

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 3

ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR

Antônio Sérgio Tonet
Procurador-Geral de Justiça

Paulo Roberto Moreira Cançado
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 Victor217 - 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 34/2017	03	
Abrangência das Leis de Improbidade Administrativa e Anticorrupção.		
Nota Jurídica n.º 35/2017	18	
Transporte aquaviário intermunicipal. Competência estadual. Obrigatoriedade de execução direta ou mediante concessão do serviço público.		
Nota Jurídica n.º 36/2017	21	
Concurso público. Exigência de curso de pós-graduação ao candidato.		
Nota Jurídica n.º 37/2017	25	
Parcerias voluntárias. Subvenções a entidades da Administração Pública Direta.		
Nota Jurídica n.º 38/2017	37	
Contratação direta de serviços de auditoria e consultoria contábil, orçamentária e financeira. Serviços que carecem da natureza de singularidade.		
Contratação de serviços de advocacia pela administração pública - Parecer apresentado pelo CAOPP à Corregedoria-Geral do MPMG no Procedimento de Estudos e Pesquisas periódicas (PEPP) nº 30/2017.....		40
TAC na improbidade administrativa - Parecer apresentado pelo CAOPP ao Conselho Superior do MMPG		54
PGA 2016/2017 - Projeto - Viajante errante, passo sem rumo.....		62
PGA 2016/2017 - Projeto - Águas Limpas.....		66

Ementa: Combate à Corrupção. Tutela à Probidade Administrativa. Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) e Lei de Improbidade Empresarial (Lei nº 12.846/2013). Teoria Clássica e Teoria do Diálogo das Fontes. Tipificação de Condutas. Responsabilidade Objetiva e Subjetiva por atos de improbidade administrativa e improbidade empresarial.

1 RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pelo Dr. Marcelo Azevedo Maffra, DD. Promotor de Justiça Comarca de Paranaíba, relacionada à abrangência das Leis de Improbidade Administrativa e Anticorrupção (respectivamente, Leis nº 8.429/1992 e 12.846/2013).

A dúvida restringe-se, basicamente, no âmbito de incidência das referidas normas, bem como sua aplicação simultânea às pessoas físicas e jurídicas que praticaram atos contra a administração pública.

Em síntese, é o relatório.

2 FUNDAMENTAÇÃO

2.1 Do combate a Corrupção à tutela da Probidade Administrativa

A moralidade e a boa-fé no trato da coisa pública representam, na atualidade, um dos maiores anseios da sociedade civil. A tolerância com a desonestidade na gestão pública sucumbiu e deu lugar ao intenso e contínuo combate contra a corrupção.

Fábio da Costa Vilar, citando Antônio Carlos Ozório Nunes, explica que “a corrupção pode ser difícil de ser descrita, mas não de ser reconhecida quando observada”.¹ Por certo, o fenômeno não se restringe a dimensões temporal ou territorial. Os precedentes históricos demonstram, aliás, que desde a antiguidade o abuso do poder público está relacionado à obtenção de vantagens e benefícios particulares, demonstrando as deficiências morais do ser humano.

No Brasil, a prática de atos desonestos remonta a períodos anteriores a proclamação da República, em 1889. Todavia, é a partir principalmente da abolição da escravatura e do fim do tráfico negreiro que se estabeleceu de forma endêmica a corrupção no país. O interesse dos grupos oligárquicos em preservar a estrutura de lucro fácil e em grande escala motivou o desenvolvimento de fraudes no sistema eleito-

ral, na concessão de obras públicas e tantas outras que garantiriam o acúmulo de renda para as camadas sociais mais privilegiadas.²

Por volta de 1950, o influente político Adhemar de Campos protagonizou um dos maiores escândalos no país. Depois de nomeado interventor por Getúlio Vargas, logrou êxito nas eleições estaduais de São Paulo, tornando-se conhecido como grande empreendedor e defensor das classes sociais menos favorecidas, ao mesmo tempo em que despontavam denúncias sobre desvio de verba pública e cobrança de propina. Relembra Luiza Cristina Villaméa Cotta:

A fama de administrador ousado e dinâmico cresceu, no entanto, paralelamente às denúncias de corrupção em seus governos. Essas acusações apontavam para a cobrança de propina e o desvio sistemático de recursos públicos. Os casos mais rumorosos que protagonizou foram denunciados pelo jornalista Paulo Duarte e reverberados pelo governador Jânio Quadros. Envolveram a suposta apropriação de automóveis comprados pelo governo de São Paulo e o extravio de urna marajoara destinada ao Museu Paulista. Apesar da defesa que promoveu nos tribunais e junto à opinião pública, Adhemar jamais conseguiu dissociar sua reputação como empreendedor da pecha de peculatório, fenômeno sintetizado popularmente na frase **‘rouba, mas faz’**.³ (Grifos nossos).

O tema passou a interessar a comunidade científica e tornou-se objeto de intensos debates, especialmente no século XX:

No século 20, as pesquisas sobre o tema da corrupção estão organizadas a partir de duas grandes agendas. Ambas estão circunscritas em espaços de experiências distintos, de acordo com problemas práticos que as organizam. As agendas de pesquisas sobre o tema da corrupção expressam opções por políticas, no quadro internacional, marcando grandes paradigmas de construção do conceito e da prática da corrupção. A primeira agenda de pesquisa está relacionada à teoria da modernização que nasceu no contexto posterior à Segunda Guerra Mundial, nos Estados Unidos. A teoria da modernização aborda os processos de mudança social, de acordo com a construção de instituições, tendo em vista grandes dicotomias como rural e urbano, não industrializado e industrializado, subdesenvolvidos e desenvolvidos. De um modo geral, a corrupção está relacionada, de acordo com essa teoria, ao subdesenvolvimento.. (...) A teoria da modernização fundou uma agenda de pesquisa sobre o tema da corrupção no século 20. De alguma maneira, foi superada quando da queda do Muro de Berlim, em que as Ciências Sociais deixaram de considerar o mundo a partir de grandes dicotomias. (...) Essa nova abordagem do tema da corrupção, iniciada com o trabalho de Susa Rose-Ackerman, tornou-se hegemônica nas Ciências Sociais, **adotando as premissas da escolha racional de um novo institucionalismo**. (...). Assentada na teoria da escolha racional, essa abordagem da corrupção está relacionada a uma nova agenda política, isto é, a um novo espaço de experiência em que importam os elementos para se pensar a reforma da política e da economia, conforme os fins normativos da democracia e do mercado. **Desta forma, segundo Rose-Ackerman, a corrupção ocorre na interface dos setores público e pri-**

2 TEXTOS&DEBATES, Boa Vista, n.19. **As estratégias de apropriações indevidas de verbas públicas federais no governo de Roraima**: um estado do escândalo dos gafanhotos. Disponível em: <https://revista.ufr.br/textosedebates/article/viewFile/1189/964>. Acesso em 28 de setembro de 2017. Pág. 109.

3 Dissertação apresentada ao Programa de P0

1 NUNES apud COSTA VILAR, Fábio. **Lei Anticorrupção**: aspectos basilares e questões controversas. Belo horizonte: O Lutador, 2017. Pág. 23.

vado, de acordo com sistemas de incentivo que permitem aos agentes políticos maximizarem utilidade mediante suborno e propina. A corrupção está correlacionada ao comportamento rent-seeking, mediante o qual os agentes políticos tendem a maximizar sua renda privada. Os agentes buscarão a maior renda possível, dentro ou fora das regras de conduta. Esta abordagem da Ciência Política chama a atenção para a necessidade de reformas institucionais, visando à consolidação do mercado e da democracia. Essas reformas partem do horizonte de que os interesses devem estar relacionados a regras fixas para interação entre o público e o privado.⁴ (Grifos nossos).

A matéria também se tornou alvo de interesse na seara jurídica, demandando estabelecimento de regras de conduta aptas a inibir e reprimir a corrupção em todas suas facetas.

Emergia assim, na Ordem Jurídica, um microsistema destinado ao combate da corrupção.⁵ Em 1940, no Direito Pátrio, o Decreto-Lei 2.848, que institui o Código Penal, pela primeira vez previu como típica a corrupção, seja na modalidade ativa ou passiva.⁶ Além disso, em comparação ao antecessor (Código Imperial de 1830), o rol de crimes contra o patrimônio público foi consideravelmente ampliado.

A atividade legiferante contra a corrupção ultrapassou as fronteiras do Direito Penal para sancionar, no âmbito cível e administrativo, o administrador público corrupto. Em 1957 foi sancionada a Lei nº 3.164, conhecida como Lei Pitombo Godoi-Ilha, que dispunha sobre o sequestro e o perdimento de bens adquiridos por influência ou abuso de cargo ou função pública ou de emprego em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que ele tenha ocorrido.⁷ Pouco depois, em 1958, adveio a Lei n.3.502, alcunhada de Lei Bilac Pinto, que complementava a anterior com importantes inovações, tais como a previsão dos atos de enriquecimento ilícito e a ampliação do conceito de servidor público.

Em 1965, a Lei 4.717 regulou a Ação Popular (ainda em vigor), instrumento hábil para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos estados, dos municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista. Em 1967, Decreto-Lei 201 inovava na ordem jurídica tipificando os crimes de responsabilidade dos prefeitos e

vereadores, cuja responsabilização incidiria na esfera penal, cível e administrativa.

Na esfera administrativa, a Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993, que até os dias atuais é referência na regularidade nas contratações públicas.

Em 1988, com a promulgação da Constituição da República, intensificaram-se os mecanismos de atuação anticorrupção, a exemplo do artigo 37, *caput*, que disciplina o dever de observação, pela administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, dos princípios de legalidade, impessoalidade, **moralidade**, publicidade e eficiência.

Destarte, o Constituinte necessitava da aderência popular ao novo regime de governo implementado. A população precisava confiar em seus representantes e no modelo democrático, propiciando ambiente favorável ao desenvolvimento da nação e a concretização dos objetivos fundamentais da República. Ora, para tanto, a tutela da moralidade na ambiência pública deveria ser efetiva.

Nesse ínterim, em 1992 foi sancionada a lei 8.429, passando a dispor sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional. A lei regulamenta o reportado art. 37, *caput*, bem como seu parágrafo 4º.

CR/88 – 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: (...) § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

A ação de improbidade administrativa é importante instrumento contra a corrupção no setor público. Ela foi trazida para o sistema como uma forma de impor transparência e lisura em relação aos atos praticados por agentes públicos e melhorar a imagem do Brasil com relação a esse desvio. **Conforme Pazzaglini Filho, Elias Rosa e Fazzio Júnior, podemos definir improbidade como ‘a corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e Republicano) revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo ‘tráfico de influência’ nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos.**⁸ (Grifamos).

O diploma é, sem dúvida, de elevada importância social e democrática, posto tutelar a moralidade e o patrimônio público. Destina-se a sancionar o agente público ímprobo e aquele que, embora não o seja, concorra ou induza na prática da improbidade e dela se beneficie de qualquer forma.

4 AVRITZER, Leonardo (org.). **Corrupção**: ensaios e críticas. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008. Pág. 353-358.

5 A formação desse microsistema conta tanto com normas nacionais como internacionais. Não se pretende esgotar neste texto todos os documentos destinados ao combate à corrupção, destacando-se apenas algumas deles, apenas para fins exemplificativos. Nesse ínterim, na seara internacional, evidenciam-se os seguintes compromissos: 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); b) Convenção Interamericana contra a Corrupção (CICC), elaborada pela Organização dos Estados Americanos (OEA) e c) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (CNUCC). Todos foram ratificados por Decretos legislativos e presidenciais brasileiros, passando a integrar a ordem jurídica nacional posteriormente.

6 O Código Imperial, de 1830, embora sem efetividade expressiva para a maioria dos especialistas, previa no Título VI, como crimes contra o “*Thesouro Público*” apenas o peculato, moeda falsa, contrabando e destruição do patrimônio público.

7 Art. 1º, Lei 3.164, de 1º de junho de 1957.

8 AURELLI, Inês Arlete. Condições para o exercício da Ação de Improbidade Administrativa. In: LUCON et al (Coord). **Improbidade Administrativa**: aspectos processuais da Lei nº 8.429/92. São Paulo: Atlas, 2013. Pág. 3.

Com o avanço das relações sociais e o aprofundamento e integração dos vínculos econômicos, sociais e políticos constatou-se, no entanto, que seria necessário envidar mais esforços para prevenir e combater de modo mais eficaz e eficiente a corrupção. É que novos métodos e meios surgiram com o advento da globalização, propiciando ambiente favorável à sua proliferação e requintamento, bem como ao surgimento da cleptocracia ⁹.

Assim, em 2003, um importante documento internacional é confeccionado. Trata-se da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, também conhecida como “Convenção de Mérida”. Tal documento encara o problema da corrupção como fenômeno transnacional e relacionado a outras formas de delinquência, cuja erradicação é responsabilidade do Estado, como se denota do preâmbulo abaixo transcrito:

DECRETO Nº 5.687, DE 31 DE JANEIRO DE 2006 (Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003). (...). CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO. Preâmbulo:

Os Estados Partes da presente convenção, preocupados com a gravidade dos problemas e com as ameaças decorrentes da corrupção, para a estabilidade e a segurança das sociedades, ao enfraquecer as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça e ao comprometer o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito;

Preocupados, também, pelos vínculos entre a corrupção e outras formas de delinquência, em particular o crime organizado e a corrupção econômica, incluindo a lavagem de dinheiro;

Preocupados, ainda, pelos casos de corrupção que penetram diversos setores da sociedade, os quais podem comprometer uma proporção importante dos recursos dos Estados e que ameaçam a estabilidade política e o desenvolvimento sustentável dos mesmos;

Convencidos de que a corrupção deixou de ser um problema local para converter-se em um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias, faz-se necessária a cooperação internacional para preveni-la e lutar contra ela;

Convencidos, também, de que se requer um enfoque amplo e multidisciplinar para prevenir e combater eficazmente a corrupção;

(...) **Convencidos de que o enriquecimento pessoal ilícito pode ser particularmente nocivo para as instituições democráticas, as economias nacionais e o Estado de Direito;**

Decididos a prevenir, detectar e dissuadir com maior eficácia as transferências internacionais de ativos adquiridos ilícitamente e a fortalecer a cooperação internacional para a recuperação destes ativos;

Reconhecendo os princípios fundamentais do devido processo nos processos penais e nos procedimentos civis ou administrativos sobre direitos de propriedade;

Tendo presente que a prevenção e a erradicação da corrupção são responsabilidades de todos os Estados e que estes devem cooperar entre si, com o apoio e a

participação de pessoas e grupos que não pertencem ao setor público, como a sociedade civil, as organizações não-governamentais e as organizações de base comunitárias, para que seus esforços neste âmbito sejam eficazes;
(...). (Grifos nossos.)

Em nível nacional, alguns anos mais tarde, a Convenção subsidiaria a criação da Lei 12.846 de 1º de Agosto de 2013, cujo advento também atenderia aos clamores **sociais “que tomaram as ruas do Brasil em meados de junho de 2013”** ^{10 11}.

A recente publicação da Lei nº 12.846, de 1º de Agosto de 2013, representa a coroação desse sistema extrapenal anticorrupção de nítido cariz hassemeriano de direito de intervenção, na medida em que veio a suprir uma série de lacunas legislativas e práticas relacionadas à responsabilização de pessoas jurídicas por corrupção, problemas estes relacionados, sobretudo, **à insuficiente e deficitária atenção punitiva dada às pessoas jurídicas corruptoras através das normas jurídicas anteriores a Lei nº 12.846/2013, em especial, a Lei 8.429/1992 na seara cível e a Lei nº 8.666/1993 na esfera administrativa.** ¹²

Desse modo, **intensificou-se o sistema de proteção à integridade da administração pública, em que se distinguem os sujeitos ativos e os requisitos para responsabilização.** Rogério Sanches Cunha, citando André Pimentel Filho, explica que:

havendo ato irregular praticado no interesse ou benefício, exclusivo ou não, da pessoa jurídica, estará esta sujeita às punições previstas na Lei, de modo **independente e autônomo da responsabilidade, subjetiva, por óbvio, do agente (pessoa física) que atuou em nome ou benefício da pessoa coletiva.** ¹³

2.2 Da (in)viabilidade de aplicação conjunta das Leis 8.429/1992 e 12.846/2013 – da Doutrina Clássica dos Critérios de Solução de Antinomias Jurídicas à Teoria do Diálogo das Fontes

No que pertine a aplicação conjunta das Leis nº 8.429/1992 e 12.846/2013, não há consenso entre os doutrinadores. Há aqueles que entendem, a exemplo de Luciano Ferraz, que a aplicação da Lei de Improbidade implica, necessariamente, na exclusão da Lei de Improbidade Empresarial e vice-versa, com fundamento nos critérios clássicos e antinomias jurídicas.

Em análise sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro, o que se vê – com respeito aos autores do projeto de lei, em

¹⁰ COSTA VILAR, 2017. Págs. 36.

¹¹ A lei teve origem num projeto submetido pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional., com o objetivo de atender a compromissos assumidos pelo Brasil ao ratificar convenções contra a corrupção firmadas no âmbito de organizações internacionais (Organização das Nações Unidas – ONU, Organização dos Estados Americanos – OEA e Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE). O Projeto de Lei tramitou entre 2010 a 2013 na Câmara dos Deputados, tendo sido encaminhada ao Senado Federal em 21.06.2013. Devido às manifestações populares que protestavam contra a corrupção na Administração Pública, o Senado atribuiu regime de urgência na tramitação. Em 04.07.2013, o Projeto foi levado a plenário para votação, que o aprovou em votação simbólica. BITTENCOURT apud COSTA VILAR, 2017. Pág. 37.

¹² DEMATTÉ apud COSTA VILAR, 2017. Pág. 39.

¹³ PIMENTEL FILHO apud CUNHA, Pág. 33.

⁹ Definição e Significado da palavra Cleptocracia: (substantivo feminino) Sistema de governo que se baseia na prática da corrupção, da apropriação ilegal do capital financeiro de um país, em benefício próprio: as fraudes constantes, observadas no sistema público, podem ser atribuídas ao fato de que a cleptocracia é o tipo de governo que rege aquele país. Etimologia (origem da palavra cleptocracia): do grego *klépto*, roubar + *cracia*, governo.

especial a Controladoria-Geral da União, que sustenta uma aplicação cumulada da nova lei com a lei de improbidade administrativa – **é que ambas mutuamente se excluem**. É dizer, o espectro de incidência da Lei nº 12.846/2013 é antinômico quando comparado ao espectro de incidência da Lei nº 8.429/1992. E ao se deixar de fazer essa demarcação abre-se espaço à concreta possibilidade de *bis in idem*. Com efeito, antes da nova lei, sedimentou-se a orientação de que a Lei nº 8.429/1992 (LIA) aplica-se, no que couber (art. 3º), às empresas particulares apenas e na medida em que tiverem elas concorrido, induzido desonestamente ou se beneficiado indevidamente do ato de improbidade, sempre dependendo seu processamento ou punição do concurso efetivo do agente público, que comparecerá, em litisconsórcio com ela, no polo passivo da lide, conforme entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça (cf., por todos, REsp nº 155.992/PA e REsp nº 896.044/PA). **Desse modo, a partir da Lei nº 12.846/2013 as condutas empresariais improbas passarão a ter ambiência de tutela jurídica punitiva autônoma, porém excludente, em relação à da Lei nº 8.429/1992. É dizer: a lei nova terá aplicação para condutas empresariais nela definidas, desde que não tenham contado com a participação direta ou indireta de agentes públicos em conjunto com os agentes empresariais.** Se esta participação se verificar – estabelecendo-se o envolvimento entre a empresa e o agente público – a trilha jurídica a ser perseguida para a punição das infrações de ambos será a da Lei nº 8.429/1992 e não a da Lei nº 12.846/2013, que descreve condutas exclusivamente empresariais como suscetíveis de suas iras. Assim, pode-se dizer que a lei de improbidade administrativa e a de improbidade empresarial são irmãs siamesas, de modo que os assentamentos jurisprudenciais e doutrinários construídos a propósito da primeira, já nos doze anos de sua vigência, serão o farol para a interpretação da nova lei, sem prejuízo de algumas peculiaridades distintivas e das críticas sobre os exageros em torno da aplicação da Lei nº 8.429/1992.¹⁴ (Grifamos)

Outros, como Jorge Hage (ex-ministro-chefe da CGU), afirmam que a Lei nº 12.846/2013 integra o microsistema de tutela à probidade administrativa, no qual as normas não colidem, mas interagem entre si e com todo o ordenamento no intuito de conferir homogeneidade e maior efetividade ao sistema normativo. Assim, prestigia-se a Teoria do Diálogo das Fontes, método pelo qual as normas podem ser aplicadas de modo sistemático e coordenado, sem provocar exclusões recíprocas.

A premissa básica é a existência de um ordenamento jurídico completo, coerente e unitário. Esses atributos encontram subsídio tanto nas doutrinas jusnaturalistas quanto juspositivistas, embora com fundamentos diferentes.

Explica Norberto Bobbio, com esteio em Hans Kelsen (que imputa à norma fundamental hipotética a validade de todas as demais – fundamento jurídico-positivo), que a coerência e completude do ordenamento consiste em negar que nele possa haver normas incompatíveis entre si, não obstante ambas dotadas de vigência e validade. No intuito de equacionar o problema, chamado de antinomia ou lacunas de conflito, a doutrina clássica propõe a sistematização de

critérios que permitam a prevalência de determinadas normas sobre outras.¹⁵

Para solucionar as antinomias jurídicas, seria necessário, então, lançar mão dos seguintes critérios: hierárquico (norma superior predomina sobre inferior), especialidade (norma especial prepondera sobre norma geral) e cronológico (norma posterior prevalece sobre norma anterior). Se o impasse fosse solucionado apenas com um dos raciocínios, estaria-se diante de antinomia de primeiro grau.

Todavia, não raras são as ocasiões em que a adoção de apenas um dos critérios é insuficiente para resolver a divergência (aparente) entre normas. Nesses casos, mais complexos, há as antinomias de segundo grau, na qual há relação de preponderância também entre os critérios, por ordem de valoração. Exemplifique-se: divergindo norma posterior geral em relação à norma especial, porém anterior, prepondera esta, pois o critério da especialidade prevalece sobre o cronológico.

No entanto, a aplicação desses critérios, para parcela da doutrina (mais moderna), não assegura resultados jurídicos adequados em todas as ocasiões. Síncrono a essa constatação, novos pensamentos permearam a comunidade jurídica do século XX, a exemplo do giro linguístico de Hans-Georg Gadamer, em que a Hermenêutica:

desprende-se da idéia de mera ciência metodológica para constituir-se no próprio modo de ser do homem, o modo de compreender e conhecer o texto, valorizando-se a linguagem e a pré-compreensão do objeto interpretado, de sorte que na dialética entre passado e presente a bagagem histórica e as experiências do **intérprete devem servir não à fossilização da norma em nome de uma imaginada intenção de seu autor, mas sim para a construção de condições para realização do Direito, conforme a realidade atual da sociedade e as necessidades da situação concreta focalizada.**¹⁶

Mitigou-se, assim, a adoção dos critérios para solução de antinomias jurídicas. A tendência (que permanece atual, registra-se) era promover a harmonia e coordenação entre as normas ao revés da exclusão. Idealizava-se um novo instrumento hermenêutico hábil a solucionar problemas de conflitos e aplicação entre normas, superando-se antinomias por meio da integração efetiva do ordenamento jurídico.

Surge, nesse contexto, a Teoria (ou Método) do Diálogo das Fontes, concebida inicialmente por Erik Jayme:

Erik Jayme, em seu Curso Geral de Haia de 1995, ensinava que, em face do atual 'pluralismo pós-moderno' de um direito com fontes legislativas plúrimas, ressurgiu a necessidade de coordenação entre leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo (*Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Recueil des Cours, II, p. 60 e 251 e ss.*). **O uso da expressão do mestre, 'diálogo das fontes', é uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente**

¹⁵ Vide Bobbio, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1999. Pág. 199 e seguintes.

¹⁶ SOARES, Evanna. **Hermenêutica Jurídica**: a superação da vontade do legislador na busca do sentido atual da norma. Disponível em: https://evannasoares.wordpress.com/2010/08/12/hermeneutica-juridica-a-superacao-da-vontade-do-legislador-na-busca-do-sentido-atual-da-norma/#_ftn1. Acesso em 03 de Outubro de 2017.

¹⁴ FERRAZ, Luciano. **Reflexões sobre a Lei nº 12.846/2013 e seus impactos nas relações público privadas** – Lei de improbidade empresarial e não lei anticorrupção. Disponível em <http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2015/05/lei-anticorrupcao-artigo-luciano-ferraz.pdf>. Acesso em 04 de outubro 2017. Pág. 35-36.

das leis de direito privado, coexistentes no sistema. É a denominada 'coerência derivada ou restaurada' (cohérence dérivée ou restaurée), que, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a 'antinomia', a 'incompatibilidade' ou a 'não coerência'.¹⁷ (Grifos nossos).

A Teoria do Diálogo das Fontes, para Flávio Tartuce, é caracterizada por traços da pós-modernidade e invocada diante do quadro de relações marcadas pela hipercomplexidade, sobretudo pelo pluralismo, em razão da era da comunicação.¹⁸

Segundo Erik Jayme, as características da cultura pós-moderna no direito seriam o pluralismo, a comunicação, a narração, o que Jayme denomina de 'le retour des sentiments', sendo o Leitmotiv da pós-modernidade a valorização dos direitos humanos. Para Jayme, o direito como parte da cultura dos povos muda com a crise da pós-modernidade. **O pluralismo manifesta-se na multiplicidade de fontes legislativas a regular o mesmo fato, com a descodificação ou a imploração dos sistemas genéricos normativos ('Zersplitterung'), manifesta-se no pluralismo de sujeitos a proteger, por vezes difusos, como o grupo de consumidores ou os que se beneficiam da proteção do meio ambiente, na pluralidade de agentes ativos de uma mesma relação, como os fornecedores que se organizam em cadeia e em relações extremamente despersonalizadas. Pluralismo também na filosofia aceita atualmente, onde o diálogo é que legitima o consenso, onde os valores e princípios têm sempre uma dupla função, o 'double coding', e onde os valores são muitas vezes antinômicos. Pluralismo nos direitos assegurados, nos direitos à diferença e ao tratamento diferenciado aos privilégios dos 'espaços de excelência'.**¹⁹ (Grifos nossos)

A essência do método, conforme magistério de Cláudia Lima Marques, é que as normas jurídicas **não se eliminam, mas se complementam**, propiciando (a tão almejada) visão unitária do Ordenamento Jurídico. Bruno Miragem complementa explicando que o "Diálogo das Fontes se constitui em método aplicável **em qualquer ramo do direito**, com base em razões de duas ordens: como método de interpretação adequado ao caráter sistemático do direito e por ser conduzido pelo sistema de valores constitucionais voltados à concretização dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana"²⁰.

Flávio Tartuce, citando Cláudia Lima Marques, amestra que há três possíveis formas de diálogos a partir da teoria

exposta. A primeira consiste na aplicação simultânea das duas leis, sendo que uma serve de base conceitual para a outra (Diálogo Sistemático de Coerência). A segunda, quando há aplicação coordenada de duas leis e uma completa a outra de forma direta (Diálogo de Complementaridade) ou indireta (Diálogo de Subsidiariedade). Por fim, a terceira ocorre quando os conceitos estruturais de uma determinada lei sofrem influências da outra (Diálogo de Coordenação e Adaptação Sistemática ou Diálogos de Influências Recíprocas Sistemáticas)²¹.

Nessa senda, a reverberação da teoria no âmbito dos microsistemas normativos é negável, a exemplo do que se vê no microsistema de tutela coletiva, onde várias leis (como a Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular) interagem de modo tal a propiciar maior efetividade à proteção dos direitos que resguardam. Para os adeptos, a admissão da aplicação coordenada de normas implica em possibilitar ao intérprete a concretização de postulados diversos de assento constitucional.

Exemplificando, a composição das Leis nº 8.429/1992 e 12.846/2013 num mesmo contexto fático propiciaria não somente sanção ao corruptor pessoa física e pessoa jurídica, respectivamente, mas principalmente a materialização de valores essenciais consagrados na Constituição da República, como a moralidade e a segurança jurídica.

Em outras palavras, para os que abraçam a teoria, a compreensão de Ordenamento Jurídico em diálogo supera o método clássico de superação de antinomias porque confere estabilidade e congruência suficientes para harmonizar todo o sistema, propiciando soluções mais justas e promovendo o caráter humanista ao Direito.

Seguirei aqui novamente a teoria de Erik Jayme, que propõe – em resumo – no lugar do conflito de leis a visualização da possibilidade de coordenação sistemática destas fontes: o diálogo das fontes. **Uma coordenação flexível e útil (effet utile) das normas em conflito no sistema a fim de restabelecer a sua coerência. Muda-se assim o paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico ou do 'monólogo' de uma só norma (a comunicar a solução justa), à convivência destas normas, ao 'diálogo' das normas para alcançar a sua, ratio, a finalidade visada ou narrada em ambas.** Este atual e necessário 'diálogo das fontes' permite e leva à aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes com finalidade de proteção efetiva.²² (Grifos nossos).

Assim, a depender da teoria adotada, é possível fundamentar a aplicação conjunta de ambos os diplomas (Lei de Improbidade Administrativa e Lei de Improbidade Empresarial) ou a impossibilidade.

17 MARQUES, Cláudia Lima apud TARTUCE, Flávio. NEVES, Daniel Amorim de Assumpção. **Manual de direito de Consumidor**. 5 ed. São Paulo: Método, 2016. Pág. 31.

18 TARTUCE, Flávio. MARTOS, José Antonio de Faria. **O Diálogo das Fontes e a Hermenêutica Consumerista no Superior Tribunal de Justiça**. In: Viviane Coêlho de Séllos Knoerr; Frederico da Costa Carvalho Neto; Ronaldo Alves de Andrade. (Org.). XXII Encontro Nacional do CONPEDI/ NINOVE: Sociedade global e seus impactos sobre o estudo e a afetividade do direito na contemporaneidade. 1ed. Florianópolis: FUNJAB, 2013, v. 1, p. 156-188.

19 MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIM, Antonio Herman. APUD MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3.ed. São Paulo: RT, 2010. Pág. 30

20 MIRAGEM apud SAMPAIO, João Carlos Medrado. CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O Diálogo das Fontes sob a perspectiva hermenêutica da construção dos sentidos da justiça fiscal**. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/

bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Juridica-UNICURITIBA_n.45.03.pdf. Acesso em 03 de outubro de 2017.

21 TARTUCE, 2016. Pág. 33.

22 MARQUES, Cláudia Lima. **Superação das antinomias pelo Diálogo das Fontes**: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. Disponível em https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22388/superacao_antinomias_dialogo_fontes.pdf. Acesso em 04 de outubro de 2017. Pág. 30.

2.2 Âmbito de Aplicação das Leis nº 8.429/1992 e 12.846/2013. Peculiaridades

2.2.1 Improbidade Administrativa – Lei nº 8.429/1992

Fábio Medina Osório é incisivo ao afirmar que “a corrupção é causa de improbidade administrativa, pois revela ilegalidade comportamental de agentes públicos”²³. Evidentemente, a improbidade é a antítese do bem jurídico tutelado pela Constituição da República, probidade administrativa.

De um modo geral, não obstante existência de divergências, a doutrina equipara a probidade administrativa à moralidade, princípio explícito no texto constitucional (Art. 37, *caput*). Pondera-se que o princípio corresponde não à moralidade social (noção de certo ou errado ou bem e mal), mas sim à moralidade jurídica ou administrativa, que equivale sucintamente à ideia de **correção de atitudes qualificada por regras de boa administração**.

O art. 37, *caput*, da Constituição Federal menciona, entre outros, o princípio da moralidade, que não pode ser senão o da moralidade administrativa. De sorte que o princípio da moralidade administrativa tem hoje status constitucional. Diz Hauriou, seu sistematizador, que o princípio da moralidade administrativa extrai-se do conjunto de regras de conduta que regulam o agir da Administração Pública; tira-se da boa e útil disciplina interna da Administração Pública. **O ato e atividade da Administração Pública devem obedecer não só a lei, mas à própria moral, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme afirmavam os romanos. Para Hely Lopes Meirelles, apoiado em Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, a moralidade administrativa está ligada ao conceito de bom administrador, aquele que, usando de sua competência, determina-se não só pelos preceitos legais vigentes, como também pela moral comum, propugnando pelo que for melhor e mais útil para o interesse público.** Por essa razão, veda-se à Administração Pública qualquer comportamento que contrarie os princípios da lealdade e da boa-fé.²⁴ (*Grifos do autor*) (Grifos nossos).

E:

A categoria ético-normativa que se designa como improbidade – já utilizada no direito comparado e na literatura estrangeira, conquanto revestida de matizes – guarda relações com a ideia de honra no setor público, no marco de uma moralidade institucional republicana, abrangendo as patologias de graves desonestidades e graves ineficiências funcionais dos homens públicos, como espécie de má gestão pública. A honra profissional pode ser afetada não apenas por atos dolosos, mas também por atos culposos. Desonrado, no setor público, pode ser tanto o desonesto, quanto intoleravelmente ineficiente. **O fenômeno que designamos como improbidade administrativa, no direito administrativo brasileiro, desenhado no art. 37, § 4º, da CF, no marco da Lei 8.429/92, define-se como a má gestão pública gravemente desonesta ou gravemente ineficiente, por ações ou omissões, dolosas ou culposas, de agentes públicos no exercício de suas funções ou em razão delas, com ou sem a participação dos particulares, observados os pressupostos gerais**

de configuração típica e de imputação. A improbidade é espécie do gênero “**má gestão pública**”.²⁵ (Grifos nossos).

Na mesma esteira, complementa Maria Sylvia Zanella Di Pietro que “quando se exige probidade ou moralidade administrativa, isso significa que não basta a legalidade formal, restrita, da atuação administrativa; é preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade, boa-fé, de regras que assegurem boa administração e a disciplina interna na Administração Pública”²⁶.

Em sede infraconstitucional, a Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, disciplina a matéria. Além de definir os atos que configuram a improbidade administrativa (arts. 9º a 11), o diploma previu os procedimentos administrativo e judicial e as sanções aplicáveis (perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios).

Fábio Medina Osório, ao analisar o âmbito de incidência normativa, explica que “a lei não apanha apenas os atos de corrupção pública, aqui entendida como uso de poderes públicos para fins privados, mas também distorções inerentes à desorganização administrativa, ao desgoverno e à ineficiência endêmica”.²⁷

Lei 8.429/1992 – Art. 1º Os **atos de improbidade** praticados por **qualquer agente público**, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

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.**

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, **àquele que, mesmo não sendo agente público**, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta. (Grifos nossos).

O conceito de agente público, para os fins da Lei de Improbidade Administrativa, é amplo, compreendendo agentes políticos, agentes autônomos, servidores públicos e particulares em colaboração com o poder público. Abrange, igualmente, o terceiro que estimula a prática ímproba.

Com efeito, contempla **todas as pessoas físicas** que, de qualquer modo, com ou sem vínculo empregatício, definitiva ou provisoriamente, exerçam alguma função pública ou de interesse público, remunerada ou não, dos entes da Federação (...) A extensão da lei a particulares refere-se a duas situações distintas: a participação no ato de improbidade e a auferição

23 OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade Administrativa**: observações sobre a Lei 8.429/92. Porto Alegre: Síntese, 1997. Pág.70

24 GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Págs. 63-64.

25 OSÓRIO, Fábio Medina. **Conceito de Improbidade Administrativa**. Revista JUS I Belo Horizonte, ano 43, n. 26, p. 23-51, jan./jun. 2012. Pág. 48.

26 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011. Pág. 823.

27 OSÓRIO, 2012. Pág. 25.

de benefício decorrente de tal ato. Um particular que tenha praticado ato de improbidade em conjunto com agente público (como hipótese de celebração de contrato de locação a preço inferior ao mercado em virtude de conluio – art. 10, IV) será alcançado pela lei. Esta participação, é claro, depende da intenção, do dolo, do má-fé do particular. No outro caso, quando se fala em benefício auferido está se pretendendo atingir aqueles que, mesmo não participando da prática do ato (lembre-se que na celebração de contratos o particular participa efetivamente da prática do ato).²⁸ (Grifo nosso).

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves explicitam que, na condição de terceiro, é perfeitamente possível que uma pessoa jurídica responda por ato de improbidade administrativa:

Também as pessoas jurídicas poderão figurar como terceiros na prática dos atos de improbidade, o que será normalmente verificado com a incorporação ao seu patrimônio dos bens públicos desviados pelo ímprobo. Contrariamente ao que ocorre com o agente público, sujeito ativo dos atos de improbidade e necessariamente uma pessoa física, o art. 3º da Lei de Improbidade não faz qualquer distinção em relação aos terceiros, tendo previsto que “as disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público...”, o que permite concluir que as pessoas jurídicas também estão incluídas sob tal epígrafe.²⁹

Nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça já afirmou:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC INOCORRENTE. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. LEGITIMIDADE PASSIVA.

1. Não há violação do artigo 535 do CPC quando o acórdão, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo recorrente, adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia, apenas não adotando a tese defendida pelo recorrente, manifestando-se, de maneira clara e fundamentada, acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia, inclusive em relação às quais o recorrente alega contradição e omissão.

2. Considerando que as pessoas jurídicas podem ser beneficiadas e condenadas por atos ímprobos, é de se concluir que, de forma correlata, podem figurar no polo passivo de uma demanda de improbidade, ainda que desacompanhada de seus sócios.

3. Recurso especial não provido. (Grifos nossos)³⁰.

Detalhe importante que resta pacificado pela jurisprudência dos Tribunais Superiores é o de que para o enquadramento na Lei de Improbidade Administrativa, além de outros fatores importantes (tais como o elemento subjetivo retro abordado, e o ato danoso³¹), é **inarredável a presença do agente público no polo passivo da demanda.**

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

28 PAZZAGLINI FILHO, 2011. Pág. 9 e 12.

29 GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. Pág. 282

30 REsp 970393/CE. Ministro Relator Benedito Gonçalves. Primeira Turma. Data do Julgamento: 21/06/2012. DJe: 29/06/2012

31 Como “ato danoso” deve-se entender o enquadramento em um dos atos tipificados nos artigos 9º, 10º, 10-A e 11 da Lei 8.429/1992. Assim, a

PROPOSTA APENAS CONTRA PARTICULAR. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. AUSÊNCIA DE AGENTE PÚBLICO NO POLO PASSIVO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. PRECEDENTES.

I – A abrangência do conceito de agente público estabelecido pela Lei de Improbidade Administrativa encontra-se em perfeita sintonia com o construído pela doutrina e jurisprudência, estando em conformidade com o art. 37 da Constituição da República.

II – Nos termos da Lei n. 8.429/92, podem responder pela prática de ato de improbidade administrativa o agente público (arts. 1º e 2º), ou terceiro que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta (art. 3º).

III – A responsabilização pela prática de ato de improbidade pode alcançar terceiro ou particular, que não seja agente público, apenas em três hipóteses: a) quando tenha induzido o agente público a praticar o ato ímprobo; b) quando haja concorrido com o agente público para a prática do ato ímprobo; ou c) tenha se beneficiado com o ato ímprobo praticado pelo agente público.

IV – Inviável a propositura de ação de improbidade administrativa contra o particular, sem a presença de um agente público no polo passivo, o que não impede eventual responsabilização penal ou ressarcimento ao Erário, pelas vias adequadas. Precedentes.

V – Recurso especial improvido.³²

O paradigma é fruto de deliberação da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2015. Na ocasião, debateu-se sobre o conceito de agente público e sua reverberação na Lei de Improbidade Administrativa para, ao final, concluir, por maioria, que é inviável a ação de improbidade administrativa sem que figure no polo passivo um agente público responsável pelo ato.

expressão refere-se não somente às hipóteses de prejuízo material, mas abrange aquelas correspondentes à ofensa lato sensu à Administração e ao Patrimônio Público. Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella de Pietro: “É exatamente o que ocorre ou pode ocorrer com os atos de improbidade previstos no art. 11, por atentado aos princípios da Administração Pública. A autoridade pode, por exemplo, praticar ato visando fim proibido em lei ou diverso daquele previsto na regra de competência (inciso I do art. 11); esse ato pode não resultar em qualquer prejuízo para o patrimônio público, mas ainda assim constituir ato de improbidade, porque fere a moral da instituição, que abrange as ideais de honestidade, boa-fé, lealdade e imparcialidade. O mesmo pode ocorrer nas hipóteses do art. 9º, em que a improbidade é caracterizada pelo enriquecimento ilícito; o fato de uma pessoa enriquecer ilícitamente no exercício de função pública pode não acarretar necessariamente dano ao patrimônio econômico-financeiro; por exemplo, se uma pessoa receber propina para aceitar praticar um ato que realmente é de sua competência ou para dispensa a licitação quando esta era obrigatória, esses atos podem não ocasionar prejuízo ao erário e ainda assim propiciar enriquecimento ilícito. Nesse caso, também, é o patrimônio moral que está sendo lesado. Quanto a esse aspecto, muito precisa é a lição de Marcelo Figueiredo (1997:101), quando ensina: ‘Entendemos que se pretendeu afirmar que a lei pune não somente o dano material à administração, como também qualquer sorte de lesão ou violação à moralidade administrativa, havendo ou não prejuízo no sentido econômico. De fato, pretende a lei, em seu conjunto, punir os agentes ímprobos, vedar comportamentos e práticas usuais de corrupção (sentido leigo)’. DI PIETRO, 2011. Pág. 840. Grifamos.

32 REsp 1405748/RJ. Rel. Ministra Marga Tessler – Juíza Federal convocada do TRF 4ª Região. Rel. para Acórdão Ministra Regina Helena Costa. 1ª Turma. Julgado 21/05/2015. DJe 17/08/2015

A Corte seguiu o entendimento esposado em outros julgados, a exemplo REsp1282445/DF, REsp1171017/PA ambos de 2014 e REsp1181300/PA, de 2010. **Reafirmou-se o entendimento que o particular não pode ser processado sozinho, devendo haver pelo menos um agente público responsável pelo ato reputado ímprobo.**

Nessa senda, trechos do voto vencedor, prolatado pela Ministra Regina Helena Costa:

A questão federal sob exame diz com a amplitude do conceito de agente público, para fins de responsabilização de particular por ato de improbidade administrativa, bem como a possibilidade de o particular ser responsabilizado pela prática de ato de improbidade sozinho, isoladamente, ou seja, sem ter atuado em conjunto com alguma gente público. (...) O dispositivo transcrito deixa claro que a responsabilização pela prática de ato de improbidade pode alcançar terceiro ou particular, que não seja agente público, em apenas em três hipóteses: a) quando tenha induzido o agente público a praticar o ato ímprobo; b) quando haja concorrido como agente público para a prática do ato ímprobo; ou c) tenha se beneficiado com o ato ímprobo praticado pelo agente público. **Impende anotar que as condutas consistentes em induzir e concorrer, não podem ser praticadas sem outra pessoa; quem induz, induz alguém; e quem concorre, só pode concorrer com a conduta de outrem, que no caso, tem que ser agente público. Por seu turno, a expressão aquele que tenha se beneficiado, direta ou indiretamente, também diz com benefício advindo da conduta de outrem, que, como repisado, só pode ser um agente público.** Em resumo, nos expressos termos da Lei n. 8.429/92, podem responder pela prática de ato de improbidade administrativa o agente público (arts.1º e 2º), ou terceiro que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta (art.3º). Da interpretação sistemática e teleológica da Lei n. 8.429/92, verifica-se que os conceitos de agente público e ato de improbidade administrativa estão necessariamente atrelados, de sorte que não existe a possibilidade de imputação exclusiva, a quem não seja agente público, da prática de ato de improbidade administrativa. (Grifos nossos).

Lado outro, a penalização da pessoa física ou pessoa jurídica **baseia-se na responsabilidade subjetiva do agente (inclusive da pessoa jurídica – nesse caso, a responsabilidade subjetiva de seu respectivo gestor ou administrador)**, razão pela qual a comprovação do dolo genérico ou da culpa (esta exclusivamente para atos que causem prejuízo ao erário) é imprescindível. Nesse sentido a lição de Fábio Medina Osório, senão vejamos:

A ideia de responsabilidade subjetiva, que permeia toda a aplicação do regime jurídico de Direito Sancionador, incluindo Direito Administrativo Sancionador, envolve um juízo sobre a imputabilidade geral do sujeito. No mesmo viés segue a noção obrigatória de causalidade normativa adequada. Esta causalidade remete ao vínculo entre o desvalor da conduta e o resultado normativamente esperado, vínculo que há de ser comprovado e narrado, ao menos em tese, na própria inicial acusatória. Daí porque a lei apanha atos decisórios e requer uma ampla compreensão sobre a teoria das competências administrativas.³³

Também é esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

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. 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 Procurados 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.³⁴ (Grifos nossos).

Dessa forma, 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 algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto”.³⁵

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO. DANO AO ERÁRIO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. HISTÓRICO DA DEMANDA

(...) 3. O entendimento do STJ é que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas prescrições da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do 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. 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,

³⁴ REsp 1662580/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA. Julgado em 02/05/2017. DJe 10/05/2017

³⁵ DI PIETRO, 2011. Pág. 843.

mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé.³⁶ (Grifo nosso).

APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EX-PREFEITO MUNICIPAL DE ÁGUAS FORMOSAS. CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ALUGUEL DE VEÍCULOS. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL. DANO AO ERÁRIO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. SENTENÇA REFORMADA. I. **Para que seja reconhecida a tipificação da conduta do agente político nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), revela-se imprescindível a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos pela culpa, nas hipóteses do artigo 10.**

II. A ação de improbidade deve servir para punir o administrador desonesto, afastando-se a possibilidade de condenação com amparo na atuação do mal administrador ou em contrariedades aos ditames legais referentes à licitação, sobretudo quando demonstrado que as contratações eram necessárias para execução de serviços essenciais à comunidade e que os valores dos contratos não foram superfaturados pela empresa contratada.³⁷ (Grifamos).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO DO MUNICÍPIO DE IPATINGA. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL SEM CONCURSO PÚBLICO. CONDUTA AMPARADA EM LEI MUNICIPAL. MÁ-FÉ. PROVA. AUSÊNCIA. DOLO, AINDA QUE GENÉRICO, NÃO CONFIGURADO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AFASTADA. SENTENÇA CONFIRMADA. RECURSO DESPROVIDO. 1. A necessidade de prévia aprovação em concurso público para o exercício de cargo ou emprego público é expressamente prevista constitucionalmente, salvo as exceções legais, quais sejam, cargos em comissão e contratações realizadas em caráter temporário e observado o excepcional interesse público. 2. Como já definido pelo Superior Tribunal de Justiça em precedente versando justamente sobre contratações realizadas no Município de Ipatinga sem concurso público prévio, mas amparadas em Legislação Municipal (nº 1.610/98), “a contratação de servidores públicos sem concurso público baseada em legislação local não configura improbidade administrativa prevista no art. 11 da Lei 8.429/1992, por ausência do elemento subjetivo (dolo) necessário para a configuração do ato de improbidade violador dos princípios da administração pública” (AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 614.048 - MG, Julgado em 07/0/2017).

3. A configuração do ato de improbidade administrativa demanda imprescindível presença da culpa ou dolo na conduta do agente, ainda que genérico. Em outras palavras, a improbidade traduz ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente, não podendo, portanto, se confundir improbidade com simples ilegalidade.

4. A inabilidade do agente público, muitas vezes desprovido do necessário conhecimento de gestão pública, não pode conduzir ao reconhecimento da situação de improbidade quando ausente a prova de má-fé e da deslealdade no exercício do cargo público, mormente quando existente lei

municipal vigente à época e que amparava a realização de contratações sem concurso público.³⁸

Na mesma esteira, 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.”

Destarte, as particularidades da Lei de Improbidade Administrativa são: (i) prática do ato de improbidade com a concorrência de ao menos um agente público; (ii) comprovação do elemento subjetivo (dolo ou culpa, esta no caso do Art. 10) por parte do sujeito ativo.

2.2.2 Improbidade Administrativa Empresarial – Lei nº 12.846/2013

2.2.2.1 Da Responsabilização Objetiva da Pessoa Jurídica e da Possibilidade de Exclusão do Nexa Causal

A Lei de Improbidade Empresarial adveio para suprir a lacuna que existiu no sistema normativo pátrio, viabilizando a responsabilização das pessoas jurídicas e dos respectivos dirigentes ou administradores, sempre que praticados atos em prejuízo da administração pública, nacional ou estrangeira, como se depreende das disposições gerais do diploma:

Lei 12.846/2013 – Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de **peçoas jurídicas** pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

(...)

Art. 3º **A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.**

§ 1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no *caput*.

§ 2º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade.

A norma, tal qual a Lei 8.429/1992, detém natureza cível e administrativa e visa sancionar e inibir a prática da improbidade contra a administração pública. Todavia, destina-se precipuamente a punir as pessoas jurídicas, sem excluir a responsabilidade individual dos respectivos dirigentes.

36 REsp 1674354/RS. Rel. Ministro Herman Benjamin. 2ª Turma. Julgado em 22/08/2017. DJe 13/09/2017

37 TJMG. Apelação Cível 1.0009.04.001090-3/001. Relator(a) Des.(a) Washington Ferreira. 1ª Câmara Cível. Julgamento em 26/09/2017. DJe 04/10/2017

38 TJMG. Ap Cível/Rem Necessária 1.0313.07.211472-8/003. Relator(a) Des.(a) Carlos Roberto de Faria. 8ª Câmara Cível. Julgamento em 24/08/2017. DJe em 11/09/2017

A responsabilização da pessoa jurídica não é novidade no Direito Positivo Brasileiro. No âmbito cível, o Código Civil de 1916 já previa responsabilidade extracontratual dos entes fictícios³⁹. A Constituição da República de 1988 disciplinou a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público e, na seara administrativa e ambiental, a Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998 disciplinou a responsabilidade das pessoas jurídicas, de direito público ou privado (as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua – art. 3º).

Para além das normas positivadas, foram concebidos mecanismos para inibir o uso da pessoa jurídica de forma indevida, a exemplo da Desconsideração da Personalidade Jurídica (*Disregard of legal entity*), instrumento perfilhado ao Direito do Consumidor, Cível e Falimentar.

Em 2013, em consonância aos compromissos internacionais assumidos, a Lei de Improbidade Empresarial incrementou o sistema anticorrupção, permitindo a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas, constituídas de fato ou de direito.

O parágrafo único do art. 1º dispõe o rol de sujeitos ativos da Improbidade Empresarial. Afora as pessoas jurídicas tipicamente empresariais, estão incluídas as pessoas jurídicas com fins não econômicos, inclusive entidades do terceiro setor. A previsão legal abrange todas as pessoas que de um modo ou de outro se relacionem com a administração pública, alcançando também organizações religiosas, partidos políticos, sindicatos, cooperativas e empresas individuais de responsabilidade limitada, porque consideradas entidades de pessoas.⁴⁰

Entendemos que a responsabilidade objetiva da Lei Anticorrupção foi opção política decorrente da necessária proteção constitucional do direito fundamental à probidade administrativa. A insuficiência da responsabilização subjetiva para inibir os atos ilícitos contra a coisa pública ensejou a adoção do sistema mais rigoroso de responsabilização objetiva, principalmente porque, não raro, os atos ilícitos são praticados sem comando expresso e individual da pessoa jurídica e mesmo à sua revelia. No atual contexto de grandes corporações globalizadas, de elevada complexidade organizacional, é comum que atos ilícitos sejam praticados por segmentos, gerentes e empregados sem conhecimento dos administradores de determinadas pessoas jurídicas. (...) Diante desse panorama, as empresas não poderão alegar ausência de culpa in elegendo ou vigilando, mostrando-se importante, por conseguinte, instituírem sistemas de controle sobre as condutas de seus agentes (art. 7º, VIII, compliance), criando, com isso, barreiras de prevenção à prática de comportamentos que violem a moralidade administrativa. As sanções

são várias, indo desde a multa, passando pela proibição de receber incentivos do Estado e suspensão de atividades, até a dissolução compulsória da empresa corruptora.⁴¹

Ponto fulcral é a responsabilização objetiva da pessoa jurídica no contexto da Lei 12.846/2013. Doravante, **não se perquire mais o elemento subjetivo por parte da entidade, bastando que fique constatado um dos atos irregulares descritos no artigo 5º da Lei**, realizados no interesse ou benefício do ente, para gerar o efeito jurídico de imposição das sanções previstas do diploma.⁴²

Destarte, a responsabilidade baseia-se no binômio **dano e nexa causal**.

Como a responsabilidade civil objetiva prescinde da culpa, restando comprovado o fato, o resultado e o nexa causal, a pessoa jurídica será responsabilizada. A mera configuração desses elementos ensejará a responsabilização da empresa, independente da pessoa natural que realmente tenha praticado o ato prejudicial à Administração Pública. Logo, não é necessário comprovar a culpa ou o dolo de agentes específicos, mas simplesmente a atuação genérica da empresa inclinada à fraude, sem necessidade de individualização de conduta ou comprovação do elemento subjetivo de pessoas a ela vinculadas. A Lei nº. 12.846/2013 também é enfática ao afirmar que dirigentes e administradores que tenham concorrido para o ilícito praticado serão responsabilizados na medida de sua culpabilidade, isto é, somente serão responsabilizados se restar comprovado que agiram com culpa ou dolo de lesionar a Administração Pública nacional ou estrangeira. No entanto, enfatiza-se que a responsabilização de dirigentes e administradores independerá da responsabilização (objetiva) da pessoa jurídica. Além de dolo ou culpa, entende-se que os seguintes critérios também devem ser observados para aferir a culpabilidade dos dirigentes e administradores que lesionaram a Administração Pública, a fim de proporcionar-lhes uma sanção adequada: (i) os motivos que os levaram à prática do ato; (ii) as circunstâncias e as consequências do ato lesivo; (iii) o comportamento concorrente da Administração Pública nacional ou estrangeira para o evento danoso; (iv) a reiteração da conduta do agente; (v) os riscos que a conduta danosa causou aos direitos da empresa; (vi) o montante do lucro auferido; e (vii) a colaboração do dirigente ou administrador durante a apuração do ilícito. A observância dos critérios acima possibilitará a análise profunda da conduta do indivíduo, permitindo que se estabeleça de forma apropriada o grau de reprovabilidade do ato ilícito praticado e, em seguida, a aplicação adequada da sanção. Dessa forma, é possível a seguinte afirmação: enquanto a pessoa jurídica é responsabilizada objetivamente pelos atos ilícitos praticados, os dirigentes e administradores da pessoa jurídica penalizada terão suas condutas analisadas sob o prisma da responsabilidade subjetiva, pois a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de quaisquer pessoas naturais. (...) Outro aspecto que deve ser analisado é o fato de a aplicação das sanções previstas na Lei nº. 12.846/2013

39 Código Civil de 1916 – Art. 1.522. A responsabilidade estabelecida no artigo antecedente, nº III, abrange as pessoas jurídicas.

40 CUNHA, Rogério Sanches. SOUZA, Renee. **Lei Anticorrupção Empresarial**. 1 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. Pág. 28.

41 CUNHA, Rogério Sanches. SOUZA, Renee, 2017. Pág. 26.

42 PIMENTEL FILHO apud CUNHA, Pág. 33.

não afetarem os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes das Leis nº. 8.429/1992, nº. 8.666/1993 e nº. 12.462/2011. Ao analisar os atos lesivos previstos na Lei Anticorrupção, verifica-se que as condutas ilícitas se assemelham, e muito, com os tipos previstos na Lei de Licitações, de Improbidade, de Defesa da Concorrência e do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). (...) É o que leciona Marrara e Nohara (2009, p. 451), a Administração somente está autorizada a cumular sanções administrativas quando houver autorização legal expressa. Em nenhum caso, poderá a autoridade aplicar duas sanções administrativas idênticas em razão da mesma conduta. Não poderá, tampouco, multiplicar os processos administrativos para sancionamento da mesma conduta, devendo extinguir o processo sancionatório novo quando a conduta que lhe serve de objeto já tiver dado causa a sanção administrativa do administrado ou do servidor público. **Assim, no tocante à Lei Anticorrupção, a autoridade competente deverá verificar se a infração cometida pela empresa também é punível por outras leis. Caso seja, em se tratando das Leis nº. 8.429/1992, nº. 8.666/1993 e nº. 12.462/2011, averiguar se não há sanção idêntica já cominada ou em processo de sancionamento.** Se já houver, deverá extinguir o processo sancionatório. Se não houver, poderá iniciar o processo administrativo. Caso porém se trate de outras leis, a Administração não deverá proceder à abertura de processo administrativo, eis que não há previsão legal de cumulação de sanções administrativas para demais normas, sob pena de caracterização de bis in idem.⁴³ (Grifos nossos).

Naturalmente que, perfilhado à lógica da Responsabilidade Civil, é possível que a pessoa jurídica demonstre excludentes de responsabilidade, comprovando a existência de circunstâncias que prejudiquem o nexo de causalidade ou que atestem a inoccorrência do dano.

Tratemos do nexo causal. Em curtas palavras, corresponde ao elo que existe entre a conduta e o resultado, constituindo elemento indispensável para a responsabilização.

Sergio Cavalieri Filho explicita que é através da relação de causalidade que se pode concluir quem foi o causador do dano:

Não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato. Daí a relevância do chamado nexo causal. Cuida-se, então, de saber quando um determinado resultado é imputável ao agente; que relação

deve existir entre o dano e o fato para que este, sob a ótica do Direito, possa ser considerado causa daquele.⁴⁴

Nesse ínterim, as excludentes do nexo de causalidade representam circunstâncias capazes de romper esse liame, de modo que a conduta, culposa ou dolosa, não é a razão da ocorrência do dano. Tais excludentes podem manifestar-se como fato da vítima, o fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior.

De outra banda, veja que a Lei 12.846/2013 incentiva a prática do “*Compliance*”, ao passo que, no âmbito federal, o Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015⁴⁵, regulamenta o Programa de Integridade:

Decreto 8.420/2015 – Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, **no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.** Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

Aliás, um dos elementos levados em consideração na aplicação das sanções é a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, conforme art. 7º, inc. VIII, da Lei 12.846/2013.

Neste particular, posiciona-se Fábio Medina Osório no sentido de que “para ser excluída do nexo causal, ao ser investigada, a empresa tem que provar que reúne um conjunto de ferramentas para combater atos ilícitos e tem que buscar socorro nas normativas internas.”⁴⁶

Outros estudiosos comungam da mesma ideia, a exemplo de Marcelo Ortolan:

Portanto, a categoria da responsabilidade objetiva aplicada ao Direito administrativo Sancionatório baseia-se na substituição da ideia de *culpa* pela ideia de *nexo de causalidade*. Assim, para a responsabilização do ente coletivo basta que sejam demonstrados (a) a prática de ato ilícito; (b) por agente da

44 FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2012. Pág. 49

45 Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União elaborou e apresentou sugestões de minutas aos Municípios para a regulamentação da Lei. A Cartilha está disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/transparencia-publica/colecao-municipio-transparente/arquivos/cartilha-sugestoes-de-decretos-para-a-regulamentacao-da-lei-anticorruptao-nos-municipios.pdf>.

46 Palestra “Improbidade Empresarial” ministrada por Fábio Medina Osório aos membros do Ministério Público de Minas Gerais. Trecho retirado da notícia institucional publicada em maio de 2016 e disponível para consulta pública em <https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/improbidade-empresarial-foi-o-tema-apresentado-pelo-jurista-fabio-medina-osorio-dentro-do-projeto-segunda-feira-18h.htm#.WdZHXbjSNic>.

43 CAMPOS, Patrícia Toledo. **Comentários à Lei nº 12.846/2013 – Lei anticorrupção**. Revista Digital de Direito Administrativo. V. 2, n. 1, p. 160-185, 2015. Págs. 163 e 173.

pessoa jurídica; (c) o nexo de causalidade entre a conduta e o dano; (d) o dano. Na ausência de qualquer um desses elementos resta afastada a responsabilidade da pessoa jurídica. Uma vez deslocada a questão para o plano da causalidade, também incidem todas as hipóteses excludentes e atenuantes da responsabilidade, a saber: (i) caso fortuito ou força maior; (ii) culpa da vítima; (iii) culpa de terceiros; (iv) exercício regular de direito; (v) além de que “aos tribunais se permite exclusão ou atenuação daquela responsabilidade do Estado quando fatores outros, voluntários ou não, tiverem prevalecido ou concorrido como causa na verificação do dano injusto”. **Logo, se o ato lesivo foi causado por ato imputável à Administração Pública ou, de qualquer forma, por ato que não guarde nexo de causalidade com a pessoa jurídica, ela não será responsabilizada. Essas circunstâncias demonstram que a instituição de responsabilidade objetiva para a pessoa jurídica não importa em “absolutização” de sua culpabilidade.** Em verdade, ocorre uma “objetivização” do elemento subjetivo da culpabilidade em favor da ideia de causalidade entre conduta e dano, o que se revela como a proposta mais adequada de responsabilização desses entes fictícios, destituídos de consciência e vontade própria.⁴⁷

Desse modo, demonstrando que inexistente relação de causa e efeito entre sua conduta e o resultado, não há que se falar em responsabilização. A Lei de Improbidade Empresarial não se baseia no “risco integral”, havendo balizas para que seja afastada a incidência normativa.

2.2.2.2 Penalidades e *Bis in Idem*

Inicialmente, diz a Lei da Improbidade Empresarial que:

Art. 3º **A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.**

§ 1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no caput.

§ 2º **Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade.** (...).

Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei **não afeta** os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:

I – ato de improbidade administrativa nos termos da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992;

II – atos ilícitos alcançados pela Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime

Diferenciado de Contratações Públicas – RDC instituído pela Lei no 12.462, de 4 de agosto de 2011.

Com efeito, há tempos é diferenciado o regramento referente à responsabilização de dirigentes e administradores de sociedades. A título de exemplo, a Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976), estatui que “os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles” (Art. 158, inciso II).

Nessa temática, a Lei de Improbidade Empresarial **alargou** as hipóteses de responsabilização do administrador e do dirigente da pessoa jurídica, **permitindo a desconsideração da pessoa jurídica inclusive em sede administrativa**, nos termos do Art. 14: “a personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, **sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa**”. (Grifamos).

Veja que, **entre os sócios**, a desconsideração da pessoa jurídica, **em sede de processo administrativo**⁴⁸, somente alcançará aqueles com poderes de administração.

Desse modo, é imperioso que se distinga com precisão os elementos fáticos para que se possa concluir qual o fundamento jurídico das penalidades a serem aplicadas (Lei 8.429/1992 – Lei 12.846/2013), haja vista que, quanto às sanções propriamente ditas, há semelhanças em alguns (poucos) aspectos, o que pode gerar situação de *bis in idem*. Assim, é necessário cautela para evitar penalidade dúplice pelo mesmo fato.

Nesse sentido, vide a seguinte comparação:

47 ORTOLAN, Marcelo. **A responsabilidade objetiva da pessoa jurídica pela prática de atos de corrupção**: norma penal ou administrativa? Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 8, n. 14, p. 151-166, jan./jun. 2016. Pág. 162 e 163.

48 Tratando-se de desconsideração da personalidade jurídica determinada judicialmente, nos moldes do art. 50 do Código Civil, seu alcance não se limitará apenas aos sócios com poderes de administração, já que essa salvaguarda aplica-se somente quando a desconsideração é implementada na seara administrativa.

<p style="text-align: center;">Lei de Improbidade Administrativa</p> <p style="text-align: center;">Lei 8.429/1992</p>	<p style="text-align: center;">Lei de Improbidade Empresarial</p> <p style="text-align: center;">Lei 12.846/2013</p>
<p style="text-align: center;">Conduta Punível:</p> <p style="text-align: center;">Descrição nos arts. 9º, 10º, 10-A e 11</p>	<p style="text-align: center;">Conduta Punível:</p> <p style="text-align: center;">Descrição no art. 5º.</p>
<p>Sanções (Art. 12)</p> <p>I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;</p> <p>II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;</p> <p>III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.</p> <p>IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido. (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016)</p> <p>Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.</p>	<p>Sanções (Arts. 6º e 19)</p> <p>Sanções Administrativas:</p> <p>I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e</p> <p>II - publicação extraordinária da decisão condenatória.</p> <p>Sanções Cíveis (Aplicáveis em sede judicial):</p> <p>I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;</p> <p>II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;</p> <p>III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;</p> <p>IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.</p>

A par dessas considerações, mesmo constatado o **envolvimento de um agente público**, não há como ignorar que a **Lei de Improbidade Empresarial** é um facilitador da responsabilização da pessoa jurídica, pois a responsabilidade desta prescindirá do elemento subjetivo “culpa”. Além disso, há sanções específicas, como a aplicação de multa em sede administrativa ou, em sede judicial, como a dissolução compulsória. Lado outro, inarredável a conclusão de que sanções como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública, previstas na **Lei de Improbidade Administrativa**, recaem exclusivamente sobre pessoas físicas. De toda sorte, a aplicação combinada de leis, a depender do caso concreto, pode ser subsidiada pela teoria do Diálogo das Fontes, bem como pelo Princípio da Proporcionalidade, **em especial quando visualizado sob a ótica da Proibição da Proteção Deficiente**⁴⁹.

Nessa toada, vejamos o seguinte exemplo citado por Eduardo Cambi, em “A Atuação do Ministério Público no Combate à Corrupção na Lei 12.846/2013”⁵⁰:

A Lei nº. 12.846/2013, ao tornar a responsabilidade civil e administrativa objetiva, facilita a responsabilização da pessoa jurídica, uma vez que basta ao autor demonstrar a prática do ato ilícito e do seu nexos de causalidade com os prejuízos causados. É, pois, ônus da prova do demandado comprovar as causas excludentes do nexos causal. No entanto, com o intuito de evitar a violação do postulado do *non bis in idem*, a mesma sanção não poderá ser aplicada duas vezes para o mesmo fato, ainda que possa ter repercussões diversas. Assim, poderá restar prejudicada, total ou parcialmente, a ação civil pública de responsabilização civil da pessoa jurídica, se a sanção já tiver sido aplicada na decisão judicial que reconhece definitivamente a prática de improbidade administrativa, ou vice-versa. Ademais, a Lei Anticorrupção, como bem reconhece o seu artigo 30, inc. II, não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de ilícitos alcançados pelas regras que versam sobre licitações e contratos da Administração Pública. Assim, as sanções administrativas e/ou criminais contidas no Capítulo IV da Lei 8.666/93 (Lei Geral de Licitações) ou da Seção V, do Capítulo I, da Lei 12.462/2011 (regime diferenciado de contratações públicas) não ficam excluídas. Por exemplo, o artigo 47, inciso V, da Lei 12.462/2011, preceitua que ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório e no contrato, bem como das demais cominações legais, o

49 “Assim, na dogmática alemã, é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como proibições de intervenção. **No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. O ato não será adequado caso não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção**”. STF. HC 102.087/MG. Relator Ministro Celso de Mello. 28/02/2012.

50 CAMBI, Eduardo. **A Atuação do Ministério Público no Combate à Corrupção na Lei 12.846/2013** in Revista do Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília. CNMP. n. 4. 2014. Disponível em: http://www2.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Revista_CNMP_WEB4e.pdf#page=12. Acesso em 13 de outubro de 2017. p. 11-45. Págs. 22-25.

licitante que fraudar a licitação ou praticar atos fraudulentos na execução do contrato. Por sua vez, o artigo 5º, inciso IV, letra “d”, da Lei 12.846/2013 conceitua como ato lesivo à Administração Pública, nacional ou estrangeira, fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente. Esta Lei Anticorrupção, ao tratar da responsabilização administrativa, no artigo 6º, prevê três sanções distintas, quais sejam: a aplicação de multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, a publicação extraordinária da decisão condenatória, e a obrigação de reparação integral do dano causado. Perceba-se que ambas as leis devem ser compatibilizadas, para que o valor da multa imposta observe os parâmetros dos artigos 6º, inc. I, e 7º da Lei 12.846/2013, mas também que incida o impedimento para licitar e contratar contido no artigo 47 da Lei 12.462/2011. **Apesar de a Lei nº 8.666/1993 e outras leis que versam sobre o tema das licitações e contratos administrativos, como a Lei 12.846/2013, já preverem sanções administrativas, a Lei Anticorrupção apresenta um complemento a esta previsão por meio de um novo rol de condutas passíveis de responsabilização objetiva, pela via administrativa, da pessoa jurídica.** Assim, as empresas que atentarem contra o patrimônio público, nacional ou estrangeiro, ou os princípios da Administração Pública, ou, ainda, os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, passam a ser responsabilizadas civil e administrativamente, de forma objetiva, por seus atos. Isto sem prejuízo da aplicação de outras penalidades previstas nas demais leis que versam sobre o tema das licitações e contratos administrativos, embora nestas a aplicação das sanções dependa da comprovação do dolo ou da culpa. Ainda que, nas sanções administrativas previstas no artigo 6º da Lei 12.846/2013 e nas sanções judiciais arroladas no artigo 19 da mesma lei, o legislador não tenha incluído a penalidade de impedimento da pessoa jurídica infratora de licitar e contratar com o Poder Público, por determinado prazo, tal efeito pode ser considerado natural e decorre de uma leitura mais atentada Lei Anticorrupção que criou o Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP (art. 22) justamente para dar publicidade e inibir que essas empresas voltem a contratar com órgãos ou entidades públicos. Entretanto, tal interpretação esbarra no princípio da estrita legalidade, pelo qual não se pode impor sanções sem a prévia previsão legal (*nullum crimen, nulla poena, sine previa lege*). Afirma o artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Não obstante o princípio da tipicidade esteja se referindo a “crimes”, nada impede que seja estendido ao Direito Administrativo, que está sujeito ao princípio da legalidade (art.37, caput, CF), do qual decorre o da tipicidade. Este princípio também pode ser extraído do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, pelo qual os direitos e garantias constitucionalmente expressos não excluem outros decorrentes dos princípios por ela adotados. A tipicidade é uma garantia para os administrados, porque permite que os cidadãos e as empresas saibam quais são as condutas proibidas e suas respectivas sanções. O princípio da tipicidade também impede que a Administração Pública atue de forma arbitrária, não podendo impor penas fora das hipóteses previstas na lei. Tal situação também viria a ferir os princípios da segurança e da confiança jurídicas, que exigem que a conduta proibida e a sanção pela sua não observância estejam descritas previamente na lei, para que a ação do poder público não cause surpresa aos administrados. Dessa forma, a não previsão pela Lei 12.846/2013 do impedimento de licitar e contratar com o poder público, por prazo determinado, ou da declaração de

idoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública não pode conduzir a imposição destas sanções no processo administrativo de responsabilização objetiva das pessoas jurídicas infratoras. Porém, como a aplicação das sanções previstas na Lei 12.846/2013 não afeta os processos de responsabilização e aplicação das penalidades contidas nas Leis 8.666/93 (arts. 86-88) e 12.462/2011 (art. 47), a autoridade administrativa deve impô-las às pessoas jurídicas infratoras que praticar os atos ilícitos ali descritos, embora tal responsabilização dependa da comprovação do dolo ou da culpa. **De qualquer forma, constatada omissão – total ou parcial – da autoridade administrativa na imposição plena das sanções administrativas previstas em lei, caberá ao Ministério Público ajuizar ação civil pública para promover a responsabilização administrativa integral da pessoa jurídica infratora (interpretação conjunta dos artigos 20 e 30 da Lei 12.846/2013).** (Grifo nosso).

Eu concluí o autor, pontuando que “a Lei n. 12.846/2013 deve ser interpretada sistematicamente com as Leis 8.429/92 e 8.666/93, e as demais regras que versem sobre licitações e contratos administrativos, podendo a pessoa jurídica ficar sujeita, no que couber, às sanções previstas nos artigos 12 da Lei de Improbidade Administrativa, 86-88 da Lei de Licitações e 47 da Lei 12.462/2013, embora a harmonização das sanções deva respeitar o critério adotado em cada legislação sobre a responsabilização objetiva ou subjetiva”.⁵¹

3 Da dúvida do Promotor de Justiça solicitante

Restringe-se a consulta sobre o âmbito de incidência das Leis nº 8.429/1992 e 12.846/2013, bem como sua aplicação simultânea às pessoas físicas e jurídicas que praticaram atos contra a administração pública.

Discorreu-se, ao longo da presente nota, sobre os aspectos basilares de ambos os diplomas, bem como o contexto que propiciou suas inserções no arcabouço jurídico pátrio, além da integração ao chamado “microssistema de tutela à probidade administrativa”.

O Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento que é inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei 8.429/1992, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos artigos 9º, 10-A e 11 e de culpa ou dolo naqueles previstos no artigo 10.

Além disso, consignou também que é inviável a propositura de ação civil de improbidade administrativa exclusivamente contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda.

A Lei 12.846/2013 acresceu o sistema anticorrupção, suprimindo o vácuo legislativo na responsabilização de pessoas jurídicas, reprimindo o injusto cenário perpetrado há décadas e complementando o amparo à lealdade e honestidade na vida pública. Isso porque, conquanto a existência de precedentes que veiculassem a possibilidade da condenação de pessoas jurídicas por atos de improbidade (REsp 970393/CE 2012), não havia lei que regulamentasse a sanção dos entes coletivos de forma direta e autônoma.

Nesse ínterim, perfilhado à Teoria do Diálogo das Fontes, visualiza-se claramente que o cenário atual é de aplicação coordenada e sistematizada de todas as leis que compõem o microssistema de tutela à probidade administrativa. O emprego de um dos diplomas não afastaria, por si só, a incidência do outro, a fim de garantir justiça e proteção efetiva à lealdade e honestidade na ambiência pública.

De todo modo, constata-se que as leis possuem diferenças práticas significativas, a exemplo de:

(i) enquanto o polo passivo da ação por improbidade administrativa deva, necessariamente, contar com ao menos um agente público, a ação por improbidade empresarial (ou anticorrupção) não precisa ser movida em face de agentes públicos, podendo ser promovida apenas em face da pessoa jurídica;

(ii) a responsabilidade, na Lei 8.429/1992, será sempre subjetiva, ao passo que, pela Lei 12.846/2013, será objetiva em relação à pessoa jurídica;

Por todas as considerações antes alinhavadas, resta inarredável a conclusão de não haver óbices a incidência das Leis n. 8.429/1992 e 12.846/2013 num mesmo contexto fático. Isso porque, além da própria dicção legal, no sentido de que a aplicação das sanções previstas na Lei Anticorrupção não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de ato de improbidade administrativa nos termos da Lei no 8.429/1992, há também teorias jurídicas que subsidiam a aplicação coordenada, como a Teoria do Diálogo das Fontes.

Outrossim, conforme alinhado alhures, algumas das sanções cominadas são semelhantes, a exemplo da multa (embora em uma haja possibilidade de aplicação em sede administrativa e na outra apenas na responsabilização judicial). Nesse caso, observando o Princípio da Proporcionalidade, em especial no que pertine à proibição ao excesso, deve-se afastar situações que possam configurar sanções dúplices pelo mesmo fato, conjugando razoavelmente os diplomas a fim de propiciar a justiça e a equidade no caso concreto.

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, 06 de novembro de 2017

JOSÉ CARLOS FERNANDES JÚNIOR
Promotor de Justiça
Coordenador do CAO – Patrimônio Público

51 CAMBI, Eduardo. Pág. 40-41

Ementa: Transporte aquaviário intermunicipal. Competência estadual. Artigo 10, IX, da Constituição do Estado de Minas Gerais. Obrigatoriedade de execução direta ou mediante concessão do serviço público.

1 Relatório

O Procedimento de Apoio à Atividade Fim nº 0024.17.014131-1 foi instaurado devido à provocação do **Conselho Superior do Ministério Público**, por iniciativa do Procurador de Justiça Doutor **Jacson Rafael Campomizzi**, visando a expedição de nota jurídica e a elaboração de roteiro de atuação sobre o transporte aquaviário intermunicipal no âmbito do estado de Minas Gerais.

Contemporaneamente, o Promotor de Justiça Dr. Cleber Augusto do Nascimento, titular da 3ª Promotoria de Justiça de Campo Belo, também apresentou consulta sobre o tema, formalizada no Procedimento de Apoio à Atividade Fim nº 0024.17.015715-0, questionando se o transporte aquaviário intermunicipal seria de competência estadual ou municipal, dentre outras questões que restariam prejudicadas caso concluído ser do estado de Minas Gerais a responsabilidade pela fiscalização e execução do mencionado serviço público.

No primeiro PAAF, foram juntadas cópias do Inquérito Civil nº MPMG-0024.11.003183-8 oriundo da 17ª Promotoria de Justiça da Comarca de Belo Horizonte, cujo arquivamento foi submetido ao crivo do E. Conselho Superior.

Já no segundo PAAF, foram carreados documentos relacionados ao convênio firmado entre Furnas Centrais Elétricas S. A. e o município de Campo Belo, para a administração, operação e manutenção da balsa Saliba, de propriedade de Furnas, que opera no Porto dos Mendes, no reservatório da Usina de Furnas; bem como cópia dos contratos firmados pelo município de Campo Belo com a empresa Transportense Pereira e Moreira Ltda, para executar o serviço de travessia do Lago de Furnas, através de balsa, entre os municípios de Campo Belo e Nepomuceno.

Em síntese, é o relatório.

2 Introdução

Com efeito, o transporte de navegação interior ocorre sobre cursos d'águas naturais ou artificiais, no interior do continente, especialmente rios e canais. O curso d'água que atende às condições de navegação é denominado via navegável interior. Quando essa é declarada como Hidrovia Interior, significa que existem condições de uso para fluxos de carga, caracterizando, dessa maneira, uma infraestrutura

de transporte⁵². Um curso d'água naturalmente navegável torna-se uma hidrovia quando são executadas obras ou atividades de manutenção para melhorar suas condições de navegabilidade e ampliar sua capacidade de transporte⁵³.

Em Minas Gerais há aproximadamente 688 quilômetros de malha hidroviária, dividida entre trechos navegáveis dos Rios São Francisco, Paranaíba e Grande, conforme dados obtidos através do LATES – Laboratório de Análises Territoriais e Setoriais da Universidade Federal de Juiz de Fora⁵⁴.

3 Fundamentação

A Constituição Federal, ao tratar do transporte aquaviário, dispõe que sua exploração competirá à **União**, de forma direta ou mediante autorização, concessão ou permissão, quando se tratar de transporte que ocorra entre “portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território”⁵⁵.

A par de tal competência, a União criou a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ por meio da Lei Federal nº 10.223/2001⁵⁶, que assim estabelece:

Art. 23. Constituem-se a esfera de atuação da Antaq:
(...)

V- a exploração da infra-estrutura aquaviária federal.
(...)

§2º A ANTAQ harmonizará sua esfera de atuação com a de órgãos dos Estados e Municípios encarregados do gerenciamento das operações de transporte aquaviário intermunicipal e urbano.

Observa-se que a própria lei que criou dita autarquia federal, prevê, dentre suas atribuições, a exploração da infraestrutura aquaviária federal, que deve ser compatibilizada com a atuação dos estados e municípios que, conforme o dispositivo citado, são os encarregados do gerenciamento das operações de transporte aquaviário intermunicipal e municipal, respectivamente.

Nesse mesmo sentido é a Súmula Administrativa nº. 01/04, editada pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, que restringe a competência federal à navegação interestadual ou internacional e a **atribuição dos Estados para a fiscalização do transporte intermunicipal**:

52 CABRAL, B. O Papel das hidrovias no desenvolvimento sustentável da região Amazonica brasileira. Brasília: Senado Federal, 1996.

53 FERREIRA, L. F. C. G. A importância da intermodalidade no escoamento da produção do oeste baiano. Pirapora: AHSFRA/CODOMAR, 2002. 16 p.

54 BETARELLI JUNIOR, Admir Antonio; DOMINGUES, Edson Paulo. Infraestrutura de transporte e mobilidade urbana em Minas Gerais. Texto para discussão nº 02-2016. Laboratório de Análises Territoriais e Setoriais (LATES), Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2016.

55 CF, Art.21, XII, “d”.

56 **LEI Nº 10.233, DE 5 DE JUNHO DE 2001**. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências.

Súmula Administrativa 01: I - Compete à União, aos Estados e aos Municípios, por meio dos respectivos órgãos competentes, autorizar a pessoa jurídica, constituída de acordo com as leis brasileiras, com sede no País, atendidos os requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos nas normas pertinentes e, quando for o caso, nos Tratados, Convenções e Acordos Internacionais, a operar como Empresa Brasileira de Navegação que tenha por objeto o transporte aquaviário, observada, para efeito da efetiva autorização para prestação dos serviços de transporte:

a) a competência executiva da União, por meio da ANTAQ, para autorizar a prestação dos serviços de transporte aquaviário:

1) nas navegações de longo curso, de cabotagem, de apoio marítimo e de apoio portuário;

2) na navegação interior de percurso longitudinal, realizada em hidrovias interiores de percurso interestadual ou internacional;

3) na navegação de travessia, realizada em percurso interestadual ou internacional, ou que esteja inserido na abrangência dos sistemas rodoviário ou ferroviário federais;

b) a competência executiva dos Estados e do Distrito Federal para autorizar a prestação dos serviços de transporte aquaviário intermunicipal ou de travessia cujo percurso esteja inserido na área de abrangência dos respectivos sistemas rodoviário ou ferroviário estadual ou distrital;

c) a competência executiva dos Municípios para autorizar a prestação dos serviços de transporte aquaviário municipal urbano ou de interesse local ou cujo percurso esteja inserido na área de abrangência dos respectivos sistemas rodoviário ou ferroviário municipal.

II - De conformidade com o disposto no art. 22, incisos IX, X e XI, respeitado o disposto no art. 30, inciso V, todos da Constituição Federal, o Estado, o Distrito Federal e o Município, na outorga dos serviços de transporte aquaviário em suas respectivas áreas de competência executiva, observarão, no que couber, a legislação federal sobre a matéria.

A seu turno, a Constituição do Estado de Minas Gerais estabeleceu expressamente que:

Art. 10 - Compete ao Estado:

(...) IX - explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços de transporte ferroviário e aquaviário que não transponham os limites do seu território e o rodoviário estadual de passageiros;

Assim, facilmente observa-se que incumbe ao ente estadual a responsabilidade pela exploração, direta ou por delegação, do serviço público de transporte aquaviário realizado entre municípios integrantes do seu território.

A regulamentação do serviço de transporte intermunicipal, portanto, também compete ao Estado que prestará tal serviço em seu território. Entretanto, no âmbito do Estado de Minas Gerais, perdura a omissão legislativa em regulamentar o serviço público de transporte aquaviário que ocorre em seu território, nos moldes como fez a União ao editar a Lei Federal nº 10.233/2001.

No ano de 2012, na Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais chegou a ser proposto o Projeto de Lei nº 3.410, com o objetivo de regulamentar o citado artigo 10, IX, da Constituição Estadual, estabelecendo diretrizes gerais para a prestação do serviço de transporte aquaviário dentro do Estado, os direitos dos usuários, os deveres do prestador

e as regras a serem observadas pelos concessionários e permissionários.

Ocorre que, pesquisando o site da Assembleia⁵⁷, constata-se que tal proposição foi arquivada ao final da legislatura em 2014, seguindo determinação do Regimento Interno vigente à época, não tendo sequer passado pela Comissão de Constituição e Justiça.

De outra banda, a Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas do estado de Minas Gerais, na Nota Técnica SIT 043/2016⁵⁸, expedida em 19 de setembro de 2016 e juntada aos autos do Inquérito Civil nº MPMG-0024.11.003183-8, admite ser da competência do Estado a regulamentação do transporte fluvial intermunicipal. **Porém, justifica a inércia estatal em enfrentar a questão ao argumento teratológico de que os municípios, por iniciativa própria, assumem a execução desse serviço, senão vejamos:**

Apesar de não pairar dúvidas sobre a competência a nível Estadual sobre o ordenamento do transporte intermunicipal de passageiros, tem sido verificado historicamente que os próprios municípios, em função de demanda local, buscaram como alternativa o transporte por balsa, sem qualquer consulta em âmbito de Estado sobre a regularização e normatização destes serviços.

Desta forma, é comum verificar que as iniciativas locais de operação dos serviços de transporte por balsa partem, em sua grande maioria, ora de empreendimentos particulares/privados, ora por parte da própria Administração Municipal. Em ambos os casos, motivadas por necessidades locais.

Ao Estado, por sua vez, compete a regularização e disciplina do serviço deste transporte, bem como de seu planejamento. Em ambos os casos, todavia, carece de ser acionado, haja vista a impossibilidade (operacional e financeira-orçamentária) de dispor esta modalidade de serviço de transporte em todos os pontos de travessia ao longo do vasto território estadual.

Como exemplo de transporte aquaviário intermunicipal e, por conseguinte, cuja fiscalização e execução é de responsabilidade do estado de Minas Gerais, podemos citar o caso trazido à tona pelo PAAF nº MPMG-0024.17.015715-0.

Apesar do Rio Grande banhar os estados de Minas Gerais e de São Paulo e ser um dos formadores do Rio Paraná, denota-se que o caso em espeque refere-se a transporte realizado dentro dos limites do território mineiro, restringindo-se à travessia feita por balsa entre Campo Belo e Nepomuceno, ambos municípios mineiros, não se caracterizando, portanto, qualquer interesse federal.

Nesse sentido, é a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região a seguir transcrito:

ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE AQUAVIÁRIO NO INTERIOR DO ESTADO. AUTORIZAÇÃO. COMPETÊNCIA DA UNIÃO. INEXISTÊNCIA. COMPETÊNCIA ESTADUAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA ANTAQ. EXTINÇÃO O PROCESSO. 1. Objetiva a impetrante afastar impedimento ao direito de continuar operando, por prazo indeterminado, os serviços de travessia da Bacia do Vale do Itajaí-Açu/SC, no

57 https://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/tramitacao_projetos/interna.html?a=2012&n=3410&t=PL&aba=js_tabTramitacao

58 Confira cópia anexa.

regime de Autorização Federal, nos termos do art. 27 da Lei n. 10.233/2001. 2. A competência da União, leia-se, da ANTAQ, não compreende o transporte aquaviário como um todo, restringindo-se à navegação realizada entre portos brasileiros e fronteiras nacionais ou que transponham os limites de Estado ou Território, seja fluvial, lacustre, de cabotagem ou de longo curso. Logo, os Estados têm competência remanescente, ou seja, o transporte fluvial dentro dos Estados, pois próprio do interesse destes (arts. 21, inciso XII, letras "d" e "f" e 25, § 1º da Constituição). 3. Cabe ao Estado de Santa Catarina a competência para outorgar autorização de prestação de serviços de transporte de travessia intermunicipal, bem como para fixar e reajustar tarifas, sob pena de estar a ANTAQ invadindo esfera de competência estadual. 4. Se a União não é a pessoa competente para autorizar a continuação dos serviços e o aumento tarifário, inexistente relação jurídica a ser declarada na forma pleiteada. 5. Apelação provida para, reconhecida a ilegitimidade passiva da ANTAQ, julgar extinto o processo sem resolução de mérito.⁵⁹

De conseguinte, uma vez que o transporte ora sob análise se circunscreve aos limites territoriais do estado de Minas Gerais, mais especificamente entre os municípios de Campo Belo e Nepomuceno, estar-se-á diante de **transporte aquaviário intermunicipal**, não havendo que se falar em competência da União para regulamentar e executar o transporte em comento e, muito menos, competência municipal, pois, como visto, o transporte transcende tanto os limites do município de Campo Belo quanto o de Nepomuceno, **sendo, portanto, a prestação e fiscalização de tal serviço de inteira responsabilidade do estado de Minas Gerais.**

Noutro giro, depreende-se dos documentos que acompanham o PAAF nº MPMG-0024.17.015715-0, que há muito Furnas Centrais Elétricas S. A. vem firmando convênio com o município de Campo Belo, transferindo a ele a administração, operação e manutenção da balsa Saliba, de propriedade de Furnas, que opera no Porto dos Mendes; ato esse desprovido de qualquer espécie de autorização, concessão, permissão ou fiscalização por parte do ente federativo estadual.

O município de Campo Belo, por sua vez, contratou diretamente a empresa Transportense Pereira e Moreira Ltda. para executar o transporte hidroviário pelo Rio Grande entre os municípios de Nepomuceno e de Campo Belo, independentemente da realização de prévio procedimento licitatório.

Neste ponto, relevante destacar que a concessão ou permissão de serviço público devem ser objeto de prévia licitação, não apenas por força do disposto na Lei nº 8.987/1995, mas especialmente em razão do comando contido no art. 175 da Constituição Federal:

Art. 175. 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.

Aliás, a esse respeito, leciona Alexandre Mazza⁶⁰:

59 TRF1 - AC 0039318-39.2002.4.01.3400 - Rel. Des. Fed. João Batista Moreira - Publicação: 11/12/2009

60 MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo, Editora Saraiva, 7ª edição, p. 753.

O referido dispositivo autoriza concluir que ocorre prestação direta quando for realizada pessoalmente pelo próprio Estado (Administração direta), enquanto será indireta a prestação quando estiver a cargo de concessionários e permissionários. A delegação da prestação a concessionários e permissionários, por expressa determinação constitucional, depende da realização de procedimento licitatório. No caso da concessão, a licitação deve ser processada na modalidade concorrência pública, ao passo que na permissão pode ser utilizada qualquer modalidade licitatória.

Nessa linha, em princípio, o que se vislumbra da jurisprudência que tem se firmado sobre o tema é que a delegação dos serviços de transporte aquaviário entre municípios ou estados não foge à regra da licitação, sendo necessário que o ente público promova adequado certame para que se concedam iguais condições aos interessados em lograr a autorização.

A propósito, tal orientação é o entendimento dominante do Supremo Tribunal Federal:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 224 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO AMAPÁ. GARANTIA DE "MEIA PASSAGEM" AO ESTUDANTE. TRANSPORTES COLETIVOS URBANOS RODOVIÁRIOS E AQUAVIÁRIOS MUNICIPAIS [ARTIGO 30, V, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL] E TRANSPORTES COLETIVOS URBANOS RODOVIÁRIOS E AQUAVIÁRIOS INTERMUNICIPAIS. SERVIÇO PÚBLICO E LIVRE INICIATIVA. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 1º, INCISO IV; 5º, CAPUT E INCISOS I E XXII, E 170, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. (...) 5. Os transportes coletivos de passageiros consubstanciam serviço público, área na qual o princípio da livre iniciativa (artigo 170, caput, da Constituição do Brasil) não se expressa como faculdade de criar e explorar atividade econômica a título privado. A prestação desses serviços pelo setor privado dá-se em regime de concessão ou permissão, observado o disposto no artigo 175 e seu parágrafo único da Constituição do Brasil. A lei estadual deve dispor sobre as condições dessa prestação, quando de serviços públicos da competência do Estado-membro se tratar. 6. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da conjunção aditiva "e" e do vocábulo "municipais", insertos no artigo 224 da Constituição do Estado do Amapá.⁶¹

Portanto, tratando-se o transporte aquaviário intermunicipal modalidade de serviço público, é possível afirmar com segurança que sua delegação pelo poder público estadual está submetida à regra da prévia licitação.

Assim, constatado o descompasso dos fatos com a legislação vigente e mostrando-se o estado de Minas Gerais relutante em adequar-se aos comandos legais, outra alternativa não resta ao *Parquet* que não seja seu acionamento judicial, buscando compeli-lo a promover a fiscalização e a execução (direta ou por delegação) dos serviços de travessia entre os municípios envolvidos (confira minuta de petição inicial de ação civil pública anexa).

61 ADI 845, Relator Ministro Eros Grau, j. 22/11/2007

3 Conclusão

Diante de todo o exposto e respeitada a independência funcional do órgão de execução natural, conclui este Centro de Apoio Operacional que:

incumbe ao ente estadual a responsabilidade pela fiscalização e exploração, direta ou por delegação, do serviço público de transporte aquaviário realizado entre municípios integrantes do seu território;

a concessão de dito serviço público deve ser objeto de prévia licitação, não apenas por força do disposto na lei n. 8.987/1995, mas especialmente em razão dos comandos contido no art. 175 da Constituição Federal e no art. 10, inc. IX, da Constituição Estadual Mineira.

Remeta-se, **via e-mail**, cópia da presente peça e da minuta de petição inicial anexa ao Exmo. Sr. Presidente do Conselho Superior do Ministério Público, ao Procurador de Justiça Doutor Jacson Rafael Campomizzi e ao Promotor de Justiça consulente Doutor Cleber Augusto do Nascimento, com posterior arquivamento dos procedimentos.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 21 de novembro de 2017

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

Nota Jurídica nº 36/2017

PAAF nº 0024.17.017924-6

Representante: Promotora de Justiça da Comarca de Extrema

Ementa: Concurso público. Exigência de curso de pós-graduação ao candidato. Existência de previsão legal. Constitucionalidade aferida mediante razoabilidade da exigência. Possibilidade de ofensa ao princípio da isonomia no concurso público.

1 Relatório

Trata-se de e-mail encaminhado a este Centro de Apoio Operacional pela Promotora de Justiça Rogéria Cristina Leme, apresentando questão relativa à exigência de pós-graduação para candidatos a cargos específicos cujas vagas foram oferecidas em edital de concurso público expedido pela Prefeitura Municipal de Extrema. A consulente manifestou entendimento de que tais exigências seriam excessivas, e que resultariam, certamente, na ausência de candidatos aptos ao preenchimento das vagas.

De acordo com seu relato, as especializações que estão sendo exigidas dos candidatos aos cargos oferecidos pelo edital do concurso são raríssimas, o que põe em risco a efetividade do certame, já que provavelmente não haverá aprovados que atendam aos requisitos impostos. Por esta razão, teria sido recomendada a alteração do edital, fundamentada em jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Em resposta, o Município encaminhou cópias das leis municipais que, ao criar os respectivos cargos, impuseram as exigências em questão.

Em síntese, é o relatório.

2 Fundamentação

Como é sabido, o inciso I do art. 37 da Constituição Federal garante o acesso aos cargos, empregos e funções públicas aos brasileiros que preencham os requisitos **estabelecidos em lei** e aos estrangeiros **na forma da lei**.

A previsão constitucional pretendeu garantir o amplo acesso aos cargos, empregos e funções públicas como forma de materialização do princípio da isonomia, princípio basilar do Estado Democrático de Direito. Desta forma, a interpretação do dispositivo constitucional deve perseguir este objetivo, de forma que o maior número possível de brasileiros (ou estrangeiros, dependendo do caso) possa se candidatar ao preenchimento das vagas de trabalho disponíveis.

Obviamente, a amplitude do acesso a estes postos encontra determinados limites, sendo o principal deles a garantia do provimento destas vagas por pessoas capazes de exercer as funções que lhes serão atribuídas de maneira eficaz, a fim de que seja atendido o interesse público pretendido com a criação dos respectivos cargos, empregos e funções. Dentro deste contexto, resta claro, por exemplo, ser

cabível exigir-se a formação em curso superior de medicina e especialização em saúde da família para os candidatos ao provimento de cargo de médico da família existente em postos de saúde municipais.

A função de assegurar a amplitude do acesso aos cargos, empregos e funções dentro dos limites do não comprometimento da eficácia do serviço a ser prestado atribuiu o constituinte à lei. Assim, não é dado ao Poder Executivo, no caso, estabelecer através do edital – mero ato administrativo – exigências não previstas em lei.

É este o entendimento não só do Supremo Tribunal Federal, como destacado pela consulente em seu e-mail encaminhado ao CAOPP, como também do Superior Tribunal de Justiça e de outros Tribunais pátrios, como se vê:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. EXPERIÊNCIA PROFISSIONAL. NECESSIDADE DE LEI. PRECEDENTES. 1. É irrelevante para o desate da questão o objeto da investidura, quando em debate a violação direta do art. 37, I, da Constituição Federal. 2. A exigência de experiência profissional prevista apenas em edital importa em ofensa constitucional. Precedentes. 3. A investidura em cargo ou emprego das empresas públicas e sociedades de economia mista, regidas pela CLT, nos termos do art. 173, § 1º, da Constituição Federal, submete-se à regra constitucional do art. 37, II. 4. Agravo regimental improvido.

(RE 558833 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 08/09/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 EMENT VOL-02375-06 PP-01660)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA.

DECADÊNCIA AFASTADA. SERVIDOR PÚBLICO. CONCURSO. INVESTIGADOR DE POLÍCIA. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA QUE EXTRAPOLA OS DITAMES LEGAIS.

NULIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. O prazo decadencial do mandado de segurança passa a fluir a partir do momento em que o impetrante, com base em regra editalícia, foi impedido de tomar posse no cargo almejado. Precedentes da Corte Especial.

2. De acordo com a orientação do Supremo Tribunal Federal, firmada a partir da interpretação do art. 37, I, da CF/88, os requisitos necessários para fins de acesso a cargos, empregos e funções públicas devem estar definidos em lei.

3. Se o art. 77, VIII, da Lei Complementar Estadual n. 155/2004 (Estatuto da Polícia Civil do Estado de Mato Grosso) exige do candidato ao cargo de Investigador de Polícia apenas certificado de conclusão escolar de grau superior, registrado no Ministério da Educação, não poderia o edital do certame exigir diploma de curso de graduação de nível superior.

4. Nos termos do art. 44 da Lei n. 9.394/1996, a educação superior abrange os cursos sequenciais por campo de saber, de graduação, de pós-graduação e de extensão, qualquer deles suficiente, na hipótese, para atendimento às exigências legais.

5. Recurso ordinário em mandado de segurança provido.

(RMS 30.836/MT, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 15/02/2016)

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE PROFESSOR NÍVEL 3. PÓS-GRADUAÇÃO. EXIGÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA LEGISLAÇÃO ESTADUAL.

1. Trata-se de recurso ordinário em que se discute a ilegalidade do Edital nº 002/GDRH/SEAD/2010 ao exigir diploma de pós-graduação em área de tecnologias ou informática, para o cargo de Professor Nível 3 – Multimídias integradas - da Secretaria de Estado da Educação de Rondônia, uma vez que a lei da educação estadual - Lei Complementar nº 420/2008 - prevê apenas a exigência de diploma em ensino superior.

2. Dispõe o art. 5º, inciso III, da Lei Complementar Estadual nº 420/08, que cuida do Plano de Carreira, Cargos e Remuneração dos Profissionais da Educação Básica do Estado de Rondônia que para o cargo de Professor Nível 3 é necessário "formação em curso superior de licenciatura plena, Normal Superior ou outra graduação correspondente à áreas de conhecimento específicas, do currículo escolar, em nível de bacharelado com licenciatura plena; Habilitação pedagógica nas áreas de administração escolar, supervisão escolar, orientação educacional e magistério superior Indígena ." 3. O edital do certame exigiu para o Cargo de Professor Nível 3 – Multimídias Integradas - formação em curso superior de graduação em pedagogia ou outra licenciatura ou bacharel com complementação pedagógica' em qualquer área da educação com Pós-Graduação específica da área de Tecnologias ou Informática reconhecidos pelo MEC. 4. Comparando-se o texto da Lei Complementar Estadual nº 420/2008 e o edital do certame, verifica-se que a exigência de Pós-Graduação não encontra previsão na legislação estadual, não podendo ser cobrada para a admissão no referido cargo.

5. Recurso ordinário provido.

Ao que se pode depreender da leitura das ementas acima, o entendimento dos nossos tribunais é no sentido de que à lei do ente federado a que se refira o cargo, emprego ou função, cabe o estabelecimento dos requisitos necessários ao candidato para seu provimento. Tendo, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça já externado entendimento segundo o qual se encontra no âmbito de discricionariedade da administração definir normas e critérios específicos de seleção e aprovação de seus servidores:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO SELETIVO INTERNO. EDITAL. DECRETO 20.442/98 DO ESTADO DE PERNAMBUCO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. RECURSO DESPROVIDO.

1. Cabe à Administração definir as normas e critérios específicos de seleção e aprovação de seus servidores, respeitando sempre os direitos e garantias dos participantes da disputa que estarão, assim como a própria Administração, vinculados ao Edital do concurso público.

2. A definição dos critérios utilizados para se alcançar o perfil do candidato, de acordo com as atividades que serão exercidas, é feita de forma discricionária pela Administração, que, com base na oportunidade e conveniência do momento, estabelece as diretrizes a serem seguidas na escolha dos candidatos.

3. À míngua de comprovação do preenchimento dos requisitos exigidos no instrumento convocatório, não há que se falar em ofensa a qualquer direito líquido e certo pelo ato administrativo que tornou sem efeito a aprovação de candidato.

4. Recurso Ordinário desprovido, em consonância com o parecer ministerial.

(RMS 24.940/PE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 25/09/2008, DJE 20/10/2008)

Ao tratar do princípio da isonomia no concurso público, afirma Marçal Justen Filho em seu Curso de Direito Administrativo (p. 854):

Quando o Estado escolhe mediante concurso público alguns particulares para serem investidos em cargo público, isso configura um tratamento discriminatório, que privilegia alguns indivíduos. O que é inadmissível é a discriminação arbitrária e injustificada.

(...)

Ao elaborar o regulamento, o estado deverá identificar as virtudes desejáveis para o futuro ocupante do cargo público. Essa identificação deverá tomar em vista a natureza das atribuições do cargo, a responsabilidade daí derivada e outras características que podem alcançar inclusive a capacitação física indispensável.

A partir disso, serão estabelecidos requisitos de participação e critérios de julgamento, que devem apresentar cunho instrumental em vista das virtudes identificadas.

A validade dos requisitos de participação e dos critérios de julgamento depende da sua adequação e necessidade diante das virtudes desejáveis para o futuro servidor público, tal como da compatibilidade da exigência com os valores constitucionais fundamentais.

Assim como a lei de criação dos cargos, empregos e funções deve ser de iniciativa do chefe do poder a que estarão vinculados, incluindo a descrição das respectivas atribuições, também a lei que trate dos requisitos e critérios de julgamento necessários para aprovação em concurso público para preenchimento das vagas deverá ser da mesma iniciativa. Neste sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. L. EST. 9.717, DE 20 DE AGOSTO DE 1992, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, QUE VEDA O ESTABELECIMENTO DE LIMITE MÁXIMO DE IDADE PARA INSCRIÇÃO DE CANDIDATOS NOS CONCURSO PÚBLICOS REALIZADOS POR ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA E INDIRETA DO ESTADO: PROCEDÊNCIA. A vedação imposta por lei de origem parlamentar viola a iniciativa reservada ao Poder Executivo (CF, art. 61, § 1º, II, 'c'), por cuidar de matéria atinente ao provimento de cargos públicos. (ADI n.º 776/RS, Pleno. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJe, 06/09/2007).

Observe-se que a lei que estabelecer requisitos e critérios para o candidato ao provimento de cargo, emprego ou função pública deverá obedecer à legislação nacional que regulamente o exercício da profissão, se for o caso. Como exemplo, tomemos o cargo de técnico de time de vôlei: é indispensável a formação em curso superior de Educação Física, conforme o disposto na Lei n.º 9.696/98 (lei federal que regulamenta o exercício da profissão de educador físico).

Por outro lado, e como já se afirmou anteriormente, não se pode perder de vista o fato de que o fim último da garantia constitucional de que o provimento de cargos, empregos ou funções públicos se dê, em regra, por meio de concurso público, é assegurar o amplo acesso a estas vagas de trabalho. Destarte, as restrições decorrentes do estabelecimento de requisitos e critérios de julgamento

pela legislação local encontram limite na necessidade para o eficaz atendimento da demanda que motivou a criação do respectivo cargo, emprego ou função, não podendo ser exacerbadas ou mesmo dispensáveis.

Seguindo esta linha de raciocínio, pode-se concluir pela inconstitucionalidade da lei que imponha como requisito para o ingresso em determinado cargo público exigência desmedida ou irrazoável. Seria o caso, por exemplo, de exigir-se diploma de doutorado a professor cuja atribuição seja lecionar em escolas de nível fundamental e médio. Este diploma poderia ser considerado como título para favorecer o candidato à vaga, mas não se afigurar como requisito indispensável ao exercício da função.

Mais uma vez vale a pena conferir o entendimento do STF:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. LIMITE DE IDADE. LEI ESPECÍFICA. SÚMULA 683 DO STF. Alegada ofensa ao art. 93, IX, da CF. Agravo improvido. I – O acórdão recorrido encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que o limite de idade para inscrição em concurso público só se legitima quando previsto em lei e possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido. (...) III – Agravo regimental improvido. (AgRg no AI n.º 722.490/MG, Primeira Turma. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. DJU, 06/03/2009).

No mesmo sentido é a doutrina do já citado Marçal Justen Filho (ob. Cit., PP. 858/859):

A eleição de critérios restritivos objetivos reflete uma presunção absoluta (nunca uma ficção) no sentido de que os sujeitos que não preencherem os requisitos editalícios não disporão de condições de satisfazer as necessidades do aparato estatal.

(...)

O requisito de participação deve ser adequado e necessário, sendo compatível com os valores constitucionais fundamentais. Assim se impõe em vista da natureza instrumental do concurso público. É o meio de selecionar as pessoas dotadas das melhores condições de desempenhar as atribuições inerentes a determinado cargo público.

Retomando o exemplo do técnico de vôlei do município de Extrema, suas atribuições previstas no Edital do Concurso Público/2017 são as seguintes:

Descrição Sumária: Promover a saúde das pessoas através da prática de atividades físicas, além de planejar, supervisionar e coordenar programas esportivos e recreativos. ATRIBUIÇÃO: Programar atividades físicas e esportivas em grupos ou individualmente, independente da modalidade; incluir e auxiliar portadores de necessidades especiais com ginásticas e exercícios especiais, independente da modalidade, orientar na realização de exercícios que visam melhorar a capacidade física, psicológica, tática e técnica, atender grupos especiais, inclusão de idosos, gestantes, portadores de necessidades especiais em atividades recreativas, desenvolver a autonomia, inclusão, cooperação, convivência, participação e as inteligências múltiplas da modalidade, atuar como técnico ou preparador de equipes e times, profissionais ou amadores de diversas modalidades esportivas, ter bom nível de relacionamento entre aluno e professor, sendo essenciais para a aprendizagem dos conteúdos propostos, apresentar planejamento de trabalho anual, vivencia prática em outras modalidades esportivas, desenvolver no atleta o processo de transição social, contribuindo com a inclusão do atleta na

sociedade; buscar inovações e aprimoramento do conteúdo prático, ter habilidades para adaptação de aula devido algum problema na estrutura física das dependências, executar outras atividades afins e compatíveis na área esportiva, preencher a documentação solicitada pela coordenação e entregá-la no prazo estipulado; zelar pela aprendizagem do aluno, pela disciplina e pelo material utilizado, auxiliar em competições organizadas pela Secretaria de Esportes, participar de reuniões técnicas a pedido da Secretaria de Esportes, atender quaisquer solicitações da chefia referente ao cargo, o contratado deverá ministrar aulas nos períodos matutino, vespertino ou noturno de acordo com a necessidade.

As normas para o registro de treinador e preparador físico de quadra ditadas pela Confederação Nacional de Voleibol estabelecem cinco diferentes níveis para o registro de treinador de acordo com o grau de qualificação: (níveis I, II, III, IV e Ouro). Para obtenção do registro, o treinador deverá atender às seguintes exigências:

Artigo 2º-Para obtenção do registro dos níveis de qualificação previstos no Artigo 1º, o treinador deverá atender às seguintes exigências:

§ 1º-Treinador Nacional Nível I (Voleibol para Iniciação):

I Ter registro no Conselho Regional de Educação Física (CREF);

II Ser Bacharel ou possuir Licenciatura Plena em Educação Física e/ou provisionado com especificidade para trabalhar com voleibol e/ou

III Ter sido aprovado em Curso Nacional de Treinadores da CBV ou FIVB, Nível I.

Qualificação: Estará habilitado a trabalhar na iniciação ao voleibol e na formação de atletas jovens.

§ 2º -Treinador Nacional Nível II (Voleibol Básico):

I Ter registro no Conselho Regional de Educação Física (CREF);

II Ter o Nível I da CBV ou FIVB ou seu correspondente (Bacharel em Educação Física ou Provisionado);e

III Ter sido aprovado em Curso Nacional de Treinadores da CBV ou FIVB , Nível II ou

IV Ser pós-graduado Lato-Sensu em Voleibol.

Qualificação: Estará habilitado a dirigir equipes até o Sub-20 no masculino e Sub-19 no feminino.

§ 3º Treinador Nacional Nível III (Voleibol Avançado):

I Ter registro no Conselho Regional de Educação Física (CREF);

II Ter o Nível II da CBV ou FIVB ou seu correspondente (Pós-graduação Lato Sensu em Voleibol);e

III Ter sido aprovado em Curso Nacional de Treinadores da CBV ou FIVB , Nível III

Qualificação: Estará habilitado a dirigir equipe de qualquer nível em competições oficiais da CBV.

§ 4º Treinador Nacional Nível IV (Voleibol de Alto Rendimento):

I Ter registro no Conselho Regional de Educação Física (CREF);

II Ter o Nível III da CBV ou FIVB; e

III Ter sido aprovado em Curso Nacional de Treinadores Nível IV

da CBV.

Qualificação: Estará habilitado a dirigir equipe em competição estadual, nacional ou internacional, bem como a planejar, executar e avaliar programas para o Voleibol Nacional.

§ 5º- Treinador Nacional Ouro (Título de Honra):

I Treinador (e seu assistente) que obtiver na direção de Seleção Brasileira Título Olímpico ou Mundial (Campeão Olímpico, Campeão Mundial, Campeão da World League ou Campeão do Grand Prix).

Obs.: O título de Treinador Ouro não altera o seu Nível em curso na CBV.

Como se vê, o curso de pós-graduação em voleibol, para fins de registro na CBV é exigível para Treinador Nacional Nível II, caso não haja sido o profissional aprovado em Curso Nacional de Treinadores da CBV ou FIVB Nível II. O Treinador Nacional Nível II é habilitado a dirigir equipes até o sub-20 no masculino e sub-19 no feminino. Para fins de dirigir equipe de qualquer nível em competições oficiais da CBV, é exigível do treinador a pós-graduação ou possuir o Nível II da CBV e ter sido aprovado em Curso de Treinadores Nível III da CBV ou FIVB. Assim, para registro de treinador na CBV, em qualquer nível, a pós-graduação em voleibol não é requisito essencial, podendo ser substituída pela aprovação no Curso de Treinadores Nível II da CBV ou da FIVB. Por outro lado, cabe observar que o registro na Confederação Brasileira de Voleibol só é necessário para os treinadores de times profissionais que irão disputar campeonatos nacionais ou internacionais. Ao treinador de equipes de iniciação no esporte só é exigível o bacharelado em Educação Física.

Dentro deste contexto, verifica-se que a exigência legal relativa ao curso de pós-graduação em voleibol é prescindível ao provimento do cargo de Técnico de Voleibol de um município do porte de Extrema, restringindo, assim, a garantia do amplo acesso ao cargo público.

3 Conclusão

Respeitada a independência funcional da Promotora de Justiça Natural, e considerando o até aqui exposto, conclui o Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público violar o princípio da isonomia no concurso público a exigência de requisitos irrazoáveis aos candidatos ao provimento de cargos, empregos e funções públicas, como é o caso da exigência de pós-graduação em voleibol ao candidato ao provimento do cargo de técnico de voleibol do município de Extrema.

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, 28 de novembro de 2017

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

Ementa: Parcerias voluntárias. Subvenções a entidades da Administração Pública Direta. Acordo homologado judicialmente durante vacatio legis. Efeitos futuros e pendentes. Inexistência de ofensa à coisa julgada. Segurança Jurídica. Aplicabilidade imediata da Lei 13.019/14. Transição. Proibição ao retrocesso.

1 Relatório

Trata-se de consulta formulada pelo Promotor de Justiça Dr. Cristiano Moreira Silva, com atribuições na 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Capelinha/MG, questionando acerca da eficácia de acordos homologados judicialmente que preveem o pagamento de subvenções a asilos, APAEs e entidades de acolhimento de crianças e adolescentes em situação de risco, a partir do advento da Lei 13.019/14 e da suposta ofensa a coisa julgada com a aplicação imediata da novel lei.

Foi trazida à baila cópia das decisões homologatórias de acordos firmados entre os municípios da comarca de Capelinha e as referidas entidades, cujo objeto se refere às subvenções mensais repassadas a estas.

Em síntese, é o relatório.

2 Fundamentação

2.1 Introdução Preliminar: Lei como instrumento positivador da Norma Jurídica

Sacha Calmon Navarro Coelho, acompanhado por significativa parcela da doutrina, afirma que “norma” e “lei” são figuras teóricas diferentes⁶². Prescreve o autor que o Direito, enquanto técnica de disciplinação e controle, busca a obtenção de comportamentos humanos e a construção de instituições sociais, manifestando-se de diversas maneiras, sobretudo por meio da linguagem, escrita ou oral, que detém relevante destaque na ambiência jurídica.

Esclarece que **norma** consiste em um **comando**, imperativo ou autorizativo, resultado da conjugação de significados mandamentais de ordem moral ou jurídica, desinentes de uma autoridade. Para Kelsen, as normas podem ser abstratas, o que não é possível cogitar a respeito das *leis*, as quais, a seu turno, são instrumentos que **assentam esses comandos** por meio de enunciados hipotéticos, necessariamente escritos (positivados), com fim precípuo de assegurar a paz e a segurança social.

Nessa esteira:

A norma, pois, não é a mesma coisa que a lei, entendida esta como a fórmula verbal de um legislador anônimo (costume) ou como fórmula escrita de um legislador institucional (lei, estrito senso). A norma é a expressão objetiva de uma prescrição formulada pelo legislador que não se confunde com aquilo a que comumente chamamos de lei. Isto quer dizer que a norma, posto já se contenha nas leis, delas é extraída pela dedução lógica, função do conhecimento. Kelsen reconheceu isto ao referir-se à necessidade de “conhecer” antes a norma para poder “aplicá-la”. A norma estaria “dentro” do sistema jurídico de envolta com as formulações escritas ou costumeiras do legislador, por isso que seria a expressão objetiva de um ato de vontade. Careceria, todavia, de ser apreendida (porque a norma é, antes de tudo, sentido; pode até ter diferentes sentidos, diversas possibilidades de aplicação, nisto residindo o intenso e apaixonante dinamismo do Direito como fenômeno de adaptação social).⁶³ (Grifamos).

Assim, **a Lei exsurge para dar forma escrita à norma**, ou seja, para positivá-la no ordenamento jurídico. Seu fim, então, não pode ser outro senão àqueles decorrentes da própria norma, qual seja, **tutelar valores considerados genuinamente relevantes para a sociedade**. Todavia, soma-se a essa atribuição a aptidão que possui de conferir efeitos jurídicos a certos modelos de atos ou fatos que repercutem expressivamente no âmago social. Dado seu caráter instrumental, a lei concretiza os atributos da norma jurídica: **imperatividade** (porque vincula condutas devidas e comportamentos proibidos) e o chamado “elemento autorizante” (pois viabiliza a exigibilidade do cumprimento, caso haja violação).

Nessa mesma esteira, Maria Helena Diniz desenvolve a importância da Lei no Estado de Direito. Segundo a autora, “há no Estado moderno uma **supremacia da lei** ante a crescente tendência de codificar o direito para atender a uma exigência de maior certeza e segurança para as relações jurídicas”, concluindo que **a atividade legiferante é tida como fonte principal do direito**, a fonte jurídica por excelência⁶⁴.

Verdadeiramente, ao menos para os Estados cuja disciplina jurídica é influenciada pelo Direito Romano-Germânico (Civil Law), a estrutura normativa fundamenta-se precipuamente no direito positivado, cuja forma é necessariamente escrita, em que há um predomínio claro em relação às demais fontes do direito, como o costume.

Nesse íterim, a Constituição Federal de 1988, já em seu primeiro artigo, dispõe que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos estados e municípios e do Distrito Federal e constitui-se em **Estado Democrático de Direito**. José Afonso da Silva, em cristalinas palavras, amestra que:

62 COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Norma Jurídica e Lei são figuras teóricas diferentes**. Disponível em <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/73>. Acesso em 30 de outubro de 2017.

63 COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Norma Jurídica e Lei são figuras teóricas diferentes**. Disponível em <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/73>. Acesso em 30 de outubro de 2017.

64 DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à Ciência do Direito**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. Pág. 283.

O princípio da legalidade é também um princípio basilar do Estado democrático de Direito. É da essência do seu conceito subordinar-se a Constituição e fundar-se na legalidade democrática. **Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Deve-se, pois, destacar a relevância da lei no Estado democrático de Direito, não apenas quanto ao seu conceito formal de ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas também quanto à sua função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional qualificado. A lei é efetivamente o ato oficial de maior realce na vida política. Ato de decisão política por excelência, é por meio dela, enquanto emanada da atuação da vontade popular, que o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminados de conduta, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiar-se na realização de seus interesses.** É precisamente no Estado democrático de Direito que se ressalta a relevância da lei, pois ele não pode ficar limitado a um conceito de lei, como o que imperou no Estado de Direito clássico. Pois ele tem que estar em condições de realizar, mediante a lei, intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade. Significa dizer: a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social. E se a Constituição se abre para as transformações políticas, econômicas e sociais que a sociedade brasileira requer, a lei se elevará de importância, na medida em que, sendo fundamental expressão do direito positivo, caracteriza-se como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição e aí exerce função transformadora da sociedade, impondo mudanças sociais democráticas, ainda que possa continuar a desempenhar uma função conservadora, garantindo a sobrevivência de valores socialmente aceitos.⁶⁵ (Grifo nosso).

Desse modo, em consequência de tamanha relevância, o processo de confecção de leis, bem como sua aplicação no tempo e no espaço, tornou-se objeto de estudo há longa data. No Brasil, já na Constituição da República de 1891 havia capítulo destinado a regulamentar a elaboração de “Leis e Resoluções”. Assim também prosseguiram, embora com paulatino aprimoramento, nas Constituições de 1934, 1946, 1967⁶⁶ (inclusive depois da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1966 - que, embora se trate formalmente de emenda constitucional, materialmente foi nova constituição) e, finalmente, 1988.

65 SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. Malheiros: São Paulo, 2005. Pág. 121.

66 “A Constituição de 1967, obediente à filosofia política que comandou sua elaboração, recolheu as inovações que a Emenda Constitucional nº 17, de 1965, inseriu no processo legislativo constitucional, mas ampliou a matéria e consagrou outras inovações, dentro das inspirações política pós-19674.” Diferente da Carta Polaca, que representou severos retrocessos na temática, pois, “a subordinação do processo legislativo ao regime político é ostensiva na Constituição de 10 de novembro de 1937. A ordem constitucional converteu o Presidente da República na autoridade suprema do Estado (art. 73). A opção autoritária qualificou o regime político e definiu as relações dos demais órgãos do Estado em face da autoridade presidencial. (...) O Parlamento deixaria de ser Câmara de deliberação, para converter-se, com docilidade, em Câmara de aclamações. Desapareceu a iniciativa do membro isolado de qualquer das Câmaras”. HORTA, Raul Machado. **O Processo Legislativo nas Constituições Federais Brasileiras**. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181903/000443783.pdf?sequence=1>. Acesso em 31 de outubro de 2017.

Em nível infraconstitucional, o Decreto-Lei nº 4.657, desde 4 de setembro de 1942, tratou da temática e assim permanece até os dias atuais. A Lei de Introdução às **Normas do Direito Brasileiro**⁶⁷ detém, por isso, *status* de “norma de sobredireito” (*lex legum*). Ainda, em razão do parágrafo único do Art. 59 da Constituição da República de 1988, foi sancionada em 1998 a Lei Complementar nº 95, destinada a dispor sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, bem como estabelecer normas para a consolidação dos atos normativos.

Com efeito, reportadas leis surgiram para orientar tanto Legislador em seu mister, como o intérprete, no que pertine à aplicação das Leis e das respectivas normas que veiculam, regulamentando o modo de sua feitura e de sua aplicação e interpretação, conferindo tratamento especial ao tema que, como dito, possui grande relevância para o Estado (Democrático) de Direito.

2.1.1 Da aplicação das Leis: concisas considerações sobre as disposições constitucionais e infraconstitucionais afetas ao tema

Conforme mencionado alhures, a temática possui assento constitucional desde a primeira Carta Republicana, em 1891. A Constituição de 1988, em razão de seu caráter redemocratizador, reservou onze artigos (59 a 69) para tratar do tema, alocados na Seção VIII, do Capítulo I, do Título IV, destinada a tratar sobre o Processo Legislativo.

Explica Maria Helena Diniz que “o processo legislativo vem a ser um conjunto de fases constitucionalmente estabelecidas, pelas quais há de passar o projeto de lei, até sua transformação em lei vigente”.⁶⁸

Com efeito, os artigos tratam de aspectos concernentes à iniciativa, discussão, deliberação, sanção, promulgação e publicação. Destinam-se ao **modo** como se deve produzir uma lei no país e sua inobservância gera efeitos gravíssimos (declaração de inconstitucionalidade por vício de forma).

A Lei Complementar nº 95/98 surgiu nesse mesmo intento, destinando-se, porém, a orientar e sistematizar os pormenores na atividade legiferante. Dirige-se eminentemente ao Legislador que deverá observá-la no que concerne a técnicas de **elaboração, redação e alteração** das leis, entre outros aspectos.

Por outro lado, a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1942) assume viés mais prático, destinando-se a tratar de assuntos preliminares, como início da obrigatoriedade das leis (art. 1º), vigência e eficácia das normas jurídicas (arts. 1º e 2º), mecanismos de integração das normas (art. 4º), critérios de hermenêutica e de interpretação (art. 5º), direito intertemporal (art. 6º) e assim por diante.

Infere-se que as regras constitucionais sobre o processo legislativo, bem como a Lei Complementar nº 95/98, tratam

67 No que pertine à terminologia, é interessante anotar que inicialmente a terminologia para o diploma era “Lei de Introdução ao Código Civil”. Somente em 2010, com o advento da Lei nº 12.376, é que a nomenclatura foi alterada, passando a vigorar com a redação atual.

68 DINIZ, 2000. Pág. 288.

particularmente do período que **antecede** à própria existência da norma até a conclusão de sua criação. Lado outro, a LINDB discorre sobre as minudências que remontam a sua gênese no ordenamento até sua revogação, momento a partir do qual não mais integrará o sistema jurídico pátrio.

De fato, o Decreto, já no artigo inaugural, determina que “salvo disposição contrária, a lei começa a **vigorar em todo o país** quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada” (Art. 1º). Dois aspectos são dignos de nota: (i) partindo da premissa que todas as leis são **válidas** (ou seja, regularmente produzidas, conforme disposições constitucionais afetas ao tema), são dotadas de **vigência**; e (ii) essa disposição substitui o sistema de obrigatoriedade progressiva ou gradativa para tornar **simultânea a obrigatoriedade** em todo território nacional.

Relevante, ainda, é apontar que parcela da doutrina, a exemplo de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, difere os conceitos de **vigência e vigor**. Para os adeptos, *vigência* é um critério exclusivamente temporal, afeto ao **período de validade da norma**, ao passo que *vigor* diz respeito a real produção de **efeitos**, aspecto de efetiva eficácia e força vinculante. É com base nesses fundamentos que é possível explicar, por exemplo, questões alusivas a extratividade legal (hipóteses excepcionais de retroatividade ou ultratividade).⁶⁹

A respeito do conceito de vigência, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, citando José Jairo Gomes, afirmam que:

Vigente é a norma existente que se encontra apta a produzir efeitos para os quais foi concebida, sendo, portanto, vinculante e obrigatória. Tal não significa que a norma gere efeitos na vida real, bastando que seja apta a produzi-los. Na verdade, a produção de efeitos depende de várias ocorrências práticas, entre as quais se encontrarem as pessoas na situação prevista.⁷⁰ (Grifo nosso).

O lapso temporal compreendido entre a promulgação (compreendida também a publicação) da lei e o início da real produção de efeitos é nomeado de *vacatio legis*. Esse período é destinado para que a sociedade não seja surpreendida com o novel regramento, permitindo a **adaptação** necessária frente à complexidade da norma. O prazo pode variar e, por essa razão, deve ser preferencialmente fixado de forma **expressa** pelo Legislador, apontando seu termo final. Entrementes, na hipótese de omissão, a lei passa a vigorar 45 (quarenta e cinco) dias em todo território, como regra geral.

Nesse ínterim, é possível inferir que durante o prazo de vacância a lei **não** detém nem **vigor** (ou seja, não produz efeitos) **nem eficácia**, haja vista que “**durante a vacatio legis a norma ainda não tem obrigatoriedade, embora já exista**”⁷¹. Isso posto, é possível afirmar que a vigência diz respeito à data que a lei está **apta** a produzir os seus efeitos perante todo o ordenamento jurídico.

De fato, se a *vacatio legis* compreende o período necessário ao conhecimento de uma nova ordem jurídica e preparação das autoridades competentes ao seu devido cumprimento, seria de todo incoerente admitir a respectiva obrigatoriedade e aptidão para produzir efeitos. A *Vacatio Legis*, quando fixada, possui sentido e necessidade que **não** podem ser desprezados, conforme entendimento que se extrai de José Afonso da Silva *apud* Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2005, p. 108):

o estabelecimento desse período de vacância (que pode, ou não existir) se justifica por duas razões: (1) permite que a lei seja mais e melhor conhecida daqueles a quem se destina; e (2) proporciona às autoridades incumbidas de executar a lei a oportunidade de se prepararem para sua aplicação.⁷²

Lado outro, no que pertine à obrigatoriedade simultânea, também conhecida por **vigência sincrônica**, significa que passa a vigorar a um só tempo em todo o país. Exemplificando, publicada a Lei “A” e ultrapassado o prazo de *vacatio*, atingirá sua obrigatoriedade todo o território, tratando-se de lei nacional. Esse sistema repudia a obrigatoriedade progressiva ou gradativa, pela qual a lei entra em vigor aos poucos em razão, por exemplo, de localização territorial mais ou menos distantes da capital (centro urbano).

Isso não impede, no entanto, que a Lei “A” possua prazos de vacância **diferentes** e, por isso, alguns dispositivos comecem a vigorar em momentos distintos. Explico. O § 3º do Art. 1º da LINDB dispõe que “se, antes de entrar a lei em vigor, ocorrer nova publicação de seu texto, destinada à correção, o prazo deste artigo e dos parágrafos anteriores **começará a correr da nova publicação**”. Ora, uma vez alterada, é preciso que os destinatários possuam **novo** prazo de vacância para internalizar a regra modificada. Se assim não fosse, esvaziar-se-ia o propósito da *vacatio legis*. Desse modo, se apenas um único artigo da Lei “A” foi modificado antes de vigorar o diploma, será **interrompida a vacatio somente para o reportado artigo, reiniciando-se sua contagem, não obstante prossiga sem interferências a vacatio legis para o restante da Lei**. O resultado é o seguinte: Lei “A” entra em vigor simultaneamente em todo país, com a particularidade que um de seus artigos (o que fora alterado) passará a vigorar depois daqueles que permaneceram inalterados desde a primeira publicação. Essa é, sem dúvidas, a exegese apropriada.

Nesse caso de nova publicação de lei para emendar erros ou falhas, **somente à parte retificada submeter-se-á a um novo período de vacatio legis** (para garantir amplo conhecimento do público), voltando, pois, a fluir o prazo da obrigatoriedade para a parte modificada apenas, salvo se outra data vier expressa (LINDB, art.1º, §3º). Se, por outro lado, a lei já estiver vigorando, as eventuais correções do texto serão consideradas leis novas.⁷³

Ademais, há hipóteses excepcionais, como aquela espousada na Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, em que a obrigatoriedade de uma lei nacional iniciou-se em momentos diferentes para as esferas federadas. Nesse caso particular, é inteligível que, para a fixação da *vacatio legis* de lei nacional, há de se considerar a complexidade do diploma e os impactos que gerará, bem como a mobilização necessária

69 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2013. Pág. 202.

70 FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Volume 1. 13 ed. Atlas: São Paulo, 2015. Pág. 96.

71 FARIAS, 2015. Pág. 98.

72 PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Processo Legislativo – Coleção Síntese Jurídica – 2 ed.,**. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2005.

73 FARIAS, 2015. Pág. 98

dos diversos setores sociais e da Administração Pública (nos âmbitos municipais, estaduais e federal) para adaptar a nova regulamentação. Inclusive, este foi um dos argumentos arguidos na exposição de motivos da Medida Provisória nº 684⁷⁴, de 21 de julho de 2015, posteriormente convertida na Lei nº 13.204, de dezembro de 2015, responsável por alterar diversos dispositivos da Lei 13.019/2014, inclusive o Art. 88, que versa sobre a vigência da norma.

Superados esses aspectos, resta registrar que a Lei em **vigor**, conforme Art. 6º da LINDB, terá **efeito imediato e geral**, respeitados o **ato jurídico perfeito**, o **direito adquirido** e a **coisa julgada**. O Decreto-Lei 4657/42 direciona o intérprete fornecendo o conceito legal de cada um desses institutos. Reputa-se *ato jurídico perfeito* o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou (Art. 6º, § 1º); consideram-se *adquiridos os direitos* que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbitrio de outrem (Art. 6º, § 2º); e *coisa julgada* ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso (Art. 6º, § 3º).

A proteção constitucional e legal desses institutos deriva da imprescindibilidade de proteção à segurança jurídica e boa-fé objetiva, de modo que uma vez constituídos sob os parâmetros legais da norma então vigente deverão permanecer imutáveis, como regra, ainda que sobrevenha alteração legislativa.

74 “A Lei 13.019, de 31 de julho de 2014, estabelece novas balizas jurídicas para o desenvolvimento e gestão das parcerias entre o Estado e as Organizações da Sociedade Civil e, por possuir caráter nacional, demanda significativas alterações e adaptações dos órgãos e entidades da Administração Pública nos âmbitos federal, estadual, municipal e distrital. No texto legal sancionado, o prazo de *vacatio legis* previsto, de apenas 90 dias, foi considerado na prática bastante curto, o que ensejou a mobilização de diversos órgãos e entidades públicas e representantes da sociedade civil que, por meio de ofícios encaminhados ao Governo Federal, manifestaram formalmente o pleito pela extensão do prazo para a entrada em vigor do novo marco regulatório, culminando com a edição da Medida Provisória nº 658, de 29 de outubro de 2014, convertida na Lei nº 13.102, de 26 de fevereiro de 2015, que dilatou o prazo para 360 dias a contar da publicação da Lei 13.019, de 31 de julho de 2014. Ainda assim, revelou-se insuficiente o prazo fixado, tendo em vista a necessidade de adequações estruturais complexas, tanto por parte da administração pública, nas esferas federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, quanto pelas organizações da sociedade civil. O novo regime jurídico está a exigir da Administração Pública, nas esferas federal, estadual, municipal e distrital, a edição dos respectivos atos regulamentares, a realização de alterações em suas estruturas administrativas e desenvolvimento ou adaptação de plataformas eletrônicas de gestão e registro dos atos e informações referentes às parcerias. Merece especial atenção, nesse sentido, a situação dos Municípios, ante a imensa dificuldade da maioria deles em promover as adaptações necessárias em curto espaço de tempo. Importante, ainda, ressaltar que a Lei nº 13.019, de 2014, exige adequações estruturantes também por parte das organizações da sociedade civil, as quais deverão, além de se apropriar das novas regras, promover, quando necessário, alterações em seus estatutos sociais, ajustar suas estruturas administrativas e desenvolver metodologias de planejamento e gestão compatíveis com as exigências do novo regime jurídico das parcerias. O novo regramento aprovado pelo Congresso Nacional consubstancia uma norma de caráter estruturante e de abrangência nacional e que, portanto, demanda tempo de adaptação. Dessa forma, a extensão do prazo proposta é fundamental para que essa nova arquitetura jurídica e institucional se desenvolva de forma estruturada, com tempo hábil para a sua compreensão e efetiva adequação por todos os atores envolvidos.” Excertos retirados da MP 684/2015, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Exm/Exm-MP%20684-15.pdf.

Passemos, então, a abordar cada um desses institutos em apartado, relacionando-os à consulta apresentada.

2.2 O Termo de Acordo Judicial: Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada

2.2.1 Natureza Jurídica do Termo de Acordo Judicial

Inicialmente, reputa-se conveniente trazer à baila breves considerações legais e doutrinárias acerca da natureza jurídica do termo de acordo homologado judicialmente.

A Lei Processual Civil estabelece que a execução para cobrança de crédito fundar-se-á **sempre** em título de obrigação certa, líquida e exigível. Nesse sentido, o **título executivo é condição** imprescindível à execução, na qual inexistem incertezas quanto a sua existência da obrigação não satisfeita espontaneamente e a titularidade do credor.

O novel diploma arrola, nos Artigos 515 e 784, quais os documentos são considerados títulos executivos judiciais e extrajudiciais. Entre os títulos executivos judiciais, consta a **decisão homologatória de autocomposição judicial** e a **decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza**, conforme incisos II e III do Art. 515.

A doutrina processualista envida esforços para delimitar a natureza jurídica dos títulos executivos, judiciais ou não. Segundo Alexandre Freitas Câmara “título executivo é o **ato ou fato** jurídico a que a lei atribui eficácia executiva, tornando adequada à utilização da via executiva como forma de fazer atuar a responsabilidade patrimonial”⁷⁵.

Na mesma esteira, Cândido Rangel Dinamarco, citado por Átila da Rold Roesler, explica que “título executivo é um **ato ou fato** jurídico indicado em lei como portador do efeito de tornar adequada a tutela executiva em relação ao preciso direito a que se refere”⁷⁶.

Das proposições que sintetizam o conceito fornecido por maior parte dos especialistas processuais, denota-se que **prevalece** no direito brasileiro a natureza bifronte do título executivo (teoria mista ou dupla, cujo expoente mais expressivo é Araken de Assis). Para os adeptos, como Marcus Vinicius Rios Gonçalves, o título é a um só tempo **ato** e **documento**, de modo tal que constituem uma unidade incidível.⁷⁷

Nesse ínterim, é possível vislumbrar o título executivo sob a perspectiva tanto de “**ato jurídico perfeito**” como “**coisa julgada**”, pois se desdobram da sua própria natureza.

75 CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Vol II. 16 ed. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2008. Pág. 167.

76 ROESLER, Átila Da Rold. **Considerações sobre os títulos executivos**. Revista Jus Navigandi. Teresina, ano 10, n. 692, 28 maio 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6788>. Acesso em 01 novembro de 2017.

77 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Pág. 608.

2.2.2 O Termo de Acordo como Ato Jurídico Perfeito e a Lei nova

Ato jurídico perfeito, como abordado alhures, é aquele já constituído e acabado segundo a lei vigente ao tempo em que se celebrou. É ato plenamente constituído, porque satisfaz todas as condições para concretizar os efeitos que dele decorrem.

É a garantia da estabilidade jurídica, viabilizando coesão das transações estabelecidas em sociedade. Para tanto, a compreensão de Ato Jurídico Perfeito trabalha com proposições afetas ao Direito Intertemporal, bem como com inúmeras normas constitucionais, tais como o Princípio da Segurança Jurídica e a máxima “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (Art. 5º, inciso XXXVI, CR/88).

Desse modo, considerando que os termos de acordo tornaram-se completos e aperfeiçoados sob os ditames de uma lei vigente, é de se concluir que se tratam de atos jurídicos perfeitos. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em algumas oportunidades, já explicitou que os termos (judiciais e/ou extrajudiciais) representam fidedignos atos jurídicos perfeitos, tal como ocorreu no julgado seguinte:

APELAÇÃO CÍVEL - SUSPENSÃO DO PROCESSO - PROMULGAÇÃO DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL - PERDA DO OBJETO - **ATO JURÍDICO PERFEITO** - IRRETROATIVIDADE DA LEI CIVIL - **TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA - TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL** - PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA - AVERBAÇÃO DA RESERVA LEGAL - OBRIGAÇÃO DO PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL - MINISTÉRIO PÚBLICO - COMPETÊNCIA PARA FISCALIZAR RESERVA LEGAL - INSTITUIÇÃO DA RESERVA LEGAL - INICIATIVA DO PROPRIETÁRIO.

A entrada em vigor do Novo Código Florestal em nada afeta a execução em trâmite, cujo título executivo extrajudicial consiste no Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre o executado e o Ministério Público, portanto, ato jurídico perfeito, que não pode ser alcançado pela nova Lei, eis que instituído na vigência da Lei 4.771/1965, nos termos do art. 6º, § 1º, do Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, nova redação da Lei 12.376/2010).

(...)

TJMG – Apelação Cível 1.0016.11.009361-0/001. Relator Des. Valdez Leite Machado. 14ª CÂMARA CÍVEL. Julgamento em 29/11/2012. Publicação da súmula em 07/12/2012.

2.2.3 O Termo de Acordo revestido da condição de Coisa Julgada e a Lei nova

Inicialmente, é mister pontuar que a coisa julgada é a expressão **exata** de ato jurídico perfeito, com a particularidade de emanar do Poder Judiciário no intento de pacificação social, conforme já abalizou o Supremo Tribunal Federal por ocasião da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2418⁷⁸.

78 Trecho derradeiro do voto proferido pelo Relator da ADI 2418, Ministro Teori Zavascki: “Por último, o tema mais sério para mim é o alusivo à coisa julgada. O que nos vem do principal rol das garantias constitucionais, que está no artigo 5º da Constituição de 1988? Que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a **coisa julgada, que é ato**

É também direito fundamental que prestigia o Princípio da Segurança Jurídica, conforme salienta José Afonso da Silva:

Tutela-se a estabilidade dos casos julgados, para que o titular do direito aí reconhecido tenha a certeza jurídica de que ele ingressou definitivamente no seu patrimônio. A coisa julgada é, em certo sentido, um ato jurídico perfeito; [...] mas o constituinte a destacou como um instituto de enorme relevância na teoria da segurança jurídica⁷⁹.

Segundo a concepção atual, a coisa julgada é tida como **elemento** do Estado Democrático de Direito, em observação às ideias de justiça, verdade e segurança jurídica na ordem processual-constitucional. Nesse mesmo sentido, reforça Nelson Nery Junior:

A segurança jurídica, trazida pela coisa julgada material, é manifestação do estado democrático de direito [...]. Descumprir-se a coisa julgada é negar o próprio estado democrático de direito, fundamento da república brasileira [...]. A coisa julgada material é instrumento de pacificação social. (2009, p. 52)⁸⁰.

Dessa forma, a Segurança Jurídica é garantida não apenas por meio da imutabilidade das decisões judiciais, mas é pautada, principalmente, na legitimidade do feito, a qual reside e se fundamenta no conjunto de princípios e preceitos que integram todo o sistema normativo processual. É o que relata o Professor Carlos Henrique Soares:

A segurança jurídica não é garantida pela imutabilidade ou irretroatividade das decisões jurisdicionais. O que garante a segurança jurídica é, justamente, a observância da legitimidade processual. Qualquer decisão jurisdicional formada sem observância do princípio democrático se afigura como elemento inconstitucional, não podendo integrar o ordenamento jurídico⁸¹.

No intuito de alcançar a segurança jurídica aos jurisdicionados, protege-se a coisa julgada dos efeitos de novas leis que possam prejudicar os seus destinatários, garantido-se, assim, estabilidade nas relações jurídicas. Nesse sentido, a coisa julgada, em um dos seus aspectos, é vista como a **imutabilidade dos efeitos substanciais** da decisão de mérito e de acordos homologados judicialmente, protegida sob o efeito de lei nova prejudicial.

Logo, em vista a assegurar o princípio da segurança jurídica sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito, em um momento de transição entre normas que disciplinam sobre o mesmo assunto, há que se observar a legislação em vigor, sem, no entanto, ignorar os efeitos futuros e pendentes das relações jurídicas que serão reguladas pela lei já publicada e que entrará em vigor no período estabelecido em seu corpo.

jurídico perfeito por excelência, porque emanado do próprio Poder Judiciário.”

79 DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

80 NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9.ed. ver., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

81 SOARES, Carlos Henrique. **Coisa julgada constitucional** (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2009. Pág. 280.

2.3 A expectativa das Entidades Beneficentes: Direito Adquirido ou mera Expectativa de Direito?

Sabe-se que **direito adquirido** é aquele decorrente de um fato idôneo e que se **incorporou definitivamente** ao patrimônio do titular. Para a doutrina dominante, não há direito adquirido de natureza extrapatrimonial.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, com arrimo no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988 e no Art. 6º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, afirmam que, como regra, as leis **não** possuem retroatividade, razão pela qual se **aplicam tão somente aos atos pendentes e futuros, de modo a preservar o direito adquirido**. Nessa esteira, amestram os *experts* que a lei nova se aplica, **imediatamente**, às relações jurídicas de **trato sucessivo**. Vide:

Forçoso é reconhecer, outrossim, na linha do raciocínio exposto, a aplicação imediata da lei nova às relações jurídicas continuativas – isto é, as relações jurídicas iniciadas na vigência da lei anterior e que se protraem no tempo, mantendo-se após o advento da lei nova. No que concerne às relações continuativas (também chamadas de relações de trato sucessivo), a sua existência e a sua validade ficam submetidas à norma vigente ao tempo de seu início. No entanto, a sua eficácia estará, inarredavelmente, submetida à nova norma jurídica. De qualquer sorte, é certo que essa incidência da lei nova aos efeitos das relações continuativas exige o respeito ao ato jurídico perfeito (aquele já consumado no tempo da lei anterior), ao direito adquirido (aquele que já se incorporou definitivamente ao patrimônio do titular) e à coisa julgada (qualidade que reveste os efeitos decorrentes da decisão judicial contra a qual não mais cabe qualquer recurso). Um bom exemplo pode ser lembrado com a incidência do novo limite de multa (cláusula penal) às taxas condominiais, não podendo exceder a 2% ao mês, imposto pelo Código Civil de 2002. Na legislação antecedente, a multa poderia ser fixada no limite de 20% ao mês. Assim sendo, indaga-se: um condomínio constituído antes da vigência da Codificação Real e poderia continuar cobrando a multa de até 20% pelo atraso no pagamento da taxa mensal? **A resposta é não. Estando todo e qualquer condomínio submetido ao limite de 2% ao mês, mesmo aqueles constituídos antes da vigência do atual Codex, uma vez que em se tratando de uma relação jurídica continuativa a sua eficácia estará, seguramente, submetida à legislação vigente. Vale pontuar ser essa oposição da jurisprudência.** Aliás, bem por isso o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante 1, vazada em termos claros: “Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar 110/2001”⁸². (Grifo nosso).

No mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves incrementa aos ensinamentos a noção de que a aplicabilidade imediata da lei nova em relações jurídicas de trato sucessivo representa situação **intermediária** entre a retroatividade (seja máxima, média ou mínima, seja justa ou injusta) e a irretroatividade:

Malgrado a retroatividade da lei seja severamente criticada, essa é uma questão essencialmente política. Há casos em que o interesse social, o progresso ou a equidade justificam tal

efeito atribuído à lei nova. Por essa razão, no direito brasileiro a irretroatividade é a regra, mas admite-se a retroatividade em determinados casos. A Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XXXVI) e a Lei de Introdução ao Código Civil (atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), afinadas com a tendência contemporânea, adotaram, com efeito, o princípio da irretroatividade das leis, como regra, e o da retroatividade como exceção. Acolheu-se a teoria subjetiva de Gabba, de completo respeito ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada. Assim, como regra, aplica-se a lei nova aos casos pendentes (*facta pendentia*) e aos futuros (*facta futura*), só podendo ser retroativa, para atingir fatos já consumados, pretéritos (*facta praeterita*), quando: a) não ofender o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada; b) quando o legislador, expressamente, mandar aplicá-la a casos pretéritos, mesmo que apalavra “retroatividade” não seja usada. Na doutrina, diz-se que é justa a retroatividade quando não se depara, na sua aplicação, qualquer ofensa ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada; e injusta, quando ocorre tal ofensa. A retroatividade pode ser ainda máxima, média e mínima. A primeira atinge o direito adquirido e afeta negócios jurídicos perfeitos; a segunda faz com que a lei nova alcance os fatos pendentes, os direitos já existentes mas ainda não integrados no patrimônio do titular; a terceira se configura quando a lei nova afeta apenas os efeitos dos atos anteriores, mas produzidos após a data em que ela entrou em vigor. Todas essas situações são de retroatividade injusta, porque com ela se verifica lesão, maior ou menor, a direitos individuais. **Entre a retroatividade e a irretroatividade existe uma situação intermediária: a da aplicabilidade imediata da lei nova a relações que, nascidas embora sob a vigência da lei antiga, ainda não se aperfeiçoaram, não se consumaram.** A imediata e geral aplicação deve também respeitar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. O art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro preceitua que a lei em vigor “terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”⁸³. (Destacamos).

Das lições acima, é possível inferir que a doutrina diferencia **direito adquirido** de categorias que lhes são limítrofes, a saber: **a expectativa de direito e o direito consumado**. Para fins didáticos, os institutos podem ser alocados cronologicamente da seguinte maneira: a expectativa do direito, o direito adquirido e, por fim, o direito consumado.

Com efeito, a **expectativa de direito** identifica situação de um direito que se encontra na **iminência** de ocorrer, quando sobrevém nova lei alterando o regramento jurídico da matéria. Por outro lado, o **direito adquirido** corresponde à condição em que o fato aquisitivo já se **completou** e por isso foi incorporado ao patrimônio do particular. Por último, o direito consumado descreve o estado em que o fato aquisitivo gerou e **perfez** completamente os efeitos desejados.

Sem maior divergência, é possível vislumbrar, no âmago das obrigações de trato sucessivo, como as cristalizadas nos acordos judiciais ora apresentados, hipóteses de **expectativa de direito** (prestações vincendas), **direito adquirido** (prestações atuais e prestações vencidas, mas não pagas) e **direito consumado** (prestações vencidas e já pagas). Nesse caso, os **efeitos futuros** nas obrigações de trato sucessivo **não** são acobertados pela proteção constitucional, haja vista **não** pertencerem, no momento da alteração legislativa, ao patrimônio do particular. A esse

83 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 1. 10 ed. Saraiva: São Paulo, 2012. Pág. 77.

respeito, vide as ponderações exaradas pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em situação análoga:

DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE POR FAIXA ETÁRIA. ESTATUTO DO IDOSO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. É nula a cláusula contratual que prevê reajuste do plano de saúde para o idoso em função da mudança da faixa etária.

2. Incidência da regra do art. 15, § 3º. L. 10.741/03, mesmo para os contratos anteriormente entabulados, porquanto se trata de efeitos produzidos após a vigência do referido diploma legal.

3. Ademais, antes do implemento da idade, não havia direito adquirido da operadora ao reajuste, mas simples expectativa de direito.

4. Celebrado um contrato e sendo este de execução de trato sucessivo, não há como se pretender que fique imune às alterações legislativas subsequentes.

5. Se a lei se altera é porque se presume a necessidade dessa alteração e que melhor regulará as relações jurídicas sobre as quais incide.

6. E, se o contrato ainda está produzindo efeitos, deve, então, a lei incidir sobre esses efeitos.

7. Não há aí qualquer retroatividade, porquanto a lei não alcançará os efeitos já produzidos, mas apenas os que serão produzidos a partir de sua vigência.

8. O prazo prescricional para a pretensão de revisão do aumento de mensalidade em razão de faixa etária em plano de saúde é decenal e não ânua.

9. Precedente recente do STJ.

10. Apelação a que se nega provimento.

TJRJ. AP 00310514020118190066 RJ 0031051-40.2011.8.19.0066. Relator Desembargador Horácio dos Santos Ribeiro Neto. Décima Quinta Câmara Cível. Data de Julgamento: 25/03/2014. Data de Publicação: 27/03/2014. (Grifamos).

Destarte, é imperioso identificar se a situação trata-se, efetivamente, de direito adquirido ou mera expectativa de direito, a fim de determinar os limites de aplicabilidade de novas leis no contexto de relações jurídicas continuadas. *In casu*, percebe-se que os acordos celebrados nos processos de autos nº 00464124-67.2016, 0046140-21.2016.8.13.0123, 0046108-16.2016.8.13.0123, 0123.12.000708-3, 0035960-43.2016.8.13.0123 e 0057114-93.2011.8.13.0123 retratarão, doravante, as hipóteses de **expectativa de direito** (pelo menos no que pertine aos valores ajustados), pois substancia efeitos futuros em relações de trato sucessivo, caso em que o novel diploma aplicar-se-á desde logo, regulando-lhes as prestações pendentes.

Vencidas essas considerações preliminares, julga-se oportuno adentrar no caso concreto apresentado, tecendo considerações específicas acerca da prevalência dos acordos judiciais em face de lei federal que regulamenta as subvenções de modo diverso.

3 Caso concreto

3.1 Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil – Lei 13.019, de 31 de julho de 2014

Denominada como o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil, a Lei 13.019/2014 foi publicada em 31 de julho de 2014 para entrar em vigor 540 (quinhentos e quarenta) dias após sua publicação no caso da União, Estados e Distrito Federal, isto é, em 23 de janeiro de 2016, e nos municípios em 1º de janeiro de 2017. Estabelece a referida lei novas regras jurídicas para as parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, por meio de novos instrumentos jurídicos: os termos de fomento e colaboração, em relação às parcerias com recursos financeiros, e o acordo de cooperação, no caso de parcerias sem recursos financeiros.

Antes da Lei 13.019/14, as parcerias firmadas na esfera estadual e municipal não possuíam critérios bem delimitados e uniformes no que tange à escolha das Organizações da Sociedade Civil (OSC) para a celebração das parcerias, que se dava por meio de convênios, gerando interpretações equivocadas e desconfiança na escolha das instituições financeiras. Com a nova lei, as parcerias firmadas por intermédio dos novos instrumentos jurídicos buscam uma maior segurança jurídica a todos os envolvidos e estimula a gestão pública democrática nas diversas esferas do governo.

Destarte, o período de *vacatio legis* da nova lei se justificou pela necessidade dos entes federados se adaptarem a seus dispositivos, em especial, quanto às novas ferramentas jurídicas necessárias para celebração dos acordos entre as entidades e a administração pública federal, estadual, distrital ou municipal. Isso não impede que estados e municípios, que detêm autonomia para regulamentação própria, disciplinem questões específicas para atender as necessidades locais, sem deixar de observar as normas gerais.

No caso em questão, verifica-se que, durante o período de *vacatio legis* da lei 13.019/14, em ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público, foram homologados judicialmente acordos entre os municípios da comarca de Capelinha – Capelinha, Angelândia e Água Boa – e entidades como APAE, Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais de Capelinha, Associação Beneficente Cosme Damião, Lar Casa do Amparo ao Idoso, Lar de Caridade Sagrado Coração e Asilo São Vicente e Paulo. O objetivo de tais acordos, em suma, foi o pagamento ou reajustamento de subvenções as referidas entidades, necessárias ao custeio destas.

Sem adentrar no mérito da importância das referidas subvenções na manutenção das atividades das instituições mencionadas, **infere-se que os acordos foram realizados para produzir efeitos tanto no momento de sua homologação, quanto em um momento futuro, quando já em vigor a nova lei.** Em outras palavras, não se levou em conta os efeitos de tais acordos para após a vigência

da Lei 13.019/14 e o seu respectivo regramento jurídico em relação ao regime de parcerias entre as partes envolvidas.

Sob o enfoque do Princípio da Segurança Jurídica no Estado Democrático de Direito, conforme exposto anteriormente, não se vislumbra a constituição de coisa julgada material em relação a acordos homologados sem a imprescindível observância dos efeitos presentes e futuros e da validade do ordenamento jurídico, haja vista a existência de legislação publicada com o objetivo de aperfeiçoar as relações de parcerias das OSC com o Estado, em vias de entrar em vigor. **Não há que se falar, portanto, em ofensa à coisa julgada.**

Ademais, não se trata também de aplicação retroativa da novel lei para afetar os efeitos produzidos pelos acordos homologados, quais sejam, os recursos já repassados entre os municípios da comarca de Capelinha e as instituições, mas sim na necessidade em adaptar as parcerias existentes entre os envolvidos ao regime jurídico adotado pela lei 13.019/14. **Não se trata, também aqui, de ofensa ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido àquelas parcelas já vencidas e pagas.**

3.2 Os Acordos Judiciais e a Lei 13.019/2014: Retroatividade Legal e a Coisa Julgada, Ato Jurídico Perfeito e Direito Adquirido. Princípio da Legalidade e o papel da Administração Pública no fomento as Ações Sociais.

Em face de todo o exposto, é plenamente possível afirmar que a incidência da nova lei aos efeitos dos acordos **não** representa hipótese de retroatividade máxima, vedada constitucional e legalmente.

É pacífico que a **validade** da constituição das transações e atos jurídicos obedece ao disposto nas leis vigentes à época de sua elaboração, mas os seus **efeitos** se subordinam aos preceitos da lei em vigor ao momento em que se implementarem. Essa é, inclusive, a dicção do Art. 2.035 do Código Civil de 2002. A aplicação da Lei 13.019/2014, *in casu*, não adentra aos aspectos de validade dos acordos, mas tão somente aos efeitos. Aliás, efeitos esses que se concretizarão sob sua égide, de modo que não se trata de retroatividade vedada.

Ademais, os acordos jurídicos representam hipóteses de relações de trato sucessivo (as quais, nos casos trazidos a análise, não possuem termo final), cujos efeitos se protraem no tempo, de modo que constituem mera expectativa de direito, suscetíveis às alterações legislativas, como regra.

Nesse sentido, o Marco Regulatório das Organizações das Sociedades Civis não foi editado para prejudicar ou impedir o repasse de recursos públicos a entidades sem fins lucrativos que, sabidamente, possuem importante atuação na proteção e defesa de menores, idosos, deficientes e pessoas em situações de risco. Pelo contrário, a lei 13.019/14 foi editada com intuito de aproximar as políticas públicas das realidades locais, ao mesmo tempo em que a administração pública, que se submete ao Princípio da Legalidade, atue de forma legítima com esteio em lei específica.

Logo, a situação em apreço não diz respeito à aplicação retroativa da lei nova com intuito de suspender o pagamento de subvenções a entidades sem fins lucrativos do município de Capelinha/MG, tampouco se diz em ofensa a coisa julgada ou ato jurídico perfeito. Trata-se o caso de adaptação dos efeitos futuros e pendentes dos acordos firmados ao regime de parcerias da Lei 13.019/14, cuja aplicação imediata, em se tratando de norma que rege as parcerias com a administração pública, é medida que se impõe.

Ora, depreende-se dos textos dos acordos que, quando celebrados, embora o diploma legal não detivesse vigor, já existia no ordenamento jurídico. Sua obrigatoriedade foi prorrogada em virtude da *vacatio legis*, a fim de viabilizar a adequação dos instrumentos outrora celebrados entre a administração pública e as entidades do terceiro setor. **Nesse diapasão, portanto, embora a validade dos acordos se sujeite a lei vigente à época de sua feitura, seus efeitos – obviamente – devem submeter-se aos ditames da Lei 13.019/2014.** Assim, repita-se, não se trata de retroatividade da Lei.

Tanto é assim que o diploma estabelece regras de transição que determinam entre o antigo sistema regulatório e o novo. Dispõe seu art. 83 que as parcerias existentes no momento da entrada em vigor da Lei permanecerão regidas pela legislação vigente ao tempo de sua celebração, sem prejuízo de sua aplicação subsidiária, naquilo em que for cabível, desde que em benefício do alcance do objeto da parceria.

O segundo parágrafo do mesmo artigo estabelece que as parcerias firmadas por prazo indeterminado antes da data de entrada em vigor, ou prorrogáveis por período superior ao inicialmente estabelecido, no prazo de até um ano após a data da entrada em vigor da Lei, serão, alternativamente substituídas pelos instrumentos previstos nos arts. 16 ou 17, conforme o caso, ou então serão objetos de rescisão unilaterais pela administração pública.

Ora, todos os termos de acordo carregados (celebrados nos processos de autos nº 00464124-67.2016, 0046140-21.2016.8.13.0123, 0046108-16.2016.8.13.0123, 0123.12.000708-3, 0035960-43.2016.8.13.0123 e 0057114-93.2011.8.13.0123) **não determinam o prazo de sua duração**, embora se tratem de relações de trato sucessivo. Veja-se, por exemplo, a redação do seguinte (que se assemelha em praticamente todas as cláusulas aos demais):

(...) Iniciados os trabalhos, foi renovada a conciliação entre as partes e obtida conciliação nos seguintes termos:

1) O Município de Capelinha incrementará a atual subvenção (R\$ 3.528,48) à Entidade no valor de R\$ 10.971,52, totalizando o valor de R\$ 14.500,00, para fazer frente as novas despesas ora apuradas pela Entidade que não constaram da planilha que instruiu a petição inicial;

2) Os novos valores das subvenções serão pagos até o dia 10 de cada mês, iniciando-se em abril de 2017, mediante depósito na conta bancária da Entidade, banco Sicoob, Agência 3046, c/c 2284-5;

3) A subvenção sofrerá reajuste anual no mês de janeiro de cada ano correspondente a 10% da subvenção paga no ano anterior;

4) O Município repassará também nos meses de abril, maio e junho de 2017 o valor de R\$ 5.000,00 m cada mês, para

custear despesas com farmácia assumidas de janeiro a março de 2017, até que a licitação seja concluída para o fornecimento de medicamentos, sendo que os valores serão pagos na conta indicada no item 2;

5) O Município se compromete a fornecer todos os medicamentos que a Entidade necessite para seus acolhidos, a partir do mês de abril/17;

5.1) A Entidade deverá fornecer lista de medicamentos à Secretaria de Saúde de Capelinha até o dia 30 de cada mês a partir de março/2017, devendo a Secretaria de Saúde entregar a medicação até o dia 10 do mês seguinte, a partir de abril/2017;

6) Os termos do presente acordo podem ser revistos caso a subvenção repassada pelo Município seja maior do que a necessidade orçamentária da Entidade. (...). Trechos compilados do Termo de Audiência celebrada no processo de autos nº 0046108-16.2016.8.13.0123.

Tratando-se de prorrogações de convênios anteriores, as conciliações homologadas por sentença judicial revestem-se da condição de ato jurídico perfeito e de coisa julgada quanto à validade e forma. Todavia, os efeitos que delas decorrem, mormente se se prolongarem pelo tempo, sujeitar-se-ão ao novo regramento legislativo, **sem que isso implique em hipótese de retroatividade da Lei, mas sim de regulamentar os efeitos que sob sua égide se materializam.**

Exemplifiquemos da seguinte maneira: o próprio termo de acordo retro transcrito assim estipula: “os termos do presente acordo **podem** ser revistos caso a subvenção repassada pelo Município seja maior do que a necessidade orçamentária da Entidade”. Nesse caso, então, o próprio termo possibilitaria ofensa à coisa julgada? Pensemos então de outro modo. Se a Entidade necessite, com o passar do tempo, de incremento de valores (como já ocorreu, diga-se de passagem), o município poderá se valer do argumento de coisa julgada do acordo para não complementar a subvenção? As respostas aos questionamentos nos levam a compreender que não pode haver óbices jurídicos quanto à alteração dos efeitos que dele decorrem.

Sendo assim, pergunta-se: não assiste razão à administração pública em adequar o fomento às entidades beneficentes? Certamente que sim. Nunca é demais anotar a relevância do Princípio da Legalidade na ambiência pública, sobretudo no Estado Democrático de Direito. Retomando o tópico inaugural deste breve estudo, lembremos que a Lei – e, portanto, o Princípio da Legalidade – é tida como fonte principal do Direito, vinculando condutas e condicionando comportamentos.

A doutrina diferencia o Princípio da Legalidade aplicável aos particulares e a Administração Pública, haja vista que os objetivos perseguidos por ambos são distintos. Diógenes Gasparini explica, de forma sucinta e precisa, que o Princípio da Legalidade “significa estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da Lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor”⁸⁴. Desse modo, como a administração pública poderá manter as subvenções na forma dos acordos sendo que tal forma não corresponde àquela

determinada na Lei 13.019/2014? O mais adequado, então, é que o Município mantenha a subvenção, mas conforme as formalidades determinadas pelo Marco Regulatório.

Retomemos, portanto, o Art. 83, § 2º, o qual se aplica aos casos analisados. As parcerias firmadas por prazo indeterminado (*in casu*, os acordos) antes da data de entrada em **vigor** da Lei serão, alternativamente, **substituídas (i) por termo de colaboração ou termo de fomento**, conforme o caso, (*ii*) ou então serão objetos de rescisão (unilateral) pela administração pública.

Assim, é imperioso, no caso em tela, a interpretação dos fatos com **proporcionalidade e razoabilidade**, pois, malgrado represente Ato Jurídico Perfeito e se revistam da condição de Coisa Julgada, **os efeitos pendentes e futuros tratam-se de mera expectativa de direito, submetendo-se às adequações legislativas** (ou factuais, a depender das circunstâncias) que sobrevenham. Ademais, a administração pública está sujeita ao Princípio da Legalidade, a fim de promover a adequação dos instrumentos regulamentados pela Lei 13.019/2014, de modo que as parcerias entre ela e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, sejam legítimas e dotadas das qualidades requeridas pelo ordenamento jurídico.

3.3 Lei nº 13.019/2014: Atividades de Fomento e o Princípio da Proibição do Retrocesso Social.

Alexandre Mazza explicita que compõem as tarefas precípua da Administração Pública Moderna as seguintes atribuições: 1) prestação de serviços públicos; 2) exercício do poder de polícia; 3) realização de **atividades de fomento**; e 4) atividades de intervenção. **No que pertine às atividades de fomento, trata-se de incentivo a setores sociais específicos, que se condicionem à utilidade pública e propiciam o desenvolvimento da ordem social e econômica.**⁸⁵

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, citando Fernando Andrade de Oliveira, elenca, entre os exemplos das possíveis manifestações de fomento, os **auxílios financeiros ou subvenções, por conta dos orçamentos públicos**, as desapropriações que favoreçam entidades privadas sem fins lucrativos, que realizem atividades úteis à coletividade, como clubes desportivos e as instituições beneficentes.⁸⁶ Com efeito, fomento é qualquer ação de promoção a ações que, embora não desempenhadas pelo Estado, são legalmente reconhecidas em razão de sua utilidade pública⁸⁷.

Nessa esteira, a hipótese dos acordos acostada a este procedimento espelha, com clareza, exemplos de **fomento**

85 MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Pág. 61

86 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011. Pág. 56.

87 Nesse sentido, vide a definição conferida por Diogo de Figueiredo: (fomento é a) “função administrativa através da qual o Estado ou seus delegados estimulam ou incentivam, direta, imediata e concretamente, a iniciativa dos administrados e de outras entidades, públicas e privadas, para que estas desempenhem ou estimulem, por seu turno, as atividades que a lei haja considerado de interesse público para o desenvolvimento integral e harmonioso da sociedade”. MOREIRA NETO, Diogo de

84 GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Pág. 61

a atividades de interesse público. Assim sendo, é importante considerar que as entidades beneficiadas atuam relevantemente na sociedade, porque desempenham conjunto de atividades que prestigiam valores extremamente importantes, tais como a solidariedade e a filantropia. Com efeito, as subvenções recebidas são vertidas em favor de setores sociais menos favorecidos ou que, por constituir minorias, merecem atenção especial por parte da sociedade e do Estado, diante da efetivação do Princípio da Igualdade sob seu viés material.

Desse modo, é digno de nota que tais grupos atendidos pelas entidades beneficentes não podem ser afetados negativamente pelas alterações legislativas supervenientes. **Isso porque, malgrado o fomento não seja obrigatório por parte do poder público, há inúmeras normas que vinculam a necessidade de criação e implementação de políticas públicas em benefício de determinados grupos sociais, abrangendo a concessão de subvenção as entidades que atuem em prol de tais setores.** É possível citar, entre muitas, os seguintes exemplos:

Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente): garante, entre outros direitos, a preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas (Art. 4º, Parágrafo Único, alínea “c”);

Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso): garante, entre outros direitos, a preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas (Art. 3º, Parágrafo Primeiro, inciso II);

Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência): determina, em vários artigos, a elaboração articulada de políticas públicas destinada a assegurar o direito à saúde (Art. 18, § 1º), à educação (Art. 28, inciso XVIII), à moradia e acessibilidade (Art. 31, § 1º c/c Art. 33, inciso II), entre outros.

Nesse sentido, julga-se pertinente advertir sobre o **Princípio da Vedação ao Retrocesso**, o qual, em diversas ocasiões, tem sido invocado pelos Tribunais Superiores no deslinde de feitos de alta complexidade. Vide, por exemplo, o seguinte excerto extraído deste acórdão, prolatado pelo Supremo Tribunal Federal:

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS.

O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive.

A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. **Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar -**

mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados.

(ARE 639337 AgR, Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 23/08/2011. DJe 15/09/2011).

O Princípio da Vedação ao Retrocesso prestigia a dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica, bem como a máxima efetividade das normas constitucionais, pois se fundamenta na **impossibilidade de limitação ou extinção, por alteração superveniente na ordem jurídica (interna ou internacional), de direitos sociais já reconhecidos em sede constitucional**, conforme doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet:

Como bem averbou Peter Häberle, há precisamente vinte anos, muito embora o necessário cuidado com uma inflação indesejável em matéria de direitos sociais (noção que para o autor abrange também os direitos culturais), tais direitos, em virtude de sua umbilical relação com a dignidade da pessoa humana e a própria democracia, constituem parte integrante de um autêntico Estado Constitucional de Direito. (...). **Resulta perceptível, portanto, que a proibição de retrocesso atua como baliza para a impugnação de medidas que impliquem supressão ou restrição de direitos sociais e que possam ser compreendidas como efetiva violação de tais direitos, os quais, por sua vez, também não dispõem de uma autonomia absoluta no sistema constitucional, sendo, em boa parte e em níveis diferenciados, concretizações da própria dignidade da pessoa humana.** Assim, na sua aplicação concreta, isto é, na aferição da existência, ou não, de uma violação da proibição de retrocesso, não se poderiam – como, de resto, tem evidenciado toda a produção jurisprudencial sobre o tema – dispensar critérios adicionais, como é o caso da proteção da confiança (a depender da situação, é claro), da dignidade da pessoa humana e do correlato mínimo existencial, do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, da proporcionalidade, apenas para citar os mais relevantes. Tais princípios e categorias, por sua vez, igualmente têm sido objeto de reconhecimento no âmbito do que se poderia designar de um Direito Constitucional comum latino-americano, seguramente não apenas no âmbito de suas relações com assim chamada proibição de retrocesso. (...). Além do exposto, constata-se que negar reconhecimento ao princípio da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte. Com efeito, como bem lembra Luís Roberto Barroso, mediante o reconhecimento de uma proibição de retrocesso, está a se impedir a frustração da efetividade constitucional, já que, na hipótese de o legislador revogar o ato que deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito, estaria acarretando um retorno à situação de omissão (inconstitucional, como poderíamos acrescentar) anterior.⁸⁸ (Grifamos).

Destarte, não pode haver incompatibilidades entre a regulamentação fornecida pela Lei nº 13.019/2014 e os direitos já concretizados por políticas públicas prioritárias, sob pena de malferir o Princípio da Proporcionalidade, analisado sob a ótica da Proibição ao Retrocesso. Como afirmado, o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil

88 SARLET, Ingo Wolfgang . **Notas sobre a assim designada Proibição de Retrocesso Social no Constitucionalismo Latino-Americano.** Disponível em <http://www.abdpc.com.br/admin/midias/anexos/1440694885.pdf>. Acesso em 27 de novembro de 2017. Págs. 2-3, 11, 19.

foi sancionado para acrescentar ao ordenamento jurídico e não para servir de argumento para a não concretização de direitos sociais. Há necessidade de compatibilizar as diretrizes legais, a fim de que se observe, num só tempo, os ditames aos quais se subordina a administração pública e as garantias destinadas à sociedade, sobretudo àqueles grupos que, por constituírem minorias ou setores menos favorecidos, receberam posição de destaque na elaboração de políticas públicas.

Em arremate, o poder público municipal, em conjunto com as entidades de terceiro setor envolvidas, deverão envidar esforços para **continuar** propiciando ao público atendido os serviços já prestados, evitando o retrocesso aos direitos já implementados.

4 CONCLUSÃO

Abordou-se, ao longo da presente nota, que parte da doutrina entende que norma e lei são institutos distintos. Enquanto norma consiste em comando, a lei é o instrumento que a concretiza no ordenamento jurídico, conferindo segurança aos respectivos destinatários. Assim, muito embora o Direito possa se manifestar de diversas maneiras, o intento de regular o comportamento humano e a construção de instituições sociais por meio da linguagem escrita assumiu, ao longo da história, posição de destaque na seara jurídica.

Com o advento do Estado Moderno, a supremacia da Lei passou a atender a exigência de maior certeza e segurança para as relações jurídicas, tornando-se, segundo Maria Helena Diniz, a fonte principal do Direito. O tema tem assento constitucional (Arts. 59 a 69 da Carta Magna), bem como regulamentado em nível infraconstitucional. Nesse, destacam-se a Lei Complementar nº 95/98 e o Decreto-Lei nº 4.657, desde 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Demonstrou-se que a Lei Complementar nº 95/98 surgiu com o intento de orientar e sistematizar os pormenores na atividade legiferante, ao passo que a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1942) assumiu viés prático, destinando-se a tratar de assuntos preliminares, como início da obrigatoriedade das leis (art. 1º), a vigência e eficácia das normas jurídicas (arts. 1º e 2º) e direito intertemporal (Art. 6º).

Nessa esteira, verificou-se que é de grande relevância o instituto da *vacatio legis*, lapso temporal compreendido entre a promulgação (compreendida também a publicação) da lei e o início da real produção de efeitos, destinando-se à **adaptação** necessária dos destinatários frente à complexidade da norma. No que tange ao Direito intertemporal, tanto o Constituinte como o Legislador Ordinário preocuparam-se em salvaguardar a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido das modificações legais introduzidas, vedando o que a doutrina convencionou chamar de “retroatividade injusta”.

A definição de tais institutos é dada pelo próprio decreto-lei, nos parágrafos do art. 6º. De todo modo, registrou-se que ato jurídico perfeito é aquele já constituído e acabado segundo a lei vigente ao tempo em que foi celebrado; direito adquirido, aquele que já foi incorporado a esfera patrimonial

do titular e coisa julgada a condição da decisão judicial que não admite a interposição de recursos. A proteção desses institutos deriva da imprescindibilidade de proteção à segurança jurídica e boa-fé objetiva, de modo que uma vez constituídos sob os parâmetros legais da norma então vigente deverão permanecer imutáveis, como regra, ainda que sobrevenha alteração legislativa.

Assentou-se, por conseguinte, que o amparo alcança todos os atos jurídicos celebrados, incluindo os títulos executivos que materializam autocomposição. Isso porque os títulos executivos, conforme a doutrina processualista majoritária, possuem a natureza bifronte, sendo a um só tempo **ato** e **documento**, de modo tal que constituem uma unidade incindível, correspondendo, portanto, a ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Registrou-se então, nessa mesma linha, que as leis não podem possuir retroatividade, razão pela qual se **aplicam tão somente aos atos pendentes e futuros, de modo a preservar o direito adquirido e os demais institutos tutelados constitucional e legalmente**. Assim, consignou-se que lei nova se aplica, **imediatamente**, às relações jurídicas de **trato sucessivo**, pois representam situação **intermediária** entre a retroatividade (seja máxima, média ou mínima, seja justa ou injusta) e a irretroatividade.

Nesse momento, passou-se a relacionar os efeitos futuros e pendentes com a expectativa de direito, hipótese que identifica situação em que o direito que se encontra na **iminência** de ocorrer quando sobrevém uma nova lei alterando o regramento jurídico da matéria.

Tratando do caso concreto, anotou-se que o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil – Lei 13.019, de 31 de julho de 2014, entrou em vigor 540 dias após sua publicação em relação à União, estados e Distrito Federal, e nos municípios, somente passou a vigor em 1º de janeiro de 2017, visando estabelecer novas regras jurídicas para as parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, por meio de novos instrumentos jurídicos.

Discorrendo sobre a condição de coisa julgada e ato jurídico perfeito que detém os títulos executivos, concluiu-se que não há ofensa em nenhum desses aspectos, pois a Lei 13.019/2014 não está, em momento algum, a retroagir. **Em verdade, apontou-se que os acordos representam hipóteses de relações de trato sucessivo cujos efeitos se protraem no tempo, de modo que constituem mera expectativa de direito, suscetíveis às alterações legislativas, como regra.**

Ademais, pontuou-se que a administração pública, em toda a sua atividade, está atrelada aos mandamentos legais, não podendo deles se afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor, de modo que está sujeita, diuturnamente, ao **Princípio da Legalidade**.

Assim, apontou-se a imperiosidade de, no caso em tela, interpretar-se os fatos com proporcionalidade e razoabilidade, pois, conquanto representem Ato Jurídico Perfeito e se revistam da condição de Coisa Julgada, os efeitos pendentes e futuros tratam-se de mera Expectativa de Direito,

submetendo-se às adequações legislativas (ou factuais, a depender das circunstâncias) que sobrevenham. Soma-se a isso a sujeição da administração pública ao Princípio da Legalidade, de modo que somente pode agir nos termos que a lei autorize.

Em arremate, concluiu-se então que permanece o dever do município de continuar a fomentar as atividades de interesse público, mas dentro dos parâmetros que a nova Lei impôs. Da mesma forma, as entidades não possuem direito adquirido às parcelas vencidas já na vigência da nova lei. Daí a imprescindibilidade de que sociedade civil e poder público envidem esforços a fim de que se promova a adequação dos instrumentos ora em curso (convênios e acordos judiciais celebrados em sede de ações civis públicas) àqueles regulamentados pela Lei 13.019/2014 (termo de fomento ou termo de parceria), de modo que as parcerias em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, sejam legítimas e dotadas das qualidades requeridas pelo ordenamento jurídico.

Tais adequações, por sua vez, não podem promover a incompatibilidade entre a regulamentação fornecida pela Lei nº 13.019/2014 e os direitos já concretizados por políticas públicas prioritárias, sob pena de malferir o Princípio da Proporcionalidade, analisado sob a Proibição ao Retrocesso. Como já aduzido, o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil foi sancionado para acrescentar ao ordenamento jurídico e não para servir de argumento para a não concretização de direitos sociais.

Por fim, é importante atentar que o novo diploma estabelece **regras de transição** entre o antigo sistema regulatório e o novo. Dispõe seu Art. 83 que as parcerias existentes no momento da entrada em vigor da Lei permanecerão regidas pela legislação vigente ao tempo de sua celebração, sem prejuízo de sua aplicação subsidiária, naquilo em que for cabível, desde que em benefício do alcance do objeto da parceria.

Destarte, acerca do tema provocado e preservada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural, conclui este Centro de Apoio Operacional pela:

a) Inexistência de ofensa à Coisa Julgada e ao Ato Jurídico Perfeito no que tange a aplicação da Lei nº 13.019/2014 sobre os efeitos futuros e pendentes das parcerias entre as organizações da sociedade civil e a administração pública;

b) Inexistência de Direito Adquirido das Entidades aos valores outrora estipulados em convênios e acordos judiciais em ações civis públicas e vencidos na vigência da nova lei, mas mera expectativa de direito;

c) Aplicação imediata da Lei 13.019/2014 aos vínculos travados entre o Município e as Entidades, por que se tratam de relações jurídicas de trato sucessivo, sujeitas às alterações legislativas;

d) Necessidade de adaptar o regime de convênio entre as OSC sem fins lucrativos e os municípios da Comarca de Capelinha às modificações da Lei 13.019/14;

e) Inadmissibilidade de incompatibilidade entre a regulamentação fornecida pela Lei nº 13.019/2014 e os direitos já

concretizados por políticas públicas prioritárias, sob pena de malferir o Princípio da Proporcionalidade, analisado sob a Proibição ao Retrocesso.

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, 30 de novembro de 2017

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

Requerente: Promotoria de Justiça da Comarca de Varginha

Ementa: Contratação direta de serviços de auditoria e consultoria contábil, orçamentária e financeira. Impossibilidade. Serviços que carecem da natureza de singularidade. Não enquadramento nos casos de inexigibilidade previstos na Lei n.º 8.666/93.

1 Relatório

O presente Procedimento de Apoio à Atividade Fim foi instaurado em decorrência de consulta realizada pela Promotora de Justiça da Comarca de Varginha, Dra. Eliane Maria de Oliveira Claro, acerca da possibilidade de contratação de serviços de auditoria e de consultoria contábil, orçamentária e financeira através de procedimento de inexigibilidade de licitação fundado no inciso II do artigo 25 da Lei n.º 8.666/93.

O Procedimento de Apoio a Atividade Fim foi instruído com cópias dos contratos encaminhados pela consulente, nos quais figura como contratada a empresa ADPM – Administração Pública para Municípios.

É o breve relatório.

2 Fundamentação

A regra consagrada pela Constituição da República (art.37, XXI) para a contratação de obras, serviços, compras e alienações é que seja precedida do devido procedimento licitatório, na forma da lei, assegurando-se igualdade de condições aos interessados, exigindo-se apenas a qualificação técnica e econômica indispensável à garantia do cumprimento das obrigações.

Esta foi a forma que o constituinte encontrou para assegurar a observância dos princípios da isonomia, da eficiência, da economicidade e da moralidade pública no âmbito das contratações de terceiros pelo Estado.

Segundo o Professor Marçal Justen Filho,

Licitação é o procedimento administrativo destinado a selecionar, segundo critérios objetivos predeterminados, a proposta de contratação mais vantajosa para a Administração, assegurando-se a ampla participação dos interessados e o seu tratamento isonômico, com observância de todos os requisitos legais exigidos.⁸⁹

O Supremo Tribunal Federal, em acórdão relatado pelo então ministro Eros Grau, assim se manifestou sobre mencionado instituto do Direito Administrativo:

A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso

– o melhor negócio – e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela administração. (...) Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, impõe-se seja desenvolvida de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da administração. A conversão automática de permissões municipais em permissões intermunicipais afronta a igualdade – art. 5º –, bem assim o preceito veiculado pelo art. 175 da CB. (...) Afronta ao princípio da isonomia, igualdade entre todos quantos pretendam acesso às contratações da administração.⁹⁰

Para que o formalismo não se sobreponha ao fim último do procedimento licitatório, que é garantir economicidade, eficiência e isonomia nas contratações pelo poder público, o próprio artigo 37, XXI, da Constituição prevê a limitação de sua aplicação, nos termos de lei.

Assim, a Lei de Licitações enumera casos em que há a dispensa de licitação e aqueles em que se verifica a inexigibilidade. Na dispensa, existe viabilidade de competição, entretanto, por um ou outro motivo, o legislador entendeu por bem ser o procedimento dispensável. No caso da inexigibilidade, não existe viabilidade de competição: a inobrigatoriedade do procedimento prévio decorre da impossibilidade de fazê-lo.

Importante ressaltar que a previsão de dispensa e inexigibilidade de licitação não afasta a aplicação dos princípios basilares do Direito Administrativo: isonomia, eficiência, economicidade e moralidade pública. Ao contrário, a contratação direta pressupõe procedimento formal que demonstre o atendimento a estes princípios, mediante justificativa razoável para a escolha do contratado.

No caso apresentado pela Promotora de Justiça da comarca de Varginha, a contratação da empresa ADPM – Administração Pública para Municípios, a fim de prestar serviços técnicos profissionais especializados em auditoria e consultoria contábil, orçamentária e financeira, não foi precedida do devido processo de licitação sob o argumento de que se enquadraria na hipótese de inexigibilidade, fundamentada no inciso II do art. 25 da Lei n.º 8.666/93, cujo teor é o seguinte:

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

(...)

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

89 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14ª edição. São Paulo: Dialética, 2010. P. 11

90 ADI 2.716, rel. min. Eros Grau, j. 29-11-2007, P, DJE de 7-3-2008. RE 607.126 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, j. 2-12-2010, 1ª T, DJE de 1º-2-2011

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

- I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
- II - pareceres, perícias e avaliações em geral;
- III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)
- IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

Como se vê, o artigo 13 lista como serviços técnicos profissionais especializados as assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias. Entretanto, a simples contratação deste tipo de serviço não pressupõe a inexigibilidade de licitação. É imprescindível, para a configuração da inviabilidade de competição, o atendimento aos requisitos estabelecidos pelo inciso II do artigo 25 da Lei: natureza singular e contratação de empresa de notória especialização. Neste sentido, vale a citação da súmula 252 do Tribunal de Contas da União:

A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado.

No mesmo sentido tem se manifestado o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, como se pode depreender da decisão exarada nos autos do Processo Administrativo n.º 682377 (j. 22/05/2007):

(...) para a contratação direta, com fulcro no artigo 25, II, da Lei 8.666/93, é necessária configuração de três requisitos básicos: o serviço técnico, a notória especialização do contratado e a singularidade do objeto. Quanto à notória especialização do profissional ou empresa, há que se considerar dois conceitos: especialização, que consiste na titularidade objetiva de requisitos que distinguem o sujeito, conferindo-lhe maior habilitação que os outros da mesma área de atuação (tais como cursos de pós-graduação, exercício de magistério superior, premiação, etc...) e a notoriedade significando o reconhecimento da qualidade do sujeito por parte da comunidade.

A matéria também chegou a ser sumulada pelo TCE/MG (súmula 106):

Nas contratações de serviços técnicos especializados celebrados pela Administração com fundamento no artigo 25, inciso II, combinado com o artigo 13 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, é indispensável a comprovação tanto da notória especialização dos profissionais ou empresas contratadas como da singularidade dos serviços a serem prestados, os quais, por sua especificidade, diferem dos que, habitualmente, são afetos à Administração.

Na mesma esteira a voz da ilustre Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Quanto à menção, no dispositivo, à natureza singular do serviço, é evidente que a lei quis acrescentar um requisito, para deixar claro que não basta trata-se de um dos serviços previstos no art. 13; é necessário que a complexidade, relevância, os interesses públicos em jogo torne o serviço singular, de modo a exigir a contratação com profissional notoriamente especializado; não é qualquer projeto, qualquer perícia, qualquer parecer que torna inexigível a licitação. (...). Com relação à notória especialização, o § 1º do artigo 25 quis reduzir a discricionariedade administrativa em sua apreciação, ao exigir os critérios de essencialidade e indiscutibilidade do trabalho, como sendo o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. Tem-se que estar em zona de certeza, quanto a esses aspectos, para ser válida a inexigibilidade.⁹¹

Ora, ao que se pode depreender da própria redação do artigo 13, § 1º da Lei de Licitações, os serviços técnicos especializados podem ser contratados através de procedimento de ampla concorrência, sendo esta a regra. Sua exceção, caso de inexigibilidade, é a contratação de serviços técnicos especializados singulares, em que não se pode identificar múltiplos prestadores capazes de executá-lo de forma satisfatória e com a mesma maestria. Por esta razão a necessidade de verificação quanto à notória especialização e quanto à singularidade do objeto do contrato.

Destarte, o que determinará a inexigibilidade de licitação, em primeiro lugar, será o caráter único e singular do serviço objeto da contratação. Ora, se o serviço é singular, requererá alguém extremamente habilitado para executá-lo. Se o serviço for comum, não haverá essa necessidade. Nesse sentido, a título exemplificativo, descreve Alexandre Mazza que “a contratação direta de escritório de advocacia para o patrocínio de causas de massa, como o contencioso trabalhista ou cível, não pode ser enquadrada como serviço técnico de natureza singular”⁹². Outro exemplo, fornecido por Diógenes Gasparini⁹³, seria a ilegalidade da contratação de Celso Antônio Bandeira de Mello (ou qualquer outro advogado de notória especialização), para promover ações de execução fiscal de certo Município, já que este tipo de serviço é ordinatório à rotina dos entes da Administração.

No julgamento do Inquérito n.º 3074/SC, datado de 26/08/2014, afirma o Ministro Luís Roberto Barroso:

A natureza singular refere-se ao objeto do contrato, ao serviço a ser prestado, que deve escapar à rotina do órgão contratante e da própria estrutura de advocacia pública que o atende. Não basta, portanto, que o profissional seja dotado de notória especialização, exigindo-se, igualmente, que a atividade envolva complexidades que tornem necessária a peculiar expertise. É essa nota de diferenciação que torna inviável a competição, mesmo entre prestadores qualificados, dada a necessidade de um elo de especial confiança na atuação do profissional selecionado.

91 DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 24ª edição. São Paulo: Atlas, 2011. Págs. 384-385.

92 MAZZA, Alexandre. 2017, Pág. 572

93 GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 16 ed (atualizado por Fabrício Motta). São Paulo: Saraiva, 2011. Pág. 612.

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello e Marçal Justen Filho elucidam, com a maestria que lhes são peculiares:

Se o serviço pretendido for banal, corriqueiro, singelo, e, por isso, irrelevante que seja prestado por “A” ou por “B”, não haveria razão alguma para postergar-se o instituto da licitação. Pois é claro que a singularidade só terá ressonância para o tema na medida em que seja necessário, isto é, em que por força dela caiba esperar melhor satisfação do interesse administrativo a ser provido. Veja-se: o patrocínio de uma causa em juízo está arrolado entre os serviços técnico-especializados previstos no art. 13. Entretanto, para mover simples executivos fiscais a Administração não terá necessidade alguma de contratar – e diretamente – um profissional de notória especialização. Seria um absurdo se o fizesse. Assim, também, haverá perícias, avaliações ou projetos de tal modo singelos e às vezes até mesmo padronizados que, ou não haveria espaço para o ingresso de componente pessoal do autor, ou manifestar-se-ia em aspectos irrelevantes e por isso incapazes de interferir com o resultado do serviço. Em suma: a singularidade é relevante e um serviço deve ser havido como singular quando nele tem de interferir, como requisito de satisfatório entendimento da necessidade administrativa, um componente criativo de seu autor, envolvendo o estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística, ou a argúcia de quem o executa, atributos, estes, que são precisamente os que a Administração reputa convenientes e necessita para a satisfação do interesse público em causa. Embora outros, talvez até muitos, pudessem desempenhar a mesma atividade científica, técnica ou artística, cada qual o faria à sua moda, de acordo com os próprios critérios, sensibilidade, juízos, interpretações e conclusões, parciais ou finais, e tais fatores individualizadores repercutirão necessariamente quanto à maior ou menor satisfação do interesse público. Bem por isso não é indiferente que sejam prestados pelo sujeito “A” ou pelos sujeitos “B” e “C”, ainda que todos estes fossem pessoas de excelente reputação.⁹⁴

Assim, a inviabilidade de competição, no caso do inciso II, decorre não da ausência de pluralidade de alternativas, mas da ausência de critério objetivo para selecionar a proposta mais vantajosa de contratação. Como o serviço técnico profissional especializado envolve uma atuação humana de cunho criativo, exteriorizando habilidades em face a cada caso concreto, é impossível estabelecer um critério de comparação objetiva entre as diversas alternativas. Sendo as atividades personalíssimas, cada qual é diversa da outra, o que significa a ausência de um critério de seleção objetivo. Por outro lado, a qualificação individual dos profissionais nesse setor conduz à impossibilidade de a Administração Pública obter os préstimos do sujeito adequado por via da licitação. O profissional dotado de grande qualificação não se disporia a participar de uma licitação, especialmente em vista do risco de não se sagrar vencedor.⁹⁵

E, ainda, o Tribunal de Contas da União:

Não basta que o objeto seja complexo e que o sujeito tenha notória especialização. É necessário mais do que isso: tem que existir uma superioridade de adequação, assegurada por uma singularidade na natureza do serviço, existente na relação de trabalho em que o serviço nasce entre o sujeito prestador e o objeto contratado. Daí porque a licitação ser

inviável, pois, evidentemente, somente um sujeito estaria em condições de prestá-lo. Conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Prieto, “nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, pois só existe um objeto ou uma pessoa que atenda as necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável.”⁹⁶

É fato público que a ADPM é uma empresa que tem sido contratada por diversos municípios mineiros a fim de prestar serviços de natureza administrativa. Não se pretende, por ora, tratar de sua “notória especialização”, inclusive porque o presente PAAF não se encontra instruído suficientemente para tanto.

Entretanto, quanto à singularidade do objeto do contrato, é possível afirmar sua inexistência. A simples leitura da descrição das obrigações da contratada junto ao município de Monsenhor Paulo, tanto no Contrato nº 02/2017 quanto no instrumento firmado em 12 de janeiro de 2006, é suficiente à conclusão de que os serviços contratados são rotineiros e permanentes, indispensáveis ao adequado exercício da administração municipal.

São enumeradas como obrigações da contratada, por exemplo, no que se refere à consultoria contábil, a “consultoria na elaboração e discussão da proposta de lei do plano plurianual, de lei de diretrizes orçamentárias e de lei orçamentária anual, acompanhamento da execução orçamentária, conferência e análise dos balancetes mensais emitidos pela contabilidade”, entre outras atividades que legalmente devem ser praticadas de forma contínua pela Administração. Da mesma forma, no tocante à auditoria, as obrigações descritas no contrato têm caráter rotineiro e permanente: “examinar e opinar sobre o sistema contábil e sistema de controle interno, auditar e emitir parecer sobre os atos de gestão da receita e da despesa pública”, etc...

Entendimento semelhante, inclusive, foi externado pela Central de Apoio Técnico da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais – CEAT – quando da elaboração dos Pareceres Técnico Contábil SISCEAT 21626903 e 27056228, datados de 31.08.2017 e 28.11.2017, envolvendo contratações da ADPM. Aliás, em tais pareceres a CEAT identifica outras empresas aptas a prestar os mesmos serviços, por preços competitivos no mercado.

Também são citadas pela CEAT decisões em que o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais julgou indevida a contratação direta desta mesma empresa – ADPM – por outros Municípios. Vale a pena a transcrição:

Acórdão 2ª Câmara de 30/08/2012 - Processo nº 715981

No caso em análise, verifico, de plano, que o objeto da contratação não possui o atributo da singularidade, mas se encontra no âmbito da atividade administrativa comum e rotineira. A execução de serviços nas áreas administrativa, contábil e financeira é inerente aos trabalhos desenvolvidos pela Administração Pública Municipal, não se revestindo de natureza extraordinária apta a autorizar a contratação direta com fulcro no inciso II do art. 25 da Lei de Licitações. Saliento, ainda, que a Constituição da República, no inciso XXI do seu art. 37, impõe a regra da licitação pública para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, por

94 MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. Pág 492- 493.

95 Ob. Cit., p. 505.

96 Acórdão 7840/2013 – Primeira Câmara – TCU

parte da Administração, ressalvados os casos especificados na legislação.

Acórdão 1ª Câmara de 18/06/2013 - Processo nº 677066

O posicionamento desta Corte de Contas, em relação à prestação de serviços de consultoria, assessoria, auditoria financeira e treinamento pessoal, firmado no Incidente de Uniformização n. 684973/2004, é contrário a esse tipo de contratação, no sentido de que o objeto licitado não se reveste de singularidade, mas sim de serviços corriqueiros e amplos, o que não inviabiliza a competição. Isto posto não foram preenchidos os requisitos preestabelecidos em lei, para a utilização do procedimento de inexigibilidade, demonstrando, na verdade, falta de planejamento e controle, em desconformidade com os princípios constitucionais da legalidade, moralidade, impessoalidade e da obrigatoriedade de licitar, insculpidos no art. 37, caput, e inc. XXI da Constituição da República/88, a Constituição Cidadã, e artigos 2º e 3º da Lei n. 8.666/93.

Acórdão 1ª Câmara de 04/02/2014 - Processo nº 811150

Com efeito, conforme o próprio TCU, a singularidade de um serviço diz respeito a sua invulgaridade, especialidade, especificidade, ou seja, a natureza singular se caracteriza como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por todo e qualquer profissional especializado. Envolve os casos que demandam mais do que a simples especialização, pois apresentam complexidades que impedem a obtenção de solução satisfatória a partir da contratação de qualquer profissional.

Julgo irregular o procedimento de contratação com base na inexigibilidade de licitação, pela falta desses dois elementos essenciais ao processo: especificação e detalhamento do objeto que possibilite a justificativa do preço global contratado.

3 Conclusão

Respeitada a independência funcional da Promotora de Justiça Natural, e considerando o até aqui exposto, conclui o Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público que o objeto dos contratos celebrados pela Prefeitura de Monsenhor Paulo e a empresa ADPM não possui a característica de singularidade, não se enquadrando na hipótese de inexigibilidade de licitação prevista no art. 25, II, da Lei de Licitações.

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, 30 de novembro de 2017

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

Procedimento de Estudos e Pesquisas Periódicos – PEPP
nº 30/2017 – CGMP

Objeto: Manifestação sobre incidente suscitado pela OAB/MG à Corregedoria-Geral do Ministério Público de Minas Gerais para edição de orientação a seus respectivos membros referente à promoção de ações penais e ações civis públicas por ato de improbidade administrativa em face de advogados e agentes públicos, em razão de contratação direta de serviços advocatícios, nos termos dos Arts. 25, inciso II c/c 13, incisos II e V.

ÍNCLITO SENHOR CORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO:

1 RELATÓRIO:

Trata-se de procedimento de estudos e pesquisas periódicos instaurado pela Douta Corregedoria-Geral do Ministério Público de Minas Gerais, com esteio em seu Regimento Interno, art. 60, em decorrência de incidente suscitado pela Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho Seccional de Minas Gerais, para edição de orientação referente à promoção de ações civis públicas por ato de improbidade administrativa e criminais em face de advogados e agentes públicos, em razão de contratação direta de escritórios e advocacia (no art. 25, inc. II c/c o art. 13 da Lei 8.666/93).

Sustenta o Conselho, por meio de sua presidência e da respectiva Comissão Especial, que tanto os Tribunais Superiores quanto o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP perfilham-se ao entendimento de que “*a contratação direta de advogado ou escritório de advocacia por ente público, por inexigibilidade de licitação, por si só, não constitui ato ilícito ou ímprobo*”.

Em ofício, compilou excertos de precedentes do Superior Tribunal de Justiça – STJ e do Supremo Tribunal Federal – STF, bem como da Recomendação nº 36/2016 CNMP, arrematando, ao final, sua disponibilidade para o estabelecimento de diálogo e consenso em torno da temática, a fim de que ambas instituições prestigiem valores de assento constitucional, tal como segurança jurídica.

O despacho instaurativo deste procedimento registrou a metódica dos trabalhos, que incluiu consulta pública aos respectivos membros, estudos doutrinário e jurisprudencial sobre a matéria e, ainda, análise dos problemas e desafios acerca da contratação direta. Foram juntadas cópias do Ofício 09/2017 OAB/MG (fls. 05-08), bem como Portaria 19/2017, também expedida pela Seccional (fls. 09) e cópias de manifestações anteriores deste Centro Operacional (fls. 10-44).

Adiante, para além dos registros de comunicações via correio eletrônico, consta nos autos vasto material acadêmico, destacando-se fragmentos doutrinários e artigos científicos (fls. 93-204), bem como acórdãos emanados dos órgãos

máximos do Poder Judiciário brasileiro e do Tribunal de Contas Mineiro (fls. 205-252).

O segundo volume é inaugurado pelo Ofício nº 081/2017 da Associação Nacional dos Procuradores Municipais, que manifestou interesse em compor esforços para equacionar a presente questão. Anexou cópia de petição destinada ao Ministro Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 45, em curso no Supremo Tribunal Federal, na qual intenta ingressar no feito na condição de *Amicus Curiae* (fls. 254-328).

Ademais, ao autos foram acostadas manifestações de diversos órgãos, tais como: Ministério Público do Estado do Maranhão (fls. 65-70), Ministério Público do Estado de Santa Catarina (fls. 344-409v), Ministério Público do Estado do Paraná (fls. 462), Promotorias de Justiça mineiras (fls. 435-440 e 443-452v) e Comissão Especial da OAB/MG (fls. 414-419v).

Em derradeiro, consta o Termo de Reunião realizada em 08 de junho de 2017 (fls. 455 e 455v) e Ofício 103/2017 OAB/MG, por meio do qual a entidade afirma não deter condições de apresentar relatório quantitativo e qualitativo dos processos judiciais promovidos, cujo pedido fora formulado pelo Ministério Público com o fim de propiciar análise dos casos em que houve, para a Seccional, manejo indevido das ações. Todo modo, concluiu a Assessoria da Corregedoria Geral pela inexistência de prejudicialidade na carência do dado.

Apenso a este o Procedimento de Orientação Funcional – PrOF 303/2016-CGMP (ID2721076), instaurado em 29/07/2016, totalizando 127 páginas.

Restaram-me, doravante, conclusos os autos para manifestação final do CAOPP – Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público.

Em síntese, é o breve relatório.

2 Fundamentação:

Inicialmente, vislumbro que consta dos autos espaçoso estudo referente à inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços de advocacia, em âmbito judicial e extrajudicial. O material colacionado investiga o teor teleológico da Lei de Licitação (Lei 8.666, de 21 de junho de 1993), em especial os artigos 25, inciso II, e 13, inciso V:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: (...) II – para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação.

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a: (...) V – patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas.

Nesse ínterim, resta a este Centro de Apoio Operacional acrescentar diminutas ponderações quanto à viabilidade da contratação direta de advogados e escritórios de advocacia,

sem que isso configure ato de improbidade administrativa ou ilícito penal.

2.1 DA (IN)EXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO: do Serviço de Advocacia Judicial e Extrajudicial

O Regime Jurídico Administrativo é o nome dado à plêiade de normas e princípios que fornecem conotação especial ao Direito Administrativo. É caracterizado por dois superprincípios que pontuam estado de ambivalência peculiar desse ramo deontológico: a Supremacia do Interesse Público e a Indisponibilidade do Interesse Público.

É desses supraprincípios que decorre toda a lógica do sistema e que derivam todos os demais enunciados normativos do Direito Administrativo. O atuar do administrador público é pautado em prerrogativas e sujeições que ora lhe são conferidas e ora lhe são impostas, respectivamente.

Nesse sentido, um exemplo de limitação imposta aos agentes públicos em decorrência do Princípio da Indisponibilidade é a promoção de Licitação Pública nas contratações realizadas pelo Poder Público. Sabe-se que o interesse público não se confunde com o interesse do Estado, nem com o interesse do aparato administrativo e muito menos com a vontade do agente público, mas se restringe aos anseios da coletividade, o que se convencionou chamar de “interesse público primário”.

Assim, em prestígio ao Interesse Público Primário, que é indisponível, as negociações públicas, como regra, devem se submeter a critérios objetivos, possibilitando condições para que todos que desejem contratar com o Poder Público o possam fazer, em igualdade de condições.

Destarte, é esse o teor do Art. 37, inciso XXI, da Constituição da República e da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, que o regulamenta em âmbito infraconstitucional.

Adverte Maria Sylvia Zanella de Pietro, de maneira sucinta, que a “*Licitação constitui um princípio a que se vincula a Administração Pública, pois decorre do princípio da Indisponibilidade do Interesse Público e que constitui uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante*”⁹⁷.

A obrigatoriedade de licitar estende-se a todos os órgãos da administração pública direta e indireta no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (Art. 1º da Lei 8.666/93) e abrange contratos de obras, serviços, compras e alienações, bem como concessão e permissão de serviços públicos (Art.s 37, inc. XXI c/c 175 da CR/88). A Licitação, portanto, é regra geral, apenas excetuada em situações especiais previstas na legislação, que retratam a falta de algum – ou alguns – pressuposto necessário a exequibilidade do procedimento.

Conforme o magistério de Alexandre Mazza, os pressupostos da Licitação são: lógico, jurídico e fático. O pressuposto lógico consiste na pluralidade de objetos e ofertantes; o pressuposto jurídico, existência de conveniência e oportunidade na realização do procedimento; por fim, o pres-

97 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011. Pág. 640.

suposto fático é o comparecimento de interessados para participar da licitação⁹⁸. Na falta de um deles, a Licitação nasce fadada ao insucesso, contrariando seu fim último, que é o Interesse Público Primário.

Nessa esteira, a Lei 8.666/93 previu hipóteses de Inexigibilidade de Licitação (Art. 25), Dispensa de Licitação (Art. 24) e Licitação Dispensada (Art. 17), sendo que a primeira ocorre sempre quando há **inviabilidade de competição**.

A licitação inexigível é aquela na qual o procedimento é impossível, seja porque lhe falta pressuposto lógico ou jurídico. O art. 25 da Lei 8.666/93, de forma exemplificativa, elenca as hipóteses em que não se pode exigir que a Administração licite, entre as quais se destaca: “para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação” (inciso II).

O mesmo artigo, em seu parágrafo primeiro, registra que “considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato” (Art. 25, § 1º, Lei 8.666/93).

Desse modo, a legislação é categórica quanto aos critérios para o enquadramento na referida hipótese de inexigibilidade. Inicialmente, o serviço deve ser **técnico**, dentre aqueles assim considerados pelo próprio diploma (Art. 13). Todavia, é necessário ainda que a essa característica se some à **natureza ímpar, única e excepcional do objeto**, a ponto de torná-lo singular. Por fim, é indispensável que o executor dos serviços detenha **notória especialização** em seu campo de especialidade, aferida principalmente em razão da essencialidade e adequabilidade a plena satisfação do contrato.

Nessa esteira, a súmula 252 do Tribunal de Contas da União dá nota de que “a inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, decorre da **presença simultânea de três requisitos**: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado.”

Não é outro senão esse, igualmente, o posicionamento da doutrina e da jurisprudência:

Quanto à menção, no dispositivo, à natureza singular do serviço, é evidente que a lei quis acrescentar um requisito, para deixar claro que não basta trata-se de um dos serviços previstos no art. 13; é necessário que a complexidade, relevância, os interesses públicos em jogo torne o serviço singular, de modo a exigir a contratação com profissional notoriamente especializado; não é qualquer projeto, qualquer perícia, qualquer parecer que torna inexigível a licitação. (...). Com relação à notória especialização, o § 1º do artigo 25 quis reduzir a discricionariedade administrativa em sua apreciação,

ao exigir os critérios de **essencialidade e indiscutibilidade** do trabalho, como sendo o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. Tem-se que estar em zona de certeza, quanto a esses aspectos, para ser válida a inexigibilidade.⁹⁹ (Grifos da autora).

PROCESSUAL CIVIL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADVOCACIA. LICITAÇÃO. INEXIGIBILIDADE. ESPECIALIDADE E SINGULARIDADE. REQUISITOS NÃO CONFIGURADOS. VÍNCULO DE CONFIANÇA ENTRE CONSTITUINTE E CONSTITUÍDO. INADMISSIBILIDADE. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Omissis.

2. **A contratação sem licitação por inexigibilidade deve estar vinculada à notória especialização do prestador de serviço, de forma a evidenciar que o seu trabalho é o mais adequado para a satisfação do objeto contratado e, sendo assim, inviável a competição entre outros profissionais.**

(...).

(AgInt no REsp 1581626/GO. Ministro Relator Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Julgado em 08/11/2016. DJe 14/11/2016). (Grifo nosso).

Quanto à inexigibilidade de licitação para contratação de serviços advocatícios, âmbito do presente estudo, é necessário pontuar que consta claramente no inciso V do Art. 13 da Lei de Licitações, podendo também ser classificado no inciso II do mesmo dispositivo:

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

I - *omissis*;

II - pareceres, perícias e avaliações em geral; (...);

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

§ 1º **Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação**, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração. (Grifamos).

Da simples dicção legal é possível inferir, desde logo, que a contratação de serviços técnicos pode ser ou não contratado por meio de Licitação Pública. **Aliás, a regra permanece sendo o procedimento licitatório, a ressalva é para os casos de inexigibilidade.**

Com efeito, o que determinará a exigibilidade de Licitação será o caráter único e singular do serviço objeto da contratação. Ora, se o serviço é singular, requererá alguém extremamente habilitado para executá-lo. Se o serviço for comum, não haverá essa necessidade. Nesse sentido, a *contratação direta de escritório de advocacia para o patrocínio de causas de massa, como o contencioso trabalhista ou cível, não pode ser enquadrada como serviço técnico de natureza singular*¹⁰⁰.

99 DI PIETRO, 2011. Págs. 384-385.

100 MAZZA, Alexandre. 2017, Pág. 572.

98 MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Pág. 532.

O jurídico massificado é caracterizado pelo grande volume ações e tarefas semelhantes. As atividades são comuns ao dia a dia de um escritório de advocacia e, por isso, de modo geral, podem ser conduzidas por qualquer profissional habilitado para seu exercício. Não há razão para ser contratado por meio de Inexigibilidade de Licitação, portanto.

Outro exemplo, fornecido por Diógenes Gasparini¹⁰¹, seria a ilegalidade da contratação de Celso Antônio Bandeira de Mello (ou qualquer outro advogado de notória especialização), para promover ações de execução fiscal de certo Município, já que este tipo de serviço é ordinatório à rotina dos entes da Administração Direta (e até mesmo algumas pessoas da Administração Indireta).

Em ambas situações, malgrado o serviço possa ser classificado, nos termos da Lei de Licitações, como serviço técnico (Art. 13, inciso V), não há nenhuma singularidade ou complexidade capaz de o individualizar, e, por essa razão, não exige profissional de gabarito renomado.

Nessa esteira, o Ministro Luís Roberto Barroso cirurgicamente assim dispôs, por ocasião do Inquérito 3074, de Santa Catarina, julgado em 26/08/2014:

A natureza singular refere-se ao objeto do contrato, ao serviço a ser prestado, que deve escapar à rotina do órgão contratante e da própria estrutura de advocacia pública que o atende. Não basta, portanto, que o profissional seja dotado de notória especialização, exigindo-se, igualmente, que a atividade envolva complexidades que tornem necessária a peculiar expertise. É essa nota de diferenciação que torna inviável a competição, mesmo entre prestadores qualificados, dada a necessidade de um elo de especial confiança na atuação do profissional selecionado.¹⁰² (Grifamos)

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello e Marçal Justen Filho elucidam, com a maestria que lhes são peculiares:

Se o serviço pretendido for banal, corriqueiro, singelo, e, por isso, irrelevante que seja prestado por “A” ou por “B”, não haveria razão alguma para postergar-se o instituto da licitação. Pois é claro que a singularidade só terá ressonância para o tema na medida em que seja necessário, isto é, em que por força dela caiba esperar melhor satisfação do interesse administrativo a ser provido. Veja-se: o patrocínio de uma causa em juízo está arrolado entre os serviços técnico-especializados previstos no art. 13. Entretanto, para mover simples executivos fiscais a Administração não terá necessidade alguma de contratar – e diretamente – um profissional de notória especialização. Seria um absurdo se o fizesse. Assim, também, haverá perícias, avaliações ou projetos de tal modo singelos e às vezes até mesmo padronizados que, ou não haveria espaço para o ingresso de componente pessoal do autor, ou manifestar-se-ia em aspectos irrelevantes e por isso incapazes de interferir com o resultado do serviço. Em suma: a singularidade é relevante e um serviço deve ser havido como singular quando nele tem de interferir, como requisito de satisfatório entendimento da necessidade administrativa, um componente criativo de seu autor, envolvendo o estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística, ou a argúcia de quem o executa, atributos, estes, que são

precisamente os que a Administração reputa convenientes e necessita para a satisfação do interesse público em causa. Embora outros, talvez até muitos, pudessem desempenhar a mesma atividade científica, técnica ou artística, cada qual o faria à sua moda, de acordo com os próprios critérios, sensibilidade, juízos, interpretações e conclusões, parciais ou finais, e tais fatores individualizadores repercutirão necessariamente quanto à maior ou menor satisfação do interesse público. **Bem por isso não é indiferente que sejam prestados pelo sujeito “A” ou pelos sujeitos “B” e “C”, ainda que todos estes fossem pessoas de excelente reputação.**¹⁰³ (Grifos nossos).

Assim, a inviabilidade de competição, no caso do inciso II, decorre não da ausência de pluralidade de alternativas, mas da ausência de critério objetivo para selecionar a proposta mais vantajosa de contratação. **Como o serviço técnico profissional especializado envolve uma atuação humana de cunho criativo, exteriorizando habilidades em face a cada caso concreto, é impossível estabelecer um critério de comparação objetiva entre as diversas alternativas.** Sendo as atividades personalíssimas, cada qual é diversa da outra, o que significa a ausência de um critério de seleção objetivo. Por outro lado, a qualificação individual dos profissionais nesse setor conduz à impossibilidade de a Administração Pública obter os préstimos do sujeito adequado por via da licitação. O profissional dotado de grande qualificação não se disporia a participar de uma licitação, especialmente em vista do risco de não se sagrar vencedor.¹⁰⁴ (Grifo nosso).

E, ainda, o Tribunal de Constas da União:

Não basta que o objeto seja complexo e que o sujeito tenha notória especialização. **É necessário mais do que isso: tem que existir uma superioridade de adequação, assegurada por uma singularidade na natureza do serviço, existente na relação de trabalho em que o serviço nasce entre o sujeito prestador e o objeto contratado. Daí porque a licitação ser inviável, pois, evidentemente, somente um sujeito estaria em condições de prestá-lo.** Conforme ensina Maria Sylvania Zanella Di Prieto, “nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, pois só existe um objeto ou uma pessoa que atenda as necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável.”¹⁰⁵ (Grifamos).

Nesse íterim, uma vez delimitada a natureza singular do serviço técnico, é possível que a Administração Pública selecione o respectivo executor, mesmo que não pertencente ao seu quadro de servidores. A seleção será, portanto, de mérito administrativo, pois o Gestor Público deverá determinar quem, dentre os profissionais mais capacitados, será a melhor opção para executar o serviço, pautando-se em critérios de confiança, sem deixar de observar os contornos de legalidade impostos pelo ordenamento¹⁰⁶.

Assim, conclui-se que a Inexigibilidade de Licitação para contratação de serviços advocatícios caberá quando o serviço detenha essência singular. Ocorre que a celeuma

103 MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. Pág. 492- 493.

104 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. Pág. 505.

105 Acórdão 7840/2013 – Primeira Câmara – TCU.

106 Obviamente, o Processo de Inexigibilidade exige uma série de formalidades para que a contratação direta detenha eficácia, como a instauração de autos que contenham todos os elementos necessários a sua justificação, como a justificativa do preço, bem como necessidade de comunicação à autoridade superior e posterior ratificação e publicação na imprensa oficial (Art. 26 da Lei de Licitações).

101 GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 16 ed (atualizado por Fabrício Motta). São Paulo: Saraiva, 2011. Pág. 612.

102 Inquérito 3074/SC, Relatoria Ministro Luís Roberto Barroso.

em torno da temática perpassa essa simples conclusão. Exatamente por isso é que o tema é alvo de intensas discussões judiciais, inclusive perante os Tribunais Superiores.

Os argumentos são vários, destacando-se aqueles que, de um lado, entendem que a contratação de serviços advocatícios (inclusive por meio de procedimento licitatório) é ilegítima, pois no âmbito da Administração Pública as atividades devem ser prestadas por servidores de carreira, e, de modo diametralmente oposto, há quem afirme que os procedimentos previstos na Lei de Licitações são compatíveis para contratar serviços de advocacia, inclusive lançando mão da inexigibilidade, quando se tratar de serviços singulares.

Inúmeros processos seguem em curso perante o Superior Tribunal de Justiça (a exemplo dos seguintes: REsp 1571078, AgRg no REsp 1425230, REsp 1444874, HC 206559, REsp 1444874 e REsp 1377703) e também perante o Supremo Tribunal Federal. Nesta corte, inclusive, tramita a Ação Direta de Constitucionalidade nº 45, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), cujo intento é a declaração de compatibilidade entre os Art. 13, inciso V c/c e Art. 25, inciso II, ambos da Lei de Licitações, com a Constituição da República.

O Pretório Excelso já se manifestou, em algumas vezes, sobre a contratação direta de serviços de advocacia, tecendo considerações importantes e estabelecendo parâmetros sobre o assunto. Vejamos, então.

2.1.2 Do atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal afeto à temática

O Supremo Tribunal Federal iniciou a apreciação dos Recursos Extraordinários 656558 SP e 610523 SP, os quais versam sobre a inexigibilidade de licitação para contratação de serviços jurídicos por entes públicos. O julgamento foi suspenso e provavelmente será retomado em conjunto com a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 45.

Por ora, o relator dos recursos, Ministro Dias Toffoli, entendeu que a contratação é possível, desde que adotadas as precauções necessárias pela Administração Pública. A propósito, registrou o eminente ministro:

Pois bem. Exige-se a licitação pública para se tratar com igualdade os possíveis interessados nos contratos da Administração Pública, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. Para tratá-los com igualdade e para que seja possível a licitação pública, é essencial que se estabeleçam previamente critérios objetivos para comparar uns e outros. Se o critério for subjetivo, então, os interessados não serão tratados com igualdade, uma vez que a disputa se resolverá pela discricionariedade do julgador. Nesses casos, eventual interessado que venha a ser preterido não terá em que se amparar para exigir tratamento igualitário, principalmente porque o critério determinante será a livre vontade do julgador, sem que se possa cogitar de igualdade, ao menos num plano objetivo. Se os serviços elencados no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93 são prestados com características subjetivas, consequentemente são julgados de modo subjetivo, afastando a objetividade e, com ela, a competitividade, não se justificando a necessidade de instauração da licitação pública. A inexigibilidade pode, como já referi, se manifestar mesmo que existam vários especialistas aptos a prestar o serviço

pretendido pela Administração, já que todos eles se distinguem por características marcadas pela subjetividade, por suas experiências de cunho particular. Exatamente por isso a Administração deverá escolher um dos especialistas em detrimento de todos os demais eventualmente existentes. Nesse processo discricionário, o gestor público encontra certa liberdade na escolha do especialista que reputar o mais adequado à satisfação da utilidade pretendida com a contratação, pressupondo-se, pois, a avaliação de conceitos de valor, variáveis em grau maior ou menor, de acordo com a estimativa subjetiva. A liberdade de escolha, reconhecida, não é absoluta, mas limitada. A confiabilidade conquanto determinada subjetivamente, depende de certos requisitos objetivos, entre os quais sobressaem as experiências do especialista, sua boa reputação, o grau de satisfação obtido em outros contratos, entre outros. Dentre os especialistas que preenchem esses requisitos objetivos, o agente administrativo escolherá aquele em que deposita maior confiança, na medida em que o considere mais apto para satisfazer o interesse público que outros, valendo aí seus traços pessoais, que devem identificar-se com o que pretende a Administração. Nesse particular, adverte Eros Roberto Grau: “Por certo, pode a Administração depositar ‘confiança’ em mais de um profissional ou empresa dotado de notória especialização relativamente à prestação de serviço técnico-profissional especializado, singular, mesmo porque, detendo notória especialização, todos eles são virtualmente merecedores da ‘confiança’[.] contudo, não pode ser objetivamente apurada, de modo que se possa identificar, entre os profissionais ou empresas nos quais o agente público incumbido de tomar a decisão referentemente a qual deles ou delas deve ser contratado, qual o que, sendo contratado, executará o trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. A decisão quanto à escolha desse profissional ou daquela empresa para a prestação do serviço não pode, repito, ser demonstrada, ainda que se a possa justificar. Repito: é escolha discricionária do agente público ou dos agentes públicos competentes para contratá-lo” (Licitação e Contrato Administrativo – estudos sobre a interpretação da lei. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 74-75) (...). Portanto, na apreciação desses conceitos, afigura-se um juízo de certeza positiva e outro de certeza negativa. Há profissionais que são conhecidos em todo país, cujos estudos são tomados como referência pelos demais que militam na área. Não há dúvida alguma de que esses agregam notória especialização. Ocorre que, em sentido diametralmente oposto, existem profissionais que não são nem remotamente conhecidos; recém-formados, sem experiência alguma, sendo igualmente estreme de dúvida que esses não detêm notória especialização. Ocorre que, entre um grupo e outro, haverá um terceiro, composto por profissionais nem tão conhecidos quanto os primeiros nem tão desconhecidos quanto os segundos. Trata-se, é certo, da maioria, aqueles que ocupam posição mediana: estão no mercado; possuem alguma experiência, já realizaram alguns estudos, de certa forma são até mesmo conhecidos, mas, igualmente, não podem ser reputados detentores de notória especialização. Note-se que a expressão exige experiência e estudos que vão acima da média, tocante a profissionais realmente destacados. Nesse ponto, reside a chamada zona de incerteza, em que já não é possível distinguir com exatidão quem detém e quem não detém notória especialização. Aí vige a competência discricionária atribuída ao agente administrativo, que avalia a experiência dos profissionais com margem de liberdade, pelo que é essencial a confiança depositada no contratado. (...) Ademais, na minha concepção, respeitando aquela dos que têm entendimento distinto, no caso especial da advocacia, dada a série de empecilhos impostos pela essência da profissão,

norteada pela ética profissional, torna-se latente a dificuldade de se proceder ao procedimento licitatório para a contratação desses serviços. (Excertos extraídos do RE 656.558/SP).

Sugeri, ao final de seu voto, a aprovação das seguintes teses, com repercussão geral:

a) É constitucional a regra inserta no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, que estabelece ser inexigível a licitação para a contratação dos serviços técnicos enumerados no art. 13 dessa lei, desde que i) preenchidos os requisitos nela estabelecidos, ii) não haja norma impeditiva à contratação nesses termos e iii) eles tenham natureza singular e sejam prestados por profissionais ou empresas de notória especialização, inclusive no que tange à execução de serviços de consultoria, patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas.

b) Para a configuração da improbidade administrativa, prevista no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, faz-se necessária à presença de dolo ou culpa, caracterizados por ação ou omissão do agente, razão pela qual, não havendo prova do elemento subjetivo, não se configura o ato de improbidade administrativa, em qualquer uma das modalidades previstas na Lei nº 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa.

Desse modo, malgrado ainda não seja possível afirmar qual será o posicionamento do Pretório Excelso (uma vez que não foi levado a plenário o *case* até a data de expedição deste parecer¹⁰⁷), é provável que os ministros encampem a constitucionalidade dos artigos, legitimando a contratação direta para serviços de advocacia, desde que observados os limites legais.

2.1.3 Do cerne da controvérsia

A par dessas considerações, não resta dúvida que a questão tormentosa gira em torno não apenas na identificação dos critérios necessários à inexigibilidade, mas compreende, principalmente, as seguintes proposições:

(i) colisão de teses que admitem a licitação (e contratação direta) e que não admitem, em razão da imprescindibilidade de concurso público; e

(ii) identificação, no contexto fático, dos critérios necessários à contratação direta, notadamente a singularidade do objeto.

Passemos, então, a abordá-las de modo mais incisivo.

2.2 DA CONTRATAÇÃO DIRETA DOS SERVIÇOS DE ADVOCACIA E CONCURSOS PÚBLICOS: do mundo sensível e do mundo das ideais

Tal como a Licitação, o Concurso Público é uma expressão do Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, porque se trata de procedimento administrativo hábil a oportunizar a todos os interessados meios para alcançar a investidura em cargo ou emprego público, nos termos do Art. 37, inciso II, da Constituição Federal. José dos Santos Carvalho Filho explica que o concurso público:

É o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto

seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecidas sempre à ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos.¹⁰⁸

Para o mesmo doutrinador, o Concurso Público fundamenta-se em três postulados essenciais, quais sejam: Princípio da Isonomia, Princípio da Moralidade e Princípio da Competição, que garantem a lisura no processo de seleção de pessoal para a ambiência pública.

Com efeito, a exigência de concurso prestigia vários princípios constitucionais, mas em especial a igualdade e impessoalidade. Também representa, conforme Rogério Ponzi Seligman, “*a busca pela qualidade no serviço público, uma vez que se presume sejam os aprovados no certame os candidatos melhor qualificados para o exercício das funções correspondentes aos cargos em disputa*”.¹⁰⁹

O instituto é previsto desde a Constituição de 1934, embora de modo rudimentar. Foi a partir de então que se tornou indispensável, para a investidura nos postos de carreira das repartições administrativas e nos demais que a lei determinasse, a realização de “*exame de sanidade e concurso de provas ou títulos*” (Art. 170, § 2º), além da obrigatoriedade do certame para o provimento de cargos de juiz (na primeira instância da Justiça dos Estados – art. 104, a), de membros do Ministério Público Federal (que servisse perante o juízo comum – art. 95, § 3º) e para o provimento dos cargos de magistério oficial (art. 158).

Em 1988 o tema ganhou novos contornos em razão da reabertura democrática. Aprimoraram-se os mecanismos de ingresso de servidores públicos, por meio da necessidade de realização de concurso de provas ou provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego. Ademais, de forma inovadora, estendeu-se aos estrangeiros a acessibilidade a cargos, empregos e funções públicas, observada a lei (Art. 37, incisos I e II da Constituição Federal).

Com a Carta Cidadã, o Concurso Público ganhou *status* de princípio constitucional, conforme doutrina de Gilmar Ferreira Mendes, esposada em precedentes do Supremo Tribunal Federal¹¹⁰.

A aprovação prévia em concurso público é, como regra, requisito para admissão na carreira pública. Sem dúvidas,

108 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 11 ed. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2004. Pág. 511.

109 SELIGMAN, Rogério Ponzi. **A Contratação de Serviços Jurídicos pelo Poder Público**. Disponível em https://www.mpro.mp.br/documents/29174/119287/Artigo_A_Contratacao_de_Servicos_Juridicos_pelo_Poder_Publico.pdf. Acesso em 19 de outubro de 2017.

110 RE 598099 / MS, julgado em 10/08/2011: “É preciso reconhecer que a efetividade da exigência constitucional do concurso público, como uma incomensurável conquista da cidadania no Brasil, permanece condicionada à observância, pelo Poder Público, de normas de organização e procedimento e, principalmente, de garantias fundamentais que possibilitem o seu pleno exercício pelos cidadãos. (...) O princípio constitucional do concurso público é fortalecido quando o Poder Público assegura e observa as garantias fundamentais que viabilizam a efetividade desse princípio. Ao lado das garantias de publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, o direito à nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público”. (Grifamos).

107 A última movimentação é do dia 19/10/2017 (autos conclusos ao Ministro Relator).

há exceções especiais que dispensam o procedimento (tais como cargos de livre nomeação e exoneração e recrutamento de servidores temporários), mas o alcance da exigência deve ser o maior possível.

O mandamento constitucional abrange, portanto, o ingresso em cargos destinados ao exercício da Advocacia Pública, função que integra o rol daquelas descritas como “Essenciais à Justiça”. Incumbe à Advocacia Pública, de modo geral, representar os entes políticos (União, Estados e Distrito)¹¹¹, judicial e extrajudicialmente, bem como desempenhar as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo, conforme teor dos Arts. 131 e 132:

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º **O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.**

§ 3º Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, **na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases**, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

Conquanto a previsão de aprovação em concurso público para ingresso na carreira constasse desde o texto original da Carta, significativas adaptações foram promovidas no Art. 132 pela Emenda Constitucional 19/98, que determinou, entre outros aspectos, a participação da OAB em todas as fases e a estabilidade dos procuradores estaduais e distritais.

Não se objeta o intento do Constituinte (tanto originário como derivado) em organizar a carreira no Poder Público. Deveras, o assessoramento jurídico dos entes políticos e da máquina administrativa é imprescindível no contexto do Estado Democrático de Direito, cuja tônica é a efetiva materialização de direitos e garantias individuais e sociais, por meio de poderes instituídos independentes e harmônicos entre si (o Legislativo inova o Ordenamento Jurídico de forma criativa, genérica e abstrata em prol da coletividade que representa; o Executivo, de modo concreto, direto e imediato, age para concretizar os fins desejados pelo povo, manifestos através das leis; o Judiciário, sem inovar e de maneira indireta, tem por fim principal zelar pelo cumpro-

mento da Constituição e das demais normas, novamente em proveito da sociedade).

Por isso, o Estado deve contar com aparelhamento e pessoal capacitado para a execução de atividades jurídicas, tanto na seara consultiva, a fim de propiciar segurança jurídica, bem como na atividade contenciosa, para representá-lo judicial e extrajudicial, já que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos podem ser responsabilizadas pelos atos que praticarem (Art. 37, § 6º, da CR/88).

Conquanto o objetivo operacional e as competências legais da Advocacia Pública abranjam quaisquer aspectos de consultoria e representação judicial e extrajudicial, é verossímil o surgimento de demandas que, pela excentricidade de seu objeto, requeira a atuação de profissional extremamente qualificado, que poderá ou não fazer parte do quadro de servidores.

Assim, embora ideal que o assessoramento seja promovido apenas por titulares de cargos públicos, é impossível ignorar que a complexidade dos dias hodiernos pode exigir, em ocasiões específicas, prestação de **serviços singulares por executores de notória especialização.**

Nesse sentido, não há como desprezar a situação relatada. É mister assentar que não se visa adentrar aqui sobre aspectos de constitucionalidade ou legalidade da existência de cargos em comissão ou função de confiança em detrimento à carreira organizada ou, ainda, da terceirização serviços comuns a terceiros não concursados. Delimitam-se as ponderações deste parecer, exclusivamente, a super-veniência de serviços técnicos singulares que demandam para sua apropriada execução alta e incontestável especialização, seja por profissional de carreira ou por pessoa não pertencente aos quadros de servidores da pessoa jurídica interessada.

Destarte, não há porque vislumbrar óbice quanto à possibilidade abstrata de contratação de serviços de advocacia nos termos da Lei 8.666/1993, ainda que a Constituição da República tenha determinado a obrigatoriedade de realização de Concurso Público.

A lógica, aqui, é a mesma do tópico antecedente. O Concurso Público é a regra, mas o mandamento não pode engessar a realidade a ponto de contrariar o Interesse Público que norteia o agir da Administração, a qual, pautada em critérios previamente definidos em Lei, poderá contratar serviços advocatícios, por meio de procedimento licitatório ou por Inexigibilidade de Licitação.

A título de arremate, elucido o raciocínio construído tomando por exemplo uma das mais relevantes alegorias filosóficas já elaboradas: o Mito da Caverna.

O Mito da Caverna é uma parábola escrita pelo filósofo grego Platão no livro VII de “A República”, no qual ilustra a coexistência de dois mundos: o mundo dos sentidos e o mundo inteligível. O primeiro é aquele no qual, conquanto os fenômenos sejam acessíveis aos sentidos, não é possível conhecer senão de modo imperfeito. O segundo, a

111 Atendo-se, exclusivamente, a redação textual da Constituição da República de 1988.

seu turno, é o universo das ideias gerais e das essências imutáveis, acessíveis somente por meio da razão.

Suponhamos uns homens numa habitação subterrânea em forma de caverna, com uma entrada aberta para a luz, que se estende a todo o comprimento dessa gruta. Estão lá dentro desde a infância, algemados de pernas e pescoços, de tal maneira que só lhes é dado permanecer no mesmo lugar e olhar em frente; são incapazes de voltar a cabeça, por causa dos grilhões; serve-lhes de iluminação um fogo que se queima ao longe, numa eminência, por detrás deles; entre a fogueira e os prisioneiros há um caminho ascendente, ao longo do qual se construiu um pequeno muro, no gênero dos tapumes que os homens dos “robertos” colocam diante do público, para mostrarem as suas habilidades por cima deles. Visiona também ao longo deste muro, homens que transportam toda a espécie de objetos, que o ultrapassam: estatuetas de homens e de animais, de pedra e de madeira, de toda a espécie de labor; como é natural, dos que os transportam, uns falam, outros seguem calados. Em primeiro lugar, pensas que, nestas condições, eles tenham visto, de si mesmo e dos outros, algo mais que as sombras projetadas pelo fogo na parede oposta da caverna? Como não – respondeu ele –, se são forçados a manter a cabeça imóvel toda a vida? De qualquer modo – afirmei – pessoas nessas condições não pensavam que a realidade fosse senão a sombra dos objetos. Considera pois – continuei – o que aconteceria se eles fossem soltos das cadeias e curados da sua ignorância, a ver se, regressados à sua natureza, as coisas se passavam deste modo. Logo que alguém soltasse um deles, e o forçasse a endireitar-se de repente, a voltar o pescoço, a andar e a olhar para a luz, ao fazer tudo isso, sentiria dor, e o deslumbramento impedi-lo-ia de fixar os objetos cujas sombras via outrora. Que julgas tu que ele diria, se alguém lhe afirmasse que até então ele só vira coisas vãs, ao passo que agora estava mais perto da realidade e via de verdade, voltado para objetos mais reais? E se ainda, mostrando-lhe cada um desses objetos que passavam, o forçassem com perguntas a dizer o que era? Não te parece que ele se veria em dificuldades e suporia que os objetos vistos outrora eram mais reais do que os que agora lhe mostravam? – Muito mais, afirmou. Meu caro Gláucon, este quadro – prossegui eu – deve agora aplicar-se a tudo quanto dissemos anteriormente, comparando o mundo visível através dos olhos à caverna da prisão, e a luz da fogueira que lá existia à força do Sol. Quanto à subida ao mundo superior e à visão do que lá se encontra, se a tomares como a ascensão da alma ao mundo inteligível, não iludirás a minha expectativa, já que é teu desejo conhecê-la. O Deus sabe se ela é verdadeira. Pois, segundo entendo, no limite do cognoscível é que se avista, a custo, a ideia do Bem; e, uma vez avistada, compreende-se que ela é para todos a causa de quanto há de justo e belo; que, no mundo visível, foi ela que criou a luz, da qual é senhora; e que, no mundo inteligível, é ela a senhora da verdade e da inteligência, e que é preciso vê-la para se ser sensato na vida particular e pública.¹¹²

Por meio da alegoria Platão buscou retratar a diferença entre os elementos no mundo dos fatos e no mundo das ideias. Tal como a construção filosófica, é assim a conjuntura entre os elementos no “Universo do Direito” e o “Universo dos Fatos”, parafraseando o filósofo. Explico.

No Universo do Direito, onde coexistem normas de diferentes estirpes, há uma pretensão de regulação de todos os fatores sociais, com a intenção de promover segurança jurídica e

justiça no seio social. Todavia, nos Universo dos Fatos, é importante conciliar todos os instrumentos normativos com proporcionalidade para não gerar situações absurdas e de contrassenso.

Assim, ao intérprete cabe ponderar entre o ideal e o real, visando “encaixar” apropriadamente os fatos as várias normas em vigor no Ordenamento Jurídico (vetusto modelo “chave-fechadura”).

Particularmente, no que pertine à contratação direta de serviços advocatícios, é bem verdade que estamos diante de normas inspiradas por princípios diferentes, que desembocam assim regulamentação distinta. Vejamos. Se observarmos unicamente sob a ótica do Concurso Público, enquanto princípio, todos os serviços jurídicos devem ser prestados por servidores de carreira, o que corresponde ao “ideal”. Todavia, se considerarmos a Eficiência, é possível permitir situações pontuais em que tais serviços, por sua excentricidade, sejam executados por terceiros extremamente qualificados, embora não titulares de cargos públicos. Essa última hipótese, embora imperfeita, corresponde à realidade encarada por vários setores da Administração Pública (Mundo dos Fatos).

Nesse sentido, é imprescindível razoabilidade para equacionar o ideal e as realidades fáticas. Essa ponderação, aliás, torna a análise ainda mais densa, pois passa a ser perceptível que se está diante de normas principiológicas aparentemente colidentes.

2.2.1 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: Método de Ponderação de Princípios e do conceito de Boa Administração

Pontuou-se, anteriormente, que assessoria e a defesa judicial e extrajudicial da Administração Pública são atividades de execução permanente e, portanto, devem ser realizadas por ocupantes de cargos públicos, selecionados mediante concurso público de provas ou provas e títulos.

Igualmente, registrou-se sobre a legitimidade de contratação de serviços jurídicos singulares, por Inexigibilidade de Licitação, a serem executado por profissional de notória especialização, com esteio na Lei nº 8.666/1993.

Sem dúvidas, como alhures registrado, **as proposições se fundamentam em princípios constitucionais que inspiraram o legislador em seus respectivos misteres.**

A obrigatoriedade de Concurso Público decorre do Princípio da Legalidade, da Moralidade e da Igualdade, passando a ser compreendido na atualidade como princípio autônomo, ao passo que a contratação direta por Inexigibilidade advém do Princípio da Eficiência. Assim, é preciso que a análise esquadrinhe não só os aspectos legais, mas também principiológicos que existem em torno da temática.

A Administração Pública se submete, por força do Art. 37, caput, da Constituição Federal, aos princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência. Também outros princípios, embora implícitos, norteiam a atuação administrativa, tais como Proporcionalidade e Razoabilidade. Ainda que, porventura, alguns entrem em

¹¹² Excertos extraídos da obra “A República”, de Platão, também disponível em <http://www.pucsp.br/pos/cesima/schenberg/alunos/marinapietri/caverna.htm>.

rota de colisão, permanecerão no Ordenamento Jurídico, graças à técnica da Ponderação.

Como se sabe, a partir da teorização formulada por Ronald Dworkin e Robert Alexy, o conflito entre princípios se diferencia da colisão entre as regras. Entre essas, a validade de uma implicará na invalidade da outra e sua remoção do Ordenamento (regra do *“tudo ou nada”*), ao passo que, entre aqueles, que não possuem natureza absoluta e possuem *a priori* o mesmo valor, **serão as circunstâncias do caso concreto que estabelecerão uma relação de precedência condicionada entre os princípios em colisão.**

Com maior propriedade, explica Luís Roberto Barroso:

Por muito tempo, a subsunção foi o raciocínio padrão na aplicação do Direito. Como se sabe, ela se desenvolve por via de um raciocínio silogístico, no qual a premissa maior - a norma - incide sobre a premissa menor - os fatos -, produzindo um resultado, fruto da aplicação no caso concreto. Como já assinalado, esse tipo de raciocínio jurídico continua a ser fundamental para a dinâmica do Direito. Mas não é suficiente para lidar com as situações que envolvam colisões de princípios ou de direitos fundamentais. De fato, nessas hipóteses, mais de uma norma postula aplicação sobre os mesmos fatos. Vale dizer: há várias premissas maiores e apenas uma premissa menor. Como intuitivo, a subsunção, na sua lógica unidirecional (premissa maior - premissa menor - conclusão), somente poderia trabalhar com uma das normas, o que importaria na eleição de uma única premissa maior, descartando-se as demais. Tal fórmula, todavia, não seria constitucionalmente adequada, em razão do princípio da unidade da Constituição, que nega a existência de hierarquia jurídica entre normas constitucionais. Como consequência, a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de produzir uma solução dotada de racionalidade e de controlabilidade diante de normas que entrem em rota de colisão. **O raciocínio a ser desenvolvido nessas situações haverá de ter uma estrutura diversa, que seja capaz de operar multidirecionalmente, em busca da regra concreta que vai reger a espécie. Os múltiplos elementos em jogo serão considerados na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto. A subsunção é um quadro geométrico, com três cores distintas e nítidas. A ponderação é uma pintura moderna, com inúmeras cores sobrepostas, algumas se destacando mais do que outras, mas formando uma unidade estética.** Ah, sim: a ponderação malfeita pode ser tão ruim quanto algumas peças de arte moderna. O relato acima expressa, de maneira figurativa, o que se convencionou denominar ponderação. Em suma, consiste ela em uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente. A insuficiência se deve ao fato de existirem normas de mesma hierarquia indicando soluções diferenciadas. Nos últimos tempos, a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, incorporou essa técnica à rotina de seus pronunciamentos. De forma simplificada é possível descrever a ponderação como um processo em três etapas, descritas a seguir. Na primeira, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. (...). Na segunda etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. (...). É na terceira etapa que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção. (...). **Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade.** ¹¹³ (Grifamos).

113 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo**

Nessa toada, não há como afirmar categoricamente qual dos princípios em rota de colisão deve prevalecer. **Parece-nos incoerente com o método da ponderação asseverar, prévia e genericamente, qual princípio deve sobressair, se o Concurso Público ou Eficiência.**

Com efeito, somente as circunstâncias do caso concreto é que poderão determinar qual princípio constitucional prevalecerá, sem que isso implique na exclusão dos demais. Ao que tudo indica, porém, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 45, prestigiará o Princípio da Eficiência, haja vista a particularidade do “serviço técnico singular”, que demanda profissional de notória especialização para executá-lo.

É que, pelo Princípio da Eficiência, o Gestor Público deve buscar o melhor desempenho possível dentro das atribuições que lhes são imputadas, sem afrontar a Legalidade. Deve garantir o Interesse Público Primário, cumprindo seu encargo com presteza e obediência à Lei e ao Ordenamento, promovendo a melhor organização e estruturação no âmago da máquina administrativa, produzindo resultados positivos e satisfatórios às necessidades da coletividade, implementando a *“boa administração”*.

Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que burilam no texto. De toda sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais suma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. **Finalmente, anote-se que este princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da “boa administração”** ¹¹⁴ (Grifamos).

Por derradeiro e em outro juízo, um relevante aspecto é digno de nota. Trata-se da peculiar situação das Municipalidades Brasileiras, cuja maior parte possui orçamento deficitário e enfrenta grandes dificuldades para solucionar problemas estruturais básicos, malgrado devam, tal como as demais pessoas políticas, atentar ao Princípio da Legalidade, do Concurso Público e da Eficiência.

De fato, é possível que ambas normas principiológicas (Concurso Público e Eficiência) entrem em rota de colisão, sendo necessário observar as nuances fáticas para determinar qual deve prevalecer, sem que isso implique em possibilidade de afronta constitucional e legal. Entrementes, que se coloca em pauta é a notória precariedade e crise financeira enfrentada por muito Municípios, sobretudo aqueles que não constituem capitais dos Estados Membros.

A Federação das Indústrias do Rio de Janeiro (Firjan) apontou, em pesquisa realizada no ano de 2016, que 86% dos 4.544 Municípios analisados possuem situação fiscal consi-

modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. Págs. 333-335

114 MELLO, 2001. Pág. 92.

derada crítica ou difícil¹¹⁵. Em que pese o delicado cenário, ao Administrador não é lícito evadir às responsabilidades que seu cargo lhe confere e ao mesmo tempo exige. Obviamente, diante da escassez de recursos públicos, deverá eleger as prioridades em sua gestão, sem desconsiderar as normas preceituais e principiológicas afetas à função e ao exercício da administração pública.

O Ministro Dias Toffoli, bem como Rogério Ponzi Seligman, Promotor de Justiça e Coordenador-Adjunto do Centro de Apoio Operacional da Moralidade Administrativa do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, abordaram, sob diferentes ângulos, essa tormentosa questão. Vide:

No âmbito municipal, em respeito ao objeto do presente recurso extraordinário, não vislumbro na Constituição Federal, primo ictu oculi, a obrigatoriedade de que, em todo município, seja criada uma procuradoria municipal para a representação judicial, extrajudicial, ou para a atividade de consultoria jurídica, embora tal desiderato fosse o ideal. Da mesma forma, não vejo impedimento para que determinada municipalidade, vislumbrando a existência de procuradores municipais aptos para o pleno exercício da representação do município, de seus órgãos ou dos entes da administração direta, ou até mesmo indireta, e para o cumprimento, com eficiência, das atividades de consultoria, possa editar norma a impedir a contratação de advogados privados para o exercício dessas atividades. Por outro lado, ausente impedimento específico, a simples existência de procuradores municipais concursados não me parece impedimento, por si só, para a contratação de advogados qualificados sob o manto da inexigibilidade de licitação, quando houver real necessidade e preenchidos os requisitos sobre as quais já me referi. A singularidade da situação pode exigir da municipalidade a contratação de determinado profissional. Isso porque, realizando-se uma interpretação sistemática do regime jurídico, podemos concluir que existem duas condições cumulativas para se aferir a legalidade de uma contratação de serviços advocatícios – para fins de representação processual ou de consultoria – sem prévia licitação, quais sejam: a) a necessidade e a natureza do serviço, sua singularidade ou complexidade, a evidenciar que esses não podem ser normalmente executados pelos profissionais do próprio quadro e, b) o caráter não continuado do serviço específico e singular. Portanto, para que haja uma melhor definição da tese de repercussão geral, me parece prudente anotar que a contratação, com inexigibilidade de prévia licitação, só terá validade se não houver norma impeditiva – no caso, municipal. Não há como se decidir sobre esse tema da inexigibilidade da licitação no âmbito da União, Estados e Distrito Federal, ainda que se trate de recurso sob a sistemática da repercussão geral, porque não houve o devido aprofundamento das discussões. (Grifo nosso).

Cabe ressaltar, todavia, que no Brasil há municípios de portes muito distintos. **Entre os pequenos, vários conferem a representação judicial e extrajudicial a apenas um advogado, não raro ocupante de cargo de provimento em comissão. Isto se justifica, bem como a livre escolha dos procuradores-gerais dos Estados e dos municípios de porte maior, ou dos chefes de departamentos jurídicos dos demais entes da Administração Pública, pela relação de confiança e sintonia política que deve existir entre o governante eleito e as assessorias de especial valor estratégico.** Tem razão, neste aspecto, Adilson Abreu

Dallari, ao afirmar que há assuntos de repercussão política relativos a programas estabelecidos pela supra-estrutura política eleita democraticamente que requerem a presença de assistentes jurídicos nomeados para cargos de provimento em comissão. ¹¹⁶ (Grifamos).

Nesse particular, o Administrador Municipal (assim como os demais) deve atentar tanto para o Princípio do Concurso Público como da Eficiência, implementando-os, na medida do possível, com os recursos que possui. Todavia, excepcionalmente, se não for exequível a promoção de Concurso Público, deverá atuar com transparência, justificando suas decisões e tornando-as públicas, atendo ao ordenamento jurídico brasileiro, viabilizando gestão eficiente sem que, com isso, incorra em crime ou em ato de improbidade administrativa.

2.2.2 DO DEVER DE TRANSPARÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: da lisura do procedimento de contratação por inexigibilidade de licitação

Após todas essas considerações, **não se vislumbra óbices na contratação**, via Inexigibilidade de Licitação, de serviços jurídicos nos termos do Art. 25, inciso II, combinado com o Art. 13, inciso V, ambos da Lei 8.666/1993, seja em razão da dicção legal, do posicionamento da doutrina e da jurisprudência (desde os Tribunais de Contas até o Supremo Tribunal Federal) ou mesmo pela possibilidade de prevalência do Princípio da Eficiência no caso concreto.

No entanto, é imperioso que o Administrador Público aja com responsabilidade para não desvirtuar o permissivo legal. **É necessária transparência e lisura para que a contratação seja legítima, haja vista que se trata de exceção e, como tal, deve ser interpretada (e, porque não, concretizada) restritivamente.**

Nesse sentido, retomo as considerações exaradas pelo Ministro Dias Toffoli (RE 656.558):

Embora seja constitucional a regra inserta no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, que estabelece a possibilidade de inexigibilidade de licitação para a contratação dos serviços técnicos enumerados no art. 13 dessa lei – de natureza singular e prestados por profissionais ou empresas de notória especialização –, **a contratação somente será possível se preenchidos os requisitos da lei e desde que não haja impedimento específico para a contratação desses serviços.** (Grifamos)

Destarte, o que determinará a integridade do procedimento de inexigibilidade é, portanto, a correta e apropriada identificação no contexto fático dos critérios legitimadores da contratação direta. **A constatação de constitucionalidade dos dispositivos não permite sejam utilizados como estratégias ardis para fins de obtenção de vantagens ilícitas**, devendo o Gestor Público atuar com cautela, honestidade e lealdade para não incorrer em crimes e/ou prática de ato de improbidade administrativa.

¹¹⁶ SELIGMAN, Rogério Ponzi. **A Contratação de Serviços Jurídicos pelo Poder Público**. Disponível em https://www.mpro.mp.br/documents/29174/119287/Artigo_A_Contratacao_de_Servicos_Juridicos_pelo_Poder_Publico.pdf. Acesso em 19 de outubro de 2017.

¹¹⁵ Vide maiores informações no Boletim Online disponível em <http://www.firjan.com.br/ifgf/>.

2.3 QUANDO A CONTRATAÇÃO DIRETA É ILEGAL: do crime de dispensa ou inexigibilidade de licitação indevida e a caracterização do ato de improbidade

A Inexigibilidade de Licitação somente poderá ser implementada quando corretamente identificados os critérios definidos na Legislação, sendo que não há óbices para contratação de serviços jurídicos por meio do reportado procedimento, conforme já abordado.

Todavia, dispensar ou inexigir licitação **fora** das hipóteses previstas em lei, ou **deixar de observar** as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade constitui **crime**, cuja pena é de detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, além da multa (Art. 89, caput, da Lei 8.666/1993). Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

Sobre essa figura típica, é a lição de Marçal Justen Filho:

A punição penal incide não apenas quando o agente ignorar as hipóteses previstas para a contratação direta, mas também quando, de modo fraudulento, simular a presença de tais requisitos. A ausência de observância das formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade da licitação somente é punível quando acarretar contratação indevida e retratar o intento reprovável do agente (visando a produzir o resultado danoso).¹¹⁷

Embora haja posicionamento em sentido contrário, mostra-se mais adequado aos valores constitucionais afirmar que se trata de tipo **formal**, dispensando-se a demonstração de dano patrimonial suportado pelo Erário. Explico.

Sabidamente, além do patrimônio público, também são tutelados bens jurídicos extrapatrimoniais, como a moralidade administrativa, a legalidade e a impessoalidade, daí porque se mostra absolutamente despropositado pretender restringir a configuração de crime de tamanha gravidade apenas quando comprovado um dano material imposto ao erário.

Nesse sentido, há vários precedentes, como este:

EMBARGOS INFRINGENTES - ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93 - ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA DECRETADA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA - LICITAÇÃO INEXIGÍVEL - INOCORRÊNCIA - NATUREZA SINGULAR DO OBJETO E NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO NÃO COMPROVADAS DE PLANO - AUSÊNCIA DE DOLO - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - **PREJUÍZO AO ERÁRIO - IRRELEVÂNCIA - CRIME FORMAL** - EMBARGOS INFRINGENTES NÃO PROVIDOS. 1. Por ser exceção à regra constitucional da obrigatoriedade de licitação para a contratação com órgãos da Administração Pública, as hipóteses de dispensa e inexigibilidade da licitação devem estar satisfatoriamente comprovadas. 2. O art. 25, II, da Lei nº 8.666/93 determina que o certame somente será inexigível caso a contratação seja direcionada à prestação de serviços técnicos, enumerados no art. 13 do mesmo diploma legal, que tenham natureza singular e sejam executados por profissionais ou empresas de notória especialização. 3. Ausentes quaisquer um dos

requisitos acima elencados, torna-se possível a existência de competição e, por conseguinte, a realização do procedimento licitatório. 4. Não sendo comprovadas, de plano, a singularidade do serviço prestado e a notória especialização do apelante, inviável sejam os réus absolvidos sumariamente. 5. A discussão acerca da ausência ou não de dolo é inapropriada na fase processual em que se encontrava o processo, sendo necessária maior dilação probatória para a colheita de novos elementos de convicção do magistrado acerca da configuração da tipicidade subjetiva da conduta dos agentes. 6. **Torna-se desnecessária a verificação de efetivo prejuízo ao erário, para fins de tipicidade objetiva da conduta, por se tratar de crime formal, que não exige a produção de resultado naturalístico. Precedentes do STJ.** V.V. Correta se mostra a absolvição sumária, por ausência de justa causa para a ação penal, se demonstrado o descabimento da denúncia pela prática do delito previsto no art. 89 da Lei nº 8666/93, em razão da comprovada qualificação técnica do profissional contratado e da singularidade do serviço por ele prestado, o que torna inexigível a licitação, nos termos do art. 25 do referido diploma legal. Embargos acolhidos. (Grifos nossos).

(TJMG - Emb Infring e de Nulidade 1.0056.09.213210-1/002. Relator(a) Des.(a) Doorgal Andrada. Relator(a) Des.(a) Edison Feital Leite. 4ª Câmara Criminal. Julgamento em 30/10/2013. Publicação 05/11/2013).

Com efeito, a dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou mesmo a inobservância das formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade, **quando advindas de uma conduta dolosa, mesmo que não venha a impor um dano material ao patrimônio público, violenta outros bens jurídicos também tutelados pelo dispositivo penal em apreço.**

Nessa esteira, essencial trazer à baila as importantes considerações exaradas na Ação Penal 971, do Rio de Janeiro, julgada em 28/06/2016 pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal:

PENAL. PROCESSO PENAL. AÇÃO PENAL. APELAÇÃO. EX- PREFEITO MUNICIPAL. ATUAL DEPUTADO FEDERAL. DENÚNCIA. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA. INOCORRÊNCIA. CONFORMIDADE COM O ART. 41 DO CPP. ALEGAÇÃO DE NULIDADE PROCESSUAL POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. IMPROCEDÊNCIA. MATÉRIA DE MÉRITO. CRIME DE DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO. ART. 89 DA LEI 8.666/93. DELITO FORMAL QUE DISPENSA PROVA DE DANO AO ERÁRIO PARA CONFIGURAÇÃO. DOLO. NECESSIDADE DE INTENÇÃO ESPECÍFICA DE LESAR O ERÁRIO. CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. INSERÇÃO DE TEXTO NÃO APROVADO PELO PODER LEGISLATIVO LOCAL EM LEI MUNICIPAL. DOLO CONFIGURADO. MATERIALIDADE, AUTORIA, TIPICIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA PROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENA REDUZIDA. BIS IN IDEM. (...)

4. **O crime do art. 89 da Lei 8.666/90 é formal, consumando-se tão somente com a dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais. Não se exige, para sua configuração, prova de prejuízo financeiro ao erário, uma vez que o bem jurídico tutelado não se resume ao patrimônio público, mas coincide com os fins buscados pela Constituição da República, ao exigir em seu art. 37, XXI, "licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes". Tutela-se, igualmente, a**

117 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010. Pág. 903.

moralidade administrativa, a probidade, a impessoalidade e a isonomia.

5. Para a configuração da tipicidade subjetiva do crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/93, o Supremo Tribunal Federal exige o especial fim de agir, consistente na intenção específica de lesar o erário. Assim, distinguem-se as meras irregularidades administrativas do ato criminoso e deliberado de dispensar licitação quando à toda evidência era ela obrigatória. Destarte, não se confunde o administrador inapto com o administrador ímprobo. Sendo flagrante a ilegalidade da dispensa, mostra-se configurada a intenção específica de lesar o erário, mormente quando outros elementos probatórios apontam nessa direção. (...). (Grifamos).

O Relator da ação, Ministro Edson Fachin, elucidou brilhantemente em seu voto que não se permite, numa República, que o Administrador Público escolha por motivos pessoais a quem contratar, ainda que se demonstre que a contratação é a mais adequada aos interesses da Administração.

Peço vênia para colacionar, pela relevância e pela resplandecência do juízo esposado, extenso trecho do voto proferido, cuja leitura é indispensável neste momento:

O artigo 89 da Lei 8.666/93 é tipo penal cujo bem jurídico tutelado não se resume ao patrimônio público. Com essa regra, protegem-se todos os bens jurídicos tutelados pelo art. 37, XXI, da CR/88, ao exigir como regra que "... 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 objeto jurídico do crime em questão, portanto, coincide com as razões pelas quais constitucionalmente se exige que obras, serviços, compras e alienações devam ser precedidas de processo licitatório.

Nesse sentido, colho as palavras de Cezar Roberto Bitencourt: "Enfim, bem jurídico tutelado, especificamente, no art. 89 é assegurar a estrita excepcionalidade das hipóteses de dispensa e inexigibilidade licitação pública, garantindo a respeitabilidade, probidade, integridade e moralidade das contratações públicas que são ofendidas com as condutas descritas no art. 89. O dispositivo ora examinado visa, acima de tudo, proteger a lisura e transparência na contratação pública, exigindo retidão no processo licitatório para permitir ampla competição observando a regra da isonomia concorrencial". (Direito penal das licitações, Saraiva : São Paulo, 2012, p. 132).

Nessa linha, indispensável estar atento para o fato de que a exigência do procedimento licitatório feita pela lei e pela Constituição não busca apenas a proposta economicamente mais vantajosa para a Administração Pública. A economicidade da proposta, por certo, é elemento importante, pois resguarda o patrimônio público. Entretanto, a razão da exigência de licitação, porque expressamente declarado pela Constituição da República, é oportunizar a todos igualdade de condições para contratar com o Poder Público. Não é por outra razão que o precitado art. 37, XXI, da CR/88 ressalta que obras, serviços, compras e alienações em geral serão contratados, ênfase, mediante "licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes ...".

Não se permite, numa República, que o administrador escolha por motivos pessoais a quem contratar, ainda que se demonstre que a contratação é a mais adequada aos interesses da Administração.

A todos deve ser dado, em igualdade de condições, concorrer para fornecer bens e serviços à Administração Pública.

Insustentáveis, portanto, afirmações no sentido de que o crime do art. 89 da Lei 8.666/93 não se configura se não restar demonstrada a ocorrência de prejuízo ao patrimônio público.

Uma tal concepção reduz as razões, constitucionalmente assentadas, dos motivos pelos quais se exige licitação pública.

Sendo o resguardo à economicidade da proposta, apenas um dentre os vários objetivos tutelados pelo legislador ao tipificar a dispensa e inexigibilidade irregulares à categoria de crime no art. 89 da Lei 8.666/93, mesmo quando reste provado que não teria o Poder Público obtido proposta mais favorável do que a contratada de forma irregularmente direta, ainda assim os fins constitucionais buscados pela exigência de licitação (art. 37, XXI, da CF) estariam vulnerados.

Portanto, não se acolhe a tese segundo a qual, para se configurar o crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/93 é necessário comprovar prejuízo econômico ao erário.

Não há essa exigência na redação do art. 89 da Lei 8.666/93 e os entendimentos nesse sentido, com a devida vênia, descon sideram que a Constituição elegeu a licitação como instrumento prévio à contratação pelo Poder Público visando a proteção de interesses que vão além da proteção ao patrimônio público.

Nesse sentido, Paulo José da Costa Júnior esclarece: "O crime é de perigo abstrato. Para aperfeiçoar-se, não se faz necessário que a Administração Pública venha a padecer algum prejuízo concreto. Se este advier, sobrevirá a sanção civil prevista no art. 25, § 2º" (Comentários aos arts. 89 a 99 da Lei n. 8.666, de 21-6-1993. 2 ed. São Paulo : Saraiva, 2004, p. 20).

Mesmo os doutrinadores que criticam a tese segundo a qual o delito do art. 89 da Lei 8.666/93 seria um crime de perigo abstrato, rechaçando a consumação do delito com a pura dispensa ou inexigibilidade, exigem para a configuração do crime tão-somente a contratação direta, mas não a constatação de prejuízo econômico ao erário.

Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt: "Com efeito, a dispensa ou não exigência de licitação fora das hipóteses previstas em lei, em si mesma, não diz nada, não significa nada, nem no mundo jurídico nem no mundo fático. É um nada enquanto valor ético-jurídico, como também enquanto norma proibitiva ou imperativa de conduta penal, não passando de mera abstração, enquanto não houver contratação pública de algo (de obra, serviço ou aquisição de material)" (Direito penal das licitações. Saraiva: São Paulo, 2012, p. 174).

Esta Suprema Corte, ao analisar o disposto no art. 90, da Lei 8.666/93 ("Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa), pelas mesmas motivos que ora invoco quanto ao delito do art. 89 da Lei 8.666/93 afirmou tratar-se aquele crime de delito formal, que não demanda, portanto, ocorrência de prejuízo concreto ao erário.

A eminente Ministra Cármen Lúcia, no voto da Ação Penal 565, assim se pronunciou, com grifos não coincidentes com o original: "56. Outro ponto a ser destacado é que, ao contrário do que sustenta a defesa, a existência, ou não, de dano patrimonial é irrelevante para a caracterização do tipo

penal do art. 90 da Lei 8.666/93. Não se desconhece existir entendimento contrário, no sentido de que tratar-se-ia de crime material, a exigir um resultado naturalístico para a consumação do tipo penal previsto na legislação e aqui discutido, consistente em efetivo prejuízo para a Administração com a consequente obtenção de vantagem ao agente. Nesse sentido, COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Direito penal das licitações: comentários aos arts. 89 a 99 da Lei 8.666, de 21.6.1993*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 27. Essa não é, contudo, a posição prevalecente na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.” (grifos acrescentados).

Nessa linha, compreendo que o art. 89 da Lei 8.666/93, para sua consumação, não exige demonstração de efetivo prejuízo ao erário.

É certo que esta Suprema Corte, quanto ao elemento subjetivo do tipo, tem compreensão estável no sentido de que, para a configuração da tipicidade subjetiva, exige-se demonstração da intenção do agente de causar prejuízo ao erário.

Ocorre que, tomo de empréstimo as palavras de Cezar Roberto Bitencourt: “O objetivo ou finalidade da Lei de Licitações, convém frisar, é punir o mau administrador público, aquele mal intencionado e desleal, e não o apenas despreparado ou incompetente para o exercício da função; objetiva punir a conduta infiel do servidor público e não a simples irregularidade administrativa decorrente de erro ou equívoco deste. Ademais não se pode ignorar que infração penal, em hipótese alguma, pode prescindir do elemento subjetivo orientador da conduta lesiva, no caso, o dolo (que não se presume, prova-se), sem o qual a conduta carecerá de tipicidade subjetiva, e, sem esta, não se pode falar em crime.” (Direito penal das licitações, Saraiva : São Paulo, 2012, p. 177).

Como é próprio de diversos crimes formais, exigir-se especial fim de agir por parte do agente, voltado a causar prejuízo, é diferente de exigir que a consumação deste crime esteja atrelada à efetiva ocorrência do prejuízo. Exemplificativamente, o crime de extorsão, previsto no art. 158 do Código Penal, é formal porque não exige a efetiva obtenção da indevida vantagem econômica, mas a intenção do agente voltada a obtê-la é indispensável no âmbito da tipicidade subjetiva. (Negritamos).

Em arremate, compete apenas consignar que para incursão no tipo penal não basta o dolo genérico. É imprescindível dolo específico, ou seja, uma intenção especial por parte do agente.

Passo, pois, ao exame do elemento subjetivo do tipo. **Como mencionado, o objetivo da Lei 8.666/93 não é punir o administrador desavisado, despreparado ou mal assessorado e sim o administrador improbo e mal intencionado. Por essa razão, esta Suprema Corte tem entendido que não basta o dolo genérico, consistente na vontade consciente de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais. Exige-se a demonstração de uma específica intenção de lesar o erário.**

Nessa linha: Ação penal. Dispensa de licitação (art. 89, caput e parágrafo único, da Lei nº 8.666/93). Tomada de preço. Contratos de locação de veículos. Termos aditivos. Prorrogação do prazo de vigência. Alegada violação do art. 57 da Lei nº 8.666/93. Ausência de dolo. Fato atípico. Ordenação de despesas não autorizadas (art. 359-D do Código Penal). Acusado que, à época dos fatos, não mais detinha qualquer poder para ordenar as despesas em questão. Ação penal improcedente. 1. **O tipo penal do art. 89 da Lei nº 8.666/93 pressupõe, além do necessário dolo simples (vontade**

consciente e livre de contratar independentemente da realização de prévio procedimento licitatório), a intenção de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação. 2. Não se vislumbra, na conduta dos acusados de firmar termos aditivos, prorrogando a vigência de contratos de locação de veículos precedidos de licitação na modalidade de tomada de preços, o dolo de causar prejuízo ao erário. Atipicidade do fato reconhecida. 3. Uma vez que o acusado, à época dos fatos, não detinha mais poderes para ordenar despesas não autorizadas por lei, está provado que não concorreu de qualquer forma para o crime descrito no art. 359-D do Código Penal. 4. Ação penal julgada improcedente. (AP 700, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. 23.02.2016).

No mesmo sentido: Inquérito 2.646/RN, Rel. Min. Dias Toffoli; Inquérito 3.077, Relator Min. Dias Toffoli; Ação Penal 409, Relator Min. Carlos Britto; Inquérito 2.588, Redator para acórdão Min. Luiz Fux; e Ação Penal 527, Rel. Min. Dias Toffoli.

Esse posicionamento visa a estabelecer uma necessária distinção entre o administrador probo que, sem má-fé, aplica de forma errônea ou equivocada as intrincadas normas de dispensa e inexigibilidade de licitação previstas nos artigos 24 e 25 da Lei 8.666/93, daquele que dispensa o certame que sabe ser necessário na busca de fins espúrios.

(Trechos do voto do Ministro Relator Edson Fachin proferido na AP 971/RJ – 1ª Turma do STF). (Grifamos).

Superados os apontamentos, é relevante ainda destacar que a conduta poderá configurar, também, Ato de Improbidade Administrativa, nos termos do Art. 10, inciso VIII, ou Art. 11, inciso I, ambos da Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, em razão da independência das instâncias.

A frustração de processo licitatório também pode decorrer da decisão do agente público que indevidamente considerar inexigível o certame para a aquisição de bens ou prestação de serviços por particular de interesse do Poder Público. O Estatuto das Licitações e Contratos, depois de proclamar que o princípio da obrigatoriedade da licitação é a regra, elencou hipóteses taxativas de sua dispensa no artigo 24 e, no dispositivo subsequente, prevê a inexigibilidade do procedimento licitatório quando for inviável o certame entre eventuais proponentes ou contratantes e, de forma exemplificativa, descreve três situações de impossibilidade de sua realização. (...) Cumpre advertir, no entanto, que sob a alegação mentirosa (dolo) ou inadvertida (culpa) de inexigibilidade da realização da licitação, ocorre, comumente, contratação direta de serviços ou fornecimentos de bens em situações em que, na realidade, era factível a convocação de proponentes interessados em prestá-los ou fornecê-los. E, em casos que tais, agindo o agente público com o intuito de favorecer determinado particular (dolo) ou com omissão da diligência indispensável, em razão da função pública, na análise do caso concreto, que o impediu de prever, quando, na realidade, se fosse cauteloso poderia ter previsto a viabilidade da competição (culpa), comete ato de improbidade administrativa, que causa lesão ao Erário, descrito na norma em comento.¹¹⁸

Aliás, a incursão na Lei de Improbidade Administrativa compreende condutas comissivas e omissivas, eivadas de **dolo** (Ato de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito – Art. 9º, Ato de Improbidade

118 PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa comentada**: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal. Legislação e Jurisprudência atualizadas. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2011. Pág. 85.

Administrativa Decorrentes de Concessão ou Aplicação Indevida de Benefício Financeiro ou Tributário – Art. 10-A e Atos de Improbidade Administrativa que atentam contra os Princípios da Administração Pública – Art. 11) ou **dolo e culpa** (Atos de Improbidade Administrativa que causam prejuízo ao Erário – Art. 10º). A jurisprudência dominante é no sentido de que basta apenas o **dolo genérico**, consistente na vontade de praticar a conduta (entre muitos, vide REsp 1553370, DJe 29/06/2017 e AgInt no REsp 1624885, DJe 24/03/2017).

Assim, configurados os respectivos elementos subjetivos necessários à caracterização dos ilícitos, a subsunção às respectivas normas e as penalidades delas decorrentes é à medida que se impõe, independentemente de ser, em tese, possível à inexigibilidade para contratação de serviços advocatícios.

3 CONCLUSÃO

O Regime Jurídico Administrativo é o conjunto de regras e princípios que conferem congruência e harmonia em toda estrutura normativa do Direito Administrativo, caracterizando-o por um infundável estado de ambivalência entre a Supremacia e a Indisponibilidade do Interesse Público. O Administrador, em razão da Indisponibilidade desse interesse, tem sua atuação condicionada aos ditames das leis, as quais, em última análise, representam a vontade popular.

Nesse sentido, um exemplo de sujeição imposta aos agentes públicos em decorrência do Princípio da Indisponibilidade é a promoção de Licitação nas contratações públicas, bem como a realização de Concurso Público para investidura em cargos ou empregos públicos.

No que pertine a Licitação, trata-se de procedimento administrativo destinado à seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, assegurando-se a quaisquer interessados a possibilidade de concorrer, em igualdade de condições, a contratação pelo Poder Público. Encontra esteio no Art. 37, inciso XXI, da Constituição da República e regulamentação legal por meio da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Sua promoção é a regra, mas pode ser afastada desde que lhe falte um ou alguns de seus pressupostos. Assim, a Lei 8.666/93 previu hipóteses de Inexigibilidade de Licitação (Art. 25), Dispensa de Licitação (Art. 24) e Licitação Dispensada (Art. 17). A Inexigibilidade ocorre sempre quando há inviabilidade de competição, quando carece, então, dos pressupostos lógico e jurídico.

Dentre as circunstâncias previstas para a impossibilidade de exigência do procedimento, está a contratação de serviços técnicos, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização. O próprio diploma arrola quais são os serviços técnicos admissíveis (Art. 13), bem como conceitua a expressão “notória especialização” (Art. 25, § 1º), vedando, ainda, a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação. Dos serviços previstos, consta “*patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas*” e “*pareceres, perícias e avaliações em geral*”.

Tal como a Licitação, o Concurso Público também é uma expressão do Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, porque se trata de procedimento administrativo hábil a oportunizar a todos os interessados meios para alcançar a investidura em cargos ou empregos públicos, nos termos do Art. 37, inciso II, da Constituição Federal.

Além de prestigiar valores constitucionais como a Isonomia e Moralidade, o procedimento busca a qualidade no serviço público, uma vez que objetiva recrutar os candidatos melhor qualificados para o desempenho das funções correspondentes aos cargos em disputa.

Não obstante pareça ser ideal o assessoramento jurídico (contencioso ou consultivo) prestado por titulares de cargos públicos, é impossível ignorar que a complexidade da rotina diária atual possa exigir, em ocasiões específicas, prestação de serviços singulares por executores de notória especialização, que façam parte ou não dos quadros de servidores da Administração Pública.

Assim, se o serviço de patrocínio ou defesa de causas judiciais e administrativas ou de realização de pareceres for de natureza ímpar, única e excepcional, havendo de ser prestado por executor de notória especialização em seu campo de especialidade (aferida principalmente em razão da essencialidade e adequabilidade a plena satisfação do contrato), **a Inexigibilidade de Licitação para contratação de tais atividades é legal e não há impedimento para sua concretização.**

Conquanto ainda não seja possível afirmar que é este o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, o relator dos recursos que discutem a temática (Recursos Extraordinários 656558 SP e 610523 SP), Ministro Dias Toffoli, entendeu que a contratação é **possível**, desde que adotadas as precauções necessárias pela Administração Pública.

Com efeito, depois de detida análise, é possível perceber que princípios constitucionais diversos pairam sobre a temática. Tanto o Concurso Público (enquanto princípio constitucional) como o Princípio da Eficiência incidem sobre a contratação de serviços técnicos especializados na ambiência pública. É por meio do Método da Ponderação, teorizado por Ronald Dworkin e Robert Alexy, que se verificará a precedência condicionada entre tais princípios, sem que isso implique em exclusão recíproca.

Após todas essas considerações, não se vislumbra óbice absoluto na contratação, via Inexigibilidade de Licitação, de serviços jurídicos nos termos do Art. 25, inciso II, combinado com o Art. 13, inciso V, ambos da Lei 8.666/1993, seja em razão da dicção legal, do posicionamento da doutrina e da jurisprudência (desde os Tribunais de Contas até o Supremo Tribunal Federal) ou mesmo pela possibilidade de prevalência do Princípio da Eficiência no caso concreto.

No entanto, é imperioso que o Administrador Público aja com responsabilidade para não desvirtuar o permissivo legal. Todo o procedimento legal deve ser justificado, nos termos do Art. 26 da Lei nº 8.666/1993, bem como devem estar presentes todos os critérios necessários à inexigibilidade, quais sejam: **serviço técnico especializado, entre os**

mencionados no Art. 13, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado.

Não se deve, ainda, ignorar a peculiar situação dos pequenos municípios, inclusive os mineiros, que experimentam orçamento deficitário e enfrentam grandes dificuldades financeiras para solucionar problemas estruturais básicos, como a implementação de carreira destinada ao desempenho da Advocacia Pública. Isso não significa que as municipalidades estão autorizadas a descumprir os mandamentos constitucionais, antes, pelo contrário. Todas as pessoas políticas, em razão do Princípio da Força Normativas da Constituição, devem implementar todos os seus termos, a fim de propiciar ambiente favorável à satisfação dos objetivos republicanos, estampados no Art. 3º da Carta Cidadã.

O que cautelosamente intenta-se abalizar é que ao impingir o implemento da carreira é imprescindível **proporcionalidade e razoabilidade**. Em outras palavras, quer-se dizer que não se deve exigir a efetivação da Advocacia Pública, **com rigor de igual intensidade**, por exemplo, para a União e para o Município de Serra da Saudade (município mineiro, pertence à microrregião de Bom Despacho, atualmente com cerca de 815 habitantes, conforme últimos levantamentos promovidos pelo IBGE¹¹⁹), como se ambos possuíssem o mesmo aporte financeiro. Seria incongruente e irrazoável, pois não se pode exigir aquilo que, comprovadamente, excede escancaradamente à capacidade patrimonial do ente.

Assim, é possível que, mesmo envidando esforços para incrementar a respectiva receita e promover concurso público para o preenchimento de cargos de procuradores municipais, não logre êxito a Gestão Municipal nesse intento. Há também situações em que, mesmo com profissionais de carreira, o ente municipal necessite de profissional de notória especialização para execução de serviços singulares.

Em todos esses casos, repita-se, é indispensável transparência e lisura para que a contratação seja legítima, nos termos da Lei nº 8.666/1993, eis que se trata de exceção e, como tal, deve ser interpretada e concretizada restritivamente. Não sendo assim, o gestor e terceiros que possivelmente com ele concorram poderão incorrer em crime tipificado na Lei de Licitações (Art. 89), bem como na prática de Ato de Improbidade Administrativa, nos termos da Lei 8.429/1992.

Dado o exposto, para tipificação penal, bastará a mera conduta do agente e o dolo específico, dispensando-se a ocorrência de resultado naturalística (art. 89 da Lei nº 8.666/93). A Improbidade Administrativa, por sua vez, poderá ser praticada por meio de conduta comissiva ou omissiva, eivada de dolo genérico ou culpa (Art. 10º, inc. VIII, da Lei nº 8.429/92).

São essas as considerações que este Centro de Apoio Operacional manifesta a respeito da temática.

Belo Horizonte, 26 de outubro de 2017.

JOSÉ CARLOS FERNANDES JÚNIOR
Promotor de Justiça
Coordenador do CAO – Patrimônio Público

119 Para mais informações, acesse <https://cidades.ibge.gov.br/painel/painel.php?codmun=316660>.

**Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral
de Justiça do Estado de Minas Gerais**

**Excelentíssimo Senhor Corregedor-Geral
do Ministério Público do Estado de Minas
Gerais**

**Ínclitos Senhores Procuradores de Justiça
Conselheiros do *Parquet* Mineiro**

Sentindo-se extremamente honrado com a deferência conferida por esse A. Conselho, o Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público, respeitosamente e sem qualquer pretensão de esgotar o tema em apreço, apresenta as seguintes ponderações, que julga pertinentes à proposta de resolução ofertada pelo Conselheiro **Jacson Rafael Campomizzi**, objetivando a regulamentação, no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, do compromisso de ajuste de conduta, do acordo de leniência e da composição judicial com pessoas físicas e jurídicas nos casos de reparação de danos ao poder público, práticas de atos de improbidade administrativa e atos praticados contra a Administração Pública.

I Da possibilidade de firmamento de TAC envolvendo atos de improbidade administrativa

Com efeito, o Compromisso de Ajuste de Conduta surgiu num contexto marcado pelo início da redemocratização das instituições sociais. A proteção de direitos metaindividuais foi ampliada para abarcar institutos de natureza extrajudicial, a fim de conferir melhor prestimosidade na tutela de direitos até então não contemplados de maneira apropriada pelo ordenamento jurídico.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069, de 13 de julho 1990) previu, pela primeira vez, o Compromisso de Ajustamento de Conduta (arts. 210 e 211).¹²⁰ O instituto foi introduzido na Lei de Ação Civil Pública pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990), que acrescentou a possibilidade de os **“órgãos públicos legitimados tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações”**. É digno de nota que, apenas a partir desse momento, o título proveniente do ajuste pôde prever cominações (sanções) em casos de descumprimento pelo subscritor.

Assim, o Compromisso de Ajustamento de Conduta detém natureza jurídica de negócio da Administração e constitui-se

120 ECA – Art. 210. Para as ações cíveis fundadas em interesses coletivos ou difusos, consideram-se legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público;

II - a União, os estados, os municípios, o Distrito Federal e os territórios;

III - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por esta Lei, dispensada a autorização da assembleia, se houver prévia autorização estatutária. [...]

Art. 211. **Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial.**

em eficiente meio alternativo de solução de conflitos,¹²¹ pois o sujeito passivo se compromete a cumprir determinadas condicionantes, de modo a compensar danos causados e evitar que outros prejuízos à coletividade se materializem.

Nessa esteira, qualquer órgão público legitimado à tutela de direitos transindividuais poderá celebrar Acordo de Ajustamento de Conduta, entre eles o Ministério Público, cuja atribuição precípua é a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, CR/88).

A Resolução CNMP n.º 23, de 17 de setembro de 2007, disciplina, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do inquérito civil, prevendo a possibilidade de celebração de Compromisso de Ajustamento de Conduta:

Art. 14. O Ministério Público poderá firmar compromisso de ajustamento de conduta, nos casos previstos em lei, com o responsável pela ameaça ou lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, visando à reparação do dano, à adequação da conduta às exigências legais ou normativas e, ainda, à compensação e/ou à indenização pelos danos que não possam ser recuperados.

A redação genérica do texto espelha a amplitude de sua legitimidade para estabelecer transações próprias do regime afeto ao Direito Público.

Nesse contexto, conquanto esvaída sua vigência, a Medida Provisória n.º 703, de 18 de dezembro de 2015, alinhava-se a essa perspectiva, pois permitia a transação, acordo ou conciliação nas ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, com a revogação do § 1º do artigo 17 da Lei n.º 8.429/1992.

Já a Resolução CNMP n.º 179, de 26 de julho de 2017, trouxe incontestemente aprimoramento aos contornos da tomada do Compromisso de Ajustamento de Conduta. O dispositivo inaugural assim estabelece:

Art. 1º O compromisso de ajustamento de conduta é instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público, com natureza de negócio jurídico que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração.

§ 1º Não sendo o titular dos direitos concretizados no compromisso de ajustamento de conduta, não pode o órgão do Ministério Público fazer concessões que impliquem renúncia aos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, cingindo-se a negociação à interpretação do direito para o caso concreto, à especificação das obrigações adequadas e necessárias, em especial o modo, tempo e lugar de cumprimento, bem como à mitigação, à compensação e à indenização dos danos que não possam ser recuperados.

Com relevante aperfeiçoamento, dita resolução registra ser **“cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de**

uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado”

 (art. 1º, § 2º).

Tal disposição, certamente, representa importante marco contributivo à atuação extrajudicial do Ministério Público na defesa do patrimônio público e da probidade administrativa. Isso porque, como cediço, o Compromisso de Ajustamento de Conduta proporciona, a um só tempo, solução mais célere às lesões a direitos transindividuais e eficácia à tutela coletiva desses interesses, bem como, reflexamente, contribui para o descongestionamento do Poder Judiciário, que, conforme dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), acumula mais de 131.081 (cento e trinta e um mil e oitenta e uma) ações relacionadas ao enfrentamento da corrupção (improbidade administrativa e crimes contra a administração pública).¹²²

Vejamos precisa e irretocável fundamentação da Juíza Federal Giovanna Mayer:

O art. 17, §1º, da Lei 8.429/92 veda a “transação, acordo ou conciliação” nas ações de improbidade administrativa. Se em 1992, época da publicação da Lei, essa vedação até se justificava tendo em vista que estávamos engatinhando na matéria de combate aos atos ímprobos, hoje, em 2015, tal dispositivo deve ser interpretado de maneira temperada. **Isso porque, se o sistema jurídico permite acordos com colaboradores no campo penal, possibilitando a diminuição da pena ou até mesmo o perdão judicial em alguns casos, não haveria motivos pelos quais proibir que o titular da ação de improbidade administrativa, no caso, o MPF, pleiteie a aplicação de recurso semelhante na esfera cível. Cabe lembrar que o artigo 12, parágrafo único, da Lei 8.249/92 admite uma espécie de dosimetria da pena para fins de improbidade administrativa, sobretudo levando em conta as questões patrimoniais.** Portanto, os acordos firmados entre os réus e o MPF devem ser levados em consideração nesta ação de improbidade administrativa. (ACP 500671718.2015.4.04.7000. Juíza Giovanna Mayer. 5ª Vara Federal de Curitiba. Seção Judiciária do Paraná. Data de Julgamento: 17.11.2015) (Grifamos)

Ressalte-se que o Compromisso de Ajustamento de Conduta não afasta, necessariamente, a eventual responsabilidade administrativa ou penal pelo mesmo fato, nem importa, automaticamente, no reconhecimento de responsabilidade para outros fins que não os estabelecidos expressamente no compromisso (art. 1º, § 3º, da Resolução CNMP n.º 179/2017).

Note-se que, em regra, a transação alcança direitos patrimoniais disponíveis, a exemplo da cominação de multa, em harmonia com as disposições da lei civil (*Código Civil de 2002 – Artigo 841. Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação*). Consequentemente, excluem-se do âmbito do ajuste extrajudicial sanções que importem em vulneração a direitos indisponíveis relacionados ao estado, à capacidade das pessoas e, de modo geral, aos direitos personalíssimos, dentre os quais é possível incluir os direitos políticos, considerando a prerrogativa do povo, enquanto detentor do poder na estrutura da República

121 FARIAS, Cristiano Chaves (Org.); RODRIGUES, Geisa de Assis. **Temas atuais do Ministério Público.** Reflexões sobre a atuação extrajudicial do Ministério Público: inquérito civil público, compromisso de ajustamento de conduta e recomendação legal. 3 ed. Bahia: Juspodivm, 2012. p. 233.

122 Notícia publicada em dezembro de 2016 no sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça leva em conta ações distribuídas entre os anos de 2013 e 2014. Para maiores informações, acesse: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84227-meta-de-combate-a-corrupcao-ja-foi-atingida-por-dois-tribunais-neste-ano>.

Federativa do Brasil (art. 1º, parágrafo único, CR/88), de influir na ambiência política.

Na mesma linha de raciocínio, também não se pode ignorar que, no atual panorama jurídico brasileiro, a função social do contrato limita a liberdade de contratar, nos termos do artigo 421 do Código Civil. O exercício da liberdade de contratar reside em momento anterior à concretização do vínculo, circunscrevendo-se ao direito dos indivíduos de decidir, desimpedidamente, se e com quem celebrarão o contrato.

A funcionalização dos contratos e da propriedade privada – que também encontram esteio constitucional – traduz o reconhecimento de que os interesses privados não podem se sobrepor às garantias outras tuteladas pelo Texto Maior, como a moralidade e probidade administrativa. Numa análise sistemática do ordenamento, infere-se que o legislador ordinário ampliou legitimamente as sanções aplicáveis aos atos de improbidade administrativa, regulamentando e complementando o artigo 37, § 4º, da CR/88, ao inserir as penalidades de “*pagamento de multa civil*” e “*proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário*” (Lei n.º 8.429/1992, artigo 12 e incisos).

Com efeito, Marino Pazzagliani Filho explica que “a proibição de contratar com a Administração Pública implica na proibição de participar de licitação que é, geralmente, antecedente imprescindível da contratação futura”.¹²³ Nessa esteira, a sanção está umbilicalmente atrelada à liberdade de contratar, porque afasta a autonomia privada de decidir participar dos certames realizados por quaisquer órgãos e entidades da Administração Pública, direta ou indireta.

Noutro giro, é importante destacar que a liberdade de contratar, enquanto expressão da autonomia privada, pode ser igualmente flexibilizada pelo titular em decorrência de seus interesses, embora de outras ordens. Em outras palavras, a faculdade é exercida e a escolha recai sobre uma postura ativa (desejo de contratar) ou negativa (desejo de não contratar), limitando-se à esfera patrimonial do particular.

Destarte, considerando que o Compromisso de Ajustamento de Conduta é um dos instrumentos aptos à tutela dos direitos e interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos (entre os quais a moralidade administrativa e a proteção ao patrimônio público) e tem como objeto obrigações de fazer ou não fazer, no zelo dos interesses transindividuais, não há óbices ao estabelecimento de vedação ao suposto infrator de contratar, por tempo determinado, com a Administração Pública. Na hipótese, o subscritor optará em submeter-se a não contratar, desempenhando a liberdade de contratar negativa, abrindo mão, tão somente, dos efeitos patrimoniais que decorram da opção.

Nessa senda, evidente e incontestável a admissão, no ordenamento jurídico pátrio, da possibilidade de previsão, no acordo de ajustamento de conduta, do compromisso de não contratar com o Poder Público e de renúncia ao recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou

123 PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade administrativa comentada**: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 145.

indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, por determinado tempo.

O mesmo se diga em relação à renúncia da função pública por parte do suposto agente público ímprobo, senão vejamos.

Maria Sylvia Zanella di Pietro define agente público como toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta. São quatro as categorias de agentes públicos: os agentes políticos, os servidores públicos, os militares e os particulares em colaboração com o Poder Público.¹²⁴

Cada um deles possui especificidades quanto ao tratamento jurídico respectivo; porém, têm em comum o exercício do poder estatal, em maior ou menor escala, razão pela qual se sujeitam ao regime jurídico administrativo, em especial aos princípios que lhe fornecem a tônica própria desse ramo, a saber, supremacia do interesse público e indisponibilidade do interesse público, bem como os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*, Constituição da República).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, os agentes políticos são titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder, o que determina que detenham vínculo não de natureza profissional, mas de natureza política.¹²⁵ O servidor público, por outro lado, é aquele que detém com o Estado e com as pessoas jurídicas da Administração Indireta relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência.¹²⁶

No que pertine ao servidor público, cuja expressão ora é empregada em sentido amplo (coincidindo com o conceito de agente público) ora em sentido estrito (identificando uma das espécies de agente), é certo que, em razão do vínculo que possuem, se submete ao regime especial, compostos por normas constitucionais e legais que determinam direitos, deveres e demais aspectos pertinentes à atuação funcional. Compete a cada Ente Político, no uso de suas atribuições constitucionais, regulamentar o assunto (inteligência do Art. 39 da CR/88).

De modo geral, a Lei Federal n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, é referência na temática e possui institutos que, normalmente, são reproduzidos pelos diplomas das demais entidades federadas. É o que ocorre, por exemplo, com o instituto da vacância e da exoneração, conforme preceituam seus arts. 33 a 35:

124 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 526.

125 MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 229.

126 MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 231.

Art. 33. A **vacância** do cargo público decorrerá de:

I - exoneração;

- II - demissão;
- III - promoção;
- IV - ascensão;
- V – transferência;
- VI - readaptação;
- VII - aposentadoria;
- VIII - posse em outro cargo inacumulável;
- IX - falecimento.

Art. 34. **A exoneração de cargo efetivo dar-se-á a pedido do servidor**, ou de ofício.

Parágrafo único. A exoneração de ofício dar-se-á:

- I - quando não satisfeitas as condições do estágio probatório;
- II - quando, tendo tomado posse, o servidor não entrar em exercício no prazo estabelecido.

Art. 35. A exoneração de cargo em comissão e a dispensa de função de confiança dar-se-á:

- I - a juízo da autoridade competente;
- II - a pedido do próprio servidor. (negritamos)

A título de exemplo, *vide* as reproduções nos seguintes excertos:

Lei nº 869, de 05 de julho de 1952 – Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Minas Gerais.

Art. 103 - A **vacância** do cargo decorrerá de:

a) exoneração;

- b) demissão;
- c) promoção;
- d) transferência;
- e) aposentadoria;
- f) posse em outro cargo, desde que dela se verifique acumulação vedada;
- g) falecimento. (...)

Art. 106 - Dar-se-á **exoneração**:

a) a pedido do funcionário;

- b) a critério do Governo quando se tratar de ocupante de cargo em comissão ou interino em cargo de carreira ou isolado, de provimento efetivo;
- c) quando o funcionário não satisfizer as condições de estágio probatório;
- d) quando o funcionário interino em cargo de carreira ou isolado, de provimento efetivo, não satisfizer as exigências para a inscrição, em concurso;
- e) automaticamente, após a homologação do resultado do concurso para provimento do cargo ocupado interinamente pelo funcionário.

Lei nº 7.169 de 30 de agosto de 1996 – Institui o Estatuto dos Servidores Públicos do Quadro Geral de Pessoal do Município de Belo Horizonte vinculados à administração direta, (VETADO) e dá outras providências.

Art. 60 - A **vacância** do cargo público ou da função pública decorrerá de:

I - exoneração;

- II - demissão;
- III - destituição;
- IV - aposentadoria;
- V - falecimento.

Parágrafo único - A exoneração de ofício dar-se-á: (sic)

I - quando não satisfeitas as condições para aquisição de estabilidade;

II - quando, após tomar posse, o servidor não entrar em exercício no prazo estabelecido.

Art. 62 - **A exoneração do cargo em comissão ou da função pública dar-se-á:**

- I - a juízo da autoridade competente;
- II - **a pedido do servidor**. (Grifamos)

De modo geral, vacância é o ato (ou fato) administrativo pelo qual o servidor é deposto do cargo, emprego ou função (gênero), ao passo que a exoneração é a manifestação unilateral, expressa e inequívoca da vontade em extinguir o vínculo entre o Poder Público e o Agente (espécie). Diógenes Gasparini explica que *a exoneração é o desligamento do servidor do quadro de pessoal da entidade a que se vinculava, sem caráter punitivo. Pode ser a pedido do servidor ou por deliberação*.¹²⁷

Com efeito, a exoneração a pedido do servidor é ato voluntário, afeto à respectiva disponibilidade do indivíduo, capaz de acarretar a resolução do vínculo com a Administração Pública. Destarte, a exoneração voluntária é direito potestativo do servidor público ante a Administração Pública, razão pela qual, a princípio, deverá ser acatada, tal como ocorre na esfera privada quando o trabalhador empregado decide desligar-se dos quadros da sociedade (ou empresa individual ou empresa individual de responsabilidade limitada) para a qual presta serviços.

Dessa forma, considerando a sistemática empreendida na defesa do patrimônio público e dos interesses metaindividuais, não se vislumbram óbices a que, dentre as condicionantes do Compromisso de Ajustamento de Conduta, o agente público – servidor público – subscritor renuncie à sua função pública, com efeitos perante o Órgão ou a Entidade a que se vincula.

Raciocínio semelhante adota-se na questão pertinente à renúncia ao direito de candidatura a cargos públicos eletivos, por determinado período.

Os direitos políticos são a plêiade de normas e relações jurídicas que conferem às pessoas a possibilidade de influir na vida política do Estado. Ao serem titularizados, podem ser vislumbrados sob os aspectos da capacidade eleitoral ativa e capacidade eleitoral passiva.

A capacidade eleitoral ativa, conforme definições do Glossário Eleitoral Brasileiro (confeccionado pelo Tribunal Superior Eleitoral), é o reconhecimento legal da qualidade de eleitor.

¹²⁷ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 341.

Para obtê-la, é necessário o alistamento eleitoral, procedimento administrativo pelo qual se requer inscrição como eleitor e emissão do título eleitoral, documento fundamental para o exercício da cidadania.

Nesse aspecto, a capacidade eleitoral é, a um só tempo, direito e dever, pois o alistamento e o voto são obrigatórios para os brasileiros maiores de 18 (dezoito) anos e menores de 70 (setenta) anos, nos termos do artigo 14, § 1º, I c/c II, alínea “b”, da Constituição Federal.

Com efeito, a capacidade eleitoral ativa traduz com maior nitidez o conteúdo de “democracia”, pois fundamenta o governo no exercício da soberania popular, manifesta por meio do sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos.

Noutro giro e de modo geral, a capacidade eleitoral passiva é a aptidão para ser votado. Possuem capacidade eleitoral passiva aqueles que reúnem os requisitos de elegibilidade e que, simultaneamente, não incorram nas causas de inelegibilidade disciplinadas na Constituição Federal e na legislação ordinária. Nas definições do Glossário Eleitoral, a capacidade eleitoral passiva é a “*susceptibilidade de ser eleito*”.

Nessa lógica, absolutamente admissível que, no acordo de ajustamento de vontades, consigne-se cláusula pertinente à renúncia do compromissário em relação a candidatura a cargo público eletivo, por determinado período. Obviamente que, nessa hipótese específica, a eficácia da condição estará sujeita à homologação judicial.

Outra condição digna de destaque refere-se ao compromisso de reparação dos danos morais coletivos advindos do ato de improbidade administrativa.

José dos Santos Carvalho Filho conceitua o Compromisso de Ajustamento de Conduta como “*o ato jurídico pelo qual a pessoa, reconhecendo implicitamente que sua conduta ofende a interesse difuso ou coletivo, assume o compromisso de eliminar a ofensa através da adequação de seu comportamento às exigências legais*”.¹²⁸

Noutro giro, é pacífico que o ajustamento não se limita a tal reconhecimento, mas também se destina à reparação dos prejuízos já causados, como explica Geisa de Assis Rodrigues:

Para que o ajuste seja adequado suas cláusulas devem ensejar, sempre que possível, a reparação plena do direito lesado, ou seja deve conter as medidas previstas na lei. Na impossibilidade de reparação integral pode se adotar medidas sub-rogatórias que ensejem o mesmo resultado prático. Não havendo medida similar que resulte em mesmo resultado podem-se adotar medidas compensatórias, desde que se relacione com o direito em questão, em último caso, as obrigações de ressarcimento podem ser revistas. Tanto as medidas compensatórias quanto as de ressarcimento

estão expressamente autorizadas no artigo 14 da Resolução 23/2007¹²⁹ do CNMP.¹³⁰

Nesse viés, considerando a amplitude do instrumento e as disposições do microsistema de tutela coletiva, não se coaduna com o interesse público a impossibilidade de estabelecer a responsabilização do subscritor do ajustamento pelos danos morais coletivos que causou.

Aliás, Charles Hamilton Santos Lima,¹³¹ Promotor de Justiça no MP-PE, é firme no reconhecimento de dano moral coletivo por lesões à probidade administrativa. Citando inicialmente Hugo Nigro Mazzilli, explica que atualmente os danos patrimoniais e morais devem expressamente ser objeto da ação de responsabilidade, para, então, colacionar excerto do Recurso Especial 960.926, no qual a Corte Cidadã opinou favoravelmente. *Vide*:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DANO AO ERÁRIO. MULTA CIVIL. DANO MORAL. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO.

(*omissis*).

3. **Não** há vedação legal ao entendimento de que cabem danos morais em ações que discutam improbidade administrativa seja pela frustração trazida pelo ato improbo na comunidade, seja pelo desprestígio efetivo causado à entidade pública que dificulte a ação estatal.

4. A aferição de tal dano deve ser feita no caso concreto com base em análise detida das provas dos autos que comprovem efetivo dano à coletividade, os quais ultrapassam a mera insatisfação com a atividade administrativa. [...]

(REsp 960.926/MG. Rel. Ministro Castro Meira. Segunda Turma. Julgado em 18.03.2008. DJe 01.04.2008)

Finalmente, em razão da própria natureza dos direitos transindividuais e da necessidade de implementação de eficácia aos instrumentos destinados à tutela coletiva desses interesses, não se pode ignorar a possibilidade de situações concretas que possam exigir a previsão de obrigações de fazer ou de não fazer específicas, desde que não defesas em lei.

Em suma, o CAOPP posiciona-se perante esse E. CSMP pelo cabimento do firmamento de TAC envolvendo a prática de atos de improbidade administrativa, objetivando o ressarcimento do dano material sofrido pelo erário, inclusive com a possibilidade de previsão das seguintes condições:

- 1) compromisso de pagamento de multa civil;

¹²⁹ Art. 14. O Ministério Público poderá firmar compromisso de ajustamento de conduta, nos casos previstos em lei, com o responsável pela ameaça ou lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, visando à reparação do dano, à adequação da conduta às exigências legais ou normativas e, ainda, à compensação e/ou à indenização pelos danos que não possam ser recuperados.

¹³⁰ RODRIGUES, Geisa de Assis. Reflexões sobre a atuação extrajudicial do Ministério Público: Inquérito Civil Público, Compromisso de Ajustamento de Conduta e Recomendação Legal. FARIAS, Cristiano Chaves et al (Org.). **Temas atuais do Ministério Público**. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 238.

¹³¹ SANTOS LIMA, Charles Hamilton. A possibilidade de dano moral coletivo por lesões à probidade administrativa. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-21/mp-debate-possibilidade-dano-moral-lesoes-probidade-administrativa>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

¹²⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p. 238.

- 2) renúncia aos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, com compromisso de sua transferência ao patrimônio da entidade lesada;
- 3) compromisso de não contratar com o Poder Público e de renúncia ao recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, por determinado prazo;
- 4) renúncia à função pública.
- 5) ressarcimento do dano moral coletivo advindo do ato de improbidade administrativa;
- 6) outras obrigações de fazer ou não fazer que se revelem pertinentes ao caso e não sejam defesas em lei.

Inclusive, as diferenças entre essas leis devem ser levadas em conta no momento de se concluir qual o fundamento jurídico das penalidades a serem aplicadas (Lei n.º 8.429/1992 – Lei 12.846/2013), visto que, quanto às sanções propriamente ditas, há semelhanças em alguns (poucos) aspectos, o que pode gerar situação de *bis in idem*, impondo, por isso, cautela para evitar penalidade dúplice pelo mesmo fato.

Nesse sentido, *vide* a seguinte comparação:

II Da não conveniência, por ora, da regulamentação conjunta do TAC envolvendo atos de improbidade administrativa e do Acordo de Leniência

Como já apontado na Nota Técnica/Jurídica n.º 34/2017, expedida pelo CAOPP, no que se refere à aplicação conjunta das Leis n.ºs 8.429/1992 e 12.846/2013, não há consenso entre os doutrinadores. Há aqueles que entendem, a exemplo de Luciano Ferraz, que a aplicação da Lei de Improbidade implica, necessariamente, a exclusão da Lei de Improbidade Empresarial, e vice-versa, com fundamento nos critérios clássicos e nas antinomias jurídicas.

Outros – como Jorge Hage (ex-Ministro-Chefe da CGU) – afirmam que a Lei n.º 12.846/2013 integra o microsistema de tutela à probidade administrativa, no qual as normas não colidem, mas interagem entre si e com todo o ordenamento no intuito de conferir homogeneidade e maior efetividade ao sistema normativo. Assim, prestigia-se a Teoria do Diálogo das Fontes, método pelo qual as normas podem ser aplicadas de modo sistemático e coordenado, sem provocar exclusões recíprocas.

Perfilhado à Teoria do Diálogo das Fontes, o CAOPP posiciona-se no sentido de que o cenário atual é de aplicação coordenada e sistematizada de todas as leis que compõem o microsistema de tutela à probidade administrativa. O emprego de um dos diplomas não afastaria, por si só, a incidência de outro, a fim de garantir justiça e proteção efetiva à lealdade e honestidade na ambiência pública.

Isso, entretanto, não nos permite ignorar as diferenças práticas significativas que possuem as mencionadas leis, a exemplo:

(i) enquanto o polo passivo da ação por improbidade administrativa deve, necessariamente, contar com ao menos um agente público, a ação por improbidade empresarial (ou anticorrupção) não precisa ser movida em face de agentes públicos, podendo ser promovida apenas em face da pessoa jurídica;

(ii) a responsabilidade, nos termos da Lei n.º 8.429/1992, será sempre subjetiva, ao passo que, em conformidade com a Lei n.º 12.846/2013, será objetiva em relação à pessoa jurídica.

<p style="text-align: center;">Lei de Improbidade Administrativa</p> <p style="text-align: center;">Lei 8.429/1992</p>	<p style="text-align: center;">Lei de Improbidade Empresarial</p> <p style="text-align: center;">Lei 12.846/2013</p>
<p style="text-align: center;">Conduta Punível:</p> <p style="text-align: center;">Descrição nos arts. 9º, 10º, 10-A e 11</p>	<p style="text-align: center;">Conduta Punível:</p> <p style="text-align: center;">Descrição no art. 5º.</p>
<p>Sanções (Art. 12)</p> <p>I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;</p> <p>II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;</p> <p>III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.</p> <p>IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido. (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016)</p> <p>Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.</p>	<p>Sanções (Arts. 6º e 19)</p> <p>Sanções Administrativas:</p> <p>I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e</p> <p>II - publicação extraordinária da decisão condenatória.</p> <p>Sanções Cíveis (Aplicáveis em sede judicial):</p> <p>I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;</p> <p>II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;</p> <p>III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;</p> <p>IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.</p>

PLANO GERAL DE ATUAÇÃO – 2016/2017

Projeto - Viajante errante, passo sem rumo.

Objeto: Orientações sobre atuação para cumprimento do PGA 2016/2017

I Introdução

A importância do presente projeto, fruto de readequação aplicada este ano no Plano Geral de Atuação 2016/2017, deve-se ao fato de que o custeio de viagens de agentes públicos municipais, tanto no Executivo como no Legislativo municipal, não raras vezes tem sido utilizado como subterfúgio para o desvio de dinheiro público e enriquecimento ilícito de seus beneficiários.

A ausência de instrumento legal disciplinando com clareza e exatidão o emprego de recursos públicos com tal rubrica, além de estimular o desvio de recursos públicos, enfraquece em demasia o controle público interno e externo sobre os atos da administração pública. E, o que é mais grave, dificulta ou até mesmo inviabiliza o controle social exercido pelos cidadãos.

Ademais, a escolha do objeto em apreço finca-se também no significativo número de representações e inquéritos civis públicos instaurados em todas as Promotorias de Justiça do Estado tendo por objeto investigações relacionadas ao possível desvio de recurso público por meio do pagamento indevido de diárias, em valores desprovidos de quaisquer critérios econômico-financeiros razoáveis, além da falta de efetiva comprovação do real interesse público justificador daquele gasto.

Nesse sentido, o enfrentamento firme e direto das falhas na regulamentação do custeio de viagens de agentes públicos municipais transmuta-se em uma importante medida de **cunho preventivo**, pois, naturalmente, ao mesmo tempo em que dá maior transparência aos atos administrativos em voga, também facilita e estimula o mais eficaz e respeitado de todos os controles sobre a administração pública, qual seja, o **controle social**, exercido diretamente pelo cidadão.

Por isso, firme no propósito de munir os Promotores de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais com atribuição na defesa do patrimônio público com “ferramentas” suficientes para o enfrentamento da questão proposta no PGA 2016/2017- através do projeto “**Viajante errante, passo sem rumo**”, o CAO – Patrimônio Público apresenta a sugestão de roteiro de atuação que se segue, sem caráter vinculante.

A par dessas considerações, mesmo constatado o envolvimento de um agente público, não há como ignorar que a Lei de Improbidade Empresarial é um facilitador da responsabilização da pessoa jurídica, pois a responsabilidade desta prescindirá do elemento subjetivo “culpa”. Além disso, há sanções específicas, como a aplicação de multa em sede administrativa ou, em sede judicial, como a dissolução compulsória. Lado outro, é inarredável a conclusão de que sanções como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública, previstas na Lei de Improbidade Administrativa, recaem exclusivamente sobre pessoas físicas. De toda sorte, a aplicação combinada de leis, a depender do caso concreto, pode ser subsidiada pela teoria do Diálogo das Fontes, bem como pelo Princípio da Proporcionalidade, em especial quando visualizado sob a ótica da Proibição da Proteção Deficiente.¹³²

Por isso, doutos Conselheiros, respeitosamente, submeto a Vossas Excelências a análise quanto à conveniência de, por ora, focar-se apenas na regulamentação do TAC envolvendo atos de improbidade administrativa, reservando-se, para outro momento, a discussão referente à regulamentação específica do Acordo de Leniência.

III Sugestões do CAPP

Destarte, a par das considerações exaradas, respeitosamente, o CAOPP propõe algumas adequações na minuta de resolução apresentada (confira Anexo 1 – minuta da versão final, já com redação em conformidade com as sugestões do CAOPP; e, Anexo 2 – minuta original, com texto original e inserção das sugestões do CAOPP), com protestos de que a futura resolução a ser expedida pelo insigne Conselho Superior do Ministério Público de Minas Gerais pavimente caminhos mais seguros e menos burocráticos para a atuação do *Parquet* mineiro no enfrentamento a este “câncer” denominado corrupção, que tanta aflição impõe ao povo brasileiro, especialmente aos cidadãos pertencentes às camadas menos afortunadas da pirâmide social pátria.

Belo Horizonte, 21 de novembro de 2017.

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

¹³² “Assim, na dogmática alemã, é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como proibições de intervenção. **No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. O ato não será adequado caso não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.**” (STF. HC 102.087/MG. Relator Ministro Celso de Mello. 28.02.2012)

II Roteiro de Atuação

1 Indenização de despesas de viagens a serviço: modalidades, fixação de valores e formas de prestação de contas.

A autonomia político-administrativa conferida aos entes federativos, nos termos do art. 18 da Constituição da República de 1988, traduz-se na capacidade de cada ente decidir sobre assuntos de seu interesse, nos limites impostos pela CR/88, capacidade esta conhecida como poder de auto-organização.

Dentre as prerrogativas da auto-organização, está a de disciplinar as relações entre a administração pública e seus servidores públicos, na qual se inserem os deslocamentos de seus agentes públicos e o consequente pagamento de indenização.

O agente público que se desloca para localidade diversa daquela em que tem exercício, em decorrência de serviço de interesse da administração pública, faz jus ao pagamento de uma indenização para compensá-lo por despesas realizadas em virtude de tal deslocamento, como hospedagem, alimentação e locomoção.

“Modalidade de despesa típica e necessária para o serviço público, principalmente dada a abrangência em todo o território nacional das atividades exercidas e da descentralização das ações e programas de políticas públicas”¹³³, o custeio de tais viagens deve estar disciplinado em lei específica, ter motivação justificada e fiscalização do sistema de controle interno de cada órgão, e, como toda despesa pública, o pagamento de mencionada indenização deve obedecer, ainda, às etapas previstas em lei para o processamento da despesa, como o prévio empenho em dotação orçamentária específica.

A jurisprudência dos Tribunais de Contas tem admitido 3 (três) formas para o custeio de viagens, são elas, o pagamento de diárias, regime de adiantamento e o reembolso.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas de Minas Gerais, em resposta à Consulta nº 748.370¹³⁴, assim delimitou a formalização das despesas de viagens que terão, respectivamente, diferentes formas para a prestação de contas.

1 – **Diárias de viagem**, cujo regime deve estar previsto em lei¹³⁵ e regulamentado em ato normativo próprio do respectivo poder, com a realização de empenho prévio ordinário;

2 – **Regime de adiantamento**, desde que tal hipótese esteja prevista em lei do ente, conforme exigência do art.68

133 Cartilha - Diárias e Passagens – Perguntas e Respostas - Controladoria-Geral da União - 2011

134 TCE/MG - Consulta nº748.370 – Relator: Cons. Antônio Carlos Andrada – Tribunal Pleno Sessão 20/05/2009

135 A eleição do regime de pagamento de diárias ou de adiantamento, exige a edição de lei específica, em sentido estrito, mesmo tratando-se da Câmara de Vereadores. Por outro lado, a fixação dos valores das diárias, bem como a regulamentação da rotina administrativa pertinente aos requerimentos e prestação de contas poderão ser regulamentados por ato interno, como Resolução (no âmbito da Câmara Municipal) ou Decreto (no âmbito do Poder Executivo).

da Lei Federal nº4.320/64, com a realização do empenho prévio por estimativa;

3 – **Reembolso**, quando não houver regulamentação de diárias de viagem e nem regime de adiantamento, hipótese em que deve ser realizado empenho prévio por estimativa.

No **regime de diárias**, o ato normativo que venha regulamentar a concessão de diárias deverá prever: a) valores certos e os critérios de concessão; b) diferenciações de valor e a duração das concessões entre deslocamentos dentro e fora dos limites municipais; c) a necessidade do ato concessivo das diárias especificar o destino, a atividade a ser desenvolvida, o período de duração e o valor concedido, bem como de apresentação de relatório de atividade. No caso específico de diárias decorrentes da participação em cursos/seminários de capacitação, imprescindível, ainda, que haja a apresentação de certificado de frequência, a ser expedido pelo realizador do evento.

Como se vê, imprescindível que no dito relatório de atividades, ou de viagem, meio considerado idôneo para a prestação de contas, conste, no mínimo, o nome do beneficiário, o destino da viagem, o motivo legítimo do deslocamento, o período de permanência, o número de diárias e o meio de transporte empregado (tratando-se de viagens para cursos/seminários de capacitação, necessária, ainda, a comprovação da frequência, através de certificado fornecido pelo realizador do evento), sendo despiciendo anexar em tal relatório documentos fiscais que comprovem os gastos, como, *verbi gratia*, recibos fiscais de hospedagem, refeições, etc.

Na mesma linha a orientação da Corte de Contas Mineira no julgamento da Consulta nº658.053, vejamos:

(...) a não-obrigatoriedade de se juntarem documentos comprobatórios de gastos está na natureza desse tipo de diárias, qual seja, o custeio presumível de despesas de viagem. Observe-se que, nesse tipo de verba indenizatória, o risco é de mão-dupla, pois caso o servidor ou agente político consiga gastar menos que esperado – comendo sanduíches, dormindo em pousadas ou andando a pé – *exempli gratia*, a sobra lhe pertencerá, sem que isso seja classificado como vencimento. Mas, se o contrário se verificar, ou seja, gastos superiores aos valores das diárias, a Administração Pública nada complementará, daí o equilíbrio do risco.

Também possível que sejam previstas as hipóteses e forma como se dará, ainda, o pagamento de passagens para o deslocamento do agente público.

No regime de **adiantamento**, assim como no regime de diárias, a verba é antecipada à prestação de contas. A diferença é que na modalidade “adiantamento”, deverá haver devolução do saldo remanescente ou o reembolso de gastos excedentes, razão pela qual a prestação de contas deverá ser detalhada, com a apresentação de todos os documentos legais que comprovem os gastos e que estes estejam em consonância com os princípios constitucionais da moralidade, economicidade e da razoabilidade.

O adiantamento, aliás, tem sua base legal no art.68 da Lei Federal nº 4320/64, que dispõe que “o regime de adiantamento é aplicável aos casos de despesas expressamente definidos em lei e consiste na entrega de numerário ao agente público, sempre precedida de empenho na dotação

própria para o fim de realizar despesas, que não possam subordinar-se ao processo normal de aplicação”.

Por sua vez, o regime de **reembolso** será aplicado quando não houver disciplina legal adotando uma das hipóteses anteriores (diárias ou adiantamento). Nele, o numerário será repassado posteriormente ao agente público, mediante a apresentação de recibos comprobatórios das despesas. Razão pela qual também no reembolso, assim como no adiantamento, a prestação de contas deverá ser detalhada.

Em vista da necessária apresentação de todos os documentos que comprovem o gasto com despesas de viagem quando diante das hipóteses dos regimes de adiantamento ou de reembolso, é que o Tribunal de Contas Mineiro exarou a Súmula nº 79 com o seguinte enunciado: **“É irregular a despesa de viagem realizada por servidor municipal que não se fizer acompanhar dos respectivos comprovantes.”**

Ressalta-se, mais uma vez, que a prestação de contas detalhada, com apresentação de todos os documentos que comprovem cada um dos gastos realizados, só será exigida quando não houver previsão legal para o pagamento de diárias, já que nessa última hipótese, o relatório de viagens será documento idôneo para a prestação de contas.

Essa é a interpretação dada pelo TCE/MG quanto à aplicabilidade do enunciado da Súmula acima citada, conforme se depreende da Consulta nº 656.186, vejamos:

(...) não existindo previsão do pagamento de diárias em lei e a fixação de seu correspondente valor em ato normativo próprio, as despesas de viagem feitas a serviço de órgão ou entidade pública poderão ser ressarcidas mediante a apresentação dos documentos legais comprobatórios dos gastos feitos, conforme entendimento desta egrégia Corte consubstanciando na Súmula TC nº 79 (...)¹³⁶

1.1 Regime de diárias

Conforme já descrito, o regime de diárias para o pagamento de indenizações decorrentes de viagens de agente público quando a trabalho, consiste no pagamento de um valor monetário único suficiente para cobrir as despesas com alimentação, hospedagem e, por vezes, transporte (quando não se usa transporte oficial e/ou não há pagamento de passagens), ou seja, é um custeio presumível de despesa.

Referido regime deverá estar disciplinado em lei devidamente regulamentada, exigindo-se prestação de contas simplificada, com apresentação de relatório completo de viagem em que conste, dentre outros aspectos, o nome do beneficiário, o interesse público daquele deslocamento (motivação), o período da viagem e o meio de transporte empregado.

A indenização de despesas de viagem de agente público realizada **mediante o pagamento de diárias de viagem**, devidamente previstas em lei e regulamentadas em ato normativo próprio do respectivo Poder, com prestação de contas simplificada (relatório completo de viagem) e empenho prévio, **é o modo mais seguro para se evitar irregularidades.**

Este o entendimento da Central de Apoio Técnico do MP/MG, que em parecer técnico-contábil sobre determinado caso concreto assim manifestou-se:

(...) Também, entende esta CEAT que o modo mais simplificado, seguro, objetivo, transparente e desembaraçado na execução da despesa pública que se referem a viagens é o **pagamento de diárias**¹³⁷

Nesse mesmo sentido, o TC/MG em consulta paradigma aqui já citada:

Diante do exposto, tenho que a indenização de despesa de viagem de servidor público ou de agente político estadual ou municipal deve se dar, **preferencialmente, mediante o pagamento de diárias de viagem, previstas em lei e regulamentadas em ato normativo próprio do respectivo Poder, com prestação de contas simplificada e empenho prévio ordinário.** Na ausência de tal previsão, poderá a indenização ser paga em regime de adiantamento e com empenho prévio por estimativa, se houver autorização legal para tanto, ou através de reembolso, também com empenho prévio por estimativa. Nas hipóteses de adiantamento e de reembolso, será imprescindível a comprovação posterior de gastos pelo servidor público ou agente político, com rigorosa prestação de contas, em processo complexo, conforme enunciado de Súmula 79 desta Corte.¹³⁸

Importante ressaltar que a opção pelo regime de diárias como forma de indenização de despesas de viagem não significa a impossibilidade de se usar os outros mecanismos, como o adiantamento, por exemplo, **em situações excepcionais.**

Poderá haver momentos em que o regime de adiantamento se faça necessário, mormente quando da inviabilidade de se processar o pagamento da diária antes da viagem.

Entretanto, a modalidade adiantamento também deverá estar prevista em lei e a prestação de contas deverá ser detalhada, com apresentação de todos os documentos legais que comprovem o gasto com hospedagem, alimentação e transporte, conforme já aqui explicitado.

Isso não quer dizer que seja necessária a edição de legislações distintas a regulamentar cada um dos regimes, o de diárias como regra geral e o regime de adiantamento para situações excepcionais.

Entendemos, ao contrário, que uma mesma lei possa tratar da matéria como um todo, com o cuidado de se ressaltar as particularidades de cada um dos regimes (como a forma de prestação de contas, p.ex.) e, posteriormente, ser regulamentada por ato normativo próprio do ente público.

137 Parecer Técnico-Contábil Identificador 1.610.939 - CEAT

138 TCE/MG - Consulta nº 748.370 – Relator: Cons. Antônio Carlos Andrada

1.2 Fixação do valor da diária

Por mais legítima que seja a justificação da viagem, seu custo deve ser pautado na razoabilidade. Portanto, o valor da diária não pode vir a mascarar complementação de remuneração indireta.

Apesar de estar adstrita no âmbito da autonomia dos Chefes do Poder Executivo ou do Legislativo, a fixação dos valores das diárias não pode se dar “sem critérios, sem motivação, sem parâmetros, aleatoriamente, o que deixaria de ser discricionariedade, passando a ser arbitrariedade. Portanto, sua fixação deve pautar-se pela plena observância dos princípios estabelecidos no art.37 da Constituição Federal, bem como dos **princípios da economicidade e da razoabilidade**, ínsitos à Administração Pública.”¹³⁹ (grifamos).

Como o próprio nome diz, estamos diante de indenização por despesas de viagem a serviço, portanto, o valor da diária deve ser capaz de cobrir os gastos com alimentação, hospedagem e transporte (este último se não houver previsão específica para compra de passagens ou indenização por uso de veículo particular, nas hipóteses de não emprego de veículo oficial), ou seja, ter seu valor fixado em montante compatível com sua finalidade.

A par da dificuldade de se estipular um critério objetivo para a fixação dos valores das diárias, os parâmetros e critérios pautados na razoabilidade podem ser utilizados para essa fixação. Sendo, portanto, inteiramente possível, pelo princípio da razoabilidade, aferir, nas condições de tempo e espaço do agente, se houve desvirtuamento do instituto.

Neste particular, oportuno chamar atenção para o **Relatório de Cooperação** anexo, elaborado pelo **Ministério Público de Contas de Minas Gerais, através de seu Grupo de Apoio Técnico - GAT**, em atenção à solicitação do CAOPP.

Por fim, em razão da hierarquização funcional, é possível escalar o valor das diárias de acordo com a função/cargo do agente público, atendo-se, claro, à necessidade de que tais valores sejam suficientes para ressarcir os gastos decorrentes da viagem, não transmutando sua natureza para vencimentos/subsídios.

2 Instrumentalização do Plano Geral de Atuação

2.1 Instauração de Procedimentos Administrativos:

Primeiro passo a ser adotado é a instauração de procedimento administrativo, nos moldes do art. 1º, incs. II e IV, da Resolução Conjunta PGJ CGMP 07/2016, preferencialmente um relacionado à administração pública direta frente ao poder executivo municipal e outro frente ao poder legislativo municipal.

Havendo, ainda, autarquias ou fundações públicas (de direito público), oportuno também a instauração de procedimento administrativo em relação a cada uma delas¹⁴⁰.

Como sugestão, seguem textos pertinentes ao objeto dos respectivos procedimentos administrativos:

“Acompanhar e fiscalizar a regularidade da normatização do custeio de viagens de agentes públicos pela Prefeitura Municipal de”

“Acompanhar e fiscalizar a regularidade da normatização do custeio de viagens de agentes públicos da Câmara Municipal de ...”

“Acompanhar e fiscalizar a regularidade da normatização do custeio de viagens de agentes públicos da, pessoa jurídica que integra a administração pública indireta do município de”

2.2 Instrução dos Procedimentos Administrativos

Instaurados os procedimentos administrativos, cumpre dar ciência aos respectivos entes/entidades/órgãos públicos a respeito de seu teor, inclusive com o cuidado de concitar seus gestores a se posicionarem ao lado do Ministério Público de Minas Gerais, buscando com isso uma ação integrada, voltada ao objetivo final e maior que é a prevenção de danos ao erário municipal em decorrência de irregularidades no custeio de viagens de agentes públicos, inclusive com o fortalecimento do controle social exercido diretamente pelo cidadão sobre os atos da administração pública.

Aliado a isto, imprescindível que sejam requisitadas cópias dos textos normativos em vigências que regulamentam o

administração pública indireta, por se tratarem de pessoas jurídicas de direito privado e, portanto, suas relações laborativas com seu quadro de pessoal ser também regida pela CLT, gerando com isso inúmeras possibilidades de regulamentação de custeio de viagem de seus agentes, sugere-se, respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça natural, a atuação apenas se houver alguma notícia de irregularidade específica, a ser enfrentada caso a caso. E mais! Diante da análise dos artigos 37, §9º e 173, §1º da Constituição Federal, é possível concluir que as empresas estatais exploradoras de atividade econômica estarão submetidas ao regime jurídico das empresas privadas, ao passo que aquelas que recebam recursos públicos (e/ou presta serviço público) devem obedecer ao regime jurídico público, em determinados aspectos, sobretudo quanto à realização de despesas em seu âmbito ([link:http://stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1677](http://stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1677)). Oportuno, ainda, destacar o seguinte trecho no voto do Conselheiro Antônio Carlos Andrada, TCE-MG, nos autos da Consulta n. 716558, apreciada na Sessão do Pleno do dia 05/09/2007: “No que se refere à limitação do *quantum* das diárias ao montante de 50%, trata-se de norma prevista no § 2º do art. 457 da Consolidação das Leis Trabalhistas, aplicável tanto às relações de trabalho do âmbito privado quanto àquelas da administração pública indireta que adotam o regime jurídico celetista, nas quais estão presentes a figura do empregado público. Em princípio, as diárias pagas aos referidos empregados detêm natureza indenizatória, no entanto essa parcela será remuneratória quando sua importância total exceder o valor da metade da remuneração. Note-se que a limitação prevista no § 2º do art. 457 da CLT visa resguardar a natureza indenizatória das diárias, para que não venham a ser tidas, efetivamente, como acréscimo salarial isento de tributação previdenciária e fiscal. Vale mencionar que, se na esfera do regime jurídico aplicável às relações privadas o legislador preocupou-se em limitar a importância paga sob a nomenclatura de diárias, maior atenção deve ter o administrador público, em face da sua gestão, mesmo não existindo, como há na CLT, limitação expressa de valor máximo a ser pago como diária. Nesse cenário, cumpre registrar que, no âmbito da administração direta federal, a matéria atinente às diárias está regulamentada pelo Decreto n. 5.992, de 19/12/2006, e, no Estado de Minas Gerais, por meio do Decreto n. 44.448, de 26/01/2007.

¹³⁹ CAOPP – MPPR – Consulta nº 028/2014

¹⁴⁰ Quanto às Fundações Públicas de Direito Privado, as Sociedades de Economia-Mista e as Empresas Públicas, apesar de integrarem a

custeio de viagens de agentes públicos, bem como prestados alguns esclarecimentos. **(ANEXO 1 – Modelos 1-A, 1-B ou 1-C)**

O CAOPP também necessita ser comunicado acerca da instauração dos procedimentos administrativos, tendo em vista a necessidade de registro das medidas adotadas pelos órgãos de execução para posterior apresentação de relatório final ao Sr. Procurador-Geral de Justiça. **(ANEXO 1 – Modelo 1-E)**

Tendo como objetivo, além da prevenção, exatamente o fortalecimento do exercício do controle social exercido pelo cidadão sobre os atos da administração pública, de bom alvitre que seja dado conhecimento à sociedade da atuação do MPMG no caso em tela.

Não com o propósito de fazer juízo de valor negativo a esta ou aquela normatização, muito menos de polemizar o tema ou constranger qualquer agente público municipal, mas sim para que o cidadão tome conhecimento prévio da atuação do Ministério Público e, tendo interesse, fique atento ao deslinde de toda a questão, inclusive tendo a oportunidade de fazer chegar ao conhecimento do Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores do seu município, pelas vias regulares e democráticas que julgar cabíveis, o seu posicionamento a respeito do tema.

A participação da sociedade civil nas discussões envolvendo assuntos de interesse público é, sem dúvida alguma, o mais importante instrumento de consagração da legitimidade dos atos praticados pela administração pública e, estando o Ministério Público incumbido da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, deve o(a) Promotor(a) de Justiça, em casos como em apreço, estimular a participação democrática da sociedade. **(ANEXO 1 – Modelo 1-F)**

2.3 Análise das Informações/Normas que Regulamentam o Custeio de Viagens de Agentes Públicos.

Objetivando auxiliar na formação da opinião do Promotor de Justiça Natural, seguem propostas de check list para cada uma das modalidades de regime de custeio de viagens, bem como dos respectivos termos de análise a serem confeccionados. **(ANEXO 2)**

Não verificada qualquer irregularidade o arquivamento do procedimento administrativo é medida que se impõe. **(ANEXO 3 – Modelo 1-A, 1-B ou 1-C)**

Importantíssimo que haja a expedição de ofícios ao gestor do respectivo ente/entidade/órgão público e às entidades não governamentais que foram comunicadas de sua instauração, informando a respeito da conclusão do Ministério Público. **(ANEXO 3 – Modelo 1-D)**

Por outro lado, **sendo identificadas irregularidades**, de bom alvitre a realização de audiência na Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público, visando informar o gestor do respectivo ente/entidade/órgão público a respeito destas, inclusive perquirindo a respeito da possibilidade de

seu saneamento na fase extrajudicial. **(ANEXO 4 - Modelo 1-A, 1-B ou 1-C)**

Com o saneamento de fato das irregularidades após a realização de tal audiência, o arquivamento do procedimento administrativo é o que se reclama. **(ANEXO 5 – Modelo 1-A, 1-B ou 1-C)**

No entanto, caso não haja a disposição de regularização amigável da normatização pertinente ao custeio de viagens de agentes públicos, embora reconheça ser esta sua última opção de atuação, cumprirá ao Ministério Público adotar as medidas judiciais que se fizerem necessárias, em prol dos interesses da sociedade e respeito à probidade administrativa. **(ANEXO 6)**

Obviamente que, por exigir o enfrentamento da questão no âmbito judicial - sob o crivo do contraditório - extremo cuidado na eleição da estratégia geral a ser empregada, as propostas finais de redação de petições iniciais serão difundidas pelo CAOPP somente após a conclusão dos levantamentos que permitam a identificação do real cenário nos locais onde estiverem ocorrendo resistências à solução extrajudicial da demanda. Entretanto, tal estratégia, não implica em qualquer restrição à independência do Promotor de Justiça Natural que, entendendo de maneira diversa, poderá agir da forma que julgar mais conveniente e oportuna ao interesse público no âmbito de sua comarca.

Os anexos podem ser baixados através do link:

https://drive.google.com/file/d/1MLw-gHB82fmKdaKgdIosGAsj_xXmu6FsN/view?usp=sharing

Também é possível receber o material através da imagem abaixo, para isso, basta utilizar um celular com um software de leitura de QR code instalado.



Plano Geral de Atuação – 2016/2017

Projeto Águas Limpas

Efetividade da Lei de Acesso à Informação nos Municípios Mineiros

Objeto: Orientações sobre atuação para cumprimento do PGA 2016/2017 – Projeto Águas Limpas - Fomentar a execução, pelos entes públicos municipais mineiros, da política pública de acesso à informação, via transparência pública ativa.

I INTRODUÇÃO

“O direito de acesso à informação é um direito fundamental e está vinculado à noção de democracia”¹⁴¹.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê como direito fundamental do cidadão “receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestados no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (art.5º, XXXIII)

Nesse contexto, a gestão pública transparente é um corolário do direito à informação e, também, uma importante ferramenta para o aperfeiçoamento da gestão pública, dos controles sobre os atos da administração pública e, sobretudo, da participação popular.

Com o advento da Lei Complementar nº 131/2009, regulamentada pelo Decreto nº 7.185/2010, que introduziu na Lei de Responsabilidade Fiscal dispositivos¹⁴² que tratam da transparência na gestão fiscal, criando a obrigatoriedade de se divulgar, em tempo real, informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, Estados, Municípios e DF nos chamados “Portais da Transparência”, inclusive estabelecendo prazos¹⁴³ para o cumprimento das determinações impostas e, posteriormente, com a edição da Lei nº 12.527/2011, também conhecida como Lei de Acesso à Informação – LAI -, o direito à informação no Brasil, principalmente aquelas concernentes à gestão pública fiscal, ganhou importantes e robustos instrumentos legais a lhe garantir eficácia.

A obrigação de publicizar informações de interesse da comunidade, de forma proativa, e não apenas em resposta a uma determinada demanda, é o que chamamos de transparência pública ativa. Tal obrigação, inclusive, é

141 MANUAL da Lei de Acesso à Informação para Estados e Municípios – CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas – 1ª edição – Brasília/2013

142 Art.48, § único, II e III, e art.48-A

143 Art.73-B

princípio que orienta a LAI como um todo e, expressamente, é disciplinado nos arts. 3º, II, e 8º.

Aliás, o art.8º da mencionada lei, combinado com o art.48 e art.48-A da LRF (transparência da gestão fiscal) e Decreto nº 7.185/2010, delimitam o rol mínimo de informações que deverão constar nos sítios municipais/Portais da Transparência.

Ocorre que o prazo¹⁴⁴ estipulado pela Lei de Responsabilidade Fiscal para que os Entes Públicos atendessem aos comandos contidos nos arts.48 e 48-A e, por consequência, as disposições da LAI, já se exauriu, sem, contudo, que gestores de significativa parcela dos entes públicos municipais mineiros tenham adotado as medidas necessárias para assegurar a devida eficácia e eficiência a tais comandos legais, em flagrante desrespeito ao direito do cidadão de exercer o controle sobre atos da administração pública.

Lamentavelmente, no âmbito do Estado de Minas Gerais, de acordo com o último ranking divulgado pela Controladoria-Geral da União¹⁴⁵, em 2015, na chamada Escala Brasil Transparente, mais de 80% dos 150 municípios mineiros avaliados aparecem com nota entre 0 e 2, em uma escala em que 0 significa não cumpriu as disposições da LAI e 10 cumpriu satisfatoriamente.

Neste cenário, a necessidade de se dar efetividade aos comandos legais que garantem o direito fundamental de acesso à informação pública, principalmente as informações concernentes à gestão pública fiscal, torna-se questão de premente urgência, na medida em que não apenas se faz cumprir um preceito constitucional, mas, além, dota a sociedade civil de mecanismos para o exercício do controle social sobre a gestão pública, estimulando o exercício da cidadania e, ao fim, fortalecendo a democracia.

Assim, firmes na convicção de serem os primeiros guardiões do direito fundamental do cidadão de exercer o controle social sobre os atos da administração pública, os Promotores de Justiça de Defesa do Patrimônio Público de todo o Estado de Minas Gerais retomam o tema Transparência Pública, já objeto dos PGA’s 2012/2013 e 2014/2015, com o escopo de fomentar a efetiva implementação da gestão pública transparente nos entes públicos municipais mineiros, com primordial atenção à gestão pública fiscal, nos termos determinados pela LRF e LAI.

144 Art. 73-B. Ficam estabelecidos os seguintes prazos para o cumprimento das determinações dispostas nos incisos II e III do parágrafo único do art. 48 e do art. 48-A: (Incluído pela Lei Complementar nº 131, de 2009). I – 1 (um) ano para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios com mais de 100.000 (cem mil) habitantes; (Incluído pela Lei Complementar nº 131, de 2009).

II – 2 (dois) anos para os Municípios que tenham entre 50.000 (cinquenta mil) e 100.000 (cem mil) habitantes; (Incluído pela Lei Complementar nº 131, de 2009).

III – 4 (quatro) anos para os Municípios que tenham até 50.000 (cinquenta mil) habitantes. (Incluído pela Lei Complementar nº 131, de 2009).

Parágrafo Único. Os prazos estabelecidos neste artigo serão contados a partir da data de publicação da lei complementar que introduziu os dispositivos referidos no caput deste artigo.

145 https://relatorios.cgu.gov.br/Visualizador.aspx?id_relatorio=10

II SOBRE A TRANSPARÊNCIA PÚBLICA

1 Gestão pública transparente – Regramento Legal

A exigência de uma gestão pública transparente é princípio constitucional, além de direito fundamental individual.

O dever do ente público disponibilizar informações sobre toda a gestão pública, inclusive aquela chamada de gestão pública fiscal, ganhou maior cogência com a Lei Complementar 131/2009 (que alterou a Lei de Responsabilidade Fiscal), regulamentada pelo Decreto nº 7.185, e a Lei Federal nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação – LAI).

A LRF, em seu capítulo XI que trata da “Transparência, Controle e Fiscalização”, traz as normas disciplinadoras da **Transparência da Gestão Fiscal**¹⁴⁶, vejamos:

Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

§ 1o A transparência será assegurada também mediante: (Redação dada pela Lei Complementar nº 156, de 2016)

I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos; (Incluído pela Lei Complementar nº 131, de 2009).

II - liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real¹⁴⁷, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público; e (Redação dada pela Lei Complementar nº 156, de 2016)

III – adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e ao disposto no art.48-A.

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disponibilizarão suas informações e dados contábeis, orçamentários e fiscais conforme periodicidade, formato e sistema estabelecidos pelo órgão central de contabilidade da União, os quais deverão ser divulgados em meio eletrônico de amplo acesso público. (Incluído pela Lei Complementar nº 156, de 2016)

§ 3o (omissis)

§ 4o (omissis)

§ 5o Nos casos de envio conforme disposto no § 2o, para todos os efeitos, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios cumprem o dever de ampla divulgação a que se refere o caput. (Incluído pela Lei Complementar nº 156, de 2016)

§ 6o Todos os Poderes e órgãos referidos no art. 20, incluídos autarquias, fundações públicas, empresas estatais dependentes e fundos, do ente da Federação devem utilizar sistemas únicos de execução orçamentária e financeira, mantidos e gerenciados pelo Poder Executivo, resguardada a autonomia. (Incluído pela Lei Complementar nº 156, de 2016)

Art. 48-A. Para os fins a que se refere o inciso II do parágrafo único do art. 48, os entes da Federação disponibilizarão a qualquer pessoa física ou jurídica o acesso a informações referentes a: (Incluído pela Lei Complementar nº 131, de 2009).

I – quanto à despesa: todos os atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução da despesa, no momento de sua realização, com a disponibilização mínima dos dados referentes ao número do correspondente processo, ao bem fornecido ou ao serviço prestado, à pessoa física ou jurídica beneficiária do pagamento e, quando for o caso, ao procedimento licitatório realizado; (Incluído pela Lei Complementar nº 131, de 2009).

II – quanto à receita: o lançamento e o recebimento de toda a receita das unidades gestoras, inclusive referente a recursos extraordinários. (Incluído pela Lei Complementar nº 131, de 2009).

Regulamentando as disposições da LC nº 131/2009, o Governo Federal editou o **Decreto nº 7.185/2010**, definindo o padrão mínimo de qualidade do sistema integrado de administração financeira e controle, bem como detalhando o **conteúdo, quanto às despesas e receitas**, que deverão, **obrigatoriamente**, constar nos **Portais da Transparência**, vejamos:

Art. 1º A transparência da gestão fiscal dos entes da Federação referidos no art. 1º, § 3º, da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, será assegurada mediante a observância do disposto no art. 48, parágrafo único, da referida Lei e das normas estabelecidas neste Decreto.

Art. 2º O sistema integrado de administração financeira e controle utilizado no âmbito de cada ente da Federação, doravante denominado SISTEMA, deverá permitir a liberação em tempo real das informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira das unidades gestoras, referentes à receita e à despesa, com a abertura mínima estabelecida neste Decreto, bem como o registro contábil tempestivo dos atos e fatos que afetam ou possam afetar o patrimônio da entidade.

§ 1º Integrarão o SISTEMA todas as entidades da administração direta, as autarquias, as fundações, os fundos e as empresas estatais dependentes, sem prejuízo da autonomia do ordenador de despesa para a gestão dos créditos e recursos autorizados na forma da legislação vigente e em conformidade com os limites de empenho e o cronograma de desembolso estabelecido.

Art. 7º Sem prejuízo dos direitos e garantias individuais constitucionalmente estabelecidos, o **SISTEMA deverá gerar, para disponibilização em meio eletrônico que possibilite amplo acesso público, pelo menos, as seguintes informações relativas aos atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução orçamentária e financeira:**

146 Nesse ponto modificadas pela LC 131/2009 e, mais recentemente pela LC 156/2016.

147 O Decreto nº 7.185/2010 define por liberação em tempo real “a disponibilização das informações, em meio eletrônico que possibilite amplo acesso público, até o primeiro dia subsequente à data do registro contábil no respectivo SISTEMA sem prejuízo do desempenho e da preservação das rotinas de segurança operacional necessários ao seu pleno funcionamento.” (art.2º, §2º, II)

I - quanto à despesa:

- a) o valor do empenho, liquidação e pagamento;
- b) o número do correspondente processo da execução, quando for o caso;
- c) a classificação orçamentária, especificando a unidade orçamentária, função, subfunção, natureza da despesa e a fonte dos recursos que financiaram o gasto;
- d) a pessoa física ou jurídica beneficiária do pagamento, inclusive nos desembolsos de operações independentes da execução orçamentária, exceto no caso de folha de pagamento de pessoal e de benefícios previdenciários;
- e) o procedimento licitatório realizado, bem como à sua dispensa ou inexigibilidade, quando for o caso, com o número do correspondente processo; e
- f) o bem fornecido ou serviço prestado, quando for o caso;

II - quanto à receita, os valores de todas as receitas da unidade gestora, compreendendo no mínimo sua natureza, relativas a:

- a) previsão;
- b) lançamento, quando for o caso; e
- c) arrecadação, inclusive referente a recursos extraordinários.

Percebe-se que a LC nº 131/2009, regulamentada pelo Decreto nº 7.185/2010, ao introduzir alterações na LRF, pretendeu inserir na rotina da Administração Pública Brasileira a **transparência na gestão pública fiscal**, determinando a publicidade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Além dessa importante determinação, a lei prevê, ainda, a adoção de um sistema integrado de administração financeira e controle que atenda a padrão mínimo de qualidade a ser estabelecido pelo Poder Executivo Federal (disciplinado no Decreto 7.185/2010).

Nesse contexto, é publicada¹⁴⁸ a Lei de Acesso à Informação – LAI –, representando “uma mudança de paradigma em matéria de transparência pública, pois define que o acesso é a regra e o sigilo a exceção. Qualquer pessoa, física ou jurídica, poderá solicitar acesso às informações públicas, isto é, aquelas que não classificadas como sigilosas, conforme procedimento que observará as regras, prazos, instrumentos de controle e recursos previstos.”¹⁴⁹

No que concerne à transparência pública ativa, a LAI a prevê expressamente nos arts.3º e 8º, não descurando, no entanto, que o espírito da mencionada lei estimula a transparência ativa de forma geral.

Nesse ponto, o **art.8º**, além de determinar a transparência ativa, **delimita um rol mínimo de informações que deverão ser divulgadas**. Vejamos:

Art. 8o É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

§ 1o Na divulgação das informações a que se refere o caput, **deverão constar, no mínimo:**

I - registro das competências e estrutura organizacional, endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público;

II - **registros de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros;**

III - **registros das despesas;**

IV - **informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados;**

V - **dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades; e**

VI - respostas a perguntas mais frequentes da sociedade.

§ 2o Para cumprimento do disposto no caput, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, **sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet).**

Conforme visto, tanto a Lei de Responsabilidade Fiscal, quanto a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), determinam a transparência ativa da gestão pública, especialmente da **gestão pública fiscal**, delimitando o conteúdo mínimo, e obrigatório, que deverá ser disponibilizado nos portais da transparência.

Também mencionados textos normativos delimitam requisitos técnicos que deverão ser atendidos para a divulgação das informações.

Importa ressaltar, por fim, que a **transparência da gestão pública fiscal é obrigatória** para todos os entes da federação, **inclusive municípios com menos de 10.000 habitantes.**

O art.8º, §4º da Lei nº 12.527/2011, desobriga os municípios com menos de 10.000 habitantes de divulgarem, via internet, as informações exigidas pela LAI, **porém, excetua dessa dispensa, expressamente, as informações relativas à execução orçamentária e financeira nos termos disciplinados pela LRF**, vejamos:

§ 4o Os Municípios com população de até 10.000 (dez mil) habitantes ficam dispensados da divulgação obrigatória na internet a que se refere o § 2o, **mantida a obrigatoriedade de divulgação, em tempo real, de informações relativas à execução orçamentária e financeira**, nos critérios e prazos previstos no art. 73-B da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

¹⁴⁸ Novembro de 2011, com vigência a partir de 16 de maio de 2012

¹⁴⁹ MANUAL da Lei de Acesso à Informação para Estados e Municípios – CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas – 1ª edição – Brasília/2013, pg.12

2 Requisitos para o Sítio Eletrônico – Portal da Transparência

2.1 Conteúdo mínimo e obrigatório:

Conforme sobejamente destacado no tópico anterior, a Lei de Responsabilidade Fiscal e a Lei de Acesso à Informação disciplinaram o conteúdo mínimo, e obrigatório, que deverá ser disponibilizado nos Portais da Transparência. Cabendo ao ente público, ao regulamentar a matéria, definir outras informações que possam ser de interesse coletivo ou geral e que deverão ser objeto de iniciativa de Transparência Ativa.

A regulamentação do Portal da Transparência Municipal, com as informações exigidas pela LRF e pela LAI, deverá se dar mediante lei. O mesmo instrumento normativo poderá, inclusive, disciplinar toda a matéria concernente à transparência pública, tanto aquela disciplinada pela LAI, quanto a da LRF, também chamada de transparência da gestão fiscal.

No que pertine ao presente Plano Geral de Atuação, que é a transparência pública ativa com enfoque na transparência da gestão pública fiscal, o conteúdo mínimo que deverá constar dos Portais da Transparência são, sinteticamente, os seguintes.

A) Conteúdo mínimo exigido pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 131/2009 e Decreto nº 7.185/2010)

- Instrumentos de Transparência da Gestão Fiscal (art.48, caput)

- Plano Plurianual, lei de diretrizes orçamentaria, lei orçamentária anual;
- Prestação de Contas e respectivo parecer prévio;
- Relatório Resumido da Execução Orçamentária;
- Relatório de Gestão Fiscal;

- Quanto à despesa: (art.48- A, I, LRF, incluído pela LC nº 131/2009)

Todos os atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução da despesa, no momento de sua realização, com a disponibilização mínima dos dados referentes ao número do correspondente processo, ao bem fornecido ou ao serviço prestado, à pessoa física ou jurídica beneficiária do pagamento e, quando for o caso, ao procedimento licitatório realizado, **inclusive (detalhamento contido no Decreto nº7.185/2010):**

- valor do empenho, liquidação e pagamento;
- número do correspondente processo da execução, quando for o caso;
- a classificação orçamentária, especificando a unidade orçamentária, função, subfunção, natureza da despesa e a fonte dos recursos que financiaram o gasto;
- operações independentes da execução orçamentária, exceto no caso da folha de pagamento de pessoal e de benefícios previdenciários;
- o procedimento licitatório realizado, bem como à sua dispensa ou inexigibilidade, quando for o caso, com o número do correspondente processo; e

f) o bem fornecido ou serviço prestado, quando for o caso.

- Quanto à receita: (art.48- A, II, LRF, incluído pela LC nº 131/2009)

O lançamento e o recebimento de toda a receita das unidades gestoras inclusive referente a recursos extraordinários, **inclusive (detalhamento contido no Decreto nº7.185/2010)** os valores de todas as receitas da unidade gestora, compreendendo, no mínimo sua natureza, relativas a:

- previsão;
- lançamento, quando for o caso; e
- arrecadação, inclusive referente a recursos extraordinários.

B) Conteúdo mínimo exigido pela Lei de Acesso à Informação – LAI (Lei nº 12.527/2011, Art.8º, §1º)

- registro das competências e estrutura organizacional, endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público;
- registros de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros;
- registros das despesas;
- informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados;
- dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades; e
- respostas a perguntas mais frequentes da sociedade.

Como já ressaltado, a LRF e a LAI disciplinaram expressamente o conteúdo mínimo a ser disponibilizado nos Portais da Transparência.

Porém, a exigência de informações adicionais, como o detalhamento de gastos com pessoal, é uma decorrência lógica do próprio princípio da transparência ativa. Nesse sentido a União (Decreto nº 7724/2012) e o Estado de Minas Gerais (Decreto nº 45.969/2012), por exemplo, regulamentaram a disponibilização das informações referentes à folha de pagamento do servidor, concessão de diárias e outras informações de despesa pública.

“Como se vê, o princípio da Transparência Ativa não se esgota no cumprimento do artigo 8º da LAI, mas é um exercício permanente do órgão ou entidade pública de avaliação das informações que possam ser de interesse coletivo e que, portanto, deverão ser objeto de divulgação.”¹⁵⁰

Desta forma, ainda que os comandos legais que disciplinam a transparência pública não prevejam expressamente a necessidade de os entes públicos divulgarem as informações concernentes às despesas com folha de pessoal e gastos com pagamento de diárias, tais informações são uma dilação da própria obrigação de divulgação das despesas públicas *lato sensu* e, ainda, decorrem do princípio da transparência pública.

Além disso, existem ainda outras informações que, embora não exigíveis expressa ou implicitamente pelo ordenamento jurídico, consistem em boa prática de transparência, sujei-

150 MANUAL da Lei de Acesso à Informação para Estados e Municípios – CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas – 1ª edição – Brasília/2013, pg.15

tando-se ao ânimo político do gestor público de dar a maior transparência possível à sua gestão.

Para auxiliar os órgãos de execução na análise dos Portais da Transparência, o CAO – Patrimônio Público disponibiliza, junto a esse roteiro de atuação, um Check list, elaborado com o apoio do Ministério Público de Contas junto ao TC/MG (**ANEXO 2**), que resultará na confecção de um relatório de análise, com os itens que devem constar nos Portais da Transparência, qualificando-os como “**obrigatórios expressamente**” (aqueles expressamente previstos na LRF e LAI) e “**obrigatórios implicitamente**” (não estão previstos expressamente como obrigatórios, mas decorrem implicitamente do próprio princípio de transparência pública) e aqueles considerados de “**boa prática de transparência**”.

Assim, com o auxílio do Check list, a Promotoria de Justiça poderá analisar o Portal da Transparência (Executivo e Legislativo) e concluir quanto ao cumprimento do disposto na LAI e LRF.

2.2 Requisitos Tecnológicos do Sítio Eletrônico – Portal da Transparência

Neste tópico nos ateremos apenas às exigências contidas na LAI quanto aos requisitos tecnológicos na divulgação das informações, que são um facilitador do acesso, pelo cidadão, ao conteúdo disponibilizado.

Cumpra esclarecer, não obstante, que o Decreto nº 7.185/2010 é quem disciplina sobre a **impossibilidade de se exigir**, para fins de acesso às informações contidas no Portal da Transparência, **o cadastramento de usuários ou utilização de senhas de acesso**.¹⁵¹

Pois bem, as exigências contidas no art.8º, § 3º, da LAI, são:

Art.8º (omissis)

§1º (...)

§3º **Os sítios de que trata o § 2º deverão**, na forma de regulamento, **atender, entre outros, aos seguintes requisitos:**

I - **conter ferramenta de pesquisa de conteúdo** que permita o acesso à informação de forma objetiva, transparente, clara e **em linguagem de fácil compreensão;**

II - **possibilitar a gravação de relatórios em diversos formatos eletrônicos, inclusive abertos e não proprietários**, tais como planilhas e texto, de modo a facilitar a análise das informações;

III - possibilitar o acesso automatizado por sistemas externos em formatos abertos, estruturados e legíveis por máquina;

IV - divulgar em detalhes os formatos utilizados para estruturação da informação;

V - garantir a autenticidade e a integridade das informações disponíveis para acesso;

VI - **manter atualizadas as informações disponíveis para acesso;**

VII - indicar local e instruções que permitam ao interessado comunicar-se, por via eletrônica ou telefônica, com o órgão ou entidade detentora do sítio; e

VIII - adotar as medidas necessárias para garantir a acessibilidade de conteúdo para pessoas com deficiência, nos termos do art. 17 da Lei no 10.098, de 19 de dezembro de 2000, e do art. 9º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pelo Decreto Legislativo no 186, de 9 de julho de 2008.

Embora os requisitos constantes do art.8º, §3º não sejam obrigatórios expressamente para a disponibilização das informações exigidas pela LRF, eles o são para o sítio em que serão disponibilizadas as informações exigidas no art.8º da LAI, portanto, a princípio, deverão ser tratados como obrigatórios de modo geral na análise dos Portais.

3 Transparência na Gestão Pública Fiscal da Administração Indireta

Assim como os Poderes Executivo e Legislativo do município se submetem aos ditames da transparência, também as autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelos Municípios.

Entretanto, a divulgação das informações atinentes à administração pública indireta poderá ser feitas no Portal da Transparência do Poder Executivo, no caso, no sítio da Prefeitura Municipal.

4 Sanções pelo Descumprimento da LRF e LIA

A Lei de Responsabilidade Fiscal prevê, expressamente, sanções pelo descumprimento das determinações contidas nos arts.48 e 48-A, vejamos:

Art. 73-C. **O não atendimento**, até o encerramento dos prazos previstos no art. 73-B, das **determinações contidas nos incisos II e III do parágrafo único do art. 48 e no art. 48-A sujeita o ente à sanção prevista no inciso I do § 3º do art. 23.** (Incluído pela Lei Complementar nº 131, de 2009).

Art. 23. (omissis)

§ 1º (...)

§ 2º (...)

§ 3º Não alcançada a redução no prazo estabelecido, e enquanto perdurar o excesso, **o ente não poderá:**

I - receber transferências voluntárias;

II - (...)

III - (...)

No caso de omissão do Município, é cabível a expedição, pelo órgão de execução ministerial, de ofício aos órgãos federais competentes para aplicação das medidas administrativas previstas no art. 73-C Lei Complementar N.º 101/2000.

A LAI, por sua vez, prevê em seu art.32 condutas ilícitas, dentre elas a de recusar o fornecimento das informações requeridas nos termos da LAI, que, smj, se amolda perfeita à hipótese de não implantação dos Portais da Transparência, vejamos:

151 Decreto nº 7.185/2010 – art.2º, §2º Para fins deste Decreto, entende-se por: III – meio eletrônico que possibilite amplo acesso público: internet, sem exigências de cadastramento de usuários ou utilização de senhas para acesso;

Art.32. **Constituem condutas ilícitas** que ensejam responsabilidade do agente público ou militar:

I – **recusar-se a fornecer informação requerida nos termos desta Lei**, retardar deliberadamente o seu fornecimento ou fornecê-la intencionalmente de forma incorreta, incompleta ou imprecisa.

§1º (...)

§2º **Pelas condutas descritas no caput, poderá o militar ou agente público responder, também, por improbidade administrativa**, conforme disposto nas Leis nº 1.079, de 10 de abril de 1950 e 8.429, de 2 de junho de 1992.

Sem maiores delongas, portanto, o descumprimento das disposições contidas nos arts.48 e 48-A da LRF podem acarretar ao Ente Público recalcitrante a sanção administrativa prevista no art.23, §3º, I, qual seja, não receber transferências voluntárias da União. Podendo, inclusive, neste particular, o órgão de execução ministerial expedir ofício aos órgãos federais competentes cientificando-os do descumprimento das determinações legais, para, querendo, aplicar mencionada sanção.

Obviamente, que a aplicação de tal sanção está entre as últimas a serem adotadas, já que grande parte da penalização recairia de fato sobre os ombros da própria comunidade atendida pelo ente público recalcitrante, sem atingir a pessoa propriamente dita do gestor omissor, que mesmo com autoridade para tanto, resiste em trazer transparência para os atos de sua administração pública, preferindo vê-la coberta pelo manto da ignorância da sociedade.

Por isso que, quanto à conduta ilícita prevista no art.32, I, o próprio §2º do mencionado artigo já a trata como improbidade administrativa. Mais diretamente, o agente público que não der efetividade à transparência ativa prevista na LRF e LAI poderá ser responsabilizado nos termos da Lei nº 8429/92.

E, no caso específico de omissão de gestores públicos municipais, a legitimidade para buscar o efetivo respeito ao princípio da transparência e sanção do agente ímprobo que teime em resistir aos preceitos constitucionais e infraconstitucionais a respeito, recai sobre os ombros do Ministério Público Estadual.

III ROTEIRO DE ATUAÇÃO

Feitas as considerações necessárias sobre a transparência pública, seu regramento legal, entes públicos obrigados à divulgação, conteúdo obrigatório a ser divulgado e sanções pelo descumprimento, passa-se a exposição de um roteiro de atuação, inclusive com anexos formados por minutas de ofícios, check list, minutas de termos de audiência, etc; guardada, de todo modo, a independência funcional.

1 Instauração de Procedimento Administrativo

Inicialmente sugere-se a instauração de procedimento administrativo¹⁵². um relacionado à administração pública frente ao poder executivo municipal e outro frente ao poder legislativo municipal.

A depender da dimensão da máquina pública municipal, também não se descartar a conveniência de que haja um PA para cada pessoa jurídica que compõe a administração pública indireta.

Como sugestão, seguem textos pertinentes ao objeto dos respectivos procedimentos administrativos:

“Acompanhar e fiscalizar o cumprimento das determinações da Lei de Acesso à Informação e Lei de Responsabilidade Fiscal referentes à transparência da gestão pública fiscal no âmbito do Poder Executivo Municipal de ...”

“Acompanhar e fiscalizar o cumprimento das determinações da Lei de Acesso à Informação e Lei de Responsabilidade Fiscal referentes à transparência da gestão pública fiscal no âmbito do Poder Legislativo Municipal de ...”

“Acompanhar e fiscalizar o cumprimento das determinações da Lei de Acesso à Informação e Lei de Responsabilidade Fiscal referentes à transparência da gestão pública fiscal no âmbito da, pessoa jurídica que integra a administração pública indireta do município de ...”¹⁵³

1.1 Instrução dos Procedimentos Administrativos

A) Expedição de Ofício aos Entes Públicos, à sociedade civil e ao CAOPP

Instaurado o procedimento administrativo, cumpre dar ciência aos respectivos entes públicos a respeito de seu teor, inclusive com o cuidado de concitar seus gestores a se posicionarem ao lado do Ministério Público de Minas Gerais, buscando com isso uma ação integrada voltada ao objetivo final e maior que é, no caso, dar efetividade ao direito fundamental do cidadão de acesso à informação, cumprindo com as determinações da LRF e LAI sobre a matéria.

Ainda no mesmo ofício, sugere-se seja requisitada a informação da existência de lei municipal que regulamente, no âmbito do Ente, a implementação de sítio eletrônico/Portal da Transparência nos termos determinados pela LAI e LRF, com envio de cópia dos textos normativos acaso existentes. **(ANEXO 1 – MODELO 1-A)**

O CAOPP também necessita ser comunicado acerca da instauração dos procedimentos administrativos, tendo em vista a necessidade de registro das medidas adotadas pelos órgãos de execução para posterior apresentação de relatório final ao Sr. Procurador-Geral de Justiça. **(ANEXO 1 – Modelo 1-B)**

Outrossim, tendo como objetivo, além da prevenção, exatamente o fortalecimento do exercício do controle social executado pelo cidadão sobre os atos da administração

¹⁵³ Lembrar sempre que as informações da gestão fiscal dos entes da administração pública indireta podem constar no Portal da Transparência do Poder Executivo.

¹⁵² Art. 1º, incs. II e IV, da Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 7/2016

pública, de bom alvitre que seja dado conhecimento à sociedade da atuação do MPMG no caso em tela.

Não com o propósito de fazer juízo de valor negativo a este ou aquele “Portal da Transparência”, muito menos de polemizar o tema ou constranger qualquer agente público municipal, mas sim de que o cidadão tome conhecimento prévio da atuação do Ministério Público e, tendo interesse, fique atento ao deslinde de toda a questão, inclusive tendo a oportunidade de fazer chegar ao conhecimento do Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores do seu município, pelas vias regulares e democráticas que julgar cabíveis, o seu posicionamento a respeito do tema.

A participação da sociedade civil nas discussões envolvendo assuntos de tamanha envergadura é, sem dúvida alguma, o mais importante instrumento de consagração da legitimidade dos atos praticados pela administração pública e, estando o Ministério Público incumbido da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, deve o(a) Promotor(a) de Justiça, em casos como em apreço, estimular a participação democrática da sociedade. **(ANEXO 1 - MODELO 1-C)**

B) Análise dos Sítios Eletrônicos/Portal Transparência – Check List

Objetivando auxiliar na formação da opinião do Promotor de Justiça Natural, segue anexa proposta de Check list, bem como do respectivo relatório de análise a ser confeccionado, pelo corpo de auxiliares da Promotoria de Justiça. **(ANEXO 2)**

Não verificada de imediato qualquer irregularidade o arquivamento do procedimento administrativo é medida que se impõe. **(ANEXO 3– MODELO 1-A)**

Importantíssimo que haja a expedição de ofícios ao gestor do respectivo ente e às entidades não governamentais que foram comunicadas de sua instauração, informando a respeito da conclusão do Ministério Público. **(ANEXO 3 – MODELO 1-B)**

A comunicação ao CAOPP/MPMG também se mostra imprescindível para a consolidação de todo o trabalho desenvolvido pelos órgãos de execução do MPMG. **(ANEXO 3 – MODELO 1-B)**

Por outro lado, sendo identificadas irregularidades, de bom alvitre a realização de audiência na Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público, visando informar o gestor do respectivo ente municipal a respeito destas, inclusive perquirindo a respeito da possibilidade de seu saneamento na fase extrajudicial. **(ANEXO 4, MODELO 1-A, 1-B ou 1-C)**

Sanadas de fato as irregularidades após a realização de tal audiência, o arquivamento do procedimento administrativo é o que se reclama. **(ANEXO 5)**

No entanto, caso não haja a disposição de regularização amigável da normatização pertinente aos Portais da Transparência, nos termos disciplinados pela LAI/LRF, cumprirá ao Ministério Público adotar as medidas judiciais

que se fizerem necessárias, em prol dos interesses da sociedade e respeito à probidade administrativa. **(ANEXO 6)**

Obviamente que, por exigir o enfrentamento da questão no âmbito judicial - sob o crivo do contraditório - extremo cuidado na eleição da estratégia geral a ser empregada, as propostas finais de redação de petições iniciais serão difundidas pelo CAOPP somente após a conclusão dos levantamentos que permitam a identificação do real cenário nos locais onde estiverem ocorrendo resistências à solução extrajudicial da demanda. Entretanto, tal estratégia, não implica em qualquer restrição à independência do Promotor de Justiça Natural que, entendendo de maneira diversa, poderá agir da forma que julgar mais conveniente e oportuna ao interesse público no âmbito de sua comarca.

Os anexos podem ser baixados através do link:

https://drive.google.com/file/d/1MLw-gHB82fmKdaKgdlosGAsj_xXmu6FsN/view?usp=sharing

Também é possível receber o material através da imagem abaixo, para isso, basta utilizar um celular com um software de leitura de QR code instalado.

