º 8.075/2015, o percentual da receita total devido aos cofres públicos a título do CGO será reduzido progressivamente, até zerar a partir de 1º de janeiro de 2018. A consulta envolve a aplicabilidade do artigo 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal e a necessidade da renúncia da receita estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro e de medidas compensatórias.

Em síntese, é o relatório.

2 Fundamentação

De acordo com o artigo 175 da Constituição da República, “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.” O parágrafo único determina que a lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias, o caráter especial do contrato, a política tarifária e a obrigatoriedade da manutenção de um serviço adequado.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Melo,

concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.⁵⁷

A despeito de teorias em sentidos diversos, a Constituição Federal, no inciso I do parágrafo único do art. 175, e a Lei Geral das Concessões de Serviço Público, Lei n.º 8.987/95, em seu art. 20, reconhecem a natureza contratual da concessão, decorrendo do contrato prever obrigações e direitos para ambas as partes. Em seu conceito de concessão, Alexandre Mazza destaca se tratar de combinação de vontades entre a administração pública (poder concedente) e a pessoa de direito privado (concessionária).⁵⁸

Como já se afirmou, assim como de quaisquer outros contratos, decorre do contrato de concessão encargos do poder concedente, entre eles a regulamentação do serviço concedido, sua fiscalização, a intervenção na prestação, nos casos e condições previstos em lei, a homologação de reajustes e revisão de tarifas na forma da lei, o zelo pela adequada prestação do serviço entre outros, específicos para cada situação. São encargos da concessionária a prestação de serviço adequado, conforme previsão legal, a prestação de contas da gestão do serviço, entre outros.

No caso do serviço público de transporte coletivo de passageiros, quando a lei o prever, é devido pela concessionária o pagamento ao poder concedente do Custo de Gerenciamento Operacional, como contraprestação pelo gerenciamento do sistema de transporte.

No município de Divinópolis, o Custo de Gerenciamento Operacional é previsto pela Lei n.º 6.774/2008, que dispõe sobre o Fundo Municipal de Trânsito e Transportes, que tem como objetivo “garantir condições financeiras para o custeio e investimentos em controle, operação, fiscalização e planejamento do sistema de transporte coletivo”.

Não obstante sua previsão legal, esta obrigação decorre de uma relação contratual, fruto de um acordo de vontades, e não de uma imposição unilateral fundada no poder de império. Só a concessionária contratante deve pagar a administração pública o valor relativo ao Custo de Gerenciamento Operacional. A norma instituidora da obrigação não é de alcance geral, mas se impõe somente à pessoa jurídica de direito privado que manifestar sua vontade de contratar com o poder público a concessão para o exercício do serviço de transporte público coletivo.

O poder de tributar é estabelecido pela Constituição da República, no capítulo dedicado ao Sistema Tributário Nacional. Em seu primeiro artigo, qual seja, o art. 145, é atribuída a competência à União, estados, Distrito Federal e municípios para instituir os tributos que enumera, dentre eles, o descrito em seu inciso II: “taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição.”

Vê-se, daí, que os estados possuem competência para instituir taxas como contraprestação por uma atividade estatal desenvolvida, realizando-se, assim, a justiça tributária de forma comutativa: quem deu causa à ação estatal, dispendiosa, que arque com a despesa correspondente. É importante considerar-se que não existe relação contratual entre o particular e o Estado em relação aos serviços ou

57 MELO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 622.

58 MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*, 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 638.

ações ensejadores da cobrança de taxas. Não há o elemento volitivo, a facultatividade, ao contrário, há compulsoriedade da utilização de tais serviços ou da submissão à ação de polícia. Não se deve olvidar que tributo, como conceitua o Código Tributário Nacional, em seu art. 3º, é “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

Destarte, o Estado, exercendo a competência que lhe é atribuída pela Constituição da República, institui, através de lei, taxas para fazer face aos serviços que presta, ou à atividade decorrente do exercício do poder de polícia.

A respeito do tema, são as lições do tributarista Kiyoshi Harada⁵⁹:

A taxa, como espécie tributária que é, tem sua cobrança inteiramente submetida ao regime de direito público, mais precisamente ao regime tributário. É uma obrigação ex lege, só podendo ser exigida dos particulares ‘em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição’ (art. 145, II, da CF).

(...) Preço público é sinônimo de tarifa ou simplesmente preço que, no dizer de Alberto Deodato, ‘nada mais é do que a contraprestação paga pelos serviços pedidos ao Estado ou pelos bens por ele vendidos e que constitui a sua receita originária’.

Verifica-se, pois, que para haver preço é necessário haver um contrato, que nada mais é do que ‘o acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito’. O preço é, portanto, uma obrigação ex voluntate. Seu regime jurídico é de direito privado, informado pelo princípio da autonomia da vontade.

(...)

... em havendo utilização compulsória de determinado serviço, falece ao legislador a liberdade de escolha, devendo dar ao pagamento, nesta hipótese, a estrutura tributária.

Como se vê, para que se possa verificar se a exigência se trata de preço ou taxa, basta analisar a relação jurídica entre o particular e o Estado: se decorrente do poder de império, como nos casos de serviços públicos compulsoriamente impostos aos particulares, ou se decorrente da vontade das partes, como ocorre nos contratos.

Este, inclusive, é o entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal, manifestado no julgamento do Recurso Extraordinário 89.876-RJ, relatado pelo ministro Moreira Alves, e publicado na TRJ 98/230, cujo trecho pertinente se transcreve a seguir:

... sendo compulsória a utilização do serviço público de remoção de lixo – o que resulta, inclusive, de sua disciplina como serviço essencial à saúde pública -, a tarifa de lixo instituída pelo Decreto nº 196, de 12 de novembro de 1975, do Poder Executivo do Município do Rio de Janeiro, é, em verdade, taxa. Inconstitucionalidade do respectivo Decreto, uma vez que taxa está sujeita ao princípio constitucional da reserva legal. Recurso Extraordinário conhecido e provido.

Em outra ocasião, a ministra Ellen Gracie, nos autos do RE 0323.565, analisou questão relacionada à cobrança de pedágio, ao qual se atribuiu natureza tarifária, sendo devido pelo usuário que decide, espontaneamente, se utilizar daquela determinada rodovia para chegar a seu destino. De fato, é assente na jurisprudência pátria que o pedágio só pode ser exigido em vias que contemplem trechos que possuem caminhos alternativos, excluindo-se, assim, a possibilidade de limitação ao tráfego. Veja-se o seguinte trecho da mencionada decisão da ministra Ellen Gracie: “(...) o pedágio não está sujeito aos requisitos constitucionais tributários, podendo ser cobrado de quem utiliza espontaneamente o bem ou serviço tarifado.”

Resta claro, assim, que as considerações da Ministra quanto ao fato de que a remuneração das concessionárias dá-se através de tarifas, e não taxas, deve-se à natureza da relação jurídica estabelecida entre a concessionária e o usuário do serviço, que, no caso, é contratual, e não decorrente meramente do poder de império estatal.

Outra decisão interessante que se relaciona ao objeto da presente consulta é a seguinte:

ADMINISTRATIVO – SERVIÇO PÚBLICO CONCEDIDO – ENERGIA ELÉTRICA – INADIMPLÊNCIA – ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535, I e II, DO CPC – INEXISTÊNCIA – DISSÍDIO NÃO CONFIGURADO – INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DOS ARTS. 255 DO RISTJ E 541, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC.

1. Não há falar em violação do art. 535, I e II, do CPC, quando o Tribunal de origem bem fundamenta seu entendimento, rejeitando, ainda que implicitamente, as teses defendidas pelo recorrente.

2. Inviável, da mesma forma, esse recurso, pela alínea “c” quando não observados os requisitos dos arts. 255 e parágrafos do RISTJ e 541, parágrafo único, do CPC, na caracterização do dissídio jurisprudencial, já que não demonstrada a similitude de suporte fático mediante cotejo analítico.

3. Os serviços públicos podem ser próprios e gerais, sem possibilidade de identificação dos destinatários. São financiados pelos tributos e prestados pelo próprio Estado, tais como segurança pública, saúde, educação, etc. Podem ser também impróprios e individuais, com destinatários determinados ou determináveis. Neste caso, têm uso específico e mensurável, tais como os serviços de telefone, água e energia elétrica.

4. Os serviços públicos impróprios podem ser prestados por órgãos da administração pública indireta ou, modernamente, por delegação, como previsto na CF (art. 175). São regulados pela Lei 8.987/95, que dispõe sobre a concessão e permissão dos serviços públicos.

5. Os serviços prestados por concessionárias são remunerados por tarifa, sendo facultativa a sua utilização, que é regida pelo CDC, o que a diferencia da taxa, esta, remuneração do serviço público próprio.

6. Os serviços públicos essenciais, remunerados por tarifa, porque prestados por concessionárias do serviço, podem sofrer interrupção quando há inadimplência, como previsto no art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/95. Exige-se, entretanto, que a interrupção seja antecedida por aviso, existindo na Lei 9.427/97, que criou a ANEEL, idêntica previsão.

7. A continuidade do serviço, sem o efetivo pagamento, quebra o princípio da igualdade das partes e ocasiona o

59 HARADA, Kiyoshi, *Direito Financeiro e Tributário*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 57.

enriquecimento sem causa, repudiado pelo Direito (arts. 42 e 71 do CDC, em interpretação conjunta).

8. Recurso especial conhecido parcialmente e, nessa parte, provido.

(REsp 1062975/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/09/2008, DJe 29/10/2008)

O serviço público de que tratou referido julgado era o de energia elétrica, não havendo qualquer dúvida quanto à espontaneidade da contratação dos serviços pelo usuário e da natureza de direito privado estabelecida entre esse e a concessionária dos serviços. O mesmo não se pode dizer do serviço relativo à segurança pública, que, como bem ressaltado pela ministra Eliana Calmon no mesmo julgado, trata-se de serviço público próprio, a ser custeado por taxa, portanto, e cuja utilização não é facultativa, mas compulsória.

Em se considerando que a relação estabelecida entre a concessionária do serviço público de transporte coletivo de passageiros e o município tem natureza contratual, decorrendo, repita-se, de um acordo de vontades, não resta dúvida que um dos encargos assumidos pela contratante é o pagamento do Custo de Gerenciamento Operacional, que, destarte, tem caráter de tarifa (preço público), e não de tributo.

Neste sentido é o sólido posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, que, ao apreciar o Recurso Especial n.º 1.088.853-MG, aviado pelo município de Belo Horizonte, reconhece que os valores repassados à BHTRANS têm natureza tarifária:

Não é necessário exame da legislação local ou do contrato de concessão ou permissão, relativo ao transporte urbano de passageiros, para reconhecer a natureza desse montante “repassado” à entidade municipal. O acórdão recorrido consigna que se trata de pagamento realizado pela empresa de transporte à BHTRANS “a título de remuneração pela gestão do sistema de transporte”.

Não é, portanto, “repasso, mas efetivo pagamento pela gestão do sistema. A BHTRANS presta um serviço que atende às concessionárias e é necessário para a sua atividade (gestão do sistema). Em contrapartida, as empresas de transporte pagam à BHTRANS o Custo de Gerenciamento Operacional – CGO “a título de remuneração pela gestão do sistema de transporte.”

Ademais, cumpre ressaltar que a Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu art. 14, prevê:

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

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

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

§ 1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.

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

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica:

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

II – ao cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança.

Como se vê, a intenção do legislador foi para que o ente federado utilize sua capacidade tributária de forma suficiente a não prejudicar a execução da lei orçamentária.

Assim, os incentivos e benefícios tributários a serem concedidos deverão estar previstos na lei orçamentária ou então acompanhados de medidas de compensação.

Entretanto, o próprio dispositivo legal excepciona de sua aplicação dois casos: os tributos que têm, além de sua função arrecadatória, a função extrafiscal de intervenção no domínio econômico (Imposto de Importação, Imposto de Exportação, Imposto sobre Produtos Industrializados e Imposto sobre Operações Financeiras), e, por razões óbvias, o cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança.

Conclui-se, portanto, que o dispositivo em apreço refere-se estritamente aos incentivos e benefícios que afetem a arrecadação tributária do ente federado, o exercício fiscal do poder de império estatal. Quando o Estado intervém no domínio econômico, a aplicação da norma é excepcionada.

Ora, os preços públicos ou tarifas decorrem de atividade praticada pelo Estado de natureza contratual, regida, portanto, pelo direito privado. Sua fixação ou cobrança não estão sujeitas às normas aplicáveis aos tributos, podendo, inclusive, ser majoradas por meio de normas infralegais.

A respeito são as lições de Kiyoshi Harada⁶⁰,

Como se vê, esse art. 14 objetiva alcançar as metas previstas no art. 1º da LRF, por meio de uma gestão fiscal responsável, planejada e transparente, a fim de prevenir situações de desequilíbrio orçamentário.

Por isso, impõe limites e condições para a concessão ou ampliação de incentivo ou benefício que implique renúncia de receita pública. Não interfere, nem cria obstáculos à concessão de benefícios ligados às receitas não tributárias, como é o caso de privilégios outorgados a usuários de serviços públicos concedidos.

Ainda, no mesmo sentido, o acórdão prolatado pela 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da Apelação Cível 0014523-89.2010.8.26.0576, em 13 de agosto de 2012. Extraí-se

60 *Lei de responsabilidade fiscal. Requisitos para concessão de incentivos tributários*. In: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista

do voto do Desembargador Relator Ricardo Dip o seguinte trecho:

(...)

...ausente indicação alguma, no caso sob exame, de a disputada dispensa de juros e multa versar sobre créditos correspondentes a taxas, cabe então referir o caráter contratual das tarifas, até ao ponto de que admitam, em dadas hipóteses e segundo expressa previsão legal, negociação direta com o prestador dos serviços (art. 41 da Lei n.º 11.445/2007).

De conseqüente, e aqui também com o amparo do verbete n.º 545 da Súmula do colendo Supremo Tribunal Federal, cabe observar que as taxas – e não as tarifas – são compulsórias e demandam autorização orçamentária.

E é apenas aos tributos e não às receitas originárias sem cariz tributário que se refere a disposição do art. 14 da Lei Complementar n.º 101, de maio de 2000.

(...)

Norma específica, a desse art. 14 não pode estender-se, para uma forte restrição por analogia, sobre receitas de caráter não tributário.

3 Do equilíbrio contratual

Por outro lado, como já sustentado na Nota Jurídica 19/2017, também emitida por este Centro de Apoio Operacional, sob a perspectiva utilitária, é sabido que a tarifa possui caráter instrumental na implementação de políticas públicas, merecendo, portanto, especial cuidado do poder concedente, uma vez que seu valor está necessariamente adstrito ou vinculado a duas condicionantes fundamentais: a justa remuneração do concessionário e a capacidade econômica do usuário.

O valor da remuneração do concessionário afere-se de forma objetiva, mediante a aplicação de fórmulas e cálculos matemáticos e financeiros, sendo fruto, basicamente, do somatório dos custos operacionais, mais parcela de amortização de investimentos, mais parcela destinada à constituição de reserva técnica e mais margem de lucro. Já a capacidade econômica do usuário decorre da aferição de sua condição socioeconômica.

Pode-se dizer, então, que o controle da tarifa está inserto no rol das atividades de interesse público, uma vez que a sua variação (majoração, redução ou mesmo supressão pela modificação do regime de prestação do serviço) é decisiva para determinar o grau e o alcance de fruição do serviço por parte dos usuários e a própria regularidade e continuidade da sua prestação.

O artigo 37, XXI, da Constituição Federal, ao disciplinar a obrigatoriedade do procedimento licitatório, prescreve que

ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta.

Essa referência a “mantidas as condições efetivas da proposta” tornou obrigatória a criação de um sistema legal de preservação da margem de lucro do contratado, denominado equilíbrio econômico-financeiro.

A disciplina legislativa do tema consta da Lei n.º 8.666/93 (arts. 57, § 1º, e 65, II, d), da Lei n.º 8.987/95 (art. 9º, § 2º) e da Lei n.º 9.074/95 (art. 35).

No que se refere à equação econômico-financeira, esta pode ser conceituada como a relação que se estabelece, no momento da celebração do contrato, entre o encargo assumido e a remuneração pactuada, enquanto a manutenção desse equilíbrio é um direito constitucionalmente tutelado do contrato, decorrendo do princípio da boa-fé e também da busca pelo interesse público primário, com fundamentos nas cláusulas *rebus sic stantibus* e *pacta sunt servanda*.

Em termos práticos, a garantia do equilíbrio econômico-financeiro obriga o contratante a alterar a remuneração do contratado sempre que sobrevier circunstância excepcional capaz de tornar mais onerosa a execução. Assim, procura-se recompor a margem de lucro inicialmente projetada no momento da celebração contratual. Essa alteração remuneratória pode se dar mediante reajuste ou revisão.

Reajuste é a terminologia apropriada para denominar a atualização remuneratória do valor ante as perdas inflacionárias ou majoração dos insumos. Normalmente, as regras de reajuste têm previsão contratual e são formalizadas por meio de instituto denominado apostila. Já a revisão ou recomposição são alterações no valor efetivo da tarifa, quase sempre sem previsão contratual, diante de circunstâncias insuscetíveis de recomposição por reajuste. Portanto, no reajuste é promovida uma simples atualização monetária da remuneração, ao passo que na revisão ocorre um aumento real no valor pago ao contratado por motivos sazonais.

Tecendo comentários sobre a imprevisibilidade necessária à revisão contratual, Maria Sylvia Di Pietro nos ensina:

[...] ficam claras as exigências de que se tratem de fatos imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis; que esses fatos retardem ou impeçam a execução do contrato e configurem álea econômica extraordinária ou extracontratual.

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

1. imprevisível quanto à sua ocorrência ou quanto às suas consequências;
2. estranho à vontade das partes;
3. inevitável;
4. causa de desequilíbrio muito grande no contrato.” (Direito Administrativo. Atlas, p. 235)

Diógenes Gasparini, ao discorrer sobre a teoria da imprevisão, enfatiza o entendimento exposto:

Por essa teoria, fatos imprevisíveis, anormais, fora da cogitação dos contratantes e que tornam o cumprimento do contrato ruinoso para uma das partes criam uma situação que não pode ser suportada unicamente pelo contratante prejudicado e impõem uma imediata revisão do ajuste. (Direito Administrativo. Ed. Saraiva, p.262)

Conclui-se, desta forma, que a imprevisibilidade do ato (ou da sua consequência) que gerou o desequilíbrio do contrato

é requisito essencial para que seja possível a revisão dos valores originalmente pactuados.

Em contato com a Central de Apoio Técnico – CEAT, visando buscar sugestões de meios de prova para verificação da real natureza da majoração da tarifa e sua regularidade, a coordenadoria do setor contábil da CEAT, sempre solícita, operosa e comprometida com as demandas oriundas deste CAO, informou ser de bom alvitre requisitar ao município a planilha apresentada pela empresa de transporte coletivo para justificar a excepcionalidade da medida (nessa planilha deverão constar todos os itens discriminados com os valores da época da contratação e seus valores atuais), bem como cópia de toda a documentação que serviu de suporte para a empresa questionar a necessidade da alteração contratual (ex: nota fiscal dos materiais, convenção coletiva de trabalho referente ao aumento do piso salarial dos motoristas/cobreadores, etc.).

De posse de tais elementos, será então possível uma conferência contábil, identificando de fato a real extensão e natureza da majoração imposta ao valor da tarifa.

Não é demais lembrar que a defesa da alteração tarifária, com base apenas nos interesses do concessionário do serviço de transporte coletivo urbano, figura-se incompatível com o objetivo primordial e insubstituível de qualquer contrato administrativo, que é o interesse público.

Nesse sentido, destaca-se o entendimento do TJMG no acórdão proferido nos autos do processo nº 1.0024.04.425490-2/002(1):

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO ORDINÁRIA - TRANSPORTE COLETIVO - CÂMARA DE COMPENSAÇÃO TARIFÁRIA - PRETENSÃO DE OBTER INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE PREJUÍZOS NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE - DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO - IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS - MANUTENÇÃO - IMPROVIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 175 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O reajuste de tarifas não pode atender apenas à vontade das prestadoras de serviços públicos de transporte, pois é uma atitude que envolve diversos interesses, principalmente, o de não inviabilizar a sua utilização pela população. Na permissão as condições de funcionamento podem e devem ser alteradas pelo Estado sempre que o interesse público exigir, já que os serviços públicos visam à consecução de pretensões da coletividade, não a satisfação de interesses pecuniários dos indivíduos ou de permissionárias.

Outrossim, devidamente comprovada a ilegalidade do ato normativo/administrativo que majorou a tarifa de transporte coletivo no município, absolutamente possível o ajuizamento de ação civil pública pelo *Parquet* visando a sua invalidação.

No caso em apreço, verifica-se que a concessionária está sendo desonerada, de forma progressiva, em relação ao pagamento do Custo de Gerenciamento Operacional, cuja alíquota inclusive irá zerar em 2018.

Desta feita, é inegável que tal desoneração deve necessariamente ter incidência na aferição dos custos suportados pela concessionária, de forma a ser considerada quando de eventuais reajustes/revisões/recomposições da respectiva

tarifa que vierem a ocorrer após a vigência do ato concessivo da desoneração.

Mais diretamente, enfrentando o caso concreto posto à apreciação do CAOPP: a concessionária do serviço de transporte público coletivo de passageiros foi beneficiada com a desoneração do pagamento do Custo de Gerenciamento Operacional, correspondente a 4% sobre a receita total auferida no mês, através da edição da Lei Municipal nº 8.075/2015, de forma que seu valor devido terá redução progressiva no seguinte formato: 3,5% a partir de janeiro de 2016, 3% a partir de julho de 2016, 2% a partir de janeiro de 2017, 1% a partir de julho de 2017, até zerar a partir de janeiro de 2018. Por isso, logicamente, tal desoneração deve incidir, necessariamente, nos cálculos pertinentes a eventuais reajustes/revisões/recomposições da respectiva tarifa que se seguirem àquela norma.

E a razão é muito simples, um custo significativo que havia no início da vigência do contrato e passou a ser reduzido até atingir a alíquota zero a partir de janeiro de 2018 afeta o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, pendendo para o lado da concessionária. Assim, este equilíbrio contratual deve ser perseguido pelo poder público, levando-se em conta o benefício concedido à concessionária pela lei em questão quando do reajuste/revisão/recomposição tarifária.

4 Conclusão

Respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural, e considerando o até aqui exposto, conclui este Centro de Apoio Operacional:

1 que a relação estabelecida entre a concessionária de serviço público de transporte coletivo de passageiros e o município (poder concedente) tem natureza contratual e, portanto, o encargo decorrente deste contrato a título de Custo de Gerenciamento Operacional tem caráter tarifário e não de tributo;

2 não estar a legislação que reduz gradativamente a alíquota do CGO até zerá-la submetida às normas contidas no art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal;

3 ser devida a incidência das vantagens conferidas pelo poder concedente à concessionária nos cálculos pertinentes a aferição dos custos do serviço, quando do reajuste/revisão/recomposição da respectiva tarifa que se seguir após a vantagem obtida.

Remeta-se cópia, via e-mail, ao órgão de execução ministerial solicitante, com posterior arquivamento do presente feito.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 06 de setembro de 2017

José Carlos Fernandes Junior
Promotor de Justiça
Coordenador do CAO – Patrimônio Público

Ementa: Descumprimento de Decisão Judicial. Gestor público. Tutela à Saúde. Teoria da Reserva do Possível. Ato de Improbidade Administrativa. Desnecessidade de dolo específico. Exigibilidade de análise das particularidades do caso concreto.

1 Relatório

Trata-se de consulta formulada pela Dra. Susan Kennea de Melo, DD. Promotora de Justiça Comarca de Muriaé, relacionada à eventual ajuizamento de ação de improbidade administrativa em razão de descumprimento (reiterado ou não) de ordens judiciais em ações que visam assegurar tutela à saúde.

Instrui o procedimento com ofícios expedidos pela Procuradoria- Geral do Município de Muriaé (Ofício nº 294/2017) e Câmara Técnica de Saúde (Ofício 113/VDV/2017, Ofício 039/VDV/2017 e Ofício 040/VDV/2017) e Cópia da Lei Municipal nº 5.425, de 24 de maio de 2017.

Em síntese, é o relatório.

2 Fundamentação

A consulta ora em apreço é fruto de representação promovida pelo núcleo da Defensoria Pública em Muriaé ao Ministério Público de Minas Gerais para adoção de providências pertinentes em razão de suposta prática de atos de improbidade cometidos pelas anteriores e atual gestão municipal, consistentes no reiterado descumprimento de ordens judiciais em ações que visam assegurar tutela à saúde.

Inicialmente, é imperioso perquirir, para o correto equacionamento da questão, os fundamentos arguidos tanto pela municipalidade como pela Defensoria Pública.

2.1 Das alegações do município de Muriaé: Teoria da Reserva do Possível – mínimo existencial e direitos fundamentais

Sustenta a Procuradoria-Geral do município de Muriaé, basicamente, insuficiência de recursos para o cumprimento imediato das decisões judiciais e inexistência de descumprimento doloso, intencional ou voluntário das reportadas ordens, bem como inexistência de prejuízo aos pacientes.

Passemos, então, a breve análise acerca da plausibilidade da primeira justificativa alegada.

O **Princípio da Reserva do Possível (ou Reserva de Consistência)** é uma construção jurídica germânica, desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Alemão em julgamento ocorrido em julho de 1972. Analisou-se a constitucionalidade de normas

de direito estadual que regulamentavam a admissão de novos alunos em cursos de ensino superior.

O acesso à educação e à formação profissional, naquele contexto, representava fidedigno desdobramento de direitos fundamentais assegurados pela Carta Constitucional, mas que, no âmbito fático, era tolhido em razão das restrições impostas na admissão de novos alunos. As entidades de ensino não detinham estrutura organizacional (mormente nos aspectos físico, econômico e administrativo) suficiente para comportar a demanda social.

Diante de tal limitação, decidiu a Suprema Corte que os direitos prestacionais “se encontram sob a **reserva do possível**, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade”⁶¹. **A ideia principal consistia na inviabilidade de conceder aos indivíduos tudo o que pretendem, pois há pleitos cuja exigência não é razoável.**

A teoria foi recepcionada pelo Direito Brasileiro, embora com certas adaptações. Na atualidade, a Reserva do Possível é o embasamento legal apto a justificar escolhas promovidas pelo administrador público que tenham por fim garantir, mais apropriadamente, os direitos sociais, ante a escassez de recursos financeiros.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça caminham no sentido de que sua aplicação pode não ser justificável sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS – DIREITO SUBJETIVO – RESERVA DO POSSÍVEL – TEORIZAÇÃO E CABIMENTO – IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA – ESCASSEZ DE RECURSOS COMO O RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA – PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL – ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO – PRECEDENTES DO STF E STJ.

1. A tese da reserva do possível assenta-se em ideia que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*Impossibilium nulla obligatio est* - Celso, D. 50, 17, 185). Por tal motivo, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia.

2. **Todavia, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez. Esta pode ser compreendida como “sinônimo” de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo.**

3. Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área

61 SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Disponível em: http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf. Acesso em 22 de setembro de 2017. Página 663.

implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido, na ausência de dinheiro, para a prestação de uma educação de qualidade.

4. É por esse motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preterir-los em suas escolhas. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso, porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquela. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e as ideias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da “democracia” para extinguir a Democracia.

5. Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial.

6. O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na “vida” social.

7. Sendo assim, não fica difícil perceber que dentre os direitos considerados prioritários encontra-se o direito à educação. O que distingue o homem dos demais seres vivos não é a sua condição de animal social, mas sim de ser um animal político. É a sua capacidade de relacionar-se com os demais e, através da ação e do discurso, programar a vida em sociedade. (...)

10. Porém é preciso fazer uma ressalva no sentido de que mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas. Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois estes, dentro do que é possível, estão de acordo com a Constituição, não havendo omissão injustificável.

11. Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social. No caso dos autos, não houve essa demonstração. Precedente: REsp 764.085/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 1º.12.2009, DJe 10.12.2009.

Recurso especial improvido.

(STJ. REsp 1185474. Ministro Relator Humberto Martins. Segunda Turma. julgado em 20/04/2010, DJe 29/04/2010).

E:

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – **depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito defraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência** (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004). **Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.** Daí a correta observação de REGINA MARIA FONSECA MUNIZ (“O Direito à Educação”, p. 92, item n. 3, 2002, Renovar), cuja abordagem do tema – após qualificar a educação como um dos direitos fundamentais da pessoa humana – põe em destaque a imprescindibilidade de sua implementação, em ordem a promover o bem-estar social e a melhoria da qualidade de vida de todos, notadamente das classes menos favorecidas, assinalando, com particular ênfase, a propósito de obstáculos governamentais que possam ser eventualmente opostos ao adimplemento dessa obrigação constitucional, que “o Estado não pode se furtar de tal dever sob alegação de inviabilidade econômica ou de falta de normas de regulamentação” (grifei). Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a educação infantil – que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 208, IV) – tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público, especialmente o Município (CF, art. 211, § 2º), disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial, como adverte, em ponderadas reflexões, a ilustre magistrada MARIA CRISTINA DE BRITO LIMA, em obra monográfica dedicada ao tema ora em exame (“A Educação como Direito Fundamental”, 2003, Lumen Juris). Cabe referir, ainda, neste ponto, ante a extrema pertinência de suas observações, a advertência de LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN, ilustre Procuradora Regional da República (“Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público”, p. 59, 95 e 97, 2000, Max Limonad), cujo magistério, a propósito da limitada discricionariedade governamental em tema de concretização das políticas públicas constitucionais, assinala: “Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de

responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer”.

RE 491121 / SC. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 27/08/2010. DJe 17/09/2010.

Não é certo, ao menos na doutrina, qual o conceito de direito mínimo existencial. Para Daniel Sarmento, o mínimo existencial corresponde à garantia das condições materiais básicas de vida, ostentando tanto uma dimensão negativa como uma positiva, esta envolvendo um conjunto essencial de direitos prestacionais.⁶²

Ricardo Lobo, por sua vez, informa que

carece o mínimo existencial de conteúdo específico. Abrange qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação, etc.), considerado em sua dimensão essencial e inalienável. Não é mensurável, por envolver mais os aspectos de qualidade que de quantidade, o que torna difícil extremá-lo, em sua região periférica, do máximo de utilidade (maximum welfare, Nutzenmaximierung), que é princípio ligado a ideia de justiça e de redistribuição de riqueza social.⁶³

De modo outro, aparenta ser unânime entre os especialistas que o mínimo existencial é umbilicalmente conectado à dignidade da pessoa humana, princípio norteador do direito e fundamento da República (CR/88, art. 1º, inc. III). Exemplificativamente:

Tomando-se o exemplo do direito à educação, poder-se-á sempre afirmar que negar, em face de argumentos como o da ausência de recursos, até mesmo o acesso ao ensino fundamental não chega a comprometer a existência do indivíduo. A resposta a esta indagação, contudo, passa pelo princípio da dignidade humana, que indubitavelmente pressupõe certo grau de autonomia do indivíduo, no sentido de ser capaz de conduzir a sua própria existência, de tal sorte que a liberdade pessoal constitui exigência indeclinável da própria dignidade. Neste sentido, não restam dúvidas de que manter o indivíduo sob o véu da ignorância absoluta significa tolher a sua própria capacidade de compreensão do mundo e sua liberdade (real) de autodeterminação e de formatar sua existência. O princípio da dignidade da pessoa humana pode vir a assumir, portanto, importante função demarcatória, estabelecendo a fronteira para o que se convencionou denominar de padrão mínimo na esfera dos direitos sociais.⁶⁴

Explica Ingo Wolfgang Sarlet que, embora inexista previsão constitucional expressa consagrando um direito geral à

62 SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos**. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/16-a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos/a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos-daniel-sarmento.pdf>. Pág. 27. Acesso em 22 de setembro de 2017.

63 TORRES, 2008 apud MATSUDA, Juliana Tiemi Maruyama. PEREIRA, Helida Maria. SOUZA, Luciana Camila de. **O mínimo existencial como limite à aplicação da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais**. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/%207306306. Pág. 17. Acesso em 25 de setembro de 2017.

64 SARLET, Ingo Wolfgang in OLSEN, Ana Carolina Lopes, p.353 apud MATSUDA, Juliana Tiemi Maruyama. PEREIRA, Helida Maria. SOUZA, Luciana Camila de. **O mínimo existencial como limite à aplicação da**

garantia do mínimo existencial, os próprios direitos sociais específicos (como a saúde) acabaram por abarcar algumas das dimensões do mínimo existencial, muito embora não possam e não devam ser com ele confundidas⁶⁵.

Sendo assim, em um primeiro momento, não seria admissível a aplicação da teoria para não realização dos direitos sociais, porque representam, em diferentes graus, a materialização do mínimo existencial. Todavia, não é possível olvidar que, em determinadas situações, o ente estatal não falta com a verdade ao alegar verdadeiro caos no orçamento público. O impasse não é falacioso e carrega consigo complexidade desmesurada, sendo necessário recorrer à jurisprudência (sobretudo dos tribunais superiores) para sua correta compreensão e aplicação.

No que pertine a conjugação da reserva do possível e o direito fundamental à saúde (como parte integrante da gama de direitos e garantias que constituem o mínimo existencial), discorreu o ministro Gilmar Mendes por ocasião do julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada 238/TO, em 21/08/2010:

“As divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde decorrem, especialmente, da natureza prestacional desse direito e da necessidade de compatibilizarão do que se convencionou denominar de ‘mínimo existencial’ e da ‘reserva do possível’ (Vorbehalt des Möglichen). (...) Embora os direitos sociais, assim como os direitos e liberdades individuais, impliquem tanto direitos a prestações em sentido estrito (positivos), quanto direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões demandem o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização. A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos poderes e o princípio da reservado financeiramente possível. **Em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão.** Assim, enquanto o Estado tem que dispor de um valor determinado para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos. Assim, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Tais escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva

reserva do possível aos direitos fundamentais sociais. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/%207306306. Pág. 17. Acesso em 25 de setembro de 2017.

65 SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito ao mínimo existencial não é uma mera garantia de sobrevivência**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-08/direitos-fundamentais-assim-chamado-direito-minimo-existencial>. Acesso em 22 de setembro de 2017.

(o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios demacro-justiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados, etc. Nessa linha de análise, argumenta-se que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (micro-justiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as conseqüências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte com invariável prejuízo para o todo (AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez e Escolha. Renovar: Rio de Janeiro, 2001). Por outro lado, defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o “mínimo existencial” de cada um dos direitos, exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial. **O fato é que o denominado problema da “judicialização do direito à saúde” ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se vêem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias. (...) De toda forma, parece sensato concluir que, ao fim e ao cabo, problemas concretos deverão ser resolvidos levando-se em consideração todas as perspectivas que a questão dos direitos sociais envolve. Juízos de ponderação são inevitáveis nesse contexto prene de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos. (...). A Constituição brasileira não só prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (artigo 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestação (artigos 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros), como não faz distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos (capítulo I do Título II) e os direitos sociais (capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5º, § 1º, CF/88). Vê-se, pois, que os direitos fundamentais sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais. **Não há dúvida – deixe-se claro – que as demandas que buscam a efetivação de prestações de saúde devem ser resolvidas a partir da análise de nosso contexto constitucional e de suas peculiaridades. Portanto, ante a impreterível necessidade de ponderações, são as circunstâncias específicas de cada caso que serão decisivas para a solução da controvérsia. Há que se partir, de toda forma, do texto constitucional e de como ele consagra o direito fundamental à saúde.”** (Grifos nossos)**

Nessa esteira, não há resposta pronta e acabada quanto à aceitabilidade da tese quando se tratar de direitos fundamentais. **A plausibilidade dependerá da comprovação das circunstâncias fáticas que permeiam cada caso, judicializado ou não.**

Destarte, quanto à alegação de privação financeira, a apreciação deve se ater às peculiaridades do caso concreto, de modo que a aceitação ou rejeição prévia e generalizada certamente conduzirá a uma orientação desproporcional e sem razoabilidade, o que deve, a todo custo, ser resistida.

2.2 Das alegações do município de Muriaé e da Defensoria Pública: Os atos de improbidade administrativa em espécie – elemento subjetivo (dolo)

A Procuradoria-Geral do município segue afirmando que inexistente descumprimento doloso, intencional ou voluntário das ordens judiciais. Dos autos do procedimento preparatório extraiu-se a relação de decisões liminares descumpridas (ou cumpridas extemporaneamente), bem como o nome das pessoas intimadas. Lado outro, infere-se que o núcleo da Defensoria Pública em Muriaé alega descumprimento doloso por parte dos administradores públicos, razão pela qual deverão ser responsabilizados pela prática de improbidade administrativa.

Passa-se, então, a analisar brevemente sobre a repercussão da (in) existência do elemento subjetivo (dolo) em condutas que tipificam atos de improbidade administrativa.

Inicialmente, cumpre destacar que a República Federativa do Brasil vem envidando esforços para combater a (endêmica) corrupção na gestão da coisa pública. Historicamente destaca-se, na atividade legiferante, o Código Penal, leis que definem os Crimes de Responsabilidade (Leis nº 1.079/1950 e Decreto-Lei nº 201/1967) e a Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa).⁶⁶

Com a Constituição Federal de 1988, o combate judicial aos atos de corrupção ganhou impulso. Seja em razão de mudanças no pensamento da comunidade jurídica nacional (como o reconhecimento da força normativa da constituição e da filtragem constitucional), seja em virtude de novos instrumentos que surgiam no ordenamento (tal qual valorização da moralidade, princípio expresso no texto maior), fortaleceu-se a concepção da necessidade de repressão efetiva não criminal do mau uso da função e da coisa pública.

Nesse contexto, surge a Lei 8.429 de 2 de junho de 1992, em substituição às anteriores leis n.º 3.164/57 (Lei Pitombo-Godói) e n.º 3.502/58 (Lei Bilac Pinto), dispondo sobre os atos de improbidade administrativa e suas sanções.

⁶⁶ Registre-se que o Brasil é signatário de compromissos internacionais que exigem a adoção de medidas de combate à corrupção, tais como a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, elaborada no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE). OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. AMORIM, Daniel Assumpção. **O sistema brasileiro de combate à corrupção e a Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção)**. Disponível em <http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2015/10/sistema-brasileiro-combate-corrupcao.pdf>. Acesso em 25 de setembro de 2017.

Conforme explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o ato de improbidade pode corresponder a um ato administrativo, a uma omissão ou a uma conduta, e é praticado no exercício de uma função pública (em sentido amplo). Segundo a autora, mesmo quando praticado por terceiro, que não se enquadre no conceito de agente público, deve haver reflexo sobre uma função pública exercida.⁶⁷

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência associam a improbidade administrativa à noção de desonestidade e de má-fé do agente público e, por isso,

“o enquadramento na Lei de Improbidade Administrativa exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando seja praticado algum ato ilegal, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto.”⁶⁸

Nesse sentido também a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. TIPIFICAÇÃO. **INDISPENSABILIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO, NAS HIPÓTESES DOS ARTIGOS 9º E 11 DA LEI 8.429/92 E CULPA, PELO MENOS, NAS HIPÓTESES DO ART.10)**. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DA 1ª SEÇÃO. RECURSO PROVIDO.

STJ. EREsp 479812. Ministro Relator Teori Albino Zavascki. Julgamento em 25/08/2010. DJe 27/09/2010.

A Lei 8.429/92 tipifica os atos de improbidade administrativa em atos que importam enriquecimento ilícito (art.9º), atos que causam prejuízo ao erário (art.10) e atos que atentam contra os princípios da administração pública (art.11). Desses, apenas no art. 10 há referência sobre a existência de dolo ou culpa, elementos subjetivos do agente, enquanto que os dois outros preceitos nada dispõem a respeito. **Partindo-se da premissa de que a responsabilidade objetiva pressupõe normatização expressa nesse sentido, constata-se que o mero vínculo objetivo entre a conduta do agente e o resultado ilícito não é passível de configurar a improbidade.**⁶⁹

Com efeito, é imperioso constatar o elemento subjetivo na conduta do agente, pois este vinculará o agente público e a conduta considerada ilícita.

A jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça é que, para a configuração do ato de improbidade basta o dolo genérico:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. SÚMULA 7/STJ.ART. 11 DA LEI 8.429/1992. DOLO GENÉRICO RECONHECIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REEXAME FÁTICO.

67 DI PIETRO apud HOLANDA JR. **Improbidade Administrativa**. Coleção Leis Especiais para concursos v. 23. 3 ed. Pág. 142.

68 DI PIETRO, Maria Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 688/9.

69 GARCIA, Emerson. **A relevância da má-fé no delineamento da improbidade administrativa**. Disponível em: <https://www.conamp.org.br/pt/comunicacao/multimedia/audio/item/1402-a-relevancia-da-ma-feno-delineamento-da-improbidade-administrativa.html>. Acesso em 25 de setembro de 2017.

IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE AOS AGENTES POLÍTICOS. COMPATIBILIDADE COM O DECRETO-LEI 201/1967.

1. Trata-se na origem de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado de Goiás contra o recorrente. Narra a inicial que o recorrente, na qualidade de Presidente da Câmara Municipal de Jataí/GO, utilizou-se dos serviços dos Procuradores Jurídicos daquela Casa Legislativa para apresentação de defesa pessoal em outra Ação Civil Pública. (...).

3. O entendimento do STJ é de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é indispensável demonstrar o elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10.

4. É pacífico no STJ que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/1992 exige demonstração de dolo, o qual, contudo, não precisa ser específico, sendo suficiente o dolo genérico.

5. Assim, para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, caracterizar a presença do elemento subjetivo. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé. (...).

8. Recurso Especial parcialmente conhecido e nessa parte não provido.

(REsp 1662580/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/05/2017, DJe 10/05/2017).

Semelhantemente, o Tribunal Regional Federal da 4ª região editou, recentemente, o seguinte enunciado sumular: “A tipificação do ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública, previsto no artigo 11 da Lei nº 8.429/92, exige apenas o dolo genérico, consistente na vontade de praticar a conduta.”

Superados tais esclarecimentos, parece que a dificuldade que se apresenta é a de constatar se o descumprimento de ordens judiciais, por si só, configuraria a conduta dolosa apta a subsumir ao disposto no art. 11, inc. II, LIA⁷⁰. Novamente, concluo que somente na individualidade de cada caso será possível apurar a intenção especial do agente, a fim de verificar se há ou não conduta ímproba.

É que, se o descumprimento decorre de desígnios maculados pela má-fé, sem dúvida estar-se-á diante de ato de improbidade administrativa. Todavia, se o descumprimento (ou o cumprimento extemporâneo / tardio) emana, v.g., de comprovada insuficiência de recursos ou situação que evade a alçada de controle do administrador público, certamente a resposta será outra.

70 Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício.

Nesse diapasão, vide os exemplos abaixo, em que em situações semelhantes resultaram em decisões judiciais diametralmente opostas em razão da constatação da existência ou não de dolo do agente público:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - DIREITO ADMINISTRATIVO - EX-PREFEITO MUNICIPAL - DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - AUSÊNCIA DE PROVA DA DESONESTIDADE OU DA MÁ-FÉ DO REQUERIDO - INEXISTÊNCIA DO ATO ÍMPROBO.

Ainda que a ordem judicial tenha sido cumprida fora do prazo determinado pelo Juiz, a ausência de efetiva demonstração de dolo e da desonestidade na prática da conduta pelo ex -Prefeito Municipal de Araxá torna incabível a condenação do requerido pela prática dos atos de improbidade administrativa tipificados no art. 11 da Lei n.º 8.429/92. (TJMG - Apelação Cível 1.0040.13.005943-5/002, Relator(a): Des. (a) Edgard Penna Amorim, 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 08/09/2016, publicação da súmula em 14/09/2016)⁷¹

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - PREFEITO MUNICIPAL - RECUSA INJUSTIFICADA AO CUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL - ART. 11 DA LEI 8.429/92 - OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - CONFIGURAÇÃO - APLICAÇÃO DE PENALIDADE - MULTA - POSSIBILIDADE - PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO INICIAL.

- Os agentes públicos têm o dever de observar os princípios da legalidade, da moralidade e da publicidade, de modo que, ao deixarem de cumprir ordem judicial, injustificadamente, incorre em conduta tipificada pelo artigo 11 da Lei nº 8.429/1992.

(TJMG - Apelação Cível 1.0620.09.035326-4/001, Relator(a): Des.(a) Elias Camilo, 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 06/06/2013, publicação da súmula em 14/06/2013).⁷²

3 Do Princípio da Individualização da Pena sob a perspectiva constitucional e administrativa: posicionamento do Supremo Tribunal Federal

Ante todo o exposto, conclui-se que o mais adequado, para consultas dessa estirpe, é a detida análise de cada caso. Isso porque, logrando êxito o administrador público em comprovar a insuficiência de recursos ou a inexistência de dolo (ainda que genérico) por ocasião de procedimentos preparatórios (ou até mesmo em sede de inquérito civil), a embrionária ação civil pública por ato de improbidade administrativa nascerá, provavelmente, fadada ao insucesso.

Ressalte-se, outrossim, que, em decorrência do Princípio da Individualização da Pena, o Supremo Tribunal Federal afirmou que se os fatos/atos sobrevieram de administrações anteriores e os novos gestores adotam as medidas cabíveis

para sanar as irregularidades verificadas, não há razão justificável para a punição da nova gestão. Vide:

O princípio da intranscendência subjetiva das sanções, consagrado pelo STF, inibe a aplicação de severas sanções às administrações por ato de gestão anterior à asunção dos deveres públicos. Com base nessa orientação e, com ressalva de fundamentação do Ministro Marco Aurélio, a Primeira Turma, em julgamento conjunto, negou provimento a agravos regimentais em ações cautelares ajuizadas com a finalidade de se determinar a suspensão da condição de inadimplente de Estado-Membro, bem como das limitações dela decorrentes, com relação a convênios com a União. Na espécie, em face de decisões que julgaram procedentes os pedidos a favor dos entes federativos, a fim de suspender as inscrições dos requerentes de todo e qualquer sistema de restrição ao crédito utilizado pela União, foram interpostos os presentes recursos. **A Turma consignou que, em casos como os presentes, em que os fatos teriam decorrido de administrações anteriores e os novos gestores estivessem tomando providências para sanar as irregularidades verificadas, aplicar-se-ia o princípio da intranscendência subjetiva. O propósito seria neutralizar a ocorrência de risco que pudesse comprometer, de modo grave ou irreversível, a continuidade da execução de políticas públicas ou a prestação de serviços essenciais à coletividade.** Nesse sentido, a tomada de contas especial seria medida de rigor com o ensejo de alcançar-se o reconhecimento definitivo de irregularidades, permitindo-se, só então, a inscrição dos entes nos cadastros de restrição aos créditos organizados e mantidos pela União. O Ministro Marco Aurélio asseverou que, por se tratar de governança, preponderaria o princípio contido no art. 37 da CF, ou seja, o da impessoalidade. Precedentes citados: ACO 1.848 AgR/MA (DJe de 21.11.2014) e ACO 1.612 AgR/MS (DJe de 12.12.2014). AC 2614/PE, rel. Min. Luiz Fux, 23.6.2015. (AC-2614)AC 781/PI, rel. Min. Luiz Fux, 23.6.2015. (AC-2614)AC 2946/PI, rel. Min. Luiz Fux, 23.6.2015. (AC-2614). STF Informativo 791.

4 Da dúvida do Promotor de Justiça solicitante

Restringe-se a consulta sobre a possibilidade de ajuizamento de ação de improbidade administrativa em razão de descumprimento (reiterado ou não) de ordens judiciais em ações que visam assegurar tutela à saúde.

Discorreu-se, ao longo da presente nota, sobre os fundamentos jurídicos arguidos pelo município de Muriaé, bem como pelo núcleo da Defensoria Pública.

A Teoria da Reserva do Possível deriva da impraticabilidade de exigir aquilo que, razoavelmente, excede as possibilidades do Estado. A aplicação da teoria ganhou novos contornos e, atualmente, encontra óbices quando defronta com Direitos e Garantias Fundamentais, mormente aqueles que caracterizam o mínimo para viver dignamente (o que se convencionou a chamar de “mínimo existencial”).

Ademais, no que pertine ao ato de improbidade propriamente dito, sabe-se que é imprescindível a constatação de conduta dolosa (ou ao menos culposa, tratando-se de atos tipificados no art. 10 da LIA) para condenação. Para a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (bem como demais tribunais pátrios, a exemplo TRF4) basta à existência de dolo genérico, ou seja, intento direcionado ou finalidade específica de praticar o injusto. No âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, os julgados divergem

71 Outros julgados nesse sentido: Apelação Cível 1.0439.14.005721-7/001 TJMG, Ap Cível/Reex Necessário 1.0115.12.001844-1/001 TJMG, Apelação Cível 1.0134.06.076779-2/001 TJMG e Apelação Cível 1.0134.08.101462-0/001 TJMG.

72 Outros julgados nesse sentido: Apelação Cível 1.0040.09.094560-7/002 TJMG, Ap Cível/Rem Necessária 1.0024.13.024384-3/001 TJMG, Ap Cível/Reex Necessário 1.0082.13.000370-8/001 TJMG e Apelação Cível 1.0273.14.000392-5/001 TJMG

diametralmente. Para alguns, o simples descumprimento de decisões configura dolo. Para outros, o descumprimento, por si só, não demonstra o elemento subjetivo necessário para enquadramento da conduta.

Nesse ínterim, conclui-se que, seja por um argumento, seja por outro, não há como, **de modo genérico, reconhecer** ou afastar a ocorrência de ato de improbidade administrativa nas hipóteses de descumprimento de ordens judiciais em ações que visam assegurar tutela à saúde, exigindo-se que **cada caso concreto seja analisado em suas particularidades**, a fim de que se possa aferir a existência dos elementos necessários para a propositura da respectiva ação de improbidade administrativa.

Sem prejuízo de outras diligências que forem julgadas pertinentes pelo Promotor de Justiça Natural, avalia este Centro de Apoio Operacional como produtor do cuidado na juntada ao respectivo procedimento investigatório dos seguintes elementos probatórios:

1) Ordem Judicial - cópia do requerimento formulado em juízo, da decisão judicial que o deferiu e do mandado judicial que dela sobreveio, bem como da respectiva certidão de intimação deste, expedida por servidor do Judiciário;

2) Ciência da ordem judicial - inexistindo certidão de serventuário do Judiciário atestando que a ordem judicial foi comunicada diretamente ao agente público a quem se dirigia e sendo seu conhecimento tempestivo negado por este quando de sua oitiva ou da apresentação de informações escritas ao MP, salutar a oitiva do responsável pelo setor onde ocorreu o protocolo do mandado judicial ou daquele que o teria recebido pessoalmente do serventuário do Judiciário, visando à obtenção de informações que detalhe o fluxo dos encaminhamentos dados ao dito documento na rotina administrativa empregada, de forma a se comprovar a efetiva e natural ciência da ordem judicial por parte do agente público a quem se dirigia;

3) Ausência de justa escusa - espelho de pesquisas realizadas na rede mundial de computadores, em especial no respectivo portal de transparência do ente público envolvido, demonstrando gastos daquele em eventos públicos festivos e/ou publicidade promocional, nos últimos 12 meses, comprovadores da existência de recursos para tais fins e, por isso, logicamente, inaceitável a admissão da Teoria da Reserva do Possível como justa escusa para o descumprimento (reiterado ou não) de ordens judiciais em ações que visam assegurar tutela à saúde;

4) Desprezo à dignidade da pessoa humana- tomada de declarações da pessoa a quem se prestava a tutela jurisdicional invocada e/ou familiares desta, visando a obtenção de relatos do que experimentaram em decorrência do descumprimento da ordem judicial em questão.

Assim, respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural, são estas as ponderações que este Centro de Apoio Operacional julga pertinentes, **sem caráter vinculativo**.

Remeta-se cópia, via e-mail, ao órgão de execução ministerial solicitante, com posterior arquivamento do presente expediente.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 27 de setembro de 2017

José Carlos Fernandes Júnior
Promotor de Justiça
Coordenador do CAO – Patrimônio Público

Ementa: Taxa para emissão de certidão negativa de débito. Inconstitucionalidade. Direito fundamental à gratuidade. Art. 5º, XXXIV da Constituição Federal.

1 Relatório

Trata-se de consulta formulada pela Dra. Susan Kennea de Melo, titular da 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Muriaé, acerca da legalidade da cobrança de taxa pelo município para emissão de certidão negativa de débitos.

Relata a ilustre Promotora de Justiça que houve representação relacionada à cobrança de taxa para emissão de certidão negativa de débitos pelo município de Muriaé e para se ter vista dos autos de processo administrativo em que o contribuinte era parte.

Em síntese, é o relatório.

2 Fundamentação

O poder de tributar é estabelecido pela Constituição da República, no capítulo dedicado ao Sistema Tributário Nacional. Em seu primeiro artigo, qual seja, o art. 145, é atribuída a competência à União, estados, Distrito Federal e municípios para instituir os tributos que enumera, quais sejam: impostos, taxas e contribuições de melhoria. Especificamente em relação às taxas, determinou o constituinte que poderiam ser instituídas, “em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição”.

Vê-se, daí, que os entes federados possuem competência para instituir taxas como contraprestação por uma atividade estatal desenvolvida, realizando-se, assim, a justiça tributária de forma comutativa: quem deu causa à ação estatal, dispendiosa, que arque com a despesa correspondente.

Destarte, o Estado, exercendo a competência que lhe é atribuída pela Constituição da República, institui, através de lei, taxas para fazer face aos serviços que presta, ou à atividade decorrente do exercício do poder de polícia. Na oportunidade cabe ressaltar a imprescindibilidade da previsão da exação em lei em sentido estrito: a Constituição, ao estabelecer as limitações ao poder de tributar veda expressamente a exigência ou aumento de tributo sem lei que o estabeleça (art. 150, I). É a consagração do princípio da legalidade já garantido pelo art. 5º, II da Carta Magna.

A respeito desta espécie tributária são as lições do tributarista Kiyoshi Harada⁷³:

A taxa, como espécie tributária que é, tem sua cobrança inteiramente submetida ao regime de direito público, mais precisamente ao regime tributário. É uma obrigação *ex lege*, só podendo ser exigida dos particulares ‘em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição’ (art. 145, II, da CF).

Para que possa ser exigida taxa do contribuinte, cabe verificar, em primeiro lugar, se existe a previsão legal que preveja todos os elementos do tributo (fato gerador, base de cálculo, alíquota e sujeitos ativo e passivo). Existindo previsão legal, deve ser observado se o contribuinte deu causa ao exercício do poder de polícia ou se beneficiou de serviço público prestado ou colocado à sua disposição que seja apontado pela lei como fato gerador do tributo.

O fornecimento de certidões pelo poder público, assim como os serviços cartorários dos órgãos que compõem o Poder Executivo, no caso de pedido de vista dos autos de processo administrativo em que seja parte o requerente, são serviços públicos específicos e divisíveis.

Serviços específicos são aqueles que podem ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de necessidade ou de utilidade públicas (art. 79, II, do Código Tributário Nacional). Já o serviço divisível é aquele que pode ser mensurado, medido, ter sua quantidade aferida por algum instrumento, ser prestado de forma individualizada ao usuário, nos termos do art. 79, III, do CTN.

O fornecimento de certidões pelo poder público é, de fato, um serviço prestado *uti singuli*, ou seja, pode ser identificado de forma individual seu beneficiário, sendo específico e divisível. Assim, a princípio, trata-se de um serviço passível de ensejar a instituição de taxa para fazer face aos custos gerados à administração pública.

Entretanto, a Constituição Federal assegura a todo cidadão, como direito fundamental, a obtenção de certidões que possam ser usadas na defesa de direitos ou esclarecimentos de interesse pessoal sem a cobrança de taxas. É o seguinte o teor do inciso XXXIV do artigo 5º da Carta da República:

Art. 5º (...)

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

- a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
- b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

Tratando-se de norma de repetição obrigatória, preceitua a Constituição Estadual em seu art. 4º:

73 HARADA, Kiyoshi, *Direito Financeiro e Tributário*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 57.

Art. 4º (...)

§ 2º - Independe do pagamento de taxa ou de emolumento ou de garantia de instância o exercício do direito de petição ou representação, bem como a obtenção de certidão para a defesa de direito ou esclarecimento de situação de interesse pessoal.

Referida vedação traduz imunidade tributária inserida no rol dos direitos fundamentais, mas que tem o mesmo peso daquelas listadas pelo art. 150, VI, da Constituição. As imunidades tributárias têm por fim resguardar valores de assento constitucional – igualdade, liberdade de pensamento e religião, acesso à informação, equilíbrio federativo, pluralismo político, liberdade sindical e outros -, razão pela qual a busca do elemento teleológico será sempre o caminho para a efetiva realização dos valores supremos que o constituinte prestigiou.⁷⁴

O direito à obtenção de certidões para defesa de direitos ou esclarecimento de situação de interesse pessoal, independente do pagamento de taxas, é verdadeira cláusula pétrea, e como tal deve ser respeitado.

Reconhecendo a inconstitucionalidade de taxa instituída pelo estado do Amazonas para extração de certidões, é o seguinte acórdão do Supremo Tribunal Federal, exarado nos autos da ADI 2.969-0, em 29/03/2007:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 178 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 19, DE 29 DE DEZEMBRO DE 1997, DO ESTADO DO AMAZONAS. EXTRAÇÃO DE CERTIDÕES, EM REPARTIÇÕES PÚBLICAS, CONDICIONADA AO RECOLHIMENTO DA "TAXA DE SEGURANÇA PÚBLICA". VIOLAÇÃO À ALÍNEA "B" DO INCISO XXXIV DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

VOTO:

(...)

No tema, penso que, ao garantir a obtenção gratuita de certidões em repartições públicas, o Texto Magno impôs limite material à atividade legislativa do Estado. É que, por meio da alínea "b" do inciso XXXIV do artigo 5º, a Constituição de 1988 terminou por instituir uma espécie de imunidade tributária e, dessa forma, impediu qualquer exação que tenha por fundamento o fornecimento, pelo Poder Público, de certidões que visem à defesa de direitos e ao esclarecimento de situações de interesse pessoal do requerente.

Por ocasião do julgamento da ADI n.º 1.0000140714387/000, submetida à apreciação da Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o Desembargador Cássio Salomé afirma, em seu voto:

Por outro lado, paralelamente ao direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular (artigo 5º, inciso XXXIII, CR), a Constituição Federal garantiu aos cidadãos a gratuidade - "independentemente do pagamento de taxas" - do direito de petição em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder e a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal. Impôs, nesse caso, limitação material à atividade legislativa do Estado, instituindo espécie de imunidade tributária.

É, pois, dever da Administração Pública e corolário do Estado Democrático de Direito o fornecimento aos cidadãos de infor-

mações de seu interesse pessoal, necessárias ao exercício da cidadania. Assim, a vinculação do fornecimento de certidões, atestados e declarações pela Administração Pública, quando destinados à defesa de direito ou esclarecimento de situação de interesse pessoal, ao pagamento de taxa de expediente, encontra óbice na gratuidade assegurada no mencionado dispositivo da Constituição Estadual.

(...)

É certo que, como ressaltam os representados, o § 1º do artigo 137 da Lei Complementar nº 001/2002 excepciona as situações a que alude o artigo 5º, XXXIV, da Constituição Federal - consagrada no artigo 4º, § 2º, da Constituição Estadual. Não por outro motivo, quanto ao caput do referido dispositivo, e seus parágrafos, não vislumbro vício a ser proclamado, na medida em que contém previsão genérica acerca da cobrança de taxa por serviços administrativos, ressaltando as hipóteses de imunidade constitucionalmente asseguradas.

Na verdade, o anexo XII, a que se refere o § 2º do aludido artigo, prevê outras situações, relativas à prestação de serviços administrativos, que não são objeto desta representação, na medida em que não importam em afronta às normas constitucionais invocadas.

O Tribunal de Justiça do Maranhão (TJMA) julgou procedente, em parte, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) ajuizada pelo Ministério Público estadual contra a cobrança de taxa na apresentação de documentos

e na emissão de certidões pela Prefeitura de São Luís, prevista no parágrafo

5º do artigo 214 da Consolidação das Leis Tributárias do Município (Decreto nº 33.144/2007).

Conforme consignado no voto do Relator, Desembargador Paulo Velten, acompanhado à unanimidade pelo colegiado, "o direito de petição, que resulta no direito à certidão, é um direito político, por meio do qual se garante aos cidadãos a participação na vida política, para a defesa de direitos pessoais ou de interesse geral, independentemente de taxa".

Consagrou-se o entendimento de que a imunidade tributária instituída pela Constituição Federal desonerou o exercício dos direitos políticos, na medida em que assegurou independentemente do pagamento de taxa o direito de petição e o direito de obter certidões relacionadas ao esclarecimento de situações pessoais.

(...)

Portanto, requerimentos, consultas, memoriais, cópias de contratos, abaixo-assinados, confissão de dívida, pedidos de pagamento de impostos em prestações, reconsideração de despachos, segunda via de protocolo, certidões negativas de tributo, de baixa de contribuições ou de inscrição como contribuinte do ISS, certidões sobre atos administrativos, buscas, fornecimento de número de inscrição imobiliária, certidões de dívida ativa e informações acerca de zoneamento da Lei de uso e ocupação do solo, constituem manifestações do exercício do direito de petição e de informação do cidadão perante o poder público municipal, que não devem se sujeitar ao pagamento de taxa, por afronta ao mencionado dispositivo constitucional. (24/03/2015)

No entanto, o voto do Desembargador Cássio Salomé foi vencido, por entenderem seus pares que, não obstante a clareza da imunidade em questão, não deveria haver supressão do texto legal, posto que legítima seria a cobrança de taxa para expedição de certidões que não tenham como fim a defesa de direitos ou esclarecimento de situações de

74 MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Imunidades Tributárias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, n.4, p. 82.

interesse pessoal. Posicionamento semelhante a este foi rechaçado no Supremo Tribunal Federal por ocasião do acórdão, já citado, prolatado nos autos da ADI 2969-0/AM.

Em ocasiões anteriores o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais vinha se manifestando pela inconstitucionalidade de dispositivos normativos desta natureza. Confira-se:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO DE UBERLÂNDIA. ARTIGOS 1º AO 4º E ANEXO I DA LEI MUNICIPAL Nº. 5.048/89 COM REDAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR Nº. 482/08. TAXA DE EXPEDIENTE. EMISSÃO DE GUIA DE COBRANÇA DE TRIBUTOS MUNICIPAIS. EMISSÃO DE CERTIDÃO DE INTERESSE PESSOAL. COBRANÇA. INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 4º, §2º, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. DEMAIS SERVIÇOS. ESPECIFICIDADE E DIVISIBILIDADE. AFERIÇÃO. VIABILIDADE DA EXAÇÃO. A emissão de guia de cobrança é um desdobramento do imposto que a originou, não havendo serviço público autorizador da cobrança de taxa de expediente. A obtenção de certidões ou atestados para esclarecimento de situações de interesse pessoal é corolário do estado democrático de direito e prescinde do pagamento de taxa ou emolumento, nos termos da norma do art. 4º, §2º, da Constituição Estadual de Minas Gerais. Quanto aos demais serviços condicionados ao pagamento da taxa de expediente, aferindo-se a

especificidade e a divisibilidade deles, não se vislumbra a inconstitucionalidade invocada. (Ação Direta Inconst 1.0000.13.051798- 0/000, Relator(a): Des.(a) Antônio Sérvulo, ÓRGÃO ESPECIAL, julgamento em 11/12/2013, publicação da súmula em 19/12/2013)

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE-TAXA DE EXPEDIENTE - ARRECADAÇÃO- EMISSÃO CERTIDÕES - TAXA DE SERVIÇOS URBANOS NÃO DIVISÍVEIS. - Flagrante a inconstitucionalidade na instituição de taxa de expediente que cuida de interesse exclusivo da administração, e não de serviço prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição. - É vedada a criação de tributos que tenha por fundamento o fornecimento pelo Poder Público de certidões que visem à defesa de direitos e ao esclarecimento de situações de interesse pessoal do cidadão. - É inconstitucional a taxa cobrada pela prestação de serviço público uti universi, haja vista não se tratar de serviço individualizado ou divisível. (Ação Direta Inconst 1.0000.12.126008-7/000, Relator(a): Des.(a) Selma Marques, ÓRGÃO ESPECIAL, julgamento em 16/09/2013, publicação da súmula em 20/09/2013)

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ARTIGOS 12, I, 39, 40, 41, 42 E ANEXO VII, TODOS DA LEI Nº 511, DE 30 DE SETEMBRO DE 2009, DO MUNICÍPIO DE OURO PRETO - TAXA DE EXPEDIENTE - PROCEDÊNCIA PARCIAL DA REPRESENTAÇÃO. É legítimo invocar, para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e/ou municipais, cláusula de caráter remissivo, que, inscrita na Constituição Estadual, remete, diretamente, às regras normativas constantes da própria Constituição Federal. A emissão de guias de arrecadação não é serviço público tributável, sendo inconstitucional a instituição de taxa com esse fim, por afronta à previsão do artigo 144, II, da Constituição do Estado. A Constituição do Estado de Minas Gerais assegura que independe do pagamento de taxa ou de emolumento ou de garantia de instância o exercício do direito de petição ou representação, bem como a obtenção de certidão para a defesa de direito ou

esclarecimento de situação de interesse pessoal (art. 4º, §2º, CE/MG). Representação julgada parcialmente procedente. (Ação Direta Inconst 1.0000.11.084838-9/000, Relator(a): Des.(a) Silas Vieira, ÓRGÃO ESPECIAL, julgamento em 10/04/2013, publicação da súmula em 19/07/2013)

3 Conclusão

Respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural, e considerando o até aqui exposto, concluem o Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público e a Coordenadoria da Procuradoria de Justiça de Controle de Constitucionalidade ser incabível a cobrança de taxa para emissão de certidões negativas de débito e para obtenção de vista de processo administrativo em que figure como parte o requerente.

Constatada a existência de legislação municipal instituindo taxa que tenha como fato gerador os serviços especificados no parágrafo anterior, é possível o encaminhamento à Coordenadoria da Procuradoria de Justiça de Controle de Constitucionalidade para análise e, caso seja o entendimento corroborado pelo Sr. Procurador-Geral de Justiça, ajuizamento da competente ação direta de inconstitucionalidade.

Remeta-se cópia, via e-mail, ao órgão de execução ministerial solicitante, com posterior arquivamento do presente feito.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 03 de Outubro de 2017

José Carlos Fernandes Junior
Promotor de Justiça
Coordenador do CAO-PP

Maria Angélica Said
Procuradora de Justiça
Coordenadora - Controle de constitucionalidade

Ementa: Estagiário. Agente público. Princípios da Administração Pública. Processo Seletivo de Estágio no Poder Executivo. Critérios objetivos. Ampla divulgação em edital público. Escolha por meio de prova objetiva e análise curricular objetiva. Escolha por simples entrevista. Insuficiente.

1 Relatório

Trata-se de consulta formulada pelo Dr. Weber Augusto Rabelo Vasconcelos, DD. Promotor de Justiça da comarca de Itaúna, relacionada a possível adoção de critérios objetivos em processos seletivos para preenchimento de vaga de estágio no âmbito do Poder Executivo, tendo em vista que algumas contratações de estágio no setor público primam pela subjetividade, calcadas, muitas vezes, em simples entrevistas.

Em síntese, é o relatório.

2 Fundamentação

A Constituição Federal, no artigo 37, *caput*, estabelece que

a administração pública, direta, indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Não é demais ressaltar que os princípios contidos na Constituição Federal são considerados fundamentos de validade de todo o ordenamento jurídico, de modo que, segundo o professor Celso Antônio Bandeira de Melo, “violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma” e constitui

a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumácia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra⁷⁵

Dessa forma, a ausência de disposição legal expressa não garante ampla liberdade para a administração pública, cuja atuação deverá buscar harmonia com os princípios constitucionais.

Nesse contexto se insere o contrato de estágio que, regido pela Lei nº 11.788/2008, não contempla expressamente a exigência de concurso público para o processo seletivo de estagiários. Porém, tal processo deverá guardar o princípio da impessoalidade, mormente ao considerar que, a despeito da finalidade didático-pedagógica do estágio, em se tratando de ente público, o estagiário exercerá função pública, cuja

75 MELLO, Celso Antônio Bandeira de - Curso de Direito Administrativo”. Malheiros Editores, 5ª ed., 1994, p. 451

atividade estará vinculada ao interesse público, sendo até mesmo considerado, no entendimento recente do STJ⁷⁶, agente público segundo o conceito legal preconizado pelo art. 2º da Lei 8.429/92.⁷⁷

Logo, o contrato de estágio no âmbito do Poder Executivo Municipal deverá seguir os princípios constitucionais previstos no art. 37 da CF/88.

Segundo Hely Lopes Meirelles, o princípio da impessoalidade “nada mais é do que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa e virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal”.⁷⁸

Em observância a esse princípio, o processo de admissão de estagiários no setor público deve primar pela objetividade no atendimento ao interesse público e imparcialidade durante a seleção, permitindo assim que os interessados concorram de forma igualitária à oferta destinada.

Intimamente relacionado à impessoalidade, o princípio da moralidade impõe ao agente administrativo o elemento ético de sua conduta, em observância ao agir padrão da coletividade quanto aos seus valores, princípios e moral.

Nesse ponto, vale destacar a aplicação do Enunciado Administrativo n.º 07 de 19/06/2008 do CNJ, que impõe a aplicação da vedação ao nepotismo previsto no art. 2º da Resolução do CNJ n.º 07/2008 à contratação de estagiários, nos seguintes termos:

ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 7

a) Aplica-se à contratação de estagiários no âmbito dos Tribunais, permitida pela Lei nº 6.494/77, remunerada ou não, a vedação de nepotismo prevista no art. 2º da Resolução CNJ nº 7, exceto se o processo seletivo que deu origem à referida contratação for precedido de convocação por edital público e contiver pelo menos uma prova escrita não identificada, que assegure o princípio de isonomia entre os concorrentes. b) Fica vedada, em qualquer caso, a contratação de estagiário para servir subordinado a magistrado ou a servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento que lhe seja cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive. (Precedentes: PP nº 961 e PP nº 1467 - 14ª Sessão Extraordinária - 06 de junho de 2007).

O princípio da publicidade pode ser definido, segundo o art. 2º, parágrafo único, V, da Lei 9.784/99, como o dever de **divulgação oficial dos atos administrativos**, exigindo assim transparência no ato de prestar informações de interesse dos cidadãos. Sendo assim, a inexistência de um processo seletivo pautado em critérios objetivos e previamente definidos para seleção de estagiários contraria o princípio da publicidade, uma vez que as razões que levam

76 Resp 1352035/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/8/2015, DJe 8/9/2015

77 Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior

78 MEIRELLES, Hely Lopes - Direito administrativo brasileiro. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 89-90

a administração pública a contratar certo estudante, em detrimento de outros, não são tornadas públicas.

A Emenda Constitucional nº 19/98 acrescentou o princípio da eficiência no art. 37 da CF/88, o qual, mediante a diminuição dos tradicionais controles de procedimento em prol de um controle sobre resultados, buscou implementar o modelo de administração pública gerencial, tanto nos serviços administrativos prestados diretamente à coletividade, quanto nos serviços internos nos órgãos e entidades administrativas.

Logo, a seleção de estagiários deve se pautar no princípio da eficiência, no intuito de obter uma adequada prestação de serviços com o mínimo de dispêndio para a administração pública, evitando gastos desnecessários com procedimentos complexos e inadequados para esse tipo de seleção.

Nesse sentido, a 3ª Turma do TST, determinou que o município de Guarapuava realize processo seletivo público para contratação de estagiários baseado em “**critérios objetivos, previamente definidos e divulgados**”, conforme se vê adiante:

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONTRATO DE ESTÁGIO – ENTE PÚBLICO – NECESSIDADE DE PROCESSO SELETIVO PRÉVIO. Diante de possível violação do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, dou provimento ao agravo de instrumento. **Agravo de instrumento conhecido e provido.**

II – RECURSO DE REVISTA NULIDADE DO ACÓRDÃO REGIONAL POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Diante da possibilidade de provimento do recurso e em atenção aos princípios da celeridade e economia processuais, deixa-se de analisar a preliminar, com fundamento no art. 249, § 2º, do CPC.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO DE ESTÁGIO. ENTE PÚBLICO NECESSIDADE DE PROCESSO SELETIVO PRÉVIO. O Ministério Público do Trabalho ajuizou Ação Civil Pública requerendo que o Município de Guarapuava proceda à contratação de “estagiários somente através de previa submissão a TESTE SELETIVO, fundado nos princípios constitucionais da igualdade, impessoalidade e do concurso público, observando critérios objetivos pré-estabelecidos, não bastando, para tanto, a mera realização de entrevista ou avaliação de currículo” (fl. 495). O Tribunal Regional negou provimento ao recurso ordinário do Ministério Público e confirmou a sentença que indeferiu o pedido, ao fundamento de que para a validade do **contrato de estágio** basta serem cumpridos os requisitos legais previstos na Lei nº 6.494/77. Contudo, tratando-se de ente público, o estagiário na Administração exercerá função pública e poderá receber, por meio de bolsa ou outra forma de contraprestação, além de benefícios relacionados a transporte, alimentação e saúde, dinheiro público em razão das atividades desempenhadas durante o estágio. Logo, tal contrato deve seguir os princípios gerais da Administração. Toda e qualquer atuação da Administração Pública deve observar rigorosamente os princípios da **legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência**. Diante da densidade normativa dos princípios constitucionais, verifica-se que o ato de contratar estagiários no município acionado por simples análise curricular ou por meio de entrevistas, desprovido de critérios objetivos e com iguais oportunidades para todos os candidatos, caracteriza ofensa ao art. 37, *caput*, da Constituição Federal. **Recurso de revista conhecido por ofensa ao art. 37 *caput*, da Constituição Federal e provido. (PROCESSO Nº TST-RR-294800-13.2009.5.09.0659).**

Portanto, a simples realização de entrevistas alicerçadas em critérios iminentemente subjetivos para a seleção de estagiários na administração pública afronta os princípios constitucionais previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

Em linhas parecidas, afirmou o ministro Alexandre Alga Belmonte, em seu voto no Recurso de Revista acima mencionado:

A falta de seleção prévia e com divulgação ampla ofende o princípio da **publicidade**, na medida em que apenas alguns candidatos ao estágio tomam conhecimento da existência de vagas de estágio e do interesse da Administração em contratar. Vulneta, ainda, o princípio da **eficiência**, ao impedir que sejam selecionados os candidatos melhores e mais qualificados, que são, **em tese**, preteridos por outros em razão de motivos alheios ao interesse público.

Lado outro, utilizando-se de comparação com o processo seletivo simplificado para contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, verifica-se a adoção de prova escrita e, facultativamente, a análise curricular na referida seleção, conforme dispõe o art. 4º do Decreto 4.748/2003, nos seguintes termos:

Art. 4º A contratação de pessoal de que trata este Decreto dar-se-á mediante processo seletivo simplificado, compreendendo, obrigatoriamente, **prova escrita** e, facultativamente, análise de **currículum vitæ**, sem prejuízo de outras modalidades que, a critério do órgão ou entidade contratante, venham a ser exigidas.

Nesse mesmo sentido, os editais publicados recentemente para contratação de estagiários têm primado pela escolha de provas objetivas e/ou análise curricular de forma também objetiva, através da verificação da média de notas obtidas nas disciplinas até então cursadas durante o curso ou, ao menos, semelhantes àquelas relacionadas às atribuições do estagiário no órgão.

Pode-se tomar como exemplo de seleção por meio de prova objetiva, o processo seletivo para contratação de estagiários de arquitetura e engenharia civil vigente no município de Belo Horizonte, por intermédio da Subsecretaria de Gestão de Pessoas – SUGESP⁷⁹, bem como o processo seletivo de estagiários do município de Montes Claros em 2016, por intermédio da Secretaria Municipal de Planejamento e Gestão⁸⁰.

Já em relação a análise curricular, verifica-se este critério presente no edital n.º 01/2017 do Processo Seletivo de Estagiários do curso de Administração, Administração Pública e Gestão Pública da Justiça Federal de Primeiro Grau em Minas Gerais, cujo requisito objetivo foi a pontuação obtida através da soma das notas do candidato do primeiro ao último período cursado, dividida pelo número de disciplinas cursadas, nos termos do item 5.1 do edital⁸¹.

79 <http://portal6.pbh.gov.br/dom/iniciaEdicao.do?method=DetalheArtigo&pk=1183787>

80 <http://www.montesclaros.mg.gov.br/centralconcursos/wp-content/uploads/2016/02/EDITALPROCESSOSELETIVOESTAGIARIOS2016-22-02-16.pdf>

81 <http://portal.trf1.jus.br/data/files/D1/C6/56/97/0CFF951031B9AF95F42809C2/01%20-%20Edital.pdf>

No exemplo citado da Justiça Federal, percebe-se que há uma análise curricular **objetiva**, com requisitos previamente definidos no edital e observância dos princípios da impessoalidade e igualdade, portanto, plenamente consentâneo com nosso ordenamento jurídico.

Logo, a escolha dessas duas formas de avaliação, prova objetiva e/ou análise curricular por meio da verificação da média de notas em disciplinas já cursadas e/ou experiências relacionadas à formação acadêmica do estudante, tais como monitoria, bolsa em iniciação científica, participação em congressos, dentre outros, a nosso sentir, mostram-se adequadas para seleção de estagiários, em consonância com as atribuições da função e com os princípios que regem a administração pública.

Por fim, tendo em vista a finalidade didático-pedagógica e complementar do estágio e a necessária transparência na execução do contrato, é imprescindível observar os direitos e deveres do estagiário previstos na Lei 11.788/2008, tais como o número máximo permitido de estagiários na entidade concedente e a jornada máxima de atividade admitida.

Assim, acerca do tema provocado e respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural, conclui este Centro de Apoio Operacional:

a) Ser necessária a realização de processo seletivo para contratação de estagiários na Administração Pública pautado em critérios objetivos, previamente definidos, sobretudo, por meio de prova e/ou análise curricular;

b) Que, na hipótese de opção pela análise curricular, esta deve ser objetiva, com critérios previamente previstos no edital, baseada, por exemplo, na média de notas em disciplinas já cursadas e/ou em experiências acadêmicas do estudante, tais como monitoria, bolsa em iniciação científica, participação em congressos, dentre outros, resguardando os princípios da impessoalidade e igualdade; e,

c) Ser inadequada a simples entrevista e análise curricular subjetiva para contratação de estagiário na administração pública, sob pena de violação aos princípios do art. 37, *caput*, da Constituição Federal;

Remeta-se cópia, via e-mail, ao órgão de execução ministerial solicitante, com posterior arquivamento do presente expediente.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 04 de outubro de 2017

José Carlos Fernandes Junior
Promotor de Justiça
Coordenador do CAO – Patrimônio Público

Nota Jurídica nº 32/2017

PAAF nº 0024.17.007205-2

Requerente: 17ª PJDPP da Capital

EMENTA: Procedimento padrão para leilões do DETRAN/MG. Escolha de leiloeiros. Livre indicação de leiloeiro. Desconformidade com a Lei de Licitações. Necessidade de procedimento licitatório. Princípios da administração pública. Possibilidade de servidor público ser designado como leiloeiro administrativo. Desoneração da transação em relação à comissão quando se tratar de leiloeiro administrativo.

1 Relatório

Trata-se de consulta formulada pelo Promotor de Justiça Dr. Edson Antenor Lima Paula, então com atribuições na 17ª Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público da Capital, questionando acerca da conformidade do Procedimento Operacional Padrão para leilões do DETRAN-MG, no tocante a escolha de leiloeiros – Passo 07, com a Lei nº 8.666/93, eis que o referido procedimento tem servido de orientação para todas as Delegacias Regionais do Estado.

Foi trazida à baila cópia do Procedimento Operacional Padrão para realização do Leilão no DETRAN – MG anexado à peça de Promoção de Arquivamento do Inquérito Civil Público n. 0694.16.000131-9, instaurado pela 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Três Pontas, cujo objeto de investigação foi a indicação de leiloeiro por autoridade policial, submetendo o respectivo nome à aprovação da Autoridade Judiciária.

Em consulta aos autos do procedimento em trâmite na 17ª Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público de Belo Horizonte e no qual houve a consulta em apreço, verificou-se que o atual presidente do dito feito, o Promotor de Justiça Dr. Francisco Rogério Barbosa Campos, mantém interesse no sentido de que haja pronunciamento do CAOPP a respeito do tema.

Em síntese, é o relatório.

2 Fundamentação

Nos termos do art. 22, §5º, da Lei 8.666/93, leilão é a modalidade de licitação para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou, ainda, para a alienação de imóveis oriundos de procedimentos judiciais ou dação em pagamento, podendo, neste último, a administração optar entre leilão e concorrência. O critério para julgamento da melhor proposta é o do maior lance ou oferta, igual ou superior ao valor da avaliação.

No que tange a contratação de leiloeiro para a realização da alienação por meio do leilão, o art. 53 da Lei 8.666/93 assim dispõe:

Art. 53. **O leilão pode ser cometido a leiloeiro oficial ou a servidor designado pela Administração**, procedendo-se na forma da legislação pertinente.

§ 1º Todo bem a ser leiloado será previamente avaliado pela Administração para fixação do preço mínimo de arrematação.

§ 2º Os bens arrematados serão pagos à vista ou no percentual estabelecido no edital, não inferior a 5% (cinco por cento) e, após a assinatura da respectiva ata lavrada no local do leilão, imediatamente entregues ao arrematante, o qual se obrigará ao pagamento do restante no prazo estipulado no edital de convocação, sob pena de perder em favor da Administração o valor já recolhido.

§ 3º Nos leilões internacionais, o pagamento da parcela à vista poderá ser feito em até vinte e quatro horas. **(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)**

§ 4º O edital de leilão deve ser amplamente divulgado, principalmente no município em que se realizará. (grifamos)

Como se observa, o leilão pode ser realizado tanto por servidor público, nesse caso denominado leilão administrativo, quanto por leiloeiro oficial contratado – leilão comum – cuja profissão é regulamentada pelo Decreto n. 21.981/32. Nesse sentido, a lição de Hely Lopes Meirelles:

A Administração poderá valer-se de dois tipos de leilão: o comum, privativo de leiloeiro oficial, onde houver, e o administrativo propriamente dito. O leilão comum é regido pela legislação federal pertinente, mas as condições específicas podem ser estabelecidas pela Administração interessada, observados os princípios básicos da licitação; o leilão administrativo, feito por servidor público, que antes só era admitido para a venda de mercadorias apreendidas como contrabando ou abandonadas nas alfândegas, nos armazéns ferroviários, nas repartições públicas em geral, pode, agora, ser utilizado em qualquer caso. É o que se infere da Lei nº 8.666, de 1993, que, ao cuidar do leilão como modalidade licitatória, permite seja 'cometido a leiloeiro oficial ou a servidor designado pela Administração' (art. 53 grifamos). O essencial é que o procedimento atenda às normas da legislação pertinente a leilões em geral (art. 52, *in fine*)⁸².

Com efeito, muito já se discutiu a respeito da possibilidade da administração pública contratar diretamente leiloeiros oficiais, credenciados na Junta Comercial, através da adoção dos critérios de antiguidade e procedimento simplificado, conforme consta nos artigos 41 e 42 do Decreto Federal 21.982/32, que regulamenta a profissão, nos seguintes termos:

Art. 41. As Juntas Comerciais, dentro do menor prazo possível, organizarão a lista dos leiloeiros, classificados por antiguidade, com as anotações que julgarem indispensáveis, e mandarão publicá-la.

Parágrafo único. As autoridades judiciais ou administrativas poderão requisitar as informações que desejarem a respeito de qualquer leiloeiro, assim como a escala de classificação a que se refere este artigo, devendo ser as respectivas respostas fornecidas rapidamente e sob a responsabilidade funcional de quem as formular, quanto à sua veracidade.

Art. 42. Nas vendas de bens móveis ou imóveis pertencentes à União e aos Estados e Municípios, os leiloeiros funcionarão por distribuição rigorosa de escala de antiguidade, a começar pelo mais antigo.

§ 1º O leiloeiro que for designado para realizar os leilões de que trata este artigo, verificando, em face da escala, que não lhe toca a vez de efetuar-los, indicará à repartição ou autoridade que o tiver designado àquele a quem deve caber a designação, sob pena de perder, em favor do prejudicado, a comissão proveniente da venda efetuada.

§ 2º Nas vendas acima referidas os leiloeiros cobrarão somente dos compradores a comissão estabelecida no parágrafo único do artigo 24, correndo as despesas de anúncios, reclamos e propaganda dos leilões por conta da parte vendedora.

§ 3º O leiloeiro que infringir as disposições deste regulamento ou que tiver sido suspenso, ainda que uma só vez, ficará excluído de escala das vendas de que trata este artigo, pelo espaço de um ano. (Grifamos)

Facilmente percebe-se, s.m.j, que a referida norma, **editada nos idos de 1932**, encontra-se parcialmente em descompasso com a sistemática jurídica vigente e aplicável às contratações administrativas efetivadas pelo poder público, eis que o critério de antiguidade mencionado no dispositivo acima transcrito viola sobremaneira os princípios da isonomia, da impessoalidade e da obrigatoriedade de licitação, dentre outros.

Nesse sentido, vale acrescentar o entendimento do Tribunal de Contas de Minas Gerais:

DENÚNCIA N. 932794

Procedência: Prefeitura Municipal de Patos de Minas

Denunciante: Fernando Caetano Moreira Filho, Leiloeiro Oficial

Exercício: 2014

Responsáveis: Samir Vaz Vieira Rocha, Persio Ferreira de Barros, Pedro Lucas Rodrigues

Procurador: Mauricio Queiroz de Melo Neto –

OAB/MG 160792

MPTC: Sara Meinberg

RELATORA: CONSELHEIRA ADRIENE ANDRADE

E M E N T A - DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. CONTRATAÇÃO DE LEILOEIRO OFICIAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LEILÃO PARA ALIENAÇÃO DE BENS INSERVÍVEIS. INOBSERVÂNCIA DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS E À LEI DE LICITAÇÃO. FORMA DE REMUNERAÇÃO DE ACORDO COM A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E A LEI N. 8.666.93. OPÇÃO DE CONTRATAÇÃO DIRETA DO LEILOEIRO OFICIAL. INEXIGIBILIDADE DA LICITAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO DE BOA-FÉ. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. ADJUDICAÇÃO COM NATUREZA CONSTITUTIVA. INAPLICABILIDADE DE MULTA AOS RESPONSÁVEIS. RECOMENDAÇÕES. PROCEDÊNCIA .

1. As contratações realizadas pela Administração Pública devem considerar os princípios constitucionais e a Lei n. 8.666/93, e, apesar do Decreto n. 21.891/32 continuar regulamentando a profissão de Leiloeiro Oficial, a sua contratação pela Administração Pública exige, a princípio, a prévia licitação nos moldes da determinação constitucional e legal em respeito aos princípios basilares que regem a própria Administração Pública insculpidos na Constituição da República de 1988, e na Lei de Licitações, Lei n. 8.666/32, e seus regulamentos posteriores, para que

⁸² Licitação e Contrato Administrativo. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 91

a efetivação de suas contratações respeitem a isonomia, a ampla competitividade e a proposta mais vantajosa.

2. Considerando que a profissão de leiloeiro oficial é uma atividade econômica, ela está sujeita às leis de mercado na fixação do valor a ser pago, e desta forma deve-se realizar ampla pesquisa no mercado para verificar como os leiloeiros oficiais estão sendo remunerados pelos serviços prestados.

3. A forma de remuneração deverá estar devidamente motivada nos autos do processo, de forma que fique evidenciado se a escolhida é a mais eficaz, econômica e pertinente aos critérios remuneratórios praticados pelo mercado e se é a proposta mais vantajosa aos interesses da Administração. (grifamos)

RECURSO ORDINÁRIO N. 898691

Recorrentes: Sindicato dos Leiloeiros do Estado de Minas

Gerais – Sindilei/MG e Gustavo Costa Aguiar Oliveira Órgão/Entidade: Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão

Apensado à: Denúncia n. 863124

MPTC: Elke Andrade Soares de Moura

RELATOR: CONSELHEIRO MAURI TORRES

EMENTA - RECURSO ORDINÁRIO. PRELIMINAR. ADMISSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO. MÉRITO. NÃO PROVIMENTO. **É obrigatória a realização de licitação para a escolha de leiloeiro oficial, sendo válido o critério de seleção da proposta mais vantajosa com base no menor preço**, expresso em fórmula na qual o desconto sobre a comissão do leiloeiro de 5% é repassado em pecúnia ao Estado. Tribunal Pleno 28ª Sessão Ordinária – 20/09/2017. (grifamos)

Logo, a contratação de profissional para exercer a função de leiloeiro oficial na administração pública deve ser regida pelos princípios licitatórios e pela interpretação conforme a Constituição de 1988, não sendo cabível a contratação direta, pautada em simples rodízio por antiguidade, conforme disposto no art.42 do Decreto Federal 21.982/32.

3 Caso Concreto

Segundo orientação contida na cartilha procedimental para realização do leilão do DETRAN – MG – Passo 7 (1912 – 2012), o leilão pode ser realizado por leiloeiro oficial contratado, leiloeiro oficial indicado pelo Juízo da Comarca ou por servidor público designado como leiloeiro administrativo.

Com efeito, na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, licitação

é o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato⁸³.

Disciplinada pela Lei 8.666/93, a licitação é um instrumento que visa assegurar a melhor proposta e garantir a impessoalidade nas contratações públicas e a isonomia entre os particulares que concorrerão ao direito de contratar com o ente público. Nesse ínterim, a Constituição Federal assim dispõe:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

(...)

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

E dentre os princípios específicos da Lei 8.666/93 (art. 3º) e os gerais do Direito Administrativo aplicáveis às licitações, vale destacar os da impessoalidade, isonomia, moralidade e competitividade.

O princípio da isonomia visa assegurar o tratamento igualitário entre todos os concorrentes, proibindo distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, nos termos do art. 3º, §1º, inciso I, da Lei 8.666/93.

Corolário do princípio da isonomia, a impessoalidade na atuação administrativa impede que os atos sejam praticados visando a atender os interesses do agente público ou de terceiros, obrigando o licitante a conduzir o procedimento com objetividade e imparcialidade, a partir das normas editalícias.

Por sua vez, a moralidade traduz-se na exigência de atuação ética da comissão de licitação e dos licitantes em todas as etapas do procedimento.

Já quanto à competitividade, este é um pressuposto lógico das licitações públicas, permitindo-se somente exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, nos termos do inc. XXI do Art.37 da Constituição da República, no intento de viabilizar a busca pela melhor proposta para a administração pública.

Desta feita, tais premissas aplicam-se às sete modalidades de licitação previstas nas leis 8.666/93, 9.472/97 e 10.520/2002, dentre as quais se insere o leilão.

Portanto, incabível se mostra a escolha de leiloeiro oficial pela administração pública por simples indicação do juízo da comarca, tendo em vista a imperiosa e republicana necessidade de adoção de procedimento em consonância com os princípios da isonomia, da impessoalidade, da eficiência, da competitividade e da obrigatoriedade de licitação, todos previstos na Carta Magna.

Mesmo não se ignorando a possibilidade de contratação direta pela administração pública nos moldes previstos nos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666/93, muito menos o teor da Instrução Normativa Diretor do Departamento Nacional

83 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 350.

do Registro do Comércio – DNRC nº 113, de 28/04/2010, é sabido que, por si só, tais dispositivos não impõem a conclusão de que a contratação de leiloeiros oficiais pela administração pública seria, em regra, direta, sem prévia licitação, senão vejamos.

Reza o art. 2º da DNRC nº 113/2010 que o leiloeiro somente poderá exercer sua profissão na unidade federativa de circunscrição da Junta Comercial que o matriculou.

Por outro lado, denota-se que, na atualidade, há 109 (cento e nove) leiloeiros matriculados perante a Junta Comercial do Estado de Minas Gerais⁸⁴.

Ora, com mais de uma centena de profissionais habilitados na Junta Comercial de Minas Gerais para o exercício da atividade de leiloeiro, absolutamente inadmissível que a escolha deste ou daquele, para condução de um determinado leilão do DETRAN-MG, não seja precedida de procedimento licitatório que assegure o devido respeito aos princípios que regem as contratações efetivadas pela administração pública, dentre eles o da isonomia, da impessoalidade e da eficiência.

Aliás, a DNRC nº 113/2010, nos parágrafos 1º e 2º do seu art. 10, preceitua que:

§ 1º A relação de leiloeiros, referida no *caput* deste artigo, tem finalidade meramente informativa do contingente de profissionais matriculados na Junta Comercial.

§ 2º **A forma de contratação do leiloeiro, seja por meio de procedimento licitatório ou outro critério, caberá aos entes interessados.** (grifamos)

Como se percebe, o próprio órgão incumbido de fiscalizar a atividade de leiloeiros reconhece que a contratação destes pode vir a ser precedida de licitação. E esta, pois, é a regra geral aplicável às contratações pela administração pública: a da prévia licitação, salvo hipóteses previstas em lei. Nesse sentido, vejamos julgado do TRF-2:

EMENTA: ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONTRATAÇÃO DE LEILOEIRO OFICIAL PELA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - NECESSIDADE DE LICITAÇÃO - ART. 37, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - ART. 2º DA LEI 8.666/93. I - A contratação de leiloeiros oficiais pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT não se enquadra na hipótese de inexigibilidade de licitação proclamada no art. 25 da Lei nº 8.666/93. II - O Decreto nº 21.981/32 foi editado com a finalidade de regulamentar a profissão de leiloeiro. A regra nele estabelecida, consistente no dever de as Juntas Comerciais organizarem lista de antiguidade destes profissionais (art. 41), é plenamente válida e atende às necessidades da aludida categoria. A dicção do art. 42, contudo, ao dispor que “nas vendas de bens moveis ou imóveis pertencentes à União e aos Estados e municípios, os leiloeiros funcionarão por distribuição rigorosa de escala de antiguidade, a começar pelo mais antigo”, estabelece uma restrição incompatível com o preceito insculpido no art. 37, XXI, da Carta Magna, segundo o qual, ressalvados os casos especificados em lei, a Administração Pública, para contratar com o ente privado

- e o leiloeiro se enquadra neste conceito -, deve se valer de procedimento licitatório. III - Recurso desprovido.⁸⁵

Outrossim, firmado o entendimento do necessário procedimento licitatório quando se optar pela contratação de leiloeiro oficial, é de todo conveniente que o DETRAN/MG, enquanto órgão executivo do Sistema Nacional de Trânsito em Minas Gerais, considere, também, a opção de servidor público ser designado como leiloeiro administrativo, nos termos do art. 53 da Lei 8666/93.

E a justificativa para a conveniência na designação de um servidor público para exercer a função de leiloeiro reside, dentre outras, na natural desoneração a ser experimentada na transação diante da não incidência do percentual referente à comissão do leiloeiro.

Ora, não se admitindo a cobrança de comissão em favor do leiloeiro administrativo (quando exercido por servidor público indicado), logicamente que haverá melhor possibilidade de obtenção de maior valor com a alienação dos bem leiloados.

Vejamos a seguinte decisão do Ministro Roberto Barroso:

DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CNJ. CORREIÇÃO. IDENTIFICAÇÃO DE PAGAMENTO DA COMISSÃO DE 5% A LEILOEIRO INTEGRANTES DO QUADRO DE SERVIDORES DO TJ/AM. 1. Como regra geral, o controle dos atos do CNJ pelo STF somente se justifica nas hipóteses de (i) inobservância do devido processo legal; (ii) exorbitância das competências do Conselho; e (iii) injuridicidade ou manifesta irrazoabilidade do ato impugnado, inócidentes na espécie. 2. A realização de correção nos tribunais se insere na atribuição do CNJ de zelar pela observância dos princípios inscritos no art. 37 da CF/1988. Isso exige a apreciação da “legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei” (art. 103-B, § 4º, II, da CF/1988). 3. **O impedimento para a percepção da comissão está na excepcional circunstância de que os leiloeiros atuantes no TJ/AM são servidores concursados, e, por essa razão, já recebem a devida remuneração para o exercício do cargo, diferentemente do que ocorre com os demais leiloeiros públicos.** 4. Segurança denegada.⁸⁶ (negrito e grifo nossos)

Nesse sentido também a orientação do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, conforme se verifica do trecho a seguir, extraído do julgamento da Denúncia nº 932794:

(...) Recomendo, ainda, que em razão da controvérsia existente sobre a contratação de leiloeiros oficiais pela Administração Pública, **que o Município considere a opção, nos termos do artigo 53, caput, da Lei n.º 8666/93, por servidor público para realização de leilões da sua administração**, eis que os Municípios, tal qual o de Patos de Minas, já contam com suas respectivas comissões permanentes de licitação compostas por servidores habilitados e que podem fazer as vezes do leiloeiro oficial. Vários são os entendimentos nesse sentido em todo o Brasil, em que Tribunais de Contas e Ministérios Públicos, consideram o uso de servidores públicos como leiloeiros administrativos para a execução de

⁸⁴ <https://jucemg.mg.gov.br/ibr/institucional+lista-leiloeiros#leiloeirosAlfabetica>

⁸⁵ TRF-2 - AC APELAÇÃO CIVEL AC 200850010155850, data de publicação: 16/12/2011

⁸⁶ MS nº 33.327/DF, Relator: Ministro Roberto Barroso

leilão a melhor opção com vista à legalidade e ao princípio da economicidade (...) (grifamos)

Obviamente que a conveniência da melhor opção, designação de um servidor público ou contratação administrativa de um leiloeiro oficial, deverá ser analisada caso a caso, em consonância com os princípios que norteiam a administração pública.

O que não se admite, portanto, é que leilões de bens realizados por órgãos da administração pública estadual ou municipal, direta ou indireta, sejam efetivados por leiloeiros contratados diretamente, sem prévia licitação, fora das hipóteses previstas na Lei 8.666/92.

Assim, acerca do tema provocado e respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural, conclui este Centro de Apoio Operacional:

a) ser irregular o Procedimento Operacional Padrão para leilões do DETRAN/MG, no tocante à previsão de possibilidade de particular ser nomeado como leiloeiro por livre indicação de Juiz de Direito, sem respeito aos comandos da Lei nº 8.666/93.

b) ser, em regra, imprescindível à contratação de leiloeiro, a realização de licitação pelo ente público estadual ou municipal, da administração pública direta ou indireta, em consonância com os princípios que regem a administração pública, insculpidos na Constituição Federal, em especial, os da isonomia, da impessoalidade e da eficiência.

c) ser possível a designação de servidor público para exercer as funções de leiloeiro administrativo em leilões do DETRAN/MG, em conformidade com o art. 53 da Lei 8.666/66. No entanto, não se admite, nessa hipótese, que a transação seja onerada com o pagamento, ao servidor público pelo exercício da função de leiloeiro, da comissão prevista no Decreto Federal 21.982/32.

Sendo essas as considerações a serem feitas pelo CAO-Patrimônio Público, remeta-se cópia, via e-mail, ao órgão de execução ministerial solicitante, com posterior arquivamento do presente expediente.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 13 de outubro de 2017

José Carlos Fernandes Junior
Promotor de Justiça
Coordenador do CAO – Patrimônio Público

Nota Jurídica nº 33/2017

PAAF nº 0024.17.010021-8

Solicitante: Procurador-Geral de Justiça Adjunto Institucional

Ementa: Assessor Parlamentar – Cargo em Comissão – Assessoramento técnico e político. Exercício de atividades interna e externa ao Parlamento – Atuação na base eleitoral do Parlamentar – Característica do cargo – Possibilidade.

1 Relatório

O presente Procedimento de Apoio à Atividade Fim foi instaurado por provocação do Senhor **Procurador-Geral de Justiça Adjunto Institucional**, através de consulta em que se requer a análise dos instrumentos normativos que regulamentam a estrutura de cargos de provimento em comissão de recrutamento amplo do quadro de pessoal da Secretaria da Assembleia Legislativa, Lei nº 21.732/2015, Resolução 5497/2015 e Deliberação 2625/2015, com enfoque prioritário na forma de controle do efetivo exercício da jornada de trabalho dos assessores parlamentares que exercem suas funções fora da Casa Legislativa Estadual.

2 Fundamentação

2.1 Cargos em Comissão

A natureza jurídica dos cargos em comissão, sua disciplina constitucional e demais requisitos já foram objetos de amplo estudo por este Centro de Apoio Operacional.

Desta forma, apenas a título de introdução ao objeto do presente parecer, qual seja, o controle do efetivo exercício da jornada de trabalho dos assessores parlamentares que exercem suas atividades fora da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, conceituaremos a seguir cargo comissionado e seus requisitos.

Os cargos comissionados, previstos na Constituição da República de 1988 em seu art.37, II e V, são aqueles de livre nomeação e exoneração, destinados às atribuições de direção, chefia e assessoramento⁸⁷, podendo ser providos por recrutamento amplo - pessoas que não pertençam aos quadros da administração pública - e por recrutamento restrito, ou seja, servidores efetivos dos quadros de carreira, nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei.

⁸⁷ Art.37. (...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

A expressão “livre nomeação e exoneração” nos remete à ideia de que o cargo em comissão tem ocupação transitória, o que se explica pela natureza das atribuições cometidas aos destinatários desses cargos: atribuição de direção, chefia e assessoramento, exigindo, ainda, relação de confiança entre o nomeante e nomeado.

Para José dos Santos Carvalho Filho:

Os cargos em comissão, ao contrário dos tipos anteriores, são de ocupação transitória. Seus titulares são nomeados em função da relação de confiança que existe entre eles e a autoridade nomeante.

Por isso é que na prática alguns os denominam de cargos de confiança. A natureza desses cargos impede que os titulares adquiram estabilidade. Por outro lado, assim como a nomeação para ocupá-los dispensa a aprovação prévia em concurso público, a exoneração do titular é despida de qualquer formalidade especial e fica a exclusivo critério da autoridade nomeante. Por essa razão é que são considerados de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, CF).

O texto constitucional anterior estabelecia que os cargos em comissão e as funções de confiança deveriam ser exercidos preferencialmente por servidores ocupantes de cargos de carreira técnica ou profissional. A EC n.º 19/98, da reforma do Estado, todavia, alterando o inciso V do art. 37, restringiu essa investidura, limitando o exercício de funções de confiança a servidores ocupantes de cargo efetivo e a investidura em cargos em comissão a servidores de carreira, nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, devendo as atribuições de tais funções e cargos destinarem-se apenas à chefia, direção e assessoramento. A norma ora vigente limita a investidura, em cargos em comissão, de pessoas que não pertencem aos quadros públicos, com o que se procurará evitar tantos casos de imoralidade e nepotismo existentes em todos os setores da Administração.⁸⁸

O ocupante de cargo comissionado é servidor público e, como tal, está inserido na estrutura administrativa com atribuições e responsabilidades próprias de um servidor, aplicando-se a ele o mesmo regramento legal dos ocupantes de cargo de provimento efetivo, observadas, por óbvio, algumas peculiaridades inerentes a esse tipo de provimento, tais como a ausência de concurso público, livre nomeação e exoneração, regime de integral dedicação ao serviço, o que é correlato para o não pagamento de horas extras e, em muitos estatutos de servidores, a dispensa do registro de ponto.

2.2 Da Assessoria Parlamentar

“Para o exercício das funções legiferantes, de produção de leis e normas, e de fiscalização, os Deputados desenvolvem atividades que permitem a discussão e o debate com a população, quais sejam Comissões Gerais, Audiência Públicas, Seminários, reuniões com segmentos organizados e atendimentos à população.”⁸⁹

É nesse complexo de atividades multidisciplinares que os assessores parlamentares desempenham suas funções

88 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 516.

89 ALBUQUERQUE, Maria dos Remédios Santos – Competências do Assessor Parlamentar da Câmara Legislativa do Distrito Federal ,

no âmbito do Poder Legislativo, seja federal, estadual ou municipal.

O cargo de assessor parlamentar é eminentemente um cargo de provimento em comissão, cujo ocupante é escolhido pelo parlamentar em função da relação de confiança deste com o indicado.

Entre outras atribuições descritas em lei pode-se descrever, de forma teórica, que a função precípua do assessor parlamentar é prestar assessoramento técnico e político ao Parlamentar, em atividades internas e externas ao Parlamento, de acordo com as determinações do titular do mandato.

No âmbito da Câmara dos Deputados, a título de exemplo, o cargo de secretário parlamentar é cargo em comissão, cuja nomeação é feita pelo diretor administrativo da Câmara dos Deputados, mediante iniciativa do deputado federal interessado na nomeação.⁹⁰

O secretário parlamentar pode ser designado para exercer uma das seguintes atribuições: assessor parlamentar, assistente parlamentar ou auxiliar parlamentar.

A jornada de trabalho dos ocupantes de cargo em comissão de secretário parlamentar é de 40 horas semanais, cumpridas em local e de acordo com o determinado pelo titular do gabinete.⁹¹

O local de exercício do secretário parlamentar é em Brasília, nos gabinetes parlamentares, ou no estado de representação do parlamentar, e regem-se pelas normas aplicáveis aos demais servidores da Câmara dos Deputados.⁹²

Percebe-se que na regulamentação do cargo de secretário parlamentar, a Câmara dos Deputados cuidou de ressaltar a possibilidade de que o exercício das funções de dito cargo possa se desenvolver no estado de representação do parlamentar, tendo em vista a natureza própria do mencionado ofício.

Isto porque o exercício do mandato legislativo (federal ou estadual) acaba por exigir do parlamentar a manutenção de estrutura de seu gabinete também no âmbito de sua base territorial política, que não raras vezes extrapola os limites do município onde está instalada a sede da Casa Legislativa, sob pena de não participar, ainda que representado por assessores, das discussões de interesses das comunidades locais.

Em recente julgado o STJ, nos autos do Resp 1.429.927, se manifestou sobre a matéria, vejamos:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR PARA OCUPAR CARGO EM COMISSÃO (ASSESSOR

Brasília, 2009, pg.25., disponível em: <http://biblioteca.cl.df.gov.br/dspace/handle/123456789/1839> Acesso em 21/06/2017

90 Lei nº 8.112/1990, art. 3º, parágrafo único, e art. 9º, inciso II e Ato da Mesa nº 72/1997, art. 6º

91 Ato da Mesa nº 72/1997, art. 9º

92 Ato da Mesa nº 72/1997, art. 2º(alterado pelo Ato da Mesa nº 58/2010)

DE DEPUTADO FEDERAL). IMPUTAÇÃO PELOS ARTS. 10 E 11 DA LEI 8.429/92. **ALEGAÇÃO DE QUE O ASSESSOR PERMANECIA EM BASE ELEITORAL DO AGENTE POLÍTICO OU RECEBIA SALÁRIO SEM A CONTRAPRESTAÇÃO LABORAL. CARACTERÍSTICAS DO PROVIMENTO EM COMISSÃO. AVALIAÇÃO SUBJETIVA DO SUPERIOR HIERÁRQUICO. NÃO SE VERIFICA A PRÁTICA DE ATO ÍMPROBO QUE CAUSA DANO AO ERÁRIO E QUE VIOLA PRINCÍPIOS NUCLEARES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PARECER DO MPF PELO PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL DO MPF A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.**⁹³ (grifamos)

Aliás, de interessante transcrição parte da decisão no citado recurso:

26. No caso de ocupantes de cargos em comissão nomeados por agentes políticos (especialmente os mandatários de cargos eletivos), as atividades que são àqueles cometidas tomam contornos distintos quanto ao aspecto da confiança de quem lhe nomeou.

27. Com efeito, em se tratando de Parlamentares, que são os agentes tipicamente responsáveis por canalizar as demandas do cidadão e transformá-las em proposições legislativas, bem como exercer um papel fiscalizatório das contas públicas e da atividade do Poder Executivo, **a tarefa de um assessor pode superar os limites de um comparecimento na sede da repartição.**

28. **In concreto, era da lógica e essência dos cargos típicos de provimento em comissão que o assessor parlamentar servisse ao público, porém sob as ordens do Deputado Federal, que poderia determinar a realização de expedientes externos, sempre com dedicação exclusiva, em tempo integral, o que, por si só, afasta a exigência de presença diária na Câmara Federal e de assinatura de folhas de ponto.**

29. Além disso, por ser de elevado grau de confiança de um mandatário político, **o eventual exercício em bases estaduais não pode ser atributo para classificar como ímprobo o ato do superior hierárquico que o nomeia em cargo em comissão.**

30. Todavia, como dito, **as atribuições do assessor de um mandatário político são a este último estritamente relacionadas,** advindo daí a possibilidade de o Servidor em cargo em comissão ser admitido e desligado com um aceno de cabeça, **devendo atender, necessariamente, às exigências de qualificação profissional, as rotinas de trabalho e de desempenho que agradarem a quem o nomeou, sejam para trabalho interno, de gabinete, na intimidade da repartição, sejam para trabalho externo em comunidades das bases eleitorais. Ou para estar simplesmente à disposição do superior hierárquico.** Referida fundamentação está no próprio Acórdão recorrido (fls. 521).

31. Assim sendo, não se verifica a presença de culpa ou de dolo que suscite no Julgador o reconhecimento de desonesto nas admissões para os cargos em comissão, pois os aspectos indicados pelo Órgão Acusador como violadores da probidade administrativa no caso concreto – frequência na Câmara Federal, produtividade, qualificação profissional para o desempenho da função, atividade técnico-administrativa – estão na verdade sob a avaliação direta e subjetiva do parlamentar que nomeou os assessores, o que, por lógica, é circunstância impeditiva do ato ímprobo.

32. **Não se está aqui a chancelar a ineficiência do serviço público ou a elogiar a sinecura. O ideal é que o Agente**

Público responsável por nomear Servidores para cargo em comissão se estimule a indicar e a admitir pessoal qualificado e realmente comprometido com a função pública que está a exercer. Apenas por ora busca-se conferir lógica ao sistema legal da improbidade, que pune aquele que age com deslealdade ao patrimônio público e se aparta totalmente dos princípios nucleares da Administração Pública, o que não se vê, a meu sentir, no caso concreto. O acórdão não merece reproche algum. (grifamos)

Do exposto, não há como se desvencilhar da natureza *sui generis* do cargo em comissão de assessor parlamentar para se inadmitir que suas funções sejam exercidas em local diverso daquele em que se situa a sede da Casa Legislativa Estadual. É da natureza própria de mencionado cargo também a atuação junto à base eleitoral do parlamentar, buscando o atendimento das demandas daquela localidade.

Não obstante essa peculiaridade, evidente que o exercício das funções de assessor parlamentar deva ocorrer a contento e na carga horária prevista em lei. Também é imprescindível que haja um sistema de controle que permita a comprovação das atividades realizadas pelo assessor parlamentar.

2.3 Da Assessoria Parlamentar no âmbito da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais

O cargo de assessor parlamentar da ALMG está regulamentado pela Resolução nº 5497/201, pela Lei nº 21.732/2015 e Deliberação 2625/2015.

O assessoramento parlamentar, nos termos da citada legislação mineira, é formado pelo Grupo de Assessoramento Político-Parlamentar – Gapp – e do Grupo de Assessoramento Político-Institucional – Gapi, composto de servidores de recrutamento amplo.

A Resolução nº 5497/2015 dispôs sobre as atividades dos assessores parlamentares, o local de exercício de suas funções bem como a dispensa do registro de frequência eletrônica.

Dispõe a Resolução nº 5497/2015:

Art.8º – As atividades dos servidores ocupantes de cargo de Assessor Parlamentar consistem na prestação de serviços de secretaria, assistência e assessoramento, podendo ser exercidas em três classes, conforme o grau de complexidade das tarefas a serem executadas e o grau de responsabilidade exigido do servidor, em conformidade com as atribuições constantes no Anexo desta resolução.

§1º – **As atividades a que se refere o caput poderão ser exercidas na Capital ou em outro município do Estado, de acordo com as determinações do Deputado.**

§2º – Compete aos servidores que exercem suas atividades fora da sede da Assembleia Legislativa:

I- realizar reuniões com as lideranças comunitárias das localidades da base de atuação do Deputado, objetivando colher sugestões para a atuação parlamentar e aprimorar a participação da sociedade no processo legislativo;

II – levantar informações e dados, nas comunidades locais, que possam auxiliar o Deputado na definição de estratégias de atuação, na edição de leis orientadas à satisfação do interesse público e na fiscalização de políticas públicas;

93 Resp 1.429.927 – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – DJe. 07/11/2016

III – representar o Deputado em reuniões, eventos e solenidades, buscando a aproximação do mandato parlamentar com a sociedade;

IV – realizar atividades previstas no Anexo desta resolução, conforme determinação do Deputado.

§3º – Regulamento da Mesa disporá sobre a aferição da frequência e da produtividade do servidor ocupante do cargo de Assessor Parlamentar.

§4º – Em razão das peculiaridades das atividades realizadas pelo ocupante do cargo de Assessor Parlamentar, o registro de presença por meio do sistema informatizado poderá ser substituído por outra forma de frequência, nos termos de regulamento da Mesa. (grifamos)

A Lei nº 21.732/2015, por sua vez, em seu art.6º, deixou consignado que, em razão das peculiaridades do cargo de assessor parlamentar, o registro de frequência por meio de sistema informatizado poderá ser substituído por outra forma de controle que deverá ser regulamentado pela Mesa da Assembleia Legislativa.

A Deliberação nº2625/2015, minudenciando a Lei nº 21.732/2015 e a Resolução nº 5.439/2015, dispõe:

Art.10 - As atividades de assessoramento político-parlamentar dos servidores ocupantes de cargo de recrutamento amplo de assessor parlamentar na Assembleia Legislativa poderão ser exercidas na Capital ou em outro município do Estado de Minas Gerais de acordo com determinações do deputado.

§1º – Compete aos servidores que exercem suas atividades fora da Assembleia Legislativa:

I – realizar reuniões com as lideranças comunitárias das localidades da base de atuação do deputado, objetivando colher sugestões para a atuação parlamentar e aprimorar a participação da sociedade no processo legislativo;

II – levantar informações e dados das comunidades locais que possam auxiliar o deputado na definição de estratégias de atuação, na edição de leis orientadas à satisfação do interesse público e na fiscalização de políticas públicas;

III – representar o deputado em reuniões, eventos e solenidades, buscando a aproximação do mandato parlamentar com a sociedade;

IV - realizar atividades previstas no Anexo II desta deliberação, conforme determinação do

§2º – Não se aplica ao servidor que exerce suas atividades fora da sede da Assembleia Legislativa o controle de frequência por meio do Sistema Informatizado de Apuração de Frequência. (grifamos)

Assim como a legislação no âmbito do parlamento federal, também a legislação mineira tratou do cargo em comissão de assessor parlamentar com as peculiaridades que lhe são inerentes e, em razão dessas, a possibilidade do exercício das atividades de tal cargo se dar na base territorial do deputado assessorado, ficando seus ocupantes dispensados do controle de frequência por meio do “Sistema Informatizado de Apuração de Frequência”, tendo sido delegada à Mesa da Assembleia Legislativa a regulamentação da forma alternativa do controle de frequência.

Ocorre que a Deliberação 2625/2015, ato da Mesa que tratou da matéria, apenas “dispensou” o assessor parlamentar do controle de frequência por meio do sistema informatizado, não dispondo de meio alternativo para a aferição da fre-

quência, conforme determinação da Lei nº 21732/2015⁹⁴ e Resolução 5.497/2015⁹⁵.

A dispensa do controle de frequência por meio do sistema informatizado não exime sua aferição por outro mecanismo, de forma que, s.m.j, cumpre a Mesa da Assembleia Legislativa sanar tal omissão, assegurando o devido respeito aos princípios que norteiam a administração pública, especialmente os da publicidade e da eficiência, inclusive de forma que se permita a execução do imprescindível controle social.

Evidente que a inexistência de qualquer regulamentação a respeito, além de estimular possíveis “funcionários fantasmas” e, até mesmo, o descrédito do Parlamento, enfraquece em demasia o controle público, seja interno ou externo, além de tornar praticamente inviável o exercício do controle social.

E convenhamos que o tema em apreço não envolve qualquer elemento de alta indagação, a justificar relutância na regulamentação de como se dará a comprovação do efetivo exercício das atividades desenvolvidas por assessor parlamentar.

Pelo contrário, tomando-se por base os princípios da publicidade, da eficiência e da legalidade, dentre outros, resta claro que seja qual for o mecanismo eleito, caberá a ele garantir, especialmente para verificação do controle social (exercido diretamente pelo cidadão), no mínimo os seguintes dados, a serem disponibilizados no respectivo portal de transparência:

- a) O endereço externo à sede do Parlamento Estadual Mineiro onde o assessor parlamentar desenvolve suas funções e pode ser regularmente encontrado pela comunidade;
- b) O nome do parlamentar a quem tal assessor está subordinado;
- c) O atestado mensal da chefia imediata dando conta que houve de fato o exercício das atividades do cargo.

3 Conclusão

Do até aqui exposto, pode-se concluir que o cargo de assessor parlamentar, iminentemente em comissão, ou seja, de livre nomeação e exoneração, possui a característica *sui generis* de seu exercício poder se dar não só na sede do parlamento, mas também na base eleitoral do parlamentar assessorado, sendo um elo entre a população daquela comunidade e o parlamentar.

Não obstante tal característica *sui generis*, presente tanto no parlamento federal quanto no estadual, é necessário o controle de frequência dos assessores parlamentares e a efetiva realização de suas atividades, sob pena de se referendar a ineficiência do serviço público.

Nestes moldes, os atos normativos aqui analisados⁹⁶ delegaram à Mesa da Assembleia Legislativa de Minas Gerais a regulamentação do controle de frequência do assessor

94 Art.6º

95 Art.8º, §4º

96 Lei nº21.732/2015, Resolução 5497/2015 e Deliberação 2625/2015

parlamentar que exerça suas atividades fora da sede da Assembleia Legislativa e que, por isso, esteja liberado do registro de frequência por meio do “Sistema Informatizado de Apuração de Frequência”.

Ocorre que o ato da Mesa da ALMG que dispôs sobre a matéria⁹⁷ não previu forma alternativa para o controle da frequência, limitando-se apenas a dispensar o servidor do cargo em comissão de assessor legislativo do controle via sistema informatizado, omissão essa que, s.m.j., deverá ser sanada, especialmente para assegurar o exercício do controle social (executado diretamente pelo cidadão), de forma a prever no mínimo os seguintes dados, a serem disponibilizados no respectivo portal de transparência:

d) O endereço externo a sede do Parlamento Estadual Mineiro onde o assessor parlamentar desenvolve suas funções e pode ser regularmente encontrado pela comunidade;

e) O nome do parlamentar a quem tal assessor está subordinado;

f) O atestado mensal da chefia imediata dando conta que houve de fato o exercício das atividades do cargo.

Assim, respeitada a independência funcional do Promotor/Procurador de Justiça Natural, são estas as ponderações que este Centro de Apoio Operacional julga pertinentes, sem caráter vinculativo.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 30 de outubro de 2017

José Carlos Fernandes Junior
Promotor de Justiça
Coordenador do CAO – Patrimônio Público

⁹⁷ Deliberação 2625/2015, art.10, §2º.

